

**Proyecto de modificación de las sanciones en el Código de Faltas de la
Provincia de Buenos Aires.**

Por Eduardo Eskenazi.-

I.- PROPUESTA

A través del presente trabajo se formulará un proyecto de reforma de las sanciones actualmente vigentes en el Código de Faltas de La Provincia de Buenos Aires (Dec.-Ley 8031/73).

Considero importante aclarar previamente que la restricción de la modificación propuesta a las sanciones -dejando de lado el tratamiento de las figuras contravencionales y la regulación de su régimen procesal- responde exclusivamente a la necesidad de poder abarcar, en lo posible, el objeto del presente trabajo.

Dentro del título II individualizado como "Conceptos previos a ser tenidos en cuenta por la modificación propuesta", y siguiendo las ideas de política criminal sostenidas por autores como Heinz Zipf o Manuel Atienza, trataré los siguientes temas: 1) Ubicación histórica del Derecho Contravencional, 2) La distinción dogmática entre delitos y contravenciones. Luego, siguiendo a los citados autores, bajo el título III individualizado como "Exposición de motivos para la modificación del sistema sancionatorio previsto por el Decreto-Ley 8031/73" me referiré a los siguientes puntos: 1) Sobre el cambio de paradigma, 2) Sobre el uso del sistema punitivo previsto por el Código de Faltas vigente, 3) Sobre los aspectos criminológicos de interés, 4) Objetivos a alcanzar mediante el proyecto, y 5) Proyecto.-

Al tratar el tema "Ubicación histórica del Derecho Contravencional" efectuaré un breve recorrido de su evolución hasta nuestros días, tanto en el orden internacional como en el orden nacional. Esta reseña permitirá efectuar un primer acercamiento al concepto de contravención, permitiendo apreciar la forma e intensidad con que determinadas conductas fueron sancionadas a lo largo del tiempo, como así también nos mostrará los aciertos y fracasos de los distintos intentos de solución aportados a lo largo de la historia.

Luego he considerado referirme al problema de la distinción de delitos y contravenciones dentro de nuestro propio sistema legal.

Más adelante, bajo el título “Exposición de motivos para la modificación del sistema sancionatorio previsto por el Dec.-Ley 8031/73, trataré las causas que llevan a la modificación legal propuesta y los objetivos que se persiguen con ella. Finalmente se agregará el proyecto de ley anunciado.

II.- CONCEPTOS PREVIOS A SER TENIDOS EN CUENTA POR LA MODIFICACIÓN PROPUESTA.

1.- Ubicación histórica del Derecho Contravencional.

1.1.- Sus distintas concepciones a lo largo de la historia.

Si la contravención fuera entendida como la materia represiva vinculada al buen orden en la vida diaria, podría sostenerse que la misma ya había sido regulada por los Código de Hammurabi (Babilonia 4000 a.C.), Israel y Roma, entre otros. Esta última diferenció delitos de contravenciones según que el hecho lesionara a un derecho o pusiera en peligro un mandato de igual característica. Los ediles tenían competencia para reprimir altercados en la vía pública, vigilancia de lugares públicos, castigándose también el arrojamiento de desperdicios a la vía pública, suelta de animales peligrosos, obstaculización de caminos e infracciones a la moralidad.

En la Edad Media se penalizaron conductas en materia de policía sanitaria, mendicidad, vagancia, prostitución y portación de armas.

Durante el Antiguo Régimen, el concepto de delito fue entendido como cualquier conducta que consistiera en una desobediencia a las disposiciones impuestas por el ente Soberano. Tal concepto de delito implicaba un borramiento de la diferencia entre delito y contravención por cuanto bastaba realizar cualquier conducta prohibida para tener por cometido el delito.

Durante el Siglo XVIII y principios del XIX se desarrolla la escuela clásica entre cuyos integrantes encontramos a Jeremy Bentham, Anselm Von Feuerbach y Francesco Carrara. Sus primeros impulsos, a los cuales se debe la formación de la tradición del derecho penal, provinieron de filósofos como Cesare Beccaria y Romagnosi. Durante este periodo se va de una concepción filosófica a una concepción jurídica, pero filosóficamente fundada, de los conceptos de delito, responsabilidad penal y pena.

La fase filosófica del pensamiento penal italiano se abre con el tratado

“De los delitos y de las penas” de Beccaria, escrito en 1764.

La base de la justicia humana es para este autor, la utilidad común; mas, la idea de la utilidad común emerge de la necesidad de tener unidos los intereses particulares superando la colisión y oposición entre ellos caracterizada por el estado de naturaleza. El contrato social está en la base de la autoridad del Estado y de las leyes; su función, que se deriva de la necesidad de defender la coexistencia de los intereses individualizados en el Estado civil, constituye también el límite lógico de todo legítimo sacrificio de la libertad individual mediante la acción del Estado.

Del principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número y de la idea del contrato social, se sigue que el criterio de medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual. La esencia y la medida del delito están, conforme al sistema conceptual del autor, en el daño social.

Por su lado Romagnosi, consideraba que la pena constituye, respecto del impulso criminoso, un contraestímulo y en consecuencia, el límite lógico de la pena queda señalado por la función de contraimpulso que actúa como límite que no debe ser superado jamás.

Romagnosi sostenía, a su vez, que la pena no es el único medio de defensa social, entendiendo que el mayor esfuerzo de la sociedad debía dirigirse a la prevención del delito, a través del mejoramiento y desarrollo de las condiciones de la vida social. Entendiendo también que siempre que exista en el delincuente temibilidad, el Estado tiene que anticipar la conducta prohibida en función de la idea de defensa social. La sociedad tiene el Derecho de defenderse y es esta idea la que da el puntapié inicial a la existencia de un Derecho contravencional. A partir de esa idea en la que se supera el valor individuo por el valor comunidad, el hombre pasa a ser un medio para otro fin que es la prevención del delito. La sociedad, a su vez, es un organismo cuya defensa es el ataque. De esta manera el principio de legalidad pierde su estrictez al decirse que el Estado se puede adelantar a la producción del daño.

Este pensamiento permitía considerar autor de una contravención al vagabundo o a la prostituta por el sólo hecho de no entrar en el modelo social que se pretendía imponer. Habiéndose propuesto la contravención que no hubiera hombres que no trabajen, debía enseñarse el valor del trabajo. Y al mismo tiempo, en relación a la prostitución, la madre tenía que aprender su rol

social.

Para Carrara¹, el delito era entendido como un ente jurídico, producto de la racionalidad, al cual otorgó contenidos necesarios y eternos, definiéndolo como la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

De esta manera, Carrara intentó encontrar y fijar “el límite perpetuo de lo ilícito” estableciendo así un sistema dirigido tanto al legislador como al juez que no podía ser transgredido sin incurrirse en tiranía.

Carrara, al analizar el proyecto de Código Penal Italiano de 1865 que le acercara el Senado en consulta, consideraba que la diferencia entre crímenes, delitos y contravenciones debía buscarse en la naturaleza intrínseca de los hechos y no en el monto de la pena. Se permitió cuestionar así a Rossi (seguidor de esta corriente) manifestando que: “En el delito todo es rigurosa consideración de justicia mientras que en la transgresión, todo es previsión de posibilidades y criterio de prudencia, siendo un error presuponer que la transgresión requiere en todos los casos una pena benigna, dependiendo ello de las circunstancias.

La teoría de las transgresiones, decía el autor, “se encuentra íntegramente bajo el dominio exclusivo del principio de utilidad; y cuando a la utilidad se le concede la facultad de infligir un día de cárcel, esa facultad no puede desaparecer cuando demuestra que es conveniente infligir un mes de la misma pena. No se castiga ni un hecho inmoral ni un hecho dañoso, sino un hecho inocente en sí mismo, que es apreciado como causa posible de peligro, o en cuya prohibición se ve alguna utilidad general”².

Respecto a incluir en el Código Penal a las contravenciones -en el mismo informe elevado al Senado- sugería la importancia de excluir a las contravenciones del texto sometido a su estudio, argumentando que muchos desean que el reglamento de policía esté completamente separado del Código Penal. La razón principal de este concepto está en la mutabilidad connatural de las leyes de policía, que depende de los cambios de costumbres y las condiciones de un pueblo.

¹ Recuérdese que el sistema de Carrara es una consecuencia de la teoría jusnaturalista de acuerdo con la cual el derecho es un derivado racional de la ley suprema del orden, encontrándose en la razón los principios lógicos para deducir hasta el detalle el contenido de las instituciones penales sin que el legislador pueda incriminar a su arbitrio determinados hechos que no reúnan las características exigidas por el autor mencionado.

Los principios generales que rigen un código penal, deben tener aplicación constante y perpetua en todos los casos que ese código castiga. Pero si en él se mezclan transgresiones de policía, la doctrina de la imputabilidad (que es el paladín de la inocencia contra las amenazas del derecho penal) ya no será absoluta, sino hipotética y variable, en la aplicación del código, pues si en él hay dos artículos, uno de los cuales contempla un verdadero delito y el otro una transgresión, es inevitable que, en la aplicación práctica, las reglas propias del primero se vayan extendiendo insensiblemente al segundo, y viceversa.

En Francia -en la misma época-, en forma similar se manifestó Helie en su refutación a la reforma de la ley francesa, cuando sostenía que lo deseable sería que un código penal sufriera rarísimos cambios ya que es preciso que se encarne en la conciencia del pueblo. Esta verdad, combinada con la índole mudable de las leyes de policía, ha sugerido a muchos el sistema de eliminar totalmente del código penal cuanto concierna a las transgresiones de policía³.

Estas consideraciones fueron tomadas por los legisladores de la época generando dos consecuencias fundamentales en la evolución del Derecho Contravencional.

Por un lado algunos Códigos Penales excluyeron a las contravenciones de su texto, creándose cuerpos normativos independientes, sin tener en cuenta la penalidad aplicable sino más bien la naturaleza intrínseca de los hechos o sus elementos constitutivos -además del fin perseguido en cada una de ellas-.

Por otra parte, esta nueva consideración de análisis llevó a que algunos hechos hasta el momento considerados delitos, pasaran a formar el cuerpo de contravenciones. Así la mendicidad, el ocio, la vagancia, la ebriedad, el juego o la portación de armas.

Conviene analizar algunas figuras que mutaron de delito a contravención.

Respecto a los vicios y malos hábitos, Carrara sostenía que sería una exigencia intolerable pretender exigir a otro que no sea vicioso. Y si tal cosa la exigiese un gobierno, ello lo haría degenerar en tiranía. Es el pensamiento de un gobierno que les dice a sus súbditos: sed viciosos a vuestra costa, ello será tanto peor para vosotros; yo no tengo derecho a infligiros pena por esto; pero sedlo para vosotros mismos y privadamente; yo pienso que tengo derecho a que

² Carrara Francesco. "Opúsculo". Ed. Temis. Bogotá. 1976. Tomo II, pag. 252.

³ Carrara Francesco. "Opúsculo". Ed. Temis. Bogotá. 1976. Tomo II, pag. 183.

tales vicios no se ejerciten por vosotros de manera que se trasmita la costumbre a otras personas. De esta manera se evita transponer e invadir la libertad individual confundiendo la función del moralista con la del legislador⁴.

En relación a la ebriedad, Carrara sostenía que “Los legisladores no han considerado la cuestión desde el punto de vista del peligro ajeno. Lo han hecho desde el punto de vista de la ofensa al sentimiento público y del mal ejemplo, castigando únicamente al que haya dado espectáculo al público por su embriaguez”⁵, proponiendo incluir esta conducta entre las contravenciones ante la imposibilidad de comprobar el dolo en estos hechos. Así, el Código Penal Toscano borró la ebriedad del número de los delitos remitiéndola al Código de Policía y sólo castigada cuando haya sido culpablemente contraída y haya sido con espectáculo público.⁶

Anselm Von Feuerbach en relación a este tema vinculó la contravención a la mera desobediencia, sosteniendo que existía una contravención cuando se hace una cosa que sería lícita si el Estado no la hubiese prohibido, en tanto el delito violaba un derecho existente antes de que la ley lo haya reconocido como tal. El autor preveía en el Código de Baviera (16/5/1813) una ley especial para las infracciones de policía, que definía en el art. 2 como: “...*Las acciones u omisiones que, pese a no lesionar en sí ni por sí mismas, derechos del Estado o de un súbdito, pero que se prohíban o penen por su peligro para el orden y la seguridad jurídica, como también las pequeñas lesiones jurídicas cuya investigación y punición se transfiera por leyes especiales a las autoridades de policía, se llamarán contravenciones de policía*”. A su vez, en su artículo 3º disponía que la investigación y punición de las contravenciones de policía correspondía a las autoridades policiales.

Por su parte, positivistas como Ferri sostuvieron que: “Entre delito y contravención no hay una diferencia sustancial desde el punto de vista jurídico, pues uno y otro son infracciones de las normas penales dictadas por la necesidad de la defensa social contra las acciones dañosas o peligrosas para la seguridad y prosperidad pública y privada. Por ello no hay un criterio positivo o seguro de distinción entre ambos, aparte de la sanción represiva establecida por

⁴ Carrara Francisco. “Programa”. Ed. Depalma. Bs. As. 1949. Vol. VI. Pag. 13.

⁵ Carrara Francisco. “Programa”. Ed. Depalma. Bs. As. 1949. Vol. VI. Pag. 15.

⁶ Las citas de Carrara han sido extraídas de un trabajo no publicado aún, titulado “Derecho Penal Contravencional” -pag. 4-, realizado por Mariano Mafia y Eduardo Eskenazi.

el Código o por las leyes especiales para una u otra especie de infracciones...Pero psicológicamente y, por tanto, moral y socialmente, las contravenciones tiene un valor diverso que los delitos, y, en consecuencia, exigen diversa regulación jurídica, que corresponde más propiamente al Derecho Penal Administrativo...”⁷. Lo fundamental de esa definición es la relevancia que otorga a las condiciones de vida social cuya lesión o cuyo atentado, sería lo que constituiría la esencia de lo delictivo. La responsabilidad moral se sustituye en el sistema de Ferri por la responsabilidad social, desapareciendo así la idea de retribución jurídica o ética de la pena.

Para los positivistas el modelo contravencional conformado por las prostitutas, vagabundos etc., era visto como la antesala del delito. Ellos no distinguían a los delitos de las contravenciones porque la pena en los primeros no se encontraba sujeta al daño. Reaccionaron contra la escuela clásica en cuanto esta última, abstraía el hecho del delito del contexto ontológico que lo ligaba a la personalidad del delincuente y a su historia biológica y psicológica, como así también a la totalidad natural y social en la que se insertaba su existencia.

Entre los delitos y las contravenciones sólo reconocen diferencias de grado y cantidad pues ambas convergen en la misma objetividad jurídica, defendiendo el interés público por lo que ambas merecen protección punitiva sancionadora. No existe un criterio 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. Esto había establecido el art. 11 del proyecto de Ferri de 1921 y lo mismo disponía el proyecto de Rocco de 1927, al estatuirse que las infracciones se dividen en delitos y contravenciones según las diversas especies de pena respectivamente establecidas en el Código, imponiéndose para los delitos las penas de muerte, reclusión y multa para las contravenciones las de arresto y la multa.

1.2.- Las contravenciones en el curso de la historia Argentina.-

1.2.1.- El “disciplinamiento” en la campaña y en la ciudad.

⁷ Ferri Enrique. “Principios de Derecho Criminal”, Ed. Reus. Madrid. 1933. Pag. 548.

En nuestro país la primer referencia normativa local sobre contravenciones, se remonta a un bando del Virrey Vértiz mediante el cual se organizaron los primeros servicios de policía a cargo de los alcaldes de barrio.

Acercas de la eficacia de su implementación resulta interesante comentar lo ocurrido hacia el año 1820 en que la población había comenzado a quejarse diciendo que los alcaldes de hermandad de la campaña enviaban a los reos y los jueces de Buenos Aires los soltaban, contestando, a su vez, los jueces que los alcaldes pretendían que se dictaran condenas con un mero “parte” sin ninguna otra actuación, a lo cual los alcaldes respondían que no tenían posibilidad de llevar a cabo esos trámites en sus asientos.

En 1821 Rivadavia suprime los cabildos pasando las funciones judiciales a los jueces de primera instancia, en tanto que las funciones de policía municipal y la de seguridad y criminal quedan en manos de un Jefe de Policía con seis comisarios para la ciudad y ocho para la campaña. El poder de esta policía constituía un verdadero ejército controlador que se ocupaba desde las cuestiones edilicias hasta la prevención del delito. En 1823 Rivadavia dictó un decreto que reglamentó el ejercicio de la mendicidad en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires, prohibiéndose la misma sin certificado de policía que acreditase su indigencia. En 1825 el Presidente del Tribunal de Justicia defiende una idea de disciplinamiento diciendo que *“para precaver los delitos es necesario atacar y perseguir en la campaña la ociosidad que es su origen. El hombre ocioso ha de ser inevitablemente criminal; porque entretenido en los vicios del juego y de la embriaguez que son dominantes en esta provincia, ha de robar para mantenerse y mantenerlos y el ebrio y el jugador están siempre dispuestos a pelear, herir y matar⁸”*.

El gobierno comienza así a ejercer un rígido control del campo, estableciéndose entre otras disposiciones que todo el que transite por la campaña fuese identificado, que no se pueda salir de un pueblo sin permiso del comisario; disponiendo un decreto de 1823 que todo peón de campo encontrado sin su papeleta de trabajo era considerado vago y destinado al servicio de las armas. Se disponía la incorporación a las fuerzas militares de todo habitante declarado “vago” y “malentretenido”. El Código Rural de la Provincia de Buenos Aires de 1865 trasladó la tarea que hasta entonces estaba en manos de la

⁸ Zaffaroni Raúl Eugenio y Arnedo Miguel Alfredo “Digesto de Codificación”, Ed. A-Z editora. Pag.

policía a los Jueces de Paz y de cuyo uso da una clara idea el Martín Fierro, pudiendo considerarse que de esa manera se configuró la primera legislación argentina de estado peligroso sin delito. Por otro lado, por una ley del año 1821, la portación de armas también era sancionada con servicio de armas, pero tenía una particularidad demostrativa de la idea de preservación de la “gente decente” por oposición al “vago” por la cual alguien de la primer categoría condenado por portar un arma podía nombrar en su lugar un sustituto llamado personero.

Para 1880, el control social de esa época había llevado a los “vagos” y borrachos de la ciudad a la frontera con el indio, había prohibido el uso de agua en el carnaval y permitido el uso de disfraces sólo a los ricos que eran quienes podían pagar por su autorización. La “decencia” había sido “puesta a salvo” con la limitación de bailes para que las sirvientas no se distraigan y con la prohibición de la prostitución clandestina; asimismo se prohibió “el juego” por distraer a las personas de sus obligaciones. Así, se sostenía en esa época que “el orden” había reemplazado a la antigua indisciplina criolla de la “raza” poco apta para la democracia y el “progreso”.

Más adelante, al urbanizarse la materia contravencional, el código de Obarrio le otorgó el juzgamiento directamente a la policía, habiendo sido durante un tiempo inapelables sus resoluciones, y peor aún, además de ello, el Jefe de Policía era la autoridad legislativa en esta materia. En 1946 mediante el decreto-ley 32.265 ratificado por la ley 13.830, se reconoció formalmente al Jefe de Policía la citada facultad legislativa la cual ejercía mediante el dictado de edictos.

Ya para el año 1956 ante la amenaza de declaración de inconstitucionalidad de los edictos policiales -que se concretó en el año 1957- el gobierno incluyó el texto de todos los edictos del Jefe de Policía en el decreto-ley 17.189/56 ratificado en el año 1958 por la ley 14.467 convirtiéndose así los edictos de policía en ley de la Nación.

Hasta dictar la citada inconstitucionalidad de los edictos de policía, la Corte había sostenido que la facultad de fijar específicas normas de policía, crear infracciones y fijar las sanciones dentro de los límites establecidos por la misma ley conferida al Poder Ejecutivo, no se trataba de una delegación de facultades legislativas sino del ejercicio de la facultad reglamentaria, no vulnerando así el edicto policial la garantía establecida por el art. 18 de la

Constitución Nacional pues a criterio de la Corte Suprema, la sanción de los edictos por parte del Jefe de Policía constituía una consecuencia de la autorización legislativa contenida en el art. 27 del CPP en cuanto esta norma otorgaba al Jefe de Policía la facultad de legislar en materia de policía de seguridad y dictar las reglas de procedimiento para su aplicación.

El cambio de criterio de la Corte se produjo a partir del caso “MOUVIEL” en el año 1956⁹, en cuya oportunidad, recién, fue desconocida la potestad legislativa del Jefe de Policía.

En el citado caso, las Damas de Beneficencia, molestas con el gobierno de Perón, se habían reunido para cantar el Himno Nacional en la vía pública, siendo por ello detenidas y sancionadas por haber infringido los edictos policiales sobre desorden y escándalo.

Habiendo llegado el caso a la Corte Suprema de Justicia, la misma, modificando la doctrina sostenida hasta entonces, declaró la inconstitucionalidad de la potestad legislativa del Jefe de Policía.

A continuación, citaré algunos pasajes del dictamen efectuado por el Procurador General de la Nación en esa causa, Dr. Sebastián Soler, por entender que los conceptos allí vertidos resultan trascendentes para situar el Derecho Contravencional frente a las garantías constitucionales.

En su dictamen¹⁰, Soler, se remitió al principio de división de poderes recordando que el Poder Legislativo dictaba la leyes, el Poder Ejecutivo las ejecutaba y hacía cumplir, y el Poder Judicial las interpretaba y aplicaba cuando se suscitasen controversias. Citando al art. 83 inc. 2º de la Constitución Nacional (actual 99 inc. 2º) dijo: *“El Poder Ejecutivo expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...”*¹¹. Reglamentar es, continuó diciendo Soler, tornar explícita una norma que ya existe y a la que el Poder Legislativo le ha dado una sustancia y contorno definidos. Citando a Huneuus dijo que para establecer las cosas en un terreno firme que impida al Poder Ejecutivo arrogarse atribuciones legislativas al tiempo de dictar decretos, sólo se necesita vigilancia activa de parte del Congreso y de

⁹ Fallos 237:636.

¹⁰ Fallos 237:637.

¹¹ Téngase presente que con la reforma constitución del año 1994 al inciso tercero del art. 99 le fue agregado un segundo párrafo cuyo contenido es el siguiente *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter*

los Tribunales, agregando luego, que todo intento de reglamentar lo que no ha sido materia de ley, constituye una pura y simple usurpación de atribuciones legislativas.

Sostuvo también que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos (art. 29 de la C.N.). La facultad genérica de reglamentar las leyes acordadas por el art. 99 inc. 2º de la Constitución Nacional exige algo más que una simple autorización legislativa para que su ejercicio resulte válido; es necesaria la existencia de leyes dictadas por el Congreso lo suficientemente definidas y precisas, como para que ese ejercicio no se traduzca en un *“vagar a voluntad entre todas las materias posibles”* de lo que constituye el objeto de la autorización, tratándose, en el caso en examen, de la policía de seguridad (objeto absolutamente indefinido).

Soler, citando al voto del “justice” Cardozo –quien había votado en disidencia en el caso Panamá Refining Co. v. Ryan¹²- sostuvo que: *“el poder delegado para legislar...no ha sido canalizado entre taludes que le impidan su desborde”* sosteniendo luego que en una correcta interpretación constitucional, la facultad de dictar el Código de Faltas debiera considerarse exclusiva de la rama legislativa.

Sobre el significado que tiene la garantía de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, Soler citó un fallo de la Corte, anterior al caso “Mouviel” (Fallos:191:245), en el que se dijo que *“la configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 C.N.). De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido”*.

Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, dijo Soler, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su

ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido. Mas adelante el entonces Procurador continuó diciendo que *“...no creo posible sostener que una disposición emanada de una simple autoridad administrativa...sea la ley que la Constitución ha exigido...para autorizar...el menoscabo de algún derecho fundamental de los individuos”*.

Teniendo en cuenta lo normado por el art. 17 de la Constitución Nacional¹³, el autor se preguntó en su dictamen si la Constitución ha protegido con mayor vigor la propiedad que la libertad. Expresando a continuación que no se podía sostener que la materia legislada en los edictos policiales es de menor cuantía porque el monto de las sanciones es pequeño por cuanto eso no bastaría para despojarle de su verdadero carácter penal, siendo un hecho comprobado que **“cuando se quiere subvertir el régimen republicano y democrático, cuando se pretende coartar el libre ejercicio de los más elementales derecho individuales, las simples contravenciones resultan ser uno de los instrumentos de que se valen los gobiernos dictatoriales para sofocar la libertad”**.

Finalmente, la Corte, al dictar su fallo en el caso “Mouviel” dijo que: *“...en el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución y que se apoya principalmente en la división de poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo la configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades indelegables...es innegable la necesidad de mantener estrictamente la vigencia del principio nullum crimen, nulla poena sine lege no sólo porque se trata de un principio constitucional sino, también, porque es notorio que las modernas formas de autoritarismo utilizan los edictos policiales como uno de los instrumentos más eficaces para la opresión de los ciudadanos y la restricción a las libertades públicas...”*¹⁴.

En la Provincia de Buenos Aires las contravenciones policiales se encuentran actualmente reguladas por el Código Contravencional sancionado por el Dto.-Ley 8031 en el año 1973.

Al tiempo de su sanción, en su artículo 99, se disponía que la administración de la justicia de faltas sería ejercida por el Jefe de Policía con el

¹² Fallos 237:643.

¹³ En cuanto la norma dispone que la expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley.

carácter de Juez de Faltas, pudiendo ser apeladas sus sentencias ante el Juez de Primera Instancia en lo Penal. Siendo recién en el año 1993, con la sanción de la ley n° 11.411, que la competencia en el juzgamiento de las contravenciones fue asignada a los Jueces de Paz Letrados en sus respectivos partidos y, donde no existieran ellos, la citada competencia quedaba en manos del Juez de primera instancia en lo Criminal y Correccional, pasando esta última, con la sanción de la ley 11.922 sancionada en el año 1998 a los Juzgados Correccionales.

Por último, en relación a este recorrido histórico resta decir que la Constitución de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires sancionada en el año 1996, adoptó la tesis de la naturaleza penal de las contravenciones, en función de lo cual se sancionó en el año 1998 el Código Contravencional tratándose de la legislación más moderna –a nivel Nacional- sobre contravenciones.

1.2.2.- Las contravenciones en la codificación argentina.-

La división tripartita imperó en la Argentina en sus primeras leyes penales. **El Proyecto Tejedor** (que en 1868 fue sometido a una revisión que nunca fue tomada en cuenta y sin perjuicio de lo cual para 1886 era código vigente por haber sido sancionada en casi todo el país por las distintas legislaturas provinciales) clasificó las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, definiendo a estas últimas en su art. 2º como: *“Las faltas a que la ley señala penas de policía.”* Y teniendo por modelo al Código Bávaro estableció en su art. 3º que *“el conocimiento y represión de las contravenciones corresponde a los magistrados de policía”*. Siendo adoptado idéntico criterio por el Proyecto Villegas-García-Ugarriza de 1881.

El Código de 1886 abandonó en su art. 1º la clasificación tripartita afiliándose al régimen bímembre de delitos y faltas a los que definió como toda acción u omisión penada por la ley. No legislando en ese cuerpo legal la materia de Faltas y eliminando finalmente ese artículo 1º por tratarse de una definición.

El Proyecto de 1891 (Piñero, R. Rivarola y N. Matienzo) también adoptó una clasificación bipartita, refiriéndose el libro III a las faltas de carácter nacional

¹⁴ Fallos 237:654.

y fijando el máximo de pena que tendrían derecho a imponer las provincias, los territorios y municipios en materia de contravenciones y faltas. Este proyecto las enclavó, definió y sancionó en su texto al igual que el Proyecto de 1906 estableciendo el artículo 6º el siguiente texto: *“La infracción de las leyes y disposiciones locales de las provincias, municipios y territorios federales que no tuviere pena señalada en este Código será reprimida como falta con penas que en ellas mismas se determinen siempre que no impongan multa mayor de 1000 pesos, ni establezcan otra inhabilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesionales, ni restrinjan la libertad de locomoción sino en los casos de falta de pago de la multa”*.

El Proyecto de 1906 (Rivarola y Matienzo) también siguió una clasificación bipartita, legislando sobre ellas en su libro tercero, pero advirtiendo que podía ser suprimido sin alterar la economía de la obra. Este cuerpo normativo omitió establecer en materia de faltas -como sí lo hacía en el proyecto de 1891- la línea demarcatoria entre las facultades nacionales y provinciales.

El Proyecto de 1917 y el Código de 1922 abandonan toda referencia a la legislación nacional de Faltas.

Rodolfo Moreno suprimió el libro III referente a las faltas diciendo al respecto que: *“...nadie desconoce que las provincias necesitan como condición de cumplimiento de las leyes que dicten en ejercicio de derechos, imponer sanciones, es decir, erigir la infracción en falta. Si tal infracción, consistente en hacer lo que se prohíbe o en no hacer lo que se ordena, careciera de una sanción, las leyes provinciales tendrían el alcance de consejos que los habitantes de dicho estado aceptarían o no...la separación en la práctica entre faltas de carácter local y otras de carácter general sería muy difícil...la legislación local depende de los intereses y necesidades locales, de los caracteres especiales del comercio y de la producción en cada núcleo, del grado de cultura de la población y de la distribución de la misma, de factores en fin que son particularísimos a cada región del país...Las faltas son las infracciones a esa legislación que es variable y que no hay objeto ni ventaja en unificar. Además desde el momento que no se discute el derecho de las provincias para legislar sobre la materia nos expondríamos a tener dos clases de faltas, las nacionales y las provinciales y las dos podrían ser contradictorias”¹⁵*.

¹⁵ Citado por Jiménez de Asúa “Tratado de Derecho Penal”. Ed. Macagua y Landa. Bs. As., 1950.

Sin embargo y siempre según el criterio de Moreno, se creyó necesario fijar la frontera máxima de la penalidad provincial. El artículo que establecía el límite de 1 año de prisión, 3 de inhabilitación y 4000 pesos de multa, en el proyecto fenece en la discusión parlamentaria.

Por cuanto antecede, el Derecho Penal vigente desde 1922 no contiene legislación sobre faltas y carece del límite global de la actividad punitiva de las provincias.

En relación a los organismos con competencia para legislar en materia de Faltas se pueden individualizar las siguientes posiciones:

- a) Quienes piensan que el Código Penal puede y debe legislar sobre faltas.
- b) Quienes creen que el Código Penal aunque no legisle sobre contravenciones debe señalar el máximo de la pena que las Provincias pueden imponerles.
- c) Quienes reconocen que la legislación de Faltas pertenece en general a las Provincias sin que pueda el Congreso establecer topes de pena a las provincias.
- d) Quienes sostienen que la competencia legislativa en materia de faltas es concurrente por lo que respecta a la Nación y a las Provincias y por ello ha de ser resuelto con normas armónicas.

En adelante, trataré mínimamente cada una de estas posiciones por revestir interés en relación a la modificación del Código de Faltas que se pretende efectuar.

a) Quienes piensan que el Código Penal puede y debe legislar sobre faltas:

Rivarola se encuentra en este grupo. Sosteniendo el autor que la legislación de faltas debía ser incluida en un Código Penal, y si bien no negaba algún poder a las Provincias en materia contravencional, las reducía todo lo posible: "...las provincias para los fines de sus instituciones y las Municipalidades para la sanción de sus reglamentos, necesitan disponer de medios coercitivos, así las provincias y Municipios se encuentran habilitadas para usar de medios ínfimos de penalidad no usados por el Código Penal"¹⁶.

b) Quienes creen que el Código Penal aunque no legisle sobre contravenciones debe señalar el máximo de la pena que las Provincias pueden imponerles:

Rodolfo Moreno pertenece a este grupo. Sostiene que legislar sobre Faltas compete a las Provincias sin que el Congreso de la Nación se ocupe de

las mismas pero piensa que no conviene dejar en el asunto una libertad completa a las Provincias¹⁷.

c) Quienes reconocen que la legislación de Faltas pertenece en general a las Provincias sin que pueda el Congreso establecer topes de pena a las provincias:

A este grupo pertenecen Garro, Gonzalez Roura y Soler quienes consideran que la imposición de un tope máximo es de dudosa constitucionalidad.

Soler ha expresado que están más cerca de la verdad los que piensan que en esta materia las provincias tienen una facultad reservada y soberana en cuanto no puede ser globalmente limitada por ningún poder.

d) Quienes sostienen que la competencia legislativa en materia de faltas es concurrente por lo que respecta a la Nación y a las Provincias. Y por ello ha de ser resuelto con normas armónicas:

Jimenez de Asúa¹⁸ pertenece a este grupo al sostener que corresponde a la Nación o a las Provincias -aparte de los poderes taxativamente delegados o reservados- la potestad de definir y de sancionar hechos en tutela de los intereses respectivos, de donde se deriva la indiscutible facultad de las provincias para establecer penas, con finalidad preventiva y represiva a la vez.

Estos poderes provinciales hallan su límite en la materia, en las figuras y sanciones del Código Penal y en las garantías constitucionales, sin que existan reparos que impidan al Código nacional definir las faltas y fijar el tope de penalidad. Es necesario que se dicte un Código de faltas uniforme para toda la Nación.

Citando a Alsina sostiene que no es privativo del Congreso el derecho de castigar, sino el de dictar un Código Penal. Esas facultades represivas, a criterio del autor, son concurrentes con las que la Nación puede ejercer, con lo que no se excluye que el Congreso Nacional pueda legislar sobre contravenciones.

Queda así en claro que las normas nacionales invalidarán las leyes de las Provincias que antes regularon y sancionaron la misma materia. Ello así, porque aparte de las facultades respectivamente atribuidas a la Nación o a las Provincias, existe una zona intermedia de legislación concurrente en la cual las

¹⁶ Citado por Jiménez de Asúa, ob. Cit. Tomo II. Pag. 599.

¹⁷ Citado por Jiménez de Asúa, ob. Cit. Tomo II. Pag. 603.

¹⁸ Jiménez de Asúa "Tratado de Derecho Penal" Ed. Macagua y Landa, Bs. As., 1950. Tomo II,

provincias podrán legislar mientras la Nación no lo haga.

Sobre el **tope de penalidad** sostiene que el mismo debe existir. Citando a Alsina, dice que ninguna cláusula constitucional ha establecido el límite de la acción de las legislaturas provinciales en cuanto a la extensión de las penas. Guillermo Rothe al defender como Ministro de Gobierno de la Prov. de Córdoba la ley de alcaloides, sostuvo la absoluta ilimitación legal en la represión por parte de las provincias; a su criterio no existía ningún reparo para que la provincia pudiera imponer penas incluso superiores a los tres años ya que habría obrado como poder soberano. Para Jiménez de Asúa no es posible aceptar ello. Sostiene que las figuras del Código Penal no pueden ser alteradas, ni desconocido su régimen represivo. No se olvide –dice Jiménez de Asúa- que la altura de la pena manifiesta la importancia del bien jurídico protegido. Si una Provincia impusiera a un hecho una pena muchas veces mayor a tres años, el acto incriminado quedaría resellado como delito.

Soler ha dicho al respecto que “ello está prohibido a las provincias, pues en la zona de libertad dejada por el C.P. surgirían en distintas localidades nuevas infracciones dando así una Nación cuyo Código no sería un código exhaustivo, derogándose así el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Para Jiménez de Asúa el Congreso puede fijar un taxativo tope, tratándose de un límite que surge de la lógica jurídica.

1.3.- Importancia del tema tratado a los fines de la modificación legal propuesta.

Hasta aquí he realizado un recorrido histórico del derecho contravencional en los aspectos que considero relevante conocer, a los fines de intentar comprender en el punto siguiente las discusiones existentes en la dogmática Argentina en relación al concepto de derecho contravencional, cuestión esta último no menor si se pretende conocer en forma acabada la capacidad plena del Dec.-Ley 8031/73 a los fines de modificar su sistema punitivo.

La reseña efectuada resulta un primer acercamiento para entender la idea de un Derecho Contravencional y su importancia. Asimismo, permite demostrar los esfuerzos realizados a lo largo de la historia para lograr un criterio

de distinción de los delitos respecto a las contravenciones en función de diferencias cualitativas o cuantitativas.

En el punto siguiente, intentaré analizar el tema a la luz de nuestro sistema positivo donde la importancia de esa distinción resulta de un interés secundario teniendo en cuenta la particular organización constitucional de nuestro país, en virtud de la cual, luego de establecidas las jerarquías de las distintas fuentes de producción normativa quedará a cargo de la política criminal el adoptar un criterio cuantitativo o cualitativo de distinción.

Téngase presente que a lo largo de la historia esa indefinición pendular entre criterios cuantitativos o cualitativos ha generado importantes conflictos respecto a los órganos con competencias para crear figuras contravencionales y los topes penales que las mismas deberían respetar. Esa situación, a su vez, ha generado que el Congreso Nacional o las Legislaturas Provinciales duden de sus límites y competencia a la hora de regular en materias vinculadas a sus respectivos poderes de policía, repitiéndose esa duda en los órganos judiciales que deben aplicar las normas.

Intentando ejemplificar lo expuesto, propongo la lectura de la Ley nº 24.788 titulada como de “Lucha contra el alcoholismo” y las leyes 11.825 y 11.748 en las que puede observarse la superposición normativa a modo de puja entre dos Organos Legislativos, uno Nacional y el otro Provincial. Si bien es cierto que este problema debiera ser resuelto judicialmente, al existir también en estos órganos la indefinición apuntada, tampoco se cuenta con la fuerza para corregir el vicio cuyo origen no es otro que una discusión doctrinaria que ha llevado a alejarnos de nuestras propias normas.

Lo expuesto, en lugar de pretender ser una crítica a los órganos legislativos, intenta mostrar, tal como lo sostiene Atienza¹⁹, que toda política criminal se encuentra encuadrada en un determinado marco cultural y social y se halla situada en una tradición a la cual puede sentirse más o menos obligada pero que no puede negar como factor socialmente relevante.

La propuesta que aquí formulo consiste en que a través de lo expuesto anteriormente, y a partir de un concepto de derecho contravencional ajustado a nuestro sistema legal, se tenga una acabada idea de esa herramienta de control social que permita establecer claramente sus objetivos y la forma eficiente de

¹⁹ Atienza Manuel “Tras la Justicia”. Ed. Ariel. 1993. Pag. 182.

llegar a ellos.

2.- La distinción dogmática entre delitos y contravenciones.

En este punto se persigue ubicar el problema de la distinción citada en su real dimensión. Para ello será necesario tener en cuenta nuestra particular Organización Constitucional, permitiendo ese conocimiento establecer los límites y facultades de las distintas fuentes normativas.

Al respecto ha expresado Zipf²⁰ que la dogmática se considera en su función como medio para afianzar una aplicación del derecho diáfana, previamente determinable y con ello, controlable, sirviendo de esta manera como una herramienta para la aplicación de un derecho seguro y uniforme.

Creo que esta función no ha sido claramente lograda por la dogmática argentina, por cuanto autores como Núñez, Soler ó Zaffaroni, entre otros, se han referido a las distinciones cualitativas o cuantitativas como si esos criterios de distinción se encontraran específicamente previstos por nuestro derecho positivo, desconociendo de esa manera que en nuestro país no existe norma alguna en establezca esa distinción, contándose sólo con una particular organización constitucional que establece leyes de distintas jerarquías según que las mismas provengan del Congreso Nacional, Legislaturas Provinciales o Consejos Deliberantes Municipales.

Núñez²¹ por ejemplo, ha afirmado que la posición correcta exige una distinción sustancial entre los delitos y las contravenciones, sin que el campo de éstas últimas deba limitarse al de las faltas o transgresiones policiales, sino que debe extenderse a todo el ámbito de las transgresiones a los mandatos administrativos. Al delito lo define como la infracción a la seguridad de los derechos naturales y sociales del individuo, añadiendo que “científicamente, la seguridad de los derechos sólo puede ser atacada mediante su daño efectivo o poniéndola en peligro real” (cita a Carrara: “Programa” # 3178 y 3879). De modo tal que sin este grado de concreción o de riesgo, continúa diciendo el autor, no se podrá describir la conducta a título de “delito” por quedar la misma en el campo de los actos preparatorios. A pesar de la enunciación de tales conceptos,

²⁰ Zipf, Heinz “Política Criminal” Revista de Derecho Privado. Ed. Española.1979. Cap. I.

²¹ Núñez, Ricardo C. “Tratado de Derecho Penal”. Ed. Marcos Lerner. Córdoba.1987. Tomo I. Pag. 18.

advierde que los legisladores no han respetado este “*principio científico*”, incluyendo entre los delitos figuras que no importan daño efectivo ni exposición a un peligro real.

A continuación, cita la raíz constitucional de su fuente de producción (arts. 67 inc. 11 y 108 de la Constitución Nacional –numeración previa a la reforma de 1.994-), como así también el carácter exclusivo y excluyente de tal potestad. Como consecuencia de ello -enseña-, las provincias no pueden sancionar delitos ni, tampoco, modificar las figuras, las penas o las condiciones de punibilidad de los delitos sancionados por el Código Penal.

Así, define al derecho penal contravencional como: “*el conjunto de aquellas disposiciones mediante las cuales la administración estatal encargada de favorecer el bienestar público o estatal, vincula a la transgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena como consecuencia administrativa*”.

A su vez, al referirse al derecho penal común explica el autor que “*...la criminalidad del hecho se asienta en el ataque a la seguridad de los derechos de los individuos o de la sociedad, y subjetivamente se asienta en la voluntariedad de ese ataque, en la especie más grave de delincuencia y en su producción culposa, en la especie más leve. Ataque a la seguridad jurídica que políticamente se traduce en el disvalor moral del hecho y en la alarma social que su comisión produce por el temor a ser víctima de su repetición...*”.

Argumenta que *las diferencias enunciadas entre delitos y contravenciones tienen “importancia jurídico-política” para limitar las facultades represivas que corresponden a la Nación y a las provincias*. Explicando luego que de sostenerse el criterio opuesto, se producirían las siguientes disfuncionalidades de orden sistémico:

a) La de limitar la facultad de las provincias al residuo de lo que el Congreso Nacional le deje libre. Con ello pretende evitar la “exagerada tendencia, no siempre bien intencionada” del gobierno federal de elevar a delitos meras contravenciones²².

b) La falta de criterio ontológico en la distinción, opone como único límite a la legislación provincial que el tema ya esté legislado por la Nación. De esta

²² Para analizar críticamente esta afirmación y demostrar, a su vez, su empleo en la actualidad, téngase presente la modificación sancionada por la ley n° 25.086 mediante la cual se convirtió en delito la portación de arma de uso civil que hasta su sanción se encontraba reprimida como falta

manera, se viola “...el deber que tienen las provincias de respetar la zona de libertad penal que implica la falta de castigo por el Congreso de ciertas lesiones a derechos naturales o sociales de los individuos...”.

Este autor deja sentada su concepción en lo que respecta a la competencia para legislar en materia de “contravenciones”. Así, en relación a la represión de las transgresiones a leyes administrativas (fiscales, económicas, etc.) afirma, que corresponde tanto a la Nación como a las provincias dentro sus respectivas jurisdicciones, con independencia del ámbito territorial. En lo que respecta a lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad le corresponde a cada provincia dentro de su territorio y a la Nación, como legislatura local, en el ámbito de la capital federal y territorios nacionales (campo actualmente vacío atento al “status jurídico” de la ciudad de Buenos Aires, Tierra del Fuego y territorio antártico).

De allí, concluye que siendo el poder de policía local la fuente de la legislación represiva de las faltas o transgresiones de policía, resulta constitucionalmente inadmisibles una legislación nacional sobre faltas para toda la Nación como fuera propugnado en algunos precedentes legislativos.

A mi criterio, esta posición resulta un tanto confusa por cuanto, al partir el autor de la idea de una diferencia esencial entre delitos y contravenciones, ha pretendido acuñar esos conceptos en nuestro sistema legal, para luego sostener que este último avalaba la existencia de esa diferencia ontológica, llevando esa situación al autor a efectuar afirmaciones en relación a este tema sin fundamento legal alguno. Tal lo que ocurre cuando sostiene que lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad corresponde exclusivamente a cada provincia (sin hacerse cargo de establecer el denotado correspondiente a cada una de ellas), o bien que las contravenciones se refieren a ataques a la actividad administrativa (sin explicar el motivo por el cual los arts. 195, 205, 237, 238, 240 y 243 son considerados delitos por el legislador nacional).

Por otro lado, en relación a aquellas posiciones que encuentran una diferencia cuantitativa entre delitos y contravenciones (Sebastián Soler y Eugenio Zaffaroni –entre otros-), propongo comparar el Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires con el Código Penal en los que se puede apreciar en

algunas disposiciones del primero penas más graves que las previstas por determinadas normas del segundo.

Así los arts. 37, 38 –segundo párrafo-, 43 y 94 del Código de Faltas, tienen como mínimo del arresto diez (10 días), frente a los arts. 108, 129, 159 y 204 ter. del Código Penal que contemplan sólo pena de multa; el art. 96 del Código de Faltas (Represión de los juegos de azar) contempla como mínimo treinta días de arresto, resultando ser el mismo mínimo de los delitos previstos en el Código Penal en los arts. 89 (lesiones leves), 94 (lesiones culposas), 96 (lesiones en riña), 162 (hurto), 177 (quebrado culpable), 189 (incendio u otro estrago en su forma culposa), 213 (apología del delito), 237 (atentado y resistencia a la autoridad) y superior a delitos que contemplan como mínimo quince días de prisión como los arts. 153, 183, 208 y 239. Finalmente, tomemos el supuesto más claro, previsto por el art. 243 del Código Penal mediante el cual se sanciona con prisión de quince días a un mes “...al que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva...”.

Mediante esta muestra comparativa pretendo que se reflexione sobre la idea que, no obstante existir en el Código Contravencional penas más graves que en el Código Penal, y viceversa, las mismas no devienen inconstitucionales por no existir ninguna previsión del sistema positivo en ese sentido²³.

A mi criterio, y tal como lo adelantara anteriormente, considero que, en primer lugar, se debe partir de un preciso conocimiento de nuestra particular organización constitucional a los fines de conocer los límites y facultades de cada una de las formas de estado (nacional, provincial y municipal). Por ello en adelante me referiré a la Carta Magna.

El artículo 75 inc. 12 (ex art. 67 inc. 11) de la Constitución Nacional, ha dispuesto que corresponde al Congreso dictar el Código Penal, y si bien es cierto que no se encuentra precisado su denotado, cabe recordar que para el año 1853 los modelos existentes de Códigos Penales abarcaban la materia contravencional.

²³ Tal como ocurre en países como España en el que puede encontrarse esa distinción impuesta legalmente, por ejemplo, en relación al monto sustraído respecto a hechos contra la propiedad, en los que según se supere una determinada cantidad de dinero en relación al objeto de sustracción, la misma conducta dejara de ser una contravención pasando a ser un delito (art. 623 del Código Penal Español).

Por otro lado y conforme a lo establecido por los arts. 1, 5, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, las Provincias se reservaron las facultades no delegadas a la Nación, encontrándose entre ellas la facultad de dictar normas prohibitivas y sus respectivas sanciones en relación a todo aquello que corresponda al goce y ejercicio de las instituciones provinciales.

Finalmente, conforme a lo normado específicamente por los citados arts. 5 y 123 de la Carta Magna, corresponde a las Provincias asegurar el la autonomía del Régimen Municipal.

Es decir que como resultado del sistema federal de gobierno adoptado por la Carta Magna, se encuentra dispuesta una distribución constitucional de las fuentes productoras de normas prohibitivas.

A su vez, el Estado, con el fin de garantizar la seguridad, el orden público, la moral pública, el bienestar general y la armónica convivencia ciudadana, tanto en el orden nacional como en el provincial o municipal, tiene el *poder-deber* de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos individuales que la Constitución Nacional acuerda a todo habitante o ciudadano.

En función de lo expuesto, entiendo que la división de poderes entre la Nación y las Provincias, como así también de los Municipios (al conservar su autonomía municipal), determina la necesidad de cada una de ellos de contar con los medios para ponerlos en práctica, y cuando ese poder se ejerza sancionando una prohibición, será necesario contar con la facultad de imponer penas.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostuvo que la división de poderes entre la Nación y las Provincias trae como consecuencia inevitable, la de ejercer la facultad de policía, ya que otorgado o reservado un poder, lleva necesariamente el derecho de adoptar los medios coercitivos para ponerlo en práctica (C.S.J.N. Fallos Tomo 7º).

De esta manera se cuenta con una organización constitucional que expresa o implícitamente establece las siguientes fuentes constitucionales de legislación penal: a) El Congreso Nacional; b) Las Legislaturas Provinciales; y c) Los Concejos Deliberantes de los Municipios.

Ahora bien, cada una de estas fuentes productoras cuenta con facultades exclusivas respecto a los otros poderes, pero también cuenta con facultades

concurrentes con respecto a ellos. Y es justamente en relación a las facultades concurrentes que entiendo deben quedar claramente delimitadas las facultades punitivas de cada una de las formas de Estado referidas.

Con lo hasta aquí expuesto intento explicar que en relación a las facultades concurrentes existe un orden jerárquico establecido por la Constitución mediante el cual se faculta al Congreso Nacional a dictar el Código Penal y toda otra norma punitiva necesaria para el ejercicio de sus poderes.

A su vez, si el Estado Provincial a los fines de ejercer sus poderes deberá prohibir determinadas conductas que no han sido tratadas por el Congreso Nacional, pudiéndolo hacer sin contar con otra limitación en relación a su configuración o a la pena, que la “razonabilidad” exigida por el art. 28 de la Constitución Nacional, y así, a modo de ejemplo, si el Estado Provincial en ejercicio de su poder de policía pretendiera castigar una conducta que intenta prevenir la comisión de un delito, la pena impuesta por ella nunca podría ser superior a la del delito cuya comisión se intenta evitar.

Del mismo modo el Municipio, a través de su Concejo Deliberante, y a los fines de ejercer sus facultades, también podrá dictar la normativa contravencional municipal que le resulte necesaria a los fines de cumplir adecuadamente sus objetivos, siempre y cuando no se encuentre regulada ni por la Nación ni por la Provincia.

De esta manera, entiendo que a fin de cumplir la provincia eficazmente su función podrá, ante la abstención del Congreso, dictar las contravenciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines, disposiciones éstas que en caso de ser reguladas por el Congreso quedarían inmediatamente derogadas²⁴, ocurriendo lo mismo respecto al orden municipal.

Como puede observarse nos encontramos ante una cuestión de técnica legislativa por la cual corresponde al Estado con su actividad político criminal escindir los dos grandes ámbitos. Encontrándose el ámbito del Congreso Nacional comprendido por aquellas conductas que deben ser reguladas por resultar de interés para toda la Nación. Al mismo tiempo, aquellas conductas que no fueron reguladas por la Nación, o bien porque simplemente no fue previsto por el Congreso, o bien por que se consideró que se trataba de una cuestión

²⁴ Ejemplo de esto sería la sanción de la ley nº 25.086 mediante la cual la portación de arma de uso civil hasta entonces regulada en la Provincia de Bs. As. en el art. 43 inc. h del Dec. Ley 8031/73 pasó a ser un delito previsto por el actual artículo 189 bis del Código Penal.

local –por oposición al interés general de la Nación- serían reguladas y sancionadas por las Provincias. Repitiéndose esta misma situación con respecto a los Municipios.

Tal como lo sostiene Jiménez de Asúa, entiendo que en cada situación histórica concreta el Estado considera como contravención lo que hasta entonces era delito, o bien tipifica como delito lo que hasta entonces era una falta. No siendo posible hacerse de una orientación científica “a priori” que configure a una acción como delito o como falta, pues tanto la forma de protección, la mayor o menor conmoción experimentada por la sociedad en la realización del delito o de la falta pueden cambiar con las transformaciones del ámbito histórico, teniendo la última palabra la autoridad estatal.

Por lo hasta aquí expuesto, considero que en nuestro país no existe una regulación constitucional o una ley nacional que fije el límite de separación entre un delito y una contravención, sino una organización constitucional que establece las facultades y límites para sancionar conductas por parte del Estado nacional, provincial y municipal. Encontrándose facultado aún, a mi criterio, el Estado nacional para legislar sobre lo que podría él mismo denominar “contravención”, en cuyo caso estaría deliberadamente apartando esa materia del alcance del artículo 1º del Código Penal, permitiendo que la misma fuera regulada por un ordenamiento contravencional especial de orden nacional o provincial.

III.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PARA LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA SANCIONATORIO PREVISTO POR EL DECRETO LEY 8031/73.

Habiendo precisado dogmáticamente en el punto anterior las facultades y límites de la legislación represiva de las Provincias²⁵, me referiré en adelante a la propuesta para modificar el Código de Faltas de la Provincia de Bs. As., restringiéndola en el presente trabajo a la modificación del sistema sancionatorio, e insistiendo una vez más, en la idea más general sobre la necesidad de modificar este Cuerpo Normativo en su total integridad

²⁵ Esto, por cuanto habiéndose sostenido que en nuestro contexto normativo no existe una regulación constitucional o una ley nacional que fije el límite de la legislación represiva provincial en forma precisa, debe inferirse su alcance a la luz de lo previsto por los arts. 1, 5, 75 inc. 12, 121, 122 y 123 de la Carta Magna Nacional.

comprendiendo también las conductas sancionables y el procedimiento.

1.- Sobre el sistema punitivo del Dec.Ley 8031/73.

En relación a las sanciones aplicables, el Código de Faltas vigente adopta en su artículo 5 las penas de multa, arresto, comiso, clausura e inhabilitación, adoptando una sistemática mediante el cual cada sanción y su escala se encuentran dispuestos -al igual que en el Código Penal- luego de describirse la conducta prohibida; surgiendo del título II del citado cuerpo legal que todas las figuras contravencionales previstas se encuentran sancionadas en forma conjunta o alternativa con penas de multa o de arresto, actuando las restantes penas (comiso, clausura e inhabilitación) como penas accesorias. Disponiéndose, a su vez, en su art. 17 que “los principios de la condena y de la libertad condicional no serán aplicables a los condenados por falta, salvo para el caso previsto en el artículo 24”, el cual establece que cuando una infracción fuera cometida por un menor de dieciocho años se podrá aplicar la pena en forma condicional si este último no registra antecedentes.

Con lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que el Organo Judicial que condene a un contraventor mayor de 18 años por cometer una infracción contravencional, en su esfuerzo por encontrar la pena que mejor se ajuste al caso concreto, sólo podrá optar -de encontrarse previstas en forma conjunta- entre la pena de multa o, la de arresto de cumplimiento efectivo.

Agregándose a lo ya dicho, la existencia de figuras contravencionales como las previstas por los arts. 66 (sobre corrupción de mayores y alternadoras), 96 y 98 (sobre la represión de los juegos de azar) en las que se establecen escalas penales cuyos mínimos son de 30 o 60 días de arresto.

Finalmente, resulta también de interés aquí mencionar al artículo 18 del Código de Faltas en tratamiento, del cual surge que el Juez podrá conmutar o remitir total o parcialmente el cumplimiento de las penas de arresto que no excedieren de 30 días, impuestas a infractores primarios, cuando circunstancias o acontecimientos especiales lo aconsejaren y se concilien con el fin preventivo.

2.- Razones que determinan la modificación.

Mediante la propuesta de modificación enunciada se pretende hacer

ingresar al sistema punitivo del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires una mayor cantidad de penas, con el fin que el Juez tenga una mayor libertad para seleccionar la que más se ajuste a los objetivos perseguidos por la norma con la menor intervención penal posible.

Considero que la posibilidad de introducir otras alternativas sancionatorias que no circunscriban al Juez a imponer penas de arresto de efectivo cumplimiento, o de multa, permitirá lograr un sistema punitivo contravencional adecuado al previsto para los delitos con respecto al cual pueda mantener una razonable proporcionalidad.

Por los motivos tratados anteriormente, he intentado dejar en claro que la Legislatura Provincial a través del Código de Faltas cuenta entre otras facultades con la de sancionar conductas no previstas por el Congreso Nacional, que sea necesario prohibir para el logro de sus fines tendientes a proveer a la seguridad de quienes convivan en la Provincia de Buenos Aires.

Estimo que desde la política criminal se impone adecuar las penas previstas por el Código de Faltas con las previstas por el Código Penal y las Leyes especiales dictadas por el Congreso Nacional, en las que se tenga en cuenta el cambio de paradigma al que ha ingresado el primero bajo el principio de "ultima ratio" y las consecuencias legislativas que ello ha implicado.

Asimismo, pretendo mediante un estudio de campo realizado con diferentes Juzgados de la Provincia de Buenos Aires con competencia contravencional, demostrar los usos que estos órganos judiciales vienen haciendo del sistema punitivo contravencional. De esta manera, se podrá concluir que los Jueces, ante la existencia de lo que Atienza llamaría una "irracionalidad ética"²⁶, teniendo en cuenta los cambios de paradigmas en los que se encuentra inmersa la legislación nacional, han dejado de lado, en su mayor parte, la aplicación de las escalas penales previstas por el Código de Faltas.

Finalmente, me referiré al aspecto criminológico vinculado al actual sistema punitivo, y a los beneficios que el sistema propuesto obtendría al resultar eficaz con motivo de no desconocer la realidad social y económica dentro de la cual debe aplicarse.

²⁶ El autor en su obra "Tras la Justicia" (Ed. Ariel, año 1993) al tratar al tema de la discusión parlamentaria dentro del nivel de "racionalidad ética", se refiere a la dificultad de elaborar criterios de actuación que reconozcan el hecho de la autoridad sin eliminar por ello los dictados de la

2.1.- Sobre el cambio de paradigma.

Considero que la introducción del instituto de suspensión de juicio a prueba en el Código Penal a través de la ley nº 24.316 (artículos 76 bis, ter y quáter) muestra un claro interés del Congreso Nacional por establecer un sistema de selección racional en la programación del sistema de persecución que permita lograr una mayor eficacia en la investigación de los delitos más graves, mediante la suspensión del proceso respecto a quienes se encuentren imputados en hechos amenazados con una pena que no supere los tres años de prisión y por los que podrían ser condenados en suspenso.

Ahora bien, el mismo Cuerpo Legal a los efectos de conceder el beneficio en cuestión establece una serie de condiciones a cumplir por el beneficiado consistentes en: a) efectivizar a la víctima una reparación de los daños que el delito le hubiera causado; b) lograr o mantener cierta cuota de integración social de los imputados, a través de la internalización de pautas positivas de conducta, las que se intentarán alcanzar a través de la imposición de especiales reglas de conducta en los casos requeridos desde el punto de vista preventivo-especial (tratamiento médico, tareas comunitarias, realización de estudios, prohibición de abuso de bebidas alcohólicas etc. y; c) evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad.

En el mismo, sentido la ley citada (24.316) ha modificado la forma de cumplimiento de la condena condicional al establecer en su artículo 27 bis las reglas de conducta que deberá cumplir el beneficiado.

Creo que las citadas disposiciones muestran un cambio de paradigma mediante el cual el Estado ofrece al delincuente soluciones informales en situaciones conflictivas en las que una desproporcionada intervención penal traería más perjuicios que beneficios.

Este sistema introducido al Código Penal con la sanción de la ley citada en el año 1994, ha demostrado que la conminación penal sigue manteniendo su valor como medio de prevención general actuando como instrumento que asegura las normas básicas sin ser empleado con un fin intimidatorio, sino para asegurar las normas e influir así en otros procesos de control social menos públicos y enérgicos.

Considero que de esta manera el Congreso Nacional ha posicionado al sistema penal, en el orden nacional, dentro de las ideas conocidas como de "intervención penal como última ratio", intentando por ello el Congreso Nacional encontrar toda alternativa que siendo menos gravosa pueda cumplir idóneamente su misión de protección de la convivencia humana en la comunidad.

Teniendo en cuenta que los sistemas legales provinciales pertenecen a una estructura más compleja en la que coexisten con el Código Penal, entiendo que con el fin de desprenderse de la actual inconsistencia valorativa existente entre las respectivas fuentes de producción de normas represivas (nacional y provincial), el Código de Faltas debería hacer ingresar a su restrictiva alternativa punitiva (arresto de efectivo cumplimiento y multa) otras sanciones menos severas, sin que ellos signifique alejarse de su objetivo de mejorar la convivencia eficazmente. Recordando aquí una frase de Hassemer²⁷ en cuanto sostuvo que "Las normas no se estabilizan en las personas y en los grupos por la intimidación, sino, al contrario, por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia. Este convencimiento es perturbado cuando las normas son excesivamente gravosas, y, en cambio, es reforzado cuando la conminación penal y la ejecución de la pena –a pesar de su tosquedad y violencia- se presentan como medios para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar así la libertad humana".

Téngase en cuenta que el Derecho Contravencional tiene un altísimo valor configurador de la coexistencia cotidiana, con un potencial superior al mismo derecho penal, pues es mucho mayor su frecuencia y cercanía con la experiencia ciudadana. Ello así, toda vez que, cuanto más grave sea una infracción menor será la intervención penal -dada la excepcionalidad del mismo en la vida de relación-, pero inversamente, cuando más leve resulte, más probabilidad de involucramiento directo habrá de tener el llamado ciudadano medio. Siendo justamente esa mayor posibilidad del ciudadano medio de ser alcanzado por el derecho contravencional lo que debería llevar a pensar en una ampliación de alternativas punitivas entre las que podría elegir el órgano judicial competente. De esta manera, problemas domésticos, de violencia familiar, de hábitos que afecten la tranquilidad pública, etc., podrían ser evitados, o bien

²⁷ Hassemer, Winfried "Fundamentos de Derecho Penal. Ed. Bosch. España. 1984. Pag. 393.

controlados, en forma más eficiente con una menor intervención represiva.

Al sancionarse el Dec.-Ley 8031/73 no existía una disposición como la prevista actualmente por el art. 27 bis del Código Penal, por lo que la condenación condicional impuesta en el supuesto previsto por el entonces art. 26 del mismo cuerpo legal (pena de reclusión o prisión inferior a los dos años fundada en la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad) sólo implicaba dejar la pena en suspenso. Seguramente, fue esa idea de imposición “formal” de pena lo que llevó a que el Código de Faltas de la Prov. de Bs. As. se desvinculara de aquel art. 26, teniendo en cuenta que la totalidad de sus sanciones de arresto eran inferiores a los tres años. Más, como ya dijera, al sancionarse la ley 24.316 el artículo 27 bis incluyó distintas reglas de conducta, logrando con ello que con el fin de evitarse el cumplimiento de una pena privativa de libertad por resultar inconveniente, el condenado no se encuentre solamente frente a una condena formalmente impuesta, sino que bajo la idea de un derecho penal orientado hacia el delincuente, el Código Penal ha establecido que durante un plazo comprendido entre los 2 y 4 años el condenado deba cumplir con determinadas reglas de conducta en tanto las mismas resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos.

Este cambio, como ya dijera, no tendría que ser soslayado por el legislador provincial, quien en este punto no sólo debería adecuar su sistema represivo al del Congreso Nacional por resultar más razonable e igualmente eficiente, sino que a mi criterio, se encuentra en condiciones de aumentar las alternativas punitivas actualmente previstas por el Congreso Nacional, incluyendo otras que sin perder su objetivo final de protección de la convivencia urbana de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, tenga en cuenta la específica realidad social y económica local.

2.2.- Sobre el uso del sistema punitivo previsto por el Código de Faltas vigente.

A los fines de realizar un muestreo de la práctica judicial en relación a la imposición de las sanciones previstas para las contravenciones, he realizado un estudio de campo para el cual fueron tomados al azar 7 juzgados de la Provincia de Buenos Aires con competencia contravencional.

Asimismo, a los fines del estudio se reunieron de cada uno de los

juzgados informes de las sentencias condenatorias dictadas entre el mes de abril del año 2002 y el mes de abril del año 2003 en relación a las infracciones previstas por los arts. 43, 72 y 74 del Decreto Ley nº 8031/73, habiéndose elegido estos artículos por tratarse de las infracciones comúnmente labradas por la autoridad de aplicación.

Previamente, y con el fin de tenerse presente la amenaza de pena en abstracto fijada por cada una de las disposiciones citadas, transcribiré a continuación la parte pertinente:

Art. 43 (compuesto por 7 incisos referidos a diversas formas prohibidas de portar, utilizar, guardar o llevar un arma).

“Será penado con multa de hasta el doscientos (200) por ciento del haber mensual del agente de seguridad (Agrupación Comando) de las Policías Públicas de la Provincia de Buenos Aires y/o arresto de hasta ciento veinte (120) días...”.

Art. 72 (referido a quien se embriague y/o se encuentre en estado de ebriedad en lugar accesible al público).

“Será sancionado con pena de multa del quince (15) al cuarenta (40) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía Bonaerense y arresto de hasta cuarenta días...la pena se duplicará si se ocasionare molestias a los demás”.

Art. 74 (compuesto por 4 incisos referidos a diversas formas de afectar la tranquilidad o el orden público).

“Serán reprimidos con multa entre el quince (15) y el cuarenta (40) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía Bonaerense y/o arresto de dos (2) a treinta (30) días...”.

El trabajo de campo dio como resultado lo siguiente:

Juzgado en lo Correccional nº 1 del Departamento Judicial de La Plata:

Se impusieron diecinueve condenas por infracción al artículo 72, fijándose en dieciocho de ellas la sanción de un día de arresto y multa, en tanto en una de ellas fue fijada la pena de dos días de arresto y multa.

Juzgado en lo Correccional nº 2 del Departamento Judicial de La Plata:

Se impusieron las siguientes condenas:

Por infracción al **art. 43** se impusieron tres condenas a penas de un día de arresto y multa, y 5 condenas a pena de multa exclusivamente.

Por infracción al **art. 72** se impusieron dieciocho condenas a penas de un día de arresto y multa; una condena a pena de dos días de arresto y multa; y una condena a pena de cinco días de arresto y multa.

Juzgado en lo Correccional nº 3 del Departamento Judicial de La Plata:

Se impusieron las siguientes condenas:

Por infracción al **art. 72** se impusieron dieciséis condenas a penas de un día de arresto y multa; tres condenas a pena de dos días de arresto y multa; y una condena a pena de diez días de arresto y multa.

Por infracción al **art. 74** se impuso una condena a pena de dos días de arresto y multa.

Por infracción a los **arts. 72 y 74** se impusieron dos condenas a penas de un día de arresto y multa; ocho condenas a pena de dos días de arresto y multa; una condena a pena de tres días de arresto y multa, y finalmente, una condena a pena de multa exclusivamente.

Juzgado en lo Correccional nº 4 del Departamento Judicial de La Plata:

Se impusieron las siguientes condenas:

Por infracción al **art. 43** se impusieron dos condenas a penas de un día de arresto y multa.

Por infracción al **art. 72** se impusieron trece condenas a penas de un día de arresto y multa; dos condenas a pena de dos días de arresto y multa; y una condena a pena de tres días de arresto y multa.

Por infracción al **art. 74** se impuso una condena a pena de un día de arresto y multa.

Juzgado en lo Correccional nº 1 del Departamento Judicial de Dolores:

Se impusieron las siguientes condenas:

Por infracción al **art. 43** se impusieron una condena a pena de un día de arresto y multa, y una condena a pena de dos días de arresto y multa.

Por infracción al **art. 72** se impuso una condena a pena de un día de arresto y multa.

Por infracción al **art. 74** se impusieron dos condenas a penas de dos días de arresto y multa, y seis condenas a pena de multa exclusivamente.

Juzgado de Paz Letrado de Berisso:

Se impusieron las siguientes condenas:

Por infracción al **art. 43** se impusieron tres condenas a pena de diez días de arresto y multa, una condena a pena de veinte días de arresto y multa y una condena a pena de cuarenta días de arresto y multa.

Por infracción al **art. 72** se impusieron sesenta y dos condenas a penas de un día de arresto y multa; cuatro condenas a pena de dos días de arresto y multa; ocho condenas a pena de tres días de arresto y multa y una condena a pena de cuatro días de arresto y multa.

Por infracción al **art. 74** se impusieron seis condenas a pena de dos días de arresto y multa.

Por infracción a los **arts. 72 y 74** se impusieron diez condenas a penas de un día de arresto y multa; treinta y seis condenas a pena de dos días de arresto y multa; cuatro condenas a pena de cuatro días de arresto y multa; tres condenas a pena de seis días de arresto y multa; y finalmente, dos condenas a pena de veinte días de arresto y multa.

Juzgado de Paz Letrado de Lobos:

Se impusieron solamente penas de multa en su mínimo –y no de arresto– en relación a las faltas previstas por los arts. 43, 72 y 74.

Conclusión.

Como puede observarse a partir de los resultados obtenidos del muestreo efectuado anteriormente de acuerdo al criterio enunciado al iniciar el presente capítulo, más del noventa por ciento de las condenas impuestas por infracción a los artículos individualizados no han superado la pena de un día de arresto. A su vez, resulta útil recordar, que atento a lo normado por los arts. 116 y 119 del Dec.-ley 8031/73, el funcionario o agente policial que comprueba la

comisión de una falta debe proceder a la detención del imputado, siendo este último posteriormente excarcelado por el instructor o por el Juez de Faltas según la contravención supere o no los 15 de arresto. Infiriéndose de lo expuesto que en la mayoría de los casos tratados anteriormente la condena de un día de arresto impuesta al infractor fue tenida por compurgada con motivo del tiempo en que permaneció detenido antes de resolverse su excarcelación.

La observación analizada permite poner de manifiesto la manera en que las penas son aplicadas por los órganos competentes, apreciándose en esa práctica una realidad que se ajusta más al cambio de paradigma anteriormente tratado que a la simple aceptación de imposición de severas penas.

Recuérdese en este punto lo expresado por Zipf²⁸ en cuanto en relación a la práctica judicial dijo que: *“...con el principio de la vinculación del juez a la ley se ve sólo uno de los caminos en el proceso de concretización jurídica. No obstante, la cooperación óptima con respecto a la responsabilidad común por el derecho, necesita también un vía que conduce desde el que aplica el derecho hasta el legislador, sólo entonces será cerrado el círculo del proceso dinámico de la realización del derecho....”*.

Al analizar los resultados obtenidos de la práctica judicial, a la luz de las expresiones de Zipf transcritas precedentemente, podrá confirmarse la propuesta de ampliar la restrictiva alternativa punitiva hoy vigente, otorgando al juez la posibilidad de elegir entre una mayor cantidad sanciones posibles, que por ser menos severas no resulten menos eficaces, sino por el contrario, más adecuadas a las diversas realidades locales a considerar, permitiendo de esa manera resolver el conflicto creado a partir de la comisión de la infracción de la forma menos severa sin perder de vista su fin de prevención general. Téngase en cuenta en este orden de ideas que, como ya dijera anteriormente, determinadas conductas pueden ser controladas socialmente con la imposición de medidas educativas o curativas que por su adecuación al caso concreto resultan más eficaces que un arresto en la medida en que el mismo es impuesto actualmente.

2.3.- Sobre los aspectos criminológicos de interés.

Finalmente, y previo a ingresar al proyecto de modificación, restan tratar

algunos aspectos criminológicos relevantes tenidos en cuenta a los fines de introducir las alternativas punitivas propuestas.

Sin perjuicio de lo ya dicho en relación a la idea de romper con una alternativa insuficiente que oscile entre la multa y el arresto, considero, (siguiendo en este punto lo expuesto por Manuel Atienza en su obra “Tras la Justicia”²⁹ en cuanto el autor ubica la presente cuestión dentro de lo que denomina “nivel de racionalidad pragmática” en el que expresa que las leyes no deben ser enunciados lingüísticos o directivas formales válidas, sino también Derecho eficaz que atienda factores de tipo subjetivo u objetivos de los destinatarios), que debe ser evaluada la realidad social, económica y penitenciaria imperante en la provincia de Buenos Aires. Ello, por cuanto de ignorarse la misma, o peor aún, de ser conocida y dejada de lado, llevará a que sólo contemos con un sistema punitivo formal que por su falta de adecuación a la realidad en la que deba aplicarse la convierta en una herramienta ineficaz de control social.

2.3.1.- Sobre la situación de las Dependencias en las que se cumple la pena de arresto.

Resulta público y notorio que en la Provincia de Buenos Aires el sistema penitenciario se encuentra desbordado, como así también, que como lógica consecuencia de ello, las comisarías también se encuentran excedidas en el número de personas detenidas, situación ésta que ha llevado a la interposición continua de recursos de habeas corpus debido al agravamiento de las condiciones de detención de las personas alojadas en las Dependencias Policiales, incluyendo a menores de dieciocho años.

Considero suficiente el conocimiento de esta información para repensar la idea de imposición de la pena de arresto como una de las únicas alternativas sancionatorias para las contravenciones. Téngase en cuenta que no obstante establecer el art. 10 –último párrafo- del Código de Faltas que. “...En ningún caso los contraventores podrán ser alojados en compañía de procesados por delitos”, difícilmente pueda resultar aplicable esa disposición en una provincia en la cual las comisarías se encuentran desbordadas en su capacidad de

²⁸ Zipf. Heinz “Política Criminal” Revista de Derecho Privado. Ed. Española. España. 1979. Pag.20.

²⁹ Atienza Manuel, ob. Cit. Pag. 218,

alojamiento para los delitos previstos por el Código Penal, y que por lógica consecuencia tampoco podrá alojar en la forma debida a los contraventores que diariamente fueran condenados por conductas como las de transitar en la vía pública en estado de ebriedad, efectuar insultos en la vía pública etc.

2.3.2.- Sobre la situación económica del sujeto alcanzado por la pena de multa.

Este punto resulta de interés por cuanto, como ya ha sido dicho reiteradamente, la pena de multa consiste en una de las dos sanciones actualmente previstas ante la comisión de cualquiera de las infracciones contravencionales previstas por el Código de Faltas. A esto se agrega la particular forma con la que se encuentra actualmente legislada esta pena, en la que en lugar de optarse por un sistema como el de días-multa que permita adaptar con mayor precisión la sanción a las diversas condiciones económicas de los condenados, ha preferido establecer una escala comprendida entre un porcentaje mínimo y uno máximo del haber mensual del Agente de Seguridad de la Policía Bonaerense -fijado sobre la base de las pautas valorativas de los arts. 40 y 41 del Código Penal- y en caso de no abonarse la multa dentro del plazo de tres días hábiles, el art. 141 del Dec.-Ley nº 8031/73 dispone que el condenado sea arrestado y cumpla el arresto equivalente previsto en la norma, considerándose solamente la condición económica del condenado a los efectos de obtener una autorización para efectuar el pago en cuotas.

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, basta conocer las cifras publicadas por el INDEC en el presente año para advertir, la por lo menos opinable, racionalidad con la que se encuentra regulada esta pena.

Las cifras del INDEC referidas a la población urbana son las siguientes: a) indigencia 24,7 %; b) pobre 54,3 %; c) desempleo incluyendo los planes de jefes y jefas de hogar 17,8 %; d) desempleo en caso de no tenerse en cuenta los subsidios referidos en el apartado "c" 22,3 %.

Las cifras indicadas resultan suficientemente ilustrativas para mostrar la desproporcionalidad de la pena de multa en la forma en la que se encuentra legislada, al exponer a más del 50 % de la población a una segura pena de arresto ante el incumplimiento de la obligación patrimonial por parte del condenado.

2.3.3. Sobre la anomia generalizada.

En la columna editorial del diario “La Nación” del día 20 de abril del año 2003, bajo el título “La cultura de la violencia”, fue publicado el siguiente texto del cual se transcriben las partes pertinentes:

“Existe en muchos argentinos una marcada inclinación a violar la ley, a no acatar ninguna clase de normas, ni las que tienden a ordenar las bases morales y materiales del orden republicano ni las que regulan los pequeños comportamientos de cada día, referidos al ámbito local o municipal...Sin embargo, como hemos dicho en otras oportunidades, la reflexión no debe centrarse tanto en el quantum de la violencia que padecemos, sino en los aspectos cualitativos del fenómeno; más precisamente, en el grado de aceptación social de las agresiones mafiosas o gangsteriles y de su utilización como método para dirimir toda clase de conflictos, desde los que conciernen a las relaciones interfamiliares hasta los que atañen al ámbito público o a las disidencias político-partidarias.

La Argentina ha dado ya peligrosos pasos hacia la asimilación de esa cultura de la violencia. Muchas controversias naturales –propias de cualquier sociedad- se resuelven, en nuestro país, con apelaciones a la agresión física...Si colapsa el sistema policial –por corrupción masiva, por desmoralización institucional, por autonomización frente a los mandos civiles, por politización de su estructura o por otros motivos similares-, es lógico esperar un aumento de todas las manifestaciones de violencia, sean éstas organizadas o desorganizadas.

Si el Estado hace abandono del territorio que le es propio –es decir, si se ausenta en el campo de la salud y la educación o disminuye su tarea disuasiva en la vía pública y en todos los ámbitos en que se debe prevenir el delito-, es natural que ese espacio vacío lo llenen los violentos. Si la sociedad se desentiende del orden público en los niveles de la vida cotidiana, en los vecindarios y en los barrios –o si cree que ganará apelando a la justicia privada o por mano propia, o al crimen por encargo-, lo único que queda por esperar es la destrucción progresiva de la convivencia civil y del tejido social.

Si resulta más fácil, más barato y más expeditivo burlar la ley...violentar los parámetros mínimos de vida ciudadana, entonces habrá que prepararse para

que crezca el caos y disminuya la justicia. Si los argentinos ingresamos a una lógica hobbesiana, la Argentina violenta será cada vez más una realidad, y la esperanza de construir una nación madura y confiable terminará por esfumarse.

El conjunto de la sociedad argentina reclama paz, seguridad y justicia. Sus fuerzas vivas, sus universidades, sus cámaras, la Iglesia Católica y todos los demás cultos religiosos, las asociaciones civiles, los intelectuales y los comunicadores sociales deben seguir predicando y reclamando con perseverancia políticas y conductas claras y racionales, tendientes a garantizar la seguridad ciudadana, con un denominador fundamental como telón de fondo: el inquebrantable respeto a la ley”.

Las observaciones efectuadas precedentemente por el citado medio de comunicación coinciden con lo expuesto por Carlos Nino en su obra “Un país al margen de la ley”³⁰ en el cual, entre otros temas, se refiere a lo que él denomina la “anomia boba argentina”³¹. Allí el autor, mediante estudios estadísticos, intenta demostrar la presencia de una extendida ilegalidad y anomia a lo largo de nuestro país, y en la que entiende que han contribuido a su conformación no sólo una absoluta ineficacia de la justicia sino también factores culturales y morales. Arribando el autor a esa conclusión tras apreciar una ausencia de los mecanismos espontáneos de control social, situación ésta que no resulta menor si se parte de la idea que la eficacia intimidatoria de la amenaza penal descansa en el conocimiento de la misma adquirido por la sociedad través de los restantes sistemas de control social (familia, escuela, profesión, etc.).

Asimismo, Nino, sobre la base de una encuesta sobre ilegalidad realizada en el Centro de Estudios Institucionales ha dicho lo siguiente “...La encuesta demostró que hay un efecto preventivo general de las sanciones mayor de lo que suelen suponer los teóricos del derecho penal y de lo que la real eficacia del sistema jurídico...justifica: si bien sólo el 9,2% de los entrevistados contestó directamente que alguna vez estuvo tentado a cometer un delito o falta y no lo hizo por temor al juicio o castigo, ello seguramente se debe a una actitud de ocultamiento de ese tipo de comportamientos (lo que contrasta con el 34,3% de los entrevistados en una encuesta informal entre estudiantes universitarios que

³⁰ Nino Carlos “Argentina, un país al margen de la ley” Ed. Emecé. Argentina. 1992..

³¹ El término “anomia boba” utilizado por Nino surge como contraposición al tipo de ilegalidad que se origina en conflictos sociales profundos o en la marginación de ciertos grupos o individuos o en hábitos generadores de violencia como el alcoholismo o la drogadicción. Llama así anomia boba a aquella modalidad que implica frustrar los propósitos de casi todos los actores involucrados en ella,

declaró que alguna vez quiso cometer un delito o falta y no lo hizo por temor a la sanción). En cambio. El 17,3 % contestó que lo hace simplemente porque lo ordena la ley, lo que sigue mostrando la eficacia del sistema penal. Un porcentaje ligeramente superior del 37,83% reconoce que los demás no cumplen con las normas de tránsito porque no hay sanciones efectivas...el 41,89 % anuncia que dejaría de pagar impuestos si no hubiera sanciones por ello. Lo mismo se muestra en la encuesta informal hecha entre estudiantes cuando se preguntó si pasaría un semáforo en rojo a las 4 de la mañana con poco movimiento en la calle: el 45,4 % contestaría que sí lo haría –lo que indica la prevalencia de una actitud finalista...-, pero ese porcentaje baja a la mitad, el 23,2 %, si supieran que puede haber policías vigilando. El mismo efecto potencial de las sanciones como factor de prevención general se muestra cuando se les preguntó a los estudiantes por qué creen que la gente tira papeles en las calles de Buenos Aires: el 64,7 % contesta que es porque no hay sanciones suficientes...Un porcentaje muy importante de los encuestados, 37,83 %, declaró que la razón por la que los automovilistas no cumplen con las reglas de tránsito es porque nadie las respeta, aunque sólo el 15 % -que igual es significativamente alto dado el carácter directo de la pregunta- confesó que él mismo pagaría una coima, tiraría basura en el medio de la vereda, evadiría un impuesto, dejaría el auto mal estacionado o realizaría cualquier otra conducta contraria a la ley porque igual todos lo hacen...En la encuesta informal realizada entre estudiantes el 40,4% de los encuestados contestó que la gente arroja papeles por la calle porque no le importa que la ciudad esté sucia. Y exactamente el mismo porcentaje respondió que la gente no asocia la circulación fluida por la ciudad con el cumplimiento de las normas de tránsito...”.

Es decir que el sistema jurídico penal como parte integrante del sistema de control social constituye una herramienta esencial por cuanto la norma penal, sanción penal y proceso penal inciden también en los procesos personales y sociales de enculturación y de socialización. Tal como surge de las encuestas analizadas, ha quedado demostrado que la existencia y cualidad del control social juridicopenal es un importante factor en la relación que tiene la sociedad respecto a las normas y a las nociones de bien y mal, y tal como lo sostiene

Hassemer³² “Un sistema juridicopenal demasiado permisivo, que no imponga y afirme sus normas seriamente, desplaza y desvalora otros sectores de control social, favoreciendo el surgimiento de instancias de control social privado, es decir, de una justicia particular que imponga sus propias normas, sanciones y procedimientos. El sistema juridicopenal no puede superar demasiado la irracionalidad de los restantes sistemas de control social, pero puede influirlos a largo plazo con pasos estratégicos ponderados”.

3. Resumen de las razones que determinan la necesidad de modificar el sistema punitivo del Dec.-Ley 8031/73.

En el curso del presente trabajo se han ido marcando diversos puntos de interés con el fin de ser tenidos en cuenta a la hora de establecer y justificar los fines del proyecto de modificación de las sanciones del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires.

Desde el punto de vista histórico, se pudo mostrar como a lo largo de la historia mundial determinadas conductas actualmente reprimidas como contravenciones fueron en algún momento sancionadas de manera extremadamente severa. Asimismo, y ya en el orden nacional, se conocieron las discusiones sostenidas por las comisiones que intervinieron en los distintos proyectos de Código Penal en relación a los límites sancionatorios que “entendían” sus integrantes que debían ser respetados por las provincias.

Luego se procuró ubicar al derecho contravencional dentro de nuestro contexto legal, logrando allí determinar claramente, entre otras cuestiones, las facultades y límites provinciales para legislar en materia represiva y su vinculación con la materia penal regulada por el Congreso Nacional. Allí, fue precisada la facultad de las Provincias para castigar aquellas conductas no reprimidas por el Orden Nacional que resultaban necesarias a los fines del adecuado cumplimiento de los objetivos provinciales fijados por la Constitución.

Luego se intentaron marcar las razones que determinaban la necesidad de concretar la modificación sancionatoria propuesta del Decreto-Ley 8031/73, pudiéndose extraer como aspectos de interés que el sistema vigente resultaba desproporcionado por su severidad en relación al sistema represivo nacional,

³² Hassemer Winfried “Fundamentos de Derecho Penal”. Ed. Bosch. España. 1984. Pag. 392.

siendo al mismo tiempo ineficiente con motivo de su distanciamiento de la realidad.

Es a partir de las observaciones efectuadas que se pretende introducir en el orden provincial un sistema sancionatorio más amplio, que teniendo en cuenta el cambio de paradigma receptado por el Congreso Nacional para la legislación de fondo, reformule su sistema represivo.

3.1. Objetivos perseguidos por el Proyecto.

La Provincia con el fin de alcanzar sus fines de seguridad, orden, higiene y tranquilidad pública, es decir, para lograr mantener adecuadamente la convivencia urbana, necesita de las contravenciones para castigar las conductas -no reprimidas por el Orden Nacional- que impidan obtener esos objetivos.

Ahora bien, en relación a las penas con las que se castigan las conductas prohibidas, es hora que La Provincia reformule los fines que persigue con las mismas. Esto por cuanto el vigente sistema represivo pareciera ser demasiado restringido para permitir encontrar una justa decisión para cada caso con que el órgano competente debe enfrentarse.

En este orden de ideas, considero oportuno adoptar una posición que justifique y fundamente la pena sobre la base de un fin preventivo especial y general, guiado el mismo, a su vez por un principio de intervención mínima que, sin dejar de cumplir con su objetivo de prevención general, tenga en cuenta las opciones punitivas menos agresivas e igualmente eficientes.

Es decir, que a partir de la comisión de una contravención el objetivo perseguido será la corrección de su autor y la seguridad de los demás a través de su protección ante la posibilidad de comisión de otras contravenciones.

En ese sentido, se entiende que lo que puede lograr alcanzar con la pena una sociedad orientada a las consecuencias, es ofrecer al contraventor una ayuda para su reinserción social, siendo el éxito en la socialización la mejor seguridad para la sociedad. Bajo esta idea la sólo existencia de sanciones de encierro como única alternativa punitiva queda identificada solamente con fines retributivos de la pena, de los que considero que debemos distanciarnos, por cuanto ellos no se ocupan de la imperfección de la realidad sino que sólo la valoran desde un “elevado” lugar, atribuyéndole un sentido con el que concluyen que es “justo” imponer ese castigo.

En un Derecho Penal orientado hacia un fin preventivo-especial y general, la función cautelar del sistema penitenciario pasaría así a un último plano, dejando el espacio a los fines terapéuticos y pedagógicos, apareciendo como una ayuda e incluso como oportunidad.

La conminación contravencional y la ejecución de la sanción mantienen su valor como medios de prevención general al resultar instrumentos idóneos para asegurar las normas al influir en otros procesos de control social menos públicos y represivos como lo son la familia, escuela, profesión, etc.³³. En este punto considero pertinente aclarar que la prevención general no debe ser confundida con la intimidación, por cuanto las normas no se estabilizan en las personas y en los grupos a través de ella sino, al contrario, por el convencimiento de que son idóneas para mejorar la convivencia, siendo este convencimiento turbado también cuando las normas son excesivamente represivas.

Es decir, que en relación al fin de prevención general el sistema represivo contravencional debe y puede, abierta y públicamente, afirmar y asegurar las normas fundamentales, logrando esos objetivos no sólo cuando se criminaliza o agravan las penas sino también cuando se descriminaliza o atenúan las mismas.

Habiéndose adoptado como fundamentos de la pena contravencional los fines de prevención general y especial a los que se hizo referencia, corresponde modificar el sistema represivo del Decreto-Ley 8031/73 adecuándolo a esa nueva idea, fuerza al tiempo que corresponde hacerse cargo, en lo posible, de los problemas que la propuesta genera:

a) La socialización pedagógica o terapéutica del contraventor no debe ser forzada por cuanto de esa manera sería imposible alcanzar ese objetivo. Por esa razón, sería necesario aplicar estrategias como las que provienen del actual art. 27 bis del Código Penal mediante las cuales se intenta despertar en el condenado su disposición para someterse a ellas.

b) De existir un conflicto entre prevención general y especial en la que la cuantía penal del primero sea superior al segundo, debe primar la prevención especial, por cuanto de esa manera se cumplirían los fines de resocialización perseguidos, actuando la pena -aunque en forma atenuada-igualmente en forma

³³ Al respecto recuérdese que un sistema jurídico-penal demasiado permisivo, que no imponga y afirme sus normas seriamente, desplazaría y desvaloraría los referidos sectores de control social, favoreciendo el surgimiento de instancias de control social privado, es decir, de una justicia

preventivo general.

c) La prevención general debe dominar la conminación contravencional y justificar por sí sola la pena en caso de inexistencia o fracaso de los fines preventivo especiales³⁴.

d) La pena no debe sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación exijan una detención más prolongada. Tal como fuera dicho anteriormente, la sensación de justicia exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece y este merecimiento es guiado por la "culpabilidad".

e) Al haberse dejado de lado la pena retributiva -que por tratarse de un fin dentro de sí misma se independiza de cualquier resultado o éxito- el fin de la pena orientado hacia sus consecuencias preventivas lo comprometen con el resultado que se pretende alcanzar, exigiendo la reformulación más eficiente de las alternativas posibles para lograr operar racionalmente con el comportamiento y la persona desviados.

f) La inclusión de la reparación civil del daño causado a la víctima también cumpliría con los fines preventivos perseguidos, siendo una interesante alternativa punitiva por su efecto resocializador, al obligar al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho, y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Pudiendo asimismo ser experimentada por el autor como algo necesario y justo que estimule en el individuo un respeto a las normas, agregándose a ello, la obtención de la eliminación de la perturbación social originada por la contravención.

g) Se propone la introducción del sistema de días-multa por tender el mismo a una mayor igualdad y justicia. Ello así, por cuanto se rige por la capacidad financiera del condenado al establecer el importe de los concretos días-multa en función de ella, los que al multiplicarse por el número de días constituyen la suma total a pagar. Es decir que el Juez ya no tiene que determinar la multa en un solo acto, sino que debe pasar por diversas fases que le suministran diversos criterios, siendo la primera la fijación del concreto día-multa en función de la capacidad financiera y luego la fijación del número de días conforme al grado de injusto y de culpabilidad.

particular que imponga sus propias normas, sanciones y procedimientos.

³⁴ Téngase en cuenta que el fracaso del fin preventivo especial es una posibilidad contra la que se debe luchar a través de un eficiente sistema de control, sin perjuicio de lo cual de verse frustrados

h) Resulta útil facultar al órgano judicial interviniente para elegir entre una amplia alternativa punitiva, para que guiado por los citados fines preventivos y de mínima intervención, le permitan escoger la o las penas que más se ajusten a los objetivos enunciados, comprendiendo ello la posibilidad de modificar la pena durante su cumplimiento, como así también la de dispensarla. Ténganse en cuenta en este punto, situaciones de violencia familiar, de ebriedad, y muchas otras en las que sin recurrirse a graves intervenciones sobre la persona -con el consecuente perjuicio para quienes integran su núcleo familiar- puedan lograrse los objetivos preventivos perseguidos con una menor gravosidad y mayor eficiencia.

Es decir, que se prefiere dejar en este punto un amplio margen de libertad al juzgador para que el mismo dentro del sistema de libre arbitrio judicial, seleccione la pena más apropiada y justa, en relación con el hecho y el grado de culpabilidad de su autor.

Cabe aclarar que lo expuesto de ningún modo afecta la garantía constitucional de sanción cierta, por cuanto las penas se encontrarán establecidas previamente en su especie y en sus mínimos y máximos.

Sin perjuicio de ello, no se desconoce que el método de determinación judicial de la pena contravencional mediante la previa fijación de marcos penales legales amplios, crea el peligro de un abuso de la discrecionalidad, tanto en el sentido de una severidad excesiva como en el de una indulgencia exagerada con la consecuente amenaza de falta de uniformidad, más se entiende que ello puede ser controlado subordinando el proceso de individualización judicial de la pena a los criterios de valoración legalmente establecidos.

i) En relación a la eficiencia y capacidad de control de ejecución del sistema propuesto considero que el mismo se encuentra ya en marcha en relación al control que actualmente ejerce el Patronato de Liberados respecto al cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a los imputados sometidos a prueba o a los condenados a pena de ejecución condicional, facilitando esta circunstancia su inclusión para las contravenciones al no exigir más que un aumento de personal.

4.- Proyecto.

estos fines, continuará justificada la pena por los preventivo generales.

A los fines de concretar el Proyecto propuesto se ha tomado como modelo la ley n° 10 de la Ciudad de Buenos Aires por cuanto la misma cumple los objetivos enunciados anteriormente.

Asimismo y teniendo en cuenta que el modelo será seguido por el proyecto, he preferido, como estrategia metodológica, explicar a través de notas las razones que excepcionalmente me llevan a apartar de algunas de sus disposiciones.

Artículo 1 del proyecto:

Sustitúyese el capítulo II “De las Penas” (arts. 5 a 18) del Decreto-ley 8031/73 por los siguientes:

“Artículo 5: Las penas que este Código establece son:

inc. 1º: apercibimiento;

inc. 2º: caución de no ofender;

inc. 3º: multa;

inc. 4º: reparación;

inc. 5º: prohibición de concurrencia;

inc. 6º: clausura;

inc. 7º: inhabilitación;

inc. 8º: instrucciones especiales;

inc. 9º: trabajos de utilidad pública;

inc. 10º: arresto.

Artículo 5 bis: Cuando el contraventor no cumpla o quebrante las penas individualizadas en los incisos 3, 4, 5, 6, 7, 8, o 9, el juez la sustituirá por arresto. Pudiendo cesar cuando el infractor manifieste su disposición a cumplir la pena o el resto de ella, en cuyo caso se le descontará el tiempo que permaneció arrestado.

A los fines de su conversión el Juez deberá fijar su cómputo al dictar la sentencia.

Cuando las penas quebrantadas o no cumplidas sean las de multa o reparación, el juez, antes de transformarlas en el arresto correspondiente,

procurará la satisfacción de la primera haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado³⁵.

Artículo 6. APERCIBIMIENTO.

La pena de apercibimiento consiste en un llamado de atención efectuado por el juez al contraventor³⁶.

Artículo 7. CAUCION DE NO OFENDER.

La pena de caución de no ofender consiste en el depósito en el Banco de la Provincia de Buenos Aires de una suma establecida conforme a los criterios señalados para la multa, con el compromiso formal de no cometer una nueva contravención durante el tiempo que se le fije, nunca mayor de seis meses. Si a su término la persona no ha cometido una nueva contravención, se le reintegrará lo depositado; en caso contrario la suma depositada pasa a la cuenta del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires³⁷.

Artículo 8.- MULTA

La pena de multa obliga al contraventor a pagar una suma de dinero que será depositada en la cuenta del Patronato de Liberados de La Provincia de Buenos Aires.

La multa se cuantifica en días-multa . El monto del día-multa equivale, como máximo, a la suma de quinientos pesos y el mínimo, a la suma de veinte pesos.

El valor de cada día-multa debe fijarse de conformidad a la capacidad económica del infractor.

No se impone pena de multa a quien no tiene capacidad de pago.

El juez puede autorizar al contraventor a hacer efectivo el pago de la

³⁵ He agregado respecto a lo previsto por el art. 11 de la ley 10 que sea la sentencia el momento para determinar la medida de conversión de la pena en arresto, de modo que el condenado conociera desde ese momento las consecuencias de su incumplimiento.

Asimismo he agregado por parte del juez la exigencia de procurar, antes de convertir las penas de multa y reparación en arresto, su satisfacción a través de la efectivización sobre el patrimonio del condenado.

³⁶ Atento al carácter público de las penas he resuelto suprimir la expresión "en privado" utilizada por el art. 12 de la ley 10.

³⁷ Aquí sólo se han modificado respecto a lo normado por el art. 13 de la ley 10 el lugar de depósito, y el destino final del dinero en caso de incumplimiento del compromiso, en un todo de acuerdo está este último punto a lo previsto por la ley de ejecución penitenciaria provincial nº 12.256.

multa en cuotas mensuales en caso de acreditarse la imposibilidad o inconveniencia de hacerlo al contado³⁸.

Si el contraventor no tuviere bienes suficientes, el juez puede reemplazar los días-multa que no hubieren sido cumplidos, ni hubieren podido ser ejecutados, por la pena de trabajos de utilidad pública a razón de 4 horas de trabajo de utilidad pública por cada día-multa no cumplido. El trabajo cesa en cualquier momento si el contraventor abona el monto de la condena.

Artículo 9.- INCAPACIDAD DE PAGO SOBREVINIENTE

En caso de que la incapacidad de pago del contraventor sobrevenga al dictado de la condena por hechos ajenos a su voluntad, el juez puede reducir el monto del día-multa que le hubiere fijado en la sentencia, hasta adecuarlo a la real y actual capacidad de pago del contraventor.

Artículo 10.- REPARACIÓN

Cuando la contravención hubiera producido un perjuicio a una persona física o jurídica determinada, el juez puede disponer que el pago sea en beneficio de dicha persona aplicando los mismos criterios establecidos para la multa. Ello, siempre y cuando la víctima hubiera aceptado previamente recibir la reparación.

La reparación dispuesta en el fuero contravencional es sin perjuicio del derecho de la víctima a demandar la indemnización en el fuero pertinente por el monto de los daños no cubiertos por la reparación impuesta³⁹.

³⁸ El 5º párrafo del art. 14 de la ley 10 dispone textualmente: *“El contraventor/a puede hacer efectivo el pago de la multa en cuotas mensuales”*.

A diferencia de lo allí establecido he preferido dejar aclarado que es el juez quien en forma fundada podrá autorizar el pago de la multa en cuotas, siempre y cuando se acredite la imposibilidad o inconveniencia de hacerlo al contado.

³⁹ En este artículo se han realizado dos modificaciones respecto a lo normado por el art. 16 de la ley 10.

En primer lugar se consideró necesario que previo a la imposición de la reparación, el juez cuente con la aceptación de la reparación por parte de la víctima, sin que la referida aceptación impida posteriormente a esta última demandar al autor por el monto faltante. La aludida aceptación persigue como objeto que el pago se haga efectivo cumpliendo el fin de autocomposición directa entre el autor y el damnificado y de no existir predisposición por parte de la víctima para recibir la reparación a través de la condena contravencional, esta pena carecería de la fuerza necesaria para atenuar las cargas emocionales entre autor y víctima.

En segundo lugar, se ha agregado un párrafo conteniendo –a diferencia de lo dispuesto por el art. 16 de la norma citada- que el monto pagado eventualmente integrará el monto indemnizatorio total que se pudiera obtener ante una posterior acción civil. Ello, por cuanto de lo contrario (es decir, de otorgarse a la víctima la facultad para demandar por el monto total como si

Artículo 11.- PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA

Es la prohibición impuesta al contraventor de concurrir a lugares determinados.

Asimismo, y a los fines del control de la ejecución de esta pena, el juez se encuentra facultado a imponer al contraventor la obligación de concurrir al lugar que se determine para garantizar la no concurrencia al lugar prohibido⁴⁰.

Artículo 12.- CLAUSURA

La clausura implica el cierre del establecimiento, comercio o local del que se haya valido el responsable o encargado para cometer la infracción⁴¹.

Artículo 13.- INHABILITACIÓN

La inhabilitación implica la prohibición de ejercer empleo, profesión o actividad.

Asimismo se dispone la creación de un registro único provincial de personas inhabilitadas al que deberán ser comunicados los nombres y actividad de las personas condenadas a esta pena⁴².

nunca hubiera recibido reparación alguna) se estaría permitiendo un enriquecimiento sin causa que en nada contribuiría a la autocomposición perseguida.

⁴⁰ He considerado útil agregar este último párrafo no previsto por el art. 17 de la ley 10 (en la que se define la pena de prohibición) por entender que en determinadas circunstancias la citada facultad permitiría efectuar un efectivo control del cumplimiento de la pena.

⁴¹ A diferencia de lo dispuesto por el art. 18 de la ley 10 que se refiere exclusivamente al establecimiento, comercio o local **del propietario o titular** que haya cometido la contravención, he preferido incluir en su lugar los términos de **responsable o encargado**, por cuanto de esta manera la pena alcanzaría siempre a la persona que al obtener la habilitación municipal para ejercer la actividad comercial se hizo responsable frente a las autoridades municipales, siendo éste, por otra parte, el criterio adoptado en otras leyes provinciales como las n° 11.748 y 11.825.

Asimismo sería de interés que teniendo en cuenta lo dicho precedentemente para justificar la inclusión del "responsable o encargado", las Ordenanzas Municipales, al otorgar las habilitaciones pusieran en conocimiento escrito a quien obtenga la habilitación, de su responsabilidad respecto a toda contravención cometida por cualquier persona que se valiera del comercio con su aprobación expresa o tácita.

⁴² En este artículo he suprimido respecto a lo dispuesto por el art. 19 de la ley 10 el párrafo que disponía que: "En las contravenciones de tránsito la pena de inhabilitación puede ser permanente", por cuanto entiendo que el carácter permanente de la inhabilitación resulta desproporcionado en comparación a la extensión temporal prevista en el Código Penal para esa misma pena.

También he suprimido la restricción que limitaba la imposición de esta especie sancionatoria a la contravención que: "...se hubiese producido por incompetencia, negligencia o abuso en el ejercicio de un empleo, profesión, servicio o actividad dependiente de una autorización, permiso, licencia o habilitación de autoridad competente". Ello por cuanto puede ocurrir que se inhabilite a alguien por razones diversas a las características del hecho –por ejemplo prohibir a un condenado el ejercicio de la abogacía-.

Asimismo se ha introducido –respecto a la ley n° 10- el último párrafo mediante el cual se dispone la creación de un registro único provincial de personas inhabilitadas a los fines de poder tener un adecuado control de los individuos condenados a esta pena.

Artículo 14.- INSTRUCCIONES ESPECIALES

Las instrucciones especiales consisten en el sometimiento del contraventor a un curso educativo o, a un tratamiento médico o psicológico determinado, siempre y cuando tuvieran relación con la contravención que hubiera dado motivo a la pena y, en el caso terapéutico, se encontrare justificada su imposición por el dictamen de un profesional oficial⁴³.

Artículo 15.- TRABAJOS DE UTILIDAD PUBLICA

El trabajo se debe prestar en establecimientos públicos y horarios que determine el juez o el Patronato de Liberados, encontrándose a cargo de este último, a través de sus asistentes sociales el control de cumplimiento de la pena, la cual deberá establecerse fuera de la jornada de actividades laborales y/o educativas del contraventor, debiéndose adecuar asimismo a las capacidades físicas y psíquicas del mismo⁴⁴.

Artículo 16.- ARRESTO

El arresto debe cumplirse en comisarías u otras dependencias de la

⁴³ Aquí he realizado dos modificaciones respecto a lo normado por el art. 20 de la ley 10.

a) En primer lugar he, suprimido la exigencia de la aceptación del contraventor para que el juez se encuentre facultado para imponer como instrucción especial un tratamiento médico, exigiendo, sí, en su lugar, la necesidad de que el órgano judicial cuente con un dictamen médico que le permita demostrar la necesidad de imponer el referido tratamiento.

Al respecto, debo decir que no ignoro la conveniencia de contar con el consentimiento del condenado con el objeto de que el tratamiento sea eficaz, pero he preferido lograr su colaboración a partir de saber que de no cumplir con ello esa pena será convertida en arresto, cuyo cómputo se le hará saber.

Piénsese, en ese sentido, que dejar simplemente sometido a la decisión del contraventor la aceptación de un tratamiento médico o psicológico resulta poco serio si al mismo tiempo no se le hace saber que, en su lugar, será elegida otra pena. Por otro lado resulta particularmente importante que la imposición del tratamiento encuentre su apoyo en un dictamen profesional y no en el capricho del juzgador.

b) La segunda modificación en relación al art. 20 de la ley 10 ha consistido en suprimir su último párrafo, el cual decía textualmente: *“el juez/a no puede impartir instrucciones cuyo cumplimiento sea vejatorio para el contraventor, que afecten sus convicciones, su privacidad, que sean discriminatorias o que se refieran a pautas de conducta no directamente relacionadas con la contravención cometida.”*

De más está decir que comparto absolutamente la idea de no impartir instrucciones vejatorias o discriminatorias, pero entiendo que no era necesario hacer la referida aclaración al encontrarse específicamente dispuestas las mentadas restricciones tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales, siendo por lo tanto innecesario recordar nuevamente ese límite al Estado, a no ser que se piense que al no hacerlo así dejaría habilitada la posibilidad de imponer medidas vejatorias o discriminatorias lo cual no es cierto. Y peor aún, considero que ese criterio legislativo en lugar de reforzar a la Carta Magna la debilita al hacer creer que sus disposiciones tienen que ser ratificadas legislativamente.

⁴⁴ Aquí he reformulado el artículo 21 de la ley 10 haciendo intervenir en la tarea de imposición y control de esta condición al Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires el cual ya se encuentra desempeñando tareas de estas características en relación a la suspensión de juicio a prueba y condenas de ejecución condicional de conformidad con lo normado por la ley 12.256.

policía que ofrezcan condiciones adecuadas de habitabilidad, más próximas al domicilio del infractor.

En ningún caso los contraventores podrán ser alojados en compañía de procesados por delitos, ni las mujeres con los demás contraventores.

El juez puede disponer la modalidad de arresto domiciliario, que obliga al contraventor por los períodos de tiempo fijados a permanecer en su domicilio sin salir de él.

Puede fraccionarse el arresto para que sea cumplido los días feriados o días no laborables.

En caso de fraccionamiento, se computan 24 horas por día de arresto, iniciándose su cómputo desde el día y la hora en que se hizo efectiva la privación de la libertad⁴⁵.

Artículo 17.- EXTENSIÓN DE LAS PENAS

Las penas no pueden exceder:

La multa, los treinta (30) días-multa.

La prohibición de concurrencia, los doce (12) meses.

Las instrucciones especiales y trabajos de utilidad pública, los cuatro (4) meses.

La inhabilitación, los dos (2) años.

La clausura, los noventa (90) días.

El arresto, los treinta (30) días.

Artículo 18.- GRADUACIÓN DE LAS PENAS

La pena en ningún caso excede la medida del reproche por el hecho. Para su graduación se deben considerar las circunstancias que rodearon al hecho, la extensión del daño causado y, en caso de comisión culposa, la

⁴⁵ Respecto al art. 22 de la ley 10 he modificado el lugar donde debe cumplirse el mismo, al mantener a las comisarías como lugar de alojamiento en lugar de crear establecimientos especiales. La razón de ello se debe al hecho de priorizar al cercanía del condenado a su domicilio, lo cual considero que sería imposible de lograr de otro modo, teniendo en cuenta las necesidades presupuestarias de infraestructura y mantenimiento para toda la provincia.

Asimismo he suprimido el último párrafo del art. 22 de la citada ley en cuanto establecía las conductas a las que correspondía la pena de arresto como pena principal, prefiriendo en su lugar dejar ello librado al órgano jurisdiccional.

gravedad de la infracción al deber de cuidado.

También deben ser tenidos en cuenta los motivos, la conducta anterior al hecho, las circunstancias económicas, sociales y culturales y el comportamiento posterior, especialmente la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto, o mitigar sus efectos y las condenas por contravenciones del mismo capítulo en los doce meses inmediatos anteriores al hecho del juzgamiento.

Se pueden imponer hasta tres penas en forma conjunta, conforme a las pautas anteriores, y optando por las más eficaces para prevenir la reiteración, reparar el daño o resolver el conflicto.

En caso de pena de arresto sólo se podrá combinar con otra pena y no es compatible con trabajos de utilidad pública⁴⁶.

Artículo 18 bis.- EXIMICIÓN Y SUSPENSIÓN DE PENA

El juez puede eximir de pena a quien como consecuencia de su conducta al cometer la contravención hubiere sufrido graves daños en su persona o en sus bienes, o los hubieren sufrido otras personas con las que estuviere unido por lazos familiares o afectivos.

El juez puede suspender hasta tres meses la ejecución de todas o de algunas de las penas individualizadas, cuando la ejecución inmediata implica un daño desproporcionado para el contraventor, su familia o las personas que de él dependen.

Artículo 18 ter.- COMISO

La condena por contravención dolosa importa la pérdida de los instrumentos con los que se ha cometido, cuando los mismos impliquen riesgos o peligros para las personas.

Si los bienes comisados fuesen de utilidad para algún establecimiento oficial o de bien público, le son entregados a éste en propiedad. Si no tuvieren

⁴⁶ En esta norma he suprimido respecto a lo dispuesto por el art. 24 de la ley 10 lo siguiente:

a) La referencia a las condenas por infracciones de tránsito por cuanto las mismas en la Provincia de Buenos Aires se encuentran exclusivamente previstas por la ley 11.430.

b) La frase que disponía textualmente que *“no pueden imponerse conjuntamente las penas de multa y trabajos de utilidad pública y reparación, ni alguna de ellas y la caución de no ofender...”*.

Considero al respecto que siguiendo los fines de prevención general y especial tratados en la exposición de motivos, y teniéndose en consideración la capacidad económica del infractor, nada impediría la aplicación de estas combinaciones por parte del órgano jurisdiccional.

valor lícito alguno se los destruirá.

No pueden ser objeto de comiso los automotores.

Artículo 2 del proyecto:

Deróganse las penas previstas en cada una de las figuras contravencionales estatuidas en el título II del Dec.-ley 8031/73.

BIBLIOGRAFIA

- Atienza, Manuel *"Tras la Justicia"*, Ed. Ariel, año 1993.
- Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio R. *"Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencia"* Ed. Hammurabi, Bs. As, año 2002.-
- Baratta, Alessandro *"Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal"*, Ed. Siglo veintiuno editores, México, año 1986.-
- Carrara, Francesco *"Opúsculo"*, Ed. Temis, Bogotá, año 1976.-
- Carrara, Francesco *"Programa del Curso de Derecho Criminal"*, Ed. Depalma, Bs. As., año 1945.-
- César Bonesana Marqués de Beccaria *"De los Delitos y de las Penas"*, Editorial Heliasta S.R.L., Bs. As., año 1978.-
- Ekmekdjian, Carlos *"Tratado de Derecho Constitucional"*, Ed. Depalma, Bs. As., año 1994, Tomos I y II.-
- Hassemer, Winfried *"Fundamentos del Derecho Penal"*, Ed. Bosch, Barcelona, año 1984.
- Jiménez de Asúa, Luis *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. Losada, Bs. As., año 1950 Tomo I.-
- Jiménez de Asúa, Luis *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. Losada, Bs. As., año 1951 Tomo II y III.-
- Klappenbach María Elia, Eskenazi Eduardo y Ritter Claudio Javier *"La distinción dogmática entre delitos y contravenciones"* trabajo publicado en la revista de la Especialización en Derecho Penal y Criminología por el Instituto de Derecho Penal de la U.N.L.P.: www.jursoc.unlp.edu.ar/Intercambios.-
- Losa, Nestor Osvaldo *"El Derecho Municipal en la constitución vigente"*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., año 1995.-
- Losa, Nestor Osvaldo *"Justicia Municipal y Autonomía Comunal"*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., año 1991.-
- Maffía, Mariano y Eduardo Eskenazi *"Derecho Penal Contravencional"* (aún no publicado).
- Nino, Carlos S. *"Un país al margen de la ley"*, Ed. Emecé, Bs. As., año 1992.-
- Núñez, Ricardo C. *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, año 1987, Tomos I y II.-
- Soler Sebastián *"Derecho Penal Argentino"*, Ed. Tea, 5ª edición, Bs. As., año

1987. Tomos I y II.-

-Vásquez, Marcelo P. y Aboso, Gustavo E. "*Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*", Ed. Euro Editores S.R.L., Argentina, año 2000.-

-Zaffaroni, Raúl E., Alagia Alejandro y Slokar, Alejandro "*Derecho Penal*", Ed. Ediar, Bs. As., Año 2000.-

-Zaffaroni, Eugenio Raúl y Miguel Alfredo. A. "*Digesto de Codificación Penal Argentina*", Ed. A.Z Editora, Bs. As., Tomo I.-

-Zipf, Heinz "*Revista de Derecho Privado*", Jaén, Ed. Española, año 1979, cap. I.-