

# “DELITOS VENIALES”

ESTUDIO DEL DERECHO CONTRAVENCIONAL  
ANÁLISIS DEL LA LEY PENAL CONTRAVENCIONAL VIGENTE EN LA  
PROVINCIA DE BUENOS AIRES (DECRETO-LEY 8.031/73 Y  
MODIFICATORIAS)

## PRESENTACION.

Es nuestra convicción que la materia contravencional forma uno de los capítulos del derecho penal. De ahí el título elegido, *“Delitos Veniales”*. De esta forma caracterizaba a las contravenciones Luis Jiménez de Asúa, a las que también denominó *“delitos en miniatura”*.

El jurista español, ya hace varias décadas advertía que: *“No se olvide que todas las grandes ciudades se limpian de sus malvivientes por métodos extramuros de la legalidad, con grave escarnio del derecho de libertad humana y con superlativo peligro para la propaganda política, pues los Estados que comienzan por burlar la ley para proteger la tranquilidad pública, acaban transgrediéndola para desmedro de los gobernados. En España, al amparo del art. 22 de la ley provincial, las autoridades imponen ‘quincenas’ a los individuos ‘sospechosos’, sin más que suponer que han blasfemado o que han incurrido en faltas a la decencia pública. Así se les pone una multa de 500 pesetas, y como no pueden pagarla –según se sabe de antemano- se les detiene por quince días. Terminado este plazo, se vuelve a suponer que han proferido blasfemias o que ha faltado a la moral, y de nuevo de les recluye por otros quince días. Así ha surgido entre nosotros el sistema que se llama de las ‘quincenas empalmadas’. Pero no os alarméis demasiado, pues aquí en Buenos Aires, se hace una cosa muy parecida: el edicto del 10 de julio de 1889, castiga la portación de armas (tenencia, diríamos en castellano), con una multa de 100 pesos, que se transforma en treinta días de detención. Cuando las autoridades porteñas desean desembarazarse de un sospechoso, fingen –como nosotros la blasfemia- que se han hallado en su poder pistolas o cuchillos. Y si el detenido entabla habeas corpus, la policía remite al juez el atestado con un fuerte puñal o un magnífico revolver....que el sospechoso no llevaba cuando fue arrestado. Así ha surgido en Buenos Aires –y en otras provincias- el sistema que, por semejanza con el nuestro, se denomina de ‘treintenas’; y para que la analogía sea completa debéis confesar que también aquí las empalmáis.*

*A los peligrosos sin delito, así detenidos, se les encierra en un 'depósito de contraventores'...*" (Luis Jiménez de Asúa, "El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho Penal", 2da. edición, Bs. As., 1943, p. 174).

Tal descripción no difiere del panorama actual, salvo por que se agrega un elemento mas: a nadie escapa que las contravenciones son una importante fuente de recaudación para la provincia, a punto tal que el mismo decreto ley 8.031/73 arbitra los medios necesarios para obtener el cobro de las multas por vía de apremio (art. 9).

Ello sin perjuicio de la corrupción policial presente en la materia y por todos conocida. Al respecto, sostuvo un prestigioso jurista en oportunidad en que se discutió la primer reforma al Código de Convivencia Urbana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *"Sr. Presidente... es su policía la que tolera pacientemente todos los prostíbulos que funcionan en la ciudad de Buenos Aires cuando el lenocinio es delito, cuando está tipificado como delito... es su policía la que, si alguna vez interviene escracha televisivamente a las víctimas, es decir, a las mujeres... todo esto es claramente una farsa del Ejecutivo Nacional para ir preparando un aparataje de los actos preparatorios de un crimen contra la Constitución Nacional"*.

Intentando en vano justificar esta realidad, desde el discurso judicial se argumenta que el Código de Faltas (que en realidad es un decreto convalidado por ley que tuvo por fuente inmediata a los edictos policiales) tiene una finalidad preventivo – especial respecto de la comisión de delitos, que es un *"mecanismo de alerta temprana"* respecto de la comisión de conductas tipificadas en el Código Penal, que la denominada "política contravencional" es una herramienta eficaz para imponer estilos de convivencia, derechos y deberes reglamentados a los habitantes de una región, en miras de la custodia de valores localmente relevantes.

Sin embargo: ¿son éstos los objetivos perseguidos por la legislación contravencional?, ¿puede seriamente afirmarse que la represión de las conductas que se tipifican como faltas garantizan “la armónica convivencia y la prosperidad individual y general “?.

Si, como se afirma, la política contravencional apunta a prevenir el delito, sancionando las conductas u omisiones que aproximan al ser humano a circunstancias de criminalidad, ¿qué finalidad preventiva subyace en la represión del simple estado de ebriedad (art. 72), del ejercicio de la prostitución en el mero hecho de que la prostituta o el homosexual se ofreciere pública o privadamente (art.68), de vestirse o hacerse pasar por persona del otro sexo ( art.92 inc e), de explotar juegos de azar (art. 96 inc.f), de hacerse alojar en hoteles, posadas o hacerse servir alimentos en bares o restaurantes con el propósito de no pagar pudiendo hacerlo (art.59), de no exhibir el documento de identidad ante el requerimiento de autoridad (art.79) o del conductor de transporte que abandonare a un pasajero o se negare a la continuación del servicio (art.60)?.

La intención de responder a estos interrogantes, la idea de intentar arribar a una visión realista sobre la problemática, despojada de prejuicios e hipocresías, y la aspiración de que en un tiempo no muy lejano se diseñe un código contravencional que se estructure sobre la base del Derecho Penal de Acto y respete mínimas garantías procesales de rango constitucional, fue lo que motivó la elaboración del presente trabajo.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
PRIMERA PARTE	
HISTORIA DE LAS CONTRAVENCIONES	
1-Orígenes de la distinción entre delitos y contravenciones	12
2-La codificación	15
3-Conclusión	19
SEGUNDA PARTE	
DOG MÁTICA CONTRAVENCIONAL	
1-Introducción (Justificación del tema)	21
2-La histórica posición de James Goldschmidt: el denominado “Derecho Penal Administrativo”	22
3-La posición de la doctrina administrativista	25
4-Las posiciones de los autores penalistas.	33
4.1 Teorías que fundan las diferencias ontológicas en criterios naturales	34
4.2 Teorías que encuentran diferencias ontológicas por la vía de la antijuridicidad	36
4.3 El distingo por el mero riesgo	40
4.4 La separación por el elemento subjetivo	43
4.5 Teorías que niegan que entre delitos y contravenciones existen diferencias ontológicas	47
4.6 Conclusión	51
TERCERA PARTE	
TEORÍA GENERAL DE LAS CONTRAVENCIONES	
1-La conducta como presupuesto de la contravención	55
2-La “tipicidad” en las contravenciones	57
2.1 “La norma contravencional”	62

2.2 La lesión a un bien jurídico	66
2.3 Características disposicionales: “disponibilidad del bien jurídico protegido”	66
3-La antijuridicidad en las contravenciones	66
4-La culpabilidad contravencional	68
5-Conclusiones en torno a la teoría general de la contravención	73

#### CUARTA PARTE

##### TIPOS CONTRAVENCIONALES. ANÁLISIS

##### PARTICULARIZADO DEL DECRETO LEY 8.031/73

1-Estructura legal	77
2-Faltas “contra la seguridad de las personas”	81
3-Faltas “contra el patrimonio”	95
4-Faltas “contra la moralidad pública y las buenas costumbres”	103
5-Faltas “contra la tranquilidad y el orden público”	115
6-Faltas “contra la fe pública”	117
7-Represión contra los juegos y apuestas	121

#### QUINTA PARTE

##### DERECHO PROCESAL CONTRAVENCIONAL .PRINCIPIOS BÁSICOS

1-Introducción	126
2-El proceso: su razón de ser con prescindencia de normas de orden constitucional	128
3-La acción procesal	130
4-Diferencia entre “proceso” y “procedimiento”	133
5-El concepto lógico de “proceso”	134
6-La iniciación del “proceso”	135
7-Evaluación: el “juicio previo” como consecuencia jurídica necesaria del “debido proceso penal”	136
8-El “debido proceso penal”: acusación defensa, prueba y sentencia, correlatos lógico-secuenciales de las fases	

de “afirmación”, “negación”, “confirmación” y “evaluación”	140
9-El modelo de “debido proceso penal”, y, por tanto “contravencional”, en la normativa de los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc.22)	144
SEXTA PARTE	
DERECHO PROCESAL CONTRAVENCIONAL	
1-Introducción (fundamentos críticos)	150
2-La estructura actual del procedimiento contravencional	152
3-Análisis particularizado de las garantías individuales ausentes en el procedimiento contravencional	159
3.1 La garantía del “juicio previo”(nulla poena sine iudicio) en el procedimiento contravencional	161
3.2 Conclusión	169
3.3 La total ausencia de la garantía del “debido proceso” en el procedimiento contravencional	169
3.4 Inexistencia del Ministerio Público en el procedimiento contravencional: ausencia de acusación	169
3.5 La ausencia de la negación :violabilidad de la defensa en juicio	172
3.6 El tercer pilar de la garantía del “debido proceso”	174
SÉPTIMA PARTE	
CONCLUSIÓN	177
BIBLIOGRAFÍA	197

## INTRODUCCIÓN

El panorama doctrinario que circunda la cuestión contravencional está lejos de constituir un logro para la ciencia jurídica. Los conceptos aplicados en la elaboración de doctrinas que intentan cismar diferencias entre faltas y delitos se han abstraído en extremo. Teorías que se han elaborado sobre otras teorías; construcciones dogmáticas que se han añadido sobre las otras construcciones, formando un caudal de concepciones que pretende encontrar, en mayor o menor grado, diferencias, sea de orden cualitativo o cuantitativo. El resultado: alambicadas elaboraciones cuyos puntos de contacto con la experiencia jurídica son tan escasos, que necesita de una incesante tarea de apuntalamiento.

Asimismo, la discusión entre quienes ven diferencias cualitativas entre delitos y contravenciones y quienes argumentan en favor de su identidad sustancial u ontológica, aunque virtualmente superada, con aparente y parcial victoria en favor de quienes sostienen diferencias meramente cuantitativas, lejos de haberse agotado, toma nuevo vigor por virtud de razones de distinto orden.

En primer lugar, es innegable el aumento que se verifica en las legislaciones penales positivas de la inclusión de los llamados “delitos de peligro”, que, por oposición a los denominados “delitos de resultado”, se configuran en razón de un riesgo genérico o concreto. Se afirma que los primeros, por razones de política criminal, tendrían una finalidad esencialmente preventiva respecto de la comisión de otros delitos, cuyo acaecimiento se pretende evitar, donde el bien jurídico protegido aparece rotulado bajo el nombre genérico “seguridad pública”, entre otros, y donde los delitos cometidos “contra” la misma afectarían potencialmente el “plan de vida” que pretenden realizar los ciudadanos. Esto significa que las faltas tipificadas como contravenciones –en su gran mayoría

sancionadas con fines preventivos especiales-, bien podrían entrar a formar parte del extenso catálogo de delitos tipificados en la ley penal, pues en la medida que los requerimientos de seguridad pública exijan mayor prevención en la comisión de delitos, obligarán al legislador a incriminar como delictuales, conductas que fueron tradicionalmente consideradas típicas contravenciones.

En segundo lugar, puede advertirse, empíricamente, que las señaladas diferencias cualitativas entre delitos y contravenciones pierden nitidez, si es que en realidad alguna vez la tuvieron, puesto que el autor de un “delito venial”<sup>1</sup>, es decir, de una infracción contravencional, sufre efectos punitivos más severos que quien es autor de una conducta tipificada en la ley penal como delito<sup>2</sup>.

En este sentido, quienes sostienen que la diferencia es de orden cuantitativo, fundan su posición en dos argumentos que parecieran ser independientes, no obstante que el segundo constituiría una mera derivación lógica del primero: en primer lugar, se sostiene que las contravenciones serían distintas de los delitos en razón de su menor contenido de injusto<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Así caracteriza a las contravenciones Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal”, t. III., nro. 1007, p.131; nro. 1011 p.139, también llamados “delitos en miniatura”

<sup>2</sup> Por ejemplo, quien “portare armas en lugar donde hubiere reunión de personas” se encuentra sujeto a la posibilidad de sufrir una pena de hasta 120 días de arresto, o el caso del ebrio, a quien puede corresponder una pena de hasta 40 días de privación de libertad, la cual se incrementa hasta 80 días en el caso del “reincidentes”; en cambio, quien se encuentra incurso en el delito tipificado en el art.162 –hurto- o en el del art.189bis, párrafo 3ero. del C.P., aún habiendo consumado más de un hecho, no habrá de sufrir efectos punitivos sobre su persona, atento la facultad que el art. 26 del C.P. concede a los jueces para suspender la ejecución de la pena.

<sup>3</sup> Entendemos por “injusto” la “conducta desvalorada”, conforme la terminología empleada por Zaffaroni, Eugenio R., “Manual de Derecho Penal”, Ed. Ediar, Bs. As. 1991, 6ta. Edición, p. 482, quien explica que el injusto es la conducta que presenta los caracteres de ser típica y antijurídica; en el mismo sentido, explica Jiménez de Asúa, en “Tratado de Derecho Penal”, . III, nro. 1011 p.139, que las contravenciones son “delitos en miniatura”, en razón de que “*el tipo de*

En segundo lugar, el menor contenido de injusto se traduciría en un menor contenido punitivo, es decir, en la imposición de una pena significativamente menor que al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable, o sea, de un delito<sup>4</sup>.

En el estado actual de la discusión, durante muchos años hasta nuestros días, gran parte de la dogmática penal insiste en que la materia contravencional constituye Derecho Penal Especial. La especificidad de la materia se concretaría a partir de que la diferencia entre delito y contravención es tan solo “cuantitativa” y no “cualitativa”, ya que la falta o contravención sería un “delito en pequeño” o “venial”, de menor cuantía<sup>5</sup>.

Luego de un minucioso análisis de los distintos criterios podrá advertirse que dicha posición es, efectivamente, mayoritaria.

No obstante, el punto en crisis es que ella ha sido esgrimida como verdad insuperable, sin analizar en profundidad su verdadero alcance y dimensión, tomando solamente el aspecto superficial de la misma, sin asignar a su contenido efectos jurídicos concretos, que se traduzcan en la aplicación, a la materia, de los principios desarrollados desde la teoría del delito y teoría general del proceso.

Por eso, el objeto de nuestro análisis será, en primer lugar, una revisión de todas aquellas teorías que tomaron alguna posición respecto de la controversia, con la finalidad de abordar el tema relativo a la siguiente cuestión: si delitos y contravenciones son entidades ontológica y esencialmente idénticas, ¿cuales serían los efectos jurídicos que se derivarían de tal afirmación?

---

*la falta es idéntico a la correspondiente imagen rectora de un delito, que solo se diferencia en cantidad, como las lesiones muy leves o los hurtos de menor cuantía”.*

<sup>4</sup> La justificación de tal afirmación radica “...en que la mayor parte de los códigos que, como el Francés y el Alemán, han adoptado la división tripartita, e incluso aquellos que, como el Italiano de 1.889 y el de 1.930, siguen el reparto bimembre, caracterizan las infracciones por la gravedad de la pena, que a su vez mide la importancia de la reprobación del acto...”, (conforme Luis Jiménez de Asúa, en “Tratado de Derecho Penal”, t. III, nro. 1006 p.131).

<sup>5</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, con obra cit., nro. 1011, p.139).

Para ello será necesario hacer referencia, desde un punto de vista dogmático, de lo que constituye la esencia del delito y de la contravención, de todos aquellos aspectos connotativos y denotativos que hacen que el delito, categoría abstracta elaborada por la ciencia jurídica, forme parte de la rama denominada “Derecho Penal”. En otras palabras, el punto central será responder al siguiente interrogante: ¿qué elementos o qué características debe reunir una conducta para que pueda calificarse “delito”?

Si es verdad que las categorías delitos y contravenciones son estructuralmente idénticas, entonces las segundas reproducirán a los primeros con todos sus elementos constitutivos: los presupuestos para la existencia de “acción”; los requisitos objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos para la configuración de la “tipicidad”; la antijuridicidad o contradicción de la conducta respecto del ordenamiento positivo, incluidas las causales de justificación”; la “culpabilidad”, entendida como “reproche” de la conducta al autor, etc..

Ello obliga a la exégesis de la norma prohibitiva que se subsume en el tipo contravencional, en función del bien jurídico protegido, el cual también habrá de ser objeto de particular análisis.

Finalmente, afirmada la referida identidad, será ineludible centrar el análisis desde la óptica procesal a la luz de los principios que dominan en dicha materia.

## PRIMERA PARTE

### HISTORIA DE LAS CONTRAVENCIONES

**1. Orígenes de la distinción entre delitos y contravenciones.** En términos a-históricos y abstractos, puede afirmarse que el origen de la distinción entre delitos y contravenciones tiene una raíz de corte ius-filosófico. Clasificar significa ordenar por clases. Las clases de objetos se agrupan en función de las propiedades que los denotan, por lo que con prescindencia de un momento histórico en particular, debe, necesariamente existir una o varias propiedades que denotaron a las contravenciones para poder establecer un cisma o línea divisoria básica con los delitos.

En efecto, conforme al desarrollo histórico que a continuación expondremos, podrá advertirse que el criterio que domina en la distinción es el de la gravedad de la conducta que se reprime, lo que se traduce en el mayor o menor contenido punitivo de la sanción aplicable<sup>6</sup>.

Creemos necesario fijar un momento a partir del cual cobra relevancia la distinción entre delitos y contravenciones, pues históricamente en todas las legislaciones positivas, incluso los mas remotos y elementales órdenes destinados a regular la conducta humana, de alguna manera, hacen la distinción por el criterio de la gravedad. El punto de inflexión lo marca las elaboraciones de los jurisconsultos romanos, ya que luego de una larga evolución, pasando por el derecho germánico, canónico, anglosajón e italiano, se llega al código de

---

<sup>6</sup> Entendiendo “injusto” como “conducta desvalorada”, conforme la terminología empleada por Zaffaroni, Eugenio R., “Manual de Derecho Penal”, Ed. Ediar, Bs. As. 1991, 6ta. Edición, p. 482, quien explica que el injusto es la conducta que presenta los caracteres de ser típica y antijurídica; en el mismo sentido, explica Jiménez de Asúa, en “Tratado de Derecho Penal”, t. III, nro. 1011 p.139, que las contravenciones son “delitos en miniatura”, en razón de que *“el tipo de la falta es idéntico a la correspondiente imagen rectora de un delito, que solo se diferencia en cantidad, como las lesiones muy leves o los hurtos de menor cuantía.*

Napoleón, que es el resultado de la mixturación de las bases desarrolladas durante siglos, tomando como referencia el criterio de la gravedad, que se extiende en lapsos históricos relativamente breves - comparados con la larga evolución operada hasta el momento-, a muchas legislaciones positivas.

En otras palabras, es el Derecho Romano la fuente de la cual brotan las actuales clasificaciones sobre delitos y contravenciones, y de ahí su particular importancia. Allí se distinguieron los delitos de *natura turpia sunt* de aquellos denominados *civiliter et quasi more civitatis*. Esta separación esencial coincide con la muy conocida de delitos *quia mala in se* o *prohibita quia mala*, y delitos *mala quia prohibita*, que parece tener eco en las nociones de Garófalo, sobre “*delito natural*” e “*infracciones de creación política*”. También nos llega la separación entre los *crimina pública, delicta privata* y *crimina extraordinaria*<sup>7</sup>

En el derecho Romano, lo que hoy se denomina contravención entraba en la competencia exclusiva de la policía, y a la pena se sustituía la coerción directa o bien la *castigatio*.

No ofrece particular interés el derecho canónico, atento que la clasificación de las infracciones tienen por fundamento razones de orden utilitario de los distintos sectores imperantes en la época: la iglesia y la autoridad secular. Los delitos fueron clasificados conforme a la jurisdicción: “*delicta mere eclesiástica*”, llamados así porque la competencia se vinculaba a las autoridades de la Iglesia; “*delicta mere civilia sive secularia*”, que eran competencia de los jueces laicos, y “*delicta mixta*” en cuya persecución podían intervenir una u otra justicia o ambas<sup>8</sup>.

En el derecho germánico y francés la división por la gravedad se halla en los textos antiguos. El viejo derecho germánico ya dividió las infracciones en graves y leves. El derecho alemán separaba las conductas punibles en “*causae mayores*”, o “*ungerichte*”, que era el

---

<sup>7</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., nro. 995, p.109).

<sup>8</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t. I, nro. 94).

maleficio que se castigaba “con penas criminales en el cuello y en la mano”, y “causae minores”, o “frevel”, que merecían “penas civiles en la piel y el cabello”. A este orden de clases de infracciones, que son medidas por la gravedad de la falta, responde el art.105 de la Carolina. Una división semejante la vemos en Francia en el “Gran Coûtinier” de Carlos VI<sup>9</sup>.

La “Ordenanza Española de 1.602 que sigue figurando en la Novísima Recopilación decía literalmente: “Declaramos que sean tenidos por delitos y causas livianas los en que conforme a las leyes no estuviere puesta pena corporal, o de servicio de galeras, o destierro del Reyno...; procediendo solamente en las graves que requieran las penas referidas; con lo que mandamos se tengan por casos graves, para que los dichos Alcaldes mayores puedan conocer de ellos fuera de la cinco leguas, los delitos contra usureros, logreros y mahateros, conforme a la ley 5<sup>a</sup>., tit.XXII y contra señores de Vasallos, consejos y justicias, escribanos, alguaciles y merinos, aunque por los delitos de que fueren acusados no estén puesta las dichas penas por las leyes...”<sup>10</sup>.

La división tripartita está aquí reconocida, ya que los delitos gravísimos serían aquellos que traen aparejadas aquellas penas corporales o de galeras. Este sistema trimembre fue tomado por Julio Claro y de él lo acogen los prácticos sajones, e impera en los siglos XVII y XVIII. Los jurisconsultos alemanes, con Benedicto Carpzovio al frente, utilizan en sus obras la división de “levia, gravia et gravícima delicta”, o la de “delicta levia, atrocia et atrocísima”, que llega hasta el codex Bavaricus de 1.751 y la Theresiana de 1.768.

En el período iusfilosófico que imperó en la segunda mitad de mil setecientos se esbozó una fórmula difundida por la literatura penal, que era tripartita, aunque no basada en la gravedad, sino en la propia esencia de la infracción. De ahí que las infracciones fueron clasificadas en

---

<sup>9</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nro. 998, p. 115.

<sup>10</sup> Novísima recopilación, Ley VIII, título XXXII, del Libro XII.

crímenes, que eran los que lesionaban los derecho naturales, como la vida, la libertad, etc.; delitos, que violentaban sólo los derecho amparados por el contrato social, como la propiedad; y contravenciones, las que infringían los reglamentos y disposiciones de policía<sup>11</sup>.

Pero la historia de las contravenciones, tal y como se las entiende en la actualidad, se inicia con los estatutos de la época intermedia, los cuales, debiendo proveer a la tutela de una gran cantidad de condiciones consideradas socialmente favorables, según los criterios del tiempo (saturados de prejuicios económicos y de desconfianza política) y no encontrándose en el Derecho Penal lo que se necesitaba, fueron fijando una enorme cantidad de preceptos penales concernientes a los intereses de las Corporaciones, al consumo, a la edificación, a las comunicaciones y a los transportes, a la policía de seguridad, y así sucesivamente<sup>12</sup>.

En el auge de la codificación, en los cuerpos sistematizados que nacen a la luz de este período, ha predominado la clasificación meramente legal por motivos de gravedad, medida por la pena más o menos severa, no faltando, en determinados casos el influjo de los filósofos iluministas, como en el Código Austríaco de 1852 y en el del Cantón Suizo de Valais de 1858, en los cuales se trató de centrar la división tripartita atendiendo a la materia y no en relación a la cantidad de castigo<sup>13</sup>.

**2. La Codificación.** La sanción del código penal francés representó, en este punto de la evolución histórica, la adopción, a nivel legal, del sistema tripartito: la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones se fundó en la clasificación de las penas: la pena aflictiva e infamante, corresponde a un crimen; la pena correccional, a un delito; la pena de policía, a una contravención. Es este un criterio puramente extrínseco y

---

<sup>11</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nro. 998, p. 115.

<sup>12</sup> Conf. Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, t. II, nro. 221, pag.64.

<sup>13</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nro. 998, p. 116.

determinado por conveniencias prácticas, especialmente relacionado con la competencia de los tribunales: corte de asises, para los crímenes; tribunal correccional para los delitos y tribunal de policía para las contravenciones.

España había adoptado, en el Código de 1870, el régimen tripartito, que fue objeto de críticas ya que esta división no guardaba verdadera congruencia y armonía con su estructura. Las pocas veces que el Código hacía referencia a esa diferenciación no indicaba un criterio substancial distintivo. Hablaba de delitos graves, menos graves y faltas. A los primeros les impone penas aflictivas, a los segundos penas correccionales y a las terceras penas leves.

Atendiendo a esas razones y ya que la división tripartita no respondía en las leyes españolas a causas ontológicas ni a conveniencias prácticas y procesales, el Código de 1932 renunció a esa “vergonzante tripartición”, y adoptó la fórmula bipartita: delitos y faltas. En consecuencia, el Código reformado en 1932 dijo escuetamente: Art..6: “Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves. Se reputan faltas a las infracciones que la ley señala penas leves”<sup>14</sup>.

El Código de 1944 no modificó este artículo. La casi totalidad de los penalistas e intérpretes españoles, elogiaban esta simplificación, y creían que la fórmula tripartita, tildada de afrancesada por Quintano Ripollés, no debía perdurar. En verdad la bipartición es la única que respondía a la estructura del derecho material y formal en España. La jurisdicción y el procedimiento son distintos según se trate de delitos o de faltas. Incluso algunas penas son de exclusivo uso para éstas últimas, como la de arresto menor y represión privada. Aunque otras, como la multa y la caución, eran comunes a las dos clases de infracciones<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nros. 1008 y 1009, p. 136.

<sup>15</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nro. 1009, p. 136.

El actual Código Penal Español contiene disposiciones comunes a los delitos y las faltas, y clasifica las infracciones de la siguiente manera: artículo 13:

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.
4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

En el derecho penal codificado alemán del siglo XIX tuvo una importancia decisiva la división del derecho francés que, desde 1791 distingue entre crímenes, delitos y contravenciones, según la gravedad de la pena en que se “incurrió” por el acto delictivo. Esta tricotomía del derecho francés fue aceptada por varios Códigos Penales de los Estados de la Confederación Alemana, como el Bávaro de 1813 y el Prusiano de 1851, de donde pasó al Código Penal Imperial. Pero en este último, fue declarada como criterio regulador, la gravedad de la pena “*conminada*”, no de la pena “*incurrida*”, tal y como se regulaba en el Código Penal Francés.

En contraposición a los Códigos Penales de Italia, Países Bajos y Noruega, y al anteproyecto suizo, el proyecto austríaco del gobierno y el anteproyecto alemán conservan la división tripartita, condenada frecuentemente en la literatura penal. Según el último de estos anteproyectos el límite máximo de las contravenciones solamente puede estar constituido por la prisión o el arresto de tres meses o la multa de 300 marcos.

Según el Código Penal Imperial, los actos punibles (delitos en su mas amplio sentido) se dividen en :

1. Crímenes( en sentido estricto), los que están sancionados con pena de muerte, reclusión o arresto en fortaleza por más de cinco años;

2. Delitos, que están sancionados con pena de arresto en fortaleza hasta cinco años, prisión o multa de mas de 150 marcos;

3. Contravenciones, las que están sancionadas con pena de arresto o con multa, hasta 150 marcos.

En el derecho positivo alemán vigente, el Código penal ha abandonado la división tripartita de las acciones punibles que arrancando del Code Penal de 1810 (art.1º), distinguía entre delitos graves, delitos menos graves y faltas, y ha prescindido de estas últimas como residuo del viejo derecho penal de policía. Pese a la abolición de la pena de presidio, pena tradicional de los delitos graves, se ha conservado la bipartición de las acciones punibles en delitos graves y menos graves, y ello aunque se solicita también frecuentemente la renuncia a toda diferenciación. La bipartición representa una graduación formal según la gravedad de las acciones punibles, y, en consecuencia la medida del merecimiento de pena. La distinción encierra importancia como criterio divisorio para el derecho penal material, para el derecho procesal penal y para la distribución de la competencia objetiva de los tribunales<sup>16</sup>.

Es importante destacar que en el derecho penal alemán actual las “infracciones administrativas” son legisladas separadamente del Código penal, aunque de todas maneras el derecho de las infracciones administrativas se considera una parte del derecho penal en sentido amplio.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el proceso de asuntos penales es aplicable al proceso judicial para las infracciones administrativas. Ello permite que algunos delitos menos graves se transformen en infracciones administrativas, como por ejemplo, la perturbación del orden en un órgano legislativo, sin

---

<sup>16</sup> Conf. Jescheck, Hans H. Tratado de Derecho Penal, t. I.

que por ello sufran mengua los principios elaborados por la dogmática penal y procesal penal en relación a los delitos<sup>17</sup>.

En la evolución de la codificación del derecho penal italiano se observa que fue imitada la tripartición iniciada por los franceses, como en el Código de Sicilia de 1819, que consagró las categorías de “misfatto, delito y contravenzione”, en el art.2º, y el Sardo Italiano, que los clasificaba en “crimini”, castigados con penas criminales; “delitti”, penados con penas correccionales; y “contravención”, que acareaban penas de policía. Posteriormente, el Código Toscano adoptó la división bipartita (“delitti y transgressioni de policía”), pasando ella luego al Código Único para Italia de 1889 y al de 1930<sup>18</sup>.

El código de 1930, pues, ha procedido, al adoptar como único carácter distintivo entre delito y contravención, el elemento pena. Decía que “Las infracciones de la ley se dividen en delitos y contravenciones, según las distintas especies de penas respectivamente establecidas para ellos en este Código”, (art.39). Es preciso tener presente que dicha norma se ha mantenido invariable en el Código Penal de 1944<sup>19</sup>.

**3. Conclusión.** Las diferentes clasificaciones que se fueron sucediendo en el derecho comparado entre crímenes o delitos y faltas o contravenciones, muestran la inexistencia de fundamentos sólidos que suministren distinciones ontológicas entre acciones que poseen análoga naturaleza y que atacan, en general, similares bienes jurídicos que los que lesionan los delitos y que el derecho penal intenta tutelar. La meta de las clasificaciones aludidas, tuvieron tan solo una finalidad de orden práctico-utilitario, a los efectos de determinar la competencia del tribunal interviniente e individualizar la pena aplicable. Así, por ejemplo, el Código Penal Francés al optar por el sistema tripartito de clasificación: la

---

<sup>17</sup> Conf. Jescheck, Hans H. Tratado de Derecho Penal, t. I.

<sup>18</sup> conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nros. 999, p. 116.

<sup>19</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, obra cit., t.III, nros. 999, p. 116.

distinción entre crímenes, delitos y contravenciones, se fundó en la clasificación de las penas, especialmente relacionadas con la competencia de los tribunales. O bien el caso del Código Penal Imperial, que clasificó los actos punibles conforme la gravedad de la pena.

La reseñada evolución legislativa pone de manifiesto que el elemento clave que determina las distintas variantes en las clasificaciones referidas a infracciones penales, es la gravedad de la conducta que infringe el mandato prohibitivo, en directa conexión con la gravedad de la pena legalmente determinada, como elemento o propiedad que denota al delito para distinguirlo de las contravenciones, sin olvidar que ambas entidades son conducta humana de igual naturaleza.

## SEGUNDA PARTE

### **DOGMATICA CONTRAVENCIONAL**

**1. Introducción (justificación del tema).** Dado que la temática que pretendemos abordar ha dado lugar a diversas elaboraciones doctrinarias, algunas muy complejas y abstractas, otras muy simples y concretas, aparece justificada la revisión de cada una de ellas, a los efectos de poder dar una respuesta adecuada y suficiente al siguiente interrogante: ¿desde la perspectiva dogmática, existen diferencias entre delitos y contravenciones?

En función de la evolución histórica reseñada, puede advertirse que en todos los derechos positivos del mundo existen, además de los delitos, entendidos en su más estricto sentido, otras figuras que, no obstante, llevar anexas sanciones de tipo penal, ofrecen particularidades con respecto a los principios fundamentales que gobiernan la materia delictual. Se trata de las faltas o contravenciones, expresiones utilizadas indistintamente para designar, en la Argentina, no solo las modestas infracciones locales (policiales, municipales) sino también, otras, de alcance unas veces nacional, otras, local (leyes sobre monopolio, aduana, impositivas, penal laborales, etc.) cuyo número crece día a día.

Con base en esta realidad, la tarea conceptualizadora de la doctrina puede sintetizarse en dos grandes líneas: a) aquellas teorías que ven entre delitos y faltas diferencias ontológicas o de naturaleza y b) aquellas teorías que definen a la contravención como una categoría sustancial y ontológicamente idéntica al delito. Por supuesto, a su vez, cada una de estas posiciones ofrecen variantes que serán objeto de análisis.

La doctrina administrativista se inclina, prácticamente en su mayoría, por la primera posición. En particular, dentro de esta corriente hallamos el denominado “derecho penal administrativo”, que desplazaría del derecho

penal clásico a todas las infracciones que no encuadren estrictamente dentro del marco de este. Se sostiene en favor de esta posición que, en este último caso y solo en él, estaremos frente a una disciplina autónoma, capaz de solucionar sus problemas y casos no previstos, sin ninguna recurrencia a los principios del derecho penal.

Atento que, de todas las teorías encontradas, esta última es, probablemente, la que más objeciones ha merecido, consideramos conveniente comenzar por ella.

**2. La histórica posición de James Goldschmidt <sup>20</sup>: el denominado “Derecho Penal Administrativo”.** Uno de los más destacados impulsores de la teoría autonómica del “derecho penal administrativo” fue el jurista alemán James Goldschmidt. Según este autor entre delitos criminales e infracciones administrativas existirían diferencias no meramente cuantitativas, sino cualitativas, esenciales, ontológicas, a saber:

a) El delito esta referido al valor justicia; la infracción al valor del bienestar público.

b) Mientras el delito ataca derechos subjetivos u otros bienes de cultura, jurídicamente protegidos e individualizados, la infracción es una inobservancia del deber de obediencia a los mandamientos emitidos en aras de intereses administrativos, declarados administrativamente.

c) La pena del delito tiene un sentido ético; la de la infracción es una pena de orden que nada tiene que ver con la prevención especial ni con la expiación: sirve para alertar al ciudadano para que piense en sus deberes frente al gobierno y no la rige la legalidad sino la oportunidad. De estas diferencias ontológicas, se derivarían, según Goldschmidt, algunas consecuencias de importancia.

---

<sup>20</sup> Este punto fue elaborado sobre la base de la exposición de Enrique R. Aftalión, en “Tratado de derecho penal especial”, t. I, ps. 64 y ss., en notas de las ps.64, 65 y 66.

d) Los principios de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y de la retroactividad de la ley más benigna, de axil importancia en materia de delitos, no la tienen tanto en relación a las contravenciones.

e) Es recomendable que las infracciones sean juzgadas por tribunales administrativos.

f) También habría que registrar algunas diferencias entre delitos e infracciones en materia de culpabilidad, tentativa, concurso, responsabilidad de personas jurídicas, etc.

Esta teoría ha sido objeto de críticas por Enrique Aftalión, que pueden sintetizarse en el siguiente párrafo: “Si el lector no se deja impresionar por este importante despliegue de diferencias ‘ontológicas’, no dejará de advertir que en este caso, el aparato académico, no consigue ocultar la tremenda falta de rigor científico de que adolecen. Comenzando por eso de que los delitos están referidos al valor justicia y las infracciones solamente al bienestar público, ¿Cómo nos vamos a declarar satisfechos con una afirmación semejante? ¿Acaso hay sectores del ordenamiento jurídico que puedan considerarse ajenos a una valoración de justicia? La única manera de apuntalar el criterio sería admitir que existe una distinción científica entre hechos intrínsecamente injustos y otros que, sin alcanzar la jerarquía, ofenden a la Administración. Pero este remedio será peor que el mal, pues importaría querer injertar en la conceptualización científica del derecho la inadmisibles distinción entre acciones *mala in se*, y *mala quia prohibita*, de clara impronta iusnaturalista. En el ámbito de la dogmática jurídica, no puede tener relevancia la noción de acciones *mala in se*: solo tienen curso las *mala quia prohibita*”<sup>21</sup>.

En cuanto a aquello de que mientras los delitos atacan derechos subjetivos individualizados, el derecho penal administrativo tendería a la protección de intereses administrativos, es una afirmación que se apoya

---

<sup>21</sup> Conf. crítica literal de E. Aftalión, en “Tratado de derecho penal especial.”, t. I, ps. 65, nota 44.

en una distinción entre derechos subjetivos e intereses, dudosa a la luz de la teoría general del derecho.

¿Acaso no dijera Ihering que los derechos subjetivos no son otra cosa que intereses jurídicamente protegidos?

No obstante las duras críticas que James Goldschmidt recibe de Aftalión, hay que tener presente la circunstancia histórica, legal y sociológica en que fue elaborada su teoría. Era la época de “estado gendarme”, el cual permanecía neutral ante el juego de las leyes de la libre competencia y de las libertades de comerciar y contratar, sin olvidar que el caudal de las normas “penales administrativas” era reducido, de escasa importancia, donde la moral era un criterio muy apropiado para saber “que estaba bien y que estaba mal”, y no existían numerosas y complicadas leyes y reglamentaciones que disciplinaran la vida social. Por otra parte, “la administración” de aquella época evitaba salir de sus cauces tradicionales, no tanto por respeto al ciudadano medio, sino porque el sistema capitalista dominante la había organizado de modo tal que no se entrometiera en sus intereses. En este contexto, a nadie asustaba admitir o aceptar como válida, sin mayores cuestionamientos, las pretensión de Goldschmidt de que delitos y contravenciones eran ontológicamente diferentes, independizando al derecho penal administrativo del propio derecho penal. Como eran solo unas pocas disposiciones, con montos de penas reducidos, que no se traducían en un avance sobre la libertad del individuo, se admitió como posible la existencia de una rama autónoma denominada “derecho penal administrativo”, independiente del derecho penal clásico.

En la Argentina, la circunstancia de que las faltas no integren el Código Penal, permite afirmar que ellas ostentan una cierta autonomía legislativa. Sin embargo tal postura pierde relevancia, pues a tenor del art. 4º del Cód. Penal, ellas se encuentran regidas, en todo lo no previsto especialmente, por las disposiciones generales de aquel.

Con esta base legal, no es de extrañar que la “doctrina considere entre nosotros, en forma casi general, que no existen diferencias esenciales entre delitos y faltas y que, consiguientemente, lo que se suele llamar derecho penal “administrativo”, no es un derecho autónomo sino un simple recuadro dentro del derecho penal, o sea, con más rigurosa expresión, un derecho penal especial”<sup>22</sup>.

Esta misma opinión es la que comparten Jiménez de Asúa, Juan Enrique Coronas, Leonardo Colombo, Ernesto Gavier, Eusebio Gómez, Ricardo Levene (h), Rodolfo Moreno, José Peco, Juan P. Ramos, Roberto Terán Lomas y Sebastián Soler. En cambio Ricardo Núñez se ubica en una posición especial, indefinida.

Por su conexión con la teoría del derecho penal administrativo y por cuestiones metodológicas en la exposición, es pertinente pasar a tratar la descripción de los distintos enfoques elaborados desde el ángulo del Derecho Administrativo

**3. La posición de la doctrina administrativista.** Afirma la doctrina de los autores del Derecho Administrativo que la facultad de establecer penas por contravenciones o faltas a disposiciones policiales o municipales se considera como “...un complemento natural e inseparable del poder de policía, y como tal, es de jurisdicción local, es decir, provincial...”<sup>23</sup>, pues dicho poder constituye una de las facultades que no han sido objeto de delegación de las provincias a la Nación, conforme al art.121 de la Constitución. Se argumenta que si bien las provincias delegaron en la Nación la facultad de legislar sobre “delitos”, se reservaron el poder de legislar sobre “faltas y contravenciones”<sup>24</sup>. Y que el fundamento constitucional del poder de policía se encuentra en los arts.14 y 28 de la Carta Magna, en correlación con el art.121. El primero de ellos

---

<sup>22</sup> Conf., autor cit. ps. 65 y 66.

<sup>23</sup> Conf. Rafael Bielsa, “Derecho Administrativo”, t. IV, sexta edición, p.76.

<sup>24</sup> Conf. (Marienhoff, “Derecho Administrativo”, t. I,p.586.

se refiere a la enumeración de los derechos individuales, los cuales deben ejercerse en un todo de acuerdo a las leyes que reglamenten su ejercicio. A su vez, el art. 28 dispone que el legislador puede reglamentar los derechos individuales, pero dicha reglamentación tiene límites, ya que los principios, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente no pueden ser alterados por las leyes que reglamente su ejercicio<sup>25</sup>.

En particular, dice Marienhoff<sup>26</sup> que la contravención se configura “por una situación de hecho en cuyo mérito una persona aparece en contradicción con una norma de policía”, y que a los efectos de su configuración no es necesario que dicha situación haya sido provocada o querida por quien aparece como autor de ella. Dicho con otras palabras, para que exista contravención no interesa “...la culpa, y menos aún el dolo..., porque “...puede haber infracción sin culpa”.

Sin embargo, el tratadista resulta contradictorio cuando dice que “...tal como ocurre en el delito, la falta puede resultar de una acción u omisión”; y que “...todo lo que los penalistas han dicho al respecto en materia de delitos es aplicable a las faltas, porque estructuralmente faltas y delitos se identifican”. Aún mas inteligible resulta cuando se refiere a la diferencia entre delito y contravención, la cual estaría dada en la circunstancia de que “el delincuente comete delitos. El infractor es socialmente menos peligroso que el delincuente...” (?).

Consiente de que no es posible hallar una diferencia subjetiva, formula el siguiente interrogante: “¿Pero qué distingue, concretamente, el delito de la mera falta o contravención?”. Conforme el maestro administrativista, “la cuestión ha de examinarse sin olvidar las particularidades de nuestra estructura jurídico-política...Si bien Nación puede legislar sobre delitos y en ciertos caso sobre faltas, las provincias solo pueden legislar sobre faltas...”, atento que el delito trasunta mayor gravedad y generalidad en toda la república, en tanto que la falta se relaciona con infracciones

---

<sup>25</sup> Conf. Manuel María Diez, “Manual de Derecho Administrativo”, t. II, p. 183.

<sup>26</sup> Conf. Marienhoff, “Derecho Administrativo”, t. I, ps.579 y ss..

menores, vinculadas con el ambiente local...”; de ahí que al delito le corresponda una pena mayor y a la falta una penalidad menor, por lo que cantidad de pena podría ser “un índice importante para saber si un hecho es juzgado como delito o como falta...”. En conclusión: el criterio de la distinción sería meramente legal por exclusión, en función de la gravedad, puesto que “si la Nación, a través de un Código Penal crea una figura delictiva, las provincias no podrán considerar esa figura como falta o contravención”; en otras palabras, “...las provincias pueden considerar como contravención o falta, dentro de sus jurisdicciones, cualquier situación, hecho o conducta que, no habiendo sido considerado delito por el legislador nacional, implique una alteración efectiva del orden jurídico o de las reglas de convivencia...”, con lo que queda claro que el núcleo de la diferencia, más allá particularidades poco significativas, se reduce a una cuestión de competencia, con predominio facultades legisferantes de la Nación por sobre los entes locales, pues todo lo que sea declarado como delito por la primera, no podrá ser objeto de regulación por los segundos.

Marienhoff critica a José María Diez<sup>27</sup>, en razón de que el último sostiene que la contravención se diferenciaría del delito por el órgano que aplica la pena, es decir, si el órgano fuere administrativo se estaría frente a una falta, en tanto que si fuese judicial, se trataría de un delito<sup>28</sup>, sin advertir que en el fondo, ambas opiniones, tienen el mismo sustento: la calificación de una determinada conducta como delictual o contravencional dependerá, en última instancia, del arbitrio legislativo, pues quien determinará la competencia para entender en determinadas materias será siempre el legislador, específicamente el del Congreso de la Nación, que al decidir elevar una acción a la categoría de delito, excluiría a las provincias para tipificar como faltas tales conductas, y, en

---

<sup>27</sup> Conf. Marienhoff, “Derecho Administrativo”, t. I, ps. 584 y ss..

<sup>28</sup> Conf. Diez, José M. “Derecho Administrativo”, t. I, ps. 92, 93.

consecuencia, no es imaginable que un órgano administrativo intervenga en dichos casos.

Por lo demás, el criterio orgánico de la distinción entre delitos y contravenciones, ha sido superado.

Villegas Vasavilbaso<sup>29</sup> también entiende que la infracción contravencional se configura por el hecho, la acción u omisión que hace nacer la pena de policía. Sin embargo, es interesante su afirmación acerca de que la falta "...es una especie de infracción penal", que tiene por objeto la protección de la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas.

En efecto, señala que la contravención, como infracción penal, es una acción, pues se trata de un hecho, pero voluntario; es, además, antijurídica, pues dicha acción debe ser contraria a la disposición de policía y no encontrarse amparado el obrar ilícito por una causa de justificación; finalmente, debe ser culpable, entendida la culpabilidad como relación psicológica en que el sujeto se halla en el momento de la acción con relación al hecho que la produjo. Vuelca todos los conceptos elaborados por la teoría del delito, en particular, formas de culpabilidad en materia contravencional, problemas relacionados con existencia de la tentativa en las faltas, reincidencia, participación, error, etc.

El autor no ve diferencias sustanciales entre delitos y contravenciones y sostiene la aplicabilidad a las últimas de las reglas elaboradas por la dogmática penal.

Similares conceptos fueron desarrollados por Rafael Bielsa<sup>30</sup>, para quien "...la falta o contravención supone imputabilidad, o sea culpabilidad, elemento necesario de la responsabilidad". No obstante, llamativamente, a reglón seguido agrega que: "Basta la sola desobediencia de los reglamentos de policía, prohibiciones u órdenes. Es decir, el simple hecho

---

<sup>29</sup> Conf. Villegas vasavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. V, ps. 261 y ss..

<sup>30</sup> Conf. Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo, . IV, ps.75 y ss.

de la transgresión de la disposición prohibitiva origina responsabilidad; ...luego, la represión tiene en algo carácter disciplinario”.

Para este autor el poder de policía tiene por fin asegurar la ejecución de reglamentos, leyes y prohibiciones, y comprende, como su complemento necesario, la facultad de imponer penas, y la pena es el efecto que sigue a la violación de un reglamento.

Existiría “...por principio, un poder penal local, es decir, provincial, que es complemento necesario del poder de policía, poder este no delegado en el gobierno federal...”<sup>31</sup>.

Subyace en dicha afirmación, un presupuesto necesario: si el poder de policía comprende la facultad de legislar sobre penas, existen diferencias sustanciales entre delitos y faltas, puesto que si fueran lo mismo, las provincias estarían utilizando una facultad delegada a la Nación por la Constitución, pues en todas se ha legislado en materia contravencional (art. 75 inc. 12 C.N.). Por eso, coherente con el esquema planteado, dice el autor: “Delito y contravención tienen en común lo ilícito y aún lo incriminado del hecho, solo que el delito perturba real e inmediatamente el orden jurídico, al paso que la contravención no presupone la lesión real y actual del orden jurídico, ni la lesión a un derecho, sino la violación, casi siempre en forma potencial, de una norma establecida en interés colectivo...”, y agrega que “...es una garantía de seguridad, de previsión genérica contra los delitos”.

Ello por cuanto Bielsa sostuvo que: “En efecto, la contravención difiere del delito en que ella no es una resolución criminosa ni lesiona necesariamente un bien jurídico...a diferencia del delito, en el que existe resolución de dañar”. Por lo que, en conclusión: entre ambas figuras existe un elemento formal común, pero difieren en el contenido de la decisión, en el “elemento finalístico”. He aquí la diferencia para este autor.

---

<sup>31</sup> Conf. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo, . IV, ps.75 y ss.

En este sentido, dice que la contravención crea un riesgo, aumenta el peligro que la norma represiva de carácter penal quiere evitar. Así, el ejemplo sería el del conductor que conduce un vehículo en sentido contrario cometería una contravención por ese solo hecho, con prescindencia de distinciones entre dolo o culpa, pues se expone y expone a los demás a accidentes que de otra manera se habrían evitado. O el llevar armas, que constituiría por sí sola una amenaza contra el orden público, desde que ello hace que sea posible o se facilite el delito. El escándalo del beodo en la calle perturbaría el orden público, tanto en sentido moral como en sentido de la seguridad. El grupo de personas que ocupa la calle en una reunión sin permiso policial, cometería una contravención, pues pone en riesgo la seguridad pública que las normas reglamentarias pretenden preservar.

Ahora bien: al tipificar estas infracciones, las provincias han debido establecer sus correlativas penas, algunas de ellas significativamente mayores a las dispuestas por el código de fondo en la materia. Mayores o menores, lo cierto es que los códigos de faltas contienen penas, además de “tipos” contravencionales, y, como es obvio, surge la cuestión acerca de si no han ejercido una facultad delegada por la Constitución (art. 121, CN) específicamente al Congreso, que es quien conforme la norma del arts.75 inc. 12, se encuentra facultado para dictar un Código Penal uniforme en todo el territorio nacional. A este interrogante, Bielsa responde que el fundamento de la facultad de legislar en materia de contravenciones deriva de una potestad propia de todo gobierno: se entiende que dicha facultad es el complemento inseparable del poder de policía, y el poder de policía comprende el de reprimir las transgresiones que en virtud del mismo se establecen.

¿Y como es que debe hacerse el deslinde jurisdiccional?. “Ahí donde la Nación tiene jurisdicción, puede legislar al respecto... Así, el derecho a reglamentar la navegación interior comprende el de establecer penas por las contravenciones a esa reglamentación...”. Es decir, la Nación ha de

dictar un Código Civil, otro Comercial, la legislación laboral de fondo, las leyes relativas a la organización de la navegación y su régimen represivo, etc. y un Código Penal, solo que habría una porción de esta materia que no habría sido objeto de delegación al gobierno Federal: la represión contravencional.

Se tornan confusos, cuando no contradictorios, los argumentos esbozados por la doctrina administrativista. Resulta realmente complicado establecer, conforme las ideas expuestas, una regla o línea que marque deslinde de competencias y facultades para legislar en la materia. Resulta más complicado aún, comprender los argumentos que legitimarían a las provincias para dictar la legislación represiva en materia contravencional.

Si ensayamos una síntesis, vemos que los autores administrativistas ha llegado por distintos caminos a la misma conclusión: la cuestión gira en torno a la gravedad de la infracción, la cual determina, en abstracto (determinación legal), la gravedad de la pena aplicable. Atento que los delitos trasuntarían mayor gravedad que las contravenciones<sup>32</sup>, o que en los delitos existe una resolución criminosa que lesiona un bien jurídico en forma efectiva y no potencial<sup>33</sup>, dichas conductas deberán encontrarse tipificadas en el Código Penal, que por ser materia delegada por las provincias a la Nación ha de ser dictado por el Congreso (art. 75 inc. 12, en relación I 121 de la CN). A la par que, en virtud de la exigua gravedad que denotan las contravenciones, y por ser la facultad de imponer penas un complemento natural e indispensable del poder de policía<sup>34</sup>, el cual constituye una facultad reservada por los entes locales no comprendida en la delegación que marca el art.121 de la Constitución, y además, teniendo siempre en cuenta que la cuestión ha de analizarse sin olvidar

---

<sup>32</sup> Conf. Marienhoff, “Derecho Administrativo”, t. I, ps. 582 y 583.

<sup>33</sup> Conf. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo, . IV, ps.83.

<sup>34</sup> Conf. Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo, . IV, ps.76 y 77.

las particularidades de nuestra estructura jurídico-política, las provincias solo pueden legislar sobre faltas y en modo alguno sobre delitos<sup>35</sup>.

No es objeto del presente trabajo abordar discusiones de orden constitucional en relación a la titularidad de la facultad de legislar en materia contravencional. No obstante, los fundamentos que en términos generales expone la doctrina del derecho administrativo para justificar que entre delitos y contravenciones habría diferencias, para algunos cualitativas, para otros cuantitativas, obligan a la formulación de interrogantes cuya respuesta genera serias implicancias, puesto que el trasfondo de la discusión parece estar constituido por motivaciones o razones de competencia legislativa.

En primer lugar, si por hipótesis se llegara la conclusión de que las contravenciones son esencial, estructural y ontológicamente idénticas a los delitos, aún admitiendo que la diferencia entre unas y otros es meramente cuantitativa, entonces la materia contravencional quedaría comprendida dentro de la competencia del Congreso de la Nación respecto del dictado de los códigos de fondo, conforme lo dispuesto por el art.75 inc. 12 de la Constitución Nacional, por lo que la legitimidad constitucional de los actuales códigos contravencionales quedaría tambaleando sobre el argumento de que las provincias han hecho uso de la facultad constitucional que les permite dictar los códigos fundales en tanto y en cuanto no lo haga la Nación, tal y como lo ha hecho hasta el presente la provincia de Buenos Aires en relación al Código Agrario.

En segundo lugar, insistimos, ¿si delito y contravención son sustancialmente iguales, no se encuentran las provincias legislando sobre una materia que ha sido delegada a la Nación por el art.75 inc. 12?. Lo que es más grave aún: siendo la facultad de dictar el Código Penal del Congreso de la Nación, las provincias estarían llenando un vacío no cubierto por la legislación de fondo, inherente al Código Penal,

---

<sup>35</sup> Marienhoff, "Derecho Administrativo", t. I, ps. 581 y 582.

transformando el “*sistema discontinuo de ilicitudes*” del que hablaba Soler (con fundamento en el art.19 de la Constitución Nacional) en un “*sistema continuo de prohibiciones*”, ya que está prohibido beber en lugares públicos y circular en estado de beodez; está prohibido vestirse de mujer; está prohibido proferir gritos; está prohibido portar llaves aptas para abrir cerraduras sin justificar su posesión; no es lícito portar armas de cualquier naturaleza que fueran, no comprendidas en ley 20.429 y sus modificatorias; es contravencionalmente punible el ejercicio de la prostitución, etc.. En síntesis, todo está prohibido.

En tercer lugar, e independientemente de los interrogantes precedentes, si las contravenciones son delitos veniales, y aún admitiendo la facultad de las provincias para legislar y crear figuras delictuales pequeñas hasta tanto lo haga el Congreso de la Nación, ¿cuál es la razón por la cual en los vigentes procedimientos contravencionales no se contemple la garantía de la del debido proceso, en especial la defensa en juicio?

La respuesta a estos interrogantes requiere, por sus serias implicancias, del desarrollo de las distintas posturas en punto a las distinciones entre delitos y contravenciones desarrolladas por la doctrina penalista.

**4. Las posiciones de los autores penalistas.** No interesa tanto descubrir si existe o no diferencias ontológicas entre delitos y contravenciones como las consecuencias jurídicas que se derivan en función de la posición que se adopte. Por tanto no es cuestión menor ni académica intentar responder suficientemente al interrogante planteado. Ello justifica el análisis del tema, sobre el cual tanto se ha discutido, no obstante que las conclusiones que aparecen como las más convincentes y lógicamente ajustadas no se reflejan en los textos legales de la materia.

Dentro del criterio que intentó ver una diferencia ontológica entre delitos y contravenciones, podemos encontrar las siguientes distintas

subclasificaciones: diferencia ontológica basada en criterios naturales, distinciones realizadas en torno a la antijuridicidad, la diferenciación por el mero riesgo y la separación por el elemento subjetivo. Haremos una breve reseña de cada una de ellas, con el fin de ofrecer al lector las variantes de esta postura, señalando los puntos en los cuáles ha fracasado.

**4.1. Teorías que fundan las diferencias ontológicas en criterios naturales.** Incluido en esta posición, encontramos a César Beccaria, quien al clasificar los delitos, los reparte en tres grupos: en el primero de ellos están los que destruyen la seguridad social; en el segundo los que subvierten la seguridad privada; y en el tercero se comprenden las acciones contrarias a lo que cada uno está obligado por las leyes a hacer o a abstenerse de hacer por consideraciones de bien público<sup>36</sup>, sosteniendo Carmignani que en este tercer grupo, “aquel original y profundo ingenio había dado la primera definición del delito de policía, distinguiéndolo de los propios y verdaderos delitos, colocados por él en las otras dos clases”<sup>37</sup>.

La Escuela Toscana llama a las contravenciones “transgresión”, situando el distingo en que por infringir las reglas policíacas no hay destrucción de derecho alguno inherente a la naturaleza humana o a la índole de la sociedad, teniendo ello como consecuencia que no ofenden el principio ético universal, por lo que sólo se reprimen con el fin de mera utilidad colectiva. En síntesis, los delitos violan las leyes de seguridad social; las contravenciones sólo se refieren a la prosperidad. Dentro de esta corriente encontramos a Carrara quien dice: El delito, “consiste en la violación de un derecho protegido por la ley penal y es bien distinto de las contravenciones”; éstas consisten en “las violaciones de las leyes que protegen la prosperidad, no el derecho; leyes que tienen su fundamento

---

<sup>36</sup> Conf. “De los delitos y de las penas”, par. VIII

<sup>37</sup> Conf. Teoria delle legge della sicurezza sociale, Tít.11, cap. VI.

en el sólo principio de utilidad”. Según este autor las contravenciones de utilidad se clasifican según el distinto bien que se quiere procurar al prohibir aquellos hechos que constituyen esas transgresiones. “No podría clasificárselas tomando por norma el daño o el derecho violado, porque en ellas no hay daño, ni violación al derecho; por lo menos, su esencia no lo exige. No sería posible, pues aplicar, en la clasificación de las contravenciones el criterio con que clasificamos los delitos. No se podría recurrir al dolo porque no existe como elemento necesario. No se podría recurrir a la impulsión, ni clasificar según la pasión motora, porque en las contravenciones no siempre existe una pasión que impulse al transgresor. Por tanto, es verdaderamente necesario e inevitable, en los reglamentos de policía, deducir la clasificación de las contravenciones del diverso bien protegido mediante las prohibiciones de ciertos actos, todavía moralmente inocentes y que no ocasionan actualmente violación o peligro en el derecho. Este es el método generalmente seguido en estas materias”<sup>38</sup>.

Sigue con esta línea de pensamiento, basada la distinción por un criterio natural, Anselmo von Feuerbach, quien mirando a la supuesta realidad de delitos mala in se, vincula a la contravención a la mera desobediencia<sup>39</sup>. Siguiendo con Feuerbach, hay delito, dice, cuando se viola un derecho existente antes de que la ley lo haya reconocido como tal, limitándose por tanto la intervención del Estado a asegurar este

---

<sup>38</sup> Conf. Carrara, Programa de Derecho Criminal, pág.228, par.150, nota1).

<sup>39</sup> Saldaña cree también que la falta o contravención es desobediencia. Lo dice en unos párrafos en que se confunde lo ontológico y lo cuantitativo, y en que se opone la calidad y la esencia. Estos párrafos que ahora transcribimos, pueden servir de modelo en su género: “En suma si por su naturaleza jurídica, cualitativamente idéntica al delito, cuantitativamente diversa en grado, puede ser definida conjuntamente con el delito, la falta, por su naturaleza y sentido social, esencialmente distintos, merece respectiva definición diferente... Contravención, de contraviniere, oponerse a; tanto vale como desobediencia, esto es, obrar en contra de lo mandado”. Comentarios, I, pág. 440).

derecho, y hay contravención cuando se hace una cosa que sería lícita si el Estado no la hubiese prohibido<sup>40</sup>.

El hundimiento del Derecho Natural, deja sin brújula a este grupo de teorías que quieren dotar de índole propia a las llamadas faltas. Y, sin embargo, la tesis de la desobediencia combinada con el peligro, perdura en algunos autores italianos que ven en el delito una violación efectiva o potencial del derecho, mientras las contravenciones no contienen más que un mero peligro para el orden social y, despojadas de toda inmoralidad, aparecen como simples desobediencias<sup>41</sup>.

**4.2. Teorías que encuentran diferencias ontológicas por la vía de la antijuridicidad.** Se caracteriza la teoría de Binding por considerar a las contravenciones tan sólo una desobediencia; pero esto sería simplificar en exceso lo expuesto por el famoso penalista alemán. Aunque Binding proclama que delitos y contravenciones son actos injustos, nos permitimos afirmar que sólo en la antijuridicidad parece estribar la diferencia que Binding busca<sup>42</sup>.

La formulación de una norma se halla precedida por el reparto de las acciones en grupos, que se realiza de dos modos distintos. Ordinariamente el legislador parte de la observación del caso singular, puesto que este constituye por sí mismo, la lesión o el peligro de daño para un bien jurídico: por eso eleva el caso a género y lo prohíbe, con todos los que sean semejantes. Otras veces, en cambio, procede en virtud de consideraciones enteramente genéricas sobre grupos de acciones, que producen muy diferentes consecuencias, si bien todas son inconvenientes en general. Entonces “es la observación del fenómeno en masa, lo que actúa como motivo prohibitivo contra el fenómeno como tal”.

---

<sup>40</sup> Conf. Luis Jimenez de Azúa, “Tratado de Derecho penal” t. III, nro 1002, pag.122.

<sup>41</sup> Conf. Lucchini, Giustizia e Polizia, en R. P; vol.XX, págs.94 y sig., ver Luis Jimenez de Asúa, “Tratado de Derecho penal” t. III, nro 1002, pag.123.

<sup>42</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, “Trat. de Derecho Penal”, t. III, nro 1003, pag. 123.

Ahora bien, por eso mismo que se observa el fenómeno en conjunto, es difícil diferenciar las acciones realmente perjudiciales de las que no lo son y, para no tolerarlas todas, conforme al principio del mal menor<sup>43</sup>, prohibirlas todas, y para evitar injusticia de castigar como dañoso todo un grupo de acciones, en el que puede haber algunas que no lo sean por no lesionar un bien jurídico, las reprime, no atendiendo a la violación de un bien de esa índole, sino como pura y simple desobediencia de la norma que el Estado se ve en la necesidad de establecer, a fin de evitar con ello males mayores que podrían producirse en buena parte de los casos<sup>44</sup>. Esta solución se impone en holocausto a la seguridad jurídica, a la economía probatoria y a la necesidad de que no escapen a la acción de la justicia los que disimulen sus reales intenciones nocivas. De las contravenciones, unas representan prohibiciones complementarias de los delitos al ensanchar la esfera y los medios de lucha constituidos por los preceptos penales propiamente dichos; y otros poseen finalidad autónoma en la protección de bienes no primarios<sup>45</sup>.

Próxima a la doctrina de Binding, se encuentra la opinión sustentada por Bernardino Alimena, quien ha estudiado y combatido algunos de los mas importantes pareceres que sostuvieron la separación ontológica de los delitos y de las contravenciones<sup>46</sup>, afirmando que “la contravención no tiende solamente a impedir que se cometan delitos, sino que también tiende a impedir otros hechos nocivos que no son delitos”. En consecuencia dice que “en la contravención, a diferencia del delito – puesto que la ley presume que el hecho puede inmediatamente causar un daño -, basta la simple violación de la norma, sin que sea preciso demostrar cada vez, que el daño habría podido ocasionarse realmente o

---

<sup>43</sup> ) Conf. Bindig, “Normen”, vol.I, ps.398-399).

<sup>44</sup> Conf. Binding, “Normen”, vol.I, p. 406.

<sup>45</sup> Conf. Binding “Normen”, vol.I, ps.3 y ss. Par.54, p. 402.

<sup>46</sup> Principios, tomo I, ps.307-324.

que se habría evitado. No es posible otra diferencia entre los delitos y las contravenciones<sup>47</sup>.

Franz von Litz creyó distinguir claramente un grupo de infracciones administrativas, con su propia antijuridicidad proponiendo separar el derecho penal, de los delitos de policía, siguiendo la corriente, hacía mucho iniciada, de desembarazar la justicia criminal, propiamente dicha, de las causas de menor alcance<sup>48</sup>.

Aunque sin separar la función policiaca del Derecho Penal, Carnevale expuso un criterio que creemos debe figurar en este grupo. A su juicio hay que distinguir en nuestra disciplina dos funciones que igualmente le competen, pero que deben separarse: la defensa y la policía del derecho. La primera se ejerce mediante la represión de los delitos, la segunda mediante la represión de las contravenciones. En suma Carnevale piensa que hay delito cuando el hecho, siendo contrario al bien jurídico en su entidad propia, al chocar contra él lo lesiona, y que hay contravención cuando el hecho no es contrario a la entidad propia de un bien jurídico, y por consiguiente ni le ofende ni le lesiona, sino que está en contradicción con las condiciones del ambiente que se consideran necesarias para su tranquilo desarrollo y para el desenvolvimiento de otros bienes jurídicos<sup>49</sup>.

También Rocco cree que el concepto de las contravenciones se deriva del de Administración, en cuanto supone una actividad estatal específicamente distinta de la legislativa y jurisdiccional. Para él, la actividad administrativa es la que, "valiéndose de su poder de querer soberanamente, despliega el Estado de caso en caso, en el campo que le deja libre el derecho objetivo, para la satisfacción de aquellas necesidades propias que no tienen por objeto ni la formación y expresa declaración del Derecho ni el pronunciamiento y la ejecución forzada de él en los casos particulares".

---

<sup>47</sup> Principios, tomo I, ps.312-313.

<sup>48</sup> Conf. Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t. III, nro 1003, pag.124.

<sup>49</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1003, pag.125.

Rocco divide esa actividad en dos grupos: la administrativa jurídica y la administrativa social. La primera procura la tutela del derecho y conserva o asegura bienes que el derecho ya protege; la segunda tiende al cuidado de las necesidades de la sociedad y produce bienes que representan un perfeccionamiento. Las contravenciones se conciben, pues, para Rocco como “acciones u omisiones contrarias al interés de la administración o interés administrativo del Estado”, sea en uno u otro de aquellos aspectos, y que en consecuencia se reprimen por el Derecho Penal. La diferencia entre delitos y contravenciones la concreta Rocco en la actividad desplegada por el Estado, que unas veces trata de evitar un mal y otras tiende a procurar un bien. En esta doctrina vemos no sólo el influjo de las modernas corrientes alemanas que culminaron en James Goldschmidt, sino el vivo recuerdo de Carmignani y Carrara. Sin embargo, la imprecisión de la tesis sostenida por Rocco, es evidente. Nadie duda de que hay delitos contra la Administración y que violan intereses administrativos del Estado, así como no puede negarse la facultad de crear contravenciones, en vez de delitos, para evitar un mal, como ocurre por ejemplo, en las leyes españolas en que por su mínima importancia los hurtos de ínfima cuantía y las lesiones que se curan en corto número de días, son faltas y no delitos. Ya Manzini señaló, oponiéndose a Rocco, que “también los delitos contra la Administración Pública son hechos característicamente contrarios al interés administrativo del Estado, y no por eso son contravenciones”<sup>50</sup>.

Manzini sostuvo una distinción vinculada al grado de la antijuricidad. Si bien reconoce que el código italiano ha seguido el simple sistema de diferenciar las contravenciones de los delitos por la gravedad de la pena, cree que es de interés “precisar el criterio diferencial ontológico, que no deja de tener también interés práctico puesto que algunas leyes dictadas con posterioridad al año 1930, no han seguido el

---

<sup>50</sup> Conf. Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1003, pag.125- 126.

mismo sistema que el código adoptó. En ese aspecto ontológico, las contravenciones son aquellas incriminaciones que tienen por objeto la protección de condiciones consideradas indispensables o favorables a las energías o a los estados útiles a la sociedad, o que se refieren a los ordenamientos financieros del Estado, o que tienden a la represión de una conducta individual contraria solamente a tales condiciones, considerada principalmente en relación a las necesidades de la vida social, mas bien que en relación al carácter de la voluntad realizada por el sujeto”<sup>51</sup>.

Silvio Longhi toma el concepto expuesto en el artículo 14 del código de San Marino: “Contravención se considera la infracción que, si bien no es contemplada por la ley como daño social por sí mismo, es considerada por dicha ley como peligrosa, porque se traduce en la violación de aquellas medidas que tienden mas de cerca de la prevención del daño social; como también la infracción que se traduce en violación de aquellas providencias que se consideran por la ley como dirigidas a la promoción del bienestar social y a la utilidad pública<sup>52</sup>”.

**4.3. El distingo por el mero riesgo.** Fracasan los intentos de separar el delito de las contravenciones atendiendo a bases iusnaturalistas o al grado de la antijuridicidad, y por ello se recurrió también a la índole de la acción en referencia al resultado que se pretende y logra: el delito, se dice, supone siempre una lesión, mientras que la falta sólo produce ordinariamente un peligro<sup>53</sup>.

Uno de los expositores de esta doctrina fue Zanardelli, quien dice: “para dar cuenta, sin embargo, de los criterios seguidos para distinguir los delitos de las contravenciones, analizando su intima naturaleza, no puedo menos que referirme a las conclusiones de la Ciencia según la cual son delitos aquellos hechos que producen una lesión jurídica, y son

---

<sup>51</sup> Tratado de Derecho Penal, .vol.I , ps.541-542.

<sup>52</sup> Conf. Longhi, Teoria generale delle contravenzioni, ps. 84 y ss..

<sup>53</sup> ) Conf. Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1004, pag.126.

contravenciones aquellos otros hechos que si bien pueden ser inocuos por si mismos, presentan, sin embargo, un peligro para la tranquilidad pública o para los derechos de otro. El precepto de la Ley en los delitos dice, por ej.: no matar, y dice en las contravenciones: no hacer nada que pueda exponer a un peligro la vida ajena. En los primeros dice: no dañaras la propiedad de otro, y en las segundas: no harás nada que pueda producir daño a la misma”<sup>54</sup>.

También Lucchini ve la diferencia en este punto cuando sostiene: “La diferencia que media entre un delito y una contravención esta en esto: que mientras el primero infringe un deber específico y lesiona efectiva o potencialmente un derecho determinado y orgánico, la segunda viola un deber genérico, expone un derecho indeterminadamente a un peligro; y por ello el delito es inseparable del dolo y del daño, que, por el contrario no son totalmente requeridos en la contravención.<sup>55</sup>”. Sigue esta corriente Biagio Petrocelli, que dice: “los delitos, cualquiera sea su importancia y gravedad, constituyen agresión inmediata y directa a los bienes-intereses que la ley penal considera que debe tutelar; mientras las contravenciones están constituidas por acciones u omisiones, que sin ser por si mismas un daño o peligro actual o concreto para esos bienes-intereses, son capaces de producir, por presunción de ley, las condiciones para que pueda producirse un daño o peligro, o de obstaculizar el progreso o desarrollo de los mismos bienes”<sup>56</sup>.

Impallomeni aceptó la teoría del peligro contravencional como casi todos los interpretes del Código Italiano de 1889, si bien algunos, como Stoppato, no lo miraban como principio exclusivo, observando Stoppato que incluso en el Código de 1889 el “criterio del peligro contrapuesto al de la lesión efectiva de un bien jurídico para establecer la distinción entre

---

<sup>54</sup> Esta postura fue expuesta en la “Relazione” que acompaña al Proyecto de Código Penal de 1887.

<sup>55</sup> Conf. Lucchini, “Giustizia e Polizia”, en R. P, vol. XX, pags. 94 y ss.).

<sup>56</sup> “Principios”, p g. 229.

delito y contravención, no es exclusivo, porque no se puede negar que pueden subsistir, y que en realidad frecuentemente subsisten, hechos contravencionales, en los que se encuentran verdaderamente un daño independiente de toda noción política y susceptible de resarcimiento civil".

Ahora bien: Stopatto afirmó, que ese criterio era, sin embargo, directivo, "porque las contravenciones por su esencia no requieren necesariamente más que ser hechos que presentan más o menos próximo un peligro de ofensa al Derecho, por ser tomadas en consideración en interés de la seguridad o utilidad general; y es directivo además porque no se necesita enteramente la lesión concreta y ni siquiera concretamente potencial de un bien jurídico para que pueda hablarse de un hecho contravencional".

Volviendo a Impallomeni, quien reconoció que la teoría del peligro contravencional debía ser completada y rectificada, dice también que "hay hechos contravencionales que no están prohibidos porque puedan poner en peligro un derecho ajeno, sino porque revelan o hacen presumir o sospechar ya la existencia de un hecho perjudicial o peligroso para la seguridad jurídica de la persona"... "existen, además contravenciones que no importan la posibilidad de un peligro, ni hacen sospechar algún perjuicio o peligro, sino que violan las disposiciones de simple comodidad o conveniencia, como las reglamentaciones sobre la exposición o colocación de objetos en venta y las ordenanzas edilicias. Y nosotros creemos que se debe comenzar por considerar que hay hechos que ofenden las condiciones permanentes y, por así decirlo, fundamentales de la existencia y de la convivencia civil, y otros que están en oposición a las condiciones secundarias, complementarias de aquellas, y que son esencialmente contingentes. Los hechos de la primera categoría constituyen siempre una ofensa a determinados derechos subjetivos, colectivos o individuales, públicos o privados, y son por su naturaleza perjudiciales al orden y a la seguridad social. Estos son los hechos que solamente merecen a nuestro entender el nombre de delitos... Los hechos de la segunda categoría, pueden ser repartidos en las siguientes clases:

1) Hechos que pueden poner en peligro la incolumidad de uno o más bienes jurídicos, sin considerar con ello que se ha ocasionado o querido un peligro efectivo... 2) Hechos que hacen presumir o sospechar una conducta en oposición al estado de derecho... 3) Hechos contrarios a las exigencias de conveniencia pública... 4) Hechos perjudiciales para determinados bienes jurídicos secundarios y, por tanto, limitativamente, a algunos derechos subjetivos". El autor añade que "son secundarios, en orden a otros bienes jurídicos primarios, a los que son afines, pero que no son elementales, que están dependientes de condiciones locales y transitorias y que son, por su naturaleza, accesorios de los primeros y subalternos"<sup>57</sup>.

Como vemos, Impallomeni ya no se contenta con la mera distinción por la naturaleza del acto y sus efectos, sino que añade condiciones atinentes a la antijuricidad, insistiendo en que la diferencia entre delitos y contravenciones no ha de ser por un grado inferior en el daño o por lo tenue de su carácter local, sino de cualidad, si bien esas acciones no están prohibidas únicamente por una simple necesidad de prevención, sino también porque constituyen una real ofensa a determinados bienes jurídicos, aunque sin embargo no tengan el mismo valor antijurídico propio de otros actos<sup>58</sup>.

Podemos objetarles a estas doctrinas que la distinción entre delitos y contravenciones basada en el daño o resultado material y el peligro, es imposible ya que existe un gran número de delitos ( que crece día a día), cuya lesión al bien jurídico esta constituida por un peligro ( abstracto o concreto) y no puede decirse de ellos que son contravenciones o faltas.

**4.4. La separación por el elemento subjetivo.** Algunos autores franceses (Chauveau y Hélie y René Garraud) han propuesto que el

---

<sup>57</sup> Conf. Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1004, pag.127-128-129.

<sup>58</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1004, pag.129.

elemento subjetivo se admitía en las contravenciones de modo cierto y sin que reciba prueba en contrario; es decir, a virtud de una presunción *iuris et de iure*<sup>59</sup>.

Otro grupo de escritores italianos exige, en cambio, la existencia del elemento subjetivo en la contravención, pero limitándolo a la culpa, de modo que cuando la ley no exija expresamente el dolo se aplicaran las sanciones correspondientes aunque solo haya habido negligencia (Berenini, Mecacci y Garbasso)<sup>60</sup>.

Otros penalistas, como el francés Le Sellyer y los italianos Stoppato y Lanza, sustentan un criterio menos exigente e invierten la prueba en las contravenciones; es decir, que proclaman la presunción *iuris tantum*.

Negri ha querido caracterizar las faltas por la presunción del dolo o de la culpa. Dice “Que son aquellas acciones u omisiones voluntarias en las que el dolo o la culpa se presume, salvo la demostración contraria, y que se castigan independientemente de la lesión concreta de un derecho y de la existencia de un daño, que por regla, no concurren”. Le ha objetado Soler que esa reflexión “más parece una consecuencia de que el hecho sea contravencional que la causa de ello”<sup>61</sup>.

Massari ha afirmado la “identidad ontológica de las dos categorías de infracciones”, aunque en su tesis se ve que la importancia del elemento subjetivo, esencial en los delitos, no es decisiva en el ámbito de las contravenciones, por ello lo ubicamos en este punto. Dice que “hoy día, entre el delito y la contravención, la diferencia es exclusivamente estructural”<sup>62</sup>. Al explicar su postura, razona de la siguiente manera: “nosotros creemos, analizando en su más profunda estructura la varias formas contravencionales, que las intenciones y las previsiones del

---

<sup>59</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1005, pag.129.

<sup>60</sup> Conf. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1005, pag.129.

<sup>61</sup> Conf. Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, t.III, nro 1005, pag.129.

<sup>62</sup> “Le Doctrine Generali, pag. 241”.

agente sobre la consecuencia de su obrar, son del todo extrañas a la infracción contravencional; como es extraña al mismo toda pesquisa sobre aquellas particulares calificaciones psíquicas en la conducta, que son la imprudencia, la negligencia o la impericia en el delito culposo. Podrán algunas contravenciones presentar incluso eventualmente los caracteres de un hecho debido a imprudencia, o ha negligencia; podrán, también, otras contravenciones incluir un elemento de violación intencional respecto al resultado; pero todas esas coincidencias no tendrán importancia alguna para la responsabilidad contravencional, porque lo que cuenta, en la infracción contravencional, es la simple inobservancia voluntaria de la conducta impuesta por el precepto sin que sea preciso, además, investigar si aquella inobservancia procede de dolo, o de negligencia, de imprudencia o de impericia. Esa falta de trascendencia del dolo o de la culpa en la contravención no constituye una afirmación opinable; si no que es un dato de la forma delictiva; es decir, que resulta de la particular estructura que presenta el *praeceptum iuris* en la norma contravencional”<sup>63</sup>.

También Maggiore, ha sostenido la identidad estructural de los dos tipos de infracciones, pero prescinde del elemento subjetivo en las contravenciones( por ello es ubicado dentro de esta clasificación) cuando dice: “... Si en las contravenciones fuera preciso probar en cada caso, que el autor obró con el propósito de ocasionar un resultado antijurídico, y si hubiera que probar su negligencia, imprudencia o impericia, sería difícil castigar al contraventor y el orden jurídico se vería expuesto al peligro. Por consiguiente aunque las contravenciones como los delitos sean dolosas y culposas, la ley no consiente ninguna investigación sobre el dolo o sobre la culpa, bastando solo la comprobación de la conciencia y la voluntad de la acción u omisión”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Le Dotrine, pags. 241-242.

<sup>64</sup> Conf. Maggiore, Giuseppe, Tratado de Derecho Penal, t.I, nro 19, pag. 631, refiriéndose Maggiore al Código Penal Italiano de 1930.

Esta postura no advierte que toda infracción penal debe ser atribuida a su autor a título de dolo o culpa, por ser un principio básico del Derecho penal, no pudiendo presumir la ley esa imputación sin ningún tipo de investigación.

En nuestro medio, los autores se han dedicado a tratar el tema desde antiguo. Tejedor, en la nota al art.4º de su proyecto halla diferencias sustanciales entre las dos categorías de análisis. Sostiene que "...hay actos ilícitos que perturban directamente el orden exterior del Estado, que encierran un ataque directo a los derechos del Estado, o de los particulares.... Pero hay también actos que sin encerrar directamente la violación a un derecho, no son indiferentes al legislador, a causa de sus consecuencias desagradables para el orden público, o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y el bienestar del estado; por lo que deben ser sancionados o prohibidos con una pena"<sup>65</sup>. Agrega que los actos de la primera clase son los ilícitos por su injusticia absoluta, en todo los tiempos y en todos los lugares; los actos de la segunda clase dependen de las costumbres, del tiempo, del lugar. Aquellos son objeto del poder judicial; los últimos son objeto del poder de policía. Puede advertirse que la base de la diferenciación de Tejedor es objetiva. Dicho criterio fue sustentado inicialmente por la Corte Suprema, y tenía por base la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos que lesionaban las respectivas infracciones.

Octavio González Roura<sup>66</sup> se inscribe en esta posición, junto con otros tratadistas, como Carlos Malagarriga<sup>67</sup>, Alberto G. Spota<sup>68</sup> y Ricardo G. Núñez<sup>69</sup>, quienes, con diferencias de matices, pero en síntesis, sostienen que delito y contravención o falta son cosas ontológicamente distintas,

---

<sup>65</sup> Tejedor, "Proyecto de Código Penal", Bs. As., 1866, p. 5.

<sup>66</sup> Conf. O. Gonzalez Roura, "Derecho Penal", Bs. As., 1925, t. I, ps. 102 y103.

<sup>67</sup> Conf. C. Malagarriga, "Código Penal Argentino", Bs. As., 1927, t.I, p. 62.

<sup>68</sup> Conf. G. Spota, "El procedimiento penal administrativo", J.A., 1942-IV, p. 114.

<sup>69</sup> Conf. R. C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", Bs. As., 1959, t.I, ps. 18 y ss.

pues el delito reviste, en general mayor Importancia, es más grave y representa mayor peligro; las faltas aparecen relacionadas con los intereses de orden local, vinculados a la moralidad, la seguridad y la normalidad de la vida en las poblaciones.

**4.5. Teorías que niegan que entre delitos y contravenciones existan diferencias ontológicas.** Modernamente se destaca como dominante en la doctrina el punto de vista según el cual entre delito y contravención no existe una diferencia cualitativa, sino una meramente cuantitativa. La contravención reproduce en pequeño todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos, además de que hay muchos delitos que contienen caracteres que algunas de las doctrinas que sostenían la diferencia ontológica, asignaban a la contravención, como por ejemplo los delitos de peligro

Se ha sostenido en este sentido, que en el fondo, esta cuestión por mas que se haya discutido extensamente, carece de toda importancia, porque el mismo concepto de delito evoluciona. Hechos que antes eran delito, son hoy contravenciones, o no son nada; y ciertas contravenciones se transforman un día en delitos<sup>70</sup>.

Siguiendo esta línea, entre los autores extranjeros, se encuentra Guiseppe Bettiol, quien sostiene: que no existe un criterio ontológico de distinción, debiendo considerarse contravenciones los delitos que en un momento determinado del desarrollo social y cultural son juzgados como

---

<sup>70</sup> Dicho con un ejemplo: se observa que desde la vigencia de la ley 20.429 (Ley Nacional de Armas y Explosivos) la tenencia de un revolver calibre 38 fue típica por imperio de lo establecido en el decreto reglamentario nro. 4.693/73, por lo que su tenencia quedaba comprendida como conducta punible en el marco del Código Penal. Sin embargo, el decreto nro. 395/75 (que reemplazó al decreto 4.693/73) la tornó atípica, al no incluir a ese arma entre las “armas de guerra”, quedando en consecuencia considerada como “arma de uso civil”, aunque su mera tenencia fue tipificada como falta a la Ley 20.429. No obstante, a partir de la vigencia de la Ley 25.086 (Armas y Explosivos), que modifica el art. 189bis del Código Penal, la tenencia de un arma de calibre 38 en determinadas condiciones es, nuevamente, una conducta delictual.).

menos graves. Es verdad que en la exposición de motivos (sobre el proyecto del Código Penal Italiano de 1930 ) se advierte que, “sin desconocer la diversidad ontológica de las dos categorías de hechos delictuosos, ni renunciando a clasificar los hechos antijurídicos en una u otra categoría, según su carácter sustancial, se ha seguido el criterio más seguro al reconocer al elemento de la pena un valor fundamental en la identificación de las contravenciones para distinguirlas de los delitos”. Pero la primera parte de la aseveración esta destinada a permanecer en el sector de las afirmaciones gratuitas, porque es trabajo vano recurrir a un criterio sustancial para diferenciar los delitos de las contravenciones<sup>71</sup>.

Si bien es cierto que muchas contravenciones se han desvinculado poco a poco del campo de los ilícitos administrativos para pasar al de los ilícitos penales, también lo es que muchas contravenciones se han unido paulatinamente al numero de los delitos al prevalecer nuevas tendencias y criterios. No es posible por eso separar claramente el dominio de las contravenciones del que corresponde a los delitos. El único criterio seguro, pero siempre de carácter extrínseco, es el de la diversa especie de sanciones penales preceptuadas por el legislador<sup>72</sup>.

Por otra parte, debemos recordar que hoy se esta abriendo paso una tendencia que pretende sacar las contravenciones de los dominios del derecho y del Código Penal, para rebajarlas al grado de ilícitos administrativos. Con todo, esto se hace más por razones practicas que teóricas, pues con ello se pretende alejar del campo de la administración de justicia los delitos menos graves, que hacen pesada y lenta la actividad del juez penal<sup>73</sup>.

Siguiendo a Enrique Ferri, podemos observar que para él tampoco existe una diferencia basada en criterios ontológicos, al decir que entre delito y contravención no hay diferencia sustancial desde el punto de vista

---

<sup>71</sup> Conf. Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General, nro 6, pag. 190- 191.

<sup>72</sup> Conf. Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General, nro 6, pag. 190- 191.

<sup>73</sup> Conf. Bettiol, Giuseppe, Derecho Penal Parte General, nro 6, pag. 190- 191.

jurídico, pues uno y otra son infracciones de las normas penales dictadas por la necesidad de la defensa contra las acciones dañosas y peligrosas para la seguridad y prosperidad pública y privada. Por ello no hay un criterio positivo y seguro de distinción entre ambos, aparte de la sanción represiva establecida por el Código o por las leyes especiales para una y otra especie de infracciones<sup>74</sup>.

Es particularmente interesante la postura que toma Jiménez de Asúa en relación al punto en cuestión. Se torna aún más relevante si se tiene en cuenta que esta es la posición que toma la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, t.175, p. 235, t. 191, p. 245), la cual se ha mantenido invariable hasta el presente. Sostiene el jurista, en un artículo especial dedicado al tema, que "...A menudo la contravención no es más que un delito en pequeño, del que reproduce sus elementos y características... Hay auténticos delitos que asumen la índole que los partidarios de la distinción ontológica atribuyen a los contravenciones. Así, por ejemplo, hay delitos contra la Administración y los intereses administrativos del Estado; hay delitos de peligro, y en muchos códigos se presume en éstos la culpabilidad".

"Por otra parte, la diferencia atinente a lo injusto es inaceptable si se pretende crear una antijuridicidad propia (vgr., un injusto administrativo) y si el apoyo se busca en el grado mismo de la antijuridicidad, ya no hay distingo ontológico, sino meramente cuantitativo. Es también inaceptable el criterio del daño y del peligro, pues no solo el mero riesgo sirve de base para la configuración de ciertos delitos, sino que el derecho penal castiga la tentativa de cada delito concreto y en ella no hay lesión, sino un peligro corrido..."

Termina concluyendo que "...en suma, los delitos y las faltas no se diferencian cualitativa, sino a lo sumo cuantitativamente..."

---

<sup>74</sup> Conf. Ferri, Enrique, Principios de Derecho Criminal, nro 93, pag. 548.

Una opinión más contemporánea la encontramos en Jescheck<sup>75</sup>, quien sostiene: "...la infracción administrativa coincide con el delito en que presenta igualmente un grado tan considerable de peligrosidad en el ataque al bien jurídico protegido, que solo la sanción represiva de estado es suficiente para la defensa del orden público...; las infracciones administrativas no son tampoco negligencias ético-socialmente incoloras. Por cuanto se trata de diferencias de grado y no de esencia, se explica así mismo que el legislador tenga que decidir igualmente con criterios pragmáticos, a que parte del derecho sancionador haya de llevarse una infracción, o si esta puede quedar sin ningún tipo de sanción represiva; ...la estructura de la infracción administrativa responde a la estructura del concepto de delito según el derecho penal. Lo mismo ocurre respecto de la prohibición de la analogía, e incluso, en la exigencia de dolo del autor principal en el marco de la participación".

Los penalistas que en la Argentina postularon la tesis según la cual no existen diferencias sustanciales, ni ontológicas entre las dos categorías de infracciones es mayoritaria. Entre ellos, Norberto Piñeiro, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, que en la Exposición de Motivos de Proyecto de Código Penal<sup>76</sup> que viera la luz en el año 1891 explican el porqué de la inclusión del libro Tercero destinado a la regulación de las faltas, en los siguientes términos: "...Aparte de algunas circunstancias que puedan fundar respecto de las faltas excepciones a las reglas generales e responsabilidad, la naturaleza jurídica del delito y a la falta es la misma, acción u omisión penada por la ley, y pueden ser comprendidos en la misma definición". Vale la pena agregar que también el proyecto de 1906 siguió el mismo camino, aunque el de 1917 se alejó de tal criterio, siguiendo la línea de pensamiento postulada por Tejedor y del proyecto de 1881.

---

<sup>75</sup> Conf. Jescheck, Hans, Tratado de derecho penal, nro. V, inc. b, ps. 51/52.

<sup>76</sup> Proyecto de 1891, Exposición de Motivos, p. 226.

Rodolfo Moreno<sup>77</sup> también se muestra partidario de la tesis negatoria de diferencias ontológicas entre ambas especies, pero añade el elemento de la “*cantidad de pena*”, en el cual si podría encontrarse la distinción.

Tampoco Juan P. Ramos<sup>78</sup> advierte diferencias esenciales entre las categorías materia de análisis, y dice que la pretendida división ni siquiera está fundada en la gravedad, sino que es más bien la distinción es una cuestión meramente formal, según estén las respectivas infracciones contenidas en el Código Penal o en el Código de Faltas.

José Peco<sup>79</sup> llega a similares conclusiones, para sostener “*la imposibilidad de encontrar una línea de separación entre delito y contravención*”. No son distintas las enseñanzas de Eusebio Gómez.

Sebastián Soler rechaza las teorías dualistas, en los siguientes términos: “No puede, pues, afirmarse una distinción cualitativa y prejudicial entre delito y contravención. Lo importante es buscar dentro un orden jurídico dado, la posibilidad de hallar criterios para establecer la diferencia, no abstracta, sino concreta, no con un problema puramente especulativo, sino en cuanto lo requiera prácticamente el orden jurídico”<sup>80</sup>.

**4.6. Conclusión.** En opinión que compartimos plenamente, Zaffaroni<sup>81</sup> sostiene que establecido que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los códigos contravencionales sobre faltas de la ciudad de Buenos Aires y provinciales no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo, conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco,

---

<sup>77</sup> Conf. R. Moreno (h), “El Derecho Penal y sus antecedentes”, Bs. As., 1922, t.I, p.176 y ss..

<sup>78</sup> Conf. J. P. Ramos, “Curso de Derecho Penal”, Bs. As., 1928, t. II, p.38.

<sup>79</sup> Conf. J. Peco, “La Reforma Penal Argentina de 1917-1920, Bs. As., p. 169.

<sup>80</sup> S. Soler, “Derecho Penal Argentino”, 2da. reimpresión, t.I, p.254).

<sup>81</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R. “Tratado de derecho penal”, nro. III, 7, p. 171.

por supuesto, pueden desconocer el límite del art. 19 de la Constitución. Las posiciones administrativistas llegaron al absurdo de relegar el respeto a la autonomía ética del ser humano a la ley nacional y dejar abierto el camino para su desconocimiento por parte de las provincias por vía contravencional. Particularmente, en la ciudad y en la provincia de Buenos Aires se ha seguido una práctica aberrante en materia contravencional, favorecida por la doctrina de la “administrativización” de la materia y la filtración de la doctrina del “estado peligroso sin delito”.

Para tomar dimensión de la escasa repercusión de las conclusiones que han arribado los más prestigiosos penalistas, es interesante recurrir a las fuentes de la legislación vigente, que nos indican que la posición que afirma que delitos y contravenciones son entidades estructuralmente idénticas, han quedado en el plano académico, sin vigencia práctica.

En 1956, el decreto-ley 33.265, ratificado por ley 13.830, le reconoció formalmente al Jefe de la Policía Federal la facultad de legislar sobre faltas y contravenciones, facultad que hasta ese momento no era discutida, lo cual significó legitimar legalmente a la autoridad policial para crear edictos en forma soberana.

Obviamente, dicha facultad fue duramente cuestionada, y ante la amenaza de declaración de inconstitucionalidad de los llamados “*edictos policiales*”, se incluyó el texto de esos edictos creados por el Jefe de Policía en un simple decreto y se le dio fuerza de legal (Decreto-Ley 17.189/56), que en 1958 fue ratificado por ley formal (Ley 17.467). Esto significó que los controvertidos “*edictos policiales*” fueron ley de la Nación.

Dicha evolución, por llamarlo de alguna manera, concluye con la sanción de la Ley nro.10 del 12 de marzo de 1998, el denominado Código de Convivencia Urbana (BOM:15/03/98) que solo redujo el número de figuras punibles incluidas en los viejos e inconstitucionales edictos policiales, y la Ley de Procedimiento nro.12 (BOM: 15/03/98)

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, luego de una similar evolución, se sanciona el Decreto-Ley nro. 8.031/73, el cual inicialmente reconoció a la policía facultades jurisdiccionales. Luego, a partir de las leyes 10.571 y 11.411, que reformularan el art. 106, se “judicializó “ el procedimiento contravencional.

Sin embargo, la pretendida “judicialización “ sólo significó expropiar a la policía de la decisión final en materia contravencional, facultad que es transferida a los Jueces de Paz Letrados, y, donde éstos no existieran, a los Jueces Correccionales (ambos denominados por la ley Juez de Faltas).

Otrora las contravenciones fueron competencia de los Alcaldes de la Hermandad hasta 1823, en que Rivadavia creó los Juzgados de Paz en la provincia de Buenos Aires. En 1865 el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires amplió las facultades de los jueces de paz, de cuya utilización nos da una acabada idea el “Martín Fierro”. Sabido es que esta fue la primera ley argentina de “estado peligroso sin delito”, aunque por supuesto, no se le dio ese nombre. Luego, se le otorgó en forma directa e inapelable a la autoridad policial el juzgamiento y decisión de la materia contravencional, con lo cual la materia sufrió una regresión desde el punto de vista legal e institucional. Ello ocurrió cuando en la provincia de Buenos Aires se puso en vigor, el 5 de noviembre de 1949, el Decreto nro.22.903 que contenía un reglamento de faltas, dictado por el Poder Ejecutivo y confiado a la policía. Se trató de un “código penal de menor cuantía” compuesto por el Gobernador, ya que éste tenía las facultades de dictar el reglamento orgánico y los “edictos policiales”. Posteriormente, se sanciona el Decreto-ley 24.333 del 28 de diciembre de 1956 que fue derogado por el vigente Decreto-Ley 8031 del año 1973.

En la actualidad, en función de la evolución legislativa descrita, que es fuente directa de las actuales codificaciones sobre contravenciones –tanto en el orden local como federal- y teniendo presente la calidad y la cantidad de las figuras contravencionales que contiene actualmente el

Decreto-Ley 8.031/73, con las modificaciones introducidas por los decretos leyes 8.730/77, 8.797/77, 8.895/77, 9.163/78, 9.164/78, 9.321/79, 9.399/9, 9.493/80, 9.629/80, 9.854/82, y las leyes nros. 10.580, 10.815, 11.370, 11.382 y 11.411, puede afirmarse con toda seguridad que “*el estado peligroso sin delito*”, que fuera rechazado varias veces por el Congreso de la Nación, y censurado por la doctrina nacional, se ha filtrado de manera oblicua a través de las legislaciones locales sobre faltas. Con razón ha dicho Tomás Jofré: “en ningún país culto se ha legislado sobre faltas como lo hemos hecho nosotros...”; “...en nuestro país se puede obtener la libertad en horas cuando la acusación es por delito, pero no es lo mismo en las faltas e infracciones policiales. La policía, por lo arbitrario de sus poderes, constituye una seria amenaza a las garantías individuales...”.

La doctrina del “*estado peligroso*”, de pabellón positivista, que habría sufrido una virtual derrota al sancionarse el Código Penal vigente -no obstante los intentos y proyectos sobre “*estado peligroso sin delito*” confeccionados en 1.924, 1926 y 1928- se encuentra vigente en la actual legislación sobre faltas.

## TERCERA PARTE

### TEORIA GENERAL DE LAS CONTRAVENCIONES

**1.La conducta como presupuesto de la contravención.** Puede intentarse esbozar un primer concepto, aproximado, de lo que se entiende normalmente por contravención: se afirma que la contravención se configura por una situación de hecho en cuyo mérito una persona aparece en contradicción con lo dispuesto en una norma de policía; que consiste en la violación de una disposición que tiene por objeto la protección de la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas; que es una situación que proviene de contravenir una manda del estado<sup>82</sup>.

Estos conceptos dejan entrever que lo relevante para la configuración de la infracción contravencional es la trasgresión a una norma de policía, sin importar el elemento volitivo<sup>83</sup>.

En cambio, cuando la doctrina se refiere al delito, usualmente lo define como aquella conducta que resulta típica, antijurídica y culpable, donde el mismo concepto, dividido en segmentos, indica que el presupuesto básico insoslayable es la existencia de una acción con determinado contenido para la configuración de un delito.

Sin embargo, con prescindencia de las elaboraciones teórico-dogmáticas que han pretendido encontrar y explicar algún tipo de diferencias entre la delitos y contravenciones, si dejamos a un lado la legislación penal, si omitimos tener en presente las diversas regulaciones sobre faltas, si, en síntesis, dejamos de lado todo preconcepto o definición previa legal o doctrinal en la materia y seguimos una línea lógica de razonamiento opuesta a la que hasta ahora se ha propuesto, y preguntamos, no cual es la diferencia, sino qué tienen en común los delitos con las faltas o contravenciones, no será necesario un análisis profundo para percatarnos que, entre ambas categorías hallamos un nexo

---

<sup>82</sup> Conf.Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo, . IV, ps.75 y ss..

<sup>83</sup> Conf. Marienhoff, “Derecho Administrativo”, t. I,ps.584 y ss..

que las une inevitablemente: ambas configuran conducta humana con un determinado significado social.

No existe, desde el punto de vista sociológico, diferencia alguna entre la conducta de quien produce disturbios en la vía pública, profiriendo gritos e insultos (contravención) y la de quien al romper un cristal genera un daño a la propiedad (delito). Ambas son conducta.

El concepto de acción o de conducta, tiene una estructura que le es propia, que es anterior a la formación de los ordenes jurídicos. Es un concepto prejurídico. Lo que cambia es la valoración de la conducta. En efecto, es posible que los derechos positivos de los diversos países valoren en distinta forma estas acciones, decidiendo, por ejemplo, que la eutanasia sea castigada o no. Pero lo decisivo en este punto es que la acción que la eutanasia implica, es su “estructura lógico-objetiva” es igual en tales derechos<sup>84</sup>.

El resultado de esta afirmación es que la acción es un concepto ontológico, más allá de las disputas al respecto entre las teorías causalista e idealista de la acción<sup>85</sup>. Esta conclusión, por demás obvia, esta abalada tanto por la psicología como por la filosofía.

El punto en crisis se centra en la cuestión acerca del concepto jurídico de acción.

En este sentido, sabido es que Welzel<sup>86</sup> sostuvo que la dogmática penal se construye desde los fenómenos y las estructuras de la realidad, y no como lo sostuvieron la teoría causal y el neokantismo, desde el normativismo.

Esto deriva en la afirmación de que la acción del derecho penal no puede ser otra que la del conocimiento filosófico.

De modo que teniendo como nexo común delitos y contravenciones el ser conductas, a las faltas les resultan aplicables todos los conceptos

---

<sup>84</sup> Conf. Donna, Edgardo Alberto, Teoría del Delito y de la Pena, t.II, nro 25, pág. 2.

<sup>85</sup> Conf. Donna, Edgardo Alberto, obra citada, nro. 26 pag. 10).

<sup>86</sup> “Naturalismus”, p. 64 y ss..

elaborados por la dogmática penal en torno a la imputación primaria o de primer grado, esto es, los conceptos elaborados en relación a la estructura de la acción, tanto desde el punto de vista ontológico<sup>87</sup>, como desde el punto de vista jurídico.

En síntesis, el derecho penal no cambia el concepto de acción, y la contravención es acción.

Por consecuencia, si se entiende a la teoría del delito –y por tanto de la contravención- como una teoría de la imputación, la misma resulta ser la herramienta que posibilita la atribución de una acción a un sujeto. De modo tal que cobran relevancia en la materia, las causas que excluyen la acción y determinan la ausencia de conducta. Si la acción es conducta humana, y si solo la conducta humana es la base de la responsabilidad penal o contravencional, su contenido será la voluntad encaminada hacia un resultado. Cuando el resultado producido escapa al dominio de la voluntad, no podrá hacerse efectiva la responsabilidad contravencional, a menos que pretenda aplicarse en la materia los principios de la denominada responsabilidad objetiva.

**2. La “tipicidad” en las contravenciones.** Delitos y contravenciones tienen en común, entre otras cosas, el hecho de ser conducta humana dirigida por una voluntad. Es necesario ahora abordar la cuestión relativa a la tipicidad de la infracción contravencional.

El tratamiento del tema se justifica a partir de la afirmación según la cual en las faltas sería irrelevante el elemento dolo y en las teorías más restringidas, el elemento culpa. Sin embargo éstas teorías pasan por alto que solamente pueden ser objeto de reproche penal, las conductas que se tipifican a título de dolo o culpa.

---

<sup>87</sup> “Estructuras lógico objetivas” de Welzel.

Bien jurídico, norma y tipo penal son nociones interdependientes. Sin embargo, el bien jurídico es el centro de toda la construcción, tanto de la norma como del tipo penal.

Por ello será necesario primero abordar el tema del bien jurídico con especial referencia a su tutela en materia contravencional.

Si nos preguntamos cuál es la legitimidad y el límite del ius puniendi, debemos necesariamente responder que de nuestra Constitución se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o atribución de la responsabilidad penal como así también en el fin de la pena. Esto parecería una afirmación demasiado obvia, pero que no siempre es respetada por el legislador de nuestros días, sobre todo en el tema que nos ocupa, es decir, la materia contravencional, ya que a poco que avanzamos sobre ese ordenamiento, advertimos cómo los cimientos garantistas sobre los cuáles fue constituido el Derecho Penal, se derrumban.

La primera condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico. El mal que se causa a través de la imposición de una pena sólo resulta adecuado al principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano. Esta esencialidad viene dada por la importancia del bien en el modelo de convivencia y de sociedad que consagra la Constitución Nacional y el ordenamiento internacional, es decir, la legitimidad de la protección de un bien jurídico debe provenir tanto de su consagración constitucional interna, como de su referencia en el marco del derecho internacional, que luego de la reforma de 1994 adquiere jerarquía constitucional<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Conf. Arroyo Zapatero Luis, "Derecho Penal Económico y Constitución", Revista Penal, año 1, número 1, Publicación semestral de Editorial Praxis, S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha.

De la mano del bien jurídico se encuentra el principio de proporcionalidad, debiendo ambos ser respetados para la legitimidad de la intervención penal. Este principio, derivado del concepto de Estado de Derecho, requiere que cualquier intervención del legislador sobre los derechos del hombre ha de tener como finalidad aumentar el bienestar común.

A los fines de un mejor análisis, podemos dividir el principio de proporcionalidad en tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>89</sup>.

a) Idoneidad:

Se lo denomina también capacidad de protección penal, ya que la tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se obtendrá protección alguna del bien jurídico o bien cuando su tipificación va a ocasionar más perjuicio que beneficio<sup>90</sup>.

Situándonos en el derecho contravencional podemos afirmar que la tipificación de varias conductas contravencionales conducen a esta inevitable conclusión. Pero para describir la función que cumplen estas tipificaciones se recurre generalmente a lo que se ha denominado derecho penal simbólico, entendido como aquel que se utiliza exclusivamente con fines de pedagogía social, al objeto de sensibilizar a la población acerca de la importancia de un determinado bien, o simplemente, con la pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores. Los primeros tendrían la sensación de haber hecho algo y los segundos la impresión de que todo esta bajo control<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Idem anterior.

<sup>90</sup> Idem nota 87.

<sup>91</sup> Idem nota 87.

El problema, como lo ha señalado Hassemer<sup>92</sup>, no es la función simbólica en si, en cuanto que esta es común a todas las leyes, sean eficaces o no, sino elevar lo simbólico a la categoría de función exclusiva.

Frecuentemente en materia contravencional la incriminación no esta legitimada desde el punto de vista del principio de idoneidad ya que responde a un discurso político de una determinada época que tiende al control social con el fin de que todos tengamos una sensación de tranquilidad y que todo se encuentra controlado.

#### b) Necesidad

Este principio implica que el legislador esta obligado a elegir entre las diversas medidas que tiene a su alcance para lograr un determinado fin, la menos gravosa para el ciudadano. Esto es lo que se conoce con el nombre de ultima ratio o de subsidiariedad. Claus Roxin advierte que "...el derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: solo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la previsión social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del derecho civil o del derecho publico, ha de retraerse el derecho penal... por ello y por ser la reacción mas enérgica de la comunidad, solo puede recurrirse a ella en ultimo extremo..."<sup>93</sup>.

En relación a ello, se hace necesario reflexionar sobre dos aspectos: a) la disyuntiva entre el incremento de los medios represivos y preventivos, b) lo que podríamos denominar la huida del derecho penal hacia sanciones mas gravosas y temidas que las penales. Cuando se propone que determinadas incriminaciones penales sean sustituidas por medios preventivos menos gravosos situados en el Derecho Administrativo, se debe contestar previamente el siguiente interrogante:

---

<sup>92</sup> Conf. Hassemer, publicación "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos".

<sup>93</sup> Conf. Roxin Claus, problemas básicos del Derecho Penal. Trad. Y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 21.

¿para quién han de ser menos gravosos? ¿para el concreto ciudadano que va a ser sancionado o para el total de la comunidad?<sup>94</sup>.

La evaluación de si existen medios menos gravosos a la represión penal ha de considerarse desde un punto de vista colectivo. Y desde este punto de vista el incremento desmesurado de las “sanciones no penales” supone una limitación más importante para la libertad de los ciudadanos, que la hipotética amenaza de la sanción penal<sup>95</sup>.

Para comprobar si una incriminación es conforme con el principio de ultima ratio, lo que debe evaluarse es si la sola amenaza de pena consigue evitar conductas lesivas para un bien jurídico, con un coste menor para la libertad de los ciudadanos que la creación de sanciones alternativas, o “no penales”.

---

<sup>94</sup> Idem nota 87.

<sup>95</sup> Esto porque existe el paradigma de que no se respeten en el derecho contravencional, los principios y garantías perpetrados en el derecho penal bajo la excusa de que el primero no forma parte del segundo y que por lo tanto pertenece a otra rama, que es el derecho administrativo. Se sostiene a favor de ello, que no se debe elevar al contraventor a la categoría de “delincuente”, como pretendido argumento tranquilizador para el contraventor, pero se le resta importancia al hecho de que una persona que comete una contravención, puede llegar a sufrir una sanción mas gravosa que el autor de un delito, ya que podría imponérsele una pena de arresto de 30, 40 y hasta 60 o 120 días, sumando a esto que no se respetarán las garantías mínimas del debido proceso que si deben respetarse en relación al “delincuente”, como el derecho de defensa en juicio, y que dicho contraventor no se quedará más tranquilo si le decimos: “señor, usted fue condenado a cumplir una pena de arresto de 40 días, pero no se haga problemas, porque usted no es un delincuente, sólo es un contraventor”, cuando tal vez el autor de un delito no pase un solo día efectivo de privación de la libertad. Se nos podría contestar que la mera sujeción a un proceso penal tiene un carácter estigmatizante, en cuanto que afecta el honor de las personas y sus relaciones sociales, pero no olvidemos que la pena se impone en un proceso garantista y con criterios de imputación muy estrictos, donde la prueba es producida efectivamente y no basada en el “acta de fojas 1”, y las pretendidas sanciones “no penales” se imponen en un proceso menos garantista, lo que las hace adquirir mayor dureza.

c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Este principio exige que los medios empleados guarden relación con el fin perseguido, incluso aunque se trate de un medio idóneo o necesario. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es la que se invoca cuando se habla del carácter fragmentario del derecho penal o del merecimiento de pena de un comportamiento. El carácter fragmentario del derecho penal es una directriz derivada del principio de proporcionalidad, según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque mas peligrosas para ellos. Se trata de un principio dirigido al legislador, al momento de formular la descripción típica y seguidamente al juez, quién invocándolo puede apartarse de una descripción formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido<sup>96</sup>.

Este carácter fragmentario del derecho penal, debe tenerse muy en cuenta y se debe ser muy exigente respecto a él, ya que constituye el mejor freno para que el ius puniendi del Estado no sea utilizado en el campo contravencional como parte de una determinada política criminal de un gobierno, con el objeto de ejercer un extremo control social y de manipular a los ciudadanos.

**2.1. “La norma contravencional”.** El bien jurídico es el centro de toda la construcción de la norma y del tipo penal. Ello porque cuando se reconoce un interés o valor se lo lleva a la categoría de bien jurídico, y al mismo tiempo se busca la sanción penal para su protección, aparece entre ambos la norma imperativa que obliga a respetar el bien jurídico, ya sea prohibiendo conductas o ya sea obligando a realizar otras.

En particular relación a los tipos contravencionales es aplicable lo observado por Binding, cuando sostenía que lo que hace el delincuente

---

<sup>96</sup> Idem nota 87.

es cumplir con el tipo penal, que adaptado a la materia es lo mismo que decir que el contraventor lo único que hace es cumplir con el tipo contravencional. Cuando el autor de una falta contra la seguridad de las personas, provocare o incitare a otro a pelear en la vía o parajes públicos o en lugares expuestos al público o cuando arroja sobre otras personas sustancias o materias que afectan su vestimenta o su aspecto, no hace mas que cumplir con la ley contravencional, a la vez que en esos actos viola la norma que le indicaba cuál era su deber, de la misma manera que el autor de homicidio cumple el tipo penal descriptivo y viola la norma que prohíbe dar muerte a una persona, en resguardo del bien jurídico vida.

En el derecho penal, la tipicidad como categoría jurídica, tiene una función esencialmente reductora del poder punitivo. La construcción de la tipicidad objetiva no es sólo un instrumento legal lógicamente necesario de naturaleza descriptiva que individualiza la conducta penalmente relevante, sino también un requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder punitivo del Estado.

Tanto la tipificación de delitos como de contravenciones exigirá que en la misma se encuentre subsumida el bien jurídico , concepto que es indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad , el cuál impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro<sup>97</sup>. Respecto al peligro como una de las modalidades de ataque al bien jurídico, se distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, y se apela para caracterizar a estos últimos a dos criterios: para unos, consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure* , para otros se trata de tipos en los que basta un peligro de peligro o riesgo de riesgo. Pero ambos criterios sufren graves reparos constitucionales si se tiene en cuenta que en derecho penal no se admiten presunciones *juris et*

---

<sup>97</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal Parte General, nro 11, pag.468, quien aclara en la nota nro 31 que no puede ser de otra manera, dado que se comenzó ha hablar de delincuentes en la medida de la existencia de la víctima.

de jure que por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la Administración. En cuanto al peligro de peligro, pensemos las consecuencias que acarrearía en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación del peligro o del riesgo (riesgo de riesgo de riesgo) o sea clara tipicidad sin lesividad<sup>98</sup>. Por ello a la luz de nuestra constitución nacional, esta clase de tipos no puede ser admitida, sólo podrán existir tipos de lesión y tipos de peligro concreto donde el peligro de lesión haya sido sufrido efectivamente por el bien en el mundo real. La ley no puede presumir un peligro sin admitir prueba en contrario, ello contraría fuertemente el principio de inocencia y como consecuencia permite aplicar penas donde no existe lesión alguna a un bien de un tercero.

Desafortunadamente en los últimos años se han multiplicado esta clase de tipos penales presumiendo que hay peligros o riesgos cuando no los hay, o como sostiene Zaffaroni “clonando bienes jurídicos, creando bienes intermedios,( cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos como la falsedad documental) los que a su vez son considerados afectables por peligro mediante la fórmula de la tentativa, teniendo ello como resultado la racionalización de la violación al artículo 19 de la Constitución Nacional”. Estas reflexiones deben tenerse muy presentes en el tema que nos ocupa; muchas de las figuras existentes en la actualidad responden a esta forma de legislar que reiteramos no se condice con un derecho penal garantista respetuoso de la Constitución Nacional, introduciendo la arbitrariedad a la hora de legislar e infringiendo el principio que exige el máximo de precisión al que debe atenerse el legislador al prohibir una conducta, por ser lesiva de un bien jurídico.

---

<sup>98</sup> Conf. Zaffaroni, E., Tratado de Derecho Penal Parte General, nro 11, pag. 469.

Como consecuencia del principio de lesividad el Estado no puede imponer una moral, lo que queda excluido por imperio del artículo 19 de la CN, por lo que no es admisible una determinada moral como bien jurídico, ya que justamente el ámbito de autonomía moral es un bien protegido jurídicamente a nivel constitucional e internacionalmente. En este sentido consideramos que son paradigmas exactamente opuestos a la necesaria existencia de bien jurídico lesionado, como condición para la punibilidad de una conducta que se subsume en un tipo contravencional, el estado de ebriedad, en el que ni siquiera hay conducta, por lo que mal podría haber tipicidad, puesto que con prescindencia del grado de alcoholización, la beodez configura un simple *estado* que alcanza un sujeto producto de la ingestión de alcohol, pero jamás una conducta; algo similar podría decirse en el supuesto de la tenencia de estupefacientes, en el que si bien hay conducta no se advierte cuál es el bien jurídico lesionado en virtud de lo que dispone el artículo 19 de nuestra CN; o la falta en la que se encuentra incurso quién en la vida diaria se vista y se haga pasar como persona del sexo contrario, tipo contravencional respecto del cuál es indiscutible la ausencia de bien jurídico lesionado, sino que además avanza sobre el principio de autonomía moral, verdadero bien jurídico.

Los casos ejemplificados tienen en común, la ausencia de bien jurídico, el cuál es condición sine qua non para hacer efectivo el principio de lesividad.

Ello es posible a partir de una premisa o idea errónea, sino falsa: que la legislación penal crea bienes jurídicos, que la ley penal fundamenta la tutela y la constituye; cuando en realidad los bienes jurídicos son creados por la constitución, por el derecho internacional y el resto de la legislación. La ley penal sólo eventualmente individualiza una acción, que afecta el bien jurídico en modo particular, pero jamás lo genera, pues nunca puede brindarle una tutela amplia y plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. De ello se deduce que la protección penal a los bienes jurídicos, y por su vía la pena, debe ser la

última ratio a la que debe apelar el Estado, en razón del carácter subsidiario del derecho penal.

**2.2. La lesión a un bien jurídico.** Bajo el término lesión se debe entender una intervención en la posición jurídicamente protegida sobre un bien y en verdad de tal manera que sobre el objeto, sobre el cual se asigna la característica del bien jurídico, se actúe de tal manera que tal bien pierde el valor en relación a la característica en entredicho<sup>99</sup>.

**2.3. Características disposicionales: “disponibilidad del bien jurídico protegido”.** A veces se habla de que la lesión a la bien jurídico afecta sustancialmente al bien jurídico. Esta es una descripción bastante distorsionada del asunto, ya que las características protegidas comúnmente son características disposicionales y no manifiestas. La salud, la integridad corporal o la libertad de movimiento, son disposiciones y por ello posibilidades. En la acción sobre el bien, por regla general, hay una sustracción del potencial de utilización, y no necesariamente también una sustracción ya completada<sup>100</sup>.

**3. La antijuridicidad en las contravenciones.** Hasta ahora hemos hablado de tipicidad y de bien jurídico, pero de bien jurídico en sentido estricto no podemos hablar hasta no haber consultado los preceptos permisivos, porque a la luz del orden normativo los bienes son tutelados provisionalmente, pudiendo resultar que el orden jurídico, mediante un precepto permisivo, deje sin tutela lo que a la luz del orden normativo parecía tenerla. De allí que la tipicidad no sea mas que un indicio de la antijuridicidad, porque con la primera no tenemos afirmada nada mas que la antinormatividad de la conducta. Piensesé por ejemplo en la caballería

---

<sup>99</sup> Conf. Urs Kindhäuser, “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, 1.996, Universidad Externado de Colombia, p. 70.

<sup>100</sup> Idem nota anterior.

que deja sus animales en lugares abiertos, ya sea sueltos o confiándolos a personas inexpertas de modo que puedan causar daños o afecten al tránsito, estaría realizando una conducta típica pero no antijurídica ya que lo hacen en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; o en la conducta del dueño o encargado de un bar de expansión nocturna que oculta el arma de un cliente, porque éste último amenazó con causarle un daño si no lo hacía, por lo que este señor ha realizado una conducta típica pero tal vez no antijurídica ya que ha causado un mal por evitar otro mayor inminente ha que ha sido extraño.

Debe tenerse en cuenta que la antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho.

El ordenamiento jurídico solo conoce un concepto unitario de la antijuridicidad, solo varían en los diferentes ámbitos jurídicos las consecuencias de la acción antijurídica (indemnización de perjuicios en el derecho civil, anulación de un acto de ese orden el derecho administrativo, reparación en el derecho internacional, y penas y medidas de seguridad en el derecho penal). Consecuentemente, también las causas de justificación deben extraerse de la totalidad del ordenamiento jurídico. Rige el principio de la unidad del orden jurídico<sup>101</sup>.

La antijuridicidad significa contradicción con el Derecho<sup>102</sup>, o el choque de la conducta con el orden jurídico entendido, como lo sostiene Zaffaroni no solo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y los preceptos permisivos.

Debemos precisar claramente la diferencia entre antijuridicidad e injusto. En primer lugar el injusto no es cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que es penalmente típica; en segundo lugar tampoco es

---

<sup>101</sup> : Jescheck, Tratado de Derecho Penal Parte General, cuarta edición, pag.293

<sup>102</sup> Conf. Jescheck, "Trat. de Derecho Penal Parte Gral, cuarta edición, pag. 210)

injusto una conducta meramente típica, sino sólo cuando ésta es también antijurídica . Entonces, llamamos injusto penal a la acción que es típica y antijurídica y la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana en tanto que el injusto es la misma conducta humana desvalorada. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cuál ninguna ley penal o no penal reconoce el carácter de ejercicio de un derecho<sup>103</sup> .

Desde este punto de vista, el injusto no sería objetivo, el injusto es personal y la antijuridicidad de una conducta depende tanto de características y datos objetivos como subjetivos, siendo arbitraria la escisión de los datos subjetivos del campo de la antijuridicidad. Dos sujetos en la misma situación objetiva, pueden actuar antijurídicamente el uno y conforme a derecho el otro, dependiendo estas circunstancias de sus respectivas intenciones y calidades. Lo antijurídico es antijurídico para cada quién y no depende exclusivamente de datos objetivos.

**4. La culpabilidad contravencional.** Si la culpabilidad se define como “reprochabilidad del injusto al autor”<sup>104</sup>, parece obvio concluir que una persona solo será contravencionalmente responsable si se hallaba en condiciones de hacer algo distinto a lo que hizo y que le era exigido por el derecho. Un sujeto habrá de ser autor de una conducta típica, antijurídica y culpable si, y solo si, no ha sido capaz de *motivarse* en la norma que impone el deber que se subsume en el tipo penal; el sujeto muestra una predisposición interna contraria al derecho. Este es el centro del *reproche* penal.

---

<sup>103</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., “Tratado de Derecho Penal Parte General”, idem anterior.

<sup>104</sup> Conf. Zaffaroni, Raúl E., “Manual de derecho penal”, parte general, ed. Ediar, Bs. As., 1991, ps. 512 y ss..

Las normas tienen, en principio, una función *motivante* de la conducta humana, son patrones de comportamiento<sup>105</sup>, que se dirigen al mundo de lo posible. Por ello existe una tensión entre las normas y la realidad, no solo porque describen conductas o acciones en la esperanza de verlas realizadas o no realizadas en el futuro, sino también porque las acciones que ya se han verificado en la realidad presente portan en sí ciertos signos normativos.

En el núcleo de esta tensión se halla el hombre con su posibilidad de obrar u omitir, de llevar a cabo lo valioso o lo desvalioso.

Para comprender la función motivante de las normas recurrimos a un ejemplo de Amir Kaufmann: si una estación de radio repitiera permanentemente el estado actual de la legislación para todos los habitantes, no cabe duda de que en un determinado momento y lugar las personas que carecen de aparato receptor (los inimputables, menores de edad, incapaces) o cuyo aparato se ha descompuesto (quienes carecen temporalmente de conciencia), o quienes lo desconecten (error iuris) no recibirán el mensaje de la norma, pero ello no implica que se encuentre afectada su capacidad de recepción futura, no bien adquieran, reparen o conecten el receptor a la red.

Si el sujeto puede motivarse en la norma jurídica, posee lo que se denomina *capacidad de culpabilidad*, lo cual significa que es pasible de reproche penal: no será eximido de responsabilidad penal por no serle aplicable las reglas que la excluyen contenidas en el art. 34 del Código Penal.

Dicha norma trae una formulación mixta que “prevé las causas psicopatológicas y las consecuencia psicológicas que debe haber provocado, pero valoradas por el juez en cuanto pudieran haber privado al sujeto de la comprensión del acto o de la posibilidad de dirigir sus acciones según esa comprensión”<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> Maier, Julio B, Derecho procesal penal. Fundamentos”, t. I , p.19.

<sup>106</sup> Conf. Tozzini, Carlos A., “Elementos de inimputabilidad penal”, p. 52.

Ahora bien, con prescindencia de la formulación normativa contenida en el art. 34 del Código Penal, si se acepta que “existe en el ser humano una facultad intelectual y una volitiva, o lo que es lo mismo un entendimiento y un querer, también se deberá aceptar que cuando hay un defecto en el conocer (quien no se encuentra conectado con el transmisor a la red), ese defecto puede llegar a exonerar la responsabilidad de la persona frente a su acción<sup>107</sup>.

Específicamente, se podría decir que el autor de una conducta típica y antijurídica no es culpable, es decir no le es reprochable, por encontrarse en situación de error de prohibición, ya que le faltó la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o potencial.

Tradicionalmente se sostuvo que “el error de derecho no excusa” (error iuris nocet). Ello porque hasta aproximadamente mediados de siglo pasado las normas penales conformaban un catálogo o lista donde la moral era un criterio muy apropiado para decidir que era lo que estaba bien y que era lo que estaba mal: todos los ciudadanos tenía su transmisor al día. Recurriendo al parámetro moral, el hombre común podía saber que acción era reprochable y que conducta no lo era, que podía hacer y de que debía abstenerse. Sin embargo, actualmente el catálogo de normas penales es sumamente extenso, hasta el punto que este fenómeno denominado “inflación de las leyes penales”, ha hecho decir que *todo está prohibido*, en especial, en materia contravencional.

El legislador se ha acostumbrado a anexar a las leyes penales cada vez más amplias regulaciones jurídico administrativas, con el fin de dar mayor precisión y peso a las prohibiciones en ellas contenidas, por lo que la presunción de que el derecho se presume conocido por todos, ya errónea en aquel momento, lo es hoy aún más. El número de estas leyes penales especiales ha sobrepasado toda posibilidad de conocimiento y se

---

<sup>107</sup> Conf. Donna, Edgardo Alberto, “Teoría del delito y de la pena”, t. II, p.266.

genera en la realidad un amplio margen a la posibilidad de que concurra un error de prohibición.

Si prescindimos de los trescientos cinco artículos que contiene el Código Penal Argentino y de cientos de leyes penales especiales, decreto, reglamentaciones, códigos de faltas municipales, etc., queda todavía un cuerpo legal que contiene normas netamente represivas: el Código Contravencional, que contiene tipos que incriminan conductas e imponen sanciones del mas diverso orden, desde la multa hasta el arresto, mediante en un *“sistema continuo de prohibiciones*, ya que está prohibido beber en lugares públicos y circular en estado de beodez; está prohibido vestirse de mujer; está prohibido proferir gritos; está prohibido portar llaves aptas para abrir cerraduras sin justificar su posesión; no es lícito portar armas de cualquier naturaleza que fueran, no comprendidas en ley 20.429 y sus modificatorias; es contravencionalmente punible el ejercicio de la prostitución, etc.. En síntesis, todo está prohibido.

Y aún mas, en muchos casos, se trata de conductas que, para el ciudadano medio, generarían responsabilidad civil o administrativa, pero no penal: así, el supuesto caso en el que colocare o suspendiere cosas que caigan o pudieren caer lugar de tránsito público o privado, el que abriere pozos, excavaciones u obstruyere del cualquier manera el tránsito público sin permiso de la autoridad municipal, o el que descuide la demolición o reparación de construcciones que amenacen ruina, o el caso de quien explotare un lugar de espectáculo público o entretenimiento, sin autorización municipal.

Es un claro caso de responsabilidad contractual, el de quien se alojare en hoteles o posadas, se hiciere servir alimentos o bebidas en restaurantes, o se hiciera atender en peluquerías o establecimientos semejantes, sin abonar la correspondiente contraprestación.

El problema se acentúa, si advertimos la extrema ambigüedad y vaguedad con que se encuentran formulados legalmente los tipos contravencionales.

Como es sabido, ambos son defectos del lenguaje; sin embargo, en los digestos sobre faltas la ambigüedad y la vaguedad parecen transformarse en una herramientas de control social: así, quien porta instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras (desde un destornillador, hasta un trozo de alambre, cuyas funciones pueden ser de lo más diversas) o quien tenga en su poder llaves genuinas sin justificar su posesión, comete una falta, del mismo modo que quien posea un elemento contundente que pudiera agredir o provocar lesión dentro de un campo de juego (desde un botella o lata de gaseosa, hasta una radio).

Vemos, entonces, que el catálogo de leyes penales, sea que contengan delitos o contravenciones, es sumamente extenso, y ello genera las condiciones perfectas para que el error de prohibición se presente con normalidad, con prescindencia de su carácter vencible o invencible.

Por ello creemos que, para que la persona pueda ser declarada contravencionalmente responsable, es imprescindible, que el sujeto no se encuentra en situación de error de prohibición, definido por la más exacta doctrina como “poder-conocer” (Erkennen-Können)<sup>108</sup>, es decir, el error que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta<sup>109</sup>, o la falta de conocimiento del ilícito<sup>110</sup>.

Problema distinto es el relativo a si nuestro Código Penal ha regulado u omitido regular el error de prohibición entre sus normas. No pretendemos tomar partido en el presente trabajo por alguna posición, pero sí dejar en claro que la base del error de prohibición se encuentra en

---

<sup>108</sup> Así caracterizado por el Tribunal Supremo Alemán, en un fallo que data del año 1952, que significó el punto de inflexión en materia de error de prohibición ya que a partir del mencionado fallo, la jurisprudencia alemana admite la posibilidad de error iuris (argumento BGB, 2, 194).

<sup>109</sup> Conf. Zaffaroni, Raúl E., “Manual de derecho penal”, parte general, ed. Ediar, Bs. As., 1991, ps. 543 y ss..

<sup>110</sup> Conf. Donna, Edgardo Alberto, “Teoría del delito y de la pena”, t. II, p.278..

el art.18 de la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos incorporados a ella, habida cuenta que no es posible exigir la motivación del autor en la ley si no hay un conocimiento de la prohibido. Y como también la carta magna ha establecido el principio de libertad, basado en la autonomía de la voluntad (art. 19 de la Constitución Nacional), es obvio que solo es posible castigar a alguien si se le ha advertido previamente de tal posibilidad.

**5. Conclusiones en torno a la teoría general de la contravención.** No es casualidad que suela definirse a las contravenciones como aquellas conductas humanas que contravienen la actividad armónica de la convivencia social, la prosperidad colectiva y la actividad estatal encaminada al bien común, al armónico desarrollo social<sup>111</sup>. Por tanto, y en función de dicho concepto, el diseño de la política represiva en materia contravencional se encuentra compuesto por un sistema normativo que impondrá formas de conducta, estilos de convivencia, derecho y deberes reglamentados a los ciudadanos, en miras a la protección de los valores socialmente relevantes<sup>112</sup>, por lo que su objetivo apuntará a garantizar el normal desenvolvimiento social, esto es garantizar la armónica convivencia social.

Si se adopta esta perspectiva no interesará demasiado la aplicabilidad a la materia de los principios elaborados a la luz de la dogmática penal: cierto sector del discurso jurídico actual centra su argumento en que la denominada política contravencional es un “arma” con que cuenta la sociedad para la temprana prevención del delito. Pues bien, y conforme estas premisas, si los distintos cuerpos normativos sobre faltas tienen en la mira a quienes se encuentran en situación de “estado peligroso sin delito” (que serían los potenciales destinatarios de las normas), ello justifica que hasta el presente poca o ninguna importancia

---

<sup>111</sup> Conf. Villada, Jorge Luis, “La contravención”, p.35.

<sup>112</sup> Conf. autor cit. nota 109, p.25.

tuviesen en la materia los presupuestos para la existencia de “acción”; los requisitos objetivos, subjetivos, descriptivos y normativos para la configuración de la “tipicidad”; la antijuridicidad o contradicción de la conducta al ordenamiento positivo, incluidas las causales de justificación”; la “culpabilidad”, entendida como “reproche” de la conducta al autor, etc., pues en realidad en muchas hipótesis tales elementos no existen. ¿cuál es el bien jurídico protegido en el “estado de ebriedad”?; ¿que estado valiosos de cosas tutela la norma que castiga con severas penas a quien se vista y haga pasar por persona del sexo opuesto? ¿cuál es la acción de quien se embriaga, o del mendigo, o cual es la acción típica en quien porta llave falsa sin justificar su posesión, será portar el arma o no justificar si tenencia?

La exégesis de la norma prohibitiva que se subsume en el tipo contravencional, en función del bien jurídico protegido, revela una fuerte conexión entre aquello que se pretende tutelar por vía de la creación de tipos contravencionales (*garantizar la armónica convivencia social, la prosperidad general e impedir toda posible obstaculización de la actividad estatal encaminada al logro de sus fines*) con nuevas formas de concebir el *ius puniendi*, que descarta la noción clásica de delito como “lesión a bienes jurídicos”, para adoptar la concepción del delito como lesión a vigencia de la norma. En otras palabras: hablamos de los postulados dogmáticos de Jackobs, que amenaza con venir a modificar las bases acostumbradas del sistema del delito, que no es otro que el basado en la noción de delito como lesión a bienes jurídicos.

Dentro de este nuevo modelo de derecho penal, que prescinde o relativiza la importancia del bien jurídico como objeto de la protección, toma fuerza la teoría de la prevención general positiva en sus diferentes versiones: la del fin ético social, la del fin de integración y la del fin de protección de la vigencia de la norma. Todas estas versiones tienen su origen filosófico-político en el Estado-ético hegeliano, reconducibles a

nociones sociológicas como la “comunidad” de Tönnies o la “solidaridad mecánica” de Durkheim.

Estos sistemas filosóficos, al ser tomados por la teoría de la prevención general positiva, tienden no solo a regular las relaciones externas de vida social, sino también a conformar el fuero interno de los ciudadanos con los valores morales de la colectividad inscriptos en las normas jurídicas. Y, el fin último que se encuentra en la base de dichas concepciones, más que la protección de los intereses individuales o personales, es el mantenimiento de la cohesión social y el fortalecimiento de la “conciencia colectiva” a través de la moralización coactiva en los valores de la comunidad.

De misma ideología se encuentra impregnada la materia contravencional. Expresiones como “fortalecimiento de la dinámica social”, “eficacia de la administración en el logro de sus fines”, “armónica convivencia social y prosperidad de la comunidad” son el fiel reflejo de las teorías que persiguen la supeditación del individuo al todo social y funcionalización de sus intereses en aras de la integración sistémica. Y estos son, justamente, los fines que pretenden alcanzarse a través de la denominada política contravencional.

En el contexto de estas ideas, se afirma que la sanción contravencional apunta a la prevención delictiva, por cuanto este tipo de infracciones crean un riesgo potencial de comisión de delitos, que la norma contravencional tiene en cuenta especialmente la personalidad social y no el comportamiento individual en el ser humano, encaminado en esa sociedad en la que se halla inmerso y con la que interactúa. Estas reglas se presentarían como reglas éticas indirectas, ya que interesaría al estado que no se contravengan reglas de conducta (positivas o negativas), que han sido establecidas en el interés colectivo.

Esto tiene, como necesaria implicancia, que es indiferente al orden contravencional el hecho de que con la violación a la norma jurídica se halla afectado o no un determinado bien jurídico: no interesa si el sujeto,

al cumplir la conducta que el tipo describe, ha generado una lesión efectiva o potencial a bienes jurídicos protegidos; lo único realmente importante es la violación a la norma, la puesta en peligro del orden jurídico, que es lo mismo que decir que la mera conducta que infringe una manda del estado es “peligrosa” para la paz social que el orden jurídico garantiza.

Sin embargo posiciones como esta olvidan un axioma básico: el referido *principio de lesividad*, el cuál impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro..

Toda manifestación irracionalista en el campo del derecho penal ha intentado arrasar con el concepto de *bien jurídico*. No resulta raro que, por lo general, todas las manifestaciones del derecho penal autoritario hayan desacreditado ese concepto, implicando el tipo el deber de abstenerse de realizar la conducta que la norma prohíbe. Cuando no se pregunta para qué la norma prohíbe esa conducta caemos en que el deber se impone “porque sí”, ya que es el empeño arbitrario de un legislador irracional. Con esto, quedará quebrado el principio republicano de gobierno (art. 1º, C.N.), que impone la racionalidad sus actos. El derecho, de esta manera, impondrá un deber por el deber mismo.

## CUARTA PARTE

### **LOS TIPOS CONTRAVENCIONALES. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DEL DECRETO-LEY Nº 8.031/73**

**1. Estructura legal.** El decreto- ley que legisla la materia contravencional en el territorio de la Provincia de Buenos Aires se estructura en base a tres Títulos: el primero, denominado “Del régimen Contravencional (arts. 1 a 34), el segundo titulado “De las Faltas” (arts.35 a 105), y el tercero “Órgano de la justicia de faltas y del procedimiento” (arts. 106 al 151). A su vez, cada una de ellos se subdivide en Capítulos, los cuales será objeto de análisis en los puntos que siguen.

El Capítulo 1, del Título 1, denominado “De la validez del Código de Faltas” (arts. 1 a 4), se refiere a cuestiones relativas al ámbito material y territorial de aplicación, declarando que las normas del Código Penal y del Código Procesal de la Provincia son supletoriamente aplicables a las causas contravencionales para todos aquellos casos no previstos expresamente por la ley (art. 3º), y asigna a la acción contravencional el carácter de acción pública, la cual debe ser iniciada y sustanciada de oficio por la autoridad policial (art. 4), aún en los casos de denuncia, teniendo presente que “No se admitirá en caso alguno la intervención de la víctima en el proceso contravencional como querellante o particular damnificado” (art. 133).

En el mismo Título, El Capítulo 2, relativo a las penas, determina las clases de sanciones aplicables (art.5), que son: “arresto, multa (cuyo parámetro es el haber mensual de agente de seguridad, agrupamiento comando de la Policía de la Pcia. de Buenos Aires), comiso, clausura e inhabilitación”. Por regla, la sanción debe aplicarse en su especie, no obstante la posibilidad de conversión que el art.6 habilita para transformar la multa en arresto: pero ello solo es posible en aquellos casos en los que la multa sea impuesta como pena única, pero no en aquellas hipótesis en

las que se la multa se imponga en forma conjunta con la de arresto (art. 9). Obviamente, la conversión se producirá ante la falta de pago después de los cinco días de quedar firme la sentencia. En este sentido es importante destacar que el mismo decreto establece que “En todos los casos se procurará antes de convertir la multa en arresto, que el infractor satisfaga la primera, pudiendo autorizarse su pago en cuotas mensuales y consecutivas...”, y solo cuando ello no sea posible, se ordenará su cobro por la vía de apremio (art.9) o se convertirá en arresto si ello corresponde conforme a los arts. 6 a 8, por conversión de la multa en arresto en razón de un día por el equivalente al cinco por ciento del haber mensual del agente de seguridad (aproximadamente, un día de arresto por cada treinta y cinco pesos de multa).

Sin embargo, la regla inversa no es procedente: “La pena de arresto no será redimible por multa cuando procediera como pena única o conjunta” (art. 12).

El art. 11 contiene disposiciones y condiciones que habilitan la concesión de beneficio del arresto domiciliario cuando se tratare de enfermos, mujeres en estado de gravidez, o durante los seis primeros meses de lactancia. También pueden acceder al beneficio, siempre que no sean reincidentes, las mujeres honestas, los menores de 18 años y los mayores de 60 años.

El art. 17 declara inaplicables a los contraventores los institutos de la condena condicional y la libertad condicional, salvo el caso de menores de 18 años que no registren antecedentes, previendo el art. 18 la posibilidad de conmutar o remitir total o parcialmente el cumplimiento de la pena de arresto, siempre que no excediere de 30 días, fuesen infractores primeros y sea inconveniente la aplicación de pena privativa de libertad cuando las circunstancias excepcionales así lo aconsejen.

El Capítulo 3, (“Imputabilidad”), establece que no son punibles, los comprendidos en el art. 34 del Código Penal, salvo los que cometan infracciones en estado de ebriedad o en estado de intoxicación por

estupefacientes; tampoco son punibles los menores que no tengan 16 años de edad cumplidos a la fecha de la comisión de la falta (art.19). Exime, además, de reproche penal a quienes, conforme las normas de fondo, sean autores de una falta en grado de tentativa, o bien actúen en la condición de cómplices secundarios (art. 20). El que intervenga en la comisión de una falta como autor o partícipe, quedará sometido a la misma pena; el encubrimiento solo será sancionado cuando constituya una contravención específicamente determinada, y el instigador es sometido a la misma pena que el autor (art.22).

Por otra parte el art.21 dispone que el obrar culposo es suficiente para la punibilidad de la falta.

Con relación al Capítulo 4, titulado “De la reincidencia, habitualidad y concurso de faltas”, el art. 25 define al “reincidente” como “la persona que, habiendo sido condenada por una falta, incurre en otra de igual especie dentro del término de seis meses a partir de la fecha en que quedó firme la sentencia condenatoria anterior (reincidencia específica), aunque hubiere sido conmutada o remitida; salvo que se halla operado la prescripción”; en este caso, la primera reincidencia agrava la pena en la mitad del máximo, y en la segunda reincidencia, se agrava en el doble. Luego define al “contraventor habitual” como aquel que “después de haber sido condenado por tres faltas de la misma especie, fuere condenado por otra de igual especie, dentro del plazo de tres años, contar de la primera condena”.(art. 27), lo cual conlleva a la agravación de la pena en el doble del máximo para la contravención cometida (igual que para la segunda reincidencia en los casos de arresto y multa). Pero además, la declaración de habitualidad trae como consecuencia, si procediere la clausura, su aumento hasta seis meses, y en el caso de la inhabilitación, en forma definitiva; no pudiendo el contraventor cambiar de domicilio sin previo aviso a la policía, a la que deberá comunicar, además, y cada 30 días sus medios de subsistencia por el término de un año a contar desde la última condena.

En materia de concursos de faltas, “cuando un mismo hecho cayere bajo más de una sanción de este código, se aplicará solamente la que tenga prevista pena mayor, prevaleciendo la de arresto” (art.30). Y, cuando “concurriesen varias infracciones independientes entre sí se aplicará como sanción las sumas de las penas correspondientes a las faltas cometidas. Si se tratare de penas de distinta especie, se aplicarán ambas simultáneamente”.

Finalmente, en las multas, en caso de concurso (salvo los casos del art. 94 bis y ter), la suma no podrá exceder el cien por ciento del haber mensual del agente de seguridad (agrupamiento comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. En el caso del arresto, la suma no puede exceder de 90 días (art.31). Lo cual es llamativo desde que el art.43 preve una pena de arresto de hasta 120 días, lo que implica que el autor de un concurso se ve en mejores condiciones que quien comente una sola falta.

Finalmente, el Código contravencional en el Capítulo 5 contiene normas relativas a la prescripción y extinción de la acción y de la pena (arts. 32 a 34).

Pasando al análisis de los tipos del Título II, dado el vasto casuismo contenido en la ley de faltas provincial, no consideramos apropiado metodológicamente describir todos y cada una de las figuras contravencionales, sino solo aquellas que pueden ser abordadas ya sea desde una perspectiva analítica por la importancia que revisten, ya sea desde una posición crítica por las deficiencia del decreto-ley. Sería una inconsecuencia metodológica el análisis de tipos como los del capítulo VIII, denominado “Contra los Festejos Carnaval”, que contiene normas que reprimen, por ejemplo, el uso de caretas (art. 93, inc. a), o los que jueguen con agua o líquidos en los festejos de carnaval, o el que recoja papel picado del suelo para volverlo a arrojar (art. 94, inc. d), sin perjuicio de lo cual, es necesario tener presente que dicha normas constituyen derecho positivo represivo vigente y aplicable a los ciudadanos de la Provincia de Buenos Aires.

**2. Faltas que atentan “contra la seguridad de las personas” (capítulo I).** El título II de el decreto ley comienza a hablar de “las faltas” en particular. Este título está dividido en 10 capítulos, donde el primero se denomina “Contra la seguridad de las personas”. A medida que nos adentremos en su análisis veremos que en este capítulo se pretenden proteger una heterogeneidad de bienes, que en muchos casos no cumplen con los requisitos desarrollados anteriormente en relación a la legitimidad de las infracciones penales con respecto al bien jurídico.

Si por “seguridad” entendemos un estado libre y exento de todo daño, peligro o riesgo todos los tipos delictivos y contravencionales tienen en mira proteger la seguridad de las personas, por lo que aquí tenemos la primer observación. El bien jurídico protegido se encuentra descrito con demasiada amplitud y poca precisión. Si seguimos el criterio de este decreto deberían desaparecer todos los bienes jurídicos tutelados por el código penal, suplantados por un solo título que diga: “ Delitos contra la seguridad de las personas” ya que de acuerdo a la definición de seguridad considerada mas arriba todos los delitos tratan de proteger al menos mediatamente ese estado libre y exento de todo daño, peligro o riesgo, penando todas las acciones u omisiones que lo hagan desaparecer o lo tornen incierto.

Pasando a las acciones típicas descritas en el artículo 35, consisten en “provocar o incitar a otra persona a pelear”. Por “provocar” o “incitar” podemos entender desafiar a alguien a que haga una cosa o estimularle con palabras, gestos o insultos para que se irrite, conteniendo el tipo una condición objetiva de punibilidad, ya que la provocación o incitación deben realizarse “en la vía o parajes públicos o lugares expuestos al público”. No comete la contravención quien provoca o incita a alguien a pelear en zona rural. El tipo presume un peligro iure et de iure para la “seguridad de las personas” con el solo hecho de realizar las conductas típicas, por lo que configura un tipo de peligro abstracto, no

exigiéndose que la pelea se realice o que exista efectivamente en el lugar un grupo de personas que puedan resultar afectadas, con la violación al principio de inocencia y al artículo 19 de la constitución nacional que esto conlleva.

En el artículo 36 la acción típica es “someter a una persona al escarnio público”, es decir, hacer víctima a una persona de la burla . El tipo describe dos medios comisivos: 1) despojándola de sus ropas total o parcialmente; 2) haciéndola objeto de molestias arrojándole sustancias o materias que afecten su vestimenta o aspecto.

En el primer caso el bien inmediato protegido sería la integridad sexual o el daño que puede sufrir el sentimiento de reserva de una persona respecto a todo lo relacionado al sexo, la vergüenza o timidez que puede provocarle a alguien quedarse desnudo en la vía pública. Entonces, prescindiendo del concepto de “seguridad” y ateniéndonos a la voluntad del legislador, esto corrobora nuestra postura respecto a que dentro de “seguridad” se pueden agrupar una heterogeneidad de bienes o la totalidad de todos ellos.

Respecto al otro medio comisivo, debemos preguntarnos cuando comienza ha haber afectación<sup>113</sup>, por lo que si entendemos por “aspecto”, “aspecto físico”, puede que ya no se trate de una contravención sino del delito de lesión, siempre que cause “un daño en el cuerpo o en la salud”(art. 89 del C.P.), puesto que cualquier daño, por leve que sea, como las pequeñas excoriaciones, esta comprendido en la figura de lesiones leves<sup>114</sup>. Por ejemplo, si yo arrojó nafta sobre una persona produciéndole escamación o una pequeña erupción, la conducta caería en el art. 89 del Código Penal, y no se podría perseguir por lesiones como por contravención, puesto que se darían los tres requisitos exigidos por la garantía de “ne bis in idem”: identidad de sujeto, identidad de hipótesis fáctica e identidad de pretensión punitiva.

---

<sup>113</sup> Además de tener en cuenta que el tipo dice “afecten su ... aspecto”.

<sup>114</sup> Conf. Fontan Balestra, “Derecho Penal, parte especial”, pag. 103

Son dos tipos de resultado, y, a nuestro entender, solo podrían configurarse de manera dolosa, aunque el obrar culposo baste para que se configure la falta, como lo establece el art.21 del decreto ley. Imaginando un caso, alguien camina por la calle con un vaso de café y negligentemente choca con otra persona derramándole la sustancia líquida en su vestimenta; nos parece bastante excesivo aplicarle una multa por esa conducta, aunque el decreto establezca que con la mera culpa queda tipificada. También es difícil de imaginar la hipótesis de una persona que por violación a un deber de cuidado ( proponiéndose una conducta final, pero que al seleccionar los medios viola un deber de cuidado), despoje a otra de sus ropas sometiéndola al escarnio público.

En relación al artículo 37, establece una agravante del anterior, aplicando sanción de arresto si los hechos anteriormente descriptos “son cometidos por tres o mas personas que actúen en grupo accidental o habitualmente, aún cuando solo hubieren permanecido en el lugar de su comisión”.

La misma ley establece que no es punible la “participación secundaria”, lo que es coherente con la prescripción de que la falta se configura con el mero obrar culposo, ya que solo existe participación en un injusto doloso de otro ( también debería haber dicho que no se pena la participación primaria). Ahora bien, “partícipe” es quien participa en la conducta del autor, en forma de “instigación” (cuando se decide a alguien a la comisión de un delito o de un injusto) o de “complicidad” (cuando se coopera con alguien en su conducta delictiva.). A su vez la “complicidad” puede ser “primaria” o “secundaria”. Será primaria cuando se preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuáles el hecho no habría podido cometerse y será secundaria cualquier clase de cooperación no necesaria, llevada a cabo en cualquier momento, desde la preparación hasta el agotamiento. En el caso que nos ocupa, “quien solo permanece en el lugar de la comisión”, no es autor, ya que no tiene el dominio funcional del hecho, no es partícipe primario, ya que no presta al autor

ninguna cooperación necesaria, no es cómplice secundario, ya que no presta ninguna otra ayuda al autor o autores del hecho, puesto que solo permanece en el lugar de la comisión sin realizar conducta alguna, mas que la de “permanecer”. Entonces, en términos de derecho penal, la ley no pena la participación secundaria, pero mediante este tipo sanciona la “no participación” ( porque solo se permanece en el lugar), por lo que la conducta típica en este artículo es la de “permanecer en un lugar donde otra persona comete una contravención”, llegando al absurdo de crear una autoría donde no la hay, o una figura nueva en la teoría de la participación criminal, donde al lado del cómplice y del instigador, deberíamos colocar al “permanecedor”.

Por otra parte, en el artículo 38, la acción típica es “golpear o maltratar a otro sin causarle lesión”. Esta situación es difícil de darse en la practica, si nos atenemos al concepto de lesión leve expuesto mas arriba, puesto que cualquier daño, por leve que sea, configura el tipo del art. 89 del Código Penal.

Pero supongamos que pueda darse la situación descripta; obsérvese la contradicción: si una persona golpea a otra sin causarle lesión es pasible de una sanción de multa ( o arresto, en caso que se diese la agravante que mas abajo explicaremos), y la policía según este decreto ley, puede proceder de oficio, ya que la acción por la comisión de faltas es pública (art.4º). Ahora bien, si una persona golpea a otra y le causa lesión leve, la acción es dependiente de instancia privada (art. 72 del C.P.), por lo que el Ministerio Publico Fiscal no puede proceder de oficio, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público ( art. 72 inc. 2 Cód. Penal), preguntándole a la víctima si quiere instar la acción o esperando que ésta haga la denuncia.

Pasando a la descripción típica, corresponde decir que es un tipo de resultado, consumándose con el “golpe”. Podría admitir la forma culposa; el problema es que tanto la tipificación dolosa como la culposa tienen la misma pena en la ley; entonces no tiene demasiado sentido la

distinción. Esto revela la inconsecuencia del legislador contravencional y la deficiente técnica legal; debería diferenciarse la pena de la falta culposa, de la dolosa, ya que en ésta última existe un mayor contenido de injusto traducido en una pena mayor<sup>115</sup>.

Paro hay aún otra inconsecuencia: puede suceder que la conducta descrita por este artículo constituya “tentativa de lesiones leves” (art. 42 en relación al 89 del C.P.), siempre que exista dolo de lesiones.

El mismo tipo establece una agravante cuando las vías de hecho “fueren cometidas por tres o mas personas que actúen en grupo o accidental o habitualmente, aún cuando solamente hubieren permanecido en el lugar durante su comisión”, aplicando arresto de diez a treinta días a cada uno. Es pasible de la misma crítica respecto a la participación descrita anteriormente. No había necesidad de aclarar “a cada uno”, puesto que es obvio que si se condena, por ejemplo a 20 días de arresto no se van a dividir esos días por la cantidad de participantes ( o “permanecedores”).

Se debe, además, tener en cuenta, que las lesiones leves tienen como pena de un mes a un año de prisión, pudiendo la pena aplicarse condicionalmente, mientras que el tipo contravencional de golpear a alguien sin lesionarlo agravado, contiene una pena que va desde los 10 a los 30 días de arresto, los cuales son de cumplimiento efectivo, ya que, en tal hipótesis, en la ley contravencional no es de aplicación la condena en ejecución condicional (art.17 Cód. de Faltas), por lo que en el primer caso tal vez una persona no pase un solo día privado de su libertad, mientras que en el segundo estará como mínimo 10 días, salvo la remisión de la pena que el art.18 del digesto de faltas prevee.

En relación al artículo 39, la acción típica es “exponer a cualquier peligro a un niño que tenga a su cuidado”. Es una falta de peligro

---

<sup>115</sup> En cambio, siguiendo una política criminal razonable, el Código contravencional de la Provincia de Chubut, ley 4.145, en el Libro I, Título III, dispone que la individualización de la misma se hará teniendo en cuenta: la tipicidad dolosa o culposa; la comprensión de la antijuridicidad y de la reprochabilidad de la conducta.

concreto, ya que el riesgo debe concretarse efectivamente en la realidad; no se daría el tipo en el caso contrario. La descripción típica carece de precisión, pues el legislador, al describir la conducta no deja en claro que quiso significar con “cualquier peligro”, por lo que quedaría en manos del juzgador interpretarlo a la luz del mencionado “principio de proporcionalidad” en sentido estricto, que permite considerar atípicas a un determinado género de conductas que solo lesionan de modo insignificante al bien jurídico.

En el artículo 40, las acciones típicas son, por un lado, “poner a alguna persona, con su consentimiento o sin el, en un estado narcótico o hipnótico o realizar en ella tratamiento que suprimiere la conciencia o la voluntad, con peligro para la salud o su vida”.

Nuevamente el bien jurídico tutelado no es la pretendida “seguridad de las personas” sino más bien su integridad física.

Cuando el artículo dice “con peligro para su salud o su vida”, no queda claro si el peligro se exige concretamente, o si la acción típica por sí misma constituye un peligro; en el primer caso sería un tipo de peligro concreto, admitido según lo desarrollado anteriormente; en el segundo caso, estaríamos frente a un tipo de peligro abstracto, siendo objeto de las críticas ya expuestas. Nos inclinamos por el primero.

Respecto al “consentimiento”, en los últimos años, se amplía el grupo de autores que consideran que él excluye la tipicidad, fundándose en que resulta difícil sostener la presencia de un conflicto, cuando el titular del bien ha consentido. Afirmar lo contrario, es claro paternalismo autoritario, pues cuando el poder punitivo no reconoce la relevancia eximente del consentimiento, desconoce a la víctima o solo la admite con un signo que habilita la confiscación<sup>116</sup>. Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular, no se hace otra cosa que destruir o negar el concepto mismo de bien jurídico: si su esencia es la “relación de

---

<sup>116</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., *Trat. de Derecho Penal Parte General*, pag.477.

disponibilidad”, es imposible negar el valor eximente de la aquiescencia. El desconocimiento de la relevancia de ésta, a los efectos de la prohibición, es un nuevo esfuerzo por subordinar a la víctima. Cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico en determinada forma; esta pretensión es propia de un Estado que no respeta la autonomía de la conciencia ni el concepto personalista del derecho. La pretendida tutela de un bien jurídico, mas allá de su titular, es un pretexto para penar un pragma no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 de la CN<sup>117</sup>.

El tipo admite culpa y dolo, siendo, empero, difícil de encontrar situaciones donde aplicar la culpa en el caso de la hipnosis. El segundo párrafo excluye la tipicidad si el procedimiento fuere efectuado con fines científicos o de curación por quienes ejercieren la profesión médica.

El tipo del artículo 41 contiene un sujeto activo especial, que es el encargado de la guardia o custodia de un alienado peligroso (curadores, directores o encargados de establecimientos de sanidad mental, etc.). Las acciones típicas son “dejarlo vagar por sitio público” o “no dar aviso a la autoridad cuando se sustrajere a su custodia”. Este último, es un típico caso de comisión por omisión.

Establece como condiciones objetivas de punibilidad que el alienado peligroso vague por sitio público o que se dirija o pueda dirigirse a sitio público.

Por “alienado” no debe entenderse otra cosa que la locura o enfermedad mental, extrayéndose la definición del art. 141 del Código Civil. “personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”, con el agregado de la “peligrosidad” exigida por el tipo, no referida a si mismo, sino únicamente hacia terceros (conf. Art. 482 Código Civil)

---

<sup>117</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal Parte General, pag 476-477.

El artículo presume un peligro *iure et de iure* hacia terceros, que se configura con cualquiera de las acciones típicas más la condición objetiva de punibilidad. Recae en las falencias ya subrayadas respecto de los tipos de peligro abstracto.

Admite culpa y dolo.

El artículo 42: esta falta sanciona con multa a quien portare sin permiso de la autoridad competente, fuera de su domicilio o dependencia privada, armas de las no comprendidas en los alcances de la ley 20.429, o las que en su reemplazo se dicten.

Las armas comprendidas en dicha ley son: 1) armas de guerra; 2) pólvoras, explosivos y afines; 3) armas de uso civil.

El decreto-Ley 8.031 en su capítulo IX define armas como “toda aquella que dispare proyectiles por medios explosivos o mecánicos, y todo instrumento punzante, cortante o contundente con el que se pueda inferir una herida o lesión corporal capaz de poner en peligro la salud o la vida, bomba o cualquier máquina o envoltorio que contengan explosivos, gases asfixiantes o lacrimógenos o los elementos con que este se arrojase”.

Entonces, de acuerdo al concepto mencionado, sería pasible de la sanción prevista en este tipo quien, por ejemplo, portare un cutter en su cartera o bolsillo, una tijera, un cuchillo de cocina, una llave francesa, un martillo, o simplemente tal vez un destornillador, ya que todos ellos constituyen elementos punzantes, cortantes o contundentes capaces de inferir herida o lesión a una persona.

Se configura la contravención con la sola “portación del arma sin permiso de la autoridad competente”, y aquí vale esta pregunta: ¿debo pedir permiso a la autoridad para llevar un cutter o un punzón en mi bolsillo? No olvidemos que las faltas se configuran con la mera culpa, lo que lo torna aún más gravoso, incurriendo la ley en una grave contradicción, ya que no es imaginable como alguien puede portar un arma violando un deber de cuidado.

Además de todas las críticas expuestas es un tipo puro de peligro abstracto, y aún yendo más allá, parecería que la ley presume un dolo inexistente, el dolo de lesionar, totalmente repugnante a los principios consagrados por nuestra Constitución Nacional.

En relación al artículo 43, sanciona con multa y arresto de hasta 120 días: “a quien portare armas en lugar donde hubiere reunión de personas”.(inc. a). Es pasible de la misma crítica que el artículo anterior, si son armas no contempladas en la ley 20.429. Si es un arma incluida en esa ley, la simple tenencia configura delito (art. 189 bis del Código Penal).

También pena “al que disparare arma de fuego en cualquier lugar u ocasión” (inc.b). Disparar es poner en funcionamiento los mecanismos de un arma de fuego de modo que se expida el proyectil. La contravención quedará configurada si el disparo se realizare en cualquier lugar u ocasión, siempre por supuesto, que no se dirija a persona determinada ya que en este supuesto se configuraría el tipo de disparo de arma de fuego del Código Penal (art. 104. Es un claro tipo de peligro abstracto. Admite dolo y culpa.

También es sancionable quien “esgrimiere un arma intimidando o amenazando a otra u otras personas” (inc. c). La conducta es idéntica a la descrita en el artículo 149 bis del Código Penal, aunque de manera invertida. En el decreto-ley la acción típica es esgrimir el arma amenazando o intimidando, mientras que en nuestro Código Penal la acción típica es hacer uso de amenazas agravadas por el medio comisivo “arma”.

El problema radica en desentrañar si este tipo contravencional alcanza el solo hecho de esgrimir el arma, por el cual las otras personas ya se sentirían amenazadas o intimidadas, o es también esgrimir el arma y amenazar, ya que en este último supuesto sí sería idéntico a la conducta descrita en el 149 bis del Código Penal. La cuestión se resolvería desentrañado si el tipo contravencional presume o no la amenaza experimentada por la sola exhibición del arma, pero inclinarse

afirmativamente hacia tal presunción incursionaría en una extensión interpretativa de la norma, prohibida en materia represiva. Resulta entonces, una identidad perfecta entre la norma delictual y la contravencional.

Solo admite la forma dolosa.

El caso de “los conductores de vehículos que guarden u oculten en los mismos armas de los pasajeros u otras personas” (inc. d). Es objeto de las mismas críticas en cuanto al concepto de arma. Admitiría únicamente la forma dolosa.

“Al que llevare un arma habiendo sido condenado por delitos contra las personas o la propiedad, o por atentado o resistencia a la autoridad” (inc. e).

En este caso pueden darse dos supuestos: 1) si se encuentra un condenado por los delitos que menciona la norma, habiendo ya cumplido su condena pero habiéndosele aplicado la sanción de inhabilitación absoluta (inherente a la pena de prisión o reclusión por más de tres años), por tres años más que la condena (art 12 Código Penal), esta persona sigue inhabilitada para portar armas (en el caso específico que nos ocupa), y si lo hace sería pasible de la sanción del art. 281 bis del Código Penal (quebrantamiento de pena), y quedaría desplazada obviamente la contravención en virtud del principio de la prohibición de la persecución penal múltiple; 2) Que ese condenado ya haya cumplido las dos penas (prisión por más de tres años e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena o por tres años más). En este caso este tipo esta creando una nueva inhabilitación, que sería perpetua, por un delito ya cometido, juzgado y con condena cumplida, que no impone el propio Código Penal y que mal puede hacerlo una ley provincial. Además, esta pena esta impuesta en base al solo hecho de haber cumplido una condena anterior, ya que habría mayor “alarma social” derivada de la reincidencia del agente, lo que se traduce en “peligrosidad”.

No olvidemos el amplio concepto que da la ley sobre el termino arma, que da sentido a lo anteriormente expuesto.

“El que portare un arma en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes, en sitio de lugar público, aún con permiso de portación” (inc.f).

Pasando al artículo 46, el mismo sanciona a “quién tenga animal peligroso o salvaje”, estableciéndose un agravante si el animal atacara o hiriera a alguna persona.

El Decreto-Ley, en su artículo 95, define “animal peligroso” como “todo aquel que por sus instintos o dificultades para su domesticación ofrezca peligro de atacar a sus dueños o a terceros, sin causa justificada, con riesgo para su salud o integridad física”.

Se pena la simple tenencia, por lo que, si una persona posee un animal que cumpla con esas características, aunque tome todos los recaudos necesarios para esa posesión, igual es pasible de la sanción, que denota una presunción *iure et de iure* de peligro, pero hacia terceros, porque de acuerdo a la definición es animal peligroso o salvaje el que también ofrezca un peligro de atacar a sus dueños, y sería un absurdo, que impongan multa por un animal que puede atacar al mismo agente.

La figura simple acepta solo el dolo. Cabe aclarar, que si el infractor no sabe que su animal es peligroso, se configuraría un error de tipo que excluiría el dolo. Pero no es esta una hipótesis prevista por el decreto-ley.

La agravante se da cuando el animal hiere o ataca efectivamente, siendo un claro caso de tipo calificado por el resultado, lo que se traduce en una responsabilidad objetiva.

El artículo 47 sanciona a quienes “en lugares abiertos dejen animales detiro, de carga o cualesquiera otros, ya sea sueltos o confiándolos a personas inexpertas de modo que puedan causar daños o afectar el tránsito”.

Este tipo viola el principio de máxima precisión que debe tener en cuenta el legislador al describir una conducta típica, puesto que cuando

dispone “o cualesquiera otros” podría cometer la conducta descrita quién deje un perro, un gato, o un conejo en un lugar abierto, ya que, no exige la efectiva causación de un daño sino la mera posibilidad.

Admite dolo y culpa.

En el artículo 50 se sanciona “al que explotare lugar de espectáculo público, entretenimiento o reunión, sin observar las prescripciones municipales relativas a la seguridad de las personas”.

Constituye una ley penal en blanco, ya que para completar la conducta típica hay que recurrir a las ordenanzas municipales que describen las normas de seguridad a tener en cuenta en los espectáculos públicos.

El artículo 51 sanciona al que en lugar de reunión de personas anunciare falsamente desastre o infortunio o peligro, provocando pánico o pudiendo causarlo.

Es un tipo doloso, la acción típica es anunciar falsamente, por lo que requiere el efectivo conocimiento de la falsedad. Si el autor anuncia un desastre, infortunio o peligro, creyendo que realmente está sucediendo no realiza la conducta típica descrita.

Requiere para su configuración “que se provoque pánico o que pueda causarlo”, por tanto el mero anuncio de un desastre que pueda causar pánico pero que no lo haga efectivamente configuraría el tipo. Sin embargo, creemos que es requisito típico que el pánico haya sido efectivamente causado, ya que de otra manera no habría bien jurídico lesionado, condición esencial para la legitimación de una infracción penal, por que de lo contrario, el bien no habría sido puesto concretamente en peligro. Tal y como esta redactado el artículo, el peligro se presume *iure et de iure*, lo que no se condice con nuestra Constitución Nacional ni con los principios del Derecho Penal, según lo desarrollado al tratar ese tema. Piénsese, por ejemplo, en una manifestación en la vía pública, donde alguien, haciendo uso de un megáfono, anunciando un ciclón de 200 km/h

y los destinatarios lejos de creer en ello irrumpen en risa ¿Sería pasible este agente de la sanción? ¿Cómo se mide la formula *pudiendo causarlo*?

Además de esa observación, queremos aclarar que una conducta como la descrita por este artículo, podría también caer en el tipo penal de “intimidación pública” del art. 211 del Código Penal, el cual dispone “el que para infundir un temor público o suscitar tumultos o desordenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos”. Por ejemplo, el que en un cine da la voz de fuego comete el tipo del artículo 211 del Código Penal (Fontan Balestra, Derecho Penal parte especial, pág. 728), y también incurriría en la conducta descrita del artículo 51 del decreto ley. Lo dicho anteriormente respecto al *ne bis in idem* es aplicable al caso.

Otro tema a considerar es si el bien jurídico pretendidamente tutelado es “la seguridad de las personas”; ¿cuántos se necesitan con pánico para que se configure la falta? Pueden ser todos, o un numero suficientemente representativo, pero ¿cuál es ese número? .

El artículo 52. Reprime al que expendiere o suministrare bebidas en botellas u otros recipientes que pudieran utilizarse como proyectiles peligrosos, dentro de las canchas de deportes o lugares destinados a espectáculos públicos.

De acuerdo a lo que desarrollamos en el capítulo de tipicidad en relación al bien jurídico, al hablar de principio de proporcionalidad en sentido estricto dejamos establecido que ese principio constituye una directriz según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que se protegen, sino las modalidades de ataques mas peligrosas para ellos; en eso consiste precisamente el carácter fragmentario del Derecho Penal, no cumpliendo este tipo con ese requisito .

Este es un tipo de peligro abstracto. La ley presume que expendiendo o suministrando bebidas en botellas u otros recipientes, que

podrían utilizarse como proyectiles peligrosos ( ejemplos, latas de gaseosa, botella de vidrio, botella de plástico llena), se crea un peligro para el bien jurídico “seguridad de las personas”, no siendo necesario el peligro efectivo sufrido, real y concretamente en la realidad.

Contiene una condición objetiva de punibilidad, ya que la acción típica debe realizarse dentro de las canchas de deportes o locales destinados a espectáculos públicos.

La misma pena se aplica al encargado o responsable del local o recinto donde se efectuare el espectáculo público, faltando el presupuesto necesario de atribución de responsabilidad penal que constituye la conducta. Es un claro caso de responsabilidad objetiva, donde no existe acción u omisión que se pueda reprochar.

También aplica pena de inhabilitación, si la venta estuviere a cargo del concesionario, al responsable o encargado de la concesión, siendo inexistente nuevamente el segmento conducta.

El artículo 53 sanciona al que “portare elementos contundentes con los que pudiera agredir o provocar lesión dentro de los campos de juegos o en sus inmediaciones durante la hora en que se disputen partidos o se realicen espectáculos deportivos”.

Adviértase que el “elemento contundente con los que pudiera agredir o provocar lesión”, puede ser cualquier elemento, ya que existen muchos objetos que de acuerdo al uso que se le asigne, se puede provocar como resultado una lesión ( ejemplos: pinza, martillo, destornillador, lapicera, jarrón, un trozo de madera, un clavo, un teléfono celular, una llave, etc.). La descripción del tipo es vaga. Un tipo penal debe ser preciso y concreto, y no debe contener una formula vaga o imprecisa, donde no pueda individualizarse bien cual es la conducta prohibida, y donde un gran numero de variadas acciones pueden caer en él. De esto, precisamente, se trata el carácter fragmentario del Derecho Penal. Sabemos que algunas veces el legislador debe acudir a los llamados “tipos abiertos” que no individualizan totalmente la conducta

prohibida y donde el juez, en el caso concreto, tendrá que recurrir a una norma de carácter general para completar esa descripción, como en el caso del art. 84 del Código Penal; pero cuando esa apertura implica que el juzgador es quien verdaderamente tiene que individualizar la acción, que no le es dada por el legislador, se viola fuertemente el principio de legalidad y la Constitución Nacional<sup>118</sup>.

Piénsese en esto ¿qué juicio de reprochabilidad podemos hacerle al autor por no haberse motivado en la norma para actuar, si la misma norma no le describe cual es la conducta prohibida?

Además, creemos que la ley incurre en una contradicción. La definición de arma suministrada por el propio art. 95, coincide plenamente con la fórmula “elemento contundente capaz de agredir o provocar lesión” y el decreto-ley sanciona con arresto de hasta 120 días a quien portare armas en lugar de reunión de personas, y solo con multa a quien portare el elemento contundente dentro de los campos de juegos o en sus inmediaciones durante la hora en que se disputen partidos o se realicen espectáculos deportivos.

Es un tipo de peligro abstracto, con las objeciones que ello conlleva.

Nuevamente reiteramos que la ley pretende presumir un dolo inexistente, es decir el dolo de agredir o causar lesión.

**3. Faltas “contra el patrimonio”.** Dentro del vasto conjunto de derechos de que las personas son titulares, como los derechos personalísimos, los políticos, los de familia, los derechos reales, los derechos intelectuales, hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que, por ello, pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos bienes constituye el patrimonio.

---

<sup>118</sup> Pensemos que si así no fuera el sistema discontinuo de ilicitudes se transformaría en un sistema continuo de prohibiciones, y esto es lo que precisamente pretende hacer la presente ley ya que en muchos de los tipos no se ha tenido el menor cuidado en intentar precisar mínimamente las conductas que se pretenden prohibir.

Quedan fuera de él, los derechos inherentes a la personalidad, tales como el honor, la vida y la libertad; y los de familia, como los que nacen entre cónyuges, la patria potestad, la tutela, la curatela, etc.

Existe un sector de la doctrina (Salvat, Lafaille, Spota, Busso) que considera que el patrimonio no sólo estaría formado por los derechos, sino también por las deudas, entonces el patrimonio constituiría el conjunto de derechos y obligaciones.

Velez Sarfield, en el artículo 2312 del Código Civil define al patrimonio como el conjunto de bienes de una persona.

Dada esta definición, en realidad parecería que la ley está protegiendo sólo uno de esos derechos que integran el patrimonio, que es la propiedad, salvo el caso del artículo 60 donde si parece acertado, sostener que afecta el patrimonio. Mas adelante volveremos sobre esta cuestión.

El art. 55 ( como tantos otros) constituye la máxima expresión de la afirmación según la cual, no es verdad que en nuestro derecho los actos preparatorios de los delitos no son punibles. Sí lo son, pero a título de contravención. La norma sanciona con arresto “al que tuviere en su poder llave alterada o contrahecha, o bien llaves genuinas o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras sin justificar su posesión”.

Podría decirse que ni siquiera es un acto preparatorio de un hurto, quedando en un estadio todavía anterior. Esto ocurre porque la ley presume en quien tiene en su poder esos elementos, un dolo que no existe, que es el dolo de hurto.

Constituye un tipo de peligro abstracto, siendo inexplicable cual es el riesgo que corre el bien jurídico patrimonio por la realización de esa conducta.

Ahora bien ¿cuál es la conducta típica? ¿ tener en su poder los objetos enumerados o no justificar su posesión?. Este artículo es manifiestamente inconstitucional, ya que invierte la carga de la prueba, lo que hace que en realidad la conducta prohibida sea no justificar la

posesión, porque si el agente, tiene en su poder el objeto, pero justifica su posesión no es pasible de ninguna sanción.

Si el Estado pretende imputarle a un individuo la comisión de una falta, debe probar su culpabilidad, destruyendo el estado de inocencia.

Una vez más, el tipo no es preciso, puesto que la fórmula “instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras” es demasiado abierta como para individualizar mínimamente la conducta prohibida.

El artículo 56 agrava el tipo anterior, con arresto de 20 a 60 días, si el que realiza la conducta típica ha sido condenado por delito contra la propiedad o penado por mendicidad o vagancia.

La agravante va impuesta en base a una reincidencia o peligrosidad presumida de la persona que habiendo cumplido ya una condena (penal o contravencional), tiene en su poder llave contrahecha o alterada o instrumento apto para abrir o forzar cerraduras.

Es contrario a nuestra Constitución Nacional, agravar una figura por un delito o contravención ya juzgados, puesto que implica juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho.

El fundamento de la agravante, en los casos de reincidencia, radica en que el anterior sometimiento a un régimen de prevención especial no ha dado los resultados esperados, a los efectos preventivos. La agravante obedecería a una mayor peligrosidad del autor, pero la peligrosidad no puede fundar una pena, ni mucho menos agravarla, sin incurrir en el desconocimiento de la condición de persona de un hombre ni caer en un Derecho Penal de autor<sup>119</sup>.

Obsérvese que en este caso la ley no le da al contraventor la posibilidad de “justificar la posesión”; entonces aquí sí la conducta típica es “tener”.

---

<sup>119</sup> Conf. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, Parte General, pag. 715).

En relación al artículo 57, su texto contiene un sujeto activo especial.

Sanciona con multa al “herrero, cerrajero o ferretero que: vendiere o entregare a cualquier persona ganzúas u otros instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras” (inc. a).

Piénsese, que un cerrajero acostumbra a vender “instrumentos aptos para abrir cerraduras”, a cualquiera, porque ese es su trabajo. Precisamente el cerrajero, vende y hace llaves, las cuales sirven para abrir cerraduras. Si nos situamos en un ejemplo en el cual, una persona pierde la llave de su auto, el que quedó cerrado, y acude al auxilio de un cerrajero, quién en ese momento no puede socorrerlo personalmente, pidiéndole que le facilite algún instrumento con el cual pueda abrir su vehículo, no vamos a pretender que el cerrajero le exija al sujeto el título del automotor que justifique que él es el dueño y que no es “cualquiera”.

¿Cómo debemos interpretar la fórmula “a cualquier persona”? Es más que obvio que todos seremos “cualquier persona” para el cerrajero si no es de su conocimiento personal, cosa bastante probable en una ciudad de medianas dimensiones.

En nuestro criterio, no existiría bien jurídico lesionado, en ninguna de sus dos variantes (lesión efectiva o peligro concreto), creando el decreto un peligro inexistente, y presumiéndolo sin admitir prueba en contrario. En realidad, la ley está presumiendo “un peligro de un peligro”, ya que sanciona la conducta de vender ganzúa o instrumento apto para abrir o forzar cerradura (que ya presume peligrosa), por el peligro de que ese elemento sea utilizado para cometer un delito contra la propiedad.

“Fabricase llaves sobre moldes o copias de la llave o cerradura original, a pedido de personas que no sean propietario, poseedor o encargado del lugar u objeto a que la llave esta destinada” (inc.b).

Esto significa que, si una persona recurre a un cerrajero para obtener una copia de la llave de su casa debe llevar la escritura traslativa del dominio para acreditar que es propietario o el contrato de usufructo o habitación para acreditar que es poseedor.

Realmente la ley cae en el absurdo. A favor de una supuesta “prevención”, estos tipos no respetan el “principio de idoneidad”, según el cual la prohibición de una conducta, resulta inadecuada cuando de ella no se obtendrá protección alguna del bien jurídico, o cuando su tipificación ocasiona mas perjuicio que beneficio.

“Que abriera cerradura u otro dispositivo análogo puesto para la defensa de un lugar o de un objeto, a pedido de quien no sea conocido suyo como propietario, poseedor o encargado del lugar o del objeto, o sin orden de autoridad competente” (inc. c).

Es objeto de las mismas críticas realizadas anteriormente.

En cuanto al artículo 59, el tipo sanciona. a) “al que se hiciere alojar en hoteles, posadas o se hiciere servir alimentos o bebidas en restaurantes, bares o cafés o se hiciera atender en peluquerías o establecimientos análogos con el propósito de no pagar pudiendo hacerlo”.

La redacción del tipo nos denota que solo puede admitir la forma dolosa (“con el propósito”).

El artículo enumera una serie de lugares en los cuales se puede realizar la conducta descripta. Ahora bien, cuando dice “peluquerías o establecimientos análogos”, ¿qué debemos entender por ello?. No hay que olvidar que en materia penal la interpretación extensiva está prohibida, por lo que, por ejemplo, no podríamos decir que un locutorio o un gimnasio son análogos a las peluquerías, porque en rigor de verdad no tienen nada que ver mas que el hecho de ser lugares donde se presta un determinado servicio, abonando por él una suma de dinero cuando la prestación ya fue realizada. Pero esa característica común, no nos permite considerarlos análogos, sin hacer una interpretación extensiva proscrita en nuestra materia.

Entonces, no comete la contravención quien toma una clase de gimnasia y después no paga, o quien utiliza un locutorio para realizar una o varias llamadas sin abonarlas luego, o quien hace uso de una cama

solar sin pagar la sesión, por brindar algunos ejemplos. Como puede observarse, el fin de protección que pretende la norma, queda en la nada, dada su pésima redacción.

El dolo debe existir inicialmente, es decir que el sujeto al momento de alojarse en el hotel, por ejemplo, debe tener ya programado el propósito de no pagar.

Sería un tipo de resultado material.

También reprime “al que con el mismo propósito utilizare vehículo de transporte o coche de alquiler” (inc. b). Este, al igual que el anterior, en principio, son claros casos de incumplimiento contractual que no deben caer en la órbita de la represión penal.

Artículo 60. Este artículo sanciona al “conductor de un vehículo de alquiler o de transporte, que abandonare a un pasajero o se negare a continuar un servicio cuando no haya ocurrido un accidente o medie una causa de fuerza mayor”.

Creemos que una conducta como la descrita, podría generar tal vez consecuencias civiles, pero jamás penales.

Si dado el caso, el conductor por ejemplo de un transporte de larga distancia se negara antes de concluir con el servicio, a seguir con él, habría un incumplimiento contractual frente a las personas que sufren un perjuicio y debería resolverse en el ámbito del derecho civil. Roxin sostiene que donde basten los medios del derecho civil, ha de retraerse el derecho penal, ya que éste, por ser la reacción mas enérgica de la comunidad, solo puede actuar en último extremo. .

Pareciera acertado el criterio de la ley de ubicar esta falta en el título “contra el patrimonio”, ya que quien acuerda un contrato de transporte vería en este caso lesionado su derecho adquirido a ser transportado, lo que integra la noción de patrimonio dada mas arriba ( conjunto de bienes, derechos y obligaciones); lo que no nos parece acertado es aplicar una sanción penal por un incumplimiento contractual, ya que si aceptamos esto, todos los incumplimientos contractuales

deberían acarrear consecuencias penales, algo totalmente excesivo y que cae fuera de la órbita del Derecho Penal.

En el artículo 62 se sanciona “al dueño de animales que entraren en campo o heredad ajena, cercado o alambrado, sin permiso del encargado o propietario”.

Es un claro caso de responsabilidad objetiva. No existe el presupuesto necesario de atribución de responsabilidad penal, que es la conducta humana.

No hay acción ni omisión alguna por parte del dueño de los animales que permita aplicarle una pena. La acción u omisión estarían presentes si el tipo estuviese redactado de la siguiente manera: “Será reprimido con multa, el dueño de animales que, observando como se introducen en campo o heredad ajena, no hiciere nada para evitarlo, o por un deber de cuidado, no cierre la tranquera” .

La pena se agrava, si los animales son introducidos deliberadamente, salvo los casos justificados por el Código Rural. En este caso, sí hay conducta, y consiste en “introducir a los animales deliberadamente”, esto significa que luego de un cuidadoso examen, se tomo la decisión.

Es un tipo de resultado material. Solo admite dolo.

Creemos que no era necesario aclarar, “salvo los casos justificados por el Código Rural”, ya que de acuerdo a lo que expusimos en el capítulo correspondiente a la teoría general de las contravenciones, una conducta puede ser típica pero no antijurídica, si el orden jurídico considerado en su totalidad, nos otorga un permiso para realizarla.

El artículo 63 reprime con multa y clausura al local, “al que en sus casa de comercio, almacenes o talleres, tenga pesas o medidas falsas o distintas de las que las leyes u ordenanzas prescriben”.

Es un caso más de ley penal en blanco, en cuanto dice “ distintas de las que las leyes u ordenanzas prescriben”.

Por otra parte, constituye un “acto preparatorio”, de la defraudación agravada establecida en el artículo 174 inciso 3 del Código Penal.

Es puro peligro abstracto, ya que el decreto presume un riesgo corrido por el bien jurídico solo por tener las pesas o medidas falsas, no respetando el principio de lesividad.

Nuevamente, reiteramos, la ley presume un dolo inexistente, que es el dolo de defraudar.

En el artículo 65 se sanciona con pena de multa y arresto, “al que sin estar debidamente autorizado, revenda a mayor precio entradas para los espectáculos públicos o pasajes para transportes de pasajeros, o revenda boletos o vales de apuestas en los hipódromos, aunque sea parte de ellos”.

Creemos que esta conducta tampoco debería acarrear consecuencias penales, ya que puede intervenir el derecho civil, sin que sea necesario que intervenga el sancionador, por lo que explicaremos a continuación.

Si por ejemplo una persona quiere participar de un espectáculo deportivo o de un recital de su banda preferida o desea viajar a determinado lugar y están agotadas las entradas o los pasajes, y un sujeto que posee un pasaje o entrada le ofreciese vendérselo a mayor precio, aceptando la persona por su ferviente deseo de ser espectador directo o de viajar a ese destino, no se advierte lesión alguna a un bien jurídico, ni que esa conducta sea reprobable bajo ningún punto de vista, dado el consentimiento prestado por la supuesta víctima. Ni hablar del caso en que esta última ofrece el mayor precio, con el objeto de obtener la entrada.

Ahora bien, si quien posee, por ejemplo, un pasaje en avión a determinado lugar, se aprovecha de la necesidad de otra persona de obtener ese pasaje (imaginando que no hay mas en existencia y que le es sumamente necesario ya que debe viajar al lugar por motivos urgentes puesto que es víctima de una enfermedad ), haciendo una reventa del

mismo, que implica una “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”. Y, aquí podría decirse que existe una reprobabilidad del acto, contemplado en el artículo el artículo 954 del Código Civil, en virtud de la ventaja desproporcionada en relación a la prestación.

El artículo aplica igual pena “a quien de cualquier forma facilitare o determine a otro a cometer la infracción”. Este es un claro caso de participación, siendo complicidad en el primer supuesto e instigación en el segundo. Sería una derogación a la parte general de la ley, ya que la misma dispone que la participación secundaria no es punible, pero al establecer aquí “facilitare de cualquier forma”, estaría denotando una colaboración esencial sin la cual el hecho no hubiese podido ser consumado o cualquier otro tipo de colaboración, que haga mas fácil la comisión.

**4. Faltas “contra la moralidad pública y las buenas costumbres”.** Cuando expusimos el tema bien jurídico, hicimos referencia a lo que se conoce como principio de lesividad.

Como consecuencia de ese principio, el Estado no puede imponer una moral, es decir, el Estado paternalista queda excluido por imperio del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Entonces, no es admisible la moral como bien jurídico; por el contrario el ámbito de autonomía moral, es sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente. En general, en la legislación penal comparada se observa la desaparición de tipos penales autoritarios o con contenidos morales como pretendido bien jurídico<sup>120</sup>.

En este capítulo, el decreto- ley, avanza sobre la esfera privada del individuo, imponiendo sanciones a conductas que lesionarían la supuesta moralidad publica y las buenas costumbres, sin advertir que el legislador

---

<sup>120</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., tratado de Derecho Penal Parte General, pag. 467 .

debe castigar solo aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que solo atentan contra la moral, contra valores sociales o contra el soberano, deben excluirse del Derecho Penal, ya que el concepto de bien jurídico debe ser lo mas preciso posible<sup>121</sup>.

Creemos en la inconveniencia de penar este tipo de conductas ya que se está confundiendo ley penal, con un “código moral”, violando el artículo 19 de nuestra CN, lo que constituye un crimen mucho mas grave que ejercer la prostitución, encontrarse en estado de ebriedad o ser mendigo.

Para comenzar, el artículo 66. sanciona con pena de multa y arresto, y en su caso clausura “al que, con ánimo de lucro, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, sin distinción del sexo y aunque mediare el consentimiento de éstos. Aclara que el presente inciso no se aplicará cuando las conductas que pena también encuadren en el art. 126 del código Penal de la Nación”.

Entonces la conducta no caerá en este inciso cuando se cometa, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, ( art. 126 C.P) evidenciándose, que lo que trata de proteger este tipo es la falta de consentimiento libre de vicios, es decir la ausencia de un consentimiento prestado en total libertad, sin ninguna circunstancia que lo condicione.

De esto se deriva que encuadraría en el tipo contravencional, la conducta realizada con pleno consentimiento de la supuesta víctima. Ahora bien, ya hicimos referencia a la relevancia del acuerdo del sujeto pasivo como excluyente de la tipicidad y a que lo contrario constituye una intromisión en el ámbito de autonomía moral del ciudadano, para incriminar “un pragma no conflictivo”( conf. Zaffaroni) y por ende violatorio de el artículo 19 de la C.N.

---

<sup>121</sup> Conf. Hassemer, Winfrid, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, p.17, nuevo foro Penal, nro. 51 Bogotá, 1991).

Se nos podría contestar que la protección de la norma, no va impuesta en función del mayor de edad, al que se lo promueve a prostituirse, sino que atento el bien jurídico protegido (moralidad pública), el sujeto pasivo de la contravención sería la sociedad toda, ofendida en su moral y ella sería precisamente la que deba prestar consentimiento. . A ello haremos dos objeciones: 1) Si así fuera no tendría sentido la redacción de la norma, en cuanto dice “aun con su consentimiento” y 2) Ya expusimos nuestra crítica basada en la inconstitucionalidad de los argumentos morales, como pretendido bien jurídico.

El artículo contiene un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, que lo constituye el ánimo de lucro, el cual debe ser debidamente probado.

El artículo 67 reprime con arresto de 10 a 30 días, “al que siendo capaz de trabajar, careciere habitualmente y sin motivo razonable, de ocupación honesta conocida o medios lícitos de vida; o mendigare por ociosidad o codicia”.

La conducta típica sería, carecer de ocupación honesta conocida o medios lícitos de vida, en el primer caso y mendigar, en el segundo.

¿Puede el Estado, entrometerse en la vida privada de las personas, aplicando una pena a quién no desea trabajar? ¿puede el Estado imponer un estilo de vida?.

Si nos preguntamos, porqué la norma prohíbe esa conducta o para qué, debemos responder porque sí, porque es el capricho, el antojo, el empeño arbitrario de un legislador irracional, quedando en la nada el principio republicano de gobierno que impone la racionalidad de sus actos. De esta manera el derecho penal estaría imponiendo un deber por el deber mismo, prescindiendo del concepto de bien jurídico, presupuesto básico de un Derecho Penal racional.

En realidad, la conducta en este tipo, tiene poco valor por sí misma, reflejándose como síntoma de una “personalidad peligrosa”, como “ser vago o mendigo”. Esto es puro derecho penal de autor, que pretende

penar “una forma de ser y no un hacer”, con la aberrante consecuencia a que ello conlleva, de ignorar cualquier tipo de privacidad o reserva del ciudadano.

Ninguna de estas dos conductas, con independencia de la mala reacción, desagrado, simpatía, o indiferencia que despierten en la gente, tiene la entidad suficiente para configurar el daño a terceros que se debe exigir para prohibir una acción.

Dos paradigmas característicos y académicos de aquello a lo que se llama, “Derecho Penal de Autor”, son precisamente la mendicidad y la pobreza extrema. Ellas, por lacerantes y por molestas que sean, para quienes tenemos la suerte de no conducir nuestra vida según esos parámetros, no pueden justificar la imposición de una pena<sup>122</sup>.

El artículo 68 sanciona con pena de multa y arresto de 5 a 30 días, “a la prostituta o el homosexual que se ofreciere públicamente, dando ocasión a escándalo o molestando o produjere escándalo en la casa que habitare”.

Dada la redacción típica, y la ubicación en este capítulo 3, nos preguntamos qué intenta proteger esta norma ¿la moralidad pública y las buenas costumbres o la tranquilidad pública?.

Obsérvese que la conducta de “ofrecerse”( por sí imprecisa, puesto que no se comprende exhaustivamente que pretende describir), no se encuentra reprimida por sí misma, sino en base al escándalo o molestia que pueda ocasionar en la vía pública. De lo que se deduce que el artículo pretende proteger la llamada “tranquilidad pública”, dado que no existe relación causal entre la acción de “dar ocasión a escándalo o molestando o produciendo escándalo en la casa que habitare”, y el supuesto daño o lesión que sufriría la moralidad pública.

Si además tenemos en cuenta que esas conductas ya están sancionadas en el decreto, bajo el título “contra la tranquilidad pública”, en

---

<sup>122</sup> Conf. Maier, TS ciudad autónoma de Buenos Aires, 2000/10/24-L.B.M. La Ley, t.2000-F p. 727.

los art.74 inc. a (que dada su amplitud puede encuadrar sin objeciones el escándalo o molestia en la vía pública), en el 74 inc. c, si afectan el tránsito; en el art. 77 en lugares privados de acceso público, y en el Código Penal bajo el nombre de “exhibiciones obscenas” si realizan un desnudo; no nos queda mas que concluir que en rigor de verdad, encubiertamente el decreto prohíbe la prostitución por sí misma. Y si no se acepta esta interpretación, mal podría haber bien jurídico lesionado, en virtud de que la “moralidad pública y las buenas costumbres” no se ven directamente afectadas por las acciones descriptas.

Entonces queda claro que, el homosexual o la prostituta que se “ofrecen” públicamente son inmorales y lesionan con su accionar la moralidad media que existe en una sociedad. Pero ¿es del todo cierta esta afirmación?.

Ver a una persona en una esquina “ofreciéndose” puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar un poco a otras y ser completamente indiferente a muchas otras, lo que nos lleva a preguntarnos quiénes de estas personas son los representantes de la “moralidad pública”, ¿o es que la prostitución o la homosexualidad perturba sólo a unos pocos sectores y en base a ello se justifica la pena? Y ¿puede el Derecho Penal sancionar una conducta con ese fundamento?. Con esto queremos resaltar, que las normas y valores morales no son uniformes ni constantes, sino variables, basado esto en el relativismo cultural, lo que elimina una “única moral”, y hace que ésta sea plural, por lo que no es sometible al poder represivo del Estado, a través del Derecho penal, sin el riesgo de crear la Moral del Estado.

Creemos oportuno transcribir las expresiones de Eugenio Raúl Zaffaroni, respecto a la incriminación en el Código de Convivencia Urbana de la ciudad de Buenos Aires, de la prostitución. Expresiones indignadas y llenas de dolor, plenas de elevado valor ético y cívico: ... “Señor presidente; un acto totalmente arbitrario y autoritario del Poder Ejecutivo Nacional, ha dispuesto ayer que todos los habitantes o transeúntes de

esta ciudad quedamos a merced del Poder Ejecutivo Nacional, o sea, que podemos ser privados de libertad y condenados de inmediato a una pena corta, pero pena al fin, por los funcionarios que responden a sus órdenes... yo no me llamo a engaño, en la actual coyuntura política, acerca de cuáles son los motivos de esta medida absolutamente inconstitucional. Se invoca la seguridad pública, se invoca la prostitución... En cuanto a la prostitución tampoco creo que le preocupe. Es su policía la que tolera, pacientemente todos los prostíbulos que funcionan en la ciudad de Buenos Aires, cuando el lenocinio es delito, cuando está tipificado como delito. Es su policía, la que si alguna vez interviene, “escracha” televisivamente a las víctimas; es decir a las mujeres... Todo esto es claramente una farsa del Ejecutivo Nacional para ir preparando un aparataje de los actos preparatorios de un crimen contra la Constitución Nacional; ...; ...me doy cuenta de que esto es una trampa... Es mi tema pero no me engancha... no voy a estar discutiendo en este momento qué se hace, si se puede ejercer la prostitución alrededor de la Chacarita o de Flores, o si no se puede ejercer en la Recoleta porque allí los gatos son de angora o persas, mientras el presidente de la República, prepara un crimen contra la Constitución Nacional... Voy a votar en contra de cualquier proyecto que quiera modificar el Código Contravencional en estas condiciones... A un show político, no se le puede responder con otro show político porque entonces convertimos a la política en un espectáculo, la vaciamos de contenido,... Señor presidente: sé que en la historia hay papeles ridículos, o mejor tragicómicos... También sé que a esta altura de mi vida, yo no voy a entrar en la historia; pero por lo menos, quiero ahorrarme este triste papel de entrar en la historieta...”<sup>123</sup>.

Queremos también resaltar, que la prostitución no es un delito. Lo que si es un delito es la facilitación o promoción de la prostitución de una persona. Esta decisión del legislador recoge la tradicional y universal

---

<sup>123</sup> Conf. Versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del 4/03/99) .

postura, según la cual, la prostitución puede ser considerada una actividad contraria a la moral pero no delictiva ( y el legislador provincial puede sancionar un código contravencional, pero no un código moral).

Por lo tanto, aquello que el legislador Nacional ha decidido despenalizar, no podría en ningún caso ser materia de sanción en el ámbito local bajo la forma de una pena contravencional, la que, según Maier, integra el universo de las normas penales en sentido material<sup>124</sup>.

Reiteramos que, en este tipo, la conducta realmente incriminada , es la de ser prostituta o homosexual ( y tal vez ni siquiera públicamente), con vestigios absolutamente discriminatorios y prejuiciosos, ya que el art. 68 in fine dice “produciendo escándalo en la casa que habitare”, lo que no denota publicidad, ni mucho menos ofrecimiento público, siendo aplicada la pena en base a una “forma de ser” y no “por un hacer”, y mas si tenemos en cuenta que la conducta de producir escándalo en la casa que habitare, podría encuadrar en el art. 77, el cuál solo conlleva pena de multa, reprimiéndose en el art. 68 con arresto y multa, lo que nos demuestra que si una prostituta o un homosexual realizan esa misma acción, serán penados con arresto, es decir se agrava, por el solo hecho de ser lo que son.

El artículo 69 sanciona con multa y arresto de 10 a 30 días, “al propietario o encargado de hotel o casa de alojamiento o establecimiento comercial, cuando en sus dependencias se produjere escándalo con motivo del ejercicio de la prostitución o por actitudes o prácticas viciosas de homosexuales”.

Podemos observar que no existe conducta típica, no hay acción u omisión del sujeto activo que permita hacerle una imputación de carácter penal. Nuevamente, es pura responsabilidad objetiva, responsabilidad por el hecho de otro.

---

<sup>124</sup> Conf. Maier, TS ciudad autónoma de Buenos Aires, 2000/10/24-L.B.M. La Ley, t.2000-F p. 727).

Esta norma, tampoco protege la moralidad pública, sino mas bien la tranquilidad, ya que el resultado disvalioso está dado por el escándalo producido por prostitutas u homosexuales, lo que es objeto de los graves reparos.

Reprime con la misma pena “al sujeto de malos hábitos conocidos que sea encontrado en compañía de menor o menores de 18 años de edad, en actitud sospechosa”.

Esta norma no cumple con el mandato de certeza, exigido por el principio de legalidad, ya que la descripción de la conducta típica no es estricta ni exhaustiva, sino mas bien confusa, y con una carga valorativa (sujeto de malos hábitos, actitud sospechosa). El principio de legalidad, impone al legislador dictar normas taxativas y precisas desde el punto de vista empírico, que permitan luego al juez aplicarlas, con exclusivo sometimiento al texto legal y no a otra clase de valoraciones o juicios extralegales.

Tampoco existiría relación de causalidad, entre la conducta descrita y la supuesta afectación a la moralidad, a menos que sostengamos que la “conducta típica” es “ser sujeto de malos hábitos conocidos”, lo que nos lleva a incriminar a alguien por su forma de ser y no por su hacer, además de la carga axiológica que implica definir lo que es “un mal hábito”. Tranquilamente podría serlo fumar, beber un poco de vino en el almuerzo o en la cena, comer en demasía, etc.

En síntesis, podemos comprobar que hasta el momento, en este capítulo, el decreto-ley toma como centro de la imputación, personalidades y no conductas, lo que nos dirige a un derecho penal de autor, vedado por nuestra C.N.

El artículo 72, el *estado de ebriedad*: reprime con multa y arresto de hasta 40 días, al que “transite o se presente en lugares accesibles al público en estado de ebriedad o se embriague en lugar público o abierto al público, duplicando la pena si se ocasionaren molestias a los demás”.

Este artículo, como todos los anteriores, es inconstitucional, pues viola la libertad de intimidad, consagrada en el artículo 19 de la CN, que presupone la tutela jurídica de la vida privada.

Dicho precepto constitucional dispone que las acciones privadas de los hombres quedan solamente reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, salvo que, debido a la directa afectación del orden o la “moral pública” o el perjuicio de un tercero, dichas acciones privadas se conviertan en acciones públicas.

Confrontando esta norma suprema, con la última parte del artículo 72, puede advertirse que “el ocasionar molestias a los demás”, es base para la duplicación de la pena, y no para la existencia de la misma. Es decir, la ley, recién al introducir la conducta pública, agrava la pena .

Esta figura contravencional, no contiene, ni puede inducirse el bien jurídico que se intenta proteger (sea éste de carácter individual o social), ello porque en realidad no existe bien jurídico tutelado, desde que no hay lesión que pueda verificarse en perjuicio de persona alguna, mas que la propia del contraventor, en el peor de los casos.

En relación al bien pretendidamente tutelado, la moral, que no es uniforme ni constante, sino variable, fundado esto en el relativismo cultural, no es única sino plural, por lo que no es sometible al poder represivo del Estado, a través del Derecho Penal, con lo que se abriría una puerta para la moral del Estado.

Respecto de la moralidad, que es una entidad subjetiva y axiológica de las personas, y no una cualidad de las acciones o las cosas, no puede demostrarse fáctica ni lógicamente una relación de causalidad entre la conducta descrita por este tipo, y la vulneración de este bien jurídico, ya que él no es otra cosa que la valoración o la forma de ver, apreciar, las supuestas conductas enumeradas en este artículo 72.

Si alguien niega que afecte la moralidad pública el presentarse en algún de los grados de beodez, en lugar de acceso al público, ¿cómo se

le demuestra que esta conducta, causa y de qué manera la vulneración de la llamada moralidad pública?.

“Transitar ebrio”, o “presentarse ebrio en lugar público”, o “embriagarse”, no es contrario a la moral pública, sino contrario a determinada norma moral, de un determinado grupo de personas, en algún momento de la vida de éstas.

Respecto a las “buenas costumbres” mencionadas también en el título del capítulo 3 , usualmente se las conceptualiza como la reiteración de conductas en el tiempo, por determinado grupo social y que reviste para él una cuestión de identidad, por lo que están al margen de crítica moral, no pudiendo calificarse de buenas o malas, términos éstos reservados a expresiones de connotación moral, ya que existen por sí mismas y no porque deban existir.

Las costumbres pueden ser adecuadas o no adecuadas para alcanzar ciertos resultados.

Entonces, transitar con algunos de los grados de beodez por la vía pública, no es contrario a costumbre alguna, quedando así dentro del ámbito de la vida privada de las personas, el que no se circunscribe a cuatro paredes que las rodean.

La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, en autos “Bilaqui, Nestor, por infracción al art. 72 del dec.-ley 8031” dejó sentado que: “Puede ser que una contravención castigue un daño real, una lesión efectiva(arts. 58, 66 inc. a) entre otros de la ley 8031, con lo dudoso que resulta en tales casos por su avance sobre el código Penal (art. 75 inc.12 C.N). otras infracciones en cambio prevén situaciones de peligro, pero en estos casos deben incluir en el tipo cuál es el bien jurídico protegido (individual o social). Este es el caso de los arts. 68 in fine, 77 in fine ley citada, entre otros. Que ello no sucede con la figura que constituye el fundamento de la incriminación a Nestor Celestino Bilaqui (art. 72), que, al punir a quién se encuentre en “estado de ebriedad” avanza sobre su esfera privada (art. 19 C.N.) aún

cuando requiera que ello se muestre en público. Que tal regulación es francamente inconstitucional aún sin entrar en la indefinición del tipo legal sobre el grado de ebriedad y sobre su posible involuntariedad, entre otros temas...” .

Surge del artículo, una zona en común entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor, pues si se analiza la figura típica, la acción penada se localiza en el verbo “transite”, “se presente”. A su vez, este tipo de verbos genéricos indefectiblemente requiere de un adverbio u otra circunstancia que indique el modo o manera en que debe realizarse la acción. Aquí aparece el “estado de ebriedad” como elemento descriptivo del tipo contravencional, que por tener mayor especificidad que el verbo que lo requiere, pasa a tener un primer papel.

Otro tema a considerar es que la indefinición del tipo legal, sobre qué grados de ebriedad están prohibidos para circular por lugares públicos, vulnera palmariamente el ámbito de libertad en que pueden desenvolverse los individuos. Pues existiendo por lo menos cuatro niveles de intoxicación alcohólica; siendo algunos síntomas del primero el retardo de los reflejos y somnolencia, del segundo disminución de los frenos inhibitorios, y representando el estado mas grave el nivel de coma médico, gran porcentaje de contraventores indican en su descargo, que sí han bebido, pero que no se encontraban ebrios. Por lo tanto, en la psicología social el primer grado con sus síntomas no se encuentra internalizado como el estado de ebriedad prohibido.

Esta falta de precisión en el lenguaje legal, hace que la introducción del estado de ebriedad sin especificar que grado es el prohibido, es formular un precepto penal de tipo abierto, y vago.

Esto es prueba de la zona de penumbra que surge entre el sistema prohibitivo o el sistema permisivo que puede adoptar el Estado para canalizar su poder represivo, siendo el caso de nuestro país y su Constitución, la adopción del sistema permisivo, es decir: está permitido hacer todo lo que no está expresamente prohibido por una ley del Estado.

En relación al artículo 73, sanciona con multa a “los que jugaren a los naipes o a los dados en los bares, despachos de bebidas, hoteles, alojamientos, fondas o almacenes, entre las 24 y las 8 horas”.

La figura típica es la de jugar a los naipes o a los dados, no revistiendo ella entidad suficiente para aplicar una sanción penal, puesto que no produce ningún tipo de lesión a bien jurídico alguno; y mas teniendo en cuenta que si la conducta violentara la moral o las buenas costumbres lo haría a toda hora y momento del día, y no solamente en determinado horario (de 24 a 8).

Es sabido que existe en derecho penal, lo que se conoce con el nombre de error de prohibición, que es el que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Si es vencible para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena.

El error que afecta el conocimiento de la antijuridicidad, puede ser: directo, cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva. Indirecto, que recae sobre la permisión de la conducta, y puede consistir en: 1) la falsa suposición de existencia de un permiso que la ley no otorga , 2) la falsa admisión de una situación de justificación que no esta dada.

Ahora bien, si nos situamos en la figura que es objeto de análisis, es decir, jugar a los naipes o dados, puede darse tanto el error que recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, como la suposición de un permiso que la ley no otorga; y esto porque la norma prohíbe solo el hecho de jugar (en determinados lugares que ella menciona), sin hacer siquiera mención a apuestas en dinero, escándalos que puedan producirse, etc.

La conducta de jugar naipes o dados, es bastante común en el ciudadano medio, no teniendo realmente éste conciencia de su prohibición, además de que la ley reprime ese accionar por sí mismo y no porque produzca un perjuicio a algún tercero, lo que se traduce en la imposición de un deber por el propio deber. Invade profundamente la esfera privada del ciudadano, siendo inconstitucional, considerando también el concepto de “moral pública” dado mas arriba.

**5. Faltas “contra la tranquilidad y el orden público.** Básicamente, es el artículo 74 inc. a) el que contiene la conducta que altera la tranquilidad y el orden público a que alude el título del capítulo. Sanciona con pena de arresto y multa “a los que individualmente o en grupo, en lugar público o abierto al público, profieran gritos, se reúnan tumultuosamente, insulten, amenacen o provoquen de cualquier manera”.

Es este un caso más de tipos abiertos, donde la formulación legal es en extremo ambigua y vaga.

Son varias las conductas incriminadas, pero todas tendrían en común que siempre habrán de ser dolosas, pues no es posible proferir gritos, insultar o amenazar culposamente.

Sin embargo, para alterar lo que el Código de Faltas denomina “tranquilidad y orden público” basta con que la acción cumpla con los denominados elementos descriptivos del tipo. Dicho en otras palabras, se trata de una falta de pura actividad, en la que la sola realización de la acción contiene el resultado típico.

En relación a la conducta de “amenazar”, ya está tipificada en el artículo 149 bis del Código Penal: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o mas personas”.

El código de fondo sanciona las amenazas en sí mismas, prescindiendo de todo resultado, para lo cual requiere que tengan idoneidad para actuar sobre el ánimo y la voluntad de la víctima. El

concepto de idoneidad, es aquí relativo en relación con las condiciones del amenazado, y la seriedad de la amenaza debe ser apreciada subjetivamente, puesto que lo que importa es que el afectado se amedrente o alarme. No son objetivamente serias e idóneas, las amenazas que el autor no está en condiciones de cumplir, ya que si el amenazado ignora esa imposibilidad, pueden ser aptas para intimidar<sup>125</sup>.

Entonces, la ley penal exige cierta idoneidad para amedrentar a la víctima, a diferencia de la ley de faltas que solo exige como requisito típico, la mera amenaza, sin que sea necesario causar intimidación en el ánimo de aquel a quien la amenaza se dirige.

Ello implica un avance inadmisibles de la ley 8.031/73 sobre el Código penal en relación a una conducta que éste no pretendió incriminar

El que con propósito de hostilidad o burla, perturbe de cualquier forma una reunión, espectáculo, fiesta o ceremonia religiosa o política o cualquier otra de carácter lícito, sea que se realice en lugares públicos o privados.

Dada la imprecisión con la que está redactado el tipo en relación al período que dice “perturbe de cualquier forma”, la conducta también puede encuadrar en el artículo 160 del Código Penal, (delitos contra la libertad de reunión), con el avance sobre este ordenamiento que ello implica.

Si tomamos en cuenta las penas, de los dos artículos, podemos comprobar que en el caso

Concreto, la pena contravencional puede ser mas gravosa que la del código penal, atento que el primero reprime con multa y arresto de 2 a 30 días mientras el segundo lo hace solo con prisión de 15 días a 3 meses, lo que conlleva a que si una persona realiza la conducta descrita en el código penal, probablemente tendrá el beneficio de la condena en

---

<sup>125</sup> Conf. Fontan Balestra, Carlos, “Derecho penal” parte especial, ps. 347.

ejecución condicional, mientras el contraventor será efectivamente privado de su libertad, si no se le redime su pena.

**6. Faltas “contra la fe pública”.** De los tipos contenidos en este capítulo, es el del artículo 92 inc. e) el que más objeciones despierta. Este artículo reprime “al que en la vida diaria se vista y se haga pasar como persona de sexo contrario”, siendo el pretendido bien jurídico tutelado la fe pública.

Sentado que la materia contravencional forma parte del Derecho Penal, como uno de sus capítulos, sabemos que el concepto de bien jurídico es indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, el cuál impone (como ya lo hemos sostenido) que no exista tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico.

Además, debemos tener en cuenta , que como consecuencia del principio mentado, el Estado no puede imponer una moral, es decir, el Estado paternalista, inmoral, queda excluido por imperio del artículo 19 de la C.N, siendo el ámbito de autonomía moral un bien tutelado constitucional e internacionalmente. Decimos esto porque , a pesar, de que el supuesto bien jurídico que se intenta proteger sería la fe pública, en realidad estaría intentando proteger un cierto standard moral, y si no es “la moralidad pública, lo que intenta tutelar la norma, la confusión que puede generar el simple hecho de vestir ropas propias del sexo opuesto, podría haber tenido sentido en épocas pretéritas, en las que el aspecto exterior de los hombres y mujeres era claramente diferente. En cambio actualmente, cualesquiera sea la valoración que se haga al respecto, ello no es así y los hombres se tiñen el cabello y lo sujetan con colitas, usan aritos; personas de ambos sexos se gravan tatuajes...En suma, han variado los hábitos sociales, e incluso las relaciones entre los sexos. Baste recordar que a principios de este siglo, en la ciudad de Buenos Aires las mujeres que osaron usar falda-pantalón fueron silbadas y

perseguidas por la multitud”<sup>126</sup>, pudiendo entonces tal vez, de alguna manera lesionar la “fe pública”, pero ello no sucede en la actualidad.

Traemos a colación, que la Cámara de Apelaciones departamental<sup>127</sup>, ha insinuado que el bien jurídico protegido, sería la diferenciación o distingo de sexos. En este sentido, ha afirmado que “resulta importante tener en cuenta el valor de la identidad y la respectiva diferenciación de sexos...”; que “...estos, son así, valores límites en los cuáles es dable señalar que aún y mas el relativo a la identidad, es el valor subyacente que se traduce en la diferenciación o distingo de sexos...”(voto del Dr. Giambeluca). Por supuesto, se deja a salvo que “lo expuesto no implica ningún tipo de relegamiento o segregación ni tampoco un ataque o avasallamiento a la privacidad de los individuos puesto que lo que la norma sanciona es al que en la vida diaria se vista y se haga pasar como persona del sexo contrario”.

Para nosotros, estas afirmaciones implican un total desconocimiento de los principios que dominan el Derecho Penal Liberal, mas allá de que no se pronuncia sobre cuál es el bien jurídico protegido en el tipo en cuestión, si es que existe, puesto que la mentada “diferenciación o distingo de sexos”, que el magistrado invoca, es una categoría que implica lesividad a un bien (no jurídico) con sentido iusnaturalístico<sup>128</sup>; la distinción entre uno y otro sexo es una valoración personal del juez, que carece de fundamento legal.

Del fallo comentado se leería entre líneas que el fundamento de la protección es la norma subsumida en el tipo del art. 92 inc. e) del Código

---

<sup>126</sup> Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, setiembre 21-999- S., A.R, La Ley Buenos Aires-1999, pág. 1144 en una decisión que declara la inconstitucionalidad de este artículo 92 inc. e)

<sup>127</sup> En C. 34951, Sala I, en “Sansone, Antonio Rafael por infracción al art. 92 inc. e) ley 8031”

<sup>128</sup> Von Litz, en ZStW, 6,1886, p.663 y ss.; Lehrbuch, 1919 p. 4; en ZStW, 3, 1883, p.1; en ZStW, 8 1888, p.1 y ss.

de Faltas. Tal argumento no sería válido, atento que la ley penal jamás crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución Nacional, la legislación internacional y el resto de la legislación. Afirmar la existencia de un bien jurídico- penalmente- tutelado importa reconocer a la ley penal una función constitutiva que no tiene; la ley penal es de carácter fragmentario y sancionador, pero no crea bienes jurídicos, cuya existencia debe ubicarse en otros contextos legales.

Si la ley penal no fundamenta ni decide la tutela, sostenemos, que en dicho voto, el magistrado interviniente, confunde el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante. Dicho de otro modo: cree el juez, que, por el hecho de encontrarse contenida en la norma penal la conducta que se prohíbe puede legitimarse la existencia del pretendido bien jurídico tutelado: la diferenciación de sexos.

De este modo pervierte la función limitativa del poder punitivo estatal del concepto de bien jurídico, para convertirlo en un concepto legitimante, mediante un sistema pretendidamente deductivo, según el cuál, si una norma prohíbe una acción es porque tutela y protege un bien jurídico. Ello es, particularmente grave, pues abre el camino a la criminalización de conductas que no afectan intereses o bienes jurídicos.

Las transgresiones en las que incurre el legislador son jurídicamente solucionables si los jueces, en uso del control de constitucionalidad (verdadero derecho y deber judicial), moderaran la actividad legislativa, declarando la inconstitucionalidad de las leyes que chocan abiertamente contra el Estado de Derecho.

Por el contrario, olvida el magistrado, en el fallo comentado, que conforme lo dispone la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las sentencias deben fundarse en el texto expreso de la ley, pues de lo contrario la misma es arbitraria. La arbitrariedad, en el fallo de referencia, se encontraría configurada por la circunstancia de introducir en el fundamento valoraciones de orden personal, pero no jurídicas, ni ajustadas a derecho.

No deseamos ser reiterativos, pero la autonomía moral es un bien jurídicamente protegido por la Constitución Nacional, en su artículo 19, conocido como principio de reserva.

La figura que aquí analizamos, ineludiblemente viola el derecho a la privacidad, garantizado a toda persona que resida o desee residir en suelo argentino, por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Constitución de la Nación.

El mencionado artículo 19 de la CN. Establece: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”.

En idéntico sentido, pero omitiendo el concepto de moral pública, el artículo 26 de la Constitución de la Provincia, dice: “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Son justamente las normas constitucionales transcriptas las que brindan el fundamento legal para sostener que no es admisible que la moral sea un bien jurídico, puesto que, es justamente el ámbito de la autonomía moral el bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente<sup>129</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Aispuro (voto en minoría en el fallo citado) , quien dijo: “El citado artículo que reprime a quién en la vida diaria se vista y se haga pasar como persona del sexo contrario, lo que a mi modo de ver afecta el principio de autonomía de una persona, sin que exista perjuicio para terceros. Es que estamos en presencia de una conducta autorreferente, que implica, además, el derecho a ser diferente, el respeto a una decisión personal, a una identidad sexual, en suma a un plan de vida propio que resulta inocuo a la sociedad, desde que carece de aptitud para causar daños al resto de

---

<sup>129</sup> conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho Penal, Parte General”, ed. EDIAR, Bs. As., 2000.

la sociedad...por lo expuesto , entiendo que la norma contravencional en estudio violenta derechos y garantías de orden constitucional, particularmente la referida a la esfera privada del individuo (art. 19 de la CN. Y 26 Const. Pcial).”

Ya sostenía el profesor Carlos Santiago Nino<sup>130</sup>, una idea que por demasiado obvia fue necesario remarcar: la idea de privacidad es entendida, no como equivalente a la intimidad, sino en lo que se refiere a las acciones voluntarias de los individuos que no afecten a terceros.

En este sentido, corresponde agregar que el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la identidad corporal o la imagen.

Entendidas las acciones privadas de esta forma, se colige que nada tienen que ver las mismas con la circunstancia de que sean o no asequibles al conocimiento público.

La contravención analizada, constituye una norma anacrónica que reprime modalidades de vida ( y no conductas) que no afectan derechos de terceros, violando la esfera de autonomía ética de la persona adulta y la elección del propio estilo y modo de vida.

**7. Represión contra los juegos y apuestas.** En código de faltas, en el capítulo X, artrs. 96 y siguientes reprime los juegos de azar. Contiene la tipificación de numerosas conductas que, creemos, no es necesario tratar particularizadamente, puesto que parece más acertado referirnos transfondo de la cuestión.

Concepto de juegos y apuestas. Siendo los conceptos de “juego” y “apuesta” los mas vulgares, no obstante, resulta difícil precisarlos jurídicamente. ¿Se trata de hechos distintos, son actos jurídicos de la especie contratos, cual es la base sobre la que hay que hacer la

---

<sup>130</sup> En su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional” Editorial Astrea p. 304 y ss.

distinción?. Existen básicamente tres criterios: a) Para algunos el juego supone la participación personal en los ejercicios de destreza física o moral, sobre cuyo resultado se arriesga una postura; la apuesta, en cambio, recae sobre hechos o circunstancias extrañas a los intervinientes, como ocurre cuando los espectadores apuestan sobre el resultado de un partido de fútbol o un match de box<sup>131</sup>. Este es el criterio que sigue el Código Civil en los art. 2052 y 2053. b) Para otros debe atenderse al motivo que inspira a las partes: la apuesta tendería a robustecer una posición o afirmación, en tanto que el juego tendería a una distracción o a una ganancia.<sup>132</sup> C) Furno sostiene que el juego en si mismo es un concepto ajeno al derecho; consistiría en un pasatiempo, una competencia, una emulación, todo lo cuál carece de interés para el derecho. Lo que si interesa es la apuesta que a veces acompaña al juego; y es su contenido económico lo que está regulado económicamente.<sup>133</sup> Se trata en realidad de una disputa estéril, pues en todo el mundo el juego y la apuesta tienen un régimen jurídico común, sujeto a idénticas normas legales. Por ello, nosotros preferimos una definición común: hay apuesta o juego cuando cada una de las partes promete a la otra una prestación, si las circunstancias aleatorias que intervienen no le son favorables. Cualquier otro acto que no entre en este concepto no es juego ni apuesta.<sup>134</sup>

El juego y su tratamiento legislativo. El problema legislativo que plantea el juego es de los mas complejos, y la política estatal al respecto es compleja y a veces contradictoria: a) cierto tipo de apuestas (juegos tutelados) originan obligaciones similares a las nacidas de cualquier otro contrato y el vencedor puede demandar judicialmente el pago de la cuota ( por ejemplo ejercicios de fuerza, destreza armas, corridas y otros; b)

---

<sup>131</sup> Braudy Lacantinerie y Wahl, nro 12 y ss.; Planiol- Ripert- Leoparg- Neud, t.11 nro 1200, Jossierand, t.II vol. 2, nro. 1381.

<sup>132</sup> Ennecerus- Lehmann, t.II, vol. II, I, 1; Acuña Anzorena en Salvat, Contratos, tIII, nota 6 al nro 21-20.

<sup>133</sup> Furno, cit. por Funaioli, III Giuoco E. La scommessa, nro 2.

<sup>134</sup> Puig Peña, t.4, vol II, p. 470.

Otras, en cambio no confieren acción al vencedor, pero pagada la apuesta, no puede demandarse su repetición ( juegos no prohibidos); c) Finalmente, la ley reprime los llamados juegos de azar (monte, treinta y cuarenta, ruletas loterías, quiniela, etc.) y declara punibles a los dueños, banqueros o empleados de casas de juegos, extendiendo la pena a los mismos jugadores e inclusive a los que son sorprendidos en ella aunque no participen del juego.<sup>135</sup>

Siendo los conceptos de juego y apuesta idénticos ontológicamente, ello por depender el resultado de factores aleatorios, teniendo presente que inclusive es utilizado por el derecho para decidir, por ejemplo, cuestiones de división de condominio o cuestiones litigiosas o dudosas<sup>136</sup>, resulta arbitrario el tratamiento legislativo dado a la materia y su represión penal.

La situación de los juegos prohibidos en el derecho positivo argentino. Si determinados juegos se encuentran vedados, ello no es por la legislación de fondo, sino por la represión que disponen los Códigos de Faltas. Nuestra ley civil no ha reglamentado los efectos legales de estos juegos, por lo que, en la materia debemos atenernos a los principios generales de nuestra legislación, en especial al art. 795 del Código Civil, según el cual no puede repetirse el pago hecho por una causa ilícita, o contrario a las buenas costumbres si hubo torpeza de ambas partes. En consecuencia, no podrá cobrarse una deuda de juego prohibido, y pagada, no podrá repetirse (art. 2063), por lo que la solución coincide con lo que establece la ley para los juegos no prohibidos: se trata de obligaciones naturales.

No es tarea fácil determinar el bien jurídico que se intenta proteger mediante la tipificación de los ilícitos de los juegos de azar. Convengamos que el juego de azar no muta su naturaleza, ni es mas moral, ni genera

---

<sup>135</sup>Arts. 96 y 97 decreto –ley 8031/73

<sup>136</sup> Arts. 2068 del Cód. Civil.

abstinencia por parte del jugador, ni cuida las buenas costumbres, por el mero hecho de que sea explotado por el Estado.

Las legislaciones penales han considerado de muy diversas maneras el bien tutelado. Por ejemplo España en el anterior Código al vigente, consagraba un título entero a esta infracción, que allí se reputaba “delito contra la propiedad”. Del mismo modo lo legislaban el Código alemán y el francés. Otros Códigos, como el italiano lo consideraron un “ataque a las buenas costumbres”, y otros, como el Código penal portugués, lo clasificaron como un “delito contra la tranquilidad pública”.

En nuestro medio, se dice que la acción ejecutiva de esta ilicitud se construye sobre la base del juego, las loterías y las apuestas, considerados no como una infracción contra la propiedad, porque no es su objeto jurídico el daño o peligro presentes de los intereses económicos o privados, puesto que el patrimonio en nuestro derecho es disponible, y al Estado no le importa que la riqueza pase de un jugador a otro, por mas imprevisores e insensatos que sean; se dice que “...le interesa algo menos material, pero mas identificable, que es solo la protección de las buenas costumbres puesta en peligro por la actividad del juego que, estimulada por el ocio- a su vez estimulado por aquella- fomenta la avidez del dinero y rebaja la dignidad del hombre, alejándolo del trabajo y del cultivo del espíritu...tal protección no es ilimitada sino cuando la explotación sea por otro que no sea el Estado o institución autorizada por éste, ... el bien jurídico tutelado es el interés social en la manutención de las buenas costumbres, para la conservación de la normalidad en la convivencia social”.<sup>137</sup>

El argumento de la protección de las buenas costumbres, no ha de prosperar. Al respecto se sostiene que la política del Estado en materia de juegos de azar no es totalmente irrazonable, pues se dice que el juego controlado y reglamentado por el Estado, es decir, explotado por él, es

---

<sup>137</sup> Conf. Opinión de Enrique R. Aftalión, Tratado de derecho penal especial, tIII, p. 514 a 516.

menos peligroso desde el punto de vista social que una libertad total que permitiera a cualquiera convertirse en banquero de juego. Sin embargo: ¿es menos peligroso para quién?, ¿para el apostador o jugador?; ¿o es menos peligroso para los intereses estatales?. Pues si el argumento es la prohibición de determinados juegos que en manos de particulares serían inmorales, no se advierte porqué en manos del Estado pasarían a ser morales, ni de que manera cuida el Estado, mediante la explotación del juego, la moral y las buenas costumbres.

El legislador clasifica las apuestas en: juegos tutelados, juegos no prohibidos y juegos prohibidos. Respecto de estos últimos, el Estado que, fundado en razones de orden moral, prohíbe esas actividades y hace recaer sobre quiénes las explotan el rigor de la ley penal, no vacila en explotar él mismo el juego, sea en forma directa, abriendo casinos con ruletas, máquinas tragamonedas y juegos de cartas, organizando loterías, quinielas y bingos, sea otorgando su concesión a manos privadas. Tal inconsecuencia resulta difícil de justificar.

## QUINTA PARTE

### DERECHO PROCESAL CONTRAVENCIONAL PRINCIPIOS BASICOS

**1.Introducción.** El Estado de Derecho requiere, entre sus presupuestos fundamentales, el imperio del *principio de legalidad* (art. 18 C.N.). Desde el punto de vista de la persecución penal, ello significa, no solo la efectiva vigencia del *nullun crimen, nulla poena, sine lege praevia*, sino también, que la punición es una acción y a la un vez efecto sancionatorio que pretende responder a una conducta. Ello es aplicación del denominado Derecho Penal de Culpabilidad, en virtud del cual, la pena es la retribución por la “reprochabilidad” (culpabilidad) por la comisión de un acto, y no por una forma de ser, una condición o un estado (Derecho Penal de Acto).

Sin embargo, en el contexto social y económico actual, el sistema penal -entendido como “*control social punitivo institucionalizado*”<sup>138</sup>, dentro del cual se comprende al Derecho Contravencional como un Derecho Penal Especial, actúa de una forma *irracionalmente selectiva*, es decir, como un mecanismo más de control y exclusión de los sectores sociales ya excluidos por el sistema socioeconómico de nuestros estados.

Esta realidad genera la impostergable necesidad de diseñar un Derecho penal-contravencional y un Derecho procesal-contravencional, que responda a las exigencias mínimas que impone el Estado Constitucional de Derecho, que limiten el enorme poder represivo que despliega en la realidad el poder persecutorio estatal, mediante sus órganos específicos, sean jurisdiccionales, sean policiales.

Es que si la contravención es delito, entonces no se comprende de que manera se justifica, en términos constitucionales, un procedimiento contravencional, estructurado sobre la base de la ausencia de los

---

<sup>138</sup> conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal”, p.31.

principios acusación, defensa, prueba y sentencia, pilares fundamentales del *debido proceso*

Por otra parte, quizá no exista en la actualidad una cabal conciencia acerca de que el derecho contravencional posee un altísimo valor configurador de la coexistencia cotidiana, cuyo potencial es, muchas veces, mayor que el del mismo derecho penal, ya que es mucho mayor su frecuencia y cercanía con la experiencia ciudadana.

¿Qué significa esto?. Significa que cuanto mas grave es la infracción a la ley penal, menor es la posibilidad de que el ciudadano común pueda verse envuelto en ella o que vivencie la intervención penal, dada la excepcionalidad de los conflictos que abarca la vida de relación corriente. En cambio, y a la inversa, cuanto mas leve sea la infracción, más probabilidades de involucramiento habrá de tener el denominado ciudadano medio<sup>139</sup>. El criterio según el cual las garantías deben adecuarse en relación directa a la magnitud del injusto de la infracción, conlleva la paradójica consecuencia de otorgar mayores garantías al homicida o al violador, que al alcohólico o a la prostituta, al delincuente excepcional, en perjuicio del ciudadano común.

“Esto lleva a una minimización jurídica discursiva del derecho contravencional, que produce una maximización represiva no registrada en los códigos y leyes penales propiamente dichos”<sup>140</sup>.

Establecido que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los Códigos contravencionales o de faltas no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo, conforme el programa político fijado en la Constitución Nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>139</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de derecho penal”, parte general, p.168 y 169.

<sup>140</sup> Conf. Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de derecho penal”, parte general, p.168 y 169.

**2. El proceso: su razón de ser con prescindencia de normas de orden constitucional**<sup>141</sup>. Creemos que, previo a caracterizar al *proceso* conforme los principios políticos declarados por la Constitución Nacional, es necesario abordar el tema desde una óptica diversa a la jurídico-constitucional, con el fin de reseñar suficientemente los presupuestos lógico-rationales del *debido proceso (penal)*, aplicables por consecuencia al que se ha dado en llamar *debido proceso contravencional*, de modo tal que el segundo, sea uno de los capítulos del primero.

Tal perspectiva nos brindará el esquema conceptual que nos permitirá conectar la noción de *proceso*, en su sentido estrictamente lógico, con la de *debido proceso*, en sentido jurídico.

Es que si el derecho contravencional es un derecho penal especial, el derecho procesal penal debe ocuparse, también, de diseñar un proceso que reproduzca las garantías individuales que por imposición de la constitución política deben operar respecto de quien se efectúa un imputación de carácter delictual, se la llame delito, se la llame contravención.

Si nos preguntamos cuál es la razón de ser del proceso, es decir, por qué existe y cuál es su sentido, surge claro que la respuesta no puede ser otra mas que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.

Sin embargo, la idea de “fuerza” no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegará tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea (en especial, en la materia que nos ocupa). Esta circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley

---

<sup>141</sup> Este punto ha sido desarrollado sobre la base de trabajo del Dr. Adolfo Alvarado Velloso, en “Introducción al estudio del derecho procesal”, primera parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pag.43.

permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla legitimada por el propio derecho ( por ejemplo, quién usa la fuerza para repeler una agresión ilegítima en defensa propia o de sus derechos).

Pero, por regla general, es el Estado quien se halla habilitado, por algún tipo de acuerdo social, para ejercer actos de fuerza. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad de ejecutar compulsivamente una sentencia: ¿qué otra cosa es, sino uso de la fuerza, la detención de las personas con fines cautelares, la aplicación de una pena privativa de libertad, la ejecución coactiva de bienes, etc.?

Sin embargo, se origina una paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por el debate dialéctico que termina en una decisión que, en un momento, originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor, en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente. Entonces todo el derecho, ideado por el hombre para sustituir a la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado, se convierte en un acto de fuerza: la ejecución forzada de una sentencia.

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquier exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque:

- a) la fuerza es ilegítima cuando la realiza un particular;
- b) es legitimada cuando el Derecho acuerda de manera excepcional al individuo la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;
- c) es legítima cuando la realiza el Estado *conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.*

Entonces podemos afirmar que la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad, para mantener la paz social, que no es otra cosa que el fin mismo del Derecho.

Si penetramos un poco mas en este esquema puramente lógico, surge, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿cuál es la forma adecuada de poner en marcha el proceso?, pues la fuerza que el Estado utilice en cumplimiento de sus fines, para ser legítima, no solo deberá ser consecuencia de un proceso, sino que, además, dicho proceso ha de iniciarse conforme una forma que sea también legítima. El título que sigue, adelanta, en principio, la respuesta.

**3. La acción procesal.** Hemos afirmado que la fuerza será legítima si, y solo si, es realizada por el Estado como consecuencia de un *proceso*, lo cual genera la necesidad de definir el término *proceso*. Para ello será necesario definir primero que es una *acción procesal*, ya que es ésta la que hará nacer al *proceso*.

Si para resolver un conflicto es menester recurrir a una sanción, es decir, al uso de la fuerza, ya que tal conflicto no puede ser resuelto en forma privada sin alterar la paz social y utilizar ilegítimamente la fuerza, hace a la esencia misma de la convivencia social, que el individuo pueda dirigirse al Estado en procura de una respuesta que dé solución al problema que se plantea. A esta posibilidad del individuo se la conoce con el nombre de *instancia*.

Jurídicamente, el *instar* constituye un impulsar a otro para que a su vez impulse, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Por ello, se define a la instancia como *el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no se puede precisar de antemano*. Entre el primer instar y la resolución que recae sobre él existe, necesariamente, una serie de actos a cumplir en un orden

ya establecido que recibe el nombre de *procedimiento*. Entonces, el objeto de la *instancia*, (es decir, lo que se intenta lograr) es siempre un *procedimiento*, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad.

Siguiendo con el enfoque puramente lógico de este tema, es correcto afirmar que las instancias sólo pueden ser cinco, a saber: *petición, denuncia, reacertamiento, queja y acción procesal*. Haremos una explicación somera de cada una de ellas para luego detenernos en la *acción procesal*.

1)*Petición*: es la instancia dirigida a la autoridad tendiente a que ésta resuelva por sí misma acerca de una pretensión de quién la presenta. Por ejemplo un permiso municipal para instalar un puesto en la vía pública. Si se cumplen los requisitos de instar, el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de su petición, se iniciará un trámite procedimental, que será más o menos largo o complicado, según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa. Pero de lo que no puede estar seguro es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el correspondiente procedimiento, emitirá el funcionario actuante. Supongamos que la decisión del funcionario es adversa al peticionante, es decir la autoridad le deniega el permiso. Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir en el instar o si hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía, el peticionante querrá recurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido (recomprobación). Ello origina la segunda instancia posible, a la cuál la doctrina denomina *reacertamiento*, que es objeto de tratamiento en el siguiente punto.

2)*Reacertamiento*: es la instancia dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (la comprobación es el mecanismo mental mediante el cuál la autoridad determina la existencia de los hechos tipificados en la norma y

la asignación a ellos de las consecuencias jurídicas previstas para el caso; en el vocablo italiano se utiliza el vocablo “*accertamento*” con ese significado técnico, al dictar la resolución acerca de su petición, para que emita nueva decisión respecto del tema en cuestión. De tal manera, con el reaccertamiento se persigue la revocación del acto emitido.

Supóngase ahora que, presentada una petición, el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso, esto origina una tercera instancia: la *queja*

3) *Queja*: es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cuál el particular pretende el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello la imposición de una sanción al inferior.

4) *Denuncia*: es la participación de conocimiento que un particular efectúa a la autoridad, para que ella actúe. Por ejemplo una persona que se presenta a la policía para decirle que se ha cometido una contravención. Esta es la única instancia que carece de contenido pretensional, ya que el particular nada pide a la autoridad, sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener efectos jurídicos .

Las cuatro formas diferentes de instar, que hasta aquí se han descrito, ofrecen la particularidad de presentarse invariablemente entre dos personas: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar (advírtase que aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reaccertamiento y de queja, la persona instada es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos).

Nos falta aún una instancia que difiere esencialmente de las anteriores, la *acción procesal*. Ésta es la instancia por la cuál toda persona puede ocurrir ante la autoridad para presentar una *pretensión que no puede ser satisfecha directamente por ésta sino por una tercera persona que, por tanto, deberá integrar necesariamente la relación dinámica que se origine con tal motivo*.

Así, la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto y provocar la conducta de otros dos en tiempos normativamente sucesivos. Ejemplo: “A” afirma en la realidad social que “D” le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende que le pague. Si “D” no paga, “A”, de acuerdo a lo que vimos anteriormente no puede ejercer fuerza física sobre “D”, y si no acuerdan entre ambos una solución privada; “A” se presentará a la autoridad (en este caso el juez) instándola, no para que le pague por sí misma, sino para que constriña a “D”, mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado, a pagar la prestación adeudada. Cuando el juez recibe la *instancia*, como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio, sino de la prestación que habrá de cumplir otra persona, habrá de iniciar un procedimiento que no será ya solo entre dos personas sino entre tres, ya que debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta. Aquí se puede observar que entre la acción procesal y las demás instancias posibles hay una diferencia esencial: *la acción debe ser proyectada (al igual que ocurre con la luz en un espejo) por el juez hacia el tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que este alegue lo que desee al respecto*. En otras palabras: la *acción* es una instancia de carácter *bilateral*.

Este es un fenómeno jurídico que se muestra como único, inconfundible e irreplicable en el mundo del derecho.

La acción procesal es la *instancia proyectiva y necesariamente bilateral*.

**4. La diferencia entre “proceso” y “procedimiento”.** Se entiende por *procedimiento* la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y este, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Desde una perspectiva puramente lógica, el *proceso* se define, en su forma más pura, como *el medio de discusión de dos*

*litigantes ante una autoridad según cierto procedimiento preestablecido por la ley.*

De esta manera, el *procedimiento* es el género (aparece en todas las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece solo en la acción procesal, instancia que necesariamente debe ser bilateralizada). De ello surge que todo proceso tiene un procedimiento; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues no todo procedimiento constituye un proceso.

En síntesis, en función de los conceptos expuestos, *proceso se define como el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.*

**5. El concepto lógico de “proceso”.** Vulgarmente proceso significa “acción de ir hacia adelante” y “transcurso del tiempo”. En la aplicación forense, se utiliza para designar a una causa penal, a un conjunto de actos sucesivos de procedimiento, a un expediente, etc.

La doctrina en general afirma que el proceso es una consecuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente o que es un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto.

Estas distintas acepciones son equívocas, ya que de acuerdo a la idea puramente lógica referida anteriormente (con prescindencia de toda normativa vigente), caracterizada la *acción procesal* como *instancia de necesaria bilateralidad*, siendo el concepto de acción el punto de partida de la ciencia del Derecho Procesal, es sencillo aceptar también que el proceso no es otra cosa que una *serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad*. Cuando hablamos de serie lógica queremos decir que ella solo se puede presentar siempre de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más actos en un orden diferente al que muestra la

propia serie. Para la mejor comprensión de ello, repárese en que lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir cuatro fases en el siguiente orden: *afirmación, negación, confirmación, evaluación*.

El carácter lógico de la serie se presenta irrefutable a poco que se advierta que las fases del proceso son las que deben ser por una lógica formal, y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar, en un plano de absoluta racionalidad.

Todo *proceso* supone la existencia de un *procedimiento* que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de *proceso* supone algo más que la simple concatenación de actos: *supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes*.

**6. La iniciación del “proceso”.** El proceso como idea lógica, solo puede ser iniciado por el ejercicio de la *acción procesal*.

Cuando la discusión versa sobre pretensión no penal, el acto idóneo para comenzar el desarrollo de la serie será la *demanda*; y el acto idóneo para iniciar el proceso se denominará *acusación*, cuando el debate recaiga acerca de pretensión penal. *Se descarta la iniciación y el impulso de oficio, que surge del espontáneo querer del propio juez, ya que tal cosa es propia de un procedimiento, y no de un proceso*.

El desarrollo de la serie lógica antes mencionada (*afirmación-negación-confirmación-evaluación*) es de ineludible cumplimiento cualquiera fuere la materia en debate, civil, penal. De ahí que, lo que las leyes llaman juicio penal, es proceso, en tanto no lo es lo que se denomina instrucción o investigación penal preparatoria, que constituye un simple procedimiento. En materia penal, las etapas serían cumplidas de la siguiente manera:

1. *Afirmación*: la constituye la acusación, mediante la requisitoria producida por el Ministerio fiscal.

2. *Negación*: constituida por la defensa, elaborada por el imputado y su letrado en el marco de un debate.
3. *Confirmación*: que se desarrolla en la etapa de producción de la prueba.
4. *Evaluación*: aquella que despliega el juez penal para dictar veredicto y sentencia.

**7. Evaluación: el “juicio previo” como consecuencia jurídica necesaria del “debido proceso penal”.** Si, desde el punto de vista de la lógica formal, el modelo de análisis indica que existen cuatro fases secuenciales, cuyo cumplimiento es ineludible para la adecuada composición del *proceso*, desde el punto de vista constitucional, la *evaluación* equivale a la expresión utilizada por el art. 18 de la Carta Magna, es decir, como sinónimo de *juicio previo*, la cual debe ser resultado de un *proceso*, “*debido*”, que, en términos racionales debe contener, a su vez, tres fases lógicas: *acusación* (que en términos jurídicos se define con idéntica expresión), *negación* (es decir, *defensa*), *confirmación* ( o *prueba*), y también, contendrá, aunque como elemento estructural –y no como operación intelectual- *la sentencia*.

El *juicio previo* es entonces, desde el punto de vista lógico-racional, la *evaluación* que despliega el juez (penal) para dictar sentencia y veredicto. Empero, desde el punto de vista jurídico-constitucional, implica mucho más que eso, desde que constituye una garantía individual, puesto que se trata, ni mas ni menos que del juicio fundante de la decisión de aplicar una pena a alguien.

Dos condiciones mínimas impone en forma expresa el art.18 de la Constitución Nacional cuando comienza diciendo: “*Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

La primera exigencia es la relativa a la necesidad de la existencia de sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien, pues las expresiones juicio y sentencias son utilizados por el

constituyente como sinónimos, en la medida que la *sentencia* de condena es el *juicio* del tribunal que declara la culpabilidad del imputado.

Pero además, el *juicio previo* que el art. 18 impone, contiene el *principio de legalidad* (en este caso, penal), puesto que impone que el juicio esté “...fundado en ley anterior al hecho del proceso”, de manera que solo un juicio, en tanto conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas (representado por el acto que técnicamente se denomina sentencia), puede estar fundado en “algo”. Para el caso, ese “algo” es la ley penal (entendida en su más amplio sentido: delito y contravención) que debe ser, además, *previa*<sup>142</sup>.

En cambio, el *proceso*, en tanto antecedente necesario de ese *juicio*, aparece en la oración en último término. Aquel lo define en su aspecto exterior, en tanto que éste es el juicio en su aspecto interior, es decir, como juicio fundante de la decisión de aplicar una pena a una persona.

En realidad, sería viable y hasta posible imaginar un *juicio* (en el sentido de decisión razonada, como operación intelectual), incluso jurídicamente fundado en ley previa, sin un procedimiento formal que lo prepare; por ejemplo, la facultad concedida constitucionalmente al Presidente de la Nación como autoridad competente para detener y trasladar en épocas de estado de sitio.

Sin embargo, conforme las bases políticas sentadas por la carta magna, el juicio que es condición de la aplicación de una sentencia de condena, requiere, como requisitos de validez, los siguientes:

---

<sup>142</sup> Conf. Carrara, “Programa”, vol. II, parágrafos 779 y ss., citado por Maier Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, T.I, parágrafo 6, B, 1, ps.478/479; en el mismo sentido se pronuncia Vélez Mariconde, “Derecho Procesal Penal”, t. II, cap. I, 4, c, ps. 29 y ss.. En cambio Binder, en “Introducción al “Derecho Procesal Penal” ps.111 y ss., considera que una interpretación dinámica demuestra que la Constitución Nacional se esta refiriendo al “juicio” como institución política-cultural, y no como juicio o resultado lógico.

1. Según el sistema republicano de gobierno adoptado (art.1 CN), la decisión condenatoria ha de ser tomada únicamente por los magistrados que integren el poder judicial; aún más, quien adopte la decisión deberá ser el *juez natural* de la causa, conforme la garantía explícita contenida en el art.18<sup>143</sup>.

2. El *juicio previo* debe ser fundado en ley anterior al hecho que se imputa, lo que se expresa directamente en el art.18 CN, o se deriva de la garantía de la defensa en juicio del imputado (art. 18), y como exigencia, además, de la forma republicana de gobierno (art. 1 CN). En este sentido, se afirma que fundar una sentencia penal (y cualquier sentencia, en general) implica exponer en parte pertinente de la resolución (considerandos), las razones de hecho y de derecho que la justifican. Una sentencia será fundada al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, cuando esos elementos han sido incorporados válidamente al proceso y cuando son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración), y, finalmente, cuando exterioriza la valoración probatoria, esto es, cuando explica el porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y la psicología común<sup>144</sup>. Sin embargo, ello no se deriva del juicio previo, pues la Constitución ha estimado consustancial a nuestra forma republicana de gobierno el juicio por jurados, lo que representa inexistencia de toda expresión de motivos que apoyen el veredicto en el cual concluye, pues la evaluación se efectúa de acuerdo al sistema de la *íntima convicción*. La

---

<sup>143</sup> Fallos CSJN, t.127, p.374.

<sup>144</sup> Conforme Núñez, “el contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación” t.III, ps. 84 y ss; Maier “Formas del auto de procesamiento” t.IV ps.43 y ss; Bacigalupo, “La impugnación de los hechos probados en la casación penal” p 70; De La Rúa “La casación penal”, nro. 37 y ss, ps. 112 y ss..

exigencia de fundar las sentencias en realidad deriva de la misma ausencia del juicio por jurados y no de la garantía del juicio previo. Dicho en otras palabras, no sería contrario en nuestra Constitución que una ley procesal que, admitiendo el jurado clásico, permitiera veredictos sin exponer públicamente los motivos de la decisión<sup>145</sup>.

3.La sentencia penal, pronunciada por el órgano judicial competente es el único fundamento que admite la aplicación de la pena, desde que la sociedad moderna prohibió la justicia por mano propia, dirigió el Estado como depositario monopolizador del poder penal.

4.Decir que, para someter a alguien a una pena, es necesario el pronunciamiento de una sentencia firme de condena que declare su culpabilidad, supone que el imputado debe ser considerado y tratado como inocente, por principio, con las repercusiones o derivaciones que

---

<sup>145</sup> Conforme Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, t.I, parágrafo6,B,1, ps.484 y 485, que dice: “*es hipócrita sostener que la exigencia de motivar los fallos penales, explicando la valoración de la prueba por la cual se arribó a la conclusión, constituye una garantía individual, integrante del juicio previo; si ello fuera así, no debería proceder la anulación contra sentencias favorables al imputado por ese motivo, y sin embargo la Corte admite esta exigencia para casar sentencias favorables al imputado, por supuesto, con total prescindencia de lo que dispone la ley procesal aplicad, pues ella no es objeto de interpretación...; en realidad, “...el recurso contra sentencia condenatoria como garantía procesal se encuentra previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos, 8, nro. 2, h, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14, nro. 5, hoy incorporados a la ley fundamental, art.75 inc. 22, que prevén la necesidad de reglar un recurso para el acusado frente a una sentencia de condena: aquí el recurso contra la sentencia de consen es entendido como una garantía procesal y no deriva de la organización judicial vertical, de tipo inquisitivo. Si ello es así, quiere significar que estas convenciones exigen, para considerar validas y ejecutables a las sentencias condenatorias la posibilidad de someterlas a la revisión para exigir la prueba del doble conforme. De allí emerge que una sentencia favorable al acusado, por ejemplo una absolución, no puede ser objeto de recurso por parte del acusador, pues si el consigue éxito no habrá doble conforme. ..De esta manera se respeta mucho más rigurosamente la prohibición de perseguir más de una vez al acusado, nom bis in idem, verdadera garantía procesal que impide y desplaza cualquier tipo de interpretación en perjuicio de las seguridades jurídicas que amparan al imputado...”*”

dicho principio tiene (en materia de *onus probandi*, *indubio pro reo* y *coerción personal durante el proceso*).

5. Finalmente, conforme a los principios que subyacen en nuestra Constitución política, la garantía del *juicio previo* (*nulla poena sine iudicio*), tiene como presupuesto otra garantía, denominada a veces por la doctrina “*innominada*”: el *proceso* (*penal*) *legal previo* (*nulla poena sine processu*), la cual, dada su importancia estructurante del procedimiento penal, será tratada en los puntos siguientes.

**8. El “*debido proceso penal*”: *acusación, defensa, prueba y sentencia, correlatos lógico-secuenciales de las fases “afirmación”, “negación”, “confirmación” y “evaluación”*.”** Conforme lo anteriormente expuesto, el *proceso*, desde la perspectiva puramente lógica, se define como el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad, el cual debe, para poder denominarse *proceso*, desarrollarse mediante las fases *afirmación-negación-confirmación-evaluación*, etapas que son de ineludible cumplimiento cualquiera fuere la materia en debate.

En materia procesal penal, haciendo un paralelo lógico-constitucional de las etapas o fases secuenciales, las mismas serían cumplidas de la siguiente manera:

1) *Afirmación*, que en el proceso penal se proyecta en la *acusación* (que constituye además *instancia*), como regla consustancial al *debido proceso*, puesto que constituye la única llave que abre a la posibilidad de defenderse eficientemente.

Para que alguien pueda “*defenderse*”, es preciso que existe “*algo*” de que defenderse: ese “*algo*” debe consistir en una atribución (imputación) de una conducta u omisión verificada en el mundo fáctico, con significado (disvalioso) en el mundo jurídico.

Esta regla es denominada por la doctrina “*imputación necesaria*”<sup>146</sup>

A través de ella, la defensa (material o técnica) puede negar todos o algunos de sus elementos a los efectos de eliminar o aminorar la consecuencia del reproche jurídico-penal.

Por otra parte, la imputación no debe comprometer al tribunal juzgador, esto es, no debe partir de él, sino de un sujeto extraño a dicho órgano, pues de lo contrario quedaría anulada la *garantía de la imparcialidad*. Esta es la máxima fundamental del proceso acusatorio (*ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*).

Pero sería en vano anunciar el derecho a ser oído del imputado si a la vez no se arbitran los medios necesarios para que pueda *conocer* la imputación deducida, lo cual se conoce técnicamente como “*intimación*”, que consiste en la noticia clara, íntegra, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado<sup>147</sup>.

2) *Negación*: la segunda fase lógico-secuencial del proceso es la constituida por la defensa, material y técnica, elaborada por el imputado en el marco de un debate.

La fórmula constitucional que consagra esta garantía sustancial inherente al *debido proceso* es clara, terminante: “*Es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos...*”, la cual no solo es un límite al poder punitivo del Estado, sino comprensiva también de todo proceso, sea civil, laboral, administrativo, etc. En estos procedimientos el derecho a ser oído es una regla que se establece como oportunidad de ser oído, en el sentido de que si el *intimado* se encuentra correctamente notificado de la audiencia donde ejercerá la defensa de sus derechos y no obstante no concurre, el trámite podría continuar en rebeldía hasta sus últimas consecuencias.

En cambio, es bueno remarcar que, en el proceso penal se extreman los recaudos a los fines de asegurar que el imputado ha tenido

---

<sup>146</sup> Maier, Julio B.J., “Dcho. Procesal Penal”, Ftos, t.I, par. 6, D, 2, b, ps.553 a562).

<sup>147</sup> Conf Vélez Mariconde, “Dcho. Pcesal Penal”, t. II, cap. V, par IV, 7, III, ps. 221.

oportunidad efectiva y suficiente de audiencia: aunque el imputado tenga la facultad de abstenerse de declarar, lo cierto es que debe concurrir en persona al tribunal, el cual le comunicará o intimará con precisión el hecho que se le endilga. *“Más aún, durante el juicio... rige el principio de inmediación, por el que se requiere la presencia ininterrumpida de acusado durante todo el debate y hasta la lectura de la sentencia, manera de verificar que él ha tenido oportunidad suficiente para hablar, contradecir a los testigos y peritos, probar, controlar la prueba del adversario y valorarla, indicando al tribunal la solución que propone para la sentencia”*<sup>148</sup>. Al ejercicio del derecho de defensa de carácter material se le suma la obligatoriedad, por regla, de la defensa técnica. Sin embargo, el imputado y su defensor poseen facultades autónomas que no se inhiben entre sí. Solo por excepción se rompe esta autonomía de actuación: así, en los recursos contra decisiones jurisdiccionales el imputado puede enunciar válidamente a los recursos interpuestos por el defensor en su favor.

3) *Confirmación*: las reglas que dominan la etapa de producción de la prueba reciben las fuertes repercusiones del principio de inocencia según el cual, toda persona, por el hecho de encontrarse sujeta a proceso penal en calidad de imputado, posee durante su sustanciación y hasta el momento en que se dicte una sentencia que adquiera la calidad de ejecutoriada y que declare su culpabilidad, la condición o estado jurídico de *“inocente”*, (art.18 CN). El principio se encuentra formulado en forma más amplia de lo que parecería desprenderse del texto constitucional, conforme lo indica la Declaración Universal de los Derechos Humanos (hoy incorporada al texto de la CN, art. 75 inc. 22): *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en*

---

<sup>148</sup> Conf. Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, t.I, parágrafo6, D,1, ps.541).

*juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*

“Presumir inocente”, “reputar inocente”, “no considerar culpable” son distintos términos que quieren significar lo mismo: la inocencia es un estado jurídico, el cual menta “el mismo principio que emerge de la exigencia de un *juicio previo* para infringir una pena a una persona<sup>149</sup>. Así lo tiene dicho la Corte Suprema (Fallos CSJN, t. 7, p.371; t. 16, p.88; t. 54, p. 273; t.64, p.352), en el sentido de que el encausado tiene a su favor una presunción de inculpabilidad, fundada en nuestra Constitución, porque hace a nuestra forma republicana de gobierno y al espíritu de nuestra instituciones (art.33, CN)<sup>150</sup>.

Se trata de un principio político que asume la ley de enjuiciamiento penal que no afirma que el imputado sea inocente, sino que no puede ser considerado culpable mientras una sentencia que ponga fin al proceso no lo declare. Ello repercute en uno de los pilares que constituyen las reglas del debido proceso penal, a nivel probatorio, a través de la vigencia de dos principios: “*in dubio pro reo*” y en materia de “*carga de la prueba*” (*onus probandi*).

El contenido del primero de los principios nombrados es claro: teniendo e cuenta los distintos grados de conocimiento a que puede arribar el juzgador (*certeza, duda o probabilidad*), se trata de la exigencia según la cual, una pena solo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia del hecho punible atribuible al acusado, pues la *duda* y la mera *probabilidad* no alcanzan para destruir el estado jurídico inocencia.

La Corte ha reconocido no solo la vigencia de este principio sino también el núcleo de su significación (Fallos CSJN, t.295, p.782), aunque en numerosas oportunidades ha remitido al argumento según no es

---

<sup>149</sup> Conf. Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, t.I, parágrafo6, C,1, p.491.

<sup>150</sup> Fallos CSJN, t. 102, p.225.

posible invertir la carga de la prueba, colocando en la cabeza del imputado la necesidad de probar su inocencia, desplazando la regla según la cual, es al persecutor penal a quien corresponde demostrar con certeza la imputación delictiva (Fallos, CSJN, t. 213, p. 269; t. 281, p. 69; t. 287, p. 212; y. 298, p. 240).

A partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1.994, la garantía pasó a ser explícita: Convención Americana sobre los Derechos del Hombre (8, nro. 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14, nro. 2).

También denota el impacto que sobre el debido proceso produce del principio de inocencia las reglas sobre carga de la prueba u *onus probandi*, en directa vinculación con el principio "*in dubio pro reo*". Específicamente, se trata del funcionamiento de dicho principio en la sentencia, de modo tal que no verificados con certeza todos los extremos de la imputación, el resultado será la absolución. Y ello porque el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida legalmente con la presunción que lo ampara.

4) *Evaluación*: finalmente, la última fase secuencial del proceso es aquella que despliega el juez penal para dictar veredicto y sentencia. Tal es la fase que constituye la garantía del *juicio previo*, en el sentido ya expuesto.

**9. El modelo de "debido proceso penal", y, por tanto "contravencional", en la normativa de los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).** Nuestra Constitución Nacional establece una serie de garantías que deben ser respetadas a la hora de someter a una persona a la persecución penal, encontrando principal exposición en el art. 18.

Estas mismas garantías, y aún con mayor amplitud, se encuentran consagradas en los Instrumentos Internacionales que gozan de jerarquía Constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, que lejos de ser inferiores a

nuestra constitución la complementan formando un solo cuerpo. Así, revisando algunos de los instrumentos referidos observamos, por ejemplo, que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la 9º Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogota, Colombia, en 1948, su art. XXV enuncia “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes...[...]. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tienen derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y ha ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, ha ser puesto en libertad. Tienen derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.”. En su art. XXVI, bajo el título *derecho a proceso regular* dispone: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública*, ha ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas” (la bastardilla es nuestra).

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se establece en el art. 10 que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o *para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”; seguidamente el art. 11 dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que *se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. (la bastardilla es nuestra).

*La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en ese lugar el 22 de noviembre de 1969, prescribe en su art. 7 que "...nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. Toda persona retenida o detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ha de ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...[...]. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora sobre la legalidad de su arresto, o detención, y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales...". Bajo el Título de garantías judiciales, el art. 8 establece: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un*

*defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismo hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”*

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscripto en Nueva York, EEUU, el 19 de diciembre de 1966, en su art. 9 menciona que “...2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, *de la acusación formulada contra ella*. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ha ser puesta en libertad...”. El art. 10 dice “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”. Por el art. 14 resulta que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier *acusación de carácter penal* formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...[...]. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad

conforme a la ley. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la *acusación* formulada contra ella; b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) ha ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;...[...].g) a no ser obligada a declarar contra si mismo ni a confesarse culpable...”.

Sumado a todo esto, si hacemos una interpretación dogmática de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales, advertiremos que no cualquier juicio penal satisface las exigencias constitucionales. Debemos recordar que nuestra Constitución insiste tres veces en que el juicio penal debe ser un juicio que se realice con la participación de jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118). Además, en el único caso en el cual diseña un juicio penal (el juicio político tiene características especiales, pero, en esencia, sigue la estructura de un juicio penal) la Constitución nos habla de un juicio público y oral, requisito el primero que pertenece a la esencia del sistema republicano de gobierno consagrado en el artículo primero. También podemos afirmar que nuestra Constitución quiere que los juicios penales sean realizados por jueces y no por otros funcionarios. Las garantías de independencia judicial e intangibilidad de las remuneraciones, los recaudos para el nombramiento de los jueces, la inamovilidad salvo juicio político, nos dicen que nuestros constituyentes

querían que la realización de los juicios fueran tarea de los jueces y no de cualquier otro funcionario delegado.

Situándonos en el modelo de juicio penal (juicio político) que establece nuestra ley fundamental podemos deducir que en ella la misión del juez es juzgar y no investigar, ya que se reserva claramente a la Cámara de Senadores la función de realizar el juicio, sin intervención en la preparación de la acusación que es misión de la Cámara de Diputados. De ello derivamos dos importantísimas consecuencias: 1) que nunca el juez debe estar contaminado por la investigación previa, y 2) que no existe juicio penal posible sin acusación.

Reforzando la segunda afirmación observamos que todos los instrumentos internacionales anteriormente descriptos, mencionan reiteradas veces a la acusación, de lo cual se deduce que fue vista por los redactores de dichos cuerpos normativos, como requisito previo e ineludible al ejercicio de la garantía de defensa ante la persecución penal, en todos sus variados aspectos. Esto pone de manifiesto, que sin acusación, exigencia lógica indispensable, no puede existir defensa posible puesto que no se sabría de que defenderse, y aún mas, excluiría todo juicio penal.

Por tal motivo, la acusación o imputación necesaria no solo es condición indispensable para una defensa eficiente, sino que también es el presupuesto lógico y constitucional de la última y de los otros dos pilares de la garantía del *debido proceso*: prueba y sentencia.

Y dado que la noción debido proceso es de elaboración pretoriana, es interesante hacer una síntesis de la jurisprudencia del más alto tribunal de la Nación, con especial referencia a la materia contravencional.

## SEXTA PARTE

### **DERECHO PROCESAL CONTRAVENCIONAL.**

**1. Introducción (fundamentos críticos).** Son tan graves las violaciones a las garantías constitucionales más elementales y expresas<sup>151</sup> en la normas contenidas en el actual Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires (Decreto-ley 8.031/73), que nos resulta difícil, sino imposible, el abordaje del tema del procedimiento contravencional si no es a través de un análisis crítico de cada una de las normas que componen dicho cuerpo legal.

Pues si es verdad que, ontológicamente, no existen diferencias entre delitos y contravenciones, si se admite que las faltas se califican como “*pequeños delitos*” o, si se quiere, como delitos “*veniales*”, pero delitos al fin, entonces resulta inadmisibles intentar justificar constitucionalmente un procedimiento contravencional estructurado sobre

---

<sup>151</sup> La distinción entre declaraciones, derechos y garantías, contenidas en la “Parte Dogmática” de la Constitución Nacional, es meramente semántica. Han sido definidas y diferenciadas por la doctrina de los autores constitucionalistas en los siguientes términos: las “declaraciones” comprenden el contenido de la presentación política del tipo de organización estatal elegida por el constituyente, como es la cláusula que declara que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal (art.1). Los “derechos” (humanos) importan el reconocimiento de atributos esenciales que poseen los ciudadanos integrantes de la república, son también declarados y se poseen “*erga omnes*”, frente a todo individuos (por ejemplo, derechos contenidos en la cláusula 14). Las “garantías”, en cambio, son concebidas como sinónimos de “*facultades*”, otorgadas a los ciudadanos como seguridades a fin de impedir que sean lesionados los derechos individuales frente al ejercicio del poder estatal. por tanto mientras los derechos son la regla general, las garantías adquieren significación solo frente al Estado, sea para limitar el poder punitivo, sea como remedio para repelerlo; por ejemplo, el art.18 de la carta magna y sus implicancias. (conforme Bidart. Campos, Germán, “Derecho Constitucional”, t.II, cap. XII, ps. 73 y ss.; también Carrió, G.R., “Recurso de amparo y técnica judicial”, caps. IV, V y VI, ps. 57 y ss.; en igual sentido Nino, Carlos, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, ps.216 y ss.).

la base de la ausencia absoluta de los principios acusación, defensa prueba y sentencia (elementos componentes de la garantía juicio previo), pilares fundamentales que deben disciplinar el enjuiciamiento penal, como garantías procesales penales mínimas derivadas del art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos CSJN t.125, p. 10; t. 127, p. 36, t. 127, p. 374).

Si lo que se pretende es el respeto a principios básicos como es de *juicio previo*, si se aspira a la obtención de una administración de justicia que responda al sistema o plataforma política que proyecta la Constitución Nacional, y a las normas plenamente operativas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que conforme el art.75 inc. 12 poseen jerarquía constitucional, entonces es necesario diseñar o repensar un “*debido*” proceso (y no un *procedimiento*) *contravencional*, que responda a las actuales exigencias que impone el Estado de Derecho.

Se afirma, no sin razón, que “...*el derecho penal no toca al delincuente ni un solo pelo...*”<sup>152</sup>, pues el derecho penal solo contiene el injusto que se define como “*hecho punible*”<sup>153</sup>. En cambio, el derecho procesal penal actúa sobre la persona que se encuentra sujeta a proceso en forma inmediata y directa. Por tal motivo, afirma la doctrina que el Derecho procesal debe ser *Derecho Constitucional reformulado*, o *Derecho Constitucional reglamentado*, en el sentido del art. 28 de la Carta Magna<sup>154</sup>, con lo que se quiere significar que, ante la eventual comisión u omisión de un hecho que la ley sustancial tipifica como infracción, el derecho procesal indicará el iter o camino a seguir, es decir, el conjunto de actos que son necesarios para averiguar lo sucedido y, en su caso,

---

<sup>152</sup> Según las expresiones de Ernst von Beling, “Derecho procesal penal”, traducción de Goldschmith-Nuñez, Introducción, parágrafo 1, I, p.2

<sup>153</sup> Conf. Maier, Julio B., “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, T. I, p.84,

<sup>154</sup> Conf. Maier, Julio B., “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, parágrafo 6, punto A, p. 434; también, parágrafos 2, B, 1 y 3, B, 2.

disponer la reacción punitiva a imponer (pena o medida de seguridad). Tal camino no debe desviarse del rumbo contenido en el mapa que la plataforma jurídico-constitucional señala e impone. Obviamente, estas premisas deberían ser operativas el procedimiento contravencional.

Sin embargo, en materia contravencional, existe un discurso con significación falaz, lo que es grave, pues particularmente el discurso judicial, tautológico, pretende encubrir la realidad con una afirmación que solo a quienes engaña, “tranquiliza”; en tal sentido se afirma, con absoluta vehemencia y aparente convicción, que las infracciones contravencionales son pequeños delitos. Por lo tanto, se dice, le son aplicables todos los principios elaborados y desarrollados por la dogmática del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. No obstante, con el argumento relativo a la necesidad de *celeridad* e *inmediatez* que el legislador quiso imprimir al Código de Faltas, se intenta justificar un procedimiento estructurado sobre la base de un sistema de enjuiciamiento penal de corte netamente inquisitivo, desde el inicio de la sustanciación procedimental, pasando por la sentencia del juez de faltas, hasta la sentencia de última instancia inclusive, en el que resultan directamente suprimidas o anuladas, por tanto, violadas lisa y llanamente, prácticamente casi todas las garantías de orden penal y procesal penal, que, entendidas como principios limitativos que contienen o represan el poder punitivo del Estado, encuentran recepción no solo, como antes señalamos, en la Constitución Nacional (arts.18 y 19), y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art.75 inc.12), sino también, en la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, que dedujeron, como derivación lógico-jurídica inevitable de dicha normas, las reglas del debido proceso, en este caso, penal.

**2. La estructura actual de procedimiento contravencional.** Con base en los fundamentos preliminarmente hasta aquí expuestos (y que en adelante serán objeto de mayor desarrollo), existen razones suficientes

para afirmar que, en virtud de las propiedades que denotan la materia contravencional, el legislador bonaerense ha regulado un “*procedimiento*” que se define en el sentido técnico del término, es decir, como “*sucesión de actos ordenados y consecutivos, unidos causalmente entre sí, en virtud de lo cual, uno es precedente necesario del que le sigue, y este a su turno, consecuencia imprescindible del anterior*”<sup>155</sup>.

No es un *proceso*, desde que el mismo es una *instancia*, necesariamente *bilateralizada*, que tiene que proyectarse como un espejo en dos partes, como medio de discusión dialéctica entre dos litigantes, en perfecto pie de igualdad, ante una autoridad.

Si la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad, no es apresurado decir que el acto de fuerza que el cumplimiento coactivo de la sentencia contravencional implica, por no ser el resultado de un proceso, en el sentido antes indicado, es ilegítimo y que, en consecuencia, se encuentra lejos de cumplir con el ideal de mantener la paz social, que no es otra cosa que el fin mismo del Derecho.

Pues hemos afirmado que la fuerza será legítima, si, y solo si, es realizada por el Estado como consecuencia de un *proceso*, en el cual debe encontrarse presente, necesariamente, la *instancia acción procesal*.

La ausencia de *instancia*, en cualquiera de sus especies, impedirá, en general, la iniciación de un *procedimiento*; en particular, la inexistencia de *acción procesal* impedirá el nacimiento de un *proceso* que legitime la fuerza que el Estado deberá emplear para ejecutar la sentencia condenatoria..

Pero aún más: creemos que en el *procedimiento* contravencional no solo se encuentra ausente la *acción procesal*. También están ausentes las demás formas de *instancia*, entendida como el acto mediante el cual se impulsa a otro para actuar ( *petición, denuncia, accertamiento y queja*).

---

<sup>155</sup> Conf. Alverado Velloso, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, primera parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pag.43.

Las normas que estructuran el procedimiento de faltas y de demuestran la ausencia de una *instancia* que genere un *proceso*, en sentido técnico del término, son las contenidas en los siguientes artículos: arts. 4º y 116, que establecen las formas de inicio e impulsión del procedimiento, que aunque admitan -teóricamente- la denuncia como acto inicial, el sumario -en la práctica- se inicia y sustancia, exclusivamente, por medio de la autoridad policial, hallándose totalmente excluida la actuación de la víctima, sea como querellante o como particular damnificado; el art. 122, que dispone que la causa contravencional es de carácter sumario y deberá *formarse* con: inciso 1º, el acta de costatación; inciso 2º, declaración del imputado y ofrecimiento de las pruebas de que intente hacer valer; previa notificación de la notificación de la norma típica cuya violación se le inculpa; inciso 3º, declaración de los testigos del hecho o de los propuestos por el inculpa; inciso 4º, elevación. A ello habría que agregar, el despacho telegráfico al juzgado que comunica la iniciación de sumario (art.123), la notificación al imputado del inicio de la causa y al defensor oficial; finalmente, el expediente se forma con la plantilla de antecedentes, requisito previo al dictado de la sentencia impuesto por el art.138, y la propia sentencia, la cual deberá ser dictada conforme los requisitos dispuestos en el art.138, creemos, bajo sanción de nulidad<sup>156</sup>.

Estas, y solo éstas, son las piezas que componen un expediente contravencional.

---

<sup>156</sup> El capítulo 7 de la ley contravencional local ( arts.137 a 146), se titula “*De la sentencia*”. Establece una serie de requisitos que debe contener la *sentencia* dictada por el juez de faltas (de paz letrado o correccional), cuya ausencia determina, por principio, la nulidad de la resolución, ya que por imposición del art. 3 del Código de Faltas, “...son de aplicación supletoria, para los casos expresamente no previstos por esta ley, las disposiciones de la parte general...de Código de Procedimiento en lo Penal de la provincia”, lo que significa, en el caso, una remisión a las normas que establecen el sistema de las nulidades (Libro I, Título 7, “Nulidades”), en función de lo dispuesto en los arts.99 a 143 (Libro I, Título 5, “Actos procesales”).

Por tanto, queda claro que el actual *procedimiento* contravencional bonaerense solo se estructura como una sucesión ordenada de actos, cuyo punto de inicio lo marca, casi invariablemente, la actuación policial de constatación de la infracción, verdadero acto público de impulsión procedimental de oficio (argumento, art. 4 dec-ley 8.031/73), que es presupuesto lógico a los fines del pronunciamiento de una sentencia de condena, ya que, como no es un proceso de partes en el que aparezca la figura del fiscal con una acusación que concrete los principios de *bilateralidad* y *contradicción*, aparece como el acto insoslayable, cuya ausencia determinará la inexistencia de la constatación de la falta por cuya motivo se instruye el sumario.

Esta modalidad *per inquisitiva* de inicio de actuación procedimental domina en el Código de faltas, puesto que delega en la instrucción policial todo el procedimiento (entendido el término con las limitaciones señaladas), ya que conforme el art.107, “...el juez de faltas será asistido por tres funcionarios de la policía...”; el art. 108 indica que “son funcionarios auxiliares del juez de faltas, los funcionarios de la policía...”; y el art.116 habilita a los agentes del orden, una vez que “...comprobar la comisión de una falta...” (textual), a proceder no solo a “la detención del imputado”, sino también “al secuestro de los objetos en infracción”, y a instruir el sumario correspondiente.

Esta última disposición revela, abiertamente, que la pretendida “saludable” judicialización del procedimiento contravencional es tan solo formal: el art 116 se ubica en el capítulo 4 del título 3, denominado “Actos iniciales”, en los que se faculta a la policía “comprobar” la falta, “arrestar”, “secuestrar” -lo que lleva implícito la requisita personal y aún el allanamiento del lugar, sin ningún tipo de control jurisdiccional, pues de otro modo no podrían secuestrarse “los efectos en infracción”-. Si, además de dicha norma, se tiene en cuenta la contenida en el art. 122, que delega en la autoridad policial la facultad labrar el acta de inicio, ordenando que deberá dejarse constancia de la infracción que se imputa,

y que conforme lo dispone el art.126 es la policía quien recibe “*la declaración del presunto infractor*”, se advierte que todo el procedimiento quedará sustanciado sin la intervención del juez de faltas, a quien se elevan las actuaciones cuarenta y ocho horas después de recibida la mencionada declaración, con el sumario ya concluido, de modo que la tarea del juez se limita, exclusivamente, a dictar sentencia<sup>157</sup>.

Por otra parte, a nadie escapa el hecho de que el acta de constatación, probablemente en razón del pobre léxico policial, cuando no son formularios preimpresos, se limitan a la descripción de las acciones típicas calcadas del respectivo Código de Faltas. De modo que cuando el acta relata que un sujeto fue hallado “*...profiriendo gritos..amenazando o insultando... de cualquier manera en un lugar público o abierto al público*”, por ejemplo, el mismo ya se encuentra incurso en falta y seguramente condenado por infracción al art. 74 inc. a) del decreto-ley 8.031/73, ya que:

1º) el acta de constatación, conforme al art.134 de la normativa citada, “*hace plena fe de las afirmaciones en ellas contenidas, y podrá ser invocada por el juez como plena prueba*”, siempre que, por supuesto, “*no se probare lo contrario*”.

2º) Probar lo contrario es prácticamente poco probable, sino imposible, no solo porque el imputado no puede demostrar que no cometió una acción típica (pues en todo caso le será posible demostrar que no cometió una conducta o no participó en un hecho), sino además porque si bien le está permitido ofrecer en descargo su propia declaración, la debe prestar ante la misma autoridad policial que lo detuvo, y que lo tiene arrestado en el calabozo de la seccional, a la

---

<sup>157</sup> Sin embargo, es necesario aclarar que la primer noticia que el juez tiene del inicio de actuaciones contravencionales es en la oportunidad indicada por el art. 123 Cod. Faltas, que ordena comunicación telegráfica, que luego se agrega al expediente. Sin embargo, tal acto es un anoticiamiento de la instrucción, sin que implique, de manera alguna, efectiva intervención jurisdiccional).

espera de que preste declaración del art.126, para luego “permitirle” recuperar su libertad, después de uno, dos o tres días de encierro, no obstante que la norma citada impone que “...la declaración al presunto infractor deberá recibirse dentro de las veinticuatro horas desde la detención...”, plazo que es prorrogable solo si el mismo contraventor “...lo pidiere para nombrar defensor...”. ;

3º) Además, el valor probatorio del eventual descargo (cuando no confiesa la falta que se le imputa, como normalmente ocurre) es, frente a el acta policial que hace plena prueba, nulo.

Por otra parte, establece el decreto de aplicación, que en el momento de la declaración el inculpado, deberá ofrecer la prueba de que “intente” valerse (art.126), donde la misma terminología legal está revelando que el imputado solo puede, eventualmente, “intentar” probar “algo”. Ese “algo” es, justamente su inocencia, lo que induce a pensar que el decreto ley parte del “*principio de culpabilidad*”, es decir, invierte, sin ningún tipo de reparos, el principio según el cual la carga de la prueba en materia procesal penal se encuentra a cargo del acusador, no del imputado, pues él posee un *estado jurídico* en virtud del cual se lo presume inocente durante todo el proceso, estado que solo se destruye a partir de una sentencia de condena en la cual el juez obtenga en su ánimo un determinado grado de conocimiento (certeza positiva) de la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le imputa.

4º) Finalmente, la sentencia del Juez de Faltas (Juez de Paz Letrado o Juez Correccional) solo transcribe la acción típica que consta en el acta inicial, cerrando los considerandos con la frase “...tal es mi íntima convicción...”, ya que es éste el sistema de valoración de la prueba que autoriza el decreto-ley 8.031/73, el cual aparece confundido con el sistema de la sana crítica, conforme lo establece el art.136.

La imprecisión técnica legislada en este último artículo genera para el imputado consecuencias gravosas: aún cuando prospere el recurso de apelación previsto por el art.144 y llegue a la alzada, la sentencia

condenatoria será seguramente confirmada –si no se encuentra afectada por algún defecto o vicio formal-, pues no existe posibilidad de defensa, ni material ni técnica, es decir, no hay chances de demostrar que un sujeto no es autor de una acción típica que la ley describe como contravención, si no se individualiza en forma precisa, clara y circunstanciada el hecho que se está imputando, para luego sí, poder calificarlo.

En otras palabras: los funcionarios policiales actúan preventivamente, arrestan, califican los hechos según su propio juicio, requisan ilegalmente (por ejemplo, por supuestas infracciones a los arts.42 o 43 del decreto-ley 8.031/73, sin los requisitos que impone el actual Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires), puesto que –según se argumenta- no se trata de los hechos denominados “delitos” a los cuales deba aplicarse dicho cuerpo normativo, sino de “*contravenciones*” (“*delios pequeños*” o “*veniales*”), descritas en el decreto-ley 8.031/73, el cual no contiene normas limitativas al respecto; es también la autoridad policial quien tiene a su cargo la recepción de la declaración de descargo del imputado y de la prueba ofrecida por el contraventor en el momento de su declaración, hipótesis esta última que es difícil imaginar, ya que el testigo debería concurrir a la seccional policial a declarar que el imputado no hizo o hizo algo distinto de lo que la policía dijo y dejó sentado que hizo, ante el mismo funcionario policial que formó el sumario.

Finalmente, el resto de las actuaciones que se sustancian en el expediente contravencional son las plantillas de antecedentes que debe requerir el juez de faltas al Registro de Contraventores, sin el cual no puede dictar sentencia, (argumento, art. 138) y tres elementos de cargo: la ratificación de los hechos de los agentes que intervinieron en el procedimiento policial, y, en los casos de beodez, el informe médico policial acerca del estado en que se encontró al contraventor y, excepcionalmente, en los mismos casos, el informe químico pericial sobre alcoholemia.

De este modo el acta de fs.01 se convierte en el elemento clave del procedimiento contravencional, atento que, sin lugar a dudas, es el sustento o base, sin la cual el juez no podría dictar sentencia condenatoria.

**3. Análisis particularizado de las garantías individuales ausentes en el procedimiento contravencional.** La deficiente y manifiestamente inconstitucional regulación de un Código de Faltas legislado en estos términos, genera la necesidad de diseñar un Derecho Procesal Contravencional que responda a las mínimas exigencias de un Estado Constitucional de Derecho.

Ello solo es posible a partir de una perspectiva crítica de las distintas instancias que encadenan el procedimiento contravencional.

No es discutible el deber y el derecho del Estado de establecer e implementar un conjunto reglas y de acciones que propendan a asegurar una convivencia organizada, respetuosa de los derechos y de la seguridad propios y ajenos y que promuevan su aceptación e internalización como forma válida de posibilitar la convivencia social pacífica. En este sentido, la legislación contravencional es uno de los modos por lo que puede orientarse una política criminal de prevención de conflictos mayores. Sin embargo, este mecanismo criminológico de “*alerta temprana*” en la resolución de conflictos que surgen de la interacción social, no puede transformarse –como en la realidad se verifica- en un instrumento más ofensivo para el infractor de contravenciones que para el autor de muchos delitos, y ello se verifica tanto a nivel procesal, como sustancial y también, desde la perspectiva de la ejecución de la pena<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> la figura contravencional del art.66 de la Parte Especial de dicho cuerpo legal (Capítulo 3, faltas contra la moralidad y las buenas costumbres), cuya norma castiga las infracciones en ella contenidas con penas de arresto que van desde los 30 días, en su escala mínima, hasta 60 días, máximo; o bien la falta del art.42 (Capítulo 1, contra la seguridad de las personas), que reprime con un máximo de hasta 90 días de arresto a quien portare armas de las no

De lo que sí se trata es de tomar una perspectiva distinta a la tradicional, despojada de prejuicios y de elaboraciones estériles, y diseñar un derecho contravencional, tanto sustancial (de fondo) como adjetivo (de forma) que sirva a los fines del derecho. En otras palabras, es necesario internalizar la idea según la cual, las contravenciones son verdaderos delitos y no simples faltas de menor importancia, y, en consecuencia, que las reglas que elaboradas a la luz de la dogmática del derecho penal y del derecho procesal penal, (en especial, las reglas del debido proceso penal

---

comprendidas en la ley de fondo); la contravención prevista en el art.43, que agrava la conducta descripta en la norma anterior con arresto de hasta 120 días, cuando concurren las hipótesis allí enunciadas.

Si se tienen en cuenta, además, las disposiciones de la Parte General del ordenamiento contravencional de la Pcia. de Buenos Aires, relativas a la “Reincidencia y Habitualidad” (Capítulo 4, arts. 25 y sigs.), podrá comprobarse que en los casos enunciados (y en otros, como ser el ebrio reincidente y/o habitual del art.72) la privación de la libertad puede ser del doble del máximo de la falta de que se trate (arg. arts. 26 y 27), por lo que mediando reincidencia o habitualidad en los supuestos ejemplificados, conllevarían la sanción de arresto de 120 días en el caso del art.66, 180 días en el caso del art.42, 160 días en el caso del art.72, 2do. Párrafo, y 240 días en el caso del art.43.

En particular, el último caso de encierro equivale al que tiene que soportar el condenado por delito para acceder a la libertad condicional cuando se trate de pena de prisión no superior a tres años, conforme lo dispone el art.13 del Código Penal, teniendo en cuenta que el privado de libertad tiene acceso, por el hecho de ser infractor al código de fondo, a los beneficios que prevé la legislación de ejecución penal (Ley nro. 12.256), como ser, el instituto de la libertad asistida (art.104, Ley de Ejecución) o salidas transitorias (art.100), regímenes de semidetención, etc.,

Son estos beneficios a los cuales no accede el contraventor, pues las penas son de cumplimiento efectivo. Además, en los casos de reincidencia, las sanciones de arresto asumen el carácter de “penas tasadas”, es decir, pierden la flexibilidad que es propia del Código Penal en materia de determinación judicial de la pena, que permite la graduación conforme las escalas mínimas y máximas y las pautas que brindan los arts.40 y 41.

A esto hay que sumarle el art.10 del Código de Faltas, que dispone que “...en caso de reincidencia, el arresto podrá cumplirse en cualquier comisaría o dependencia de la Policía de la Provincia de Buenos Aires...”, por lo que, esta disposición, comparada con la del art.23 de la Constitución Nacional, acuerda a los Jueces de Faltas idénticas facultades de arresto y traslado que el Presidente de la Nación posee solo en épocas de estado de sitio.

con todas sus implicancias) son plenamente operativas en la materia; finalmente, también sería provechoso el análisis desde la perspectiva de la ejecución de la pena.

Es necesario que los objetivos a los que el Estado aspira aras de sus fines se cumplan en el marco de la legalidad del Estado de Derecho, lo que implica la real judicialización del proceso contravencional, con reglas que aseguren la efectiva defensa en juicio. Solo así podrá afirmarse que la legislación en materia contravencional se encuentra encaminada hacia el “*Derecho Penal del Acto*”.

**3.1. La garantía del “juicio previo” (*nulla poena sine iudicio*) en el procedimiento contravencional.** A nivel jurisprudencial, es prácticamente unánime la posición según la cual en el procedimiento contravencional “*Nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”. (art. 18 de la Const. Nac.).

Si delitos y contravenciones son expresiones equivalentes, el traslado de la premisa constitucional a la materia procesal contravencional, se traduce, al igual que en proceso penal, en la necesidad de un *juicio*, -entendido como sinónimo de veredicto o sentencia- (NOTA: conf. Maier, Julio B., “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, párrafo 6, B, 1, ps.478 y 479), como condición previa e ineludible para imponer legítimamente una condena a una persona. En otras palabras, es la *garantía individual*, que asegura a quien se encuentra sujeto a persecución penal, que la pena que eventualmente recaiga sobre su persona es el resultado de un juicio, efectuado por parte de un órgano jurisdiccional que declare su culpabilidad.

No nos referimos al “*proceso*” como antecedente necesario de ese juicio, sino al *juicio previo* en su aspecto interior<sup>159</sup>, es decir, al

---

<sup>159</sup> en cambio, por “aspecto exterior” o meramente objetivo del proceso, se entiende el conjunto de actos disciplinados por la ley procesal cuyo fin es posibilitar la operación intelectual

razonamiento lógico fundado en premisas, representado en el acto que técnicamente se denomina sentencia, el cual, en tanto debe estar fundado en ley penal anterior al hecho que es sometido a análisis, refleja el *principio de legalidad* en materia penal<sup>160</sup>.

Ahora bien, ¿qué características debe reunir ese juicio fundado -sentencia- para cumplir con la garantía individual del *juicio previo*?

Sin pretender dar una enumeración taxativa<sup>161</sup> de las características denotativas que debe reunir la *sentencia* para que sea equivalente o sinónimo de *juicio previo*, es posible partir de las siguientes condiciones mínimas: la *sentencia* ha de ser dictada por un *juez* que forma parte de la estructura del poder judicial; sin embargo, no puede ser cualquier juez, sino un juez asignado previa y legalmente al conocimiento y decisión de los asuntos que, taxativamente determinados, debe resolver (*juez natural*); pero, aún cuando la *sentencia* sea dictada por un *juez* que sea el *natural* de la causa, se encontraría seriamente cuestionada la garantía constitucional que el art. 18, primer

---

que se denomina sentencia; es decir, el juicio ideológico, conforme las palabras de Carrara, en “Programa”, Vol. II, Parágrafos 779 y ss., ps. 175 y ss., cit. por Maier, Julio B., “*Derecho Procesal Penal. Fundamentos*”, tomo I, p.479, nota 19.

<sup>160</sup> El principio de legalidad penal implica la prohibición de la ley penal *ex post facto*. Si bien en la Constitución Nacional, art. 18, no hace referencia expresa a esta prohibición, pudiendo entenderse que el mencionado artículo solo contiene la garantía de la legalidad procesal, creemos que la garantía de legalidad penal se encuentra sobreentendida, puesto que de lo contrario sería imposible un derecho penal racional, impuesto por la forma republicana de gobierno –art.1, CN-. Por ello, es posible afirmar, y es lo que creemos, que el art.18 de la Constitución Nacional consagra ambas formas de legalidad.

<sup>161</sup> No sería apropiado hacerlo, puesto que no existen al respecto catálogos inmutables y fijos en el tiempo y espacio; es más, la propia Constitución dice en su art. 33 que “Las declaraciones derechos y garantías que enumera..., no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que hacen a la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno”; además, la reforma a la Carta magna de 1.994 introdujo nuevos derechos constitucionales –arts.36 a 43-, todo lo cual demuestra que es imposible pretender una enumeración detallada.

párrafo impone, si existe *temor de parcialidad*<sup>162</sup>; y, para que la *imparcialidad del juzgador*<sup>163</sup> se encuentre suficientemente asegurada, son necesarios dos requisitos: a) la independencia del juzgador de influencias extrañas al poder que integra, es decir de los otros poderes del Estado; b) y la denominada imparcialidad frente al caso concreto, determinada por la relación del juzgador con el caso que se pone ante su conocimiento.

Pasemos, entonces, al análisis de dichos requisitos para observar si su cumplimiento se verifica o no conforme las normas del Código contravencional bonaerense.

Sin lugar a dudas, en el esquema de división de poderes inherente a la república, el acto jurisdiccional por excelencia, denominado *sentencia*, debe emanar del poder judicial<sup>164</sup>; en particular, debe provenir del *juez natural* de la causa (art. 18 de la Constitución Nacional).

En este sentido, la Ley nro.11.411, modificatoria del Código de Faltas provincial, en particular, de los arts. 106 y 143, que suprimió la

---

<sup>162</sup> expresión de Maier, Julio B., “Derecho procesal penal. Fundamentos”, tomo I, párrafo 7,B,e, p.752.

<sup>163</sup> Maier, Julio B., “Derecho procesal penal. Fundamentos”, tomo I, párrafo 7,B,e, p.742.

<sup>164</sup> Argumentos constitucionales: art.1, forma republicana de gobierno; art. 23, en relación a que ni el presidente de la república ni ninguna autoridad administrativa que de él dependa, puede condenar por sí ni aplicar penas; el art. 109 que contiene la prohibición al presidente de ejercer funciones judiciales; el art.75, que no concede facultades en este sentido al poder legislativo, particularmente, el único juicio previo de responsabilidad que está autorizado a llevar a cabo el Congreso de la Nación es el relativo al juicio político para el presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ministros y miembros de la Corte Suprema y suspensión en el cargo legislativo -arts. 53, 59 y 70-, teniendo presente que aún en estos casos quien resulte destituido o suspenso en sus funciones, quedará sujeto al juicio y castigo de los tribunales ordinarios –arts.60 y 70-, sin perjuicio de la única sanción admisible en estos casos: la incapacidad para ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación –art. 60-; estos principios básicos deben estar presentes y asegurados en la constituciones de las provincias, conforme lo disponen los arts. 5 y 123 del texto constitucional.

figura del jefe de policía provincial como juez de faltas, transfiriéndose dicha función a los órganos jurisdiccionales, cumple con la manda constitucional impuesta a las provincias por la Constitución Nacional, en el sentido de que los entes autónomos que conforman el Estado Federal deben asegurar los principios, declaraciones y garantías (entre ellas, el juicio previo, art.18 CN) establecidas en la ley fundamental (arts.5 y 123, CN), por lo que, en consecuencia, ni el gobernados, ni ninguna autoridad administrativa que de él dependa (y la policía depende administrativamente de él), *“puede de condenar por sí ni aplicar penas”* (argumento derivado del art.23 CN). En virtud de las modificaciones que introduce la citada ley, se dice que el procedimiento contravencional, *“saludablemente”*, se ha *“judicializado”*<sup>165</sup>.

Por otra parte, el art.106 del decreto-ley 8.031 cumple con el principio de *juez natural*, puesto que la norma indicada dispone que *“La jurisdicción en materia de faltas será ejercida por los Jueces de Paz Letrados en sus respectivos Partidos, y donde no existieren Juzgados de Paz Letrados por los Jueces de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, que al efecto serán Jueces de Faltas”*<sup>166</sup>. La última parte del artículo debe ponerse en correlación con el art. 24 inc. 3 del actual Código Procesal Penal bonaerense, que asigna competencia específica de carácter originario y de alzada a los Jueces Correccionales para entender en materia contravencional y de faltas.

Toda regla de carácter potestativo implica una limitación, básicamente de la competencia, pues implica asignarle el conocimiento y decisión de una de determinada materia a unos, para negársela a otros. De ahí que, mediante las disposiciones citadas, queda asegurado el

---

<sup>165</sup> Conf. Villada, *“Manual de derecho contravencional”*, Cap. IV, p.35 y 36; el mismo término emplea el Dr. Benjamín Sal Llargués, que votó en disidencia en un fallo del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As, que en ca. 1.217 rechazó la posibilidad de casar sentencias dictadas en causas contravencionales.

<sup>166</sup> A su vez, e art. 110 determina la competencia territorial del Juez de Faltas.

cumplimiento del principio de *juez natural*<sup>167</sup> en cuya esencia reside la prohibición del establecimiento de tribunales *ad hoc*, creados *para el caso* o *para la persona a juzgar* (art.18, prohibición de juzgamiento por comisiones especiales o remoción en el caso concreto de los jueces designados antes del hecho de la causas)<sup>168</sup>.

Sin embargo, el actual procedimiento contravencional (decreto-ley 8.031) aún cuando respete el principio de *juez natural*, se encuentra en deuda otros dos fundamentos constitucionales inherentes a la organización judicial: la *imparcialidad del juez de los otros poderes del estado* y la *imparcialidad frente al caso concreto*. Dichas garantías tienen por fin alcanzar el ideal de “*neutralidad*”<sup>169</sup> jurisdiccional en toda su extensión.

El actual Código de faltas local, cuyo procedimiento se encuentra “judicializado”, según se afirma, tanto en su definición normativa, como en la praxis judicial diaria, no abastece suficientemente la *neutralidad* que debe estar presente a la hora de dictar sentencia: la pretendida “judicialización” sólo significó expropiar a la policía de la decisión final en materia contravencional, facultad que es transferida a los Jueces de Paz Letrados, y, donde éstos no existieran, a los Jueces Correccionales (ambos denominados por la ley Juez de Faltas).

Por un lado, quien instruye el sumario contravencional (autoridad policial, conforme arts. 107, 108 y 116) posee un interés inclinado en dirección a la condena; es decir, es parte interesada en la resolución del

---

<sup>167</sup> El principio de juez natural no solo es de exigencia constitucional –conf. art.18, CN-, sino también impuesto por convenciones internacionales sobre derechos humanos cuyas normas tiene la misma jerarquía que las constitucionales: así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13.1; en igual sentido el art.26, II, de la Declaración Americana de los Derechos de Hombre y del Ciudadano; también el Pacto de San José de Costa Rica, en el art.6.1.

<sup>168</sup> El principio se encuentra contenido dentro de lo que la doctrina denomina garantías judiciales o garantías vinculadas a la organización judicial.

<sup>169</sup> Conforme Carrió, Genaro A. D. “El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos”, Pac. II, nro. 3, ps. 22 y ss.

conflicto pero en un solo sentido, puesto que no es imaginable una total objetividad en la policía a la hora sustanciar el sumario, pues en un momento existió una motivación que determinó su iniciación. A su vez, el magistrado no interviene durante la sustanciación del procedimiento más que para tomar formal conocimiento de su inicio (arts. 125 y 126), disponer la libertad provisoria del presunto infractor en ciertos supuestos (art. 119) y para solicitar, previo a dictar sentencia, las plantillas de antecedentes a los efectos de determinar si el contraventor es o no reincidente (art.138). En consecuencia: prácticamente, la tarea del Juez de Faltas se limita a la de dictar sentencia al finalizar el sumario, pues la totalidad del procedimiento contravencional, incluida la recepción del descargo del imputado (denominada por la práctica forense “declaración indagatoria contravencional”) y la producción de las pruebas, está a cargo de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. De manera que, si se tiene en cuenta que las sentencias reproducen, casi en forma textual, el acta de constatación policial –considerada erróneamente, en todos sus términos instrumento público-<sup>170</sup>, que la actividad jurisdiccional solo se hace presente a la hora de calificar la conducta e imponer la pena, que no existe la posibilidad legal de declaración del imputado ni de producción de prueba en sede judicial, ni vigencia del principio de inmediación, ni de contradicción, podrá concluirse que la diferencia entre el anterior sistema y el actual, “judicializado”, es solo formal, pues en la práctica la autoridad policial continúa dominando y prevaleciendo durante todo el procedimiento.

De esta manera, el juez de faltas es un juez a quien las reglas del proceder lo empujan fuertemente hacia la obtención de determinados *finés* que son los propios de la administración jerárquicamente dependiente Poder Ejecutivo provincial, donde *finés* es lo mismo que decir *intereses*. Aún cuando descartáramos que la autoridad policial actúa en

---

<sup>170</sup> Argumento art.979, Código Civil y su nota.

forma *irracionalmente selectiva*, es decir, como un mecanismo más de control y exclusión de los ciertos sectores sociales ya excluidos por el sistema socioeconómico, sus intereses y finalidades son las que determinan el impulso oficioso del procedimiento contravencional. Esto, obviamente, no favorece la imparcialidad judicial, sino que la imposibilita desde su origen, puesto que obliga al juez a tomar la posición de “parte”<sup>171</sup> en el procedimiento, cuya estructura se encuentra diseñada sobre la base, justamente, de la ausencia de “partes formales”. En otras palabras: la Administración, en la prosecución de sus fines, ejerce una porción del poder de persecución penal, para lo cual asigna amplias facultades a la autoridades policiales, delegando en el juez de faltas solo la decisión final con la pretensión de que dicho juez sea neutral a toda influencia extraña. Sin embargo, un juzgador solo puede ser imparcial o neutral con arreglo a intereses encontrados, pues si no existen pretensiones fundadas en intereses opuestos no hay conflicto, sino pura actividad oficial que decide en función de motivaciones propias. En cambio, para afianzar la imparcialidad frente al dilema condena-absolución en que se posiciona el juez frente al caso concreto, es condición imprescindible que actúen partes distintas, con intereses diversos, que impulsen el procedimiento.

Es en este sentido no es errado afirmar que el procedimiento contravencional asume netas características inquisitivas<sup>172</sup>, ya que: a) el

---

<sup>171</sup> La palabra “juez” se encuentra calificada con el término “imparcial”, pues sin imparcialidad no existe posibilidad lógica de juzgar; la *imparcialidad* es el adjetivo que va unido al sustantivo que se refiere a quien es titular de la función de “juzgar”, conforme Diccionario de la Real Academia Española, 21 edición, t. II, p. 1.144.

<sup>172</sup> Como nota saliente observamos normas del Código de faltas que reflejan la modalidad de enjuiciamiento adoptada: el Capítulo V del Título III denominado “Del juicio Contravencional”, donde la expresión juicio comprende no solo la operación intelectual que el juzgador efectúa a la hora de sentenciar, sino todo el procedimiento, incluidos los actos iniciales; art.122, que dispone que la causa contravencional es de carácter sumario y deberá formarse con actuaciones totalmente escritas, sin posibilidad legal de intermediación ni oralidad; el art. 133 que no admite en ningún caso

poder de perseguir penalmente se confunde con el de acusar: los arts.107 y 108 definen a las autoridades policiales como auxiliares del juez que actúan por delegación legal de facultades; b) la persecución penal en las contravenciones es plenamente pública y oficiosa, conforme lo dispone el art.4; c) el acusado (“presunto infractor”, conforme art.126) se define como objeto de persecución penal, y no como sujeto de derechos sin posibilidad efectiva de defenderse de la imputación deducida, el cual es obligado a autoincriminarse a través de métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, cuyo logro constituye la base de este procedimiento; de otra manera no se explica cómo es que prácticamente casi todas las sentencias condenatorias en materia contravencional se sustentan en la confesión del infractor.

En síntesis: el punto es central a que pretende arribar este análisis es el siguiente: no se encuentra al salvo la garantía judicial de la *imparcialidad* si el juzgador es juez y parte en el procedimiento.

Por otra otro lado, el art.109 del Código contravencional dispone que “*El Juez de Faltas y los secretarios no son recusables...*” –por ningún motivo-, aunque sí podrán excusarse. Esta previsión parte de un punto que no favorece la *imparcialidad frente al caso concreto*. Ya no se trata de la imparcialidad como garantía frente a ingerencias extrañas de otros poderes, sino de la garantía que genera la exclusión del juez o funcionarios actuantes en el caso frente al *temor de parcialidad* por motivo

---

la intervención en el proceso de la víctima como querellante o particular damnificado; el art. 144 que define al fallo como impugnabile por definición, esto es, prevé la instancia de apelación diseñado para formas verticales de organización de la justicia, donde el superior ejerce control en la actuación del inferior, ya que el sistema se basa en la delegación de poder jurisdiccional; el art. 3 que remite supletoriamente a las normas de Código procesal, teniendo en cuenta que dicha norma remite a un ordenamiento de corte netamente inquisitivo, hoy aún vigente; finalmente, la ausencia absoluta del Ministerio Público Fiscal, como sujeto procesal distinto del juez que ejerce la función de acusar es la característica que termina por definir la modalidad el actual Código vigente.

de las relaciones que dichas personas pudieran tener con el imputado o con el caso (enemistad, interés, subjetividad, etc.).

**3.2. Conclusión.** Por lo tanto, el principio de “neutralidad” o imparcialidad judicial se encuentra seriamente cuestionado desde la formulación legal del código. Si dicho el respeto a dicho principio conduce al cumplimiento de la garantía del *juicio previo*, entonces habrá llegado la hora de rediseñar un nuevo código contravencional, ajustado a nuestra plataforma política, ya que, sin lugar a dudas, que la denominada “*judicialización*” del procedimiento contravencional solo implicó la transferencia a un órgano jurisdiccional de la decisión final en la materia. Dicho juez, no se encuentra en posición de imparcialidad, tanto respecto de otros poderes del Estado, como tampoco frente al caso concreto.

**3.3. La total ausencia garantía del “debido proceso” en el procedimiento contravencional. 3.4. Inexistencia del Ministerio Público Fiscal en el procedimiento contravencional: ausencia de acusación.** Hemos dicho que en materia contravencional no existe técnicamente un *proceso bilateral* impulsado por la *acción procesal*. Pues quedó sentado que el desarrollo de la serie lógica antes mencionada (*afirmación-negación-confirmación-evaluación*), de ineludible cumplimiento cualquiera fuere la materia en debate, no se cumple. Que lo que se verifica desde la formulación legal en la materia que no ocupa, es un *procedimiento*, entendido como una mera secuencia de actos encadenados entre sí. Que dudosamente en dicho procedimiento exista *instancia* en cualquiera de sus especies, ya que, si bien la *denuncia* es técnicamente posible ( argumentos, arts. 4 y 117 Cgo. Faltas), en la mayoría de los casos no se verifica. Menos aún, la *acción procesal*, es decir, la fase de *afirmación*, constituida por la *acusación*, mediante la requisitoria producida por el ministerio fiscal.

La exclusión de la actuación del fiscal, que es sustituido desde la instrucción del sumario por la autoridad policial, no se infiere de la ley, sino es expresa: el art. 4 del dec.-ley 8.031/73 dispone que *“la acción por comisión de faltas es pública y debe la policía proceder de oficio”*. Por si el art.4 dejara alguna duda, basta remitirse a las normas de los arts.122 y siguientes del mismo cuerpo legal para advertir que, como antes señalamos, toda la actividad sumariante se delga exclusivamente en manos de a autoridad policial. Finalmente, el único obstáculo prcedimental que el juez encuentra como requisito para el dictado de la sentencia , no es el dictamen fiscal, ni tampoco que se le corra vista al ministerio público, sino el dispuesto por el art.138, relativo a la remisión de la plantilla de antecedentes por parte del Registro de Contraventores. Por ello puede afirmarse que la ausencia de acusación fiscal es absoluta.

Es verdad que a ley de Ministerio Público Nro. 12.061, en el Cpítulo II, Sección Primera, referido a la actuación de los “Fiscales”, en el art. 17 dispone que *“...corresponde al agente fiscal..., inc. 4)...en materia de justicia de paz, dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifestare afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir las medidas de defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad.”*.

Sin embargo, son estos supuesto en los cuales la legitimación para actuar en el procedimiento es excepcional, como se desprende del mismo texto de la norma.

Por otra parte, si confrontamos estas normas con la contenida en el art. 6 de actual Código Procesal Penal, relativo a la titularidad exclusiva por parte del Ministerio público Fiscal de la *acción penal*, o la contenida en el art. 267 del mismo cuerpo legal, el cual dispone que *“la Investigación Penal Preparatoria estará a cargo del Ministerio Público Fiscal, según las disposiciones de la ley y de la reglamentación que se dicte, debiendo proceder le fiscal directa e inmediatamente a la investigación de todos los hechos...”*, no quedan dudas: la ley expresamente ha asignado

competencia exclusiva a la policía para sustanciar los sumarios por contravenciones, excluyendo al Fiscal de estas actuaciones, reservándolo únicamente para los supuesto en los que sea necesario investigar los hechos que se califican como delitos, y para ejercer la acción penal es esas hipótesis.

Ello descarta el argumento según el cual, en virtud del art. 3º del decreto ley .8031/73, que dispone la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal al Código de faltas, el fiscal estaría legitimado para actuar en función del art.4, que establece que la acción contravencional es pública y se debe proceder de oficio. Tal posición olvida que el art. 3 de la ley de faltas permite la aplicación subsidiaria de las normas de Código procesal para aquellos casos no previstos expresamente, y, justamente, el artículo siguiente asigna la acción contravencional a la autoridad policial.

¿Qué efectos produce la ausencia de este sujeto procesal que suele ser caracterizado por la doctrina como *“parte en sentido formal”*?

La respuesta parece ser obvia: si la *afirmación*, que en el proceso penal se proyecta en la *acusación* (que constituye además *instancia*), como regla consustancial al *debido proceso*, constituye la única llave que abre a la posibilidad de defenderse eficientemente, el imputado por una contravención queda en situación técnica de indefensión, puesto que para que alguien pueda *“defenderse”*, es preciso que existe *“algo”* de que defenderse: ese *“algo”* debe consistir en una atribución (imputación) de una conducta u omisión verificada en el mundo fáctico, con significado (disvalioso) en el mundo jurídico.

Esta regla es denominada por la doctrina *“imputación necesaria”*<sup>173</sup>. A través de ella, la defensa (material o técnica) puede negar todos o algunos de sus elementos a los efectos de eliminar o aminorar la

---

<sup>173</sup> : Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, t.I, parágrafo6, D, 2, b, ps.553 a 562.

consecuencia del reproche jurídico-penal. Sin ella, no hay defensa posible.

**3.5. La ausencia de la *negación*: violabilidad de la defensa en juicio.** La fórmula constitucional que consagra esta garantía sustancial, inherente al *debido proceso* es clara, terminante: “*Es inviolable la defensa en juicio, de la persona y de los derechos...*”, la cual no solo es un límite al poder punitivo del Estado, sino comprensiva también de todo proceso, sea civil, laboral, administrativo, etc. En estos procedimientos el derecho a ser oído es una regla que se establece como oportunidad de ser oído, en el sentido de que si el *intimado* se encuentra correctamente notificado de la audiencia donde ejercerá la defensa de sus derechos y no obstante no concurre, el trámite podría continuar en rebeldía hasta sus últimas consecuencias.

En cambio, es bueno remarcar que, en el proceso penal se extreman los recaudos a los fines de asegurar que el imputado ha tenido oportunidad efectiva y suficiente de audiencia: aunque el imputado tenga la facultad de abstenerse de declarar, lo cierto es que debe concurrir en persona al tribunal, el cual le comunicará o intimará con precisión el hecho que se le endilga. “Más aún, durante el juicio... rige el principio de inmediación, por el que se requiere la presencia ininterrumpida de acusado durante todo el debate y hasta la lectura de la sentencia, manera de verificar que él ha tenido oportunidad suficiente para hablar, contradecir a los testigos y peritos, probar, controlar la prueba del adversario y valorarla, indicando al tribunal la solución que propone para la sentencia”<sup>174</sup>. Al ejercicio del derecho de defensa de carácter material se le suma la obligatoriedad, por regla, de la defensa técnica. Sin embargo, el imputado y su defensor poseen facultades autónomas que no se inhiben entre sí. Solo por excepción se rompe esta autonomía de

---

<sup>174</sup> Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Fundamentos, t.I, parágrafo6, D,1, ps.541.

actuación: así, en los recursos contra decisiones jurisdiccionales el imputado puede enunciar válidamente a los recursos interpuestos por el defensor en su favor.

Estos recaudos no se cumplen durante la sustanciación del procedimiento contravencional. El legislador se contenta con la formulación de la siguiente norma: art. 126, “Deberá recibírsele declaración al presunto infractor dentro de las 24 horas a contar desde su detención. En esa oportunidad, se le notificará del derecho que tiene de nombrar defensor que podrá asistirlo en la misma”.

Si quien recibe la declaración (mal llamada “indagatoria contravencional”, pues se trata de un simple “descargo”) es la autoridad policial, si no existe un juicio entendido como etapa en el que pueda hacerse efectivo el principio de inmediación, si el imputado no ha tenido oportunidad efectiva y suficiente de audiencia en la que pueda materialmente defenderse y si, además, al ejercicio e tales condiciones de dicha defensa de carácter material se le suma la no obligatoriedad, por regla, de la defensa técnica, la única conclusión posible es la siguiente: el imputado como contraventor se halla en una situación de indefensión absoluta.

Esta situación se agrava aún más por dos factores: en primer lugar, por la ausencia de acusación fiscal que formule una imputación clara, precisa y circunstanciada de la cual el imputado pueda defenderse, pues aun cuando se establezca la defensa técnica obligatoria en el procedimiento contravencional, ello no bastaría a los fines de una defensa eficiente, si no se cumple con la regla denominada “imputación necesaria”. En segundo lugar, porque el segundo párrafo del art. 126 admite la prórroga del plazo de detención del imputado cuando manifieste su intención de nombrar abogado defensor. Dicho en otros términos: la ley impone que cuando el presunto infractor se halle detenido debe recibírsele declaración dentro de las 24 horas, salvo que manifieste que

hará uso de su derecho a contar con asistencia de defensor, en cuyo caso, la detención podrá prorrogarse por 24 horas más.

### **3.6. El tercer pilar de la garantía del “debido proceso”: *prueba*.**

En el proceso penal las reglas que dominan la etapa de producción de la prueba (que se corresponde con la fase secuencial *confirmación*) reciben las fuertes repercusiones del *principio de inocencia*, según el cual, toda persona, por el hecho de encontrarse sujeta a proceso penal en calidad de imputado, posee, durante su sustanciación y hasta el momento en que se dicte una sentencia que adquiera la calidad de ejecutoriada y que declare su culpabilidad, la condición o estado jurídico de “*inocente*”, (art.18 CN)<sup>175</sup>.

No se trata de afirmar que el imputado sea inocente, sino que no puede ser considerado culpable mientras una sentencia que ponga fin al proceso no lo declare. Ello repercute en uno de los pilares que constituyen las reglas del debido proceso penal, a nivel probatorio, a través de la vigencia de dos principios: “*in dubio pro reo*” y en materia de “*carga de la prueba*” (*onus probandi*).

Si el principio se vincula con la garantía del juicio previo, no es casual que el actual Código Procesal Penal bonaerense deja en claro la premisa desde su primer artículo. Sin embargo, en vano sería la mera declamación según la cual, “nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”, o que “en caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable el imputado”, si tales premisas no se traducen en reglas claras de carga de la prueba que sean el reflejo de la mencionada garantía. Y las hay: art. 367 del mismo cuerpo legal, titulado “Iniciativa probatoria”, que asigna de manera expresa a

---

<sup>175</sup> Así lo tiene dicho la Corte Suprema (Fallos CSJN, t. 7, p.371; t. 16, p.88; t. 54, p. 273; t.64, p.352), en el sentido de que el encausado tiene a su favor una presunción de inculpabilidad, fundada en nuestra Constitución, porque hace a nuestra forma republicana de gobierno y al espíritu de nuestra instituciones (art.33, CN) (Nota: Fallos CSJN, t. 102, p.225).

quien tiene la función legal de acusar, la “carga” (entendida en el sentido técnico del término) de probar la culpabilidad del acusado.

En cambio, las normas sobre onus probandi contenidas en el Código de Faltas parten de la premisa exactamente opuesta: el *principio de culpabilidad*, que en apariencia, sería de carácter *iuris tantum*, pues el art. 134 dispone que “el acta de constatación hará plena fe de las afirmaciones en ella contenidas y podrá ser invocada como plena prueba por el juez de faltas, *siempre que no se probare lo contrario*”.

¿Cómo es que el imputado en procedimiento contravencional puede probar lo contrario?

Al respecto, dos normas confirman nuestra afirmación de que la legislación vigente de faltas tiene como premisa el principio de culpabilidad: la contenida en el art. 122, que en su inciso 2, referido a las piezas con que se forma el expediente contravencional, coloca, casi insinuando el mismo peso o valor probatorio, a la declaración del imputado junto con el ofrecimiento de las pruebas *que intente hacer valer*”; y, en el idéntico sentido, también trasunta el principio de culpabilidad, el art. 126, tercer párrafo, que dispone que en “el momento de la declaración del inculpado, éste deberá ofrecer la prueba de que *intente valerse*”.

Con prescindencia del omnipotente valor probatorio del acta de constatación y de la íntima convicción como sistema de valoración de la prueba adoptado por la ley de faltas, si la premisa es que el imputado “*puede intentar probar*” algún extremo, surge como obvio que ese extremo solo podrá significar su inocencia, *que* habrá de ser construida, no ya como un estado jurídico procesal, sino en el más amplio de los sentidos, si lo que pretende es la eximisión de reproche penal.

Pero aún más: en la materia contravencional no solo no existe un status de inocencia que garantice procesalmente dicho estado, sino que además, la ausencia de una correcta formulación de la imputación penal, genera la imposibilidad de saber qué hecho concretamente se está

imputando, y por tanto, qué pruebas pueden servir en su descargo. Vale decir, aún cuando la ley de contravenciones declarase formalmente el principio constitucional de inocencia, sería necesaria la participación del fiscal, que es quien tiene la función legal de acusar y de construir la culpabilidad a partir de la premisa inocencia.

Por otra parte, si la culpabilidad es presumida *iuris tantum*, la inversión de la carga de la prueba genera, a su vez, otra consecuencia que termina de disolver, por si quedaban dudas, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, y por tanto el debido proceso penal: ya pierde sentido afirmar el adagio latino “*in dubio pro reo*”, que se transforma en “*in dubio contra reo*”.

Teniendo de cuenta los distintos grados de conocimiento a que puede arribar el juzgador (*certeza, duda o probabilidad*), la otra exigencia según la cual, una pena solo puede estar fundada en la certeza del tribunal, pierde todo su valor, por cuanto la *duda* y la mera *probabilidad* alcanzarán para confirmar un estado que el imputado ya posee: la culpabilidad.

## SÉPTIMA PARTE

### CONCLUSION

Deviene como evidente la necesidad de una reforma integral del código que en la Provincia de Buenos Aires legisla sobre materia contravencional. La actual<sup>176</sup>, es por demás violatoria de los más elementales principios que forman el abc del derecho penal y procesal pena, en especial, del debido proceso penal.

En relación a la tipificación de la conductas reprimibles, habitualmente se justifican con la afirmación según la cual la sanción contravencional apunta a la prevención delictiva, por cuanto este tipo de infracciones crean un riesgo potencial de comisión de delitos. Por ello no interesará tanto la efectiva o potencial lesión a una bien jurídico determinado, sino tan solo la transgresión a la norma jurídica que impone una prohibición; es decir, lo único realmente importante es la violación a la norma, la puesta en peligro del orden jurídico.

Sin embargo, quien adopte una actitud franca de cara a esta problemática advertirá la hipocresía de tal discurso. A nadie escapa el hecho de que las contravenciones, históricamente fueron, y hoy son, una importante fuente de recaudación para la provincia, y que, tal como se encuentra diseñado el actual Código de Faltas (en lo relativo a la tipificación de infracciones), no previene la comisión de delitos, ello al menos en términos estadísticos, pues la mayor parte de los sumarios versan sobre infracciones a los arts. 72 (estado de ebriedad), 68 (prostitución), 92 inc. e) (travestis), 96 inc. f) (juegos de azar), expendio de bebidas alcohólicas a menores (art.1º de la ley 11.748), siendo escasas las hipótesis de infracciones a los art. 43 (portación de armas), o de disturbios en la vía pública (arts.72, segundo párrafo, 74 inc. a, 77) u otros similares, respecto de los cuales podría vislumbrarse algún tipo de

---

<sup>176</sup>Decreto-ley 8.031/73 y modificatorias

prevención en la comisión de delitos, aunque por supuesto, aún en estos casos, la prevención estaría limitada a supuestos de mínima gravedad. En otras palabras: ¿qué delito se intenta prevenir con la persecución penal de “ebrio habitual”, del “mendigo”, o con la punición de la prostituta o del travesti, o del explotador de quiniela clandestina?. Francamente creemos que ninguno, y teniendo presente que en la mayoría de los casos la sanción de arresto va acompañada de multa (algunas de ellas, van desde los \$5.000 de mínimo, como es el caso del art. 1º de la ley 11.748), la finalidad no es preventiva sino recaudadora, justificable por vía de la mera transgresión a una manda del estado.

A ello se suma el hecho de que el sistema penal contravencional actúa de una forma *irracionalmente selectiva*, es decir, como un mecanismo más de control y exclusión de los sectores sociales ya excluidos por el sistema socioeconómico de nuestros estados.

Por otra parte, si la contravención es delito, no se comprende de que manera se justifica, en términos constitucionales, un procedimiento contravencional, estructurado sobre la base de la ausencia de los principios acusación, defensa, prueba y sentencia, pilares fundamentales del *debido proceso*

En relación a este punto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia ha hecho claudicar los principios elaborados a la luz del derecho procesal penal y aún también del derecho procesal penal, los cuales, pese a la doctrina de que delitos y contravenciones son entidades idénticas, resultan dejados de lado en la mayoría de los casos.<sup>177</sup>

---

**177 El concepto de debido proceso en la jurisprudencia de la S.C.B.A.** En reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentada la doctrina según la cual no existen diferencias cualitativas o de naturaleza entre delitos y contravenciones, es decir que ambas categorías son sustancialmente idénticas, por cuanto la diferencia no es sino tan solo cuantitativa.

La importancia de dicha afirmación reside, como es de prever, en los efectos jurídicos que de aquí en más se derivan: un proceso contravencional, adecuado a las directivas políticas del texto constitucional, deberá traducirse, necesariamente, en la reformulación procesal de los principios y las garantías en él contenidos, ya sea de índole penal sustancial (por ejemplo, *principio de legalidad*, *ley penal más benigna*, etc.), ya sea de orden procesal, en lo relativo al *juicio previo* y

---

*debido proceso penal*, con sus implicancias (por ejemplo, *defensa en juicio*, *principio de inocencia*, *onus probandi*, entre otras).

Sin embargo, no es esta la posición que hasta el presente ha sostenido la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires.

Partiendo de los presupuestos básicos del debido proceso penal, elaborados pretorianamente por la jurisprudencia del más alto tribunal del país, cuya evolución muestra que los elementos acusación, defensa, prueba y sentencia han nacido, en muchos casos, justamente en virtud de causas contravencionales que llegaron a dicha instancia por vía de Recurso Extraordinario Federal, puede advertirse en la Corte provincial una posición que deja a las garantías constitucionales que venimos tratando vacías de contenido.

En este sentido ha dicho que "...ni el régimen probatorio de faltas, ni la circunstancia de identificarse el juez de faltas y el jefe de la policía, ni la dependencia de la instrucción respecto del jefe de policía dañan los derechos constitucionales del supuesto infractor..." ya que "...La sentencia recurrida fue dictada por un órgano del poder judicial, previa y suficiente oportunidad de defensa y prueba (arts. 18, Const. Nac. y 9 de la Const. Prov.)..." (NOTA: fallos SCBA, p. 33728 S 28-8-1984; p. 37866 S 6-3-1987; p. 41085 S 4-10-1988; p. 41550 S 7-2-1989; p. 45451 S 17-10-1990; p.47083 S 14-5-1991; p. 49150 S 18-2-1992; P.52359 S 18-3-1993; p. 53524 S 22-3-1994; p. 56697 S 28-3-1995; p. 59310 S 26-8-1997). Resulta particularmente significativo aclarar que en los casos en los que la Corte se pronunció de esta manera se trataba de las infracciones tipificadas en el art. 96 inc. f) de la ley 8.031/73, que reprime con multa y arresto de 30 a 90 días, a quien explote quiniela o juegos similares no encontrándose a tal efecto autorizados por las autoridades competentes.

En relación a la intervención de la defensa técnica dentro del procedimiento contravencional, el alto tribunal de la provincia también ha dicho que "...es infundado el recurso extraordinario de inconstitucionalidad de una norma (dec.-ley 8.031/73), por la no intervención del defensor oficial ante el juzgado de faltas si las actuaciones contravencionales tramitaron –a excepción de la sentencia- dentro de la jurisdicción de aquel funcionario quien fue notificado del inicio de las mismas y la sentencia –dictada por el jefe de policía- fue notificada al infractor y al Defensor Oficial en turno" (SCBA, P. 53.855 S 29-03-1994; P. 53.004 S 29-03-1994). En el mismo sentido, la Corte ha dicho que "...es improcedente la alegación de que la ley 8.031 viola la defensa en juicio por no contar el imputado con Defensor Oficial durante el proceso ante la Justicia de Faltas si al prestar declaración en sede policial se le hizo saber que le asistía el derecho a designar defensor particular y que en caso contrario sería asistido por el de Pobres y Ausentes, notificándose a este funcionario de la iniciación del proceso" (SCBA, P. 50.254 S 29-09-1992; P. 25.088 S 18-5-1993; P. 52.548 S 10-8-1993; 53.960 S 15-3-1994).

Recientemente, en la causa P. 74.901 del 13 de septiembre de 2.000, el Defensor Oficial dedujo recurso extraordinario de inconstitucionalidad y nulidad contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones Departamento judicial de, solicitando se declare la inconstitucionalidad de los arts. 122 inc. 2 y 126 del dec.-ley 8.031/73, fundándose en la circunstancia de que la declaración indagatoria recibida por el personal policial en el marco de lo dispuesto por aquellas normas conculca los derechos y garantías establecidos en los arts. 5, 10, 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 10, 15, 17, 18 y 57 de la carta provincial y el art. 8 inc. 1º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; como así también los arts. 308, 309 y conc. del Código Procesal Penal Provincial. Argumentó que en tal sentido que el hecho de prestar declaración indagatoria ante el personal policial y no ante el juez natural de la causa produce una situación de indefensión incompatible con los principios de defensa en juicio y debido proceso legal que debe contemplar cualquier sistema sancionador. Sin embargo, sostuvo la corte que "...el reclamo es ineficaz ya que no se advierte cómo podrían resultar conculcadas las garantías constitucionales si se cumplieron las exigencias que establece la ley 8.031/73: ... la notificación al imputado con antelación a la declaración y la notificación de que tiene derecho a nombrar defensor que podrá asistirlo en la misma...".

Con respecto al principio de inocencia y sus consecuencias en materia de carga de la prueba, en causa 71.910 del 6 de julio de 1.999, el Defensor Oficial se agravó por la misma vía que en caso anterior, pero en relación a que "...el art.134 del Código de Faltas es inconstitucional pues se

---

opone al art. 15 de la Constitución de la Provincia ya que lesiona el derecho subjetivo a la defensa en juicio... forzando al individuo a demostrar una inocencia que debe presumirse, por lo que el mencionado art. invierte la carga procesal de la prueba debiendo el inculcado desvirtuar lo sostenido... en el acta de constatación y ello constituye un estado de arbitrariedad manifiesta...". Sin embargo, sostuvo la Corte una vez más (ver también P. 74.084, sent. Del 14-III-91, "Acuerdos y Sentencias", 1991-I-728; P. 59.310, sent. Del 26-8-1997, D.J.B.A, t. 153, p. 227; P. 703714, sent. Del 29-12-98)), que "...el planteo es improcedente pues el art. 134 citado sólo determina los efectos que en el terreno probatorio produce el acta de constatación policial sin invertir la carga de la prueba".

Con la posición adoptada por la Suprema Corte de la provincia en materia de procedimiento contravencional queda en claro que el dec.-ley 8.031/73 "se acomoda" a las reglas del debido proceso penal, doctrina que ha sido elaborada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos principios son totalmente opuestos al los expuestos por el más alto tribunal de la Provincia. Para advertir las graves contradicciones, basta referenciar brevemente los casos más conocidos en la materia.

**El concepto de debido proceso conforme la jurisprudencia de la C.S.J.N.** . La Corte Suprema de Justicia Nacional ha elaborado en diversos fallos un concepto de Debido Proceso por exclusión, es decir, mediante una formulación negativa, estableciendo cuando no hay Debido Proceso, diagramando un esquema por el cual se perfila una serie lógica que debe cumplir todo Debido Proceso respondiendo a la siguiente formulación: acusación, defensa, prueba y sentencia.

Ahora pasaremos a comentar algunos de esos fallos donde La Corte entiende que se violan garantías reconocidas constitucionalmente y que por lo tanto no existe Debido Proceso.

En el caso "Goldstein", Fallos CSJN, 274:281, la Corte estableció que el derecho a ofrecer prueba, comprende naturalmente el de producirla y obtener de las autoridades a cargo de la instrucción del procedimiento un pronunciamiento concreto sobre la pertinencia de tales probanzas. Se trataba de un proceso contravencional por desórdenes instruido por el Jefe de Policía que concluyó con la imposición de una sanción de arresto. Durante la tramitación del recurso pertinente, Goldstein ofreció diversas pruebas de descargo que no fueron proveídas en ningún sentido por el juez correccional, que en definitiva, confirmó la sanción impuesta. La Corte revocó, manifestando que resultaba indudable la lesión de la garantía constitucional de la defensa en juicio.

En "Marmol de Menendez", Fallos CSJN, 262: 63, la parte interesada había interpuesto recurso judicial contra la resolución policial que lo condenara por infracción al reglamento de faltas de la provincia de Bs. As. A deducir este recurso fueron ofrecidas diversas medidas de pruebas, siendo desestimadas por la justicia en lo criminal al no haber sido invocadas previamente ante la autoridad policial. La Corte, en un escueto pronunciamiento hizo lugar al Recurso extraordinario interpuesto por la recurrente. Estableció que lo resuelto importaba sin más, agravio a la garantía de la defensa en juicio.

En "Marcelina Moyano" Fallos CSJN 296:65, en un proceso contravencional donde se le recibió a la imputada declaración indagatoria sin que en ningún momento del acto se le hiciese saber su derecho a proveer su defensa. Condenada por el jefe de policía a 21 días de arresto, aquella interpuso recurso judicial por intermedio de un letrado. El mismo le fue denegado, por no haber sido designado formalmente dicho letrado como defensor de Moyano; un nuevo recurso fue rechazado por extemporáneo. Ante ello, esta recurrió directamente ante la Corte por retardo de justicia.

La Corte acogió los agravios. Se remitió así al dictamen del proc. Gral, quién con cita de precedentes de la Corte de EEUU, destacó la importancia del derecho de todo acusado en causas criminales a contar con la adecuada asistencia letrada. El alto Tribunal hizo referencia, además, a la necesidad de determinar la verdad en sustancia por encima de los excesos rituales, a fin de posibilitar el debido control de la justicia sobre los órganos administrativos.

3. Conforme Vitale, Gustavo L., conferencia presentada en Congreso Internacional de Derecho Penal, 75° aniversario del Código Penal (argentino), ver "Teorías actuales en el Derecho Penal", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., Mayo de 1998, ps.73 y ss.

Corresponde, entonces, detenerse a reflexionar sobre el alcance de la vigencia de las garantías constitucionales que limitan el poder punitivo del Estado, no solo con el objetivo de señalar la necesidad de reformas legislativas, sino también para reforzar la obligatoriedad de dichas garantías en los jueces, pues de lo contrario las garantías penales constitucionales se tornan en meras declamaciones o expresiones de buena voluntad. Por el contrario, “la efectiva vigencia de las garantías constitucionales limitativas del poder punitivo se asegura solo si, como mínimo, se reconoce su obligatoriedad para todos los órganos del poder estatal (y, particularmente, para los jueces, que, para aplicar derecho, deben comenzar aplicando sus normas fundamentales, a las que deben subordinar la aplicación e interpretación de las normas penales provenientes del poder constituido)”<sup>178</sup>.

Desde esta óptica es necesario enumerar una serie de garantías constitucionales mínimas a que debe responder el diseño de una adecuada política y legislación represiva en materia contravencional si es que tal diseño pretende ajustarse a las exigencias que nuestro Estado de Derecho y plataforma política imponen.

En este sentido, el poder punitivo del Estado hala claros límites (principios limitativos)<sup>179</sup>:

- 1) el de *legalidad penal* (no hay delito ni pena que no estén descriptos en una ley anterior del hecho que se juzga –art. 11, 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, 1, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18 de la Constitución Nacional -);

---

<sup>178</sup> Conforme Vitale, Gustavo L., conferencia presentada en Congreso Internacional de Derecho Penal, 75º aniversario del Código Penal (argentino), ver “Teorías actuales en el Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., Mayo de 1998, ps.73 y ss.

- 2) el *nullum crimen nulla poena sine conducta* (no hay delito ni pena sin conducta –previsto en las mismas normas citadas en el punto anterior, y además, en Argentina, en el art. 19 de la Constitución Nacional -);
- 3) el de *culpabilidad penal* (no hay pena si el sujeto, por no haberse podido contramotivar en la norma penal, no le es exigible una conducta diferente a la realizada –previsto implícitamente en las normas citadas en relación al principio de legalidad penal, por ser una consecuencia lógica y necesaria de dicho principio, y, además, en Argentina, en los art. 1 y 33 de la Constitución Nacional -);
- 4) el de *exigencia de daño a terceros como presupuesto de la pena* (no hay pena sin afectación a bienes jurídicos ajenos al autor –art.19 de la Constitución Argentina-);
- 5) el de *razonabilidad* (arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional);
- 6) el *ne bis in idem* (o de prohibición de juzgar o sancionar dos veces por el mismo hecho –art.14, 7, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8, 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 1 y 33 de la Constitución Nacional-);
- 7) el de *racionalidad de los actos de gobierno* –art. 1 de la Constitución Nacional -;
- 8) el de *estricta necesidad de la imposición de penas* (según el cual no podrán preverse legalmente, ni aplicarse por los jueces, penas que no sean “estricta y evidentemente necesarias” –art. 8 de la declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano; art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño-);
- 9) el de *prevención especial (o “readaptación social”) como fin de la ejecución penal* (arts. 5, ap.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10, ap. 3, del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional);

- 10) el de *proporcionalidad de la pena* (tanto con la gravedad del ilícito, como con el grado de reprochabilidad –que surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho-);
- 11) el de *humanidad de las penas o derecho de toda persona privada de libertad a recibir un trato humano y respetuoso de su dignidad* (arts. 10, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5, ap. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);
- 12) el de *personalidad de la pena o de intrascendencia a terceros no condenados* (art. 5, ap. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);
- 13) el de *prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes* (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; art. 5 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 5, ap. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 18 de la Constitución Nacional);
- 14) el “*derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*” (art. 5, ap. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos);
- 15) el *derecho del procesado a no ser mezclado con personas condenadas* (art. 5, ap. 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10, ap. 2, a, del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos);
- 16) el *derecho de los menores a mantenerse separados de los adultos y a ser juzgados por tribunales especializados* (art. 5,

- ap. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10, ap. 2, b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos);
- 17) del *derecho a la directa protección judicial de los derechos lesionados* (art. 25, ap. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre);
- 18) el *derecho a un recurso efectivo ante la justicia contra actos que violen sus derechos fundamentales* (art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 8, ap. H; de la Convención Americana sobre Derechos humanos);
- 19) el *derecho a la protección social y estatal de la familia* (art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos humanos);
- 20) el de *prohibición de encarcelamiento por deudas* (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 7, 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos);
- 21) los principios de *intervención penal mínima, de última ratio o de subsidiariedad del Derecho Penal*, y, como una de sus manifestaciones en el proceso penal, el principio de *oportunidad procesal*;
- 22) el de *responsabilidad penal subjetiva* (o de prohibición de responsabilidad penal por la mera producción de un resultado -art. 19, última parte de la Constitución Nacional-);

El diseño de un código contravencional para la provincia de Buenos Aires deberá ajustarse a estos principios limitativos del poder punitivo del Estado, si es que pretende adecuar sus normas a nuestra Constitución política y a los tratados sobre Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional. En este sentido, nos parece como adecuado modelo a seguir el Código Contravencional de la Provincia de Chubut., el cual pasamos a comentar.

El digesto de faltas de esta provincia, fue sancionado mediante la ley 4.145 el 7 de diciembre de 1995, promulgado el 22 de diciembre del mismo año, y publicado en el Boletín Oficial el 4 de enero de 1996, entrando en vigencia dentro de los 180 días de promulgado. Derogó el decreto-ley 1829/80.

La mencionada ley en su artículo 2 dispone que, el Superior Tribunal de Justicia, organizará cursillos y/o remitirá instructivos a los Jueces de Paz y al personal dependiente de éstos, a fin de asegurar el mas eficaz y estricto cumplimiento del Código y el respeto por los derechos y garantías individuales que el mismo asegura, con sujeción a la nueva Constitución Provincial, prescribiendo el artículo 3, que el Poder Ejecutivo, dará amplia difusión de las normas del presente Código, especialmente las relativas a los derechos y garantías que el mismo asegura a los habitantes de la provincia de Chubut, con expresa mención de las normas constitucionales arriba señaladas. Como podrá observarse, la voluntad del legislador perfila un profundo respeto a las garantías constitucionales.

El Código está dividido en tres libros, parte general, parte especial y el proceso contravencional., con diversos títulos en de cada uno de ellos.

Dentro del libro primero (parte general), establece los siguientes principios generales: "nadie puede ser penado, sometido a medida de seguridad o de cualquier manera limitado o perturbado en el ejercicio de sus derechos a causa de la comisión de una contravención, salvo que:1) Así lo ordene un órgano del Poder Judicial de la Provincia cuya competencia para conocer en el hecho haya sido legalmente establecida con anterioridad a la comisión del mismo; 2)Lo haga conforme a un procedimiento establecido con anterioridad a la comisión del hecho; 3)La conducta realizada se halle tipificada por ley con anterioridad al hecho y que conserve vigencia al tiempo del juzgamiento y de la ejecución de las

consecuencias emergentes del mismo; 4)El resultado típico le sea imputable al autor dolosa o culposamente, según el caso; y 5)La conducta le sea jurídicamente reprochable al autor”

De la letra de la ley surge que recepta expresamente: la garantía del juez natural y juicio previo, el principio de legalidad, con inevitable la consecuencia de la irretroactividad de la ley penal, el principio de que toda imputación penal debe hacerse a título de dolo o culpa, proscribiendo la responsabilidad objetiva, y la culpabilidad penal como juicio de reproche al autor por no haberse motivado en la norma para actuar.

También prohíbe expresamente cualquier interpretación extensiva de la ley contravencional en perjuicio del procesado y establece que es de nulidad absoluta e inconvulvable cualquier delegación de facultades legislativas o jurisdiccionales en materia contravencional, como también los actos que en virtud de tales delegaciones se realicen, quedando a salvo las facultades emergentes del poder de policía municipal.

Bajo el Título I, denominado “De la ley contravencional”, dispone: “...Cuando un hecho constituya a la vez una contravención y un delito, las disposiciones de este Código no serán aplicables y el juzgamiento del mismo corresponderá exclusiva y excluyentemente a la justicia penal, de conformidad con las normas que regulan su procedimiento, toda vez que por aplicación de esta ley se entenderá que la tipicidad contravencional queda subsumida en la penal. Asimismo, cuando un mismo hecho constituya a la vez una contravención penada por este Código y una falta municipal, se entenderá que ésta se encuentra subsumida en aquélla, salvo que la ordenanza que prevea la falta disponga expresamente lo contrario, en cuyo caso actuará el órgano municipal competente”.

En el título II, al cuál llama, “De las contravenciones en general “, nos da una serie de conceptos que es muy interesante reproducir, ya que es bastante inusual ver en un código de faltas los principios de la teoría del delito, expresamente definidos.

Conceptualiza a la contravención como “Toda acción u omisión tipificada en el libro segundo de este Código o en las leyes especiales, que con posterioridad se dicten, antijurídica y culpable...”

En su artículo 8 expresa que “No hay acción cuando el autor obra violentado por fuerza física irresistible, se halle en estado de inconsciencia o de cualquier otra forma carezca de voluntad”, estableciendo el artículo 9 que “no está prohibida la acción impuesta por un mandato judicial” (deber jurídico).

Con especial referencia a la antijuridicidad dispone que :”No es antijurídica la conducta del que: 1) Actúa en defensa de bienes jurídicos propios, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) agresión antijurídica, b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; 2) Actúa en defensa de bienes jurídicos ajenos siempre que concurren las siguientes circunstancias: las enumeradas como a) y b) en el inciso anterior, y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, cuando no haya participado en ella; 3) Causa un mal para evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño; 4) Actúa en ejercicio de un derecho”. Seguidamente prescribe: “Cuando el autor comienza a actuar justificadamente y continúa luego su acción antijurídicamente, la pena podrá disminuirse en la forma prevista en el artículo 21, de conformidad con el grado de antijuridicidad de su conducta” ( el artículo 21 permite disminuir la penalidad a la mitad, el mínimo, y a un tercio, el máximo).

Refiriendo a las acciones dolosas y culposas, sienta como principio que para la penalización de una contravención, es suficiente el obrar culposo, pero solo cuando así su tipificación lo admitiese.

Define al dolo como “la realización de las circunstancias de un tipo contravencional con conocimiento y voluntad” y la culpa como: el que realiza

un tipo contravencional "desatendiendo el cuidado al que está obligado y del que es capaz".

Hace expresa mención al error de tipo estableciendo que "El que en la ejecución de un hecho yerra sobre alguna circunstancia del tipo contravencional o acepta circunstancias erróneamente, no actúa dolosamente, sin perjuicio de la eventual comisión culposa. Quien en la ejecución de un hecho, admite erróneamente circunstancias que pertenecen a un tipo contravencional penado mas benignamente, sólo puede ser castigado por comisión dolosa conforme al tipo cuyas circunstancias aceptó".

También menciona al error de prohibición, lo que es aún mas novedoso, atento a que es un instituto que ha dado lugar a una gran controversia, disponiendo que: "Quien en la ejecución de una conducta típica yerra sobre su antijuridicidad actúa inculpablemente si el error no le es reprochable. En caso de serle reprochable, la pena podrá disminuirse en la forma establecida en el artículo 21, de conformidad con el grado de culpabilidad".

Siguiendo con esta línea, el artículo 17 dice: "Actúa inculpablemente el que, al tiempo del hecho, a causa de una perturbación grave de su actividad psíquica o por disminución de la misma, es incapaz de comprender lo injusto o de conducirse conforme esta comprensión", haciendo expresa referencia el artículo siguiente al estado de necesidad inculpable, estableciendo una disminución de la pena para el caso de serle exigible otra conducta.

Muy elogiable es la disposición del artículo 19, el cuál habla de la Co-culpabilidad social : "Las penas se disminuirán conforme la escala del artículo 21 o se prescindirá de ellas, según el grado de culpabilidad, cuando al autor se le dificulta o imposibilita la comprensión de lo injusto de su accionar en razón de que la sociedad no le ha brindado las posibilidades para una correcta comprensión de la antijuridicidad o de conducirse de modo adecuado a la misma".

En relación a la participación, define autor, cómplice e instigador. Las penas aplicables a los dos últimos, pueden equipararse a la del primero, o “según el grado de culpabilidad, se determinarán conforme a las escalas del artículo 21”.

Deja bien en claro que la participación siempre es dolosa y determina que las circunstancias excluyentes, agravantes o atenuantes de la pena, se aplicaran en forma independiente a cada autor, cómplice o instigador que las presente, con el fin de que cada uno de los referidos sea penado de acuerdo a su propia culpabilidad, sin tomarse en cuenta la de otros ( es la llamada incomunicabilidad de las circunstancias).

Contiene reglas para el caso de concurso de contravenciones (tanto real como ideal), no pudiendo el máximo de pena exceder los 120 días de arresto, y considera una sola contravención la repetición de actos de similar especie realizados por un mismo autor con unidad de resolución.

En el título III, denominado “De las Penas” dispone que: “No se aplicará pena al que:

- 1) Como consecuencia del hecho sufre daños de gravedad.
- 2) Realiza una conducta culposa en que la culpa es insignificante o no es suficientemente reveladora de falta de responsabilidad social.
- 3) Mediante esfuerzos serios, proporcionados a la gravedad del injusto, tiende a reparar o a eliminar las consecuencias dañosas del mismo.
- 4) Hubiese reparado el daño causado a terceros.
- 5) Abonase antes el máximo de la pena de multa que hubiese correspondido”.

En relación al perdón judicial, el siguiente artículo dice: “El juez podrá perdonar la falta en los supuestos siguientes:

- 1) Cuando resultare evidente la levedad del hecho.

- 2) Cuando el particular ofendido pusiere de manifiesto la voluntad de perdonar al infractor.
- 3) Cuando el infractor no hubiese cumplido 18 años y así lo aconsejaren las circunstancias del hecho”.

Determina que el fin de la pena es “la adaptación del individuo a las condiciones de la vida en una comunidad jurídicamente organizada, necesarias para la realización individual y social” y que la individualización de la misma se hará teniendo en cuenta: la tipicidad dolosa o culposa; la comprensión de la antijuridicidad y de la reprochabilidad de la conducta; y la falta de responsabilidad social del autor revelada con su conducta y características personales. Define a la falta de responsabilidad social como “la manifestación externa de desprecio por los bienes jurídicos de sus semejantes, necesarios para su autorrealización”.

Trae innovaciones respecto a las especies de penas, puesto que las contravenciones están reprimidas con arresto y sustitutos, como penas principales, y con penas accesorias de éstas. Son sustitutos del arresto: la multa, el arresto domiciliario, el trabajo de fin de semana, las instrucciones especiales y la amonestación formal. Son penas accesorias: la inhabilitación, el comiso y la clausura, disponiendo que “todas las penas previstas en este Código son de cumplimiento efectivo”.

El arresto tiene como mínimo 1 día y como máximo 120 días, debiendo cumplirse en establecimientos provinciales especiales, en caso de creación de los mismos, o en secciones separadas de los existentes en la Provincia destinados al alojamiento de detenidos o en cualquier dependencia policial cuando así lo permitiera su infraestructura. Seguidamente prohíbe alojar a contraventores con procesados o condenados por delitos, no constituyendo ello ninguna innovación, ya que el elogio viene dado por lo que dispone a continuación: “La inobservancia de esta prohibición hará responsables a título de falta grave en el desempeño de sus funciones al juez que dispusiese el alojamiento, al funcionario policial que cumpliera tal disposición y a cualquier funcionario

público que tomase conocimiento del hecho con motivo de su función y omitiese denunciarlo. Ello sin perjuicio de la formación de causa ante la eventual configuración de ilícitos penales”.

Excluye la pena de arresto por imposibilidad fáctica, es decir, ante la inexistencia de establecimientos especiales, o secciones separadas en los establecimientos existentes, o de no ajustarse los destacamentos policiales a lo prescrito mas arriba, no debe aplicarse pena de arresto, sancionándose obligatoriamente al contraventor con alguna de las penas sustitutivas previstas.

Tampoco permite la pena de arresto a menores de 18 años, remplazándola también por alguna de las sustitutivas, pero prefiriendo sobre la de multa las restantes.

Durante el cumplimiento de la pena de arresto, al contraventor y a su familia (en caso de ser necesario) se le procura atención medica y asistencia social.

Dispone que el “régimen de visitas será lo mas amplio posible”, debiendo dictarse una reglamentación al respecto.

El arresto puede sustituirse por multa, particularmente cuando la contravención haya sido cometida con ánimo de lucro o por codicia.

La sustitución es: un día de multa por cada día de arresto y la recaudación de las multas se destina a la asistencia postliberacional.

Para fijar el día de multa, el juez debe tener en cuenta la situación económica del contraventor, no pudiendo exceder el monto, la entrada media diaria de éste, pero el día de multa no podrá ser inferior al 50% del valor diario del salario mínimo, vital y móvil que rige en la provincia de Chubut, ni excederá el equivalente a cinco veces ese valor.

También el arresto puede sustituirse por trabajos de fin de semana, cuando así lo consintiere el condenado. Se considera un día de trabajo de fin de semana la prestación de 4 horas de trabajo en los horarios y lugares que el juez determine, fuera de los días y horarios de trabajo y /o estudio del contraventor.

Se debe evitar en lo posible y salvo consentimiento expreso del contraventor, fijar trabajos que deban prestarse a la vista del público.

Otra de las penas sustitutas la constituyen las instrucciones especiales, las que no pueden exceder del término de 6 meses, consistiendo éstas en una o mas de las siguientes: 1) obligación de asistir a la instrucción que se imparta en un establecimiento de enseñanza escolar o profesional; 2) obligación de desempeñar un trabajo remunerado, cuando ello fuere posible, y teniendo en consideración las circunstancias personales del contraventor y la situación de hecho; 3) obligación a someterse a un tratamiento médico o psicológico, individual o grupal; 4) prohibición de concurrir a determinados lugares.

El juez podrá ser asistido en la tarea de contralor en la conducta del contraventor (respecto a las instrucciones especiales), por los asistentes de prueba, quiénes serán vecinos del lugar, mayores de edad, instruidos, nombrados por el Superior Tribunal de Justicia a propuesta de los jueces y podrán ser removidos, de igual forma, sin sustanciación alguna, cuando a juicio del juez del que dependen o del Superior Tribunal de Justicia, desatendieran sus tareas.

La función de estos asistentes será retribuida conforme lo fije el Superior Tribunal de Justicia y tendrá carácter de carga pública.

La amonestación formal consiste en que el juez señala al infractor, la naturaleza y alcances del hecho cometido y la sanción que le correspondería, conminándolo a evitar su reiteración, dejando de todo ello constancia en el acta.

Un aspecto muy importante a destacar, lo constituye el hecho, por cierto acertado dada la inconstitucionalidad del instituto, de que no existe la reincidencia, prohibiendo el Código a partir de su vigencia, llevar ficheros y cualquier otra forma de registro contravencional a toda autoridad administrativa, disponiendo la caducidad de los registros contravencionales existentes en la provincia y ordenando a los funcionarios encargados de los mismos, la destrucción en acto público, el

cuál debe ser notificado al juez correccional mas antiguo de la circunscripción territorial de la que se trate, “quien deberá presenciar el acto y labrar acta circunstanciada por Secretaría, la que será inmediatamente elevada al Superior Tribunal de Justicia para su archivo”.

Respecto a la acción, establece que es pública, salvo en los casos que se exige denuncia, siendo esta última una acción dependiente de instancia privada.

La acción prescribe a los 6 meses contados desde la comisión de la infracción y, la pena, en un período igual, desde la fecha en que quedó firme la sentencia que la impuso. La prescripción de la acción se interrumpe por cualquier acto procesal que impulse el procedimiento, dejando así a un lado el controvertido concepto de “secuela de juicio”.

En relación a los tipos contravencionales ( ubicados en el libro segundo), queremos resaltar que no se encuentran incriminadas la ebriedad, la prostitución, la mendicidad o vagancia, el vestirse o hacerse pasar por persona de otro sexo y la tenencia de ganzúas o instrumentos aptos para abrir cerraduras, es decir, el vulgarmente llamado “punguista”, el golpear a otro sin causarle lesiones, por mencionar algunos ejemplos.

El libro tercero, denominado “El proceso contravencional”, está dividido en tres capítulos : primero, “Actos iniciales” ; segundo, ”Del juicio” y tercero, “Disposiciones varias”. A continuación, haremos una somera descripción de los actos iniciales y del juicio.

La denuncia puede hacerse ante la autoridad policial o directamente ante el juez de paz.

El funcionario que compruebe la infracción labrará un acta, permitiendo el Código utilizar formularios preimpresos, con la condición de que no atenten o desvirtúen las garantías constitucionales.

Las actas que no reúnan los requisitos de forma exigidos o cuando se labren con motivo de conductas claramente atípicas, podrán ser desestimadas por el juez liminarmente.

En el acto de comprobación, se entregará al presunto infractor copia del acta labrada. Si ello no fuera posible, se le remitirá por cualquier medio fehaciente dentro de los dos días.

Se procederá a la aprehensión en caso de flagrancia, definiendo la flagrancia contravencional de la siguiente manera: "...cuando conminado el presunto infractor a cesar en la conducta típica resistiere a hacerlo". La aprehensión debe ser comunicada de inmediato a juez de paz, llevando al contraventor ante éste, en la primera hora hábil de su despacho, si antes no fuere requerido.

Las actuaciones deben ser elevadas directamente al juez, a más tardar dentro de las 24 horas de labradas. La audiencia debe fijarla el juez, dentro de los 5 días hábiles de recibidas las actuaciones, salvo causas de fuerza mayor.

El artículo 185 dispone: "Cuando llegadas las actuaciones y oído el imputado, el juez optara por la amonestación formal, la efectuará sin más trámite, conforme las prescripciones del artículo 51".

La audiencia de juicio será oral y pública, salvo que existan causas de moralidad que justifiquen su realización a puertas cerradas.

Es importante destacar que la defensa del imputado es obligatoria, estableciendo el artículo 187: "Cada imputado deberá ser asistido por un abogado de confianza o defensor público al que en ausencia de aquél, se le dará intervención de oficio, desde el primer acto del proceso. El defensor oficial podrá asignar la defensa a un funcionario letrado de su dependencia".

Y fue tan cuidadoso el legislador respecto al derecho de defensa, que a continuación dispone: "En las localidades donde no existiere defensor público pero hubiese letrados de la matrícula radicados se los designará, de oficio defensores ad hoc y tal designación constituirá carga pública. Los abogados así designados tendrán derecho a percibir los honorarios que el juez regule por la labor realizada durante el juicio. Tales honorarios estarán a cargo del Estado provincial, a través del Superior

Tribunal de Justicia. Cuando en la localidad no se contase con defensor público ni abogado de la matrícula radicado ni el encartado estuviese en condiciones de designar un defensor de confianza, la defensa será ejercida por cualquier persona instruida del pueblo que designe el encartado o, en defecto de éste, el juez. En cualquiera de los dos casos, la designación constituirá carga pública y la persona así designada solo podrá apartarse por motivos fundados que podrán o no ser acogidos por el juez”.

“En los casos del párrafo anterior, mediando sentencia condenatoria, los autos siempre serán elevados en consulta al juez correccional que corresponda, quién previo a resolver, dará cometido al defensor oficial para que se expida y peticione”.

“Cuando las defensorías no pudiesen atender con agentes públicos las tareas que este Código les encomienda, los jueces designarán por sorteo, letrados de la matrícula, de una lista que se confeccionará en cada juzgado de paz, en la que voluntariamente se inscribirán los abogados. Tal designación importará carga pública para los letrados, quiénes tendrán derecho a percibir los honorarios que se les regulen, conforme se determina en el artículo anterior”.

La prueba será ofrecida 48 horas antes de la audiencia y producida durante la misma. Sólo admite prueba documental, testimonial, informativa y pericial.

El sistema de valoración de la prueba es el de sana crítica racional.

Oído el imputado y sustanciada la prueba, se dará la palabra al defensor, debiendo fallar el juez dentro del término de 3 días en forma de decreto fundado.

La sentencia condenatoria sólo se cumplirá cuando adquiriese firmeza.

Contra la sentencia puede interponerse recurso de nulidad y de apelación, ante el juez que la dicto dentro de los tres días de notificada, elevándose las actuaciones al juez correccional que deba resolver.

Las actuaciones contravencionales están exentas de sellado, aún para el condenado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aftalión, Enrique R., "Tratado de Derecho Penal Especial", t. I.
- Alvarado Velloso, Adolfo "Introducción al estudio del derecho procesal", primera parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- Arroyo Zapatero Luis, "Derecho Penal Económico y Constitución", Revista Penal, año 1, numero 1, Publicación semestral de Editorial Praxis, S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha.
- Bacigalupo, "La impugnación de los hechos probados en la casación penal" .
- Beccaria, "De los delitos y de las penas", par. VIII.
- Bettiol, Giuseppe, "Derecho Penal Parte General".
- Bidart. Campos, Germán, "Derecho Constitucional", t.II.
- Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", t. IV, sexta edición.
- Binder, "Introducción al "Derecho Procesal Penal".
- Binding, "Normen", vol.I.
- Carrara, "Programa de Derecho Criminal".
- Carrió, Genaro, "Recurso de amparo y técnica judicial.
- Carrió, Genaro, "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos".
- De La Rúa, "La casación penal".
- Diez, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo", t.II.
- Donna, Edgardo Alberto, "Teoría del Delito y de la Pena", t.II.
- Ferri, Enrique," Principios de Derecho Criminal".
- Fontan Balestra, Carlos, "Derecho Penal Parte Especial" .
- Gonzalez Roura, "Derecho Penal", Bs. As., 1925, t. I.
- Hassemer, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos".
- Jescheck, Hans, "Tratado de Derecho Penal", t. I.
- Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", t. III.
- Longhi, Silvio, "Teoria generale delle contravvenzioni".

Lucchini, Giustizia e Polizia, en R. P; vol.XX,

Maggiore, Giuseppe, "Tratado de Derecho Penal", t.I. .

Maier, Julio B,"Derecho procesal penal. Fundamentos", t. I .

Malagarriga,C. "Código Penal Argentino", Bs. As., 1927, t.I.

Manzini, Vincenzo "Tratado de Derecho Penal", t. II.

Marienhoff, "Derecho Administrativo", t. I.

Moreno, Rodolfo (h), "El Derecho Penal y sus antecedentes", Bs. As., 1922, t.I.

Nino, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional".

Núñez, Ricardo, "Derecho Penal Argentino", Bs. As., 1959, t.I.

Peco, José, "La Reforma Penal Argentina de 1917-1920, Bs. As. Proyecto de 1891, Exposición de Motivos, p. 226.

Ramos, J.P., "Curso de Derecho Penal", Bs. As., 1928, t. II.

Roxin, Claus, "Problemas Básicos del Derecho Penal". Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976.

Saldaña, "Comentarios" I.

Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 2da. reimpresión, t.I.

Spota, C.G, "El procedimiento penal administrativo", J.A., 1942-IV.

Tejedor, "Proyecto de Código Penal", Bs. As., 1866.

Tozzini, Carlos A., "Elementos de inimputabilidad penal".

Urs Kindhäuser, "Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa", ed. Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1.996, Universidad Externado de Colombia.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal, parte general" y "Manual de Derecho Penal, parte general"

