

I. Introducción: sistema penal y sistema contravencional

Conviene, para una correcta discusión del problema que abarca el título, comenzar por ciertas definiciones que eviten, en lo posible, debates por razones meramente semánticas, *v. gr.* por razones relativas a la mayor o menor extensión que individualmente acordamos a aquellos nombres que utilizamos para comunicarnos. Como en todo empleo del lenguaje con ese fin, arriesgamos con convertir esa discusión en superflua, si no damos una idea acabada de los términos que hoy contraponemos y, desde el título, suponemos diferentes.

Quizás ganado por cierta inclinación hacia la crítica histórico-cultural para determinar el alcance de los conceptos que el hombre ha pergeñado a través del tiempo -que, para ser sincero, creo que, al menos para mi comprensión, ha rendido frutos- dejaré que una síntesis histórica nos aclare el primer problema que enfrentamos.

A. Sistema penal

Seguramente una visión neófito, pero también una visión cultural común, que, cualquiera que sea el grado de nuestra formación en Derecho penal, nos abarca a todos, profanos y doctos en el tema, afirmará que el sistema penal es consustancial a la vida humana gregaria, existió y existirá mientras se desarrolle la asociación humana o política, y, en el futuro, no desaparecerá de nuestro mundo, ni de aquel que sobrevendrá para generaciones posteriores. Es posible que esta sentencia termine siendo realidad en el espacio de tiempo limitado que abarcan nuestras vidas, pero ella es inexacta, al menos desde el punto de vista histórico, si exigimos cierto grado de precisión en los conceptos.

La institución que caracteriza al sistema penal es la *pena estatal*. Ella implica un interés directo en su aplicación de quien ejerce el poder político, sin un condicionamiento extraño a su voluntad; por tanto, la pena estatal implica, también, *persecución penal oficial o pública*. Pero, además, su aplicación está unida indisolublemente a un cambio abrupto de paradigma acerca de aquello que significa administrar justicia. Previo a su aparición, la aplicación de medidas gravosas para quien debía soportarlas no sólo estaba unida a una voluntad extraña a la organización social en sí misma (caso del Derecho ático o romano, aun después de la introducción de la acción popular para los delitos calificados como públicos), sino que, además, no suponía un proceso de averiguación de la verdad histórica -hoy llamada *verdad correspondencia*- por la burocracia oficial. Inmediatamente antes de la introducción de la pena estatal, en el Derecho germano antiguo y durante la vigencia de la organización social vecinal, nuestro sistema penal era inexistente: el destino de la solución de los conflictos sociales estaba jugado, en primer término, a la concertación -*composición*- de intereses entre los protagonistas de ese conflicto, quienes, si no regresaban conjuntamente a la paz social, mediante un contrato que fijaba sus derechos y deberes futuros, reproducían el conflicto -el enfrentamiento entre ellos- en un combate judicial ante la comunidad de hombres capaces, que comenzaba por medios intelectuales, pero que, si así no lograba solución, proseguía por medios más violentos hasta llegar al combate físico, con la consecuencia práctica del extrañamiento o el abandono del vencido a la venganza de cualquier miembro de la comunidad (pérdida de la paz comunitaria). Todo ello cambia abruptamente con la aparición de la pena estatal: el procedimiento lo lleva a cabo, por delegación de quien ejerce el poder político, la burocracia dependiente de él, con el exclusivo fin de inquirir objetivamente la verdad histórica, sin condicionamiento alguno que parta de los protagonistas concretos del conflicto y sin prestar atención al interés concreto que ellos defienden en el caso. Un aparato burocrático organizado verticalmente y el sistema de devolución del poder delegado por escalones (*justicia de gabinete*), más un procedimiento registrado por escrito, para poder ser controlado por quienes delegaban el poder, sirven de soporte a la nueva concepción básica del concepto *justicia*. Es la época de la *Inquisición*, cuyo solo nombre indica todas las características citadas.

Todo esto sucede, a partir del siglo XIII de nuestra era y se consolida en el siglo XV, dentro de una organización social característica, que supone un cambio político radical en la asociación

humana: la concentración del poder político en la organización llamada *Estado-nación*, que, a la vez, supone pérdida del poder político que las personas capaces ejercían cotidianamente en la organización vecinal, transformados ahora en súbditos de la corona o de quien ejercía el poder político. La transformación, que comienza en la iglesia romana y se materializa por la *recepción del Derecho romano-canónico* en el mundo laico, supone también un cambio enorme del paradigma jurídico: de reglas elaboradas por la costumbre y transmitidas por la tradición oral (Derecho consuetudinario), en cierta manera autónomas para los obligados por ellas, el centro de gravedad del concepto de Derecho se traslada a un Derecho escrito, más elaborado y "científico", con base en el Derecho romano, totalmente *heterónomo* para los súbditos obligados por sus normas.

Así nace la *pena estatal*, con todas sus características implicadas: *persecución penal pública*, *verdad correspondencia* como meta de la actividad judicial, *justicia de gabinete* (organización vertical de funcionarios estatales), *procedimiento registrado*, sin debates. Ella nace, en principio, como puro poder del soberano (Papa, monarca, príncipe) para la conservación de la forma de organización social, esto es, para castigar a quienes se alzaban en contra de esa autoridad, razón por la cual el único crimen reprimido era el delito de lesa majestad. Va a trascurrir todavía un tiempo largo para que nazca aquello que, propiamente, llamamos *Derecho penal*.

Las consecuencias políticamente insoportables de la *Inquisición* condujeron a una reforma del sistema político y jurídico de enormes consecuencias. Fueron mantenidas todas las bases políticas y jurídicas fundantes del sistema -la concentración del poder político en el Estado y, en nuestro ámbito, la pena estatal, la persecución penal pública, la verdad correspondencia como objetivo de la actividad judicial del Estado y, prácticamente, sinónimo del concepto de justicia, en cierta manera, la organización burocrática y vertical de los organismos judiciales y hasta, parcialmente, el procedimiento registrado. La principal innovación, después de que la *Ilustración* superó por compromiso el filtro del *ancien régime*, consistió en regular jurídicamente las competencias y facultades de los funcionarios estatales, de manera tal que todo aquello para lo cual no habían recibido una autorización específica por parte de la ley, resultó acción ilegítima de ellos, y de la misma manera, en nuestra materia, fueron fijadas las barreras -infranqueables o franqueables bajo ciertas condiciones- del ejercicio del poder penal del Estado. Nació así el llamado *Estado de Derecho* y también aquella realidad jurídica que denominamos *Derecho penal*, una autorización para el ejercicio del mayor poder coactivo con el que cuenta el Estado, el más destructivo para los individuos que viven bajo su organización política, con múltiples condicionamientos. Así, las acciones en las que consisten las prohibiciones y los mandatos amenazados en su incumplimiento por la pena estatal deben estar claramente definidos por la ley (*principio de legalidad*), se debe tratar, en todo caso, de acciones humanas cuya omisión se manda o cuya ejecución se prohíbe bajo la amenaza de la pena -y no de simples relaciones entre personas y cosas- y tales acciones u omisiones deben trascender el mero interés del propio individuo que las realiza (*principio de reserva*), ser ilegítimas en el marco de todo el sistema jurídico -no autorizadas por vía de excepción-, reprochables a la persona individual (*culpabilidad*) y, por supuesto, punibles o aún punibles. Desde el punto de vista procesal, aquellas barreras jurídicas consisten en los límites impuestos a los métodos empleados para la averiguación de la verdad (como ejemplos: prohibición del tormento, *nemo tenetur*, etc.), el juicio público ante un tribunal integrado por jueces imparciales como fundamento de la sentencia, institución que regresa de su ostracismo inquisitivo para lograr la verdad sobre la base de un método dialéctico, los jurados como mayor acercamiento posible al ideal de la imparcialidad de los jueces, el derecho del acusado a resistir la imputación y a confrontarse con la prueba de cargo, entre otras garantías que debe ofrecer la persecución penal pública y el ejercicio del poder penal estatal. Aquí se ubica el verdadero nacimiento y significado del Derecho penal, en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal, certificado por el punto de partida que representa, según reconocimiento general, un pequeño librito del marqués de Beccaria sobre *Los delitos y las penas*, una verdadera aplicación, confesada por su autor, de Montesquieu al ámbito penal. Cuando, sin rigor, nos referimos a la historia del Derecho penal y la extendemos a otras realidades, diluimos los conceptos históricos claros para abarcar otras instituciones afines o precursoras.

Así, *sistema penal* significa *pena estatal*, *persecución penal pública* como regla casi sin excepciones, y *averiguación oficial de la verdad histórica*, todo bajo el cedazo de las múltiples

protecciones individuales que garantiza a los ciudadanos el Estado de Derecho. Para terminar de describir la realidad histórica es necesario advertir que, al mismo tiempo, el Estado de Derecho produjo una verdadera ampliación del uso del Derecho penal, tanto desde el punto de vista material, como desde el atalaya de la organización estatal para aplicarlo. La revaloración de los intereses individuales y del papel protector del Estado respecto de la seguridad común, empujados por la traslación a su ámbito del monopolio de la fuerza, condujo a la aparición de un sinnúmero de bienes jurídicos que afectaban al habitante de un Estado tanto en su papel individual -vida, integridad física, honor, patrimonio, etc.-, como colectivo -fe pública, salud pública, etc.-: de tal manera se amplía el objeto y fines del Derecho penal material. A ello corresponde también una ampliación similar de la organización encargada de realizar la ley penal: a principios del siglo XIX aparecen las policías profesionalizadas, órganos del Estado encargados de prevenir y reprimir los delitos, que, para superar la descentralización del poder de policía o su concesión, en casos extremos, al ejército encargado de custodiar la soberanía en su manifestación externa, amplían sucesivamente el número de sus recursos materiales y humanos; tiene también su nacimiento el ministerio público, órgano del poder administrador para la realización del Derecho penal ante el Poder Judicial, bautizado en Europa continental por la mayoría como "hijo de la Revolución"; y crecen los tribunales penales, tanto en relación al número de los jueces que en ellos prestan servicio, como territorialmente.

B. Sistema contravencional

1. Origen de la distinción

Por esta época se esboza también la diferencia entre *faltas* o *contravenciones* y *delitos*. En verdad, la sistematización francesa, que tanto en los órdenes material como formal presidió el nacimiento y desarrollo del Derecho penal en el siglo XIX y que, a través de la dominación napoleónica, conquistó, incluso culturalmente, la Europa de ese siglo, impuso la diferencia clásica de infracciones penales entre crímenes (las más graves), delitos y contravenciones (las más leves). La distinción determinó también la organización judicial, con tribunales correccionales para las infracciones menores, tribunales escabinados para la criminalidad mediana y tribunales de jurados para los crímenes. El desarrollo del sistema contravencional, como se observa, depende del sistema penal, se elabora como infracciones de menor cuantía y responde a un ejercicio más directo y simplificado del poder penal estatal.

2. Distinción sustancial

Empero, a poco de andar comenzó la discusión teórica que tenía como norte trazar la frontera entre los delitos y las contravenciones. Quizás el hecho de que los códigos penales originarios contuvieran a las contravenciones como infracciones de penalidad menor, provocó que la primera decisión elaborada con rigor acerca de esa diferencia fuera crítica, esto es, no considerara suficiente la diferencia obvia relativa a la pena menor, sino que intentara sondear alguna diferencia sustancial que permitiera, precisamente, concluir en la menor punibilidad. Todos los clásicos, todavía tributarios del Derecho natural, insistieron en esta diferencia. Para Feuerbach -en Alemania-, por ej., los delitos y crímenes consistían en ataques a derechos naturales, mientras que las contravenciones representaban el alzamiento contra el derecho del Estado en el ámbito de su poder de policía. Carmignani y Carrara -en Italia- sostenían que los delitos atentaban contra la seguridad pública o común, mientras que las contravenciones atacaban la prosperidad pública, como actividad de la Administración para lograr el bien común. En definitiva, los delitos representaban una amenaza para los derechos -individuales y colectivos- de los ciudadanos, mientras que las contravenciones miraban a la eliminación de obstáculos para la correcta administración de la sociedad por el gobierno. James Goldschmidt -en Alemania y entre nosotros- avanzó todavía un paso más: el delito violaba la seguridad de nuestros derechos; la contravención se refería a la actividad de la Administración para que nosotros pudiéramos ejercer en la práctica esos derechos en un ambiente ordenado y de bienestar común. La contravención representaba, así, la falta de cooperación del administrado en la tarea de la Administración para crear las condiciones de ejercicio práctico de nuestros derechos, en el marco del bien común. Por tanto, la contravención pertenecía al ámbito del Derecho administrativo.

3. Distinción formal

Debido a que la frontera que pretendía la tesis sustancialista acerca de la división entre delitos y contravenciones no constituía una traza segura y estricta, que garantizara la posibilidad de dividir las aguas correctamente, toda la modernidad comenzó a negarla. Adoptó, sin embargo, un criterio arbitrario o, si se quiere, consolidado en la valoración legislativa totalmente libre. Contravenciones eran aquellas infracciones que el legislador indicaba como tales y reprimía con penas de menor gravedad. Hoy esta distinción es dominante tanto científica como prácticamente.

Pero obsérvese que la distinción formal -por la pena- no explica la diferencia de grado entre una y otra infracción, que conduce a una menor punibilidad de las contravenciones, sino que tan sólo se limita a negar una diferencia sustancial y a aceptar la distinción fijada por el legislador, libre y discrecionalmente.

4. El problema en el Derecho argentino

Hasta donde yo sé, sólo Don Ricardo C. Núñez ha procurado distinguir ontológicamente la contravención del delito, como infracciones de naturaleza o calidad distintas: el delito se refiere a los derechos tanto individuales como sociales de los miembros de la sociedad civil; la contravención está ligada a la Administración pública como creadora de un ámbito de orden para la realización práctica de nuestros derechos en la vida cotidiana^[1]. En forma más tangible, el delito lesiona lo que es nuestro; la contravención, lo que es del gobierno. Nuestros son la vida, la integridad física, el honor, la libertad, la honestidad o libertad sexual, el estado civil, etc. y, como individuos asociados, la protección básica de la salud pública, de la fe pública, de la seguridad pública y hasta la incolumidad de la Administración pública, afectada por hechos de los ciudadanos o de los funcionarios. Ligado a la Administración pública se halla el ejercicio del poder de policía en un sinnúmero de ámbitos como las profesiones y oficios, la elaboración y comercialización o liberación de productos en el mercado, la conservación del medio ambiente, la reglamentación del tránsito ordenado por la vía pública, la reglamentación de la convivencia entre vecinos y hasta la reglamentación de la actividad procesal en materia judicial, que también puede sufrir obstaculizaciones por parte de los administrados que deben colaborar con ella (piénsese en el poder de policía de la audiencia ejercido por el presidente del tribunal, en la conducción forzada de testigos y hasta en el arresto de personas que no cumplan con la citación a comparecer).

Por lo contrario, la gran mayoría de nuestros juristas, entre los cuales se puede nombrar a Rodolfo Rivarola, Sebastián Soler y Eugenio Raúl Zaffaroni, niegan esta tesis y establecen sólo una distinción de grado de punibilidad entre delitos y contravenciones.

Metafóricamente dice Núñez, con alguna razón: al delito le tememos; la contravención nos molesta; cuando de alguna contravención emerge el temor, no sucede por la infracción en sí misma, sino por lo que nosotros pensamos sobre la conducción de vida del infractor, si exagera su papel de tal. En verdad, Núñez adopta esa posición porque es la única que le permite distinguir entre poderes legislativos delegados al Congreso federal por las provincias y poderes conservados por las legislaturas locales.

5. Nuestra conclusión provisional

Antes de tratar el punto indicado inmediatamente antes, tiene sentido intentar la crítica de ambas posiciones desde un punto de vista neutral. No quiero ocultar con ello mi preferencia intuitiva hacia la distinción sustancial.

Lo cierto es que, como sucede con todo concepto -y con toda palabra que por definición indica un concepto, según aprendimos de Genaro Carrió^[2]-, resulta más que difícil, imposible, trazar una frontera absolutamente exacta al ámbito de cosas, situaciones o personas que menta un concepto determinado, de manera tal que no se confunda con su vecino o, mejor aún, con su opuesto contradictorio, porque los mojones que marcan la frontera no existen y sólo es posible indicar una franja fronteriza. Sospecho que en la discusión entre la tesis formal y la tesis sustancial subyace una exageración: ambas tienen razón parcialmente y ambas carecen de razón, también parcialmente. Nuestra arquitectura mental parece exigir, por motivos culturales,

mundos morales y normativos elaborados en "blanco y negro", a pesar de que la realidad que apreciamos es suficientemente colorida a la luz de nuestros sentidos.

Esto conduce a la tesis formal a agotarse en señalar la imposibilidad de distinguir materialmente en forma exacta la contravención del delito y a desembocar, por esta imposibilidad, según veremos, en el destino infructuoso que le depara rendirse frente al libre arbitrio del legislador ocasional. La visión material del problema ha sido más modesta, pero, sin embargo, tampoco ha reparado en que el menor grado de punibilidad es, con alguna frecuencia, un indicio o indicador valioso de la diferencia sustancial, con base en la cultura humana y en su devenir histórico.

Algunos ejemplos prácticos pueden ilustrarnos mejor que las palabras en esta ocasión: así como no estamos dispuestos a comprender como contravenciones a aquellos ataques contra el honor, la libertad o la integridad física, por escaso que sea el grado de punibilidad decidido por el legislador, tampoco estamos dispuestos a comprender como delito a una infracción de orden, relativa a la limpieza en la vía pública, en razón de la pena elevada que eventualmente puede decidir el legislador; el hurto, más aún si se produce con violencia, y el fraude pertenecerán siempre a la esfera de los delitos, y la acción de un vecino que ensucia la vereda o arroja su basura a la vía pública fuera de horario y en contra de las reglamentaciones, pertenecerá siempre al ámbito contravencional. Por lo demás, la valoración legislativa de importancia punitiva acerca de una acción prohibida -como ejemplo, la resistencia o el atentado contra la autoridad- representa un indicio grave de que la conducta pertenece al ámbito delictual.

Debemos reconocer que, en muchos y variados casos -los hurtos menores en tiendas o supermercados, las lesiones levísimas, como aquellas que se regeneran por sí mismas en escaso tiempo: p. ej., el corte de cabello, etc.-, es decir, en las "zonas de frontera", siempre existirán dudas y ellas darán pie a una discusión argumental sin vencedor claro, sin otro argumento para la decisión que la racionalidad política.

Pero estimo que ambas teorías pueden, positivamente, influir en ese juicio de racionalidad. Por de pronto, no es racional reaccionar contra aquello que se califica como contravención con el mismo rigor de la pena estatal y, al menos, tal calificación debería inducirnos a dejar de lado ciertos rigores de la pena, por ej., el utilizar la privación de libertad. Por otro lado, la tesis sustancial podría ayudarnos a descubrir, al menos en gran medida, cuáles son los ámbitos de gran extensión en los que opera la falta o la contravención, indicándonos su sentido, sin sucumbir ante la tentación de llenar los espacios de libertad que, conforme al principio de legalidad, dejan las reglas penales (el ejemplo más claro lo constituye la falta de punibilidad expresa de la tentativa en el CP, espacio que no podemos llenar transformando esa tentativa en una contravención).

Otro ejemplo indica con mayor poder de convicción aquello que pretendemos decir. Cualquiera que sea nuestra posición frente al problema de la punibilidad de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes (prácticamente responsabilidad objetiva por el control delegado) es criticable racionalmente en el Derecho penal, en razón del *principio de culpabilidad*; no es criticable, en cambio, en el Derecho contravencional, sobre todo cuando sus reglas operan dentro de un marco razonable de reacciones, que permite el ingreso de soluciones distintas o alternativas a la pena.

II. La importancia de la distinción en la organización institucional argentina

A. El problema

La cuestión de la distinción entre delitos y contravenciones tiene raíz universal. Pero, ubicado el problema dentro del ámbito de nuestro país, él revela una arista difícil de imaginar o de reproducir exactamente en otros países. Con excepción de aquellas contravenciones que genera la Administración del gobierno federal en los ámbitos relativos a sus funciones, delineadas constitucionalmente (territorios propios o bajo su poder exclusivo de jurisdicción, aduanas, ríos y vías de navegación interprovinciales, navegación en mar libre o mar territorial, correos y telégrafos, rentas de la Nación, etc.), el poder de policía -de las costumbres, del

tránsito ciudadano o por rutas locales, de la salubridad, de las profesiones y oficios, de la vida vecinal, etc.- no ha sido delegado por las provincias en el gobierno federal y aun más, ha sido mantenido por los municipios en aquellas provincias de organización interna federal. Ese poder corresponde, entonces, a los gobiernos locales y genera, en materia contravencional, ámbitos distintos de competencia legislativa entre el Congreso de la Nación y los distintos cuerpos legislativos locales. Ello ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema en múltiples fallos que me eximo de comentar. En ello se fundaba, por ejemplo, el debate sobre la aplicabilidad de la ley penal tributaria a la infracción del poder impositivo local.

Dado el poder legislativo distinguido materialmente por nuestra organización institucional, ya que sólo se delegó parcialmente el poder en el Congreso de la Nación (potestad para legislar sobre delitos, CN, 75, inc. 12, y sobre contravenciones relativas a las áreas comprendidas en el gobierno federal), nos hallamos frente a un problema propio, derivado de la antigua distinción universal entre delitos y contravenciones. La tesis formal sólo posee una respuesta al interrogante, cualquiera que sea el matiz de su afirmación. A contrario de aquello que se reconoce en la teoría constitucional sobre poderes locales conservados -la regla- y poderes delegados -la excepción-, ella desemboca casi inevitablemente en la solución que recorta el ejercicio de los poderes de policía local, en el ámbito de las faltas y las contravenciones: la regulación local sólo es un remanente de conductas punitivas y penas tan grande o tan pequeño como el Congreso de la Nación tenga a bien dejarles ejercer a los poderes locales. Sólo así puede comprenderse que la reciente voluntad del Congreso de prohibir la tenencia o portación de armas civiles haya determinado, automáticamente, la derogación implícita de normas contravencionales de la Ciudad de Buenos Aires, sin crítica alguna.

Un ejemplo práctico de Núñez ilumina el problema real, cualquiera que sea la posición del intérprete. Se trata de la punición del "curanderismo" o ejercicio ilegal de la profesión médica. Es claro que el poder de policía sobre el ejercicio de las profesiones u oficios reside en los estados locales; ese poder de policía abarca la habilitación correspondiente y sus límites. La infracción que desconoce esa habilitación o sus límites, sin embargo, fue proyectada como contravención por el proyecto CP 1891, art. 349, inc. 7. El proyecto de 1906 dividió las aguas y penó como *delito* la misma figura prohibitiva -ejercer sin autorización o traspasar los límites de la autorización-, pero con la condición de la *habitualidad* (225, inc. 1), e introdujo como *falta* la misma figura del proyecto 1891 sin habitualidad, comprensiva también de la anterior que, digamos, resultaba agravada respecto de esta última. Finalmente, el CP 1921, aún vigente, contiene la figura agravada del proyecto 1906 entre los delitos contra la salud y deja para la regulación provincial aquello que el proyecto fuente definía como falta, esto es, eventualmente, la punición del acto individual de "curanderismo". Por de pronto, si el ejercicio habitual del "curanderismo", según alguna definición conceptual, constituía un delito contra la salud, no tiene sentido que la figura básica, que no requiere el elemento de habitualidad, dejara de lesionar la salud. No parece, sin embargo, que el curandero, por definición de aquello que hace -ya sea una sola vez o en múltiples ocasiones- ataque necesariamente la salud; si ello fuera así, parece que el CP debería haberlo introducido en el título de los delitos contra las personas, como efectivamente sucede cuando provoca un daño. Por lo demás, si ello es así, resulta además que no existe diferencia alguna entre la conducta múltiple y la ejecución de un acto aislado, salvo la necesidad de mayor pena por repetición en el primer caso. La realidad, en cambio, marca que el curandero infringe la reglamentación que sobre las autorizaciones para ejercer la profesión médica regula y concede el poder de policía local.

B. Las posibilidades limitadas de una distinción y las conclusiones finales

Según lo expuesto, la frontera que divide los delitos de las contravenciones es, en último extremo, imposible de trazar con precisión matemática, afirmación que cobra realidad, de ordinario, en múltiples conceptos jurídicos que, en todo caso, son construidos con palabras. Ello no sucede sólo con el criterio material de distinción, dificultoso de elaborar genéricamente y de aplicar a los casos menos generales, sino también con el criterio cuantitativo relativo a la pena: para ello basta tomar las penas mínimas amenazadas por nuestro CP, tanto la multa como la privación de libertad, y apreciar que, por debajo de ellas, no existiría la posibilidad práctica de elaborar Derecho contravencional alguno construido con seriedad bajo ese paradigma.

Empero, según también hemos observado, la distinción es absolutamente necesaria para nuestra forma de organización federativa, para deslindar la competencia legislativa federal de la local. Reconocer, sin embargo, que no es posible definir conceptos por fronteras rígidas o exactas, no significa renunciar a definir. Estimo que el reconocimiento sólo implica abrir la justificación a la argumentación racional. Ya en este ámbito me parece racional la afirmación de que todo poder de policía precisa de un poder sancionatorio para aquellos casos en los que la colaboración pedida al administrado, mediante su conducta activa o pasiva en determinadas circunstancias, sea ignorada o, mejor aún, el administrado niegue esa cooperación exigida en bien de todos. Con un ejemplo: el poder de policía de la audiencia que el juez que la preside ejercita, no existiría sin un poder sancionador moderado (expulsión de la sala, comparecencia forzada, etc.) sobre el infractor, realidad que contemplan todos los códigos procesales.

Pero, al mismo tiempo, es exigible al legislador competente y al ejecutor de la regla una moderación extrema en el uso de la fuerza -esto es, en la sanción-, no sólo porque nos hallamos en un ámbito de escasa potencialidad de peligro o daño -entonces, también como derivado del *principio de proporcionalidad*-, en el ámbito donde el Estado administrador es nuestra contraparte y sólo reclama derecho a la obediencia, sino, además, porque la sanción excesiva, si pretende obedecer a una decisión correcta, indica por sí misma que la conducta prohibida o mandada pertenece a otro ámbito jurídico.

III. La importancia práctica de la determinación y un modelo contravencional

A. El orden jurídico local

Para los gobiernos locales, en un país federal, resulta de vital importancia, el ejercicio del poder de policía local y, con ello, la competencia legislativa sancionatoria derivada de él. Más allá de la discusión acerca de los alcances de la autonomía de gobierno y jurisdicción, carecería de sentido la existencia de un Estado federado, con cualquier limitación, si esta realidad jurídica le fuera negada. Y ello es lo que sucede si se acepta que el Congreso de la Nación, como en definitiva concluye la tesis formal sobre la distinción, tiene potestad para, mediante la ley penal, fijar directamente el ámbito de la facultad sancionatoria local o, incluso, para anularla. De tal manera, la afirmación, consolidación y organización eficiente de su poder de policía en varias y diversas áreas, mediante su poder sancionatorio, resulta imprescindible para el correcto funcionamiento de un Estado que se predica como autónomo.

B. La importancia política y práctica

Intentaré describir ahora, sintéticamente debido a limitaciones temporales, las condiciones políticas y prácticas que conviene afirmar, a mi juicio, extraídas de cierta experiencia universal, para lograr un sistema contravencional con cierta aspiración de racionalidad y eficiencia.

1. En relación a su regulación material

a) Dos son las condiciones a cumplir por el sistema para adecuarse tanto al principio de legalidad como al de proporcionalidad, propios del Estado de Derecho. En primer lugar, se debe intentar, al extremo, no ocupar zonas que el Derecho penal, por sus reglas y su cláusula constitucional de cerramiento ha dejado en la zona de libertad del individuo; esto es lo mismo que conceder carácter deóntico de permitidas o excluir la obligación, si la ley penal no prohíbe ni manda: CN, 18 y 19. Para ello resulta importante mantener el ámbito de las faltas o contravenciones dentro del ejercicio del poder de policía local, esto es, captar adecuadamente la diferencia ontológica entre delitos y contravenciones.

Un ejemplo sencillo quizás ilustre el problema. Por vía del Derecho contravencional no parece políticamente racional punir aquello que el CP, al menos, ha declarado impune: cuando la tentativa es declarada por la ley penal carente de punibilidad, como sucede en algunos códigos penales modernos, y, en general, respecto de los actos preparatorios, anteriores al intento, la ley contravencional debe regularmente abstenerse de ejercer su poder sancionatorio. Lo contrario -llenar los ámbitos vacíos de punibilidad de la ley penal- no sólo constituiría un ejercicio abusivo de la potestad sancionatoria, por fuera de su objeto y de la competencia de

los órganos legislativos que la regulan, sino que, al mismo tiempo, infringiría una regla de oro para el Estado de Derecho, que no necesito aclarar.

b) En segundo lugar, el Derecho contravencional no debe funcionar, cuando menos, sobre la base de la privación de libertad. Las penas pecuniarias y un gran número de posibilidades, según la actividad de que se trata, proporcionan al poder sancionatorio local soluciones más racionales para su ejercicio. No existe la menor duda de que el criterio formal de distinción entre delitos y contravenciones -al exigir menor rigor para el poder sancionatorio proveniente del poder de policía local, que para el ejercido fundado en la ley penal- brinda una herramienta de justificación importante para avalar este punto de vista, fundado también en el principio de proporcionalidad.

Ello se compadece con una visión general del orden jurídico-penal respetuoso del Estado de Derecho. Según lo he dicho en otras ocasiones más adecuadas a la discusión de la crisis por la que atraviesa el Derecho penal; ni el Derecho penal concebido como la *protección de bienes jurídicos*^[3], ni la idea de un Derecho penal instituido para *proteger o asegurar la vigencia de la norma*, para la cual todo se define como mera desobediencia normativa, generan -como confiesan algunos de sus defensores^[4]- algún dique de contención para la legitimidad de la acción estatal consistente en punir comportamientos, sino que, a lo sumo, proporcionan un mejor "retrato" del orden jurídico-penal, al parecer valorativamente neutro, según esas opiniones. Ello ha convocado, por múltiples razones que hoy no es del caso examinar -pero entre las cuales se destaca la *seguridad*, comprendida como seguridad común o general y no como seguridad jurídica individual-, a un Derecho penal posmoderno, actual, fundado en una multitud de nuevos bienes jurídicos colectivos (sustancias controladas, salud pública, responsabilidad por el producto y su elaboración, terrorismo, hacienda pública y Derecho penal fiscal, etc.), difícilmente tangibles y definibles, cuyo núcleo central ya no reside en la lesión de un bien jurídico, sino, antes bien, en la eliminación de riesgos -esto es, DP preventivo- por acciones u omisiones que, de manera alguna, están vinculadas ciertamente con la lesión a un interés jurídico (infracciones de *peligro abstracto*). Desde el punto de vista del Estado de Derecho, no es absurda ni mala la idea de un Derecho intermedio -entre el privado y el penal-, según la expone Hassemer^[5]. Yo prefiero ser más simple, obedecer al prestigio actual del Derecho administrativo, que parece dispuesto a conquistar gran parte del Derecho privado y del penal. Y ello es correcto precisamente en la *sociedad del riesgo*, pues la Administración del Estado, según su función más notoria, la de lograr el *bien común* -por lo tanto, sin responsabilidad sobre el bienestar individual fuera de un mínimo exigible para poder ser persona en condiciones de igualdad con sus congéneres-, esto es, atenta al bienestar de *todos*, para tornar viable la vida civilizada dentro de una organización social, precisa del ejercicio del *poder de policía*, incluso de medios de coacción directos, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, uso y existencia de ciertas armas, medicamentos, elaboración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y subvención públicas). Por ello, me parece que un Derecho administrativo sancionador, por supuesto *de intervención*, siempre moderado en sus injerencias sobre la persona, que sólo opere con sanciones que, de demostrarse un error -para lo cual el Derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado-, puedan ser fácilmente reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: en esta zona "no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro"^[6]. Para el Derecho penal queda, en cambio, la regulación y administración de esa fuerza pública cuando ella alcance niveles de gravedad -sobre todo la privación de libertad- que tornen necesario el cumplimiento estricto de las garantías liberales, propias del Estado de Derecho. La discriminación de ámbitos, entonces, no se vincula al bien jurídico que la norma tiende a proteger, ni a alguna naturaleza específica de la norma protegida en su vigencia, sino, por lo contrario, a la gravedad de la reacción -al uso legítimo de la fuerza- que el Estado utiliza para retribuir o prevenir. He propuesto, por ello, un Derecho de la privación de libertad -que comprendería también a otras instituciones o consecuencias jurídicas aun fundadas en un título distinto al de la pena (prisión preventiva, medidas)-, sustitutivo del hoy llamado Derecho penal, que respete al extremo todas las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho, separado del Derecho administrativo sancionatorio que, sin negar el Estado de Derecho, puede responder con garantías de aplicación más laxas, adecuadas a la

consecuencia jurídica de menor gravedad, factible de reparación sencilla en caso de error en la aplicación.

Hasta aquí las que podríamos llamar condiciones "negativas" del poder sancionatorio local, desde el atalaya material. En adelante enumeraré algunas posibilidades que, por la rigidez de sus principios fundantes, resultan impensables o, cuando menos, discutibles, para el Derecho penal -aclaro: de la pena privativa de libertad-, mientras que en el Derecho contravencional o de faltas no carecen de racionalidad política.

c) Evitar el Derecho penal de autor es una de las consecuencias claras del Estado de Derecho en ese ámbito (principio de culpabilidad por el acto). No parece irracional, en cambio, un sistema de medidas -nunca privativas o restrictivas de la libertad locomotiva- que, en su base, signifiquen sanción por la conducción de esa autorización estatal. Así, por ej., la organización de un sistema que, a ese título, permita retirar temporalmente el permiso para conducir vehículos o cierto tipo específico de esa autorización estatal, en el Derecho relativo al tránsito, acordando cierto valor a las infracciones verificadas para que, al llegar a un límite, suceda la consecuencia, resulta tolerable en el ámbito de las faltas. De la misma manera, la eliminación temporal de un proveedor del Estado del registro respectivo, cuando, en varias ocasiones anteriores, él no cumplió el contrato que lo ligaba con la Administración o lo cumplió deficientemente, según un sistema regulado por la ley sancionatoria, aparece como una medida racional. Quien interrumpe una audiencia judicial pública en varias ocasiones, sin derecho, debe ser expulsado de la sala de audiencias, en homenaje al buen orden de la audiencia. Todo lo contrario parece tolerar el Derecho de la privación de libertad, para el cual la *reincidencia*, cualquiera que sea su valor, resulta discutible según el principio de culpabilidad.

d) Para el Derecho penal material es un axioma indiscutible la descripción idiomática correcta de aquella acción que se quiere prohibir o mandar (*mandato de certeza*). Sin prescindir de ella totalmente, la exigencia puede carecer de ese rigor en el Derecho contravencional.

e) Finalmente, la punibilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes y en los límites de las sanciones contravencionales o de faltas, tolera límites de objetividad (fundabilidad abstracta en la delegación del poder de control) sumamente discutibles en materia penal.

2. La persecución procesal

He allí algunos ejemplos relativos a ciertas posibilidades racionales del Derecho de faltas, en contraposición con las que cuenta el Derecho penal relativo a la privación de libertad. Más importantes aún, para componer un sistema eficiente en ambos ámbitos, resultan las indicaciones relativas a la regulación procesal. Sólo me ocuparé de algunas, por la vía de los ejemplos.

a) Un Derecho contravencional o de faltas permite ser convertido en un Derecho administrativo sancionador. Ello no pretende decir que no deba ser ejercido conforme a la ley y que se tolere su realización procesal arbitraria. En países en los que se tiene conciencia del daño que provoca la aplicación de la pena estatal para la consecución de los fines ideales predicados para ella, la transformación de las contravenciones de un sistema penal integrado por ellas en un sistema de contravenciones de orden, cuyo ámbito es, básicamente, el Derecho administrativo, ha permitido cumplir con el deseo político de provocar una relativa pero gran *descriminalización* de conductas desviadas. Sobre ello existen ejemplos, quizás inconscientes pero reales, también en el Derecho argentino: entre nosotros, p. ej., en el ámbito amplísimo que hasta hoy abarcan las faltas de tránsito, en estricto sentido.

Toda pena estatal adjudicada al sistema penal provoca, según estudios sociológicos que hoy no están en tela de discusión, un *etiquetamiento* del infractor (*labelling approach*), que coloca al autor en los comienzos de una denominada *carrera criminal* o lo asegura en ella, esto es, lo coloca por fuera del fin de reinserción social (*prevención especial positiva*) que se predica -al menos- como una de las finalidades principales de la pena estatal, incluso por las leyes penales y de ejecución penal. No existe duda alguna acerca de que derivar las sanciones fundadas en el poder de policía de la Administración hacia el Derecho administrativo

sancionador produce un gran efecto descriminalizador, si, al mismo tiempo, se limita materialmente la reacción y son establecidos modos de solución del conflicto vecino-infractor, Estado-infractor, extraños en general al Derecho penal. Por lo demás, ello contribuye a la eficiencia del sistema penal y de la pena estatal, comprendida como privación de libertad, al descongestionarlo de un enorme número de asuntos menores, que no reclaman un método operativo tan complejo como el sistema penal, ni justifican la inversión en recursos humanos y materiales que él supone.

b) Esta transformación permitiría eliminar cierta rigidez necesaria en el sistema penal para justificar la grave reacción que él implica. Veamos algunos ejemplos:

- En tanto el sistema contravencional -sin pena privativa de libertad- no necesita atarse al principio de legalidad en la promoción y ejercicio de la acción penal, podría ser estructurado, en sede administrativa, antes bien, como un sistema preventivo que como uno represivo de las faltas. Ello quiere decir que mecanismos automáticos, como el que hoy ya existe, llamado de *pago voluntario*, permitiría al supuesto infractor no sólo evitar las molestias del procedimiento, sino, también, la eventual condena contravencional, cuando, sin necesidad de dar razones, prefiere el perjuicio de una sanción relativamente leve a las consecuencias también perjudiciales del procedimiento y de una eventual condena. Más allá de ello, aun sin haber usado este sistema, la conciliación y la mediación, sobre la base de un esfuerzo del autor por regresar al *status quo ante*, natural o simbólicamente, o la *admonición con reserva de la sanción* permitirían evitar todavía la prosecución del procedimiento en etapas posteriores y, ciertamente, más complejas. Ello permitiría colocar, en el ámbito de la Administración, todo lo relativo a la formación de la voluntad persecutoria de ella, organización que no debería desprestigiar los mecanismos de verificación de las infracciones, ni los recursos técnicos, materiales y humanos que tornen posible esta acción, incluso para convencer al autor sobre la realidad de la imputación, ni los métodos diferentes a la pena para solucionar los conflictos. El supuesto autor tendría siempre la oportunidad del juicio ante órganos judiciales o, con la misma significación y parecido mecanismo, un recurso amplio que garantice el control judicial sobre la voluntad condenatoria de la Administración, según resulta tradicional para nosotros en el ámbito del Derecho administrativo.

- Dentro de estos mecanismos resulta también racional, políticamente, el someter a la mayoría de las contravenciones vecinales a una instancia de ese tipo, sin la cual el procedimiento no queda habilitado, inversión de la regla de *oficialidad* que rige genéricamente en el procedimiento penal para la persecución de los delitos de acción pública. Conforme a ello, sería imprescindible la queja de un vecino o de un grupo de vecinos, incluso retractable, para que el procedimiento sancionatorio que tiene por objeto estas contravenciones se ponga en movimiento o alcance etapas superiores. Con ello se evita el efecto de ampliación geométrica del poder que provoca toda ampliación material del ámbito de lo prohibido a través y como consecuencia necesaria del principio de oficialidad, para los órganos del Estado encargados de perseguir el juzgamiento y la sanción: cualquier prohibición nueva no sólo provoca una disminución del ámbito de libertad jurídica del ciudadano o vecino, sino, además, supone una ampliación correlativa de las facultades de prevención e intervención de los órganos oficiales (policía) encargados de perseguir la realización de la sanción establecida en la norma, con la particularidad de exigencias de fundamento menores a la certeza sobre la infracción, necesarias judicialmente para aplicar la sanción, poderes que, en un comienzo, resultan difíciles de controlar.

- Todas estas posibilidades conducen a un verdadero descongestionamiento de la administración de justicia, que redundaría en una expectativa de eficiencia para la persecución de aquellas infracciones necesitadas de la decisión judicial. Ya advertimos acerca del descongestionamiento de los tribunales penales. Pero en el ámbito del Derecho no referido a la privación de libertad este descongestionamiento es vital para aspirar a aquellos resultados. En efecto, estas desviaciones de la conducta exigible al ciudadano, precisamente por su escasa entidad y por representar apartamientos de la cooperación exigida al ciudadano para con la Administración pública, en su tarea de perseguir el bien común y el desarrollo de los ámbitos en los cuales los derechos individuales puedan tener vida práctica sin colisiones entre sus portadores, representan un conjunto enorme de infracciones de la vida cotidiana, escasamente auxiliado por reglas éticas similares que provoquen un freno espontáneo para la conducta ilícita

(no es lo mismo abstenerse de matar o defraudar, que abstenerse de cruzar un semáforo en rojo o de provocar ruidos de cierta intensidad). Tal conjunto no es abarcable por una organización judicial, por inmensa que ella sea pensada, razón por la cual, si se pretende cierta eficiencia en este ámbito, habrá que imaginar y tolerar métodos más sencillos de solución de la mayoría de los conflictos, que aquellos que con razón, por la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción, representan al modelo de juzgamiento del sistema penal. Rige entonces aquí, sin limitaciones, la propuesta política, esbozada ya en el ámbito del Derecho penal: "los recursos de la justicia penal deberían ser aprovechados para atender las causas penales de mayor envergadura".

Agradezco sinceramente la invitación y la atención prestada por los aquí presentes para tan modesta opinión.

(*) Profesor titular consulto de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Buenos Aires.

[1] Cf., específicamente, *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, en *Temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, ps. 9 y siguientes.

[2] *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (1ª edición, 6ª reimpresión), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976; también Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1983, Barcelona (España), 1984, Cap. V, ps. 245 y siguientes.

[3] Cf., por ejemplo, Roxin, Claus, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, en: ZStW 116 (2004), ps. 929 y ss.; y *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte* (manuscrito a publicar en el *Festschrift für Winfried Hassemer*).

[4] Cf. Jakobs, Günther, ¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma (publicado en Julio B. J. MAIER – Gabriela E. CORDOBA, ¿Tiene un futuro el Derecho penal?, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, III, D, entre otros pasajes de la sección: "Por consiguiente, respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan" (p. 69).

[5] Lo llama *Interventionsrecht* (Derecho de intervención): *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (2ª edición), 1. Teil, C, III, 2, b, y IV, ps. 22 y ss. (en castellano: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, ps. 43 y ss.). Su opinión, traducida por Gabriela Córdoba y por mí, conjuntamente, puede leerse también en el libro antes citado bajo el título: *Seguridad por intermedio del Derecho penal*.

[6] Palabras de Hassemer, Winfried, *idem*, p. 24 (versión castellana, p. 46, de la que me aparto mínimamente por traducción propia del texto original en idioma alemán).