

# CONTRAVENCIONES DE SOSPECHA EN EL CÓDIGO DE FALTAS BONAERENSE\*

Por Mauricio Ernesto Macagno

## INTRODUCCIÓN

Hace ya tiempo apuntábamos la desaparición de los tipos penales de sospecha de las clasificaciones existentes en las obras de la parte general del Derecho penal<sup>1</sup>. Las pocas excepciones los mencionan sin mucho desarrollo<sup>2</sup>, o resaltan un matiz más bien histórico, casi un relato de un ser mitológico, ajeno a la realidad que se cita como un recuerdo de otros tiempos.

Pero también en aquellas notas, hacíamos especial hincapié acerca de la necesidad de mantener la categoría en tanto funciona como denuncia de todo un cúmulo de principios y garantías constitucionales que se ven menoscabados en esta especie de tipificaciones.

En materia punitiva, aún cuando muchos códigos penales se han resguardado de las mismas, no es lo que ha sucedido en las legislaciones contravencionales donde la sospecha se erige –sin más- en fundamento de represión. Es lo que sucede, a modo de ejemplo, con los arts. 55 y 56 del decreto ley 8031/73 o Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires<sup>3</sup>.

## LOS TIPOS CONTRAVENCIONALES DE SOSPECHA

Al igual que en los delitos de sospecha, en las contravenciones de igual clase se castiga una conducta, estado de cosas o del sujeto porque se infiere de la misma la comisión de otro acto que ni siquiera se intentará comprobar. Se presume de un comportamiento dado o de un mero estado de cosas, que el sujeto ha violado la norma contravencional, subvirtiendo el sistema probatorio del proceso judicial constitucional<sup>4</sup>.

---

\* En materia contravencional, es señero el rumbo marcado en nuestro país por el amigo Mario Juliano, el que procuramos transitar con ahínco, seguros de que sus ideas son las que robustecen el Estado de Derecho. Sirvan estas líneas como reconocimiento a su labor y agradecimiento.

<sup>1</sup> MACAGNO, Mauricio E., “La supervivencia de los delitos de sospecha. El caso del artículo 259 del Código Penal argentino”, en *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P., año 8, n° 41, nueva serie, 2011, p. 179.

<sup>2</sup> Tal es el caso de FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Derecho penal. Parte general*, p. 46.

<sup>3</sup> V. el análisis de JULIANO, Mario, *¿Justicia de faltas o falta de justicia? Análisis crítico del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires*, p. 147 y ss.

<sup>4</sup> Acerca de la necesidad de readecuar los procesos contravencionales a la Constitución Nacional, MACAGNO, Mauricio E., “La garantía de la doble instancia en el proceso contravencional”, Ponencias del 2° Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas: “La Ciencia Jurídica en vísperas del Bicentenario. El

En otras palabras, el legislador frente a las dificultades probatorias que le oponen ciertas acciones o posesiones que estima disvaliosas, opta por resolverlas acudiendo al Derecho material, consagrando toda una serie de violaciones constitucionales a las cuales nos referiremos seguidamente. Con mayor precisión, podríamos hablar, en vez de “contravención de sospecha” de “sospecha de una contravención”<sup>5</sup>.

MANZINI, adjudicándose la paternidad de la categoría, considera que el delito de sospecha es un estado individual -“no consisten en un hecho ni positivo ni negativo”- inculminado sólo por la sospecha que despierta<sup>6</sup>, citando como ejemplo a la contravención de posesión injustificada de dinero u objetos de valor que no se encontraren en armonía con el estado del poseedor y que no la hubiera justificado, del artículo 708 del Código penal italiano. Sumergía la categoría en las turbias aguas del Derecho penal de autor al fundamentarla en la peligrosidad del agente<sup>7</sup>.

No se contempla que, en realidad, poco importa si estamos ante una acción, omisión, calidad del sujeto o un estado de cosas de dudosa constitucionalidad, sino la corroboración de que el legislador ha creado una norma punitiva motivado en la represión de un acto disvalioso que se infiere de la conducta o estado previsto en la hipótesis típica, pero que no conforma el tipo penal o contravencional. La verdadera característica de esta clase de figuras legales es, justamente, su desvinculación entre el bien presuntamente lesionado o a lesionar que motivó la decisión legislativa, y la conducta o estado atribuido a la persona, con la cual el legislador dio por existente y afectado o por afectar al primero mediante una simple conjetura ajena a las circunstancias concretas del caso.

De allí que propiciamos una caracterización más amplia y escueta que permita abarcar todos aquellos supuestos de delitos o contravenciones donde se castiga una conducta, estado de cosas o calidad personal, porque se infiere o presume de ello la comisión de otro acto disvalioso que no integra el tipo legal y que no es necesario

---

*rol de los Colegios de Abogados en la consolidación del Estado de Derecho*”, La Plata, setiembre de 2009; y “Observaciones al diseño del proceso contravencional”, en Audiencia Pública celebrada ante la H. Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires para el tratamiento del Proyecto de Ley A-21/09-10 “Regulando el Régimen Contravencional de la Provincia de Buenos Aires”, 3 de noviembre de 2010, [www.senado-ba.gov.ar/archivos/audiencia\\_publica/Documentacion\\_MACAGNO-Inst.Cult.Jur.UN\\_LP.pdf](http://www.senado-ba.gov.ar/archivos/audiencia_publica/Documentacion_MACAGNO-Inst.Cult.Jur.UN_LP.pdf)

<sup>5</sup> Parangonando lo expresado por TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho penal. Parte general*, t. I, p. 280; y SAGÜES, Néstor P., “Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha”, en *La Ley*, t. 1987-A, p. 507.

<sup>6</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 96.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. III, p. 383.

verificarlo en concreto. La inferencia *legis* previene obstáculos probatorios y mengua la tarea de los jueces.

#### **CUESTIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES A LAS CONTRAVENCIONES DE SOSPECHA**

Las objeciones de tipo constitucional de las que son merecedoras las contravenciones o faltas de sospecha, son las mismas que pueden predicarse de los delitos de la misma especie. Someramente<sup>8</sup>, violaciones al estado de inocencia, al principio de culpabilidad, de legalidad, de lesividad y de acto.

En primer lugar, cabe señalar que la garantía constitucional de que toda persona deba ser considerada y tratada como inocente hasta que se dicte una sentencia firme en su contra que declare su responsabilidad penal del hecho ilícito atribuido, acarrea la consecuencia de que el sometido a proceso no tiene necesidad de soportar activamente la imputación: su estado de inocencia debe ser destruido por la parte acusadora. De modo que el órgano jurisdiccional debe arribar a un pronunciamiento donde se verifique fundadamente, todos y cada uno de los elementos que integran la mencionada imputación, lo que no resulta posible cuando se los presume legalmente, como ocurre con las contravenciones de sospecha.

Como puede advertirse fácilmente, ante una presunción *juris et de jure*, carece de todo sentido la garantía constitucional aludida; incluso de considerarse que la falta prevé una presunción *juris tantum* tampoco es posible eludir el cuestionamiento, ya que se ubica al imputado en la necesidad de producir pruebas de descargo. El estado de inocencia se vuelve en contra de su titular, el que no debe esperar que la acusación destruya su inocencia porque, de lo contrario, sería irremediabilmente condenado.

Pero al tratarse el acto presumido de un elemento no constatado fehacientemente por el sentenciante, significa que el mismo pudo no existir en la realidad, dejando la situación inmersa en dudas suficientes que invalidan el dictado de una resolución final contraria a los intereses del acusado por aplicación del principio *in dubio pro reo*, que desconoce completamente el legislador provincial.

También se contradice el principio de culpabilidad penal por medio de estas contravenciones al carecerse de toda relación subjetiva que vincule al autor con su acto. De acuerdo con este principio, deben excluirse toda imputación de un hecho fortuito o completamente ajeno al obrar del imputado, así como los supuestos donde actuó sin el

---

<sup>8</sup> Con mayor profundidad, v. MACAGNO, Mauricio E., “La supervivencia de los delitos de sospecha...”, cit., p. 182 y ss.

dolo o culpa exigidos por la norma contravencional, o cuando circunstancias internas o externas al autor impidieron el conocimiento de la antijuridicidad o el cumplimiento de la norma de deber. Nadie puede exigir un comportamiento doloso o culposo respecto del acto presumido por el legislador –que, insistimos, puede no existir-; la responsabilidad personal del sujeto siempre debe recaer sobre una conducta real y no sobre una mera presunción<sup>9</sup>. Al mantenerse la inferencia legislativa de algunos de los elementos típicos, se impide la posibilidad cierta y concreta de conocerlos para fundar el dolo o el incumplimiento de la norma objetiva de cuidado en los casos de imprudencia, situación que se agrava cuando se tipifican estados o calidades personales, donde la subjetividad del agente ha sido previamente considerada como “peligrosa” y “antisocial” y, por ende, contraria a derecho, mereciendo como meros causantes mecánicos u objetos desvalorados una sanción penal sin ninguna referencia a la libertad o la dignidad de la persona de las que han sido desprovistos por vía estatal<sup>10</sup>.

El principio de legalidad también se ve cercenado con estas formulaciones legales. La existencia de elementos presuntos no se condice con una ley penal escrita y estricta, taxativa, que habilite la imposición de una pena ante su inobservancia. “El principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal”<sup>11</sup>. Ello, no sólo imposibilita el conocimiento de lo prohibido sino que obstruye –como se dijo- la tipicidad subjetiva.

Con las faltas de esta clase se verifica, además, un atentado a la exigencia constitucional de lesividad o afectación a un bien jurídico, emanada del art. 19 de la Carta Magna. Obsérvese que no es posible indicar con precisión cuál es el bien o interés de terceros que se ve ofendido por el comportamiento del individuo o en peligro ante futuras acciones, y menos aún es factible cuando se trata de un mero estado de cosas o calidad de la persona. Del mismo modo, no puede determinarse correctamente la extensión del ámbito de lo prohibido. Es decir, si la existencia de la conducta lesiva se presume, también se lo hace con la ofensa al bien jurídico, lo que de ningún modo cumple con el mandato constitucional. Si la conducta puede no existir, también puede

---

<sup>9</sup> GARCÍA PÉREZ, Octavio, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. 2, Madrid, 1993, p. 637.

<sup>10</sup> MACAGNO, Mauricio E., “La supervivencia de los delitos de sospecha...”, cit., p. 183.

<sup>11</sup> CARBONELL MATEU, Juan C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 127.

ser inexistente la afectación al bien jurídico o, aún más, puede faltar el propio interés que se pretende proteger.

En las contravenciones de sospecha, y como colofón de lo anterior, es señalable una afrenta al principio de acto o Derecho penal de acto que nos rige constitucionalmente. Conforme con los artículos 18 y 19 de la Ley Fundamental, no cabe perseguir a nadie más que por sus actos públicos y lesivos de bienes jurídicos, que les puedan ser imputados subjetivamente, lo que no resulta procedente cuando se pretende reprimir un mero estado o circunstancias personales sobre las que se edifica una presunción de ilicitud. Se incurre, por esta senda, en un Derecho penal de autor propio de un positivismo peligrosista perenne que algunos creen haber dejado en el pasado. Como expresa MAGARIÑOS “en un sistema penal respetuoso de la regla fundamental establecida en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, los rasgos de carácter o personalidad, la maldad de ánimo, los motivos abyectos o perversos del autor, aun cuando se hubiesen manifestado en la realización de un acto injusto, no son aptos para fundar en ellos el reproche penal, ni legitiman un mayor grado de culpabilidad que el derivado estrictamente del disvalor de la decisión de la acción perturbadora”<sup>12</sup>.

## DOS HITOS JURISPRUDENCIALES EXTRANJEROS

En el análisis de los problemas que giran en torno a los delitos y contravenciones de sospecha, son sumamente reconocidos por su interés dos pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales de España e Italia, que merecen ser citados.

El Tribunal Constitucional español, mediante la sentencia 105/1988<sup>13</sup>, analizó la constitucionalidad del antiguo artículo 509 del Código penal de 1973 que reprimía al “*que tuviere en su poder ganzáas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*” -texto similar en esencia al artículo 55 del Código de Faltas bonaerense- tachando de inconstitucional la interpretación del precepto que entiende que de la sola posesión de los objetos se presume *juris tantum* su destino ilícito<sup>14</sup>. Se fundó la decisión

---

<sup>12</sup> MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, p. 100.

<sup>13</sup> STC, 8/06/1988, nº 105/1988. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es> [Consulta: 28/04/2011].

<sup>14</sup> Esta era la posición sustentada por el Tribunal Supremo español en la sentencia STS, 27/05/1983, nº 872/1983. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [Consulta: 28/04/2011], entendiendo además que el delito del art. 509 admitía su clasificación tanto como acto preparatorio como delito de sospecha, “característica de sospecha [que] hace que ciertas legislaciones estimen el delito sólo en los reincidentes”.

en que por esta vía se traslada la carga de la prueba destructora de dicha inferencia al imputado, violando su presunción de inocencia. Pero, a su vez, se expresa que la norma no es inconstitucional si todos y cada unos de los elementos del tipo penal son probados por la acusación, incluso la finalidad delictual de la posesión de tales elementos, “sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna”<sup>15</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia 370/1996<sup>16</sup> declaró la inconstitucionalidad del artículo 708 del Código penal<sup>17</sup> que diera motivo a MANZINI para la “creación” de la categoría en estudio, por el cual “*el que, hallándose en las condiciones personales indicadas en el artículo precedente*<sup>18</sup>, sea cogido en posesión de dinero o de objetos de valor, o de otras cosas no correspondientes a su estado, y cuya procedencia no justifique, será castigado con arresto de tres meses a un año”. Entre sus argumentos señaló la inidoneidad de la figura típica para hacer frente a los enriquecimientos de procedencia ilícita ampliándose a la persecución de simples “sospechosos” de haber cometido delitos contra la propiedad en violación de la presunción de inocencia por presumir un delito de la mera posesión de valores no acordes con las características personales del portante. Además, la decisión se hace eco de que el precepto pertenece a un derecho penal de autor que limita su accionar sobre un determinado grupo de personas, lo que fue determinado por el déficit de taxatividad que afecta, además, el principio de legalidad penal.

## **LOS ARTÍCULOS 55 Y 56 DEL CÓDIGO DE FALTAS BONAERENSE**

Los todavía vigentes artículos 55 y 56 del decreto ley 8.031 son ejemplos claros de contravenciones de sospecha. El primero reprime con pena de arresto de diez a treinta días 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*”; mientras el segundo sanciona con arresto de veinte a sesenta días al “*que habiendo sido condenado por el delito contra la propiedad o penado por mendicidad o*

---

<sup>15</sup> Más allá de la violación al estado de inocencia, la sentencia no repara en que la posesión de instrumentos destinados a realizar un robo con fuerza en las cosas adquiere real relevancia en el marco del principio de ejecución de ese delito, y no en la equivocidad propia de su posesión injustificada. Con mayor amplitud, MACAGNO, Mauricio E., “La supervivencia de los delitos de sospecha...”, cit., p. 183.

<sup>16</sup> CCost.It., 17/10-2/11/1996, n° 370/1996. Disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it> [Consulta: 28/04/2011].

<sup>17</sup> El precepto integraba las “contravenciones relativas a la prevención de delitos contra el patrimonio”.

<sup>18</sup> El art. 707 mencionaba como sujetos activos a quien había “sido condenado por delitos determinados por motivos de lucro, o por contravenciones relativas a la prevención de delitos contra el patrimonio, o por mendicidad, o habiendo sido amonestado o sometido a alguna medida de seguridad personal o a caución de buena conducta”.

*vagancia, tuviere en su poder llave alterada o contrahecha o instrumento apto para abrir o forzar cerraduras”.*

Resulta llamativa la similitud entre ambas disposiciones y el art. 707 del Código Penal italiano que sanciona a “*quien, habiendo sido condenado por delitos determinados por motivos de lucro o por contravenciones relativas a la prevención de delitos contra el patrimonio, o por mendicidad, o habiendo sido amonestado o sometido a alguna medida de seguridad personal o a caución de buena conducta, es cogido en posesión de llaves alteradas o falsificadas, o de llaves genuinas, o de instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, sin que justifique la destinación actual de ellos*”. La antigua doctrina italiana ha señalado que la norma pertenece a la categoría de delitos o contravenciones de sospecha, o sin acción o de posición, puesto que la mera posesión de los objetos mencionados habilita la represión penal al denotar una actitud peligrosa en su portador<sup>19</sup>, lo que parece plenamente aplicable –de admitir esta posición– a las contravenciones vernáculas.

Los arts. 55 y 56 del Código de Faltas provincial son formas legales complejas e intrincadas “tanto por su construcción y falta de precisión terminológica, como por su inconsistencia interna y, lo que es más grave, por su colisión con las garantías constitucionales”<sup>20</sup>. Estas normas, a pesar de las críticas que desarrollaremos seguidamente, han recibido el apoyo de algunos comentaristas de la ley contravencional bonaerense en razón a una presunta finalidad de prevención. En esta línea argumental, explican Lezcano y Paladino que el art. 55 “tiene un fin preventivo, pues la simple tenencia de esos objetos no ocasiona daño alguno a personas o cosas, pero permite colocar al presunto infractor en estado de sospecha, al inferirse que quien tiene este tipo de elementos y no puede justificar razonablemente dicha posesión, está aprontándose a cometer un delito contra la propiedad”<sup>21</sup>. De manera similar, MAGGIORE expresaba que “la ley,..., acrimina, por excepción un hecho que se sospecha como preparación de delitos contra el patrimonio y que, por no ser unívoco, no puede entrar en lo dispuesto para la tentativa...”<sup>22</sup>.

Lo concreto es que estas disposiciones establecen, en la posesión injustificada de ciertos elementos idóneos para abrir cerraduras o forzarlas, una presunción de existencia

---

<sup>19</sup> En este sentido, MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial*, vol. V, p. 283.

<sup>20</sup> JULIANO, Mario, ob. cit., p. 147.

<sup>21</sup> LEZCANO, Osvaldo S. - PALADINO, Leonardo E., *Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires*, p. 103 y s.

<sup>22</sup> MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., vol. V, p. 283.

coetánea, pasada o aún futura, de una acción disvaliosa atentatoria contra un patrimonio ajeno. En una línea de mayor honestidad intelectual, precisando la intención legislativa, el Código italiano regula la situación como forma de prevenir la comisión de delitos contra la propiedad. Es observable que lo prioritario es impedir todo acto, aún cuando sea sumamente equívoco, del cual pueda inferirse que su ejecutante llevó adelante o desplegará un comportamiento de tales características.

Nos hallamos ante una visible inversión de la carga de la prueba<sup>23</sup> contradictoria con el estado constitucional de inocencia cuando se la interpreta *juris et de jure*, como cuando se pretende autorizar esa inferencia sólo en casos donde el imputado no justifique la posesión de tales elementos –como en la hipótesis en estudio- apelando a una presunción *juris tantum*. Se desconoce la inocencia cuando se coligen hechos no probados de un mero estado de cosas, pero también cuando se impone a la persona que demuestre su inocencia, funcionando la garantía en contra de su beneficiario, obligándolo a una labor que constitucionalmente no le es exigible. De esta manera, la labor de la acusadora pública es simplemente la de una pasiva observadora en pos de una sanción contravencional que, legalmente, se le facilita.

Tal como lo dijimos más arriba, otro inconveniente que resulta de presumir actos no constatados -la verdadera justificación legislativa de las contravenciones de sospecha-, como lo es la concreción de un delito contra la propiedad –pasado, presente o futuro-, significa al mismo tiempo que tales actos bien pudieron no existir en la realidad o nunca existirán. En otras palabras, sobre la base de un comportamiento no necesariamente real, la ley de faltas descarta la aplicación de la duda beneficiante para el imputado –*in dubio pro reo*-, aniquilando su estado de inocencia y su derecho a ser tratado en tal calidad hasta que una sentencia con autoridad de cosa juzgada verifique la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo contravencional atribuido. Por lo demás, estas disposiciones presumen una ofensa o puesta en peligro al bien jurídico propiedad, sea sosteniendo la existencia de un delito patrimonial ya cometido, sea como una modalidad de tipo de peligrosidad abstracta con miras hacia un futuro incierto plenamente inconstitucional por desconocimiento del principio de lesividad.

Correctamente apunta JULIANO que la sola justificación de la posesión debiera excluir el caso del sistema represivo, aún cuando la explicación brindada por el presunto contraventor diera por cierto que posee el objeto prohibido para cometer un delito

---

<sup>23</sup> A favor de invertir la carga probatoria, MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit, vol. V, p. 285.

contra la propiedad. Es claro que se trata de un adelantamiento de la punibilidad a un mero acto preparatorio, equívoco e inocuo para el bien jurídico “propiedad”<sup>24</sup> –lo que algunos estiman fundamento para su tipificación<sup>25</sup> –, pero si se somete al contraventor a la necesidad de reconocer un delito en su declaración jurisdiccional para evitar la sanción contravencional, se habilita la intervención de la Justicia criminal.

Por último, la represión de meros estados de cosas como lo son ambos casos analizados, confluyen en una afrenta al Derecho penal de acto, donde objetiva y subjetivamente es imposible vincular lógicamente la posesión injustificada de llaves alteradas, contrahechas o genuinas, o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras, con el ilícito patrimonial que se pretende prevenir o que se estima cometido. Esta manifiesta contradicción con las Cartas Magnas nacional y provincial en la letra del art. 56 del Código de Faltas, se verifica al exigir que el autor haya “*sido condenado por el delito contra la propiedad o penado por mendicidad o vagancia*”, legitimando un *quantum* sancionatorio de mayor envergadura. “De esta forma, la ley contravencional bonaerense apela a una concepción prejuiciosa y moralista del derecho, suponiendo que los vagos y los mendigos son potenciales delincuentes en condiciones de atentar contra los bienes de los demás, suposición que no tiene arraigo empírico alguno, pero que en todo caso, en forma alguna hubiese ameritado la creación de la categoría que se instituye, en clara y notoria violación del artículo 16 de la Constitución Nacional”<sup>26</sup>.

Sin embargo, y sin fundamento empírico alguno, se ha insistido en que estos artículos “sirven a la policía de seguridad para proceder a la detención de individuos que muchas veces poseen antecedentes por delitos contra la propiedad y que por ende, al hallarse en posesión de estos objetos, permiten pensar que, a ciencia cierta, habrían cometido un delito de no haber sido detenidos por la comisión de esta infracción”<sup>27</sup>.

Con todo, es menester efectuar algunas precisiones. En primer lugar, la ley 12.474 ha derogado el art. 67 inc. a) del decreto ley 8.031 y con él, las faltas de mendicidad y vagancia, con lo cual, mal podemos encontrar un condenado por contravenciones de esta especie como sujeto activo calificado de la hipótesis contemplada en el art. 56 analizado. Un resquicio a esta afirmación se abre en el inciso b) del art. 67 cuando sanciona al “*que mendigare en forma amenazante o vejatoria, o adoptare medios fraudulentos para suscitar la piedad*”, cuyos aspectos transitan por la

---

<sup>24</sup> JULIANO, Mario, ob. cit., p. 148.

<sup>25</sup> Tal es la posición de MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit, vol. V, p. 283.

<sup>26</sup> JULIANO, Mario, ob. cit., p. 148.

<sup>27</sup> LEZCANO, Osvaldo S. - PALADINO, Leonardo E., ob. cit., p. 104.

extorsión o la defraudación, lo que autorizan a colegir su posible captación por parte de la justicia criminal ordinaria.

Sentado lo anterior, sólo resta la otra posibilidad aprehendida por la norma contravencional, y es el caso del condenado por delitos contra la propiedad, lo que tampoco puede pasar el tamiz de la razonabilidad y mucho menos un control de constitucionalidad o convencionalidad.

Aún cuando se tratare de una persona contra la cual ha sido dictada una sentencia con autoridad de cosa juzgada que lo declara responsable penalmente como autor o partícipe de un delito contra la propiedad, desde lo literal, no puede dejar de criticarse la amplitud del precepto. Es nítida una posible relación con el delito de hurto con gonzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, o verdadera sustraída, hallada o retenida del art. 163 inc. 3° del Código Penal, pero se desdibuja ello con otras figuras que atentan contra el patrimonio, como lo son la usura, la quiebra fraudulenta o la insolvencia fraudulenta<sup>28</sup>.

Los tipos de sospecha cercenan el principio de culpabilidad penal por cuanto no vinculan subjetivamente al autor con su acto presuntamente lesivo del ordenamiento jurídico y la convivencia comunitaria, fundamento y fin del Derecho. Cuando ello sucede, el acto humano como único fenómeno relevante para el Derecho penal se troca por calidades personales que evitan la responsabilidad personal y la transforman en una culpabilidad por conducción de vida o de carácter con base en la peligrosidad del individuo, violatoria de los artículos 18 y 19 de la Ley Fundamental.

En la mera posesión de los elementos prohibidos por el tipo contravencional por quien fue condenado por la comisión o participación en algún delito contra la propiedad, se edifica la “sospecha” o una “mala vida” que concluye en la habitual ejecución de actos ilícitos penales<sup>29</sup>, en un retaceo legal a las pruebas que permiten demostrar la realidad histórica. Ningún dato empírico autoriza a concluir, sin más, que todo condenado por un delito patrimonial, de ser hallado con una llave falsa o instrumento que permite forzar una cerradura –un cuchillo de cocina o un simple trozo de hierro, por ejemplo- cometió o habrá de cometer otro ilícito penal de la misma especie.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>28</sup> Similar, JULIANO, Mario, ob. cit., p. 153.

<sup>29</sup> Como enseña MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit, vol. V, p. 283, asimilando condenado con peligroso, “agente no puede ser sino una persona peligrosa, y precisamente, el que ya ha recibido una condena por delitos o contravenciones del género indicado”.

Llegados a este punto, y buscando dejar un cierre que la realidad bonaerense mantiene abierto, debe recordarse que el art. 54 del Proyecto de Reformas al decreto ley 8031/73 elevado por el gobernador Daniel Scioli en el mes de noviembre de 2009 insiste con las figuras, suprimiendo sólo las menciones a la mendicidad y vagancia. De modo que no se hace eco de los graves cuestionamientos de esta clase de tipos contravencionales.

Por su parte, el Proyecto de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Acuerdos y de Legislación General del Senado provincial, de setiembre de 2010, que fuera discutido en Audiencia Pública en noviembre de ese año, las excluye del articulado pero incorpora, en su lugar, una disposición con la que se buscó una lesividad concreta a un bien ajeno, pero que supone en los hechos una incursión en el ámbito de la tentativa de delitos. El art. 50 sanciona al “*que fuese sorprendido intentando abrir o forzar cerradura con llave alterada o contrahecha, o bien llaves genuinas o instrumentos aptos para ellos sin justificar su tenencia*”. Aún así, la justificación es de la posesión y no del forzamiento, que desplazaría los hechos al Código Penal. Sin embargo, son suficientes los motivos expuestos para denostar y erradicar esta clase de figuras contravencionales de sospecha, lo que concretamos al redactar junto a Mario Juliano el Proyecto de Código Contravencional Tipo para la República Argentina.

Lo cierto es que los arts. 55 y 56 del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires, a pesar de todo, se mantienen lozanos y es hora ya de que rija en nuestro territorio estadual una regulación contravencional acorde con la Constitución Nacional y Provincial y los Tratados de Derechos Humanos, cuyo fin no sea otro que la pacífica y armónica convivencia ciudadana.

Urge un cambio.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

**CARBONELL MATEU, Juan Carlos**, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

**FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo**, *Derecho penal. Parte general*, trad. Pablo Eiroa; cordinación y notas Luis F. Niño, Temis, Bogotá, 2006.

**JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis**, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Losada, Buenos Aires, 1951.

**JULIANO, Mario**, *¿Justicia de faltas o falta de justicia? Análisis crítico del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

**LEZCANO, Osvaldo S. – PALADINO, Leonardo E.**, *Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires. Decreto ley 8.031/73. Comentado y anotado*, Círculo Carpetas, Buenos Aires, 2001.

**MACAGNO, Mauricio E.**, “La garantía de la doble instancia en el proceso contravencional”, Ponencias del 2º Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas: “La Ciencia Jurídica en vísperas del Bicentenario. El rol de los Colegios de Abogados en la consolidación del Estado de Derecho”, La Plata, setiembre de 2009.

- “La supervivencia de los delitos de sospecha. El caso del artículo 259 del Código Penal argentino”, en *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P., año 8, nº 41, nueva serie, 2011, pp. 179-192.

- “Observaciones al diseño del proceso contravencional”, en Audiencia Pública celebrada ante la H. Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires para el tratamiento del Proyecto de Ley A-21/09-10 “Regulando el Régimen Contravencional de la Provincia de Buenos Aires”, 3/11/2010, [www.senado-ba.gov.ar/archivos/audiencia\\_publica/Documentacion\\_MACAGNO-Inst.Cult.Jur.UNLP.pdf](http://www.senado-ba.gov.ar/archivos/audiencia_publica/Documentacion_MACAGNO-Inst.Cult.Jur.UNLP.pdf)

**MAGARIÑOS, Mario**, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.

**MAGGIORE, Giuseppe**, *Derecho penal. Parte especial*, vol V., Temis, Bogotá, 1956.

**MANZINI, Vincenzo**, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1948.

**SAGÜÉS, Néstor Pedro**, “Problemática constitucional de los tipos penales abiertos, los delitos de autor y los delitos de sospecha”, en *La Ley*, 1987-A, pp. 501-509.

**TERÁN LOMAS, Roberto**, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1980.