

DELITOS Y CONTRAVENCIONES

POR DR. JUVY LAJE ANAYA

La historia enseña que las infracciones penales han sido clasificadas en Crímenes, Delitos y Contravenciones. De acuerdo con el criterio sustentado por los escritores italianos (Julio Claro), los juristas sajones del siglo XVII —y especialmente Carpov—, hicieron una tripartición de los delitos: *delicta atrocissima*, conminados con pena de muerte agravada; *atrocitas* y *levia*, la que se mantuvo hasta el *Codex Bavaricus* de 1751 y la *Theresiana* de 1768, pero perdió su razón de ser al desaparecer posesionemente las penas corporales y de muerte. La época de las luces distinguió entre "crímenes", que se dirigían contra los derechos naturales (vida, libertad, etc.); "delitos" que afectaban solamente los derechos nacidos del contrato social (propiedad, etc.) y simples contravenciones de policía (1).

La clasificación actual que mantienen algunos códigos, en crímenes delitos y contravenciones (2), se remonta a la seguida por Francia desde 1791 y luego trasladada al Código de 1810 a objeto de fijar la competencia según los casos a los Tribunales de Juizados, a las cámaras de justicia penal y a los jueces individuales, según se tratara de juzgar un hecho que por ley misma estaba clasificado como crimen, delito o contravención.

Esta idea legislativa pasó a los demás países europeos, y se vio reflejada en el Código Penal de Baviera de 1813 y 1861. Prusia instaló esta clasificación en el Código de 1851 y de aquí pasó al Código Penal para el Reich Alemán de 1871. El moderno Código Penal para la República Federal Alemana (1953) establece: "Una acción conminada con reclusión o encierro por más de cinco años, es un crimen".

"Una acción conminada con encierro hasta cinco años, con prisión o con pena pecuniaria superior a ciento cincuenta marcos alemanes o simplemente pena pecuniaria, es un delito. Una acción conminada con arresto o con pena pecuniaria hasta ciento cincuenta marcos, es una contravención" (3).

1. Meyer, Eduard: *Derecho Penal, Parte General*, pág. 97.

2. Código Francés, Alemán, Chileno, Dominicano, etc.

3. Transcripción por Meyer, *Op. cit.*, pág. 97.

En nuestro país se advierte esa clasificación en el Proyecto de Tejedor, que divide los delitos en graves o crimenes, en menos graves o simplemente delitos y en contravenciones. Este sistema no estaba contemplado en el Código de 1886 tampoco lo está en el actual.

La biparticipación en crímenes y delitos no obedece en las legislaciones positivas a una diferencia de naturaleza de los hechos sino a la mayor o menor gravedad de la infracción, de acuerdo con la apreciación legislativa (*). Como la cantidad de la pena la establece el legislador según la gravedad o peligro del acto, el criterio definitorio de la distinción se encuentra en la gravedad del daño como peligro o gravedad potencial del acto. Tales principios no son los que la ciencia exige porque no hacen más que enturbiar la cuestión por manifiesto desorden y confusión que llevan aparejados (**). La pena no pertenece a la esencia del hecho, es algo externo a él. En tal sentido es accidental, por oposición a esencial. Podrá castigar el legislador con la misma pena al autor de la transgresión (contravención) o del delito, pero no podrá hacer que el delito se transforme en transgresión y viceversa, por que lo accidental externo de la pena no vale para mudar los caracteres esenciales del hecho (**).

El sistema de la bipartición así fundado, no es un criterio científico, pues no determina un principio que proporcione con uniformidad y certeza la regla para establecer en general y en cada caso, la relativa gravedad y el verdadero carácter de la infracción. No sólo no permite conocer los rasgos permanentes del crimen frente al delito, sino que prácticamente, en un caso concreto, podrá resultar que lo que legislativamente es un crimen, posea menos elementos de gravedad y reprobación que lo que es un delito (**).

De acuerdo con el criterio señalado, nunca podrá afirmarse con seguridad que el homicidio es un crimen o el hurto un delito, porque según los casos, cualquier infracción puede ser una o otra cosa (**).

Es necesario llegar a la conclusión, entonces, que debe ser rechazada la clásica división de las infracciones en crímenes delitos y contravenciones por no ajustarse a una exigencia científica sino por lo contrario, por fundarse en una idea empírica y relativa, cual es la voluntad legislador reflejada en la norma jurídica. Por otra parte, la distinción va perdiendo terreno científica y legislativamente, en favor de la bipartita compuesta por delitos y contravenciones (**), que es en definitiva la que se debe aceptar por ajustarse a las exigencias de la ciencia Penal.

* Núñez, Ricardo C.: *Derecho Penal Argentino*, tomo I, pág. 15.

** Carrara, F.: *Opuscoli*, vol. III, pág. 601-604.

** Carrara, F.: *Ob. cit.*, vol. II, pág. 336.

** Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, pág. 15.

** Carrara, F.: *Programa de D. Criminal*, Nº 1080.

** Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, pág. 16.

Diferencia entre los delitos y las contravenciones

Aceptada la conclusión que las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones, será menester ahora estudiar estos dos casos. Por ello, pensamos que caben algunas preguntas fundamentales. ¿Qué es delito? ¿Qué es una contravención? ¿Cuál o cuales son las razones para llevar a una u otra categoría los hechos humanos? En otras palabras ¿Qué bienes o intereses son los protegidos por el delito, y cuales por la contravención? En su caso, ¿hay diferencia entre el delito y la contravención? ¿de qué tipo es esa diferencia, si es que la hay?

Adelantamos decir que el tema es delicado y complejo y que no es reciente. Por el contrario, ha sido y es discutido por los autores y podemos decir que aún hoy, no hay pacificación en la doctrina sobre el particular. Con esta advertencia, trataremos de exponer las principales teorías más destacadas, para luego tomar posición por la que creemos, es la que debe pelear sobre las demás.

Diversas teorías

Algunos autores reduciendo el problema a la confrontación de los delitos con las contravenciones o transgresiones de carácter policial (las llamadas entre nosotros faltas), piensan que entre ellas y los delitos no existe una diferencia de naturaleza sino de medida de gravedad de la infracción, la que depende totalmente de la pena impuesta por el legislador. Las contravenciones son, para los que piensan de esta manera, pequeños delitos, y el derecho referente a ellas, lo consideran un derecho penal de "bagatelas". La mayoría de los autores niegan que el delito y la falta tengan distinta naturaleza y sólo admiten una diferencia formal y externa de los hechos en sí. Entre el delito y la contravención, sólo existiría una diferencia de grado.

La otra doctrina —que consideramos la acertada—, representada por la Escuela Toscana y actualmente por Ricardo C. Núñez entre nosotros, advierte que entre delito y contravención existe una diferencia esencial y no simplemente de grado. La distinción para esta tesis tiene un carácter ontológico. La misma apunta a la esencia de los crímenes y no solamente a la mayor o menor gravedad de la pena impuesta por el legislador.

No se puede negar que la vida práctica nos permite advertir notables diferencias en el delito y la contravención. Al delito y al delincuente los tenemos. Los tenemos porque nos pueden dañar de inmediato en nuestro círculo de derechos individuales o sociales. Con la contravención, cuando se tiene la intención de no confundir los campos, nos pasa psicológicamente otra cosa: ella y el contraventor nos molestan. Nos molesta el borracho escandaloso, la casa de juego abierta al público sin control de ninguna

¹⁰ Núñez, Ricardo C.: *Op. cit.*, pág. 19, nota 31.

naturales, el mendigo exigente y, a los que tenemos un concepto razonable de la vida, nos molesta el curandero (13). Pero no sólo de la observación pletórica se llega a establecer la diferencia sustancial entre el delito y la contravención. Esta es sólo una observación que nos suministra la psicología, individual o social. Para el jurista debe existir otra razón que lo lleve a demostrar la existencia de la diversa naturaleza entre estos dos actos. ¿Cuál es entonces el punto de partida en esta cuestión?

Para Carrara, la distinción fundamental reside en el ámbito de los derechos del individuo frente a la órbita de la administración (14). Concebido el delito como un ente jurídico, su objeto es el derecho al cual la ley le ha acordado su tutela mediante una prohibición y una sanción (15). Lo que se protege es el goce de los derechos dentro de los límites de lo justo (16). Esos derechos no son solamente los que corresponden al ciudadano como individuo (derecho a la vida, a la integridad corporal, a su honor, propiedad, etc.), sino también los que le corresponden como integrante del núcleo social, como el derecho que le asiste a la incolumidad del orden público, que no se le perturbe la seguridad de la nación o se oponga contra los poderes públicos ni el orden constitucional, que se proteja la salud de los ciudadanos, o la administración pública a fin que sus funciones se desarrollen con normalidad y corrección, etc. (derechos sociales). Pero se trata de derechos naturales o sociales, el derecho en definitiva no pertenece más que a los individuos. La sociedad no tiene otros derechos que aquellos que nacen del deber que le incumbe de proteger los derechos de los individuos. La sociedad no tiene otros derechos que aquellos que nacen del deber que le incumbe de proteger los derechos de los individuos (18). De lo dicho, resulta claro que los delitos son, desde el punto de vista jurídico, infracciones a la seguridad de los derechos naturales y sociales de los individuos. Sociológicamente, son hechos reprobados por el sentimiento social, porque si a veces no dañan efectivamente, siempre son el resultado del dolo o de la culpa (19). Aquí está el camino verdadero para la distinción entre los delitos y las contravenciones. El delito pone en juego nuestros derechos, la contravención, intereses vinculados a la administración (17). James Goldschmidt, que sigue a la escuela Toscana, advierte que el delito es una violación de la seguridad de nuestros derechos. A la contravención la liga al campo del derecho administrativo. La contravención tiene para Goldschmidt carácter administrativo,

13 Nizkor, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 13-15.

14 Carrara de las *Lecciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*. Instituto de Derecho Penal, Nº 30, Boletín IV, 1959, pág. 16.

15 Carrara: *Programa*, Nº 42.

16 Carrara: *Programa*, Vol. I, Prelegaciones, pág. 17.

17 Carrara, *Programa*, Nº 27.

18 Nizkor, Ob. cit., tomo I, pág. 17.

19 Nizkor, Ricardo C.: *Ibid.*, pág. 18.

porque viola el interés que la administración tiene en que todos los gobernados cooperen con ella en su tarea de protegerlos y ayudarlos para que se desenvuelvan pacíficamente en sus derechos en un ambiente de prosperidad o bienestar social (18). Carochini dice que en donde impera el derecho desaparece la guerra y en su lugar entra el delito (19). La guerra entre los individuos ha pasado a ser un delito y ésta es la invasión del dominio ajeno. Agrega finalmente que se castigan actos que no tienen una naturaleza (20) de verdadera inmoralidad, pero que sin embargo, son, o pueden ser nocivos a la convivencia social, los cuales toman el nombre de contravenciones (21).

En definitiva entonces, no puede ser delito un hecho que no presenta una agresión al derecho ajeno. Para que el autor de un hecho doloso o culposo se le pueda reprochar haber violado malicia o imprudentemente la ley, se requiere que el derecho de alguien, por causa de ese hecho, sufra un daño o un peligro real (22). Si el peligro es simplemente temido o esperado no se podrá decir que haya sido atacada la seguridad de los derechos y el hecho deberá quedar en el campo de los actos preparatorios del delito, aunque, por otro lado, pueda penetrar en el ámbito de las contravenciones a la actividad preservadora o policial de la administración (23).

Nuestra seguridad jurídica comienza y termina en el ámbito de nuestros derechos individuales y sociales, los cuales representan la única forma de protección social que tenemos nosotros en el campo jurídico. Donde no hay un derecho, no hay un interés penalmente protegido. El derecho penal que protege con sus sanciones otra cosa que nuestros derechos, es injusto porque carece de sustancia jurídica real y causa alarma sin beneficio alguno para los gobernados (24).

La contravención es algo distinto. Mira hacia la administración como sujeto interesado en que los derechos individuales y sociales se realicen en orden, seguridad, salubridad, cultura, decoro, etc., y se mueve en consecuencia en el ámbito de la vida social jurídica de cada localidad, y se emplea a las características de ella en cada tiempo y lugar. La acción contravencional se desenvuelve, refiriéndose a la protección de la propiedad, actuando: a) sobre posibles delincuentes (malvivientes, vagos sospechosos, etc.); b) sobre los medios o instrumentos delictivos: fabricación o posesión injustificada de instrumentos o medios delictivos; y c) sobre las causas incitadoras de la

18 Núñez, Ricardo C.: *Temas...*, pág. 19.

19 Carochini, F.: *Cómo nace el Derecho*, pág. 33-34.

20 El sobrepago es suero.

21 Carochini, Ob. cit., pág. 38.

22 Carras, *Opusculi*, Vol. II, pág. 104.

23 Núñez, Ricardo C.: Ob. cit., tomo I, pág. 17.

24 Núñez, Ricardo C.: *Temas...*, pág. 20.

delincuencia: omisión de los medios de contralor en las casa de compra venta y empeño de objetos.

Cuando se castiga a un *petateo* o un *malviviente* con un simple arresto o una multa, se pierde la verdadera miles jurídica si, para criticar la benignidad de la sanción, ese individuo es mirado como ladrón o homicida y se lo vea como tal. Ese tema está bajo el resguardo de la sanción delictiva reservada para el ladrón y el homicida. Pero mientras el *petateo* y el *malviviente* no hayan caído en el delito, también se puede pensar que no incurrirán en él y si se lo castiga como delincuente se corre el riesgo de adelantar la pena y castigar simples conductas que no caen ni siquiera en la esfera de los actos preparatorios del delito (¹⁴).

La proyección a través de los delitos es una función penal, la que se opera por medio de los contravenciones es una función de buen gobierno (¹⁵). La función de buen gobierno puede estar determinada por la utilidad o por la necesidad. Ella sanciona a veces hechos inocuos. La función penal presupone siempre una intención reprochable. Vale decir, un hecho que sea moralmente imparable a su autor a título de dolo o culpa. Se castiga al infractor por su intención malvada. En la transgresión se buscará inculcamente el dolo o la perversidad de la intención: lo mismo en lo que respecta al grado de imprudencia. Basta el hecho para que el sujeto se haga pasible de la pena. (¹⁶).

La punibilidad de las contravenciones se apoya jurídicamente de manera exclusiva en el punto de vista objetivo de la oposición a la acción a la regularidad usual de la actividad administrativa del más digno orden (¹⁷).

Estamos en condiciones aquí de llegar a algunas conclusiones, las que nos permitirán luego desarrollar otros tópicos referidos concretamente a nuestro país. Las mismas son:

- 1º) La existencia de dos entes que son: El delito y la contravención.
- 2º) Que existe una diferencia entre el delito y la contravención.
- 3º) Que esa diferencia es sustancial, y no simplemente de grado.

Funciones legislativo

Refiriéndonos concretamente a las contravenciones, es dado observar que en la legislación que ha tenido vigencia en nuestro país, se han sancionado hechos a los que hoy les llamamos contravenciones. Es interesante cómo, desde la época de la Colonia, los diferentes cuerpos legales han contenido prohibi-

¹⁴ Núñez, Ricardo C.: *Idea*, pág. 21-22.

¹⁵ Carrara, *Feltrina*, Prolegómenos, pág. 17.

¹⁶ Carrara, *Opuscoli*, vol. II, pág. 346.

¹⁷Núñez, Ricardo C.: *Ob. cit.*, tomo I, nota 67, pág. 23.

ciones expresas bajo pena de castigos a veces sumamente rudos. Queremos resaltar que en las leyes de la colonia, y en los decretos o bandos dictados por los gobiernos patrios, ni siquiera aparece la tripartición en crímenes, delitos o contravenciones. Las acciones que hoy reciben el nombre de delitos o contravenciones, imponían a la ley represiva sin ninguna calificación y, a veces nos encontramos con que la misma autoridad, y en una misma ley, castiga, sea en forma equivalente o proporcionada, dos acciones que por naturaleza, hoy reciben el nombre de delitos o contravenciones. Eso es explicable si se tiene en cuenta la época en que tales disposiciones fueron elaboradas. Solamente nos referimos a las disposiciones de:

Nueva Recopilación, Libro 8 Título III: castigaba a los herejes, reconciliados, adivinos, hechiceros y agoreros.

Leyes de Partida: Solamente se encuentran algunas disposiciones aisladas, las que, en general, concuerdan con las previstas por la *Recopilación*.

Durante la Colonia, los gobernadores dictaron bandos, ordenanzas y decretos, de los cuales encontramos uno dictado en 1598 por el Gobernador Hernando Arias. En él se reprime a quienes se embriagaban bebiendo vino demasiado, haciendo juerga y corrillos en casas de la ciudad y chacras, sentándose por costumbre. El bando condenaba los infractores al destierro perpetuo, y al que se hallare ebrio en la calle, a que lo subieran a un caballo flaco, las manos atadas y los pies también atados y desahado de la cintura para arriba y le dieran doscientos azotes por las calles de la ciudad con voz de peregonero, manifestando su deshonra para que sea pública su infamia (28). Otro bando fecha 20 de setiembre de 1770, castigaba a los que usaran armas prohibidas (29).

Derecho patrio

En la legislación que los gobiernos de la revolución dictaron, encontramos un decreto de fecha 6 de noviembre de 1811, el que se hace mención de los que componen o tomanen a empeño vestuario de los soldados. El edicto expresa que siendo repetidos los hechos que se advierten en las pulperías y casas de abasto, relativos a comprar y recibir empujadas las prendas de vestuario de los soldados de la guarnición, sin que hayan pasado a conocerlos las ordenanzas expedidas sobre el particular, y a fin de hacer cesar el perjudicial abuso, se hace saber al pulpero que, en caso de recibir en compra o empeño alguna prenda de la ganse de tropa, se le exigirán doscientos pesos de multa y se le peñara de tener casa de arca, condenándolo por su vez y en equidad, a cien pesos de multa.

28 Méromo, Rodolfo (h.): *El Código Penal y sus antecedentes*, tomo I, p. 31.

29 Méromo Rodolfo (h.): *Op. cit.*, pág. 31.

Con fecha 11 de marzo de 1812, se dicta un bando que castiga el juego y el uso de armas prohibidas.

El Gobernador Intendente de la Ciudad de Buenos Aires, dictó un bando sobre policía de campaña que contiene una serie de disposiciones sobre vagancia. El Director Pueyrredón, con fecha 19 de agosto de 1816, dictó un bando referente a los juegos perjudiciales que con tanto escándalo se suscitaban en la ciudad en detrimento de *la moralidad pública, de la tranquilidad y reposo de las familias y de la regularidad de las fortunas particulares* (81), y deseando vivamente ocurrir al extirpamiento de este pernicioso principio de tantos excesos y vicios por el cual se degradan los ciudadanos hasta perder el honor y manchar el brillo de sus peculiares carreras confundiendo los con la gente perdida. A renglón seguido, se establecen las penalidades. Las mismas están dirigidas a los particulares que se encontrasen jugando. Si éstos fueren pedientes, la pena es la de multa, si no, la de servicio en el ejército. A los jugadores profesionales se les destinará al ejército, y a los milloneros se los reprenderá seriamente y se tendrá presente el hecho a los efectos del ascenso. Además se les aplicará arresto y privación de empleo (82).

El Brigadier Rondeau, en julio de 1818, en su carácter de gobernador Intendente de la Provincia de Buenos Aires, dictó un extenso bando sobre policía, el que comienza una serie de disposiciones que castigan diversas faltas. Dicho bando tiene 48 artículos en los que se tratan sobre juegos, armas, vagancia etc., la ley de 1811, dictada bajo el gobierno de Martín Rodríguez, prohibió el uso de armas y señaló las penas excepcionales para el uso de las mismas (83). El 19 de abril de 1822, firmado por el gobernador Rodríguez y su ministro Rivadavia, se dictó un decreto contra los vagos. La pena era para éstos la de servicio militar o en su defecto, la de trabajos públicos (84). En los considerandos de este decreto, se hace mención a la moral pública que se ve afectada por los vagos que son una carga para la sociedad. Otro decreto del mismo gobierno de fecha 11 de junio de 1822, reprimió energicamente la charriada (85).

La ley del 17 de diciembre de 1823, dispuso que se destinase al ejército permanente los individuos comprendidos en las siguientes clasificaciones: 1) Todos los ociosos sin ocupación en labranza u otro ejercicio útil. 2) Los que en día de labor, y con frecuencia, se encontrasen en casa de juego, tabernas, carreras y diversiones de igual clase.

En 1826, Rivadavia, por decreto, y considerando cuanto importa perseguir en el país el vicio funesto del juego, declara restablecidas las dispo-

81 El subrayado es nuestro.

82 Recopilación de Bando y Rejas, tomo I, pág. 342.

83 Recopilación ciudad, tomo II, pág. 33.

84 Recopilación ciudad, tomo II, pág. 296.

85 Recopilación ciudad, tomo cit., pág. 311.

siones que prohíben los juegos de azar y se fija, en ese decreto, la penalidad que deben sufrir los contraventores (26). Finalmente, en el gobierno de Rosas, en el año 1844, se dictó un decreto que prohibió el juego de canasta como una dañosa costumbre. La sanción con que se castigaba a los infractores, era de tres años en los trabajos públicos del estado (27).

... Desde luego, que en este cuadro comparativo, no hemos anotado todas las disposiciones penales referentes a las contravenciones modernas, dado que sería demasiado extenso enumerarlas. Pero del análisis breve, se puede apreciar, especialmente, que algunas acciones, que, hoy, merecen la categoría de contravenciones y que, por lo tanto deben ser incluidas en los códigos de faltas, estaban reprimidas en las antiguas leyes españolas y en las disposiciones que los gobiernos patrios dictaron en uso de sus facultades. Así por ejemplo, encontramos que la vagancia, el juego, el empuje, la ebriedad, la portación de armas, etc., han sido señalados en cuenta a los fines de prevenirlas como hechos que atentan a la moralidad, la seguridad o la prosperidad pública. Nótese que en aquella época, la ciencia penal estaba en sus comienzos y era rudimentaria. Sin embargo, posiblemente por intuición, en el decreto de Martín Rodríguez, de fecha 19 de abril de 1822, en sus considerandos, se hace mención a la *moralidad pública que se ve afectada por los vicios que son sus cargas para la sociedad*. De manera entonces, es dable apreciar, que las faltas, llamadas así por el derecho penal, estaban, algunas de ellas, contenidas en las leyes argentinas en el primer período de la emancipación. Es claro que la sistematización de esas disposiciones no obedeció a una estructura lógica como lo aconseja la ciencia moderna, pero lo cierto es que algunas de ellas deben reproducirse en los Códigos de faltas con las exigencias de nuestro tiempo. El sentido de la moralidad pública no ha cambiado en su esencia y sigue siendo igual desde la época de la colonia hasta nuestros días. No sería posible decir, que, como esas leyes, o las anteriores a ellas, eran inhumanas, no pudieran ser reproducidas sus disposiciones. Si los tiempos han cambiado, y las leyes se han humanizado, esto no quiere decir que los intereses protegidos sean distintos. Si hace un siglo y medio o dos siglos, la vida era objeto de protección penal, a igual que la seguridad, la o la tranquilidad, con mayor razón hoy, esos mismos intereses deben seguir siendo protegidos. Lo que cambia en estos casos es la pena. La pena se humaniza. La pena es lo consuetudinario, lo cambiante, lo mutable.

Proyectos y códigos argentinos

1) El Código de Tejedor:

Este cuerpo legal establecía que las infracciones a la ley penal son de dos clases: unas más graves que se llaman crímenes; otras menos graves que se dividen en delitos y contravenciones.

²⁶ Recopilación citada, tomo III, pág. 148.

²⁷ Recopilación citada, tomo IV, pág. 378.

En la nota explicativa, Tejedor hace referencia a la división aceptada por el Código Francés, señalando la virtud de la división, en cuanto a la competencia de los Tribunales. Más adelante el proyecto se refiere al tipo de penas para cada infracción. Así, tenemos: se consideran delitos graves o crímenes aquellos que la ley castiga con penas aflictivas; delitos menos graves, o simplemente delitos, los que están reprimidos con penas correccionales; son contravenciones, las faltas a que la ley señala penas de policía.

En la misma nota, el codificador hace mención y referencia a los Códigos Francés, Belga, de Baviera, Holanda, Cerdeña, Prusia, Nápoles, etc., y entre los americanos, a los de Bolivia y Perú, los cuales —dice— han aceptado este sistema de división de las infracciones penales.

En el artículo 4º establece que las disposiciones del mismo, no corresponden a las contravenciones de policía. Con respecto a esta disposición, la nota dice: si es cierto que la justicia y la policía deben unirse para afirmar la seguridad común del estado y para presionar manos y continos socorros, no es menos cierto que, bajo el punto de vista de su objeto particular, son dos instituciones profundamente diferentes.

Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden exterior del estado; que encierran un ataque a los derechos del estado o de los particulares, o que, según el carácter extrínseco y la intención del agente, tienden a la realización de ataques de esta naturaleza o a la violación de derechos análogos. Pero hay actos que si encierran directamente la violación de un derecho, no son, sin embargo, indiferentes al legislador a causa de sus consecuencias desagradables para el orden público o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y el bienestar del estado; por lo que deben ser sancionados o prohibidos con una pena. Los actos de la primera especie son ilícitos por motivos de justicia absoluta; lo son en todo tiempo y en todos los lugares; su prohibición está escrita en caracteres indelebles en el corazón de todo hombre racional. Los actos de la segunda son muchas veces considerados en sí mismos indiferentes para el derecho, que sólo los prohíbe por motivos de utilidad relativa, y dependen de los tiempos, de las circunstancias, del carácter y de las costumbres de las naciones como de las instituciones particulares, y otras circunstancias accidentales.

Los actos ilícitos de la primera especie, por lo mismo que ofenden directamente un derecho, forman el objeto del Poder Judicial, mientras que las acciones u omisiones de la segunda, pertenecen al dominio de la policía. Esta diferencia, sacada de la *esencia* ⁽¹⁾ misma de los actos en cuestión, debe manifestarse en la naturaleza de las penas, en sus consecuencias legales, en el procedimiento etc.

⁽¹⁾ El subrayado es nuestro.

2) El proyecto de Villegas, Ugarriza y García:

El proyecto se aparta del de Tejadao, y en el art. 1.º inc. 2, establece que el Código no se aplicará por contravenciones a las disposiciones de policía, municipales o de los gobiernos locales.

En la nota explicada, la comisión establecía que ha suprimido la división entre crímenes delictos y contravenciones, reuniéndose en la clasificación genérica de los delitos. El informe agrega que si bien la distinción que formulan los Códigos de Baviera, Francia Paises Bajos y Alemania, tomando como base la gravedad de la pena, ha sido seguida por el moderno Código de Bélgica, no es menos cierto que esa clasificación tripartita, ha sido duramente combatida en Alemania por varios criminalistas distinguidos y en Francia especialmente por Rossi en su tratado de derecho penal.

La comisión ha creído que había que deshechar esa clasificación adoptada en el proyecto de Tejadao, desde que ella en nada contribuía a la clasificación metódica, ni a la claridad de la exposición de las materias; por el contrario, introducía confusión y daba lugar a incertidumbre. Más adelante, en su última parte, el informe de la misma comisión dice: Entre las infracciones de que no se ocupa este Código, a más de las enumeradas en el Proyecto primitivo, se han comprendido los actos *administrativos* (29) de provincia que representan su autonomía y las ordenanzas municipales, porque como los actos de policía, la facultad de prescribir el cumplimiento o abstención de determinados actos importa el derecho de imponer la responsabilidad que asegura el cumplimiento del mandato.

3) El proyecto de 1891:

El Código Penal de 1866, no se ocupó de las contravenciones, como así tampoco el proyecto que terminamos de examinar. Pero el proyecto de 1891, en el art. 1.º establecía que el mismo se aplicará a los delitos y faltas.

En la exposición de motivos, se dice: Las infracciones de las leyes y disposiciones locales de las provincias, municipios y territorios federales, que no tuvieran pena señalada en este Código, serán reprimidas como faltas, con las penas que en ellas mismas se determinen, siempre que no imponen multa mayor de mil pesos nacionales, ni se establezca otra inhabilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesionales dentro de la jurisdicción territorial, ni se restrinja la libertad de locomoción, sino en caso de falta de pago de la multa.

El libro tercero del proyecto, legala sobre las faltas en particular, y se divide en seis títulos. Es interesante transcribir algunos párrafos de la comisión en la exposición de motivos. Entre otras cosas dice: la potestad

²⁹ El subsepto es nuestro.

de legislar, implica la de hacer efectiva con sanciones penales ciertas disposiciones legales para cuyo cumplimiento no hay otro medio coercitivo. Si las provincias tienen tal potestad dentro de los límites de su soberanía respectiva, y el Congreso la de dictar el Código Penal, esto es, la de ser la única fuente legítima de autoridad de imposición de penas, la potestad de aquellas quedaría reducida a algo como a una jurisdicción *sin imperium*, que importaría la anulación de su *relativa soberanía* (40). Más adelante, el informe consigna: Que la comisión piensa que lo prudente en este asunto es *fixar el límite de represión de que harán uso las provincias* (41). Las transgresiones que imponen un delito o falta en todas partes, que lo mismo afectaban los derechos del individuo y el interés de la sociedad si se cometían en un punto, que si se realizaban en otro, esas son previstas en el Código Penal y no podrá ingerirse en ellas la legislación provincial. Las que sólo afectan intereses inmediatos y directos de una localidad particular, siendo a las demás indiferentes que estén previstas o no, no forman en el campo del Código Penal; pero como la imposición de penas de cierta entidad es un hecho que afecta a la comunidad entera, el Código fijará el máximo de la penalidad que debe adoptarse (42).

4) El proyecto de 1906:

Este proyecto adoptó el mismo sistema que el anterior, pero sin contener un artículo que fijase límites al derecho de las provincias para pensar las faltas. En el art. 1º, se establece que la ley se ocupa de los delitos y de las faltas. En la exposición de motivos dice a este respecto: La comisión piensa que *si el Congreso tiene por la Constitución la facultad de dictar el Código Penal para toda la Nación, en dicha facultad está necesariamente comprendida la autoridad necesaria para incluir en ese Código todos los actos o omisiones que en cualquier parte del territorio de la Nación se consideren ilícitos y merecedores de pena* (43). Más adelante el mismo informe establece: Es evidente que las autonomías provinciales no sufren concretamente alguno porque el Congreso legisla sobre faltas de carácter penal.

Dijo Rodolfo Moreno (h.): Cuando presenté a la Cámara de diputados el proyecto de 1906 como base de la encuesta, suprimí del art. 1 las palabras "y de las faltas cometidas", entendiéndolo la vigencia del Código nada más que a los delitos (44). El libro tercero por lo tanto, que trataba de aquellas infracciones fue suprimido. Agrega este autor, que en los fundamentos y después de transcribir la parte de la exposición de motivos, el proyecto de 1906 decía en lo referente a faltas: "Como puede notarse por

40 El subrayado es nuestro.

41 El subrayado es nuestro.

42 El subrayado es nuestro.

43 Moreno Rodolfo (h.): Ob. cit., pág. 196.

estas palabras, la comisión de 1906 se hizo cargo de la dificultad que presentaría para la sanción del proyecto la inclusión de un libro sobre faltas, y para que eso no hiciera fracasar el conjunto de aquél, se redactó el libro referido con independencia completa del Código". Eso solo probaría que los autores de aquel proyecto no estaban o no estaban completamente persuadidos de la bondad del sistema que propiciaban.

A continuación, transcribiremos párrafos de la Comisión especial de legislación Penal y Carcelaria en relación a este proyecto. Hemos creído oportuno —dice— suprimir el libro sobre faltas, de acuerdo con las ideas sostenidas por el diputado que presentó el proyecto. Diferentes razones han pesado para eso en el ánimo de los miembros de esta comisión. Desde luego, cuando no hay motivos fundados para variar una costumbre, esta puede invocarse con fuerza análoga a la de un artículo de ley. Y ese sería el caso con respecto a la legislación sobre faltas. Nunca, desde la organización nacional, el Congreso ha legislado sobre esa materia con carácter general. Ella se ha dejado a los gobiernos de provincia, y en todas éstas se han dictado leyes diversas a cerca de tales infracciones (48). El Congreso ricativamente ha aceptado esta doctrina porque ha dictado leyes creando y castigando faltas, pero como legislación local para la Capital de la República y territorios nacionales (49).

El Problema Legislativo en nuestro país

Como anteriormente hemos visto, el proyecto de 1891 establecía que era de competencia del Congreso de la Nación, legislar sobre delitos y contravenciones. El proyecto de 1917, si bien dejaba a las provincias la facultad de legislar sobre faltas, imponía un límite más allá del cual, éstas no podían imponer penas. El Código Penal que actualmente nos rige nada establece al respecto y sólo se ocupa de los delitos. Pero según la jurisprudencia de la Corte, el Congreso puede calificar como delito cualquier hecho siempre que considere que existe un interés general o nacional para castigarlo como tal.

Como se advierte, no ha existido y aún hoy no existe, un criterio preciso que permita la diferenciación entre el delito y la contravención, trayendo aparejada como lógica consecuencia, una invasión constante en los campos legislativos Nacional y Provincial.

El problema no se presenta en los países que adoptan la forma unitaria de gobierno, pero en aquellos, que como el nuestro, tienen régimen federal, el asunto es —a nuestro juicio— de una importancia fundamental por dos razones: asegurar el normal funcionamiento del sistema mismo y lograr una verdadera autonomía de las provincias entre sí y en función del gobierno nacional.

⁴⁸ El subrayado es nuestro.

¿Qué ha pasado en nuestro país? La respuesta es clara. Siempre, por uno u otro motivo se le ha desconocido a las provincias la propia facultad de legislar sobre contravenciones. Ese descuido que a veces se ha manifestado en proyectos, leyes o jurisprudencia, ha tenido como lógica consecuencia, que las provincias, a su vez, legislaran sobre materias que, por expresa delegación constitucional son atribución del Congreso. Vale decir, que en este estado de cosas, el problema en vez de simplificarse, se complica aún más, porque la realidad es la siguiente: El Congreso Nacional legisla sobre los delitos y sobre las contravenciones y a su vez, las provincias siguen el mismo sistema. Es decir, promulgan o sancionan leyes sobre delitos y sobre las contravenciones. Esta afirmación, que a primera vista parece imposible, no tarda en ser una verdadera realidad si consideramos que en la práctica legislativa, la facultad provincial queda reducida a una facultad remanente, residual, que recibe lo que el Congreso deja a su disposición, al no haber elevado a la categoría de delitos los hechos sobre los cuales se ejerce la facultad provincial. El Congreso tiene sobre esa facultad, con arreglo a esa idea, un poder absoluto de gobierno. De él depende lo que en definitiva puede ser una contravención.

Pero la tesis también produce un efecto opuesto; conduce en definitiva, a lesionar los propios fueros del congreso en materia delictiva; y este ha sido uno de sus efectos prácticos en nuestra legislación. Basta que el Congreso no califique un hecho como delito, para que las provincias puedan castigarlo como contravención (46).

Por eso decimos que el problema es doble. Si el Congreso ha legislado y elevado a la categoría de delitos, hechos que por esencia son contravenciones, las provincias, a su vez han tomado hechos y lo han calificado como contravenciones, cuando esos hechos deben quedar, por naturaleza, reservados al tratamiento que el Congreso les dé. Siguiendo en este análisis, también se llega a otra conclusión más grave que es: La prohibición de llevar vicios de libertad dejados por el Código Penal. Y esto es lo que precisamente se ha hecho en nuestro país. Las provincias reprimen hechos no regulados por el Congreso de la Nación, siendo por lo tanto desconocida la garantía constitucional de que todo aquello que no está prohibido está permitido (47).

Bastemos citar como ejemplo de esta anomalía legislativa-institucional, las siguientes normas contenidas en diferentes Códigos de Faltas y en el mismo Código Penal.

Código de Faltas de Catamarca de 1933 art. 72. Castiga al que se entregare a vicio de hecho contra otro sin causarle lesiones o causándole lesiones que caren espontáneamente o por simple negligencia ligérrima en término no mayor de tres días y siempre que no se hubiera usado un arma.

46 El subropeo es suero.

47 Néstor Ricardo C.: *Temas ...*, pág. 23-26.

48 Constitución Nacional, artículo 19.

Anteproyecto de Código de Faltas para la Provincia de Córdoba de Recera Oliva - Spina - Gardón Ferrero de 1947 Art. 84: El que se apoderase ilegítimamente, en provecho o de otra persona, de energía eléctrica, será castigado con arresto hasta tres meses o con multa hasta \$ 600. Art. 85: El que sacare ilícitamente de represa, estanque u otro depósito, río, arroyo, fuentón, canal o acueducto o lo sacare en mayor cantidad de aquella a la cual tuviera derecho, será castigado con arresto hasta tres meses o con multa hasta \$ 600. En la fuerza de este art., se cita al Código Penal Argentino art. 182 incs. 1, 2 y 3 en donde se exige además el propósito de causar perjuicio a otro.

Ricardo Núñez ⁽⁴⁸⁾, comentando el derogado Código de Faltas para Córdoba, dice al respecto: "el artículo de este Código, sancionado por decreto del Poder Ejecutivo castiga como contraventor contra la propiedad a quien cometiese el mismo hecho calificado como usurpación por el artículo 182 inc. 1 del Código Penal, con tal que lo haga sin el propósito de causar perjuicio. Esto equivale —dice—, no sólo a entrar indebidamente al campo delictivo, sino, lo que es más grave, a llenar desenfadadamente los vacíos dejados de manera expresa por el legislador penal, que, para castigar requiere que el hecho se ejecute con el propósito de causar perjuicio".

Art. 87: Al que consumiere bebida o alimento que deba pagar inmediatamente, en establecimiento dedicado a ese comercio, o se hiciere prestar un servicio y no abonare su deuda al ser requerido para ello..."

Código de Policía de la Provincia de La Rioja de 1954: Art. 220: Se impondrá hasta 30 días de arresto, el que acose al poder de una mujer o de un niño por medio de palabras, gestos o vías de hecho o actos deshonrosos... Art. 230: Sufrirán hasta 20 días de arresto:

1°) Los que cometieren actos de crueldad con un animal sin necesidad.

2°) Los que efectúen cinchadas de caballos, corridas de toros, rifas de gallos y luchas a muerte entre animales o contra éstos.

Pero no sólo en los Códigos de Faltas provinciales encontramos hechos que no pueden ser previstos como contravenciones. El propio Código Penal prevé como delito, un hecho que por naturaleza es una contravención. La invasión de los poderes provinciales se pone de manifiesto en el art. 208 que castiga el ejercicio ilegal de la medicina. Este es un hecho típicamente contravencional que arbitrariamente ha sido elevado a la categoría de delito por el legislador Nacional. A este respecto, dice Ricardo C. Núñez ⁽⁴⁹⁾: "El ejercicio ilegal de la medicina es esencialmente una contravención. En su simple ir más allá de la ley, una simple contrariedad a la ley reglamentaría del ejercicio de la medicina. Por otra parte, si la calidad delictiva

⁴⁸ Ricardo C. Núñez: *Temas...*, pág. 33.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 33.

de esa infracción se quiere encontrar en la posibilidad de un daño para la salud, también resulta errada la posición del Código Penal. No es un daño efectivo para la salud, por lo tanto no hay caso desde este punto de vista para declararla delito. La infracción no es otra cosa que una acción preventiva tendiente de manera inmediata a ordenar y custodiar la profesión médica y solo mediatamente a proteger la salud.

Este hecho que entre nosotros es un delito, se encontraba previsto como contravención en el Reglamento de Policía Toscana de 1833 (art. 146). Comenzando la disposición, Carrara dice que el ejercicio de profesiones relativas al arte de curar será delictivo sólo si se ha producido un daño, en cuyo caso se tratará de una lesión culposa, o cuando lo empleen como medio para sacar dinero a los ilusos (fraude) (22).

Es necesario —a nuestro juicio—, realizar un esfuerzo para rectificar los errores legislativos-jurisprudenciales que se han cometido en nuestro país. Para ello, habrá que comenzar por tener en cuenta, por sobre todas las cosas, la diferencia sustancial que existe entre el delito y la contravención. Una vez lograda esta idea, será menester ajustarse estrictamente a las disposiciones constitucionales sobre delegación de facultades por parte de las provincias al Gobierno Federal y el respeto por parte de éste a la autonomía provinciales, o sea a las provincias mismas que forman la Nación.

22. *Cuadernos de las Institutas*, cit., pág. 32.