

La distinción dogmática entre delitos y contravenciones

Por María Elia Klappenbach,
Eduardo Eskenazi y Claudio Javier Ritter
Alumnos de la Especialización en
Derecho Penal y Criminología
Cátedra Epistemología Penal
a cargo de Ernesto E. Domenech

Presentación y comentario

Ernesto E. Domenech

Al momento de evaluar este trabajo puse de relieve que poseía un excelente dominio de los contenidos del curso, una excelente estructura interna, adecuada claridad expositiva y muy buen dominio del lenguaje. Recomendé también su publicación en Intercambios. El lector podrá ahora verificar la veracidad de mis juicios y anoticiarse de los contenidos que, en nuestra Especialización, reunimos bajo el rótulo Epistemología Penal.

ÍNDICE.-

I.- PROPUESTA.-

1.- Introducción

2.- Objetivos

II.- DESARROLLO DE LA PROPUESTA.-

1.- Desarrollo del tema por Rafael Bielsa

1.1. Síntesis del desarrollo de sus argumentos.

1.1.1.- Esquema dentro del cual inserta la exposición del tema

1.1.2.- Poder de Policía. Concepto

1.1.3.- La distinción entre delito y contravención

1.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.-

1.2.1.- Los vicios dogmáticos de la exposición

1.2.2.- El criterio clasificatorio expuesto por Bielsa frente a nuestro derecho positivo

1.2.3.- Los problemas que encubre

2.- Desarrollo del tema por Sebastián Soler

2.1.- Síntesis del desarrollo de sus argumentos

2.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.-

2.2.1.- Los vicios dogmáticos de la exposición

2.2.2.- El criterio clasificatorio por la gravedad de la infracción frente a nuestro derecho positivo

2.2.3.- Poderes provinciales. Su extensión y límites constitucionales

2.2.4.- Las inconsecuencias de la exposición

3.- Desarrollo del tema por Ricardo C. Nuñez

3.1.- Síntesis del desarrollo de sus argumentos.-

3.1.1.- Esquema dentro del cual inserta la exposición del tema

3.1.2.- La distinción entre delito y contravención

3.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.-

3.2.1.- Los vicios dogmáticos de la exposición

3.2.2.- Las inconsecuencias de la exposición

3.2.3.- Los problemas que encubre

III.- CONCLUSIÓN

IV.- BIBLIOGRAFÍA

I.- PROPUESTA

1.- Introducción:

Históricamente los dogmáticos han clasificado los hechos punibles en categorías denominadas crímenes, delitos y contravenciones. La misma discusión se ha reproducido dentro de nuestro ámbito jurídico sea por parte de autores penalistas o administrativistas aunque limitada a la búsqueda de una diferencia entre delitos y contravenciones.

Algunos de ellos partiendo de la misma legislación arribaron a conclusiones diferentes. Lo cual desmentiría -"a priori"- el postulado básico de todo estudio pretendidamente dogmático, que podríamos formularlo de la siguiente manera: "la dogmática describe el texto legal, elaborando principios teóricos que se relacionan en forma directa e inmanente con ella". Siendo ello así, el corolario que debería seguirse a tal postulado, es que cualquier lector o estudioso de la ley, debería extraer las mismas conclusiones.-

2.- Objetivos:

2.1.- Frente a este problema, hemos tomado la exposición de tres autores cuyo pensamiento -creemos- ha influido en la toma de posición de la jurisprudencia y el resto de la doctrina nacional sobre el punto. Nos referimos a los tratados de Sebastián Soler, Rafael Bielsa y Ricardo Carlos Nuñez.-

En el desarrollo del presente trabajo intentaremos verificar si la premisa de la que cada uno de ellos afirma partir se conecta con la conclusión a la que arriba. O si por el contrario, han desarrollado conceptos y conclusiones que no guardan suficiente relación con la misma, reformulando de esta manera el Derecho que dicen explicar.-

Asimismo, procuraremos descubrir si la exposición encubre o no, determinados problemas referidos a la aplicación de la ley. En caso que ocurriere lo primero, verificaremos la técnica empleada para ocultar el problema.-

A tales efectos, procuraremos emplear las herramientas adquiridas durante el presente curso. Verificando si a lo largo de toda la exposición el autor respeta los principios de los que afirmó partir. Confrontaremos, por último, sus conclusiones con la legislación vigente.

2.2.- Para ello, cada uno de los integrantes del grupo tomará uno de los autores mencionados. Así, María Elia Klappenbach abordará el Tratado de Derecho Administrativo de Rafael Bielsa, Eduardo Eskenazi la obra de Sebastián Soler “Derecho Penal Argentino”, y Claudio Ritter el Tratado de Derecho Penal publicado por Ricardo Carlos Nuñez. Luego, en conjunto, se formularán las conclusiones pertinentes.-

Si bien a lo largo de la exposición algunas de las leyes con las que se confrontarán las ideas de estos autores fueron sancionadas con posterioridad la invocación de las mismas lo es a los efectos ilustrativos. Sin embargo, no creemos realizar una actividad distinta a la forma en la que se expone la opinión de estos autores en el ámbito universitario, con carácter universal y atemporal. Partimos además, en esta confrontación, de la hipótesis de que al momento de publicarse dichos tratados y durante sus sucesivas ediciones existieron leyes con las mismas características de las que hemos empleado. Corroborar esta última circunstancia en la práctica tampoco es el objetivo del presente trabajo.-

DESARROLLO DE LA PROPUESTA

1.- Desarrollo del tema por Rafael Bielsa.-

1.1.- Síntesis del desarrollo de sus argumentos.

1.1.1.- Esquema dentro del cual inserta la exposición del tema.

Bielsa ubica el problema de las contravenciones como un punto

dentro del análisis del poder de policía,

En efecto, en el tomo IV de su tratado dedica el libro Sexto al tema de Poder de Policía. Dentro de este esquema distingue un capítulo único al que denomina “Protección y Limitaciones de la libertad personal en la esfera administrativa”.

Luego, en el punto 1 del capítulo –Principios generales– realiza una nueva división. Así, el punto A se titula “El orden público y la policía administrativa”; el B: “El poder de policía en la Constitución” y el punto C “Ejercicio del poder de policía”. Es en este último punto donde ubica el tema de las faltas y contravenciones.

Al analizar las faltas y contravenciones distingue varios sub puntos, a saber:

- normas de represión.
- Tribunal de Faltas de la Municipalidad de la Capital.
- carácter jurídico de las contravenciones. Elementos constitutivos.
- competencia de la autoridad administrativa.

1.1.2. Poder de Policía. Concepto.

A raíz de la particular ubicación que otorga Bielsa al tratamiento de las contravenciones, he creído necesario esbozar, en un primer término, la concepción que tiene este autor con referencia al “poder de policía”.

Bielsa discrimina dos concepciones sobre el sentido de este término. Así, policía en su acepción amplia, como función, significaría ejercicio de poder público sobre hombres y cosas, realizado con el fin de defensa interior o del orden interno.

En el dominio más restringido del derecho administrativo, el concepto de policía designaría el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física, y aún moral, de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas.

Explica que el poder de policía ha existido siempre en el Estado cualquiera haya sido su naturaleza jurídica y la índole de sus funciones en punto a la realización de los fines sociales.

Afirma este autor que en nuestro sistema constitucional el poder de policía es un poder local, esto es provincial, por ser uno de los poderes no delegados. Funda esta afirmación en el art. 104 de la Constitución Nacional (actual art. 121 de la misma).

La extensión de este poder de policía se determina por el grado de seguridad o estado general de orden público que las disposiciones de tal poder protegen

o tutelan. Esa protección o defensa directa impone, señala, limitaciones a los derechos de los habitantes, ello en virtud de lo que dispone el art. 14 de la Constitución nacional cuando dice que los habitantes gozan de ciertos derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Es precisamente en determinar esas limitaciones en que consiste esencialmente el poder de policía. Así, la policía se resuelve, en la acción administrativa necesaria para el mantenimiento del orden público en el sentido de sus manifestaciones exteriores.

Sostiene Bielsa que el poder de policía del Estado extendido a la protección "integral" de la vida y bienestar general, se resuelve en un conjunto de limitaciones impuestas a los individuos, en defensa de "los fines generales, esto es, seguridad, la salud y el confort, bienestar general en suma".

Cita en apoyo de su pensamiento "numerosos fallos de la Corte Suprema de justicia" donde se declara que el poder de policía es inherente a todo gobierno sea de la Nación o de las provincias, en la órbita de sus atribuciones, proteger la vida, la propiedad, la seguridad, moralidad y salud de sus habitantes y que por regla general el poder de policía corresponde a las provincias.

Divide este poder de policía en:

a) Nacional, la que ejercita la Nación en lugares y materias de su jurisdicción.

b) Provincial, la que ejercita el gobierno en las provincias en sus respectivas jurisdicciones.

c) Municipal, la que organizan los gobiernos locales o comunales dentro de sus atribuciones delegadas.

Sostiene, de forma concluyente, que la idea de estado es inseparable de la policía.

Posteriormente, expresa que el poder de policía no surge expresamente de la Constitución Nacional, pero como él es de la esencia de todo gobierno "... su falta de determinación en forma expresa no ha motivado jamás cuestión ni duda seria".

En el Tomo I de la misma obra, al ocuparse de las "Facultades exclusivas de las provincias", afirma que este poder pertenece en forma general y comprensiva a las provincias (y por delegación de ellas a los municipios) como una atribución implícita de su gobierno local, toda vez que su ejercicio consiste en la acción inmediata y directa del poder público sobre las personas, en lo que respecta a la seguridad y bienestar de ellas,

como también a las cosas de propiedad particular.

El fundamento constitucional estaría dado por los preceptos que lo establecerían de dos formas: primero, en forma positiva, en el principio de la autonomía provincial, tanto por el art. 104 (actual 121 de la Constitución) según el cual las provincias “conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, como por el art. 105 (ahora art. 122), en cuya virtud se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Segundo, en forma negativa, por el art. 108 del la Constitución (actual art. 126) en cuya enumeración de limitaciones impuestas a las provincias no está el poder de policía.

Finalmente, enumera las materias que comprenden el concepto “policía local” y las divide en a) policía de seguridad; b) policía de imprenta; c) policía de propiedad; d) policía de higiene pública; e) policía de costumbres o de moralidad pública; f) policía de industrias; g) policía de obras públicas; h) policía de tránsito (y otras nuevas formas o manifestaciones especiales de esta función como la policía de la tranquilidad pública).

1.1.3. La distinción entre Delito y Contravención.

Comienza su exposición sobre el tema sosteniendo que el poder de policía -a fin de asegurar la ejecución de los reglamentos, leyes y prohibiciones-, comprende como complemento necesario la facultad de imponer penas, y como ultima ratio el empleo de la fuerza pública.

Luego define la pena como una sanción o consecuencia necesaria de la violación de un reglamento, orden o prohibición fundada, desde luego, en “causa” legítima.

Expresa que los códigos procesales en materia penal y las leyes orgánicas municipales atribuyen a estas entidades y órganos, en su caso, la facultad de establecer penas por faltas y contravenciones a sus propios reglamentos, ordenanzas, edictos, órdenes o prohibiciones. Por consiguiente, esta materia es más de dominio del derecho constitucional que del derecho administrativo, en cuanto a atribución de poderes, pero es del derecho administrativo el régimen de su aplicación.

En función de ello, extrae tres principios:

a) La facultad de establecer penas por contravenciones (ordenanzas, órdenes, etc.) policiales y municipales se considera un complemento natural e inseparable del ejercicio del poder de policía, y como tal es de jurisdicción local, es decir, provincial, con las limitaciones del art. 75 inc. 12. Respecto de las municipalidades ese poder debe ser atribuido expresamente.

b) La falta o contravención supone la imputabilidad o sea la culpabilidad, elemento necesario de la responsabilidad. Basta la sola desobediencia de los reglamentos, prohibiciones u órdenes. El simple hecho de la transgresión de la disposición prohibitiva origina una responsabilidad, no es necesario, como en la responsabilidad civil, que haya daño causado. Luego la represión tiene en algo carácter de disciplinaria, aun cuando sea relativamente impropio este concepto referido a los que son agentes de la Administración pública.

c) La determinación del hecho reputado falta o contravención está librada al juicio fundado de la autoridad administrativa, la cual, cuando la ley no establece el trámite judicial, procede, por sí sola: comprueba, juzga y aplica la pena. Pero la decisión administrativa es susceptible de recurso en los casos que la ley señala.

En el segundo de los puntos que desarrolla, comienza por exponer que existe, por principio, un sistema penal local, es decir, provincial, que es complemento necesario del poder de policía, poder éste no delegado en el gobierno nacional, y que por, consiguiente, tampoco puede ser reglado por el Congreso. El Congreso puede dictar una legislación sobre faltas: pero ella ha de tener el carácter general sólo en la esfera de la jurisdicción nacional, pues no puede serlo por transgresiones de leyes o reglamentos provinciales.

En cuanto a la diferencia entre el delito y la contravención sostiene Bielsa que ambos conceptos tienen de común lo ilícito y aún lo incriminado del hecho sólo que el delito es hecho o acto que perturba real e inmediatamente el orden jurídico que lesiona un derecho, al paso que la contravención no presume la lesión real y actual del Orden jurídico y que lesiona un derecho, sino la violación casi siempre en forma potencial de una norma establecida en interés colectivo.

La contravención, es para este autor, la falta de un deber genérico impuesto a todo miembro de la sociedad, deber consistente en limitar una actividad como a la Administración pública interesa.

Afirma que el mantenimiento del orden público, en el sentido material, exterior incumbe a la policía. El orden público entendido de ese modo es una garantía de seguridad, de prevención genérica contra los delitos.

A efectos de marcar las diferencias que entiende existen entre uno y otro concepto, da varios ejemplos.

En el primero de ellos, distingue una infracción de tránsito con el homicidio culposo que podría resultar a consecuencia de aquel. Así, sostiene que el conductor que

conduce en sentido prohibido comete contravención por ese solo hecho, pues se expone y sobre todo expone a los demás, a accidentes casi siempre inevitables. Pero si en esas circunstancias se produce el accidente y por él se ocasiona la muerte de alguien, el responsable comete delito (art. 84 del C.P.).

El grupo de personas que ocupa la calle en una reunión, sin permiso policial, comete contravención, dice, pues la ausencia de permisos que indique hora e itinerario y establezca vigilancia aumenta el riesgo de una reunión pública, que el cumplimiento de las disposiciones evita o atenúa, sea por regulación, sea por la disciplina que imponen en ella los agentes de la administración pública.

Posteriormente se refiere a la tenencia de armas. Sostiene que el llevar armas constituye por si solo una amenaza contra el orden público, desde que ello hace posible o facilita el delito.

El escándalo del beodo en la calle perturba el orden público, tanto en el sentido moral, como en el de la seguridad: ese hecho, por si solo, constituye una contravención. La venta de bebidas alcohólicas en determinados días en que esa venta está prohibida en previsión de alteración del orden público es una contravención, aun cuando la infracción no haya causado una alteración del orden material, vgr, un delito, o sólo un desorden.

En función de todo lo expuesto concluye que por consistir en hechos antisociales -y por eso prohibidos por la ley- el delito y la contravención (esta por ser un medio o vehículo a veces ocasional) se los considera como esencialmente iguales, y que solo difieren por el diverso grado de intensidad o por sus modalidades.

Sin embargo, sostiene, que la contravención, es decir, la calificación y represión, fúndase en motivos de seguridad o bienestar general por lo que el presupuesto jurídico político de ella es algo distinto del que tiene el delito.

Distingue Bielsa, asimismo, los elementos constitutivos de las contravenciones.

Elemento Objetivo: para que haya contravención es preciso el texto positivo (ley, reglamento y ordenanza) que establezca la sanción contra el hecho que consista en una determinada acción u omisión.

La validez del texto está regida por los principios generales. Si es una ordenanza municipal, ella debe conformarse a la ley orgánica, si es edicto de policía, a la ley o al decreto del Poder de Ejecutivo, y en ambos casos a la Constitución. Y por esto, los actos administrativos generales (reglamentos u ordenanzas) están sujetos, en

principio, al contralor jurisdiccional del recurso extraordinario.

Las disposiciones del poder de policía tienen determinados su fundamento y sus límites por la misma necesidad de protección del orden público. Una disposición, sigue diciendo, que limita arbitrariamente los derechos de los administrados es ilegal y, a fortiori, inconstitucional.

La reglamentación debe ser de tal naturaleza que deba y pueda lógicamente cumplirse.

Elemento Subjetivo: la responsabilidad por las contravenciones supone la imputabilidad y ésta presupone la voluntad: a culpa o negligencia; por eso considera que no se debe excluir el elemento culpa en las contravenciones. En efecto, la contravención difiere del delito, sostiene Bielsa, en que ella no es una resolución criminosa ni lesiona necesariamente un bien jurídico de la persona. Para que haya contravención no es necesario que se viole un derecho subjetivo; basta que se viole una norma protectora del orden jurídico, ni que haya dolo o intención; pero no por ese se debe prescindir de la actitud psicológica y moral del contraventor.

Mientras en el delito existe resolución de dañar un bien jurídico, en la contravención hay resolución de cumplir o no cumplir el hecho que la constituye. Por ende, en ambas figuras existe el elemento moral común, pero difieren en el contenido de la decisión, en el elemento finalístico.

Así, dice el Código Penal reprime con pena de tres a diez años de reclusión al que causare incendio por cualquier medio, se trata de un delito, pero el que tiene inflamables en lugar prohibido, o sin las precauciones necesarias para evitar un siniestro, la ley u ordenanza lo considera contraventor.

El delito es la agresión al bien jurídico. La contravención es la trasgresión de una disposición dirigida a evitar el peligro. La relación entre el hecho y el fin es mediata e indeterminada.

La base psicológica de la imputabilidad también existe en la contravención, aunque los motivos psíquicos no sean de carácter criminal. Se diferencia, además, el delito de la contravención en sus efectos jurídicos, pues el primero termina con la violación de un bien jurídico, y en la contravención con la posibilidad del peligro de violarse el bien jurídico. En el delito hay un daño real, en la contravención un daño potencial, indeterminado.

En su opinión la distinción está en la naturaleza de la peligrosidad. En el delito la peligrosidad es directa y consubstancial con el hecho, en la contravención la

peligrosidad es indirecta y eventual.

En el caso fortuito y la fuerza mayor, eliminan en las contravenciones la imputabilidad, que es base fundamental de la contravención y del delito.

1.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.

1.2.1. Los vicios dogmáticos de la exposición.

En función de lo expuesto en el punto anterior se puede ver que el autor analiza el tema a partir de la formulación de ciertas definiciones, de las que luego deducirá nuevas definiciones.

En su exposición, utiliza como herramientas la formulación de principios los cuales le permitirán luego sostener una determinada concepción.

Formula distintas definiciones. Estas no surgen como algo convencional sino como una verdad absoluta.

Estas definiciones se van concatenando, no sólo en el desarrollo del capítulo en particular sino en el de toda su obra. Así, para sostener que de que se trata el concepto “poder de policía”, las materias que ven comprendidas en este término, etc., definió previamente que debe entenderse por estado, delimitó el concepto. A partir de él, sostiene que el poder de policía es inherente a todo estado. Luego, incluye dentro de este esquema a las contravenciones.

Bielsa presenta un panorama con un sistema completo, carente de lagunas. En ningún momento plantea la posibilidad de que existan contradicciones o redundancias como consecuencia del reparto de competencia a nivel provincial y nacional.

Ello, sin embargo, se observa con frecuencia en la práctica –como se demostrará más adelante- una vez que se comparan las leyes nacionales, el Código Penal y el Código de Faltas.

Recurre a clasificaciones del derecho, así, menciona que una determinada materia es propia del derecho constitucional, administrativo, disciplinario.

En su exposición, utiliza como herramientas la formulación de principios. En otros tramos, recurre a principios anteriormente formulados como el de “nulla poena sine lege”. Menciona que determinado tema se rige por los “principios generales”. Esto le permite revestir de “cientificidad “ varias de sus afirmaciones, que de otra manera no encontrarían el suficiente apoyo normativo.

Al desarrollar el primero de los puntos parece distinguir en primer término entre las faltas y las contravenciones. Luego, analiza el tema conjuntamente y sin

establecer distinciones entre estos dos conceptos.

No muestra la dificultad -encubriendo de esta forma el problema- que se presenta al momento de distinguir entre delitos y contravenciones. En efecto, nada dice acerca de la inexistencia de una definición legal que permita diferenciar entre ambos conceptos.

Tanto el término “contravención” como el de “delito” adolecen de vaguedad, estos términos dejan una zona de penumbra constituida por una serie de conductas típicas a las que dudáramos de asignarle uno u otro término.

De la lectura de este capítulo se puede observar que no se ocupa de la consideración de los problemas que se presentan en la práctica -al no estar nítidamente distinguidos los conceptos analizados-, en cuanto a que las mismas conductas estén tipificadas al mismo tiempo en el ámbito provincial y en el nacional. Ello no es una cuestión menor toda vez que provoca dificultades al momento de aplicar la sanción ante la violación de la una o la otra.

Tampoco, explica que tomar una determinada concepción sobre alguno de estos dos conceptos conlleve, en su consecuencia, a la de tomar cierta posición acerca del reparto de competencia nacional y provincial.

De esta forma niega el problema.

1.2.2. El criterio clasificatorio expuesto por Bielsa frente a nuestro derecho positivo.

En cuanto a las específicas diferencias entre el delito y la contravención sostiene Bielsa que ambos conceptos tienen de común lo ilícito y aún lo incriminado del hecho solo que el delito es hecho o acto que perturba real e inmediatamente el orden jurídico que lesiona un derecho, al paso que la contravención no presume la lesión real y actual del Orden jurídico y que lesiona un derecho, sino la violación casi siempre en forma potencial de una norma establecida en interés colectivo.

La contravención, es para este autor, la falta de un deber genérico impuesto a todo miembro de la sociedad, deber consistente en limitar una actividad como a la Administración pública interesa.

De ello se puede inferir que la distinción que brinda el autor se centraría en la afectación real y actual del orden jurídico en el caso del delito, en tanto esta no se presentaría en las contravenciones.

Ahora bien, sabemos que existen diversas normas en el Código Penal, que tipifican conductas en las que no siempre se requiere una afectación al orden jurídico, bastando muchas veces con su sola puesta en peligro.

En efecto, el art. 189 bis, reprime con prisión de 6 meses a 3 años la mera portación de arma de fuego de uso civil o de uso civil condicionado, sin la debida autorización.

La simple tenencia de armas o municiones de guerra, sin la debida autorización se reprime con prisión de 3 a 6 años por el mismo artículo.

El art. 208 del C.P. reprime con prisión de 15 días a 1 año el ejercicio de un arte de curar sin autorización, independientemente del perjuicio que ello haya acarreado en el caso concreto. La persona incluso pudo haberse curado gracias al tratamiento prescripto por el sujeto activo de la conducta. Se trata de un delito de peligro abstracto.

Como vimos, posteriormente se refiere a la tenencia de armas. Sostiene que el llevar armas constituye por si solo una amenaza contra el orden público, desde que ello hace posible o facilita el delito. Esta conducta se haya receptada actualmente en el art. 189 bis del C.P. Parece, entonces, que la distinción entre delitos y contravenciones no se presenta por este camino, o que el Congreso se ha excedido en sus facultades.

Por otra parte y después de analizar las características que presentan en común tanto las contravenciones como los delitos centra la distinción entre ambos conceptos en que las primeras, es decir, las contravenciones, se fundan en motivos de seguridad o bienestar general por lo que el presupuesto jurídico político de ella es algo distinto del que tiene el delito.

Sin embargo, y conforme al razonamiento analizado, tendríamos que sostener que la tipificación de conductas dentro del código penal no tiene por fundamento la seguridad ni el bienestar general, lo cual no parece admisible.

El art. 41 del código de faltas establece una pena de multa a quien pusiere a alguna persona con su consentimiento o sin él, en estado narcótico o hipnótico, o realizare en ella tratamiento que suprimiere la conciencia o la voluntad, con peligro para su salud o vida.

Como puede verse en este caso se exige un peligro concreto, en tanto que en el artículo ya mencionado del C.P. no parece exigirse que dicho peligro deba constatarse.

Siendo ello así, la diferenciación –entre delito y contravención- que sostuviera Bielsa no parece compatible con lo que surge de estas dos normas.

Otro tanto puede decirse en relación al art. 189 bis del C.P. con respecto al art. 43 inc. b.

El art. 43 inc. b del Código de Faltas y el art. 104 del C.P. parecen tipificar

la misma conducta.

Igual cabe esta afirmación en relación al art. 43 inc. c y el art. 149 bis del C.P.

El art. 58 del Código de Faltas, en su última parte exige que se haya provocado un daño real. Es decir, se exige una lesión concreta a un bien jurídico.

El art. 65 del Código de Faltas también sanciona con multa quien sustrajere un cadáver o sus cenizas, el que mutilare o destruyere un cadáver sin la correspondiente autorización, y el que profanare un cadáver, tampoco en estos tipos contravencionales parece que podamos hablar solamente de un peligro.

Estas normas –normas de características similares- han sido incorporadas en los distintos códigos de faltas sin mayores cuestionamientos.

1.2.3. Los problemas que encubre.

A partir de sostener que las provincias han delegado en la Nación la facultad de dictar el código penal (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional), afirma que las contravenciones forman parte del poder de policía que no se encuentra delegado en la nación conforme a las disposiciones del art. 121 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, como sabemos, este criterio no es uniforme. Así, algunos autores entienden que las contravenciones forman parte del derecho penal y que, por ende, corresponde al Congreso Nacional legislar en esta materia. Conforme a ello, se sostiene que esta facultad ha sido ejercida por las provincias sólo en razón de que el Congreso Nacional no ha hecho uso de tal facultad.

Tampoco resulta conteste la doctrina acerca del concepto de “poder de policía”.

Agustín Gordillo sostiene que tanto la noción de policía como la de poder de policía fueron empleadas antiguamente con mucha frecuencia dentro del derecho público y al mismo tiempo “...se prestaba a múltiples abusos confundiendo una frase latísima y ambigua con el sustento normativo para limitar algún derecho individual...”. Afirma que en la actualidad muchas obras generales sobre derecho administrativo ya no traen un capítulo sobre el tema. Expresa que se ha utilizado la fraseología para confundir el ámbito expreso de legislación del de la reglamentación, pretendiendo que la administración puede ejercer facultades legislativas.

Si el poder de policía implica (como se sostiene) restricciones a la libertad, se pregunta acerca de la necesidad o conveniencia que puede existir en mantener esta denominación, siendo que resultan tan claros los art. 14 y 28 de la Constitución Nacional

en tanto permiten que los derechos sean reglamentados por las leyes que regulen su ejercicio.

Sentada su opinión, refiere que incluso “poder de policía” ha sido una noción objeto de numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su inexistencia como figura autónoma.

Desde la edad antigua hasta el Siglo XV “poder de policía” designaba el total de las actividades estatales. En el siglo XV se separa el concepto policía de todo lo referente a las relaciones internacionales. Ya en el siglo XVIII quedan excluidos también la justicia y las finanzas.

Aún sin llegar a la postura tan extrema sustentada por Agustín Gordillo, lo cierto es que ya desde el año 1950 se cuestionaba que fuese una actividad reservada a la administración, y se la entendía como distribuida entre los tres poderes del Estado. Ya no se la caracterizaba, entonces, como perteneciente a un órgano determinado del Estado, sino por el contrario se dirá que pertenece en general a todo Estado.

Así sostiene Garrido Falla que poder de policía es “...el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de actividad pública...”.

Dromi afirma que las limitaciones a los derechos individuales, en razón del interés público se denominan policía y poder de policía. La primera se desarrollaría dentro de la función administrativa, la segunda sería materia propia de la función legislativa.

La fuente constitucional se encuentra para este autor en las disposiciones de los art. 14 y 28 de la Constitución Nacional.

Estas limitaciones afectan: derechos de libertad y la propiedad.

La policía (función administrativa) tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. Se manifestó por normas particulares (actos administrativos)

Para Dromi la policía no posee dentro del campo total del derecho una particularidad jurídica positiva que le confiera un ámbito independiente.

La restricción a la libertad y a los derechos debe necesariamente, sostiene este autor, tener su origen en la ley. Fundamenta esta última disposición en las disposiciones de los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional.

La reseña efectuada precedentemente intenta demostrar que el concepto que se le otorga a “poder de policía” no fue ni es uniforme en la doctrina, y que incluso ha sido negado por otros. Es cierto, que la obra de Agustín Gordillo es posterior a la de Rafael Bielsa, pero aún sin llegar a confrontar ambas posiciones, vemos que la noción

“poder de policía” -por menos- daba lugar a diferentes opiniones.

En función de lo expuesto, se advierte que Bielsa en su exposición, conforma la definición y delimitación de las contravenciones a partir de una construcción dogmática, como es la de “poder de policía”, la cual carece de una definición precisa y como ya dijera ha sido negada por algunos autores.

Sostiene como fundamento de la existencia del instituto analizado la circunstancia de ser inherente a todo poder.

Que interés pueda existir tras la creación de este concepto, no puede saberse. Tal vez sean varios factores en conjunto los que llevaron no sólo a la creación sino al mantenimiento de este término. Lo que sí se puede decir, es que constituye un ejemplo claro de la exposición de un autor dogmático, quien construye un concepto, lo delimita, lo divide y clasifica a los fines de explicar -siempre a partir de él- otros conceptos.

Con su manera de exponer el tema, Bielsa, ha logrado transformar el problema.

En efecto, la cuestión no pasa por analizar qué poderes se han reservado las provincias y cuáles son los que por el contrario ha delegado su ejercicio en la Nación para posteriormente determinar qué debe entenderse por ejemplo “por dictado de Código Penal”, sino en sostener que el poder de policía lo mantienen estas últimas, la cuestión se centra ahora en determinar el “contenido” de este poder de policía que, como dijera, ya resulta de competencia local.

De esta forma la afirmación de la que parte al comienzo del título “Faltas y Contravenciones”, es decir, al sostener que “el poder de policía a los fines de asegurar la ejecución de los reglamentos, leyes y prohibiciones, comprende como complemento necesario la facultad de imponer penas, y como ultima ratio el empleo de la fuerza pública”, sólo es posible mantenerla dentro de la previa concepción que brindó sobre poder de policía.

Esto le permitió sostener que las contravenciones son competencia de las provincias, en tanto se han reservado el poder de policía.

Vemos, entonces, que el problema ya no consiste en determinar si las contravenciones son parte del poder reservado por las provincias o no, que sería el planteo inicial, sino que al sostener que forman parte del poder de policía, la cuestión queda resuelta y las contravenciones resultan automáticamente adscriptas a la competencia provincial.

Ha reformulado el derecho a través de construcciones (estado, poder,

provincias, salubridad, moralidad, etc.) a las que muestra como una emanación directa e inmediata del texto constitucional. Refuerza su postura en algunos fallos jurisprudenciales y en afirmaciones tales que el poder de policía “jamás ha sido negado” por ningún autor.

Por esto resulta sumamente importante la ubicación en donde Bielsa inserta el tema de los delitos y las contravenciones.

De esta forma ha resuelto el problema, reitero, encubriéndolo.

2.- Desarrollo del tema por Sebastián Soler.-

2.1.- Síntesis del desarrollo de sus argumentos.

Soler trata el tema bajo el título “Algunas clasificaciones de delitos”, ubicándolo más precisamente dentro de la clasificación de las infracciones por su gravedad. Allí sostiene que no estableciendo el Código Penal distinción alguna entre los delitos, nuestra legislación queda automáticamente adscripta al sistema bipartito, que diferencia las transgresiones en delitos y contravenciones o faltas. Asimismo, aclara el autor que el Código Penal sólo contiene incriminaciones de delitos, ya que los capítulos que sobre faltas se encontraban en los Proyectos de 1891 y 1906 no fueron sancionados.

Bajo el título “Negación de distinciones sustanciales” afirma que la diferencia entre delito y contravención no es cualitativa sino cuantitativa, sosteniendo que la contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos.

A continuación manifiesta el autor que el tema en nuestro derecho se vincula con la distribución de poderes entre la Nación y las Provincias por lo que considera tarea ineludible la de fijar los límites de las facultades provinciales.

En esa línea continúa diciendo, aunque ahora bajo el título “Poderes provinciales. Su extensión y límites constitucionales”, que el criterio para distinguir a los delitos de las contravenciones es una cuestión totalmente argentina, proviniendo su particularidad de nuestra historia política, de los principios de nuestra organización constitucional, a los cuales la dogmática debe conformarse y que son superiores o anteriores al Código Penal mismo. Agregando el autor que la división de poderes entre nación y provincias determina como consecuencia inevitable, la facultad de policía de esos poderes, ya que, otorgado o reservado un poder, lleva como necesaria implicancia la facultad de adoptar los medios para ponerlo en práctica y cuando ese poder se ejerza sancionando una prohibición, la conminación de penas será el medio natural.

Hasta aquí entiende Soler que la legislación de faltas puede ser competencia de la nación o de las provincias según que se trate de una acción que vulnere un interés cuya

regulación corresponda exclusivamente a la primera (ej. moneda, aduanas art. 126 de la Constitución Nacional) o a las segundas (ej. prensa, régimen electoral, impuestos).

El autor cita a la comisión preparatoria del proyecto de 1891 como la que sostuvo el criterio más restrictivo para las provincias para legislar en materia de faltas. La referida comisión propuso que el Código Penal legislara sobre “faltas de carácter nacional” conservando las provincias sus facultades punitivas pero limitada por el art. 6º de la siguiente manera “La infracción de las leyes y disposiciones locales de las provincias, municipios y territorios federales, que no tuvieren pena señalada en este Código, será reprimida, como falta, con penas que en ellas mismas se determinen, siempre que no impongan multa mayor de mil pesos, ni establezcan otra inhabilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesionales, dentro de la jurisdicción territorial, ni restrinjan la libertad de locomoción sino en caso de falta de pago de la multa de acuerdo a lo dispuesto en el art. 40”

Sostiene Soler, que sin excluirse la facultad de las provincias de imponer penas por contravenciones a las leyes y ordenanzas provinciales, a partir del antecedente citado aparecieron las siguientes opiniones:

1º Los que opinaron que el C.P. debía legislar sobre faltas.

2º Los que opinaron que el C.P. debía limitarse a señalar el máximo de la pena imponible por parte de las provincias.

3º Los que opinaron que la legislación de faltas correspondía, en general, a las provincias y que el Congreso no tenía facultad para fijar el límite máximo de esa potestad.

El primer criterio, según Soler, intenta distinguir faltas de carácter general o nacional y contravenciones de policía, entendiendo el autor que esa subclasificación resulta muy difícil si se tiene en cuenta que ya era complicada la existente entre delito y contravención. Sin perjuicio de ello entiende el autor que la división formulada por razón de la materia (federales, provinciales o municipales) sería la única posible. Afirmación esta última que no se alcanza a comprender si se tiene en cuenta que en la página 306 el autor sostiene que el Congreso puede legislar en casos de “contravenciones especialmente graves o sintomáticas como ocurriría respecto a toxicómanos, alcoholistas, rufianes, proxenetas, etc..” (el remarcado me pertenece).

El segundo criterio -rechazado por la mayoría- fue adoptado no sólo por el proyecto de 1891 sino por el proyecto de 1917, disponiendo este último que “La represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años y multa hasta \$ 4000”.

El último criterio es, según Soler, el predominante, al haber dispuesto la Constitución que las provincias se rijan por sus instituciones conservando su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados. Sosteniendo a su vez el autor que no compete al Congreso la totalidad del poder de castigar, sino solamente el de dictar un Código Penal. Encontrándose impedido de limitar globalmente a las provincias por tratarse de facultades reservadas y soberanas de las mismas.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente sostiene el autor que las provincias se encuentran limitadas constitucionalmente, no pudiendo alterar las figuras delictivas establecidas por el Código Penal, ni imponer penas repudiadas por la Constitución, como así tampoco arrogarse facultades que corresponden por su naturaleza al Congreso Nacional, o legislar prohibiendo las conductas dejadas por el Congreso en la zona de libertad. Agrega asimismo el autor que las provincias no podrían alegar invasión de sus fueros si el Congreso, en la zona de concurrencia de facultades, crea delitos de figuras de tipo convencional, como la tenencia de alcaloides o ganzúas etc. , no existiendo a su criterio más límite que la prudencia. Asimismo expresa que entre las principales acciones de la provincia se encuentra la de legislar a favor de la prevención de los delitos que el Código Penal prevé, entendiéndose en consecuencia que no se podría castigar esas conductas con una pena superior a la del delito consumado ya que de lo contrario se estaría incitando a la comisión del mismo al encontrarse más levemente castigado. Además de la actividad preventiva mencionada las provincias conservan el poder de policía, de seguridad, buenas costumbres, higiene, etc. .

Finalmente concluye el autor que la diferencia entre una contravención y un delito se traduce en la graduación de las respectivas penas, entendiéndose que el monto de la pena sería un índice para saber si un hecho es juzgado delictivo o contravencional. Asimismo el autor, contradiciéndose con lo precedentemente expuesto, agrega que “Los poderes de las provincias no derivan, pues de una autorización del Congreso, sino de la Constitución, pero de la Constitución derivan también las razones y fundamentos que marcan la extensión de esos poderes y su límite racional, aunque no cuantitativo.” (lo remarcado me pertenece). De esta manera Soler concluye que a fin de cumplir la provincia eficazmente su función podrá, ante la abstención del Congreso, dictar las contravenciones que estime necesarias, las que serían desplazadas en caso de legislar sobre el mismo tema el Congreso (toxicómanos, alcoholistas, rufianes, proxenetas). Con lo expuesto hasta aquí por el autor no se comprende cuando el referido “límite racional” podría transformar un delito en una contravención, o bien, cuando lo prohibido por el

Congreso Nacional consistiría en uno u otro, es decir que no se ha respondido a la pregunta sobre el concepto de estos términos no obstante aparentar lo contrario.

2.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.

2.2.1.- Los vicios dogmáticos de la exposición.

Una detenida lectura de la exposición efectuada permite advertir que el autor responde a la siguiente pregunta no formulada:

¿Qué diferencia a un Delito de una Contravención o Falta?

Ante esa pregunta el autor contesta que la diferencia no es cualitativa sino cuantitativa, sosteniendo al respecto que la contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos.

Para llegar a esta afirmación, el autor, lejos de fundar la misma en disposición legal alguna, y no obstante sostener que se trata de una clasificación que el derecho positivo reconoce (pag. 291), despliega la siguiente estrategia: Ubica el tema bajo el título general "Algunas Clasificaciones de Delitos", allí afirma que existen "...clasificaciones de delitos que el derecho positivo reconoce... sea para demarcar esferas de competencia legislativa, sea para acordar ciertos efectos a la calificación" (lo remarcado me pertenece), luego en el capítulo III descarta la distinción tripartita entre crímenes, delitos y contravenciones diciendo que: "No estableciendo el C.P. distinción alguna entre los delitos, nuestra legislación queda automáticamente adscripta al sistema bipartito que diferencia las transgresiones en delitos y contravenciones o faltas, como entre nosotros se suele llamar...". Ya en el capítulo IV bajo el título "distinciones sustanciales" sintetiza los distintos argumentos de autores que entienden encontrar diferencias ontológicas entre un delito de una contravención, para finalmente en el capítulo V bajo el título "negación de distinciones sustanciales" expresar, en lo pertinente, que "Modernamente se destaca como dominante en la doctrina el punto de vista según el cual entre delito y contravención no existe una diferencia cualitativa, sino una meramente cuantitativa.....".

Hasta aquí puede advertirse como el autor, a los fines de determinar la diferencia existente entre un delito y una contravención, recurre a un criterio de clasificación basado en la gravedad de la infracción, limitándose a expresar, para fundamentar su posición, que modernamente ese criterio se destaca como dominante.

Es decir que Soler utiliza como único sustento de su afirmación un argumentum ad verecundiam (apelación a la autoridad) fundado en el sentimiento de respeto que la "doctrina dominante" impone, y sin hacer referencia alguna a la legislación vigente,

reformulando así el derecho positivo, a la vez que aísla las consideraciones políticas, históricas, sociológicas que podrían existir detrás de este problema.

2.2.2.- El criterio clasificatorio por la gravedad de la infracción frente a nuestro derecho positivo.

Tal como surge de la síntesis del tema tratado por el autor, es él mismo quien reconoce que la distinción que propone no surge de ningún antecedente legislativo, reconociendo que sólo en los proyectos de 1891 y 1917 se había intentado establecer límites a las facultades punitivas de las provincias.

Asimismo una breve mirada sobre la legislación vigente resulta suficiente para concluir que el criterio clasificatorio sustentado carece de un respaldo legal.

Para afirmar esto basta 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, 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.

2.2.3.- Poderes provinciales. Su extensión y límites constitucionales

Luego de afirmar el autor que la diferencia entre los delitos y contravenciones es cuantitativa continúa diciendo, que existen motivos para sostener que se trata de una "cuestión totalmente argentina" al provenir su particularidad de nuestra historia política, y de los principios de nuestra organización constitucional, a los cuales la dogmática debe conformarse al ser superiores o anteriores al Código Penal mismo. En esa línea argumental expresa Soler que el tema en nuestro derecho se vincula con la distribución de poderes entre la Nación y las Provincias, considerando en consecuencia como tarea ineludible la de fijar los límites de las facultades provinciales. Continúa diciendo el autor que la Constitución ha dispuesto que las provincias se rijan por sus instituciones conservando su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados, sosteniendo a su vez que no compete al Congreso la totalidad del poder de castigar, sino solamente el

de dictar un Código Penal, encontrándose este último impedido de limitar globalmente a las provincias por tratarse de facultades reservadas y soberanas de las mismas.

Hasta aquí el autor, apartándose de la presunta pregunta inicial “¿Qué diferencia a un delito de una Contravención o Falta?” , ahora pareciera contestar a la pregunta “¿Cuáles son los límites provinciales para prohibir y sancionar penas?”. Respondiendo a ello que los poderes de las provincias no derivan de una autorización del Congreso, sino de la Constitución, pero entendiendo también que de la Constitución derivan también las razones y fundamentos que marcan la extensión de esos poderes y su límite racional, aunque no cuantitativo.

Finalmente volviendo el autor a su afirmación inicial sostiene que la pena es un índice importante para saber si un hecho es juzgado delictivo o contravencional al no poderse pensar en imponer una pena “muchas veces mayor a tres años” ya que ello no sólo excedería un límite de prudencia sino que daría al hecho carácter delictivo por el monto de la pena impuesta.

Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto considero, una vez más, que a pesar de sostener el autor en esta oportunidad que la diferencia entre delitos y contravenciones surge de la Constitución Nacional, no se advierte de que disposiciones extrae esa conclusión, toda vez que en relación a este tema la Carta Magna sólo se limita a establecer las facultades exclusivas y concurrentes de la Nación y de las Provincias.

A su vez, en relación a las limitaciones constitucionalmente impuestas a las provincias en relación a las facultades de las mismas al dictar normas prohibitivas, si bien el autor las encuentra en las disposiciones constitucionales que establecen las facultades exclusivas y concurrentes mencionadas precedentemente, parte de la idea de que esas disposiciones delimitan con absoluta precisión lo que una provincia puede o no puede prohibir. De la idea que esas disposiciones delimitan con absoluta precisión lo que una provincia puede o no puede prohibir. De esta manera Soler, niega la vaguedad de alguna de las expresiones empleadas por la Carta Magna, desconociendo la existencia de supuestos en los que resulta imposible establecer si determinadas facultades han sido delegadas o no por las provincias a la nación. A ello se aduna que el conjunto de disposiciones constitucionales referidas a esa competencia, teniendo como causa la citada vaguedad, han dado lugar a su vez a contradicciones entre lo que una provincia puede o no puede prohibir, siendo ello también desconocido por el autor . Si bien este punto será tratado con mayor detenimiento en la conclusión del presente trabajo por tratarse de un vicio dogmático en el que los tres autores analizados habrían incurrido,

podría ser útil a título de ejemplo y a los efectos de comprenderse lo expuesto precedentemente, el problema de vaguedad generado a partir de lo normado por el art. 75 inc. 12 de la Carta Magna. La referida disposición establece que corresponde al Congreso dictar, entre otros, el Código Penal, sin precisar en esa disposición que integra el dictado del mismo, resultando esa omisión de suma importancia teniendo en cuenta que las provincias se han reservado 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 (arts. 5, 121, 122 y 123 de la Const. Nac.).

2.2.4.- Las inconsecuencias de la exposición.

Como dijera anteriormente el autor responde a dos preguntas no formuladas: 1º.- ¿Qué diferencia a un delito de una Contravención o Falta? y 2º.- ¿Cuáles son los límites provinciales para prohibir y sancionar penas?; pretendiendo con la respuesta a esta segunda pregunta haber contestado a la primera, lo cual no es cierto. A ello se agrega que el autor, realizando una tarea propia de los dogmáticos, ha desconocido los problemas propios del lenguaje natural como lo son la vaguedades y contradicciones de las expresiones empleadas por la Constitución. Consecuentemente, al responder el autor a las preguntas citadas anteriormente ha reformulado el derecho en lugar de reconocer los problemas generados por la normativa constitucional en relación al tema como punto de partida, a fin de intentar dar una posible respuesta.

Además de lo expuesto, considero que al ubicar Soler al pretendido concepto de contravención dentro de una clasificación cuantitativa respecto al delito, ha dejado con ello muchos problemas y vacíos sin resolver, a la vez que alejó al lector de las herramientas necesarias para detectar esas dificultades. Es decir que con el criterio clasificatorio por él propuesto distanció al lector de las disposiciones normativas que podrían permitirle a este último determinar un posible concepto de contravención a la vez que le permitiera comprender su finalidad, historia, realidad social y aplicación práctica. Entre los problemas y vacíos que anunciara encuentro los siguientes:

a) Si por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional corresponde al Congreso dictar el Código Penal ¿Qué impedimento normativo existe para que al sancionar el Congreso Nacional como delito una conducta que hasta ese momento se encontraba prohibida como contravención por las provincias, la pena impuesta sea menor a la que hasta ese momento imponían estas últimas?.

b) Al no determinar el contexto normativo argentino el monto de pena que

convierte a una contravención en un delito no se comprende cuál sería la herramienta que según el monto de la pena permitiría afirmar que se trata de una figura contravencional o penal, resultando de una extrema vaguedad aquella expresión de Soler en la que dice que “los límites de las facultades provinciales están marcados...por la prudencia que debe guardarse con relación a las figuras del C.P. de modo que las contravenciones no asuman el carácter delictivo por la pena” (pag. 306) .

Adviértase que, si como afirma el autor, el tope de pena de la legislación provincial se encuentra determinado en la prohibición de esta última para castigar conductas con una pena superior a la del delito consumado, nada impediría con ese criterio que una provincia, a los fines de prevenir la comisión del delito de homicidio, prohíba alguna conducta con pena inferior a los ocho años de prisión.

Téngase en cuenta al respecto que en otros cuerpos legales como el Código Penal Español se puede advertir claramente la adopción de un criterio cuantitativo al incluirse en el mismo Código tanto la materia penal como la contravencional, estableciéndose allí que una misma acción revista uno u otro carácter según la gravedad del hecho, tal lo que ocurre con el hurto en el que según el monto de lo sustraído una conducta puede ser considerada delito o contravención (artículo 623 del Código Penal Español).

c) A su vez el punto anterior se vincula con “la zona de libertad dejada por la legislación penal”, al no permitir el criterio cuantitativo propuesto por Soler establecer cuando una provincia podría prohibir una conducta que el Congreso Nacional deliberadamente no quiso sancionar.

Al respecto ha expresado el autor que “...Elevar una acción a delito produce un resultado diríamos de contragolpe; elimina lo que no se prohíbe de la zona de la represión penal. En virtud del llamado principio de reserva, no pueden interpretarse las facultades provinciales como suficientes para colmar esas lagunas...” (pág. 304).

Considero que la afirmación transcrita resulta inconsistente frente a otras afirmaciones formuladas por el mismo autor en el mismo capítulo. Digo esto debido a que si la elevación de una acción a delito elimina lo que no se prohíbe de la zona de represión penal ¿Qué es lo que permite saber lo que una provincia puede prohibir como contravención sin invadir la zona de libertad?. Téngase en cuenta al respecto que justamente las provincias, en el ejercicio de sus facultades reservadas, necesitarían prohibir a fin de concretar sus objetivos, las conductas no penadas hasta ese momento por la Nación.

d) El criterio cuantitativo adoptado por el autor resultaría insuficiente, una vez más, para responder la pregunta “¿cuando el incumplimiento de una conducta prohibida constituye un delito o una contravención cuando la misma es legislada por el Congreso Nacional con carácter general?”. A los efectos ilustrativos tomaré como ejemplo la ley nacional nº 24.788 de “lucha contra el alcoholismo” publicada en el B.O. el 3/4/97, en la que a diferencia de lo dispuesto en otras leyes regulatorias de conductas contravencionales de orden nacional _como por ejemplo la ley nº 24.192 “Régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos” y el Decreto-Ley nº6618/57 “Prohibición de los juegos de Azar” en los que la misma norma ha limitado su alcance territorial exceptuando su alcance a las provincias, se ha establecido que la misma es de alcance nacional. La ley citada dispone en los artículos pertinentes lo siguiente:

Art. 1 “Queda prohibido en todo el territorio nacional, el expendio de todo tipo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años de edad.”.

Art. 2 “Declárase de interés nacional la lucha contra el consumo excesivo de alcohol.”.

Art.14 “La violación a la prohibición de expendio de bebidas alcohólicas de los artículos 1º y 4º será sancionada con multa de quinientos a diez mil pesos o la clausura del local o establecimiento por el término de diez días...”.

Art. 15 “El que infrinja lo dispuesto en el artículo 7º, será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con multa.../Si a consecuencia del hecho resultare la muerte de alguna persona, la pena será de dos a cinco años de prisión, y si resultaren lesiones la pena será de uno a cuatro años de prisión.

Si la víctima del hecho resultare un menor de dieciocho años de edad la pena máxima se elevará a un tercio.”.

Cabe aclarar que el artículo 7 al que remite el presente artículo prohíbe en todo el territorio nacional la realización de concursos torneos o eventos de cualquier naturaleza que requieran la ingesta de bebidas alcohólicas.

Art. 22 “La presente ley tendrá vigencia en todo el territorio nacional, con la excepción del artículo 17, en el que regirá la adhesión de las provincias y la ciudad de Buenos Aires conforme al artículo 91 de la ley 24.449”.

El art. 17 al que remite el presente artículo prohíbe la conducción de vehículos en estado de alcoholización o bajo los efectos de estupefacientes o medicamentos que disminuyan la aptitud para conducir.

De la citada ley se extrae el siguiente problema imposible de resolver con el criterio de Soler, no obstante haber reconocido él mismo como supuesto excepcional de regulación de contravenciones por parte del Congreso, y con alcance nacional, supuestos como el de la regulación del alcoholismo:

¿Todas las conductas prohibidas por esa norma constituyen figuras delictivas por el sólo hecho de ser sancionadas con alcance nacional o podrían tratarse algunas de ellas de figuras contravencionales de alcance nacional?

1.- De contestarse afirmativamente lo primero se advertiría una inconsistencia valorativa que no podría ser explicada por el autor, dándose la misma entre el art. 4 –segundo párrafo- de la ley 24.778 que dispone “Queda prohibido el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública y en el interior de los estadios u otros sitios, cuando se realicen en forma masiva actividades deportivas...” y el art. 41 de la ley nº 24.192 (Régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos) en la que en el capítulo dedicado al “Régimen contravencional” y con aplicación exclusiva para la capital federal dispone “...Los vendedores ambulantes, que suministraren en forma estable o circunstancial, bebidas alcohólicas dentro de un radio de ochocientos metros alrededor del estadio deportivo donde se desarrollara el evento, en el interior del mismo o en dependencias anexas, entre cuatro horas previas a la iniciación y dos horas después de su finalización serán sancionados con una multa de diez (10) a mil (1000) pesos....”.

La inconsistencia mencionada surgiría del hecho que conductas tan vinculadas como consumir bebidas alcohólicas o vender las mismas durante un espectáculo deportivo, se tratarían con el primer criterio de materias sustancialmente diferentes, siendo considerada delito la primera y contravención la segunda lo que no sería razonable.

2.- De contestarse afirmativamente la segunda opción, Soler no podría responder el motivo por el cual la conducta prohibida por el art. 4 –segundo párrafo- de la ley 24.778 sería una contravención y no un delito cuando la misma fue dictada por el Congreso Nacional imponiéndose un monto similar a los establecidos en los delitos previstos por el Código Penal en los arts. 108 y 129.

Del análisis precedente puede extraerse que la diferencia cuantitativa sostenida por Soler como criterio diferenciador entre delitos y contravenciones carece de sustento normativo alguno. A su vez, al referirse el autor a las facultades de las Provincias y de la Nación para prohibir y sancionar conductas no ha reparado en problemas propios del

lenguaje natural al desconocer la existencia de términos vagos como el advertido en la Constitución Nacional respecto a la zona de penumbra existente entre las facultades delegadas a la Nación para dictar el Código Penal y las de las Provincias para garantizar el goce y ejercicio de sus instituciones.

3.- Desarrollo del tema por Ricardo C. Nuñez.-

3.1.- Síntesis del desarrollo de sus argumentos.-

3.1.1.- Esquema dentro del cual inserta la exposición del tema.-

Este autor expone sus ideas en el primer capítulo de su obra, bajo el rótulo “Derecho Penal sustantivo”. Esto es, en el mismo punto donde delimita y especifica el ámbito de estudio de su obra.-

3.1.1.a) En primer lugar, efectúa una revisión histórica con abundante cita bibliográfica sobre la forma en que los estudiosos tanto nacionales como extranjeros denominaron la materia en estudio (Punto I).-

Se inclina por la aplicación del adjetivo “penal” en desmedro del restante históricamente empleado (“criminal”). Ello, a pesar de reconocer que la elección se muestra inconveniente para admitir la inclusión del estudio de las medidas de seguridad, pues concluye que el elegido representa el “objetivo principal” del campo de estudio.-

3.1.1.b) Luego de ello, define y delimita el contenido de dicho ámbito (Punto II) describiéndolo como “...la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles...”. Con ello pretende limitar su campo de estudio a las normas que tienen por objeto la aplicación de penas y medidas de seguridad (pág. 10/1).-

Dicho campo lo divide en tres áreas: “derecho penal sustantivo”, “derecho procesal penal” y “derecho ejecutivo penal”. En el segundo agrupa lo referido a la regulación de los procedimientos para aplicar las penas y medidas de seguridad; en el tercero, lo atinente a la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.-

A pesar de admitir la estrecha relación de las tres áreas, y de la absoluta necesidad de las dos últimas para la realización de la primera, concluye -sin ningún tipo de fundamento- que cada una de ellas admite un “estudio independiente”. A partir de lo cual se aboca al desarrollo de la primera.-

3.1.1.c) Producida esa primer depuración, afirma luego que se abocará al desarrollo de los principios que sustenta el derecho penal sustantivo con vigencia en nuestro país, aún en desmedro de lo que aconsejare “la labor especulativa y crítica,

propia de la doctrina pura” (Punto III).-

3.1.1.d) Por fin, dentro de lo que denomina, “Derecho Penal Sustantivo” encuentra un nuevo criterio de división: la distinción entre las “ramas” de “Derecho Penal Común”, “Derecho Penal Contravencional” y “Derecho Penal Disciplinario” (Punto IV).-

A pesar de reconocer que no existe ninguna norma expresa que autorice la distinción, entiende que la misma “se impone” tanto desde un punto de vista conceptual como práctico, a partir de los siguientes datos que entiende relevantes:

* (1) la división de las facultades legislativas penales entre la Nación y las provincias que surgen de la contraposición de los antiguos artículos 67 inciso 11, 104 y 108 de la Constitución Nacional (actuales 75 inciso 12, 121 y 126, sin modificaciones);

* (2) dentro de las facultades legislativas nacionales, la distinción en potestades para dictar leyes “comunes” (antiguo artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional) y “especiales” (incisos 1, 2, 16, 23, 27 y 28 del mismo artículo);

* (3) las ideas de administración y disciplina.-

Esos datos, determinan que no todas las normas del derecho penal sustantivo posean idéntica “naturaleza jurídica”. De esa particular naturaleza jurídica, surge el sustento de cada rama. A su vez, el criterio para discriminar esa naturaleza jurídica está dado por el tipo de interés que pretende proteger la norma. De esta forma, si la norma protege el ataque directo a la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos, pertenece al derecho común; si protege la actividad administrativa tendiente al logro del bienestar social, pertenece al derecho contravencional; y si protege el orden y sujeción dentro de una estructura de carácter público, pertenece al derecho disciplinario.-

3.1.2.- La distinción entre “delito” y “contravención”.-

3.1.2.a) La noción de delito la expone de la siguiente forma (Punto V).-

3.1.2.a.1) Comienza el tema asimilando “Derecho Penal Común” con “delito”.-

Luego, a pesar de reconocer que nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre “crímenes y delitos”, se ocupa de criticar la distinción que al respecto efectúa la doctrina extranjera por considerarla carente de fundamento científico.-

A continuación, expone “desde el punto de vista jurídico”, el concepto de delito; indicando que son “infracciones a la seguridad de los derechos naturales y sociales del individuo” (Punto V).-

A ello añade 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, no

se podrá describir la conducta a título de “delito” por quedar la misma en el campo de los actos preparatorios. Aunque no encuentra objeciones para que dicha conducta sea abarcada por una contravención si afecta “la actividad, preservadora o policial, de la Administración”.-

A pesar de la enunciación de tales conceptos, advierte 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.-

3.1.2.a.2) A continuación, cita la raíz constitucional de su fuente de producción (arts. 67 inc. 11 y 108 de la Constitución Nacional –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.-

3.1.2.a.3) Crítica luego la concepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que hace depender el criterio de distinción de tales competencias entre la nación y las provincias no en un criterio de naturaleza intrínseca de la infracción, sino en la circunstancia de que el Congreso haya resuelto incorporar al código penal o a una ley complementaria la previsión y el castigo de un hecho determinado.-

Finaliza la enunciación del planteo con el siguiente tema, que me parece suficientemente ilustrativo de la estrategia expositiva adoptada: “...Tal jurisprudencia, que tiene su razón en el desconocimiento de una diferencia de naturaleza entre los delitos y las faltas y que les asigna a las provincias sólo un poder legislativo remanente y fluctuante, implica dejar librado el límite de las facultades legislativas penales reservadas por aquéllas (Constitución, arts. 104 y 105, al arbitrio del legislador nacional, el que, en un momento dado, podría, sin remedio alguno aniquilar esas facultades reservadas, a pesar de ser inherentes, como poder de policía local a la estructura institucional de la autonomía provincial”.-

3.1.2.b) Por su parte, el concepto de contravención, lo expone de la siguiente forma:

3.1.2.b.1) Comienza por hacer referencia a la existencia de una discusión acerca de si existe o no una diferencia de naturaleza jurídica entre los delitos y las contravenciones.-

Al respecto, reseña la opinión de los autores dogmáticos argentinos y extranjeros sobre el tema. Asimismo, informa el criterio legislativo seguido en algunos proyectos y

códigos de faltas, haciendo referencias concretas a los elaborados en las provincias de Santa Fe, Catamarca, Santiago del Estero y Córdoba de los años 1.936 a 1.953; de ellos, cita puntos específicos en los que –a su juicio- se legislan situaciones que de ser declarados punibles deberían serlo a título de delitos.-

3.1.2.b.2) A continuación afirma que “la posición correcta exige una distinción sustancial entre los delitos y las contravenciones, sin que el campo de éstas deba limitarse al de las faltas o transgresiones policiales, sino que debe extenderse a todo el ámbito de las transgresiones a los mandatos administrativos...”.-

Invoca como fundamento de la distinción, la concepción de Giovanni Carmignani expuesta su obra “Elementi di diritto criminale”, y de James Goldschmidt divulgada por su hijo y esposa en distintas publicaciones en el país que cita en nota al pie (nota en la que surge, además, la referencia al origen alemán de tales ideas y su relación con la estructuración científica y práctica del derecho penal administrativo de ese país).-

3.1.2.b.3) A partir de ello, adopta la definición de James Goldschmidt sobre derecho penal contravencional: “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”.-

3.1.2.c) A partir de ambas concepciones establece las “razones jurídicas” que sustentan la distinción y, por ende, la “autonomía jurídica” de ambos:

* Para el derecho penal común, “objetivamente, 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...” (pág. 23).-

* El derecho penal contravencional, por su parte, se sostiene exclusivamente en el aspecto objetivo de la oposición de la acción a la actividad estatal y al orden que con la misma se pretende mantener.-

El aspecto subjetivo, no lo considera relevante para la determinación de la naturaleza contravencional de una norma. Se apoya para arribar a tal conclusión en los siguientes argumentos: (1) por más que se obre con dolo o culpa, la descripción típica de la falta no altera su gravedad (es decir no existe tipificación dolosa y culposa de la falta, como si lo existe en el homicidio); (2) en algunas especies de contravenciones, como las

fiscales o económicas, resulta indiferente determinar si obró con dolo o culpa; (3) en otras, la intención solo es tenida en cuenta para agravar la falta básica (cita también infracciones tributarias).-

Sin perjuicio de advertir estos indicios, se opone a la opinión de otro dogmático de la rama del derecho financiero (Giuliani Fonrouge) negando que las contravenciones fiscales sancionen meras acciones u omisiones sin contenido subjetivo alguno. Sustenta su postura en que “la legislación positiva...” (invoca solamente el art. 44 de la ley de réditos del año 1.955) “y la doctrina admiten que la punibilidad impositiva queda excluida por el error excusable, lo que ya es suficiente para descartar el carácter puramente objetivo de la imputación fiscal. La indiferenciación obedece a la falta de eficacia del obrar doloso o culposo para modificar el grado de la imputación respecto del mismo hecho...” (pág. 24).-

3.1.2.d) Pese a esta distinción que denomina “estructural”, afirma que no existe una total independencia funcional entre los institutos de uno y otro derecho.-

3.1.2.d.1) Sostiene que los correspondientes al derecho contravencional se independizan del derecho común en la medida en que los primeros “resulten incongruentes con los principios” del segundo. Agrega, que tratándose de contravenciones que no son de simple policía local la autonomía es mucho más restringida por imperio del artículo 4 del Código Penal “...al someter a los principios generales del Derecho penal común positivo...a todas las infracciones (“delitos”, dice la ley) administrativas cuyas leyes reguladoras no dispongan lo contrario en la institución de que se trate...” (pág. 25).-

3.1.2.d.2) Lo expuesto precedentemente, que aparece bastante confuso, se aclara en página 192/7 de la misma obra, cuando tratar la aplicación supletoria del código penal en la restante legislación represiva (# IV, Título IV).-

Allí se discrimina perfectamente entre: (1) contravenciones dictadas por el Congreso en materia de policía local (capital federal y territorios nacionales), (2) contravenciones dictadas por el Congreso en materia de su competencia especial, (3) contravenciones dictadas por las Provincias en materia de policía local.-

Sobre las dos primeras clases de contravenciones afirma la aplicación del artículo 4, no obstante la mención que aparece en el mismo de la palabra “delito”. “...Porque, por un lado, según la terminología utilizada por las distintas ramas del Derecho positivo, la voz delito no se refiere sólo a los hechos punibles de carácter común, sino que comprende infracciones punibles especiales. Por otro lado, si el artículo 4º se refiriera sólo a los

delitos previstos por las leyes penales ampliatorias o modificatorias del Código Penal, carecería, en realidad de razón de ser, porque la aplicación de las disposiciones generales de ese código a tales delitos, surge ya del propio carácter complementario de tales leyes. Por lo demás, la interpretación amplia atiende, concordantemente con el objetivo del artículo 4º, a la necesidad práctica de ordenar, mediante la comunidad de los principios generales reguladores de la imputación y de la pena, el sistema, el sistema de la múltiple y variada legislación represiva nacional...” (pág. 193/4).-

Sobre la tercera clase –contravenciones provinciales-, sostiene que, en principio, por tratarse de una potestad reservada a las provincias, la remisión efectuada por el artículo 4º no sería procedente. Aunque deja a salvo la posibilidad para el juez que deba aplicar esas disposiciones generales del Código Penal utilizando la “analogía in bonam partem”; por implicar dichas disposiciones “principios generales del Derecho Penal argentino” y al solo efecto de suplir las lagunas de la legislación provincial (pág. 196).-

3.1.2.e) A continuación se ocupa de refutar las críticas dirigidas por otros dogmáticos a la concepción de la “autonomía” del derecho contravencional.-

3.1.2.f) Punto seguido de la afirmación de que existen diferencias ontológicas entre las contravenciones y los delitos argumenta que ello tiene “importancia jurídico-política” para limitar las facultades represivas que corresponden a la Nación y a las provincias. Sostener el criterio opuesto genera las siguientes disfuncionalidades de orden sistémico:

* La primera relacionada con el régimen federal de gobierno: limita la facultad de las provincias al residuo de lo que el Congreso le deje libre. Con ello pretende evitar la “exagerada tendencia, no siempre bien intencionada” del gobierno federal de elevar a delitos meras contravenciones.-

* La segunda, relacionada estrictamente con garantías jurídico-penales. 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 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...”. Con ello pretende evitar el abuso inverso de los gobiernos provinciales sobre el punto.-

3.1.2.g) Por último, al final del capítulo, deja sentada su concepción en lo que respecta a la competencia para legislar en materia de “contravenciones”.-

Así, en lo que respecta a la represión de las “transgresión a leyes administrativas (fiscales, económicas, etc.)” 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 de sus vecinos” (esto es el ejercicio del poder de policía) 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.-

3.2.- Análisis de la estructura de la argumentación desde la óptica propuesta en el curso.-

3.2.1.- Los “vicios” dogmáticos de la exposición.-

Empleando el conjunto de herramientas lógicas y semiológicas utilizados en el curso, he podido detectar en la exposición del tema que se ha reseñado precedentemente, las siguientes falencias:

3.2.1.a) El empleo de definiciones, clasificaciones y subclasificaciones concatenadas en forma sucesiva, de modo tal que la anterior resulta abarcativa de la posterior. Se justifican las divisiones, precisamente en las definiciones dadas previamente; estas últimas, a su vez, están legitimadas por razones de carácter “ontológico”.-

Como se ha visto precedentemente, el esquema expuesto ha seguido la siguiente línea secuencial: (1) división del “derecho penal” en las áreas sustantivas, procesal y ejecutiva; (2) posterior división en ramas del área “derecho penal sustantivo” (común, contravencional y administrativo); (3) sucesiva asignación de propiedades a cada uno de estos elementos; (4) al final de la pirámide (es decir una vez definido el “derecho penal sustantivo común” y el “derecho penal sustantivo contravencional”, y ya despejado por falta de interés, el “derecho penal procesal”, “el derecho penal ejecutivo” y el “derecho penal sustantivo administrativo”) se exponen las conclusiones que resultan ser fruto de las categorías “ontológico-jurídicas” descritas previamente.-

Dicho método –a mi modo de ver- suministra al expositor las siguientes “ventajas”:

* Partiendo de un concepto genérico, permite llegar al concepto particular, demostrando –además y en forma subliminal- la relación de pertenencia que existe entre éste, aquél y todos los subconceptos que ha elaborado en el camino.-

Ello, unido a las referencias de carácter ontológico, le permiten generar el convencimiento de que todos los contenidos del esquema se refieren o están relacionados con la “realidad” jurídica previamente descripta. Y que por esa sola circunstancia de pertenencia deben respetarse –como criterio de “verdad”- en su conjunto.-

* Además, en el caso particular de las sucesivas divisiones del “derecho penal”, va depurando no solo el ámbito de estudio (lo cual puede ser un objetivo de orden loable), sino también el ambiente de complejidad en el que se insertarán las conclusiones posteriores.-

Adviértase que en la primer gran escisión se despeja todo lo relacionado con la actividad práctica de las normas represivas (pues se deja a un lado procedimiento y ejecución). Y que la segunda discriminación, le permite despejar dos fuentes de producción normativas sumamente complejas e intrincadas.-

La permanencia de tales datos normativos dificultaría la construcción teórica desde dos puntos de vista. Por un lado, le acarrearía enormes problemas para elaborar los principios generales a partir de los cuales desarrollar el sistema cerrado que significan tanto las teorías del delito como de la pena en la que se divide la parte general de su obra. Por otro lado, ampliarían el margen de “falsabilidad” de las proposiciones que formulan: expuestas a la refutación de las prácticas jurídico-penales y a la maraña legislativa que importan dichos grupos normativos, resultaría muy difícil hacer cerrar los conceptos teóricos del delito y de la pena.-

Todo ello, que puede ser razonable a los efectos de lograr una economía de esfuerzos, no está especificado de esa manera; sino que está mostrado como una realidad inmanente a las categorías que se emplean.-

3.2.1.b) A pesar de las anunciadas categorías de naturaleza ontológica que fundamentan los conceptos, cuando se analiza en detalle los fundamentos por los cuales fueron asignadas tales propiedades a la expresión en tratamiento, en muchos casos no se las encuentra o resultan insuficientes.-

3.2.1.b.1) En el caso de la definición de “derecho penal” pueden rastrearse en el texto los siguientes fundamentos:

* De orden histórico: la mayor parte de los penalistas a lo largo de la historia, lo llamaron así (Punto I).-

* Luego aparece uno de conveniencia: resulta imposible abarcar como objeto de estudio todos los medios destinados a la lucha contra la delincuencia y la defensa social,

por eso rechaza definiciones como las de Dorado Montero y Ferri (Punto II).-

* Por último, esboza uno absolutamente circular: “derecho penal” es “derecho” y el derecho se encarga de regular la conducta de los hombres en sociedad (también Punto II).-

Se pasa por alto que “derecho”, en primer lugar, no es un objeto físico dado en el mundo que se encuentra frente a nuestros ojos y puede ser descripto sin errores por quien lo mire. Sino que, por el contrario, la definición de sus contornos y asignación de contenidos no resulta pacífica.-

Pero además, también se pasa por alto, que el “derecho” no es el único que tiene el cometido de regular conductas, pues también lo tienen la psiquiatría, la religión, las normas éticas, las normas culturales, los reglamentos deportivos, etc. Muchos de ellos, además prevén infracciones y mecanismos de sanción; y otros, hasta medidas curativas.-

Sin perjuicio de estas observaciones que advierten sobre la circularidad del fundamento, aún las propiedades expuestas por el autor para enlazar “Derecho” con “Derecho Penal”, no alcanzan para explicar el fundamento ontológico de los siguientes elementos de la definición: (1) que la potestad de castigar sea pública, (2) que corresponda incluir las medidas de seguridad junto con los castigos, y (3) por qué se refiere a “regulación de las potestades”. A propósito de esta última vaciedad, si –por ejemplo- se hablara de “conjunto de normas” en lugar de “regulación de potestades”, sin lugar a dudas se podría omitir “ab initio” toda consideración al derecho procesal; sin embargo, impediría incluir dentro del estudio gran parte de los artículos de la denominada “Parte General” del Código Penal, por cuanto de su lectura no surge la aplicación de ninguna sanción específica a los ciudadanos, ni siquiera la orden de hacer o no hacer una conducta determinada.-

Se advierte entonces que el concepto no ha sido “hallado” sino “creado” al efecto con la finalidad de delimitar el campo de intervención. Ello, en sí mismo no es malo; lo incorrecto es no haberlo dicho claramente.-

3.2.1.b.2) El fundamento para dividir en “ramas” el “derecho penal sustantivo”, resulta ser otro caso (reseñado en “3.1.1: d”). Desmenuzados los tres aspectos que le permiten efectuar la distinción, se advierte su insuficiencia como antecedentes de la misma. Así:

* Respecto de la división de facultades legislativas entre nación y provincia, como todos sabemos, el art. 67 inc. 11 otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar el Código Penal; el art. 104, declara que las provincias conservan todo el poder no delegado

al Gobierno Federal; y el art. 108, expresamente prohíbe a las provincias dictar el código penal una vez que lo haya hecho el Congreso Nacional.-

* La competencia denominada “especial” atribuye al Congreso facultades para legislar en las siguientes materias: (1) aduanera; (2) impositiva; (3) de fomento de la educación, la industria, el comercio, la colonización y el aumento poblacional; (4) de organización de las fuerzas militares; (5) dentro de los territorios con jurisdicción exclusiva federal, con las mismas competencias que si fuera una provincia; y (6) necesarias para poner en funciones los poderes constituidos.-

* En lo que respecta a las ideas sobre administración y disciplina, no establece ningún tipo de especificación sobre lo que ha querido decir con dicha expresión.-

Si la consecuencia de lo expuesto resulta ser la existencia de tres clases de normas cada una de ellas separada de las restantes por una particular naturaleza jurídica, debe concluirse que algunos eslabones de la cadena de razonamiento que permiten llegar a dicha conclusión, han sido omitidos disimuladamente.-

En este sentido, conviene reparar en los siguientes aspectos:

* La atribución expresa al Congreso de la Nación y la prohibición expresa a la provincia, versa exclusivamente sobre el Código Penal.-

Todavía debe establecerse cuál debe ser el contenido de ese Código Penal, y eso no lo ha dicho la Constitución en ninguna parte.

Solamente se sabe que dicho texto no puede alterar las jurisdicciones provinciales, ni impedir la aplicación de tales leyes por parte de las mismas sobre sus habitantes. De allí se infiere que la forma y modo de perseguir, juzgar y castigar los “delitos” no puede ser materia del Código Penal ni, tampoco, competencia de la Nación. Aunque esto también resulta relativo, porque al final del mismo inciso, otorga una competencia netamente procedimental: establecer lo necesario para el juicio por jurados.

Lo que sí puede afirmarse, es que del cotejo de dichos textos no surge ningún elemento que permita afirmar la posibilidad de distinguir entre “delitos”, “contravenciones” y “normas disciplinarias”. Mucho menos, surgen razones para afirmar que las dos últimas deben estar fuera del Código Penal.-

* Dentro de las competencias especiales, el Congreso Nacional ha legislado sobre todo tipo de infracciones. Algunas, que pacíficamente se han denominado “delitos” (por ejemplo ley 24.769 sobre “régimen penal tributario”, 22.362 sobre “marcas y designaciones”); otras que, por las características de los tipos, las penas que amenazan, los autores que describe y los órganos de aplicación que declara competentes, se

adecuan a las pautas y características que usualmente se atribuyen a las contravenciones (por ejemplo: ley 20.680 sobre “abastecimiento”, ley 20.429 sobre “armas y explosivos”); mientras que, por último, en algunas ha legislado simultáneamente infracciones compatibles con la calificación de “delitos” y con la de “contravenciones” (por ejemplo: ley 20.974 sobre “identificación de personas”, ley 22.415 –“Código Aduanero” y 24.788 sobre “lucha contra el alcoholismo”).-

La ley 20.680 tiene interesantes particularidades. En el artículo 5 describe sanciones sumamente elevadas (por ejemplo: arresto del infractor de hasta 90 días o prisión de 6 meses a cuatro años si la infracción reviste “especial gravedad”, inhabilitación de hasta dos años para obtener determinado tipo de créditos, inhabilitación de 1 a 5 años para ejercer el comercio y la función pública). Otorga la competencia para aplicar este tipo de sanciones a órganos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional; estableciendo, como única instancia revisora, un recurso de apelación ante el juez de primera instancia federal (art. 16). En su artículo 15, declara que las infracciones descriptas en los artículos precedentes “afectan la seguridad y el orden económico nacional”; mientras que en el artículo 18 establece que “...las infracciones cometidas en las provincias y que afecten exclusivamente el comercio de sus respectivas jurisdicciones serán juzgadas en sede administrativa por los organismos que determine cada una de ellas...”. Es decir que una ley nacional, dictada en el marco de las competencias que Nuñez denomina especiales, no sólo ha regulado normas contravencionales sino que, además, las ha declarado vigentes en las provincias.-

Similar situación ocurre con la ley 20.429. La misma declara, en su artículo 1º, que regula las conductas de “adquisición, uso, tenencia, portación, transmisión por cualquier título, introducción al país e importación” de armas de fuego clasificadas como “de guerra” y de “uso civil”; reglando en forma positiva, o por omisión, en los artículos posteriores cada una de estas conductas. Luego en los artículos 36 al 39 regula un régimen de infracciones que puede denominarse contravencional, las que no sólo tienen validez dentro de las provincias, sino que –en el caso de las armas de uso civil (arts. 29 y 41)- asignan competencia instructoria a las policías provinciales (es decir un organismo subordinado a los Poderes Ejecutivos provinciales) y con apelación ante juez federal de cada sección.-

Pero aquí no termina todo. El artículo 43 de la ley 8.031 de la Provincia de Buenos Aires, entra en colisión con el régimen contravencional nacional en materia de armas de uso civil a partir de lo que surge de los artículos 30 segundo párrafo a 34. Dicha

superposición se mantiene en la actualidad en los incisos “f” “g” y “h” del indicado artículo 43, no obstante la reforma introducida por la ley 25.086 en el art. 189bis del Código Penal; y se agravó con la introducción del art. 42 bis en la ley 20.429 (que sanciona la simple tenencia sin autorización de arma de uso civil).-

Por cierto que no se puede reprochar al autor la inadvertencia de las vicisitudes introducidas por la ley 25.086, por resultar posterior a su obra; pero la observación resulta legítima durante el régimen preexistente a la mencionada ley.-

* Pero además de todo ello, se advierte que en el caso de la ley 24.788 sobre “lucha contra el alcoholismo”, el Congreso Nacional fuera de su competencia “especial”, también ha incursionado en una materia tradicionalmente calificada como “contravencional” legislando para todo el país figuras que, por sus características, resultan compatibles con lo que habitualmente se denomina “contravención”.-

Con lo expuesto se advierte que la legislación vigente surgida del marco de distribución de competencias entre Nación y Provincias, no constituye un fundamento jurídico suficiente para elaborar, a partir de allí, un concepto de “derecho penal común”, de “derecho penal contravencional” y de “derecho penal disciplinario”. Y, mucho menos, elaborar distinciones ontológicas entre los mismos.-

El vacío conceptual resulta absoluto, en el caso de las referencias a las “ideas de administración y disciplina”; no sólo porque no se ha invocado normativa jurídica que lo sustente, sino porque ni siquiera se han expuesto en qué consisten esas ideas y cuál es su origen.-

No obstante, la conjunción de tal afirmación con lo expuesto en el punto VII de la obra; suministra el indicio de que se está refiriendo a las concepciones de la categoría dogmática “Derecho Administrativo” como rama del Derecho Positivo vigente. La misma tiene -y tenía más en la época inicial en la que el autor expuso sus ideas-, una alta elaboración teórica y abstracta. Elaboración que, en lugar de ser el fruto del estudio y sistematización de la normativa vigente, pretende más bien establecer criterios y principios rectores para influir en la creación de las normas. Por cuanto constituía -y constituye- un área en continuos cambios, en la que intervienen multiplicidad de órganos de producción normativa: toda la estructura jerárquica del poder ejecutivo nacional y cada uno de los provinciales, cada una de las estructuras y relaciones jerárquicas de los otros dos poderes tanto nacionales como provinciales, los entes autárquicos que dependen de los respectivos poderes ejecutivos, los colegios públicos profesionales, los entes de control y regulación de servicios públicos, etc., etc., etc..-

Adviértase que de toda esa multiplicidad de órganos productores de normas, el único sustento normativo invocado por el autor, resultaría ser el inciso 28 del art. 67. Dentro de éste, la minúscula parte que corresponde a la organización administrativa de mantenimiento y funcionamiento del Poder Legislativo. Y, a su vez, dentro de este marco, la ínfima parte que se encarga de regular el régimen disciplinario del personal empleado en relación de dependencia.-

3.2.1.c) En lo que respecta a la definición de delito, llega a la misma partiendo de afirmaciones dogmáticas (en el sentido semántico original de la palabra) que carece no solo de sustento en el derecho positivo, sino también del apoyo “ontológico” invocado.-

3.2.1.c.1) El primer aspecto de tal falencia lo encontramos en la relación que establece entre “Derecho Penal Común” y “Delito”.-

Ya se ha dicho en el punto precedente, que el fundamento constitucional invocado (arts. 67 inc. 11, 104 y 108 de la Constitución Nacional) no permite tal asimilación, pues no está definido en la Constitución Nacional lo que debe contener el Código Penal; y que, a su vez, las potestades sobre legislación denominada “especial”, ha originado una práctica legislativa que incluye tanto delitos como contravenciones con la misma vigencia territorial que se le otorga al Código Penal.-

Es cierto que el autor, manteniéndose en su concepción dogmática, podría haberse aferrado a la superioridad jerárquica de la Constitución Nacional sobre las leyes; y, en base a ello, haber denunciado el incumplimiento del legislador en lo que respecta a las denominadas “leyes especiales”, por haber incursionado en temas reservados a las provincias. Pero no lo ha hecho, y creo que no es casual: el espectro legislativo de las denominadas competencias especiales del Congreso resulta infinito, su inclusión dentro de la exposición que viene desarrollando el autor, le ocasionaría, por lo menos, los siguientes problemas:

* Dicho ámbito constituye objeto de estudio de innumerables áreas y subáreas en las que se divide la exposición dogmática del ordenamiento jurídico nacional (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Aduanero, Derecho Tributario, Derecho Financiero, Derecho Internacional Público, Justicia Militar). La emisión de opinión sobre tales temas, sin el adecuado dominio de todas ellas, debilitaría la exposición teórica pues podría verse refutada desde cada uno de esos ángulos en cuanto al fondo del asunto tratado. A su vez, la invocación de algún especialista en cada área, tampoco solucionaría el problema; pues seguiría siendo blanco de críticas por parte de quienes, en dicho sector, no comparten las conclusiones de ese especialista.-

En el desarrollo de esta crítica se advierte, entonces, una nueva objeción: la visión parcializada del problema a la que obliga las subdivisiones dogmáticas de los ámbitos de estudio, limita el análisis profundo del tema en estudio.-

* Por otro lado, se dificulta la sistematización y elaboración de principios generales. No obstante, aún si tal tarea se cumpliera, probablemente se encontraría con problemas peores. Pues, difícilmente se pueda llegar a afirmar que alguna de esas leyes fundadas en los incisos 1, 2, 16, 23 y 28 del artículo 67 sancionen ataques “directos” e “inmediatos” a los derechos “naturales” y “sociales” de los individuos. Tomemos algunos casos al azar:

- Ninguna duda cabe que no cumplen con tales consignas los reglamentos con que funcionan ambas cámaras legislativas, ni la ley de “acefalía”.-

- La ley 20.429 legisla sobre temas que, desde el punto de vista de la dogmática “constitucional” y “administrativa”, pueden calificarse como ejercicio del “poder de policía de la seguridad” (que para Nuñez compete a las jurisdicciones provinciales), y para la dogmática “penal” describe conductas que solo en forma “indirecta” o “abstracta” (también según clasificaciones dogmáticas) ponen en peligro bienes jurídicos.-

- De los artículos 31, 32 y 33 de la ley 20.974, difícilmente pueda afirmarse que protegen en forma directa un derecho natural o social. Pues aún cuando pudiéramos coincidir en que el derecho a la “identidad” y al “estado civil” integran tal categoría, las conductas descriptas por dichas normas, a lo sumo pueden dar ocasión para que se cause tal afección. Por ejemplo, si el funcionario entrega un documento de identidad en blanco (art. 31 inc. b), puede ser empleado por el receptor para consignar la verdadera identidad de la persona, y allí no habría afectación alguna de tal derecho; sin embargo la infracción del funcionario público se mantiene.-

Los artículos 34 y 35 sancionan conductas del propio sujeto cuya identidad y estado civil se pretendería proteger. Traducido a los conceptos penales que nos resultan más familiares, si estas figuras protegieran en forma directa los derechos naturales anunciados, el castigo previsto sería equiparable a castigar la autolesión o el suicidio.-

Demostrado ello y, suponiendo que tales propiedades se mantuvieran en el resto de las leyes fundadas en tales potestades, podría llegar a concluirse (siguiendo el mismo camino de distinciones ontológicas empleado por el autor) que si el Poder Legislativo Federal describe en esas leyes figuras de peligro abstracto e incumplimientos de exigencias administrativas que tienden al bienestar común, también tiene la potestad para incluir el mismo tipo de descripciones dentro del Código Penal. Pues si la provincia las ha

delegado en un aspecto (el de los temas regulados por las leyes “especiales”), lo lógico es pensar que también lo hubo delegado en los restantes.-

3.2.1.c.2) Tampoco constituye razón suficiente la significación ontológica asignada a la voz “delito”. Porque esas mismas propiedades fueron las que el autor tomó en cuenta al desarrollar el “Derecho Penal sustantivo”, para distinguir entre “Derecho Penal común” y “Derecho Penal Contravencional”. De modo tal que el fundamento resulta meramente circular: “delito” (al que le he asignado las propiedades x, y, z”) pertenece a “Derecho Penal Común” porque éste último tiene las propiedades x, y, z. Sin embargo lo que sigue sin demostrarse es si al “Derecho Penal Común” le corresponden efectivamente tales propiedades, y también, si estas son las únicas. Así ambos conceptos funcionan como dos espejos encontrados: cada uno reproduce la imagen del otro, pero tal simbiosis no alcanza para representar una imagen concreta del mundo en el que se insertan y se proyecta al infinito.

3.2.1.c.3) Y es en este último aspecto donde también se advierten falencias. Pues las propiedades asignadas a la voz “delito” presentan, a su vez, dificultades para su individualización como tales.-

El autor afirma que la definición la da “desde el punto de vista jurídico” (pág. 17). Como antes dijo que se ocuparía del derecho positivo (pág. 14), quiere decir que lo que significa “ataque a la seguridad”, “derecho natural del individuo” y “derecho social del individuo”, deberíamos encontrarlo dentro de las normas del Derecho Penal Común (esto es, dentro del Código Penal), pues ese es el ámbito jurídico del que afirma ocuparse.-

Resulta obvio, que el significado de tales expresiones no está incluido en ninguna de las disposiciones del Código Penal. Además sabemos, a partir de nuestra formación universitaria que los rótulos “derecho natural” y “derecho social” resultan ser palabras de clase empleadas por jusfilósofos o dogmáticos en algunos estudios o tratados referidos a cuestiones jurídicas. También se sabe que el catálogo de propiedades de cada uno no es ni exhaustivo ni pacífico. Es más, para muchos de los que hacen referencia al tema (en particular, los autores denominadas “juspositivistas” –a los que dice adscribirse Nuñez-), la categoría “derecho natural” no existe como “realidad ontológico-jurídica”; y, para otros, aún existiendo, carece de relevancia o interés si lo que se pretende estudiar es el derecho puesto y creado por el hombre

- No existe mejor demostración de la dificultad de hallar “delitos naturales”, que el propio intento de Garófalo al respecto. Con un criterio iusnaturalista, y sin apego a derecho positivo alguno, de los ordenamientos jurídicos que analizó a lo largo de la historia, solo

pudo hallar como categoría unificadora de los mismos, la afectación a los vagos sentimientos de piedad y probidad

- Con ello se demuestra, desde el propio punto de vista dogmático del que parte el autor, la vaguedad y ambigüedad de la definición. Y, por ende, de la premisa (que denominaremos mayor) para discriminar si la concreta norma (que denominaremos premisa menor) es o no un “delito” (conclusión).-

Se advierte entonces que el autor debió haber precisado también, las concretas características que asignaba a los conceptos “derecho natural” y “derecho social”. Para así saber cuál era el criterio clasificatorio empleado para agrupar en cada uno las distintas figuras comprendidas en el Código Penal.-

Esta conclusión, que ha sido expuesta desde el plano de lo teórico, podemos corroborarla también en la realidad haciendo un repaso del Código Penal:

* Podríamos entender comprendidos dentro de la categoría “natural” al derecho a la vida y a la integridad física. Porque históricamente, en mayor o menor medida, todas las sociedades de alguna manera protegieron a ambos.-

A la misma conclusión tal vez podría llegarse, con el derecho a la libertad; dando un rodeo -de alto contenido ideológico- para demostrar que los históricos ejemplos de esclavitud y servidumbre (sostenidos, incluso, en argumentos de “derecho natural”), constituyeron o bien un error en la elaboración del argumento, o bien una etapa pasada en la evolución del concepto.-

Pero qué decir del derecho a la propiedad individual?. Creo que las mínimas notas que debe reunir un derecho para ser calificado como “natural”, es que a lo largo de la evolución de la humanidad, haya sido siempre respetado de alguna manera (aunque en esto también estoy partiendo de determinados preconceptos dogmáticos). Ello, por cierto, no puede cumplirse en este caso, pues existieron -y existen- sistemas sociales que no estimaron digno de respeto la propiedad individual.-

* En cuanto a los derechos denominados “sociales”, llenando el vacío conceptual dejado por el autor, podríamos incluir a los delitos agrupados en los Títulos VII, VIII, IX, X, XI y XII. Ello claro está, si entendemos por social los derechos que protegen de alguna manera en forma global las instituciones creadas por la sociedad para el mantenimiento del orden y seguridad en las relaciones que mantienen los integrantes de la comunidad. El concepto es arbitrario, armado para la ocasión (para incluir la mayor cantidad de figuras posibles que contempla el Código Penal); por lo que soy consciente que está expuesto a críticas insuperables. Pero, elementos más, elementos menos, se asimila a la que puede

encontrarse en cualquier manual de filosofía.-

Si a esa definición le agregamos, que está referida a las instituciones creadas para un país dado (una especie de derecho social “positivo” –es decir no universal-), podremos incluir el Título IV, afirmando que el matrimonio monogámico ha sido considerado una institución básica de la sociedad. También, a partir de este agregado conceptual, podríamos sacar el Título VI de la categoría “natural”, e incluirlo en esta, salvando la objeción expuesta precedentemente.-

* Pero buscando en cuerpos jurídicos distintos del Código Penal también encontramos casos que desmienten la conceptualización dada por el autor. Por ejemplo en la ley 8.031 sobre “faltas policiales”:

-Visto desde la óptica del bien jurídico que intenta proteger, el art. 78 no parece guardar diferencia con el art. 239 del Código Penal. es más, para la redacción (“...si el hecho no constituyera una infracción más grave”) pareciera ser una figura subsidiaria de éste último. En la misma situación se encuentra el art. 66 inc. “a” respecto del art. 126 del Código Penal.

- Ocurre lo mismo con el art. 74. Sin lugar a dudas, el orden público se lesiona en forma mucho más directa con las conductas descriptivas en los incisos “a” y “b”, que con la prevista por el art. 210, 213 ó 213 bis del Código Penal

- Parece existir una superposición normativa entre los arts. 39 de la ley 8031 y 106 del Código Penal.-

- La conducta descrita por el art. 92bis inciso “b”, afecta la “fe pública” con la misma entidad que el art. 289 inciso 1º del Código Penal.-

- Lo mismo puede decirse del artículo 92 de la ley 8031. Tal vez se podrá afirmar que los ataques a la fe pública allí descriptos, tienen una menor entidad que en las figuras previstas por el mismo título del Código Penal, y que ello justifica su exclusión de éste último texto. Aún dando la razón a esta afirmación, debe repararse que, a todo evento, ello resulta una diferencia cuantitativa y no cualitativa como plantea el autor-

- Cotejados los arts. 85 del Código de Faltas y 205 del Código Penal, se advierte que tienen la misma estructura descriptiva (constituyen lo que la dogmática denomina “leyes penales en blanco” que remiten a disposiciones de inferior jerarquía normativa). En ambos casos además, se sanciona el incumplimiento de las disposiciones de la autoridad competente.-

* Con este pequeño ejercicio se advierte no solo la carencia de contenidos ontológicos y falta de relación con el derecho positivo que tiene la definición de delito

dada, sino lo artificioso de la clasificación invocada por el autor para abarcar la totalidad de figuras que comprende el Código Penal.-

3.2.1.d) En lo que respecta al tratamiento de las contravenciones se pueden formular las siguientes objeciones.-

3.2.1.d.1) Como vimos, sin mayores preámbulos que la esquemática referencia a la existencia de una discusión, el autor optó por la distinción substancial entre delitos y contravenciones; calificando ello como “la posición correcta”. Exponiendo luego su criterio en base al desarrollo de dos doctrinarios extranjeros.-

Sin lugar a dudas lo ha podido hacer, gracias a los previos desarrollos teóricos que le permitió afirmar en los puntos precedentes que el Derecho Penal contravencional a pesar de ser una rama del Derecho Penal Sustantivo, tenía diferencias sustanciales con las otras ramas. Como ya vimos esa diferencia no fue demostrada por el autor, por lo que aquí también en este punto resulta tautológica la fundamentación.-

3.2.1.d.2) La definición y caracterización del “Derecho Penal Contravencional” (cuyo empleo, en razón de su origen, será objeto de cuestionamiento en el punto siguiente) choca con la realidad normativa en la que estamos inmersos.-

Para demostrarlo, tomaré como ejemplo la ley provincial 8.031. Emulando la distinción dogmática entre ley y norma de Binding, o la iusfilosófica entre norma primaria y secundaria de Kelsen, abordaré la lectura de las descripciones típicas allí contenidas tratando de encontrar el mandato prohibitivo que las mismas encierran. Con la prohibición “al desnudo”, intentaré verificar si lo que se quiere evitar es la afectación de un derecho (“público” o “privado”) o el desarrollo de una actividad administrativa previamente reglada. Cumplido con tal procedimiento, advertí lo siguiente:

* Solo existe una sanción por no cumplir con las disposiciones administrativas, en los arts. 41, 42, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 58, 63, 74 (incisos “c”, “d”), 75, 78 al 89, 93 (incisos “a”, “b”, “d”), 94 (incisos “c” y “e”), 94 bis, 94 ter, 96. Sobre esta última disposición, por la pública y notoria explotación de esa actividad que realiza el Estado; aún cuando debería verificarse, entonces, si no constituye más bien una lesión a un derecho “social” (para usar la terminología de Nuñez).-

* En las conductas descritas por los artículos 38, 39, 40, 47, 52, 53, 54, 57 (particularmente, incisos “b” y “c”), 59, 61, 62, 64, 66, 68, 70, 74 (incisos “a” y “b”), 77, 92, 92bis, 93 (incisos “c”, “e”, “f”), 94 (inciso f), no se encuentra lesión alguna a la actividad administrativa (cualquiera fuere el objeto de la misma). Más bien se observa una puesta en peligro de bienes jurídicos; aunque, por cierto, con un menor grado de posibilidad de

concreta afectación.-

* Los artículos 35, 36, 37, 46, 47, 51, 54, 55, 56, 60, 65, 67, 69, 71, 72, 73, 76, 94 (incisos “a”, “b”, “d”) marcan una difusa zona intermedia. Puesto que amenazan bienes individuales o colectivos solo de una manera sumamente abstracta o potencial. Sin embargo, tampoco se oponen a una concreta actividad administrativa pública y notoriamente reglada en forma previa a la ley en estudio. Dichas disposiciones, se compadecen con lo que conceptualmente la dogmática especializada en el tema entiende por ejercicio del “poder de policía” en materia de “seguridad”, “moralidad” y “salubridad”. Aunque, justo es decirlo, dichas prohibiciones, si no fueran establecidas en cada una de las figuras señaladas quedarían en el ámbito de permisión que emana del art. 19 de la Constitución Nacional.-

Es por ello que respecto de este grupo puede concluirse que no entra en la categoría conceptual aludida por Nuñez. Pues, no están destinadas a sancionar la lesión a una actividad administrativa previamente pautaada por alguna otra disposición. Sino que, por el contrario, resulta ser la misma norma la que otorga derecho de actuación a Administración estatal, y es por este motivo que se sanciona.

A modo de ejemplo, si no existiera el artículo 46, de qué manera la policía podría ingresar en propiedad privada, secuestrar el animal salvaje e imponer una multa a su tenedor. En el mismo sentido, sin los artículos 55 y 56, el personal policial tampoco podría invadir el ámbito de intimidad de cualquier ciudadano para verificar sus pertenencias, si este no hubiere comenzado la ejecución de algún delito determinado. De qué otra manera se podría sancionar una práctica sexual entre personas del mismo sexo en un albergue transitorio, si no fuera a partir de lo dispuesto por el art. 69. O la de jugar a las cartas en las condiciones expuestas por el art. 73.-

Resulta particular la disposición del artículo 60, que sanciona lo que podríamos denominar un “incumplimiento contractual de bagatela”. Pues sin lugar a dudas, si no existiera para el pasajero la posibilidad de recurrir ante el policía más cercano al hecho para hacer cumplir el contrato de transporte, nadie se tomaría la molestia de reclamar civilmente el ínfimo perjuicio ocasionado por la conducta del conductor. Se advierte además, que esta descripción típica, carece de toda relación ontológica con lo que el autor ha denominado “Derecho Penal”, ocupándose de una cuestión tradicionalmente calificada como de “Derecho Civil”.-

Pero la cuestión contravencional tampoco es la única que demuestra estas imperfecciones. Dentro del propio Código Penal, por ejemplo, los artículos 205, 237, 238,

239, 240 y 243 castigan como delitos conductas que en realidad son ataques a la actividad administrativa estatal.-

3.2.1.d.3) Cuando descarta, como principio general, la imputación objetiva en las faltas fiscales incurre en generalización apresurada, pues ha partido de una sola disposición fiscal. Además, en tanto no se refiere en forma exhaustiva a dicho problema en todas las gamas de contravenciones incurre una ambigua omisión de tratamiento. Pues pareciera dar a entender dar a entender que en todas se respeta el principio “nulla poena sine culpa”.-

3.2.1.d.4) Cuando se refiere a que la autonomía del “derecho contravencional” resulta relativa en función de la “incompatibilidad” o “incongruencia” de sus disposiciones con las del derecho penal común (reseñado en “1.2.d”), incurre en el mismo vicio expuesto precedentemente.-

* En primer lugar, resulta confusa su exposición, pues de lo expuesto en página 25 no se sabe concretamente la extensión de la conclusión. La misma recién se completa en páginas 192/7, donde se advierte que la afirmación de que no existiría plena autonomía entre los derechos penal y contravencional se relativiza. Y ello se advierte no solo respecto de las contravenciones provinciales, sino respecto de aquellas que puede dictar el Congreso.-

* Respecto de las contravenciones provinciales, invoca una regla de interpretación: la “analogía”. Como se advierte, no se trata de ninguna regla de derecho penal que imperativamente ordene la extensión. Es más, la aplicación de dicha regla en el ámbito penal, incluso en la especie “bonis”, se encuentra sumamente discutida por los propios dogmáticos.-

Se advierte entonces, que la aplicación de las disposiciones generales del código penal dependería de dos condiciones: de la voluntad de los jueces provinciales y de la ausencia de previsión legal sobre el tema.-

Sin embargo, es en este aspecto donde se destaca con mayor vigor la autonomía de ambos derechos. Pues la conclusión que se sigue a sus enseñanzas, es que la legislación provincial no solo podría omitir la regulación de una regla general, sino que también podría regularla de manera opuesta a la forma en que lo ha hecho el Código Penal.-

Si esto puede ser hecho de esta manera, los dos principios fundamentales sobre los que ha asentado toda su exposición (diferencia sustancial entre delitos y contravenciones, y respeto de las autonomías provinciales en materia de

contravenciones), impedirían enmendar la discordancias que advirtiera el intérprete; aún por vía de la analogía invocada.-

Se advierte entonces que lo que se pretende hacer con dicho esquema, es establecer por la vía del “argumento de autoridad” una herramienta de neto corte interpretativo que permita corregir cualquier inconsistencia axiológica que se presente en la legislación provincial.-

* También merece objeciones, el argumento referido a la aplicación del artículo 4 del Código Penal en las contravenciones dictadas en las leyes “especiales” del Congreso (donde sustituye la palabra “delito” por la de “infracción”).-

En primer lugar, no es cierto que todas las infracciones punibles consignadas en las leyes especiales se llamen “delito”. Así, en las leyes 20.974 y 24.788 pueden encontrarse significativas diferencias entre las infracciones descriptas que permitirían clasificarlas según esta tradicional distinción. Pero existen otras leyes que específicamente incluyen la clasificación. Por ejemplo el Código Aduanero (ley 22.415) que en la Sección XII titulada “disposiciones penales”, incluye en el Título I a los “Delitos Aduaneros” y en el Título II a las “Infracciones Aduaneras” (que en el art. 892 equipara a las contravenciones). Por lo que, la circunstancia de que los denominados “delitos” del código penal y los de las leyes especiales, tenga la misma naturaleza jurídica –si es que ello pudiera demostrarse-, deja aún sin explicar la extensión a las “contravenciones”.-

En segundo lugar, la pretendida carencia de sentido de la interpretación literal de la expresión “delito”, tampoco es tal. Por cuanto aún puede advertirse coherencia a partir de la distinción constitucional establecida en el artículo 75 entre competencias de “derecho común” y de “legislación especial”. Si ambas legislaciones emanan de competencias, fundamentos y fines distintos, podría resultar lógico que por un criterio de economía legislativa se pretenda unificar la aplicación de principios generales si la legislación especial no dispone lo contrario.-

Independientemente de ello, la pretensión de coherencia legislativa, no demostraría la verdad de la conclusión, sino tan solo la redundancia o la inconveniencia de la norma. Se advierte entonces, el sentido correctivo de la observación; lo que evidencia la actividad encubierta de la dogmática que describe Nino

Lo mismo ocurre con el tercer argumento referido a la conveniencia práctica de la interpretación, pues el mismo resulta inatingente. Primero porque, aun cuando pudiera establecerse claramente la existencia de esa finalidad, la misma bien puede estar dirigida a los delitos (especiales y comunes) y no a las contravenciones. Segundo porque, de

todas formas, la conveniencia no conduce a demostrar la verdad de la conclusión, sino simplemente su ventaja. Y, en este terreno, en lugar de describir se está reformulando la norma.

La sustitución resulta sorprendente, porque se trata un tema que se relaciona con el capítulo donde se ocupa con sumo detenimiento de precisar la distinción entre “delito” y “contravención” a pesar de ser ambas infracciones punibles. Después de arduas disquisiciones teóricas con tal cometido, sustituye una clara opción del código por una de estas categorías, por otra expresión más vaga que no permitiría dar precisión a esa distinción. Tal vez por esa razón, sea de tan difícil comprensión el párrafo de la página 25, y la cuestión se aclare ciento setenta páginas más adelante, cuando es más difícil detectar la falta de coherencia del autor.-

* El motivo de la alteración interpretativa del artículo 4 y de la invocación de la analogía resulta evidente. Solo de esta manera el autor puede afirmar que las disposiciones del código penal se aplican a las contravenciones sin decir que una y otra son la misma cosa. En efecto si luego de afirmar que delito y contravención son infracciones ontológicamente distintas; encuentra que el artículo 4 solo indica la aplicación de las reglas generales del Código Penal a las distintas leyes que contengan delitos; no le queda otra alternativa que reconocer que esas disposiciones generales no rigen para las contravenciones. Pero si admite ello, se enfrenta al problema de que no podrían aplicarse todos los institutos y construcciones efectuados en las denominadas teorías “del delito” y “de la pena”, las que en general contienen verdaderos límites al poder punitivo del estado.-

3.2.1.e) Existen otros vicios de orden más bien genérico que se observan a lo largo de la exposición del tema.-

3.2.1.e.1) Asimila “explicación” con “teoría” del Derecho Penal sustantivo (pág. 13).-

Sin lugar a dudas, “explicación”, es un término con resonancia neutra, o que al menos indica mayor relación con la realidad. Pues suministra la idea de que la exposición subsiguiente importará un desarrollo tendiente a aclarar el entendimiento sobre un tema. Mientras que “teoría”, simboliza la exposición teórica o especulativa de carácter puramente racional independiente de toda aplicación. Con la primera se muestra “lo evidente”. Con la segunda, se hipotiza sobre cuestiones generalmente abstractas.-

3.2.1.e.2) Abusa del rótulo “científico” en sus desarrollos conceptuales. Así, por ejemplo, cuando critica la distinción entre crímenes y delitos (pág. 15), cuando sustenta la

distinción entre “delitos y contravenciones”, cuando critica el no respeto por parte de los legisladores del criterio ontológico para crear un “delito” (pág. 17).-

Evidentemente, la expresión está empleada con la intención de influir emotivamente en el lector del argumento generando la aprobación de la idea defendida o la desaprobación de la cuestionada, por la mera circunstancia de que la misma respete o no, determinadas pautas de actividad cognoscitivas socialmente vistas como valiosas.-

Pero lo que en ningún momento hace cuando emplea tales adjetivos, es demostrar a través de los procedimientos científicos tradicionales la verdad o falsedad de la conclusión tratada. Por el contrario, ya se ha visto –en forma rudimentaria por cierto- a lo largo de esta exposición que muchas de las afirmaciones dadas con respaldo “científico”, carecen de todo rigor y fundamento en dicha metodología.-

3.2.1.e.3) A pesar de reconocer la existencia de una discusión conceptual acerca de delitos y contravenciones, lo hace recién luego de haber expuesto en forma extensa su idea acerca de la existencia de un concepto de delito y contravención fundada en propiedades inmanentes de los mismos. Y que esa naturaleza ontológica de la distinción era lo que sustentaba las distintas clasificaciones con las que inició la exposición del tema. Y que la actitud expositiva emprendida observaba rigor “científico”.-

Obviamente, tal esquema predispone al lector inadvertido, a aceptar sin reservas la postura que previamente ha tomado el autor en esa discusión.-

A mi modo de ver, la referencia a la discusión no está orientada a informar y prevenir sobre el desarrollo que sigue, sino a obtener por parte del lector acuerdo con la postura desarrollada y, al mismo tiempo, rechazo de la opinión opuesta; esto último, por la mera contradicción con las razones favorables invocadas. Pues no puede perderse de vista, que la postura contraria no está desarrollada in extenso.-

De este modo, si se anuncia la existencia de dos campanas y se expone una sola de ellas, solo se pretende generar adhesión por la defendida, y rechazo en la criticada; pero de ningún modo importa el desarrollo objetivo y neutral del tema bajo análisis.-

3.2.2.- Las inconsecuencias de la exposición.-

Además de las objeciones expuestas precedentemente en “3.2.1”, se advierte tanto en el desarrollo de la exposición como en el cotejo de la misma con el resto de la obra un incumplimiento de muchas de las afirmaciones y principios que dice seguir.-

3.2.2.a) En “3.1.1.b” se reseñó la forma que separó del “Derecho Penal sustantivo”, a los derechos procesal y de ejecución penal, por exigir los mismos un estudio independiente.-

Sin embargo, en el Tomo II de la misma obra (# VIII, Título I, Capítulo I) se ocupa del “ejercicio de las acciones penales”. Con el mismo estilo expositivo ya descrito, elude los cuestionamientos de los dogmáticos procesales elaborando un concepto “material” de acción: es la “potestad de castigar en sí misma”. De esta manera legitima la inclusión de estos temas en su obra. Sin pretender entrar en la discusión sobre el tema, otro dogmático (Sebastián Soler, Tratado tomo II, # 73.I) critica esta definición afirmando que importa “confundir un concepto jurídico con el concepto político de imperio”; luego de lo cual elabora una definición más afín al derecho procesal agregando las razones por las cuales debe respetarse la regulación de los arts. 72/76, dentro del código penal como excepción. La observación y fundamento de Soler, que parecen razonables, nos muestra el rodeo que debió dar Nuñez para ser consecuente con sus principios; e indican que no todo lo procesal, queda fuera del ámbito de estudio de quien se aboca al denominado “Derecho Penal sustantivo”.-

Lo mismo ocurre en el # XII, Título II, Capítulo III denominado “Penas Privativas de Libertad”. Allí se ocupa del Decreto-ley 412 sobre ejecución de las penas privativas de libertad –pág. 377/92-. De haber sido fiel a la depuración inicial, debió haber omitido la inclusión de este punto.-

3.2.2.b) Como se ha reseñado en “3.1.1.c” afirma que se abocará al desarrollo de los principios que surgen del ordenamiento jurídico positivo; y que ello será aún en desmedro de lo que aconseje la pureza metódica de la ciencia jurídica. Sin embargo a lo largo de la exposición del tema ha violado dicha regla en, al menos, los siguientes casos:

* En las definiciones de “delitos” y contravenciones”. Sustenta la primera en las categorías dogmáticas “derecho natural” y “derecho social”, de ambigua relación con específicas normas del ordenamiento jurídico. La segunda, la apoya en las elaboraciones de dos dogmáticos extranjeros que expusieron sus ideas en sus respectivos países (Carmignani y Goldschmidt).-

* Cuando afirma como principio que los delitos solo deben proteger un daño efectivo en el bien jurídico o una puesta en peligro real (reseñado en “3.1.2.a.1), lo hace dos veces. Primero, cuando invoca a Carrara en apoyo de dicha afirmación. Segundo, cuando reconoce que los legisladores no respetan ese principio. Si esto último es así, hace caer por su propio peso la afirmación inicial, por cuanto demuestra su falsedad en relación a la tarea que afirma realizar.-

La segunda contradicción sólo se entiende, cuando se repara en el fin encubierto de toda obra dogmática: reformular el ordenamiento jurídico que afirma describir,

proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos. En efecto, se invocan razones ontológicas y de método científico para objetar la actividad legislativa; ejerciendo un argumento de autoridad para limitarla: la puesta en peligro de bienes jurídicos en forma abstracta no puede constituir una figura delictiva sino tan solo contravencional. Al mismo tiempo, subliminalmente constituye una respuesta a la crítica que se le puede formular a su concepción. Que existan esta clase de delitos en el Código Penal, no desmiente la teoría expuesta, porque tal legislación constituye una extralimitación del legislador y una falta de respeto a las conclusiones científicas. Aquí ciencia no es invocada como “método” de conocimiento, sino como “fuente mágica de producción” del mismo.-

* Cuando recurre a las “ideas de administración y disciplina” para completar el fundamento para distinguir el “Derecho Penal Sustantivo” en ramas (reseñado en “3.1.1.d”). Como se dijo “3.2.1.b.2”, por cuanto, necesariamente se deben relacionar con principios elaborados por dogmáticos del área del “Derecho Administrativo”.-

* Cuando invoca de manera insuficiente la normativa constitucional en la distinción del “Derecho Penal Sustantivo”. Descrita y demostrada en “3.2.1.b.2”.-

* Cuando critica la concepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al criterio para distinguir entre delitos y contravenciones (reseñado en “3.1.2.a.2”) y sobre la interpretación de los alcances del artículo 4 del Código Penal (reseñado en “3.1.2.d”). Evidentemente, tal referencia no tiene relación con los principios abstractos del derecho positivo que prometió desarrollar.-

Ahora bien, si dicha referencia se debe a la intención de exponer el criterio interpretativo jurisprudencial sobre los principios que está desarrollando, su propia mención lo desautoriza: está diciendo que lo que él afirma no es compartido por quienes aplican el derecho; ya que, se supone, que los jueces representan la máxima autoridad para interpretar el derecho (ya sabemos que en verdad eso no ocurre en la Tradición Jurídica a la que pertenecemos

Si quienes resultan encargados de aplicar la ley no comparten sus conclusiones, ¿para qué exponerlas?. Nuevamente, sólo se advierte una respuesta: la finalidad subyacente de la dogmática de reformulación del orden jurídico en el que se inserta.-

3.2.2.c) La referencia a la importancia “jurídico política” de la distinción entre delitos y contravenciones (reseñado en “3.1.2.f”), tampoco tendría cabida en una exposición explicativa de los principios del derecho positivo, sino que se relación con la

finalidad encubierta que pretende cumplir la dogmática.-

3.2.3.- Los problemas que encubre.-

3.2.3.a) A mi modo de ver, Nuñez intenta dar respuesta a dos problemas que considera fundamentales desde su particular visión ideológica acerca de los fundamentos y fines que deber tener el ordenamiento jurídico.-

3.2.3.a.1) En este sentido, por un lado intenta delimitar el ámbito de competencia que corresponden a Nación y Provincias en materia de sanciones represivas, de modo tal que se respete la soberanía de la primera y las autonomías de las segundas. Por el otro, también intenta poner un límite a las potestades provinciales; a los efectos de que por medio de las mismas no se anule el ámbito de libertad que queda entre cada tipo incluido en el Código Penal.-

3.2.3.a.2) Dicho objetivo sin embargo, no se encuentra debidamente explicitado, y se disfraza con la estructura expositiva empleada. Pues utiliza, como herramienta, la arquitectura conceptual que deriva de la definición de Derecho Penal; la que interrelaciona, a los mismos fines, con la histórica clasificación dogmática sobre las infracciones punibles.-

Ello resultaba absolutamente innecesario si se lo coteja con los objetivos de la obra que había anunciado (explicar el derecho positivo referido a los delitos). Pero resulta consecuencia necesaria e ineludible de la actitud –si se quiere- “ontológica” de un dogmático: no dejar ningún concepto suelto y sin relacionar con los restantes, de modo tal que todos se integren en un sistema perfecto, lógico y armónico de definiciones, principios y consecuencias.-

3.2.3.a.3) Evidentemente, la única manera de unir el tema de las potestades provinciales en materia punitiva con el respeto al sistema de “ilicitudes discontinuas” emanado del Código Penal, era a través del tratamiento de las “contravenciones”, pues este tipo de infracciones son las que tradicionalmente se adjudican a las provincias. A su vez la única posibilidad que tenía el autor de tratar el tema de las contravenciones dentro de una obra que tratara sobre los “delitos”, era traer a cuento la clasificación dogmática de infracciones punibles. Y ello solo lo podía hacer en el marco de la definición de Derecho Penal.-

Si como él afirma se va a encarar solo del estudio del Derecho Positivo y, dentro del mismo, de aquél derecho que comprenda las infracciones calificadas bajo la categoría “delito”, no existía ninguna necesidad de abordar toda la problemática referida a las contravenciones (su caracterización, su fuente de producción, los límites que se pueden

imponer a su respecto). Le hubiera bastado decir -como hizo con el “Derecho Procesal Penal” y el “Derecho de Ejecución Penal”- que, por no corresponder a la previa delimitación formulada, lo dejaba para un estudio independiente; ocupándose, de allí en adelante, de establecer los principios jurídicos emanados del Código Penal.-

3.2.3.a.4) Para desarrollar tales límites, tuvo establecer la distinción ontológica entre “delitos” y “contravenciones”. Pero al llegar a este punto se presentaron nuevos problemas tanto desde el lado de las contravenciones como de los delitos.-

* Desde el punto de vista de las contravenciones, si éstas y los delitos son cosas distintas, la totalidad de categorías conceptuales elaboradas en torno a la definición “delito” (que cumplen una función verdaderamente garantista de la libertad frente al poder represivo del Estado), no son aplicables a la primera.-

Ello, sin duda, fue considerado disvalioso por el autor, atento a las graves consecuencias para el patrimonio y la libertad individual que pueden surgir de la imposición de una sanción contravencional. De allí que pretendió solucionar este segundo inconveniente estableciendo una generalización apresurada en lo que respecta al principio de culpabilidad (reseñado en “3.2.1.d.3”) y haciendo una interpretación extensiva del artículo 4 del Código Penal (reseñado en “3.2.1.d.4”).-

Sin embargo, como ya se vio, la solución aparente a ese problema, dejó al descubierto otros sobre los que no se intentó aportar remedio alguno que pueden ser descriptos de la siguiente manera: (1) resulta dudoso afirmar “a priori” que en todas las leyes contravencionales existentes en el país se respete el principio de culpabilidad, y (2) al menos desde la concepción de Nuñez, no puede afirmarse la aplicación del artículo 4 del Código Penal en el ámbito de una contravención provincial si ésta no lo declara expresamente.-

* Desde el punto de vista de los delitos no tiene forma de explicar la existencia de figuras que sancionen meras puestas de peligro abstracto de bienes jurídicos, mas que echándole la culpa a la falta de rigor científico del legislador.-

Sin embargo, resulta absolutamente claro que en materia jurídica dicho reproche es absolutamente improcedente. Pues el legislador se ocupa de la praxis y el dogmático del estudio de tal “praxis” por la vía del método “científico”.-

A modo de cotejo, y ya que los dogmáticos gustan tanto de las asimilaciones con los métodos de las ciencias naturales, equiparemos la respuesta dada sobre el punto con la siguiente dada por un biólogo frente al nacimiento de un bebé con una mal formación: no es humano porque la Naturaleza no respetó los principios científicos sobre la

conformación cromosómica y posterior evolución genética que permite el desarrollo orgánico del feto hasta lograr su madurez en forma normal. Sin dudas trataríamos a ese reproche “científico” de absurdo. A mi modo de ver, el reproche que hace el dogmático sobre la falta de cientificismo del legislador guarda la misma relación.-

3.2.3.b) Por inmiscuir el conflicto precedente dentro de la Definición de “Derecho Penal”, en el camino tuvo que abordar la solución de otro de naturaleza iusfilosófica: la disputa con la escuela del positivismo criminológico. De allí la elección del adjetivo “penal” en lugar de “criminal”, y las críticas a las definiciones de Ingenieros, Ferri y Dorado Montero en página 10.-

III.- CONCLUSIÓN.

1.- Se advierte de la exposición que se ha hecho de cada uno de los autores, que ninguno ha logrado sustentar su concepto de “contravención” sobre una base legal.-

Por el contrario, pese al esfuerzo realizado, todos han incurrido en el mismo vicio: realizaron una construcción teórica abstracta que importó básicamente una tarea de ampliación de las escasas disposiciones legales sobre las que afirmaron partir. Todo ello, claro está, sin anunciarlo, efectuando una verdadera tarea de reformulación de este aspecto del plexo jurídico.-

2.- A nuestro modo de ver el problema subyacente al de la diferencia entre delitos y contravenciones que los tres autores han intentado solucionar, es el referido al reparto de competencias entre Nación y Provincias, en lo que hace a la facultad de establecer restricciones al ámbito de libertad individual.-

Como ya se ha esbozado precedentemente -y profundizaremos de aquí en adelante- veremos que de la lectura del texto constitucional surgen verdaderas lagunas y vaguedades en torno a la delimitación de estas competencias.-

El criterio general expuesto por los autores abordados, surge a partir del texto de los siguientes artículos de la Constitución Nacional: 1, 5, 41, 42, 75 (incisos 1, 2, 10, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 23, 27 y 30), 121, 123, 125 y 126. Aún cuando los autores han desarrollado sus ideas sobre el texto original, la reforma del año 1.994 que ha incorporado nuevos textos y retocado algunos de los ya existentes, no ha variado sustancialmente la cuestión. Por lo que no existe inconveniente en citar a la nueva nomenclatura.-

Como vimos, a partir de ello, la dogmática “especializada” tanto en temas “penales” como “constitucionales” afirma que las provincias han delegado en el Congreso Nacional el dictado del “Código Penal”. Y, desconociendo la vaguedad de la expresión -

cuyo connotado no está precisado-, pretenden con ello solucionar la cuestión.-

A su vez, si se consulta la dogmática tanto “constitucional” como “administrativista”, se advierte que se aborda el problema a partir de lo que denominan “ejercicio del poder de policía”. Luego, establecen una serie de clasificaciones (salubridad, moralidad, seguridad, higiene, prosperidad, etc.), y se encargan de describir conceptualmente en que consisten todas esas actividades permitidas al Estado en desmedro de la libertad individual. Finalizando con una delimitación entre Nación y Provincia, respecto al campo en el que pueden actuar cada una sin interferir en la otra.

Sin embargo, como también ya fue advertido, los textos constitucionales sobre los que se apoyan dichos conceptos y clasificaciones, carecen de la precisión que pretenden darle. Negándose, una vez más, la vaguedad con que dichos textos han sido redactados e intentando solucionar las superposiciones que surgen de los mismos (para dar un ejemplo, recordemos el texto de los artículos 75 inciso 18 y 125 de la Constitución Nacional).-

Para ser claros, de ninguna parte de la Constitución Nacional surge expresamente que las provincias pueden encargarse de establecer regulaciones en materias tan abstractas como son la “moralidad”, el “orden”, la “salubridad”, la “higiene”, el “bienestar común”. Dichas expresiones no aparecen consagradas textualmente en la misma. Pero, ese no es el único problema. Dichas expresiones resultan ser palabras “de clase” que poseen denotado y connotado sumamente imprecisos. Pues no sólo cuesta describir las propiedades que reúne, sino que además resulta imposible establecer en forma nítida el conjunto de actos que puede llegar a abarcar. Resultan ser, pues, expresiones que encierran una textura abierta.-

Por lo expuesto, la tarea realizada por los autores mencionados importa una construcción artificial cuya vinculación con los textos constitucionales es cuanto menos opinable.

Claramente se advierte que no se pueden evaluar sus conclusiones en base a criterios de verdad o falsedad. Simplemente, se puede aceptar o rechazar las mismas pero sobre bases ideológicas que importan una toma de posición sobre el ámbito de poder que pueden ejercer la Nación y las provincias, la interferencia que puede ejercer la actividad estatal en el ámbito de las libertades individuales. Pero ello no es más que una actitud respecto de la ley

3.- Entendemos que los autores debieran haber desarrollado otra estrategia de trabajo en la que se cumplieran los siguientes pasos:

- a) Plantear claramente el problema que se intentaba resolver. A nuestro modo de ver el límite que debe existir entre Nación y Provincia respecto de la potestad de restringir el ámbito de libertad individual.
- b) Reconocer las deficiencias semánticas y sintácticas de los textos constitucionales, describiendo sus lagunas, vaguedades, redundancias, inconsistencias, etc. Con relación al tema tratado, efectuar tal procedimiento sobre la normativa constitucional mencionada en el punto precedente.
- c) Enunciar claramente las herramientas conceptuales con las que se pretenderá responder al problema enunciado. En el caso, que va emplear la tradicional clasificación de infracciones punibles en delitos y contravenciones.
- d) La solución del problema detectado como derivación de las herramientas utilizadas.
- e) Aclarar la particular toma de posición filosófica y política sobre el problema para advertir al lector la incidencia que ello pudo haber tenido en el desarrollo de la exposición y en las conclusiones a las que se arribó.
- f) Aclarar, también, que ello es solo una visión del problema frente a otras alternativas de interpretación posible.-

IV.- BIBLIOGRAFÍA.

- * Bielsa, Rafael (1964) "Derecho Administrativo" Sexta Edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, pág. 393 y siguientes.-
- * Bielsa, Rafael (1965) "Derecho Administrativo" Sexta Edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo IV.-
- * Carrió, Genaro R. (1994) "Notas sobre Derecho y Lenguaje", Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.
- * Copi, Irving M. (1980) "Introducción a la Lógica", Vigésimo primera Edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- * Dromi, Roberto (2000) "Derecho Administrativo", Octava Edición, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina.
- * Gordillo, Agustín (2000) "Tratado de Derecho Administrativo", Cuarta Edición, Buenos Aires. Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. V.1 y sigs.
- * Nino, Carlos Santiago (1988), "Introducción al análisis del derecho", Segunda Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, pág. 245 y sigs.
- *Núñez, Ricardo C. (1987) "Tratado de Derecho Penal", Segunda Edición (segunda reimpresión), Córdoba, Editorial Marcos Lerner, Tomos I y II.

* Soler, Sebastián (1987), "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires. Ed. Tea. T. I, pág. 291 y sigs.-

Garrido Fallo, Fernando, Las Transformaciones del régimen administrativo, Madrid, 1952, pag. 111 Citado por Agustín Gordillo en la obra que se está analizando.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VII voz "derecho natural" por Ernesto Eduardo Borga –en particular nº 28 y 29, pág. 871/5-

Garófalo, R. "La Criminología" –Madrid, D. Morro, 1.912-, Capítulo Primero "El Delito Natural" pág. 1/54.-

Nino, Carlos S. "Introducción al análisis del Derecho" Ed. Astrea, 1988, Capítulo VI, en particular páginas 328/333.-

Merriman John Henry Merryman "La Tradición Jurídica Romano-Canónica" –Ed. Fondo de Cultura Económica- Caps. VI y IX.-

Nino, Carlos Santiago, obra citada , pág. 322. Copi, Irving Introducción a la Lógica – EUDEBA-, pág. 67 y sigs.-