

SOBRE LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA LEGISLACIÓN CONTRAVENCIONAL

“Origen histórico y problemas actuales del código de faltas provincial”

por *Manuel Alberto Bouchoux*¹

Suele ocurrir en nuestra provincia, cada cierto tiempo y a partir de un caso que evidencie su ineptitud y anacronismo², que se plantee desde algún ámbito la necesidad de reformar nuestro código de faltas.

Han existido en los últimos años diversas tentativas de reforma, y se han realizado importantes modificaciones³, pero lo cierto es que el decreto ley 8031, en sus aspectos estructurales, mantiene su vigencia.

Este escrito pretende ubicar mínimamente la discusión vinculada con la materia contravencional, caracterizar el código de faltas provincial, presentar sus problemas más evidentes y plantear algunas muy breves ideas en torno a su reforma.

Aun cuando el objetivo de la labor es humilde, lo cierto es que no por ello es tarea sencilla, por cuanto resulta dificultoso abordar el estudio del derecho contravencional provincial. Esta dificultad deriva, por un lado, del escaso desarrollo doctrinario sobre el tema, en general descuidado, pero también se vincula con los relevantes problemas jurídicos que se presentan a poco que uno ingresa a cualquier estudio serio de la cuestión.

En efecto, antes de iniciar cualquier análisis vinculado con el código de faltas provincial, deben plantearse algunas cuestiones sin las cuales no estaría claro desde qué lugar se encara el tema, y que ayudarán además a precisar mínimamente el ámbito del análisis.

Así, no podrá dejar de abordarse -aun someramente- la cuestión vinculada a la distinción entre delitos y contravenciones, particularmente lo referido al debate en torno a la existencia de una diferencia ontológica entre unos y otras.

Por otro lado, y ya dentro del campo del derecho contravencional, deberemos pronunciarnos en torno a la necesidad de colocar esta disciplina en el ámbito conceptual del derecho penal, con el correlato que ello implica en orden a la aplicación de las garantías que sustentan esta rama jurídica. Y ello por cuanto se levantan contra esta postura relevantes voces que -ayer y hoy- postulan la idea de que este derecho sancionatorio debe ubicarse en el terreno propio del derecho administrativo.

También será pertinente abocarse a la difícil tarea de distinguir los ámbitos de competencia federal y provincial⁴ en relación a esta materia, debate éste propio de nuestra organización federal y que engendra una peculiar problemática, esencial para el análisis que iniciamos.

Dentro de los límites que nos permiten estas páginas, abordaremos estas cuestiones en la medida que las consideramos necesarias para entender la problemática en estudio.

Derecho penal y derecho contravencional.

La relación entre el derecho penal y las contravenciones se plantea como problemática desde hace mucho tiempo.

Al menos desde el Código francés de 1810 se utiliza la expresión contravención para designar infracciones a la ley de menor intensidad que los delitos¹. En aquel cuerpo legal existía además una tercera categoría reservada para las conductas de mayor gravedad, los crímenes².

Abandonada mayoritariamente esta visión tripartita -crímenes, delitos y contravenciones-, en tanto las dos primeras categorías se fundieron en el concepto de delito, subsiste la distinción entre éstos y las contravenciones³.

Un primer acercamiento indica a los delitos como infracciones de relativa gravedad y a las contravenciones como conductas que implican una violación de menor cuantía.

La discusión teórica vinculada a esta distinción, sin embargo, ha girado en torno a

1 Siguiendo en esto a Jimenez de Asúa, lo cierto es que en rigor, la división tripartita tiene origen anterior -en los prácticos italianos y los viejos textos del derecho penal alemán y francés-, pero es el Código francés de 1810 -aun cuando la tripartición ya estaba prevista en el texto de 1791- el que sirvió de modelo a los códigos italianos y alemanes de principios del siglo 19 (Luis Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Editorial Losada, Buenos Aires, 1958, pág 129 y ss.).

2 Op. cit., pág. 131.

3 Es el sistema que adoptan la mayoría de los códigos penales modernos (Jimenez de Asúa, op. cit. pág 135)

la posibilidad de encontrar criterios que diluciden la existencia de una distinta naturaleza de unas y otras infracciones.

En este sentido, y en términos muy generales, se pueden distinguir dos visiones del asunto: aquellos que postulan la existencia de una distinción sustancial, ontológica o cualitativa entre delitos y contravenciones, y quienes sostienen que se trata de una cuestión meramente formal o cuantitativa.

Los primeros -sustancialistas- postulan la tesis según la cual existe una diferente naturaleza entre delitos y contravenciones. Sin perjuicio de las variantes que presenta este conjunto de posturas, se puede intentar un acercamiento a estos criterios afirmando que los delitos se vincularían con lesiones a los derechos individuales y colectivos, mientras que las contravenciones afectarían el normal desempeño de la administración pública⁴. Consecuencia de esta diferente naturaleza, la respuesta punitiva sería de menor intensidad en el caso de las contravenciones.

Los formalistas, en cambio, se inclinan por pensar que se trata de un problema puramente legislativo, serían infracciones a la ley de similar naturaleza. Es el legislador quien decide cuáles infracciones considera delitos y cuáles contravenciones, con el correspondiente correlato en la sanción: mayor para los primeros y más leve a las segundas⁵.

Entre los dogmáticos argentinos, Soler se inclina por la tesis que sostiene la imposibilidad de establecer una distinción sustancial⁶, aunque matizada por la necesidad de distinguir en torno a la división de competencias sancionatorias entre nación y provincias.⁷

En similar sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni -junto con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar- postulan la idea de que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa.⁸

4 Jimenez de Asúa, partidario de la tesis contraria (cuantitativa) realiza una detallada clasificación de los criterios que sostienen una diferencia ontológica entre delitos y contravenciones. Así, distingue a) las posturas *iusnaturalistas* (Beccaria, Carrara, Carmignani, Feuerbach), b) las que fundan la distinción en una menor *antijuricidad* (Binding, Alimena, Goldschmidt), c) las que vinculan la contravención al *riesgo* (Zanardelli, Impallomeni), y d) las que fundan la distinción en *elemento subjetivo* (op. cit., pág. 137/147).

5 Jimenez de Asúa participa de esta postura (op.cit., pág. 147/150)

6 Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T.1, Tea, Bs.As. 1987, pág. 292 y ss.

7 Op.cit, pág. 299 y ss.

8 Eugenio Raúl Zaffaroni- Alejandro Alagia- Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General.*, Ediar, Bs.As. 2000, pág. 171.

La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de la Nación postula también esta idea, por cuanto ha sostenido: *“La distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos”*⁹.

Del otro lado, Ricardo Nuñez, partidario de la tesis que vincula el ámbito contravencional con el derecho administrativo¹⁰, sostiene que los delitos y las contravenciones tienen diferente esencia. Según su criterio, los delitos castigan acciones que lesionan o ponen en peligro derechos naturales o sociales de los individuos, mientras que las contravenciones reprimen conductas que transgreden, al no cooperar con ella, la actividad administrativa cuyo objeto es la prosperidad social.¹¹

Derecho contravencional y organización federal.

La discusión referida a la naturaleza de las contravenciones presenta en nuestro país una arista distintiva vinculada con las características de la organización federal que establece nuestra constitución.

Es que al haberse delegado al Congreso Federal el dictado del Código Penal, pero reservándose los estados miembros todo el poder no delegado¹², se afirma que éstos conservan un poder de policía inherente a la existencia misma del orden estatal provincial¹³, y de ello derivaría la necesidad de reconocer la competencia legislativa local en materia contravencional.

La conclusión que se ha extraído tradicionalmente de nuestra organización constitucional es aquella que afirma que corresponde al Congreso Federal dictar el Código Penal¹⁴ y a las provincias -y municipios- legislar en materia contravencional y de faltas¹⁵, no sin importantes discusiones sobre la cuestión.

Sebastián Soler sostiene que hay tres tesituras en relación a la división de

9 Fallos, t.205,pág.173.

10 Ricardo Nuñez, *Tratado de Derecho Penal*, T.1, Lerner, Bs.As., 1976, pág. 22, con cita de J. Goldschmidt (*Verwaltungsstrafrecht*, 1902, p.577).

11 Op.cit., pág. 22.

12 Ello surge de los artículos 72 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional.

13 Con un correlato en relación a las competencias municipales.

14 El Congreso Nacional solo legisla contravencionalmente en aquellos ámbitos vinculados con la Administración del gobierno federal (v.g. Aduanas).

15 Las distintas competencias entre provincias y municipios dependerán del grado de autonomía que cada constitución local reconozca a los municipios, pero la existencia de faltas municipales deriva -también- de la sola existencia del orden estatal municipal.

competencias sancionatorias entre nación y provincias: los que opinan que el código penal debe legislar sobre faltas, entre quienes ubica a Rivarola y Peco; los que opinan que el código penal debe limitarse a señalar el máximo de la pena imponible por las provincias, postura que atribuye a Rodolfo Moreno; y los que entienden que la legislación de faltas es competencia provincial y el congreso federal no puede fijar el límite máximo de esa potestad, postura a la que él adscribe¹⁶.

Según Soler, la facultad de legislar es correlativa a la de prohibir, con lo cual la potestad de las provincias de imponer sanciones en relación a competencias no delegadas es indiscutible. Sin embargo, tal potestad encuentra límites, que se vinculan con la materia sobre la que recae la legislación, el respeto a garantías constitucionales, la imposibilidad de modificar figuras del código penal, y la prudencia en cuanto al monto de la sanción. Sin perjuicio de ello, entiende que en cuestiones contravencionales especialmente graves el congreso federal al legislar desplaza la facultad provincial (así, consumo de estupefacientes y alcohol, prostitución).¹⁷

Ricardo Nuñez, vincula su concepción del derecho contravencional como derecho penal administrativo¹⁸ con la delimitación de facultades represivas de la Nación y las provincias. Entiende que la tesis que niega la distinta naturaleza de delitos y contravenciones reduce la facultad represiva policial de las provincias al residuo de lo que el Congreso deja libre, y a la vez permite a éstas incurrir en el campo delictual no llenado por éste, sin más límite que la prudente actitud del legislador y los jueces provinciales frente al deber que tienen las provincias de respetar las zonas de libertad penal establecidas por la ley de fondo.¹⁹

Sostiene que la distinción basada en la afectación de la actividad administrativa proporciona base para la delimitación de las facultades policiales represivas de las provincias y además pone freno a la idea de elevar a categoría de delitos acciones que afectan únicamente el orden administrativo. Su conclusión es que, a diferencia de lo que ocurre con los delitos, en materia contravencional no hay facultades excluyentes: a la nación y las provincias corresponde regular la transgresión a las leyes administrativas - fiscales, económicas- en sus respectivas jurisdicciones; en tanto que corresponde a las

16 Soler, op.cit. pág. 301.

17 Op.cit. pág. 305.

18 Cf. su postura mencionada en el acápite anterior.

19 Ricardo Nuñez, op. cit., pág. 27.

provincias lo relativo a la seguridad, salubridad y moralidad de los vecinos que conlleva la represión policial local en sus territorios.²⁰

Zaffaroni (con Alagia y Slokar) plantea que hay un argumento histórico que podría favorecer la idea de que la materia contravencional debiera ser objeto de legislación nacional: el concepto de código penal -referido por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional-, incluía la materia contravencional conforme los modelos existentes en 1853. Sin embargo, advierte que nuestra constitución adopta la forma de gobierno federal y garantiza el régimen municipal (arts. 1 y 5), lo que impide dejar huérfanas de toda facultad punitiva a las provincias y municipios. Concluye en definitiva que la competencia legislativa en materia contravencional es indiscutible, correspondiendo a la nación solo para materias legisladas en leyes federales, y en general a las provincias y municipios, según el caso.²¹

Retornaremos a esta discusión al tratar lo relativo a los límites en la tipificación de contravenciones.

Órigen del decreto ley de faltas provincial.

Suele mencionarse el origen dictatorial del código de faltas, y hay razón en ello.

En efecto, el decreto ley 8031 fue dictado durante el gobierno dictatorial de Alejandro Lanusse, firmado el 29 de marzo de 1973 por el gobernador de facto Miguel Angel Moragues, y publicado a los pocos días, el 12 de abril de ese año.

El decreto se promulga en las postrimerías del gobierno militar²², más precisamente, luego de ya producidas las elecciones generales del 11 de marzo de ese año que consagraron a Oscar Bidegain como gobernador de la provincia²³, y poco antes

20 Op. cit., pág. 28.

21 Zaffaroni-Alagia-Slokar, op.cit., pág. 169. Modifica Zaffaroni la postura que exponía en su viejo *Tratado de Derecho Penal* (Ediar, Bs.As., 1980), donde sostenía que correspondía al Congreso Federal legislar en materia contravencional, fundando la competencia provincial -residual- solamente en la omisión del legislador nacional, en tanto no ha legislado sobre la materia (T.I, pág. 142).

22 Acorde con la doctrina de la seguridad nacional que sostenía aquel gobierno militar, se establece en el art. 77 del decreto 8031 la figura de Reclutamiento subversivo, que castigaba con pena de arresto a quienes “*sin facultad legal recluten gente con o sin armas, uniformados o no, para formar cuerpos disciplinarios destinados a provocar desórdenes o apoyar con la violencia movimientos de carácter político o social*” (artículo derogado por decreto 9164 del año 1978, con fundamento en que la conducta -en ese entonces- ya se encontraba captada por la ley 20.840 -de 1974-, es decir, la ley de seguridad nacional que castigaba las “actividades subversivas”, la que fuera finalmente derogada con el retorno a la democracia mediante la ley 23077 de 1984)

23 En las mismas elecciones se eligió a Hector Cámpora como presidente de la nación, quien asumiría el 25 de mayo de 1973.

de su asunción el día 25 de mayo.

De hecho, cuando asume el gobierno constitucional el decreto ley aun no tenía vigencia, por cuanto ésta operaba a los 60 días de su publicación, de modo tal que empezó a regir durante el mandato de Bidegain, aun cuando en aquel entonces se especuló con una derogación que finalmente no ocurrió.²⁴

El decreto 8031 reemplazó al anterior Reglamento de Faltas²⁵, estableciendo en aspectos trascendentes un régimen de mayor severidad, básicamente por la previsión de la pena de arresto para múltiples conductas que antes se sancionaban más levemente, en general con multa. En efecto, el decreto de 1973 estableció la pena de arresto para la ebriedad (art. 72), el desorden (75 inc. a), mendicidad y vagancia (arts.66 y 67).²⁶ Esta mayor severidad se verifica también en el régimen de reincidencia y habitualidad (arts, 25 a 27), el concurso de faltas (art. 31), y en la imposibilidad de aplicar la pena condicional (art.17).²⁷

En términos sistemáticos, el código se divide en tres títulos. El Título I, denominado “*Del régimen contravencional*”, legisla la *materia general* contravencional. El Título II, “*De las faltas*”, establece la *parte especial*, es decir los tipos contravencionales. El Título III, “*Organo de la justicia de faltas y procedimiento*”, dispone lo relativo a los *aspectos orgánicos y procesales*.

El régimen original estableció como juez de faltas al jefe de policía (art. 99)²⁸, basado en la idea de que la sanción de este tipo de conductas constituía una función

24 Cf. Juan Carlos Morchon “*El nuevo código de faltas de la provincia de Buenos Aires*” (La Ley, T.152, Sec. Doctrina, pág 790 y ss.). Las razones por las que no se derogó el bando dictatorial deben relacionarse, probablemente, con que ello hubiera significado la subsistencia del régimen anterior, también de origen dictatorial. En efecto, el antecesor del código de faltas es el decreto 24333/56, dictado por el entonces interventor federal integrante del gobierno dictatorial instaurado en 1955. A su vez, este régimen había reemplazado el decreto 22903 establecido en el año 1949 por el gobierno constitucional, en el que se sancionó el Reglamento de Faltas de la provincia, antecedente de la actual legislación contravencional, cuestionado en tanto fue producto de un decreto del poder ejecutivo-.

25 El decreto 24.333/56, mencionado en la nota anterior. Como se dijo, esta norma había sido decretada por el régimen dictatorial instaurado en 1955, y contenía normas que apuntaban a cercenar libertades individuales y colectivas. En relación a lo segundo, merece destacarse el nefasto inciso d del artículo 39 que sancionaba a quienes produjeran desórdenes “*en la vía pública, fábricas, talleres, comercios o locales destinados a la reunión de personas, mediante actos o palabras inspiradas en el propósito de agitar a las masas obreras o a propiciar el abandono del trabajo sin causa justificada, quedarán comprendidos en esta responsabilidad los que de cualquier modo perturben la actividad normal de los trabajadores y los que agreden, ofendan o amenacen a quienes se dispongan a concurrir a sus tareas, así como los que verbalmente o por escrito difundan noticias falsas o maliciosamente inspiradas en el deseo de provocar conflictos o perturbaciones colectivas*”

26 La numeración corresponde en todos los casos al texto original.

27 A diferencia del sistema anterior, que sí lo permitía (art. 30, decreto 24.333/56).

28 En este aspecto se siguió el criterio de los ya mencionados precedentes legislativos provinciales.

propia de la autoridad policial. El jefe de policía entonces era quien administraba la justicia en materia contravencional, secundado por dos secretarios -funcionarios policiales con título de abogado- (art. 100). A partir de estas disposiciones que otorgaban una función eminentemente jurisdiccional a autoridades policiales, se suele hablar de la “policización” del sistema establecido por el texto original del decreto 8031/73.²⁹

Las reformas del decreto ley 8031. Judicialización.

En sus más de 40 años de vigencia, el código de faltas ha tenido numerosas reformas que han atemperado en alguna medida su impronta autoritaria.

Su parte general casi no ha sido tocada³⁰, pero sí se han establecido numerosas modificaciones en su parte especial y en su regulación procesal.

En efecto, la ley 10571 (B.O. del 23-11-1987), termina con el régimen original de la ley, según el cual el jefe de Policía hacía las veces de juez de faltas de la provincia, estableciendo un proceso judicial, colocando la jurisdicción contravencional en cabeza de los jueces de Paz y aquellos con competencia correccional en las cabeceras de departamento judicial.

Se terminó entonces con la ya mencionada *policización* del proceso contravencional, propia de una concepción administrativista, avanzando hacia la *judicialización* del mismo.

La reforma de la carta magna provincial de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la judicialización de la materia de faltas provinciales, estableciendo en su artículo 172 que la competencia corresponde originariamente a la justicia de paz.

Los problemas del actual código contravencional.

Sin embargo, y más allá de que las reformas introducidas han atemperado el carácter autoritario de la legislación contravencional, lo cierto es que la ley vigente en nuestra provincia presenta muchísimos problemas, en tanto varias de sus disposiciones se muestran anacrónicas, y muchas otras se colocan en una relativa tensión con el estado

29 Cf. Rodrigo D. Lopez Gastón, “De la ‘policización’ a la judicialización en el Régimen Contravencional bonaerense” (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, T.12/2007, pág. 2334 y ss.).

30 Por fuera de la reducción del plazo para la reincidencia (art. 25) y la mención de la -hoy anacrónica- “secuela de juicio” incorporada al art. 34 (por ley 10580), la parte general está prácticamente intacta, salvo actualizaciones vinculadas con el modo de computar la pena de multa.

social de derecho que deriva de nuestros ordenamientos constitucionales nacional y provincial.

Sin que el presente análisis pretenda ser exhaustivo y definitivo, señalaremos algunos de los aspectos más cuestionables que presenta el decreto-ley 8031, tanto en lo que hace a sus disposiciones generales, a su parte especial, como a sus regulaciones procesales.

La vigencia de las garantías penales y procesales en materia contravencional.

Vinculado con la ya referida discusión en torno a posibilidad de distinguir ontológicamente entre delitos y contravenciones, se ha planteado desde antaño la discusión -también mencionada- en torno a la necesidad de incluir la materia contravencional dentro del campo jurídico del derecho penal, o bien aplicarle los principios y regulaciones del derecho administrativo.

En nuestro país fue Ricardo Nuñez quien sostuvo con más fuerza la idea del derecho contravencional como derecho penal administrativo.

Siguiendo en esto a J. Goldschmidt, Nuñez definió al derecho contravencional como el conjunto de 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.

De ello extrajo dos consecuencias decisivas: por un lado cierta autonomía del derecho penal administrativo que implicaría una relativa independencia funcional del derecho penal y sus principios³¹; y vinculado con lo anterior, la idea de que la punibilidad en las contravenciones tiene fundamento objetivo en la oposición entre la acción y la regulación estatal, con lo cual la regla es que es suficiente el obrar culposo para que se configure la infracción.³²

En contra de esa idea, Zaffaroni (con Alagia y Slokar), sostienen que el derecho contravencional es derecho penal -si bien un derecho penal especial- y debe respetar todas las garantías constitucionales de éste, afirmando además que la tesis administrativista sirvió básicamente para legitimar el interés de los gobiernos por fortalecer

31 Op. cit., pág 25.

32 Op. cit. Pág. 23.

al poder ejecutivo a través de la utilización de la policía como herramienta política³³.

Nuestra ley contravencional nació ambigua, puesto que si bien parecía tomar postura hacia la vigencia de los principios del derecho penal, en tanto su artículo 3 dispuso desde su texto original la aplicación supletoria del código penal y el código procesal penal; lo cierto es que estableció también el ya referido juzgamiento de las faltas por parte del jefe de policía, lo que resultaba, aun en aquel momento, incompatible con la existencia de una sanción de naturaleza penal, y apuntaba hacia la idea de administrativización del ámbito contravenconal.

Ello no hace más que evidenciar la necesidad de reforzar legislativamente la indiscutible vigencia de las garantías propias del ámbito penal.

Es que, compartiendo la tesis de Zaffaroni en el punto, pensamos que el derecho contravencional es derecho penal, y ello conlleva la aplicación de sus garantías constitucionales.

Partimos de la idea de que el derecho contravencional alcanza cotidianamente a la ciudadanía muchísimo más que el código penal, por cuanto la levedad de las conductas sancionadas implica un alcance mayor que los delitos, incrementando el poder de vigilancia policial y permitiendo inclusive la privación de la libertad personal.

Pero además, en concreto, y más allá de la seriedad de la discusión en torno a la naturaleza de ciertas sanciones vinculadas con afectaciones al poder administrador³⁴, en tanto y en cuanto la ley contravencional provincial establezca supuestos de pena de arresto y otorgue facultades de coacción directa a la policía, se trata en definitiva de una manifestación del poder punitivo estatal en forma potencial de privación de libertad, y es esta intensidad lo que -en nuestro criterio- sella toda posibilidad de alejar la problemática del derecho penal y sus garantías.

33 Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit. págs. 169 y 172.

34 El propio Zaffaroni (junto a Alagia y Slokar) afirma que en ciertos casos de faltas municipales la problemática podría ser distinta en tanto no se trate -en el caso concreto- de normas con funciones penales manifiesta (op. cit., pág. 172). La naturaleza de las faltas municipales se vincula íntimamente con la problemática que aquí tratamos, pero la complejidad del tema, sumada a la existencia de tantos cuerpos legales como municipios existen en nuestra provincia -a todos los cuales se aplica el código de faltas municipales establecido por decreto ley 8751/77- hace imposible su análisis en este trabajo. No puede sin embargo dejar de señalarse que resulta inadmisibles que dicho cuerpo legal aun hoy permita que el intendente o el juez de faltas municipal -designado por aquel- establezca penas de arresto (art. 19 de la citada ley), como así también que es insostenible la responsabilidad objetiva que postula su artículo 12, en tanto dispone que la falta se configura *con prescindencia del dolo o culpa del infractor*.

Pensamos, entonces, que debiera establecerse claramente en la parte general de la ley contravencional la vigencia de las garantías penales y procesales fundamentales, como lo hacen otros ordenamientos provinciales, a saber, San Luis, Chubut y la ciudad de Buenos Aires³⁵. También, como lo hacen el último ordenamiento mencionado y la ley jujeña, sería aconsejable una disposición expresa en orden a la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos a la materia contravencional³⁶.

El numerus clausus culposo.

La ley provincial establece un sistema de *numerus apertus* en materia de responsabilidad culposa.

En efecto, el artículo 20 dispone que “*el obrar culposo es suficiente para la punibilidad de la falta*”³⁷, con lo cual construye una cláusula de equivalencia general que permite la imputación de cualquiera de las conductas tipificadas en su parte especial a título imprudente. Ello implica ensanchar enormemente los márgenes de punibilidad en relación a conductas que además suelen implicar una mínima lesividad, combinación de la cual resulta un aumento desmesurado del poder punitivo, con el consiguiente crecimiento del poder de vigilancia por parte de la autoridad policial.

35 El código contravencional de San Luis (2009) establece en su artículo 1º: “*Principios generales: I.- Nadie puede ser penado, sometido a medida de seguridad o de cualquier manera limitado o perturbado en el ejercicio de sus derechos, a causa de la comisión de una contravención, salvo que: 1. Así lo establezca el Tribunal Judicial de la Provincia que resulte competente, cuya creación, jurisdicción y competencia para entender en la contravención provengan de una Ley anterior al hecho que origina la causa; 2. Lo haga conforme a un procedimiento establecido con anterioridad a la comisión del hecho; 3. La conducta realizada por el autor se halle tipificada por ley formal con anterioridad al hecho y que conserve vigencia al tiempo del juzgamiento y de la ejecución de las consecuencias emergentes del mismo; 4. La conducta le sea jurídicamente reprochable a su autor. II.- Se presume la inocencia de toda persona a quien se le imputa la comisión de una contravención tipificada por este Código, mientras no se establezca en forma legal su culpabilidad. III.- Ninguna disposición de este Código puede interpretarse o integrarse en forma analógica en perjuicio del imputado. IV.- Nadie puede ser juzgado más de una vez por un mismo hecho. V.- Ningún proceso contravencional puede ser iniciado sin imputación de acciones u omisiones tipificadas por Ley dictada con anterioridad al hecho e interpretada en forma estricta. VI.- Las contravenciones son dolosas o culposas. La forma culposa debe estar expresamente prevista en la Ley.-*”. En similar sentido, el código chubutense y la ley contravencional porteña establece garantías penales y procesales en sus primeros artículos.

36 El artículo 3º de la ley porteña establece principios generales: “*En la aplicación de este Código resultan operativos todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte de la Constitución Nacional (artículo 75, Inc. 22) en los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (artículo 31 de la Constitución Nacional) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*”. En similar sentido, el código contravencional jujeño dispone en su artículo 2: “*En la aplicación de este Código resultan operativos todos los principios, derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella por el artículo 75 Inciso 22) y en la Constitución de la Provincia de Jujuy.*”. También el código salteño, contiene una norma similar (art. 133).

37 Esta disposición se vincula con aquella idea de Nuñez, ya referida, según la cual la punibilidad en las contravenciones tiene fundamento objetivo en la oposición entre la acción y la regulación estatal (op.cit.pág.23)

El sistema más razonable en materia de tipicidad culposa es el del *numerus clausus*, que no es otro que el que establece nuestro código penal, según el cual solo se castigan a título de imprudencia aquellas conductas que están específicamente descriptas con esa forma de imputación en la parte especial de la ley. Obvia consecuencia de ello es que resulta atípica la conducta imprudente cuando no se halla específicamente tipificada.

Se sostiene que la técnica del *crimen culpae* o *numerus apertus* -que mantiene nuestra ley contravencional- parte de una autoritaria concepción según la cual debe aspirarse a una punición sin lagunas, incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con tendencia a ampliar insólitamente la selectividad del poder punitivo³⁸, aspectos éstos que resultan aun más preocupantes en relación a una legislación tan cercana al ciudadano y a la vida cotidiana.

Creemos que debería saldarse la cuestión con una norma expresa que establezca la vigencia del sistema de *numerus clausus* en materia contravencional, que sencillamente disponga que la imputación a título de culpa debe estar específicamente prevista en la parte especial de la ley.³⁹

Principio de oportunidad y salidas alternativas.

Nuestra ley contravencional permanece apegada a un sistema estricto en materia de oficialidad y legalidad.

Es decir, la acción contravencional es llevada a cabo por órganos del estado⁴⁰ -*oficialidad*-, y es obligación de éstos promover la persecución contravencional ante la noticia del hecho punible, debiendo continuarse el proceso hasta la decisión jurisdiccional -*legalidad*-.

La aplicación estricta del principio de legalidad implica negar la posibilidad de disponer de la acción por razones de *oportunidad*, es decir, por razones político

38 Zaffaroni-Alagia-Slokar, op.cit., pág. 523.

39 El ya mencionado artículo 1° del código de San Luis así lo establece en su inciso VI: “*Las contravenciones son dolosas o culposas. La forma culposa debe estar expresamente prevista en la Ley*”. Similares normas saludables establecen la ley jujeña (art. 6), chubutense (art. 1, inc. 4), rionegrina (art. 4), salteña (art. 3) y porteña (art. 6). En sentido contrario, la mayoría de las leyes provinciales establecen clausulas abiertas de equivalencias similares a la de nuestra provincia -v.g., La Pampa (art. 5), Corrientes (art. 5), Formosa (art. 7), entre otras.

40 En rigor, actualmente el representante del estado es el juez, y la ley le otorga facultades de tinte inquisitorial, acumulando la acción y la decisión en el proceso. Veremos después que se hace necesaria la presencia del Ministerio Público Fiscal en el ámbito contravencional

criminales: aunque la infracción sea mínima debe perseguirse⁴¹.

Aun con muchas discusiones, lo cierto es que el *principio de oportunidad* se ha ido abriendo campo en nuestro sistema penal⁴², tal es así que tanto el código penal⁴³ como los códigos procesales nacional⁴⁴ y provincial⁴⁵ establecen institutos que permiten concluir el proceso penal de un modo distinto al de la -eventual- imposición de una pena.

Resulta sorprendente que la ley contravencional, que prevé infracciones menores, permanezca ajena a esta evolución hacia la vigencia de los criterios de oportunidad. Pensamos que, por el contrario, en materia de faltas la regla tiene que ser la oportunidad, y solo excepcionalmente se puede acudir a la pena como respuesta a la comisión de conductas poco lesivas. No resulta del todo comprensible que el legislador provincial haya optado por aplicar criterios de oportunidad a los delitos y no a las contravenciones.

Una reforma de la ley contravencional debiera establecer un sistema que prevea amplias posibilidades en cuanto a la disponibilidad de la acción⁴⁶. Es ineludible la aplicación de criterios de oportunidad⁴⁷, que tienen que ser la regla cuando -como en el caso de las faltas- se trata de afectaciones poco significativas. Debe considerarse la conciliación como mecanismo para concluir el proceso.

También deben pensarse otros mecanismos para suspender el proceso sujeto a condiciones, como podrían ser, entre otros, los trabajos de utilidad pública o comunitario⁴⁸,

41 Seguimos aquí las enseñanzas de Julio B. J. Maier (Derecho Procesal Penal, T.1, Fundamentos, Ed. Del Puerto, Bs. As. 2004, págs. 825/841).

42 Persiste aun la discusión en torno a si este tipo de regulaciones deben establecerse al nivel de la ley sustancial o provincial, discusión que -como la que aquí antes mencionamos relativa a la competencia para legislar contravenciones- tiene por origen el peculiar reparto de competencias establecido por nuestra Constitución Nacional entre los estados miembros y el estado federal, y en particular la delegación que se hace al Congreso Nacional en relación al dictado del código penal. Lo cierto es que tanto las leyes sustanciales como procesales abordan este tópico.

43 El artículo 76 bis (y ss.) regula el instituto de la suspensión del juicio a prueba, manifestación inequívoca del principio de oportunidad, y de amplísima aplicación desde su introducción a nuestro código penal (por ley 24.316, del año 1994).

44 El ordenamiento hoy aun vigente (ley 23984) apenas establece una remisión a la suspensión del juicio a prueba en el art. 293. El código sancionado, todavía pendiente de aplicación (ley 27063), establece diversos supuestos de criterios de oportunidad (art. 30 y ccs.).

45 Nuestro código procesal, además de remitir en su artículo 404 a la suspensión del juicio a prueba, regula importantes criterios de oportunidad en los arts. 56 y 56 bis.

46 Al respecto, puede tomarse el modelo del nuevo código procesal penal nacional (ley 27063, pendiente de aplicación), que establece en la primera parte de su art. 30: “*El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a) Criterios de oportunidad; b) Conversión de la acción; c) Conciliación; d) Suspensión del proceso a prueba.*”

47 Así lo establece el código salteño (arts. 70 y 170).

48 Es decir, una probation contravencional. La ley salteña la establece en su artículo 177. El código jujeño lo establece en su art. 70. Los trabajos de utilidad pública están previstos en otros ordenamientos provinciales como sustitutivos

trabajos de fin de semana⁴⁹, instrucciones especiales⁵⁰ -así, de estudiar, trabajar, someterse a un tratamiento médico o psicológico-. La pena debiera ser innecesaria en la mayoría de los casos, y aun cuando se llegara a ella, estos mismos institutos debieran operar como sustitutos.⁵¹

Los límites a la creación de tipos contravencionales.

No se hará aquí un exhaustivo análisis de la parte especial de la ley de faltas provincial, pero sí explicaremos cuáles son -en nuestro criterio- los márgenes conceptuales dentro de los que el legislador provincial puede tipificar conductas contravencionales.

Es aquí preciso retomar la cuestiones vinculadas, por un lado, a la distinción entre delitos y contravenciones, y por otro, a la distribución de competencias entre nación y provincias.

Siguiendo a Maier, partimos aquí de una concepción intermedia entre sustancialistas y formalistas en punto a la posibilidad de distinguir ontológicamente entre delitos y contravenciones.

Es que en definitiva, en toda discusión de conceptos la vaguedad de las palabras torna imposible *“trazar una frontera absolutamente exacta del ambito de cosas, situaciones o personas que menta un concepto determinado, de manera tal que no se confunda con su vecino, o mejor aun, con su opuesto contradictorio, porque los mojones que marcan la frontera no existen y sólo es posible indicar una franja fronteriza”*⁵²

Como sostiene el maestro procesal, tendemos a elaborar conceptos en blanco y negro, a pesar de que la realidad es distinta y colorida.⁵³

El inconveniente de tomar partido definitivo por una de estas posturas radica -para Maier-, en que la tesis formal se agota *“en señalar la imposibilidad de distinguir materialmente en forma exacta la contravención del delito y desembocar, por esta*

de la pena de arresto.

49 Esta variante está prevista en la ley chubutense como sustitutiva del arresto (arts. 44 a 47)

50 Código de Salta, art. 16. Ley chubutense, art. 47.

51 Código de Salta, art. 16. Ley chubutense.

52 Maier, Julio “El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio” www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28017-derecho-contravencional-derecho-administrativo-sancionatorio.

Cabe aclarar que no se comparte la conclusión a la que arriba este autor en cuanto postula en definitiva la administrativización de la materia contravencional.

53 Maier, Julio, “El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio”

imposibilidad, según veremos, en el destino infructuoso que le depara rendirse frente al libre arbitrio del legislador ocasional”, en tanto la visión material no ha reparado en que “el menor grado de punibilidad es, con alguna frecuencia, un indicio o indicador valioso de la diferencia sustancial, con base en la cultura humana y su devenir histórico”.⁵⁴

Pensamos entonces que debe relativizarse la discusión entre sustancialistas y formalistas, por cuanto los límites entre lo delictivo y lo contravencional son imprecisos, sin embargo, de eso no puede derivarse la renuncia a toda distinción entre uno y otro concepto.

Por el contrario, el reparto de competencias constitucional exige un esfuerzo para distinguir aquello que se ha delegado a la nación del ámbito sancionatorio que conservan las provincias, sea que llamemos a unos delitos y a otros contravenciones, o no; pero en definitiva entendiendo que lo decisivo no es la etiqueta que le pongamos, sino los límites de las competencias sancionatorias.

Y la exigencia de esta distinción deriva de la insoslayable conclusión en torno a que las provincias no pueden establecer prohibiciones que invadan el ámbito delegado al congreso federal, lo que conlleva la inconstitucionalidad de esa actividad, de tal modo que resultaría inaplicable una contravención que tuviera esa impronta invasiva.

El punto de partida interpretativo, en esta materia, exige admitir que las provincias han resignado toda potestad de establecer delitos⁵⁵ a partir de la expresa delegación del dictado de un código penal al congreso federal. Se ha dicho ya que se podría ir incluso un poco más allá y, a partir de una interpretación histórica, sostener que para 1853 la materia contravencional estaba incluida en el concepto de código penal⁵⁶. Pero aun así, no podría negarse toda facultad sancionatoria local, por cuanto la propia existencia de los estados provinciales y municipales exige algún grado de potestad punitiva.⁵⁷

54 Maier, Julio, “El Derecho contravencional como Derecho administrativo sancionatorio”

55 No ingresaremos aquí, por no ser pertinente, en la discusión en torno al alcance del art. 32 de la Constitución.

56 Cf. Zaffaroni-Alagia-Slokar, op.cit., pág. 169. Sin perjuicio de lo cual esta conclusión histórica podría relativizarse en tanto para el tiempo de las sucesivas reformas constitucionales -en especial la de 1994, para evitar otras discusiones en cuanto a su legitimidad, v.g., reforma de facto de 1957- las provincias argentinas ya habían avanzado en el dictado de sus códigos contravencionales.

57 Cf. Zaffaroni-Alagia-Slokar, op.cit., pág. 169. Muchos años antes, en la fundamentación del proyecto de 1917 se sostenía: “Nadie desconoce que las provincias necesitan como condición del cumplimiento de las leyes que dictan 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, no fuera una falta, las leyes provinciales tendrían el alcance de consejos que los habitantes de dichos estados aceptarían o no” (Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Bs.As., Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía., 1917, pág.28).

Nuestra opinión es que debe establecerse un criterio restrictivo para interpretar la potestad sancionatoria provincial, y que el criterio distintivo de las contravenciones y faltas encuentra fundamento en que éstas son sanciones derivadas de infracciones referidas al ejercicio del poder de policía propio de las competencias administrativas locales.⁵⁸

Cierto es que el criterio propuesto no es preciso, por cuanto existen infinidad de zonas grises. Sin embargo, entre el color negro consistente en aquello que es indudablemente delictual -v.g. lesiones, hurto, homicidio, violación- y aquello que es indudablemente contravencional -v.g. un ruido molesto, un estacionamiento en lugar prohibido- existe una zona gris en la que la voluntad sancionatoria provincial deberá esforzarse por justificar su legitimidad, so pena de inconstitucionalidad. Pensamos que esta sola necesidad de que la ley provincial vincule las prohibiciones contravencionales con el poder de policía gubernamental reduce intensamente el ámbito de punibilidad provincial.

Sin desconocer que la cuestión cuantitativa conserva relevancia -en tanto algo nos dice del valor de la conducta prohibida y la esfera jurídica que afecta-, lo decisivo es concluir que las provincias han delegado a la nación el programa político criminal que supone la sanción de un código penal, y entonces las leyes contravencionales no pueden afectar el ámbito de libertad derivado del principio de reserva constitucional, y ello reduce sensiblemente la *zona gris* a la que se hiciera referencia.

También discrepamos con la idea que sostiene buena parte de nuestra doctrina, según la cual las provincias pueden legislar contravenciones vinculadas a la prevención de la comisión de delitos que establece el Código Penal⁵⁹, creemos que ello también está vedado por la delegación realizada en favor del congreso federal.

A partir de esta conclusión, corresponde un análisis pormenorizado de la parte especial de la ley, y consecuencia de ello resultará que buena parte de los tipos contravencionales debieran ser derogados.⁶⁰

58 Así, la reglamentación de profesiones y oficios, el comercio, el medio ambiente, el tránsito, la convivencia entre vecinos, entre muchos otros.

59 Así, Soler, op.cit.pág. 304.

60 A título de ejemplo: el artículo 38 prevé la conducta del que golpear a otro sin causarle lesión, el artículo 40 sanciona al que pusiere a alguna persona en estado narcótico sin su consentimiento. En nuestro criterio, se trata de afectaciones a la integridad física y psíquica que no encuentran fundamento en los poderes de policía local, y por tanto su tipificación invade competencia nacional.

El proceso contravencional.

El procedimiento previsto en la ley de faltas no es compatible con nuestra Constitución Nacional, porque se establece un pretendido juicio contravencional sin acusación.

Sin perjuicio de la encomiable prudencia con que los jueces -tanto de paz como correccionales- suelen ejercer el poder que les confiere la ley, la ausencia de acusación impide considerar que el proceso contravencional respete las exigencias mínimas para considerarlo al menos un juicio.

En efecto, estos requisitos suponen, como mínimo, el respeto de ciertos aspectos esenciales del proceso, a saber: acusación, defensa, prueba y sentencia, dictadas ésta por los jueces naturales, conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema⁶¹, con lo cual la bilateralidad debe entenderse una imposición constitucional a todo proceso sancionatorio.

La jurisprudencia provincial se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en cuanto a la inconstitucionalidad del proceso instaurado por la ley 8031⁶².

Entendemos que tal estado de cosas impone la necesidad de modificar el procedimiento establecido por la ley de faltas, instaurando un procedimiento bilateral, con instrucción y acusación a cargo del Ministerio Público Fiscal.

Al diseñar este proceso deberá tenerse en cuenta la pauta que establece la constitución provincial en orden a la competencia jurisdiccional: las faltas provinciales son competencia de los juzgados de paz letrados con asiento en cada uno de los partidos que no sean cabecera de departamento judicial⁶³. Ello sin perjuicio de que en la cabecera departamental se atribuya la competencia al juez correccional⁶⁴.

El proceso de faltas, entonces, por imperativo constitucional, tiene base municipal, lo cual es compatible con la idea de que se trata de asuntos de menor cuantía, en donde

61 Así lo ha sostenido en diversos precedentes, v.g. Fallos 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre otros.

62 Así, la Sala Tercera de la Cámara Penal del Departamento Judicial de La Plata lo ha sostenido en diversos precedentes (v.g. “Romero s/inf. Ley 8031”, sent. del 1-X-2012).

63 Artículo 172 de la Constitución Provincial: “*La Legislatura establecerá juzgados de Paz en todos los partidos de la Provincia que no sean cabecera de departamento judicial, pudiendo incrementar su número conforme al grado de litigiosidad, la extensión territorial y la población respectiva. Serán competentes, además de las materias que les fije la ley, en faltas provinciales, en causas de menor cuantía y vecinales. Asimismo podrá crear, donde no existan juzgados de Paz, otros órganos jurisdiccionales letrados para entender en cuestiones de menor cuantía, vecinales y faltas provinciales.*”

64 En rigor, nada impediría que se creara otro órgano jurisdiccional con competencia en materia de faltas y cuestiones vecinales, como lo sugiere la propia constitución provincial (art. 172 in fine).

la cercanía en relación a los justiciables aparece como un valor deseable.

Creemos que ello implica la ineludible necesidad de que también las partes -fiscal y defensor- tengan asiento en el partido en el que se ubica el órgano jurisdiccional en pos de una mejor administración de justicia. Ello es de toda lógica, en tanto -por un lado- evita el traslado de los ciudadanos de una ciudad a otra por asuntos de menor cuantía, y por otro permite la intervención de funcionarios que litiguen en el municipio donde se lleva a cabo el proceso.

La solución que se propone para esta cuestión consiste en la creación de las figuras del Fiscal de Paz y el Defensor de Paz, con asiento en el municipio en que funciona el Juzgado de Paz, y con funciones de instrucción y litigación en el proceso contravencional.⁶⁵

Esto permitiría, por un lado, quitarle la instrucción de los procesos contravencionales a la policía⁶⁶, asignándosela al Ministerio Público Fiscal, y por otro, diseñar un procedimiento con instancias de litigación oral.

En efecto, estimamos que debiera pensarse en una instrucción por parte del Agente Fiscal, y un procedimiento sencillo con no más de dos audiencias: una en la que se perfeccione la imputación y se propongan salidas alternativas -que, como ya se dijo, deberán ser la regla en este tipo de procedimientos-, y otra reservada para los casos en que se realice un juicio oral contravencional ante el Juez de Paz.⁶⁷

A modo de conclusión.

Conforme el panorama descripto, creemos que es ineludible que más temprano que tarde nuestra provincia decida encarar una reforma integral del código de faltas provincial.

Esta reforma deberá consolidar la idea de que el derecho contravencional es derecho penal, reafirmando legislativamente la vigencia de las garantías penales y procesales en la materia, derogando la cláusula de equivalencia que transforma todas las contravenciones en figuras culposas.

⁶⁵ En las cabeceras departamentales actuarían los Agentes Fiscales y Defensores Oficiales, sin perjuicio de que pudiera pensarse en la existencia de funcionarios especializados en materia contravencional.

⁶⁶ El actual art. 112 establece que: *“La instrucción corresponderá al titular de la comisaría, brigada, subcomisaría o destacamento de seguridad o cuerpos, donde la falta se haya cometido”*.

⁶⁷ Creemos que podrían rescatarse los aspectos positivos de la regulación del procedimiento de flagrancia (ley 13811), en cuanto al carácter multipropósito de las audiencias y el registro en audios de lo allí resuelto.

En el ámbito de la acción contravencional, deberá idearse un sistema con una variedad de salidas alternativas y una amplia regulación del principio de oportunidad.

La parte especial de la ley deberá dar cuenta de un criterio restrictivo en cuanto a la potestad punitiva provincial, estableciendo prohibiciones únicamente en tanto sean necesarias para el ejercicio del poder de policía local.

Deberá diseñarse un procedimiento bilateral y contradictorio en torno a la competencia de los jueces de paz, con instrucción y acusación a cargo del Ministerio Público Fiscal y funcionarios con asiento en cada uno de los municipios.

Finalmente, deberá preverse un juicio oral contravencional para aquellos casos que requieran llegar a la instancia de debate.

Pensamos que de este modo tendremos una ley contravencional compatible con un Estado Social de Derecho.

¹ **Manuel Alberto Bouchoux.** *Defensor Oficial ante el Fuero Criminal y Correccional del Departamento Judicial La Plata. Auxiliar Docente con funciones de Profesor Adjunto de Derecho Penal I y Jefe de Trabajo Práctico de la Adaptación Profesional en Procedimientos Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Director del Instituto de Derecho Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de La Plata*

² En enero de este año, a raíz del procedimiento iniciado contra unas turistas que realizaban topless en las playas de Necochea, la cuestión volvió a replantearse en el fallo del Juez Juliano que declara la inconstitucionalidad el art. 70 de la ley y solicita a la Legislatura provincial que analice la posibilidad de reformar el código de faltas (Juzgado Correccional 1 de Necochea, causa 10585, sent. del 31-I-2017).

³ Desde su sanción la ley sufrió numerosas reformas parciales, a saber: decretos leyes 8730/77, 8797/77, 8895/77, 9163/78, 9164/78, 9321/79, 9399/79, 9493/80, 9629/80 y 9854/82; y leyes 10.571, 10.580, 10.815, 11.370, 11.382, 11.411, 11.929, 12.296, 12.474, 12.529, 13117, 13240, 13451, 13470, 13634, 13703, 13887, 14043, 14051 y 14898.

⁴ Y a su vez, en el ámbito de nuestra provincia, se planteará la cuestión del ámbito de competencia municipal.