



TRABAJO FINAL DE GRADO

El arresto domiciliario en el Código de faltas de la provincia del Neuquén:

Consideraciones sobre su Constitucionalidad

Ibacache, Iris Analía

DNI: 28.617.235

Abogacía

2019

“No es en los hombres sino en las cosas donde hay que buscar la verdad”

Platón

Agradecimientos y Dedicatoria

A mi hija Luciana, que sin su apoyo nada sería posible.

A mis padres, mis hermanos Leonardo y Cristian, mi sobrino Genarito.

A Gonza y a mis amistades de toda la vida por el apoyo de siempre.

A mis compañeros de trabajo por ayudarme y acompañarme desde el minuto uno

A mis compañeras de estudio por la paciencia de años, y a cada uno de los que me ayudó en este largo camino.

Éste logro se lo dedico primordialmente a mi hija Luciana y a mi hermano Leo por creer siempre en mí. ¡¡ El título es más de ustedes que mío!!

Eternamente Agradecida

Resumen

El Código de Faltas de la provincia del Neuquén, sancionado mediante Decreto-Ley 813/1962, y actualmente vigente, en el art.6 establece que el arresto domiciliario puede resultar procedente en tres supuestos: sí se trata de una persona honesta, enferma o mayor de setenta años.

En este trabajo final de grado, se analiza los problemas de constitucionalidad derivados del uso de esta ambigüedad terminológica y que puede ser utilizada de modo discrecional para otorgar o negar el beneficio del arresto domiciliario en la provincia del Neuquén.

Así mismo, se realiza un estudio en su mayoría de tipo penal-contravencional el cual reprime estilos de vida, conductas no lesivas para terceros, a su vez pretende imponer deberes ilegítimos y contraría derechos y garantías.

Palabras claves: Código de Faltas del Neuquén, Persona honesta, Inconstitucionalidad, Igualdad ante la ley, principio de legalidad.

Abstract

The Fault Code of the Province of Neuquén, issued by Decree/Law 813/1962, currently in force, in Section 6, it is established that the house arrest can result in three assumptions: in the case of being a honest, diseased person or an individual over the age of seventy.

In this final degree paperwork, it is analyzed the constitutionally problems that derive from the use of terminological ambiguity that can be discretionally used to grant or deny the benefit of house arrest in the Province of Neuquén.

Furthermore, a research (mostly) of the kind of felony-misdemeanor is carried out, which repress lifestyles, non-prejudicial behavior for third parties; it is also expected to impose illegitimate responsibilities and contrary to rights and guarantees.

Keywords: Fault Code of Neuquén, Honest person, Unconstitutionality, Equality before the law, Principle of legality.

Índice

Introducción	7
CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES	10
<i>1.1 Introducción Parcial</i>	<i>11</i>
<i>1.2. Antecedentes de la sanción del Código de Faltas neuquino</i>	<i>11</i>
<i>1.3 Concepto jurídico de Honestidad.....</i>	<i>13</i>
<i>1.4. El Ámbito Penal y los derechos Humanos</i>	<i>16</i>
<i>1.5. Conclusión Parcial.....</i>	<i>19</i>
CAPÍTULO II: MARCO LEGAL DEL ARRESTO DOMICILIARIO.LÍMITES FORMALES	20
<i>2.1. Introducción Parcial</i>	<i>21</i>
<i>2.2. Arresto domiciliario según el art.10 del Código Penal de la Nación Argentina... </i>	<i>21</i>
<i>2.3. Derechos Penal de Autor-Tipos penales abiertos</i>	<i>23</i>
<i>2.3.1. Derecho Penal de autor</i>	<i>23</i>
<i>2.3.2. Tipos penales abiertos</i>	<i>27</i>
<i>2.4. El Rol del principio de Legalidad en la Constitución Nacional</i>	<i>32</i>
<i>2.5. Avances de la figura del principio de Igualdad ante la Ley</i>	<i>33</i>
<i>2.6. Conclusión Parcial.....</i>	<i>34</i>
CAPÍTULO III: BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL..	36
<i>3.1. Introducción Parcial</i>	<i>37</i>
<i>3.2. Concepto de bien Jurídico.....</i>	<i>37</i>
<i>3.3. Origen, aplicación y función</i>	<i>41</i>
<i>3.4. Inserción en Códigos de Contravenciones de la provincia del Neuquén</i>	<i>46</i>
<i>3.5. Conclusión parcial</i>	<i>49</i>
CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES EN TORNO AL ARRESTO DOMICILIARIO	51
<i>4.1. Introducción Parcial</i>	<i>52</i>
<i>4.2. Sistema de control</i>	<i>52</i>
<i>4.3. Garantías Constitucionales en el proceso penal.....</i>	<i>55</i>

<i>4.3.1. Tribunal independiente e imparcial</i>	56
<i>4.3.2. Juez natural</i>	57
<i>4.3.3. Motivación de la pena</i>	58
<i>4.3.4. Sentencia arbitraria</i>	59
<i>4.4. Competencia legislativa provincial en materia de contravenciones</i>	60
<i>4.5. Conclusión Parcial</i>	61
Conclusión Final	62
Bibliografía.....	65
Doctrina.....	65
Legislación.....	67
Jurisprudencia	68
Páginas Web.....	69

Introducción

El asunto que le compete a este Trabajo Final de Grado es el Código de Faltas de la provincia del Neuquén el cual fue sancionado mediante Decreto- Ley-813/1962, y ha sido modificado en varias ocasiones. Actualmente consta de IV títulos, con sus respectivos capítulos y setenta y nueve artículos que regulan conductas por las que una persona puede sufrir multa, arresto y penas principales.

La problemática surge específicamente en uno de sus artículos (art.6), el cual prevé el arresto domiciliario “cuando se tratare de una persona honesta”. Dicha disposición se contrapone con normas de mayor jerarquía como la Constitución Nacional, teniendo en cuenta los Derechos Humanos que esta postula. Así también, se opone al Código Penal de la Nación el cual establece taxativamente los requisitos para otorgar prisión domiciliaria. Estos antecedentes permiten cuestionar la determinación de los tipos abiertos y las estructuras de los tipos objetivos que tienen elementos normativos que requieren una valoración por parte del juez y la clara intención de sancionar conductas por parte del Estado mediante una ley que pareciera carecer de congruencia con principios constitucionales tales como el de legalidad e igualdad ante la ley.

Por lo expuesto hasta aquí, la problemática que se plantea en estas páginas, es que el Código de Faltas neuquino, como derecho vigente, si bien tiene una función reguladora en la vida social, ha generado una discusión en su consistencia constitucional que lo ha puesto bajo observación. Lo que ha llevado a formular la siguiente pregunta investigativa: ¿El Código de Faltas de la provincia del Neuquén, que en su art. 6 prevé como supuesto

el cumplimiento de arresto domiciliario “cuando se tratare de una persona honesta”, atenta contra el principio de legalidad e igualdad ante la ley?

Respecto a la metodología de investigación aplicada se realizó un estudio de tipo descriptivo, en el marco de una estrategia cualitativa. Además, se analizaron diversas fuentes primarias entre las cuales se pueden encontrar el Código Penal de la Nación Argentina, la Constitución Nacional y tratados con rango Constitucional, Constitución provincial del Neuquén, fallos y sentencias de diferentes tribunales, cámaras y juzgados nacionales y provinciales.

Tomándose en cuenta las fuentes secundarias, se abordaron y analizaron posiciones doctrinarias, también comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho Penal y legislativo y diarios digitales.

El presente Trabajo Final de Grado ha sido desarrollado en cuatro capítulos. El primero está basado en antecedentes históricos que permiten situarse en tiempo y espacio y considerar la evolución del derecho dentro de la esfera tanto provincial como nacional e internacional. El capítulo segundo se introduce en las nociones generales del tema investigado en especial el marco legal del arresto domiciliario y sus límites formales según el art.10 del Código Penal de la Nación.

También se abordarán temas como no-discriminación y división de poderes, como así también la no implementación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), articulador de medios para declarar la invalidez de los tipos contravencionales de mera sospecha, los imprecisos y arbitrarios que afectan la dignidad de la persona humana

por basarse erróneamente en delitos sin conducta en función de adjetivaciones degradantes.

Por su parte en el tercer capítulo se analizaron los Bienes jurídicos institución utilizada en el Derecho penal-contravencional. Entre otros aspectos significativos se consideran su creación o no, diferenciación entre objetivo y subjetivo con la intención de verificar si es una agencia de control social formal, y actúa con racionalidad, razonabilidad e igualdad.

El cuarto capítulo que abarca las controversias en torno al art.6 del Código de Faltas neuquino, implicancias, naturaleza jurídica, un análisis doctrinario. También se analizarán los términos utilizados en el artículo “persona honesta”, los sistemas de control, las garantías constitucionales vulneradas y los actores que participan en el proceso. La competencia con la que cuenta la provincia del Neuquén, en los ámbitos analizados y de qué manera se aplican dichas normas, para evaluar una posible reforma integral.

Para finalizar este trabajo final de grado se realizará una conclusión con los puntos trabajados, teniendo en cuenta la importancia de que las normativas provinciales o el propio Código de Faltas neuquino dejen de lado tipificaciones anacrónicas que van a contramano de la tendencia de la legislación argentina hacia una perspectiva de Derechos Humanos. Lo que deja entrever una necesidad de derogar leyes arcaicas y arbitrarias, como la cuestionada, que perjudican a los ciudadanos.

CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES

1.1 Introducción Parcial

Primeramente, se realizará una breve reseña de los antecedentes del Código de Faltas de la provincia del Neuquén, con la intención de poner de relieve el contexto jurídico y social, donde aquel fue sancionado por sus implicancias en la temática elegida. También se dará a conocer el término “honestidad” utilizado en el articulado de dicho Código que si bien es propio de aquella época no ha logrado adaptarse a la evolución del derecho, en cuanto a Derechos Humanos, y principios inamovibles como son el principio de igualdad ante la ley, y de Legalidad.

1.2. Antecedentes de la sanción del Código de Faltas neuquino

En el Congreso Nacional con la Ley 14408¹, fue declarada provincia el 15 de junio de 1955, Neuquén-junto a Rio Negro y Formosa, ley que promulgó el presidente Juan Domingo Perón. Dichas provincias no iniciaron en esa oportunidad su organización política y administrativa debido al golpe de estado de ese mismo año, por lo cual recién dos años después se consolidó la etapa institucional.

En septiembre del 1955 la autodenominada Revolución Libertadora derrocó el gobierno de Perón y asumió como presidente de facto Eduardo Lonardi, el cual fue

¹SAIJ-Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica-Ley 14408.

desplazado por otro militar, Pedro Eugenio Aramburu, quien ejerció cargo hasta mayo de 1958.

El 28 de Julio de 1957 se realizaron elecciones presidenciales en el país. Arturo Frondizi, de la Unión Cívica Radical Intransigente (UCTI), triunfó y asumió como presidente de la Nación el 1 de mayo de 1958 en comicios realizados con el peronismo proscripto. En paralelo, en esa misma fecha, tomo posesión de su cargo el primer gobernador constitucional de Neuquén, Ángel Edelman, acompañado en la vice gobernación por Alfredo Asmar, ambos pertenecientes a la UCRI (Blanco, 2014).

Neuquén sancionó su primera Carta Magna el 29 de noviembre del 1957, enmendada el 20 de marzo de 1994 y reformada por la Convención Constituyente el 17 de febrero del 2006.

El 5 de junio de 1962 fue sancionado el Código de Faltas en cuestión, por medio del Decreto-Ley 813 a partir de una Resolución con rango de ley, que adopta el poder ejecutivo- en circunstancias especiales propias de un gobierno de facto. Pese a que se sostiene una filosofía claramente antidemocrática, discriminadora y violatoria de las más elementales garantías constitucionales, el mismo continua actualmente vigente.

En el año de sanción del Código de Faltas de la provincia del Neuquén, la provincia contaba con características políticas sociales y demográficas muy diferentes al presente Neuquén que en Mapuche significa “correntoso”, entonces contaba con una población aproximada de 45 mil habitantes. En la actualidad posee unos 600 mil habitantes, lo que muestra un considerable crecimiento como provincia y en diferentes aspectos, como lo son la educación, la legislación, la creación de ONG, la creación de

organismos Ministeriales en concordancia con necesidades sociales, por lo que sus leyes y reglamentaciones también deberían adaptarse a esa evolución que también ha sufrido en los últimos tiempos el derecho (Blanco, 2014).

1.3 Concepto jurídico de Honestidad

El Código de Faltas del Neuquén en su art. 6 textualmente establece que: “Podrá disponerse el cumplimiento del arresto en el domicilio cuando se tratare de una -persona honesta-, enferma o mayor de sesenta años”.

Dentro del Derecho Penal la palabra Honestidad se ha utilizado a lo largo de los años de manera general para categorizar distintos tipos de delitos como lo son adulterio, violación y estupro. La palabra honestidad se emplea aquí como equivalente a moralidad sexual.

Siguiendo a Soler (1930), se considera que desde esta óptica la ley hace referencia al concepto religioso de honestidad, es decir, a la idea de que es deshonesto toda relación sexual fuera del matrimonio, lo cual proporciona una definición condicional considerando este bien jurídico como una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales. Ideas de carácter religioso lo que hace que se considere que las relaciones sexuales no son lícitas, sino dentro del matrimonio. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo por consiguiente es lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje. Se entiende que es delito atacar el orden familiar, los sentimientos de honor individuales y la propia

integridad física. De aquí los castigos colocados en la ley para delitos contra la honestidad.

Honestidad: El vocablo se toma en cuanto aparece como bien jurídico protegido en el Título III del Código Penal Argentino. En cuanto los delitos contra la honestidad pueden definirse desde el primer momento y del modo más empírico y amplio como los delitos de lascivia o lujuria. Se trata de honestidad en particular, propia de una o varias personas, cualquiera sea su sexo, y otras de la honestidad familiar.

Los delitos comprendidos en el título son adulterio, violación, y estupro, corrupción y ultraje al pudor y raptó. Tal diversidad dificulta el intento de síntesis con tan dispares figuras penales, dado que en el primero no queda afectada la honestidad del cónyuge ofendido por la inmoralidad del adulterio del otro, y en los otros no es una condición de honestidad de la víctima, estos apuntan más a cuestiones éticas y morales.

En el proceso de investigación no se encontró una definición técnica jurídica de honestidad que sea por lo menos compartida por varios autores. Existen diversas aproximaciones que hacen referencia a honestidad, la persona honesta y los comportamientos honestos.

Zaffaroni (2004), parte de un camino opuesto, tras confrontar los principios teóricos de cada una de las teorías legitimantes de las penas y las prácticas reales de todo sistema penal. En este sentido comienza su camino desde el -ser-de la realidad social y desde allí ejerce una suerte de falsación del -deber ser-. Además, basándose en datos empíricos, muestra como es el funcionamiento real de todo sistema penal (selectivo, violento y discriminator), concluye entonces negando la posibilidad de que pueda

demostrarse científicamente que la pena estatal pueda tener algún fin positivo legitimador de este sistema penal. Es en este sentido que el jurista debe ser -agnóstico-en cuanto al fin de la pena o beneficio.

Un servidor de vocabularios controlados del ámbito del derecho en Argentina denominado Banco de Vocabulario Jurídico del SAIJ² (Sistema Argentino de información jurídica) brinda un servicio terminológico de información jurídica en línea y está compuesto por ontologías y tesauros ampliamente reconocidos y utilizados que han sido reunidos y sistematizados en un solo portal jurídico.

Tanto en el Banco de Vocabulario jurídico del sistema argentino de información jurídica (en adelante, SAIJ) como en el Tesoro de la Organización de las Naciones Unidas (adelante, ONU)³, la palabra honestidad no aparece, lo que lleva a considerar que no es una palabra autorizada ni controlada por dichos organismos.

Según la Real Academia Española (RAE)⁴, la palabra honestidad hace referencia a aquel que es decente, decoroso, pudoroso, razonable, justo, recto y honrado.

²Sistema Argentino de Información Jurídica. Banco de vocabulario jurídico. [en línea]. Consultado el 22/03/2019 de: <http://www.saij.gob.ar>

³Organización de Naciones Unidas. Tesoro. [en línea]. Consultado el 22/03/2019 de: <http://www.colectivoioe.org/tematres/>

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia Española. [en línea]. Consultado el 22/03/2019 de: <http://www.asale.org/academias/real-academia-española>

1.4. El Ámbito Penal y los derechos Humanos

La reforma Constitucional de 1994, incorpora con jerarquía constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), plasmado en el art.75 inc 22⁵. Esto instaura en el derecho interno un nuevo paradigma en la formulación del proceso penal. Puede hablarse de un nuevo sistema constitucional integrado (sincronizado) por las disposiciones de igual jerarquía, que abrevia a dos fuentes: la nacional y la internacional.

Cafferata Nores (2011), afirma que esta incorporación provocó, en la práctica, una suerte de interacción y retroalimentación entre las fuentes interno-internacionales con resultados tangibles y maximizadores en términos de protección de derechos.

Los significativos avances en materia de derechos humanos en Argentina provocaron importantes sorpresas en materia de aplicación del DIDH por tribunales locales. Desde el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ekmekdjian⁶ en 1992, fueron varios los acontecimientos jurídicos que se sucedieron, debiéndose destacar entre ellos la reforma constitucional de 1994-que otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales, y estableció un nuevo sistema para

⁵Art. 75 inc. 22, CN: “Los tratados y concordatos tienen jerárquica superior a las leyes .La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer; La Convención en Contra de la Tortura y otros Tratos de Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.”

⁶ CSJN, Ekmekdjian c/ Sofovich, en JA,1992, p.194

incorporar otros con igual rango a la Carta Magna por vía de una mayoría legislativa especial.

Cafferata Nores (2008, p.8) sostiene que:

“[...]Los aportes del DIDH en el régimen del proceso penal suelen ser agrupados en tres categorías: las nuevas disposiciones que se agregan a la previstas; los nuevos alcances de disposiciones “viejas”; la formulación de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal que tiene como fundamental autor a la víctima de violaciones a los derechos humanos. [...]”

La incorporación de la normativa supranacional a la CN, influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal preexistentes, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido. Dichos en términos vulgares muchas cosas no podrán ser más como eran.

Estas garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de la justicia. En la misma línea se busca evitar que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a ninguna pena arbitraria (acto o proceder contrario a la justicia, la razón o a las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho) en lo fáctico o en lo jurídico. Esto tiene que ver con el resguardo de los derechos, no sólo frente a posibles resultados penales arbitrarios, sino también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a imponer una pena.

Cafferata Nores (2011), sostiene que el DIDH solo debe ser entendido como una herramienta más, dentro de un abanico más amplio, para impulsar los urgentes cambios que el proceso penal que Argentina necesita, y a su vez actúa como un poderoso instrumento para la protección de los derechos fundamentales.

De este modo, Cafferata Nores (2011) postula una perspectiva donde el proceso penal aparece ligado al DIDH. Una propuesta muy tentadora para todos los interesados en lograr un verdadero impacto en nuestro sistema de enjuiciamiento penal para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Ferrajoli (1999), sostiene que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales debe hacerse operativo, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, en distintos niveles, algunos de ellos normativos y otros ejecutivos. Los Estados tienen que ratificar estos instrumentos para asumir la obligación internacional, para incorporarlo a su derecho interno de acuerdo con los procedimientos previstos en cada sistema legal, tal como es el caso de Argentina desde el año 1994, (art.75 inc.22 de la C.N).

La obligación que se desprende de las normas internacionales, la de prohibir los comportamientos que atenten contra los derechos fundamentales.

1.5. Conclusión Parcial

Teniendo en cuenta el contexto jurídico y social en cual se sancionó el Código de Faltas de la provincia del Neuquén, es que se realizó la reseña histórica inicial para ubicarnos en tiempo y espacio el cual influye del mismo, el cual contiene las conductas por las que una persona puede sufrir multa, arresto como penas principales.

Dicho código ha sido modificado en varias ocasiones y está actualmente vigente. Tiene una importante función reguladora de la vida social, pero algunas de sus disposiciones han recibido cuestionamientos de orden constitucional. Puntualmente en su art.6 se prevé el arresto domiciliario “cuando se tratare de una persona honesta” lo que lo pone bajo observación.

En este primer acercamiento a la figura, se advierte que dicha disposición colisiona con estándares del derecho, afectando diversas garantías constitucionales tanto en lo procesal como en lo sustancial.

**CAPÍTULO II: MARCO LEGAL DEL ARRESTO
DOMICILIARIO. LÍMITES FORMALES**

2.1. Introducción Parcial

En el presente capítulo se detalla el marco legal del arresto domiciliario contenido en el art.10 del Código Penal de la Nación Argentina, donde se enumeran taxativamente los puntos en los que el juez competente se debe basar para otorgar un arresto domiciliario. Se trata de una medida excepcional que está en manos de los jueces de Ejecución Penal.

Seguidamente se analiza si al derecho penal le asiste la función de sancionar actos o hechos y autores basándose en la peligrosidad de la persona o si aquel debe limitarse a la protección de bienes jurídicos.

2.2. Arresto domiciliario según el art.10 del Código Penal de la Nación Argentina

Ahora bien, desde su reforma en 2008, la Ley 24660, contempla seis supuestos en los que se puede basar un juez para conceder prisión domiciliaria. Dichos supuestos coinciden con los requisitos del art. 10 del Código Penal de la Nación al establecer: que podrá a criterio del juez competente cumplir con el arresto domiciliario:

- a. El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento a un establecimiento hospitalario.
- b. El interno que padezca una enfermedad incurable en periodo terminal

c. El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por sus condiciones implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.

d. El interno mayor de 70 años

e. La mujer embarazada

f. La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Nuestro país se caracterizó, desde que comenzaron a dictarse las primeras leyes de contenido penal, por tomar previsiones legales para que el cumplimiento de los arrestos o penas no infrinjan un sufrimiento que vaya más allá del que surge naturalmente con una privación de la libertad. En este marco el Código Penal previó el arresto en el domicilio para ciertos casos de vulnerabilidad del imputado.

La finalidad del instituto es la de atemperar el mayor gravamen de la privación de la libertad, sea por razones de enfermedad, simple estado de deterioro general, o por la sola razón de la edad avanzada. Esta última hipótesis está prevista en el-inc.d- del art.10, y atiende a la mayor vulnerabilidad de las personas que han llegado a la tercera edad, de acuerdo con las disposiciones de rango constitucional que apuntan a brindar protección a los ancianos.

El régimen de prisión domiciliaria es un auténtico derecho para quienes se encuentran en situaciones que describe la norma y que, si bien su concesión no debe ser resuelta en forma automática, en modo alguno está librada a la discrecionalidad judicial.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten que es un mecanismo que no depende de la pura y simple decisión de tribunales. La apreciación judicial solo podría denegar la prisión domiciliaria cuando se corren riesgos de que se desnaturalice o se abrogue en la práctica, el régimen de detención. Si no está fundada específicamente esta única razón, deberá concederse siempre.

La prisión domiciliaria sufrió una importante reforma en el 2009, cuando se introdujeron nuevos supuestos de esta institución. A sí mismo, se reformó también la ley de ejecución penal -Ley 24660- modificada por la -Ley 26472-previendo que algunos supuestos de procedencia, debía fundarse la concesión de la prisión domiciliaria en informes médicos, psicológicos y sociales. La norma es clara y no admite otra interpretación.

2.3. Derechos Penal de Autor-Tipos penales abiertos

En este punto del capítulo se abordarán dos temas relevantes en lo que refiere a la ejecución de la Prisión Domiciliaria, de la extensa temática que aborda la sentencia seleccionamos dos puntos: Derecho penal de autor y Tipos penales abiertos.

2.3.1. Derecho Penal de autor

Zaffaroni (2009), manifiesta que el Derecho Penal occidental utiliza habitualmente la noción de derecho penal de acto, sustentada en el tipo penal de hecho, ya que sanciona conductas o comportamientos. En cambio, con la denominación de

derecho penal de autor se alude a la tendencia legislativa y doctrinaria que incrimina no hechos ni conductas, sino personalidades, en esta última versión hablamos de un derecho penal de autor.

La culpabilidad que se maneja consiste en reprocharle al inculpado su “ser”, antes que su comportamiento. Hay una culpabilidad de acto y otra de autor, la culpabilidad de autor es un sustituto normativizado de la vieja peligrosidad, se le reprocha al sujeto directamente sus características. El Derecho penal debe tomar al sujeto para determinar el grado de autodeterminación en el hecho, no para reprochar características personales, porque se convertiría en una cuestión totalmente autoritaria.

El derecho penal de autor ha tenido históricamente vinculaciones manifiestas con expresiones totalitarias, en particular con el nazismo.

La personalidad juega, paralelamente como una circunstancia que hacen a la magnitud del ámbito de autodeterminación del autor en la situación concreta en que cometió el injusto, pero jamás pasa a ser el objeto central del reproche penal.

Zaffaroni (2006), hace una distinción en cuanto:

Derecho Penal de autor: se pena al autor del delito por lo que es y no por lo que hizo. Aquí se juzgan personalidades. El tipo de autor no define conductas sino, personalidades formas de ser.

Derecho Penal de acto: Se pena al autor por el acto concreto realizado. Se reprocha el acto.

Todo derecho penal de peligrosidad, es derecho penal de autor, pero todo derecho penal de culpabilidad puede ser de autor o de acto. Nuestro derecho es de acto y de culpabilidad.

De esto deriva una primera regla deontológica que el principio de estricta legalidad impone a la jurisdicción penal y que al mismo tiempo es la garantía del ciudadano contra el arbitrio judicial: el juez no es llamado a juzgar la moralidad ni honestidad de los reos, sino solamente a comprobar los hechos empíricos por ellos cometidos y previstos por ley como delitos. En el caso del art.6 del Código de Faltas de la provincia del Neuquén ello implica si cumple o no con los requisitos que nombra la ley para acceder al beneficio. Es esta particularidad cognitiva la que distingue que Beccaria (2015,p.66) llamó “el proceso informativo”, en el que el juez es un “indiferente buscador de la verdad” de lo que denominó el “proceso ofensivo”, propio del modelo inquisitivo, en el cual “el juez se convierte en enemigo del reo”, el cual no busca la verdad del hecho, sino que busca el delito en el prisionero, lo insidia y cree que pierde sino lo logra y que falta al respeto a la infalibilidad que el hombre se atribuye a todas las cosas.

Zaffaroni (2009), expresa que el juicio penal se centra en la comprobación como verdaderos o como falsos de los hechos juzgados, el modelo garantista excluye o tiende a excluir, cualquier valoración moral o política de la subjetividad del reo. Sobre la base de este modelo, el derecho penaliza acciones y no autores, hechos y no sujetos, comportamientos y no entidades. Y el juez no debe indagar en el alma del imputado, sino solamente pronunciarse sobre la veracidad de los hechos que lo imputan. Cuando el poder

punitivo se inclina por el individuo en estado de vulnerabilidad, lesiona el Derecho de igualdad.

El modelo garantista comparte con la ética cristiana la máxima *nolite iudicare*, al menos si por “juzgar” se entiende el juicio sobre la identidad inmoral o malvada del sujeto y no la comprobación y la calificación jurídica del hecho cometido por este y previsto en la ley.

Estas garantías de libertad y de respeto de la persona en la misma medida en que son garantías de verdad, en otras palabras, la epistemología garantista otorga iguales valores a todos los seres humanos como personas. Por lo tanto, excluye en el ámbito legal y judicial valoraciones que tengan que ver con el carácter del reo, con su moralidad o arrepentimiento o actitudes similares, que pertenecen más bien a la epistemología inquisitoria.

Cuando la garantía penal de la estricta legalidad sea enteramente carente, el juicio penal se convierte inevitablemente en juicio moral, y el juicio moral en puro arbitrio. Al Estado no le puede bastar “culpar” por la comisión de un delito sin mayor criterio que su propia discrecionalidad, porque perdería legitimidad ante la sociedad y ante el infractor mismo. De allí que es necesario determinar bajo qué presupuestos y condiciones, tanto fácticas como jurídicas, un delito puede atribuirse como obra concreta a un autor.

Cuando la Constitución Nacional en su art.18 señala que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho” está suponiendo precisamente un hecho objeto del reproche penal, y no a una personalidad o a un modo de ser. En algunos casos no es sencillo distinguir la culpabilidad de acto o de

hecho y la de autor, porque en ciertas situaciones ambas pueden confluír. Algunos hechos pueden ser consecuencia de una personalidad y determinados estados, efecto de ciertos hechos. Esto dependerá de la *ratio legis*: si el legislador se propuso efectivamente tipificar a una personalidad y no al que sujeto hace, el tipo será de autor y, por ende, inconstitucional. Cabe tener en cuenta que se presume que el legislador actúa constitucionalmente, y no contra la Constitución.

2.3.2. Tipos penales abiertos

Siguiendo a Welzel (cit. Roxin, 2015), en los tipos penales abiertos, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por lo tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuricidad. Consecuencia de esto sería que el juez en lugar del procedimiento negativo habitual propio de los tipos cerrados, aquí tendría que comprobar la antijuricidad en forma positiva.

Hay casos en que el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual debe acudir a pautas o reglas generales, que están fuera del tipo penal. Exige al juez que mediante el caso concreto determine cuál era el deber de cuidado que tenía a su cargo el autor y en base al mismo, cierre el tipo pasando después a dilucidar si la conducta concreta es típica.

Siguiendo el criterio de Goldschmidt (cit. por Sagüés, 2001), no todas las normas son completas y determinadas. En ciertos casos la norma, para efectivizarse, requiere una precisión que el legislador deja intencionalmente en manos de quien hará funcionar esa

norma (juez). En otros el legislador, dicta la norma, pero ésta para operar, necesita de una reglamentación que el poder Legislativo encomienda a otro órgano (Presidente).

Las normas imprecisas pueden serlo en dos niveles: uno es la imprecisión en el tipo legal otra, es la imprecisión en la consecuencia jurídica. Esta última es muy frecuente en el ámbito penal, ya que las leyes de esa rama del mundo jurídico prescriben sanciones con mínimos y máximos, cuya graduación corresponde al juez.

En particular, los denominados “tipos penales abiertos” se insertan en la categoría de normas imprecisas en el tipo legal. Esos tipos se describen de una manera tan amplia que necesitan forzosamente ser especificados o determinados por el aplicador de la norma (juez). En los tipos cerrados, en cambio, la conducta sancionada está plenamente determinada por el legislador.

Conectado con el tema abordado se encuentran los llamados “tipos penales”, y “tipos judiciales”, de índole penal. Los primeros son establecidos por el legislador, quien puede haber formulado, según los casos, un tipo penal cerrado (preciso) o un tipo penal abierto (impreciso). En la segunda alternativa, la conducta a que alude el tipo es enunciada por el juez. Si el legislador enuncia un tipo legal, pero abierto, este encomendado al juez determinarlo o precisarlo. En tal supuesto el tipo es legal, pero prácticamente judicial. Así mismo es imposible enunciar tipos legales absolutamente cerrados.

Zaffaroni (1981, p.179) apunta, que, en los sistemas de tipo legales, “por muy estrictamente apegada al principio de legalidad que la ley quiera estar, muy frecuentemente no puede prescindir de referencias o pautas generales, para cumplimentar

la función individualizadora de los tipos”. Es evidente que, si el tipo penal resulta sumamente abierto, ese enunciado poco nítido no realiza un distingo claro entre lo lícito u ilícito, entre lo permitido y lo prohibido. Esto autoriza a captar penalmente, y en forma elástica, un sinnúmero de conductas de tal modo que en rigor de verdad nunca se sabrá con certeza si lo que está haciendo el sujeto es legal.

Un manejo discrecional y abundantes de estas figuras pueden constituir un excelente dispositivo para regímenes autoritarios y en especial totalitarios (del color y formula política que se quiera). Esto es, para sistemas políticos del llamado “poder pesado” (Bidart Campos, 1986).

El tipo penal abierto admite diferentes grados, de tal modo que la cuestión no solo estriba en admitir que en una hipótesis sea viable un tipo abierto, sino en meritarse también la razonabilidad o irrazonabilidad de la cuota de apertura de tal tipo que, si es excesiva, será inconstitucional. La calificación de esta figura en el ámbito de lo constitucional o lo inconstitucional, en base a pautas de razonabilidad jurídica, corresponde por supuesto en definitiva al Poder Judicial, interprete final de la Constitución.

La Constitución Federal disciplina bastante a los tipos de referencia. En su art.18 la Ley Fundamental consagra el llamado principio de legalidad, esto implica no únicamente una ley procedimental anterior al hecho enjuiciado, sino también una ley penal sustancial anterior a tal evento. Por su parte el art.19 CN sienta el denominado principio de reserva, complementario del de legalidad conforme al cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no

prohíbe”. No es factible privar a alguien de un bien (de su patrimonio, de su libertad) sin la existencia de norma.

En la doctrina constitucionalista se ha discutido si la Constitución exige que la ley previa al hecho condenado deba o no describir al tipo penal del caso. Quiroga Lavié (1978) considera que la Constitución solo demanda ley previa, pero no que esa ley esté formulada en tipos penales. Ello equivale a decir que a nivel constitucional no existe prohibición para la analogía como criterio interpretativo, dicha prohibición surge de la legislación penal.

En cambio, Bidart Campos (1986), juzga que la ley a la que alude el art.18 de la C.N, debe hacer descripción al tipo delictivo, el tipo penal concreta lo ilícito penal, y por eso el delito es la acción típica, antijurídica y culpable. Coincidiendo con esta última tesis, si la Constitución requiere ley previa para sancionar, y si solo se puede privar de algún bien en función de la ley, la descripción de un tipo penal se presenta como un presupuesto indispensable, tanto para evitar incurrir en la conducta a que refiere ese tipo, como para que, si se realiza tal comportamiento ilícito, se aplique la pena del caso.

Tomando en cuenta lo que postula el art.16 de la CN, debe focalizarse en la igualdad de los habitantes ante la ley, sin discriminación de ningún tipo, y mucho menos que está se efectuó desde la creación de la norma.

El principio Constitucional de seguridad personal, que emana específicamente del preámbulo, donde propone asegurar los beneficios de libertad, impone a su vez que el legislador delimite con cuidado la esfera de lo legal y de lo ilegal. Ante esto, no se advierte cómo se puede cumplir tal cometido sino es a través de enunciados de tipos

penales lo más precisos posibles. La Constitución aspira a tipos penales legales, fijados por la ley, y no judiciales fijados por el juez, con características de tipo cerrado, es decir, concretos, no difusos, no ambiguos, no abiertos. Si el legislador se equivoca y dicta tipos penales confusos, podrían resultar inconstitucionales, al violar aquellos principios de legalidad e igualdad ante la ley.

2.4. El Rol del principio de Legalidad en la Constitución Nacional

La estricta legalidad en la represión penal, es lo que manda el art.18 de la C.N, al ordenar “Ninguna habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso”. A la ley previa estableciendo el delito y la pena, se le suma el principio de judicialidad de la pena. Legalidad estricta del delito y la pena, y judicialidad estricta para su verificación, son pilares fundamentales del sistema.

Ferrajoli (1997) sostiene que hay una necesaria correspondencia entre la forma en que debe cumplir el legislador con el principio de legalidad estricta al momento de dictar las leyes, y el modo en que los jueces deben aplicarlas al juzgar. Lo que posibilitara esta correspondencia es el carácter empírico o factico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. El cognoscitivismo procesal, propio de un sistema garantista, se funda en la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias que también se asentara, por consiguiente, en hechos empíricamente susceptibles de prueba y refutación.

Las garantías de legalidad y judicialidad se integran también con lo establecido en el art.19 de la C.N. Con el principio de clausura que asegura que fuera de los mandatos o prohibiciones emanados de la ley, todo lo restante es ámbito de libertad humana, en su segunda parte con el denominado genéricamente principio de reserva, que establece otro límite de suma importancia, tanto para la sanción como para la interpretación de las leyes penales conocido específicamente como el principio de lesividad. La C.N. trata de romper, con la ausencia de ley estricta limitando al poder, la desigualdad, la esclavitud, la tortura, las penas inhumanas, la confusión entre el pecado y el delito.

2.5. Avances de la figura del principio de Igualdad ante la Ley

El principio de Igualdad del art.16.CN establece: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”. A su vez, el sistema Constitucional requiere para la configuración de un hecho punible y su pena: que no se configure jamás por vía de una interpretación analógica de la ley sancionada, pues ella significaría no solo la abolición de la garantía de la ley previa del art.18 de la CN y la facultad privativa de la ley para obligar o prohibir art.19 de la CN, sino la conculcación de la división republicana de poderes (art.1 CN), por cuanto el juez usurparía el poder del legislador.

Zaffaroni (2006), sostiene que este principio es una norma rectora y de garantía, proscribire toda interpretación y aplicación desigualitaria de la ley penal. Manifiesta que el tratamiento desigual de lo igual o el tratamiento igualitario de lo desigual, entrañan grave violación de la equidad y desconocen la dignidad personal o los derechos fundamentales del individuo desfavorecido y privilegia sin razón a los beneficiados. Para el referido autor este principio es el regulador de un estado de derecho el cual actúa en proporción inversa al ámbito del poder punitivo abierto por el conjunto de las tipicidades.

Haciendo referencia a Zaffaroni y además adhiriendo a su postura en que las disposiciones referentes a la acción penal, a pesar de ser procesalistas en relación a su naturaleza, deben estar dentro del Código Penal. De lo contrario conllevaría avasallar el principio de igualdad de nuestra Ley Suprema frente a diferentes criterios persecutorios.

Por otro lado, a la afirmación de Zaffaroni, puede responderse que con el solo hecho de que los órganos de persecución y juzgamiento estén representados y titularizados por hombres con criterios jurídicos diferentes, bastaría para quebrantar el principio de igualdad ante la ley. Inclusive, tales contrastes pueden darse en una misma provincia o peor aún, en un mismo edificio tribunalicio con magistrados y fiscales con perfiles antagónicos.

La penas o beneficios penales, de conformidad con el principio de igualdad, no admiten distinciones derivadas del origen ni la posición social del autor, como establece claramente el art.16 CN. La fijación judicial de las penas y beneficios dentro de las escalas legales es una tarea delegada a los jueces, que debe ser cumplida con el mayor cuidado y coherencia.

2.6. Conclusión Parcial

Con lo antes expuesto, se entiende que las leyes penales encuentran su fuente normativa en leyes nacionales dictadas por el Congreso de la Nación conforme lo estipula el art 75 inc 12 de nuestra Carta Magna, mientras que las contravenciones y las faltas reconocen su origen en principio en las jurisdicciones locales, en conformidad con la C.N.

En nuestro ordenamiento, la interpretación de la norma constitucional seguida por la doctrina argentina, entiende que todo hecho sancionable requiere de la existencia de una ley formal anterior, elaborada y que describa un supuesto de hecho determinado.

Como así también que todos los habitantes son iguales ante la Ley. Por ello, resulta necesario analizar la adecuación constitucional del mentado art.6 Código contravencional del Neuquén.

Teniendo en cuenta lo señalado es necesario que la normativa sea clara y precisa, ya que la utilización de tipos penales abiertos conlleva a una imposibilidad técnica de no poder recoger dentro de un precepto determinado de la ley todos los casos de antijuricidad que podrían producirse, o simplemente, la existencia de los mismos obedece a un defecto en lo que refiere a la labor técnica legislativa, la cual no facilita la identificación del bien jurídico tutelado y lesionado.

**CAPÍTULO III: BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL
DERECHO PENAL**

3.1. Introducción Parcial

En el presente capítulo se analizarán los bienes jurídicos, su definición a partir de diferentes autores, su origen, forma de implementación en la práctica, evolución y su utilización y limitación desde el Derecho Penal Contravencional.

El concepto de bien jurídico bajo el liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo, como noción reductora de la coerción estatal.

Distinción de su objeto material o de acción, sus primeras formulaciones su aplicación y eficacia. Su posición objetiva y subjetiva, la lesión del bien jurídico y su titularidad.

3.2. Concepto de bien Jurídico

El surgimiento de este concepto se da en el siglo XIX, como un límite establecido por el legislador para criminalizar conductas. Sus primeras formulaciones le son atribuidas a Johann M. F. Birnbaum, sin embargo, se reconoce que Binding fue quien impuso el concepto de Bien Jurídico, aunque no como noción pre legal, tarea que si intento desarrollar con posterioridad Von Liszt.

Por su parte, Aguirre Obarrio (1981) reconoce que Von Liszt como el hacedor principal del traspaso de la idea de derecho subjetivo protegido a la idea de bien jurídico protegido. El mismo Von Liszt sostiene que el “bien jurídico”, puede ser definido como

un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. De esta definición tenemos que el Bien Jurídico es un interés vital el cual preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho, sino que este los reconoce, y mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos.

La referencia a la sociedad determinada nos señala que ese interés que es fundamental en un determinado contexto histórico y grupo social, puede no serlo en otro, por esa razón es discutible que existan intereses universales y eternos, y por último la idea de que el bien es un interés reconocido por el ordenamiento nos lleva a preguntar, qué rama del ordenamiento jurídico es la “crea” los bienes jurídicos.

La respuesta desde el Derecho Penal es negativa, el derecho penal no crea bienes jurídicos, sino que se limita a sancionar con una pena a ciertas conductas que lesionan ciertos bienes de cierta forma o de otorgar beneficios de acuerdo con esta sanción. Todo Bien Jurídico es creado, lo que equivale a decir, que el interés vital es reconocido por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Señala Aguirre Obarrio (1981, p.104/105) que Binding sostenía que el objeto “el objeto jurídico del delito es una desobediencia al derecho subjetivo que el Estado tiene para exigir acatamiento a sus disposiciones”.

Welzel (cit. por Jakobs, 1997, p.509) dijo que:” El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma enseguida en algo distinto”.

Zaffaroni (2000, p.466), sostiene que:

” La legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el derecho Internacional y el resto de la legislación. La Ley Penal solo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia y plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional”.

Con base con la interpretación en el artículo 19 de la Constitución Nacional en cuanto consagra un Estado ético (reconoce libertad moral de cada habitante, postula que el delito debe tener como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos). Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra una concepción personalista del sistema jurídico, formula el principio de lesividad: “[...]ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo [...]”.

Así se reconoce un papel protagónico del bien jurídico en el principio de lesividad que funciona como límite al poder punitivo del Estado. El bien jurídico afectado es una expresión del principio de lesividad que requiere una entidad mínima de afectación. Advierte, una equiparación entre bien jurídico lesionado y bien jurídico tutelado. La ley penal interviene en el conflicto que genera la lesión o peligro de un bien jurídico.

Cuando se reducen las injerencias del bien jurídico lesionado se desemboca en sistemas jurídicos donde abundan las figuras de peligro abstracto, se pierde toda objetividad y materialidad y con ellos los límites del poder punitivo.

Roxin (2015), plantea que la lesión del bien jurídico es presupuesto de la punibilidad. Define a los bienes jurídicos como: circunstancias dadas o finalidades que permiten incluir estados o valores previos al derecho (pero no a la Constitución del país o estado de derecho) y los deberes que impone éste. Abarca de esta forma no solo el concepto metodológico del bien jurídico (en cuanto *ratio legis* del tipo penal) sino también el concepto político-criminal.

El autor rechaza la consagración como bien jurídico de ciertas concepciones morales, y considera además insuficiente la postura que se limita al concepto metodológico. Objeta la legitimidad de tipos penales que procuren protecciones meramente ideológicas o de valores morales o sanciones arbitrarias.

Núñez (2009, p.15), destaca que:

“[...] La determinación de lo que constitucionalmente puede ser un delito o una contravención, no sólo sirve para preservar el federalismo y para evitar una mala confusión de la legislación federal con la común, sino, también para advertir que un Código Penal concebido liberalmente, esto es, como protector de la seguridad de los derechos de las personas, no puede ser tiránico ni autoritario, ya que —a diferencia del deber, que es el fundamento de la represión autoritaria— los derechos no pueden ser dañosos para sus titulares [...]”.

Las conminaciones penales arbitrarias no protegen ningún bien jurídico y son inadmisibles, por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas

mediante norma jurídico penales. Se debe tener en cuenta que esta concepción de bien jurídico descripta lógicamente no es estática, sino que dentro del marco constitucional está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

La noción de bien jurídico ha dado lugar, en el ámbito del Derecho Penal, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. La principal consecuencia que puede extraerse del principio mencionado es el hecho que solo sería legítima aquella norma destinada a proteger bienes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de cualquier tipo de sanción respecto de pensamiento o comportamientos que no dañen a otro.

Kaufmann (1999, p.213) establece que: para resolver este problema lingüístico debe hacerse un distingo entre derecho objetivo y el derecho subjetivo. Por ello, el Derecho objetivo es una ley, cualquier artículo contenido en un tratado de derechos humanos es derecho objetivo, y todo el tratado es derecho objetivo.

En este sentido, el bien jurídico no puede confundirse con el Derecho objetivo, porque el bien jurídico no es la ley, sino el interés fundamental positivado en ella.

Respecto del Derecho Subjetivo, es la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse en tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas de las personas un comportamiento (sea activo u omisivo).

3.3. Origen, aplicación y función

La sistematización del bien jurídico nace con el firme propósito de conformar unos de los principios jurídicos-penales de carácter general. Se origina, como es conocido

con la obra de Bimbaum en las primeras décadas del siglo XIX. El origen del bien jurídico se encuentra en la pretensión de elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe a este como un instrumento que el individuo crea para preservar los bienes.

En otras palabras, el bien jurídico es la elevación a la categoría de “bien tutelado o protegido por el derecho”, mediante una sanción ante cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar ese bien protegido, siempre teniendo en cuenta que este carácter lo obtiene con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección. Más si esta norma no existiera o caducara, este no deja de existir, pero sí de tener su carácter jurídico.

Esta característica proteccionista que brinda la normatividad para con los bienes jurídicos, se hace notar con mayor incidencia en el Derecho Penal. Pero a la vez esta protección forma parte de todo el ordenamiento legal, ya que sería totalmente contradictorio que mientras la norma penal sancione el homicidio, una norma civil o de cualquier otra índole, lo permitan o consientan.

En cuanto al origen natural del bien jurídico, un sector de la doctrina representada por Bustos (1989), sostiene que este nace de las entrañas del mismo contrato social, como un derecho a ser respetado y como un deber de respetarlo.

En la actualidad la conceptualización del bien jurídico, no ha variado en su aspecto sustancial de valoración de bien a una categoría superior, la de bien tutelado por

la ley, en cuanto a ciertos criterios, como el origen, o como el área del derecho que deba contenerlos.

El bien jurídico en el derecho penal, a través de una selección fragmentaria de intereses, confiere su protección por medio de normas positivas contra las acciones susceptibles de perjudicar de alguna forma grave los intereses vitales del individuo o de la sociedad.

El objeto de protección está constituido por el bien jurídico, o el núcleo que en cada delito se lesiona, el tipo parte, de la norma y la norma a su vez del objeto de tutela. El derecho penal actual experimenta constantemente una movilidad de acuerdo con la dinámica social, por lo que no debe perderse de vista esos bienes a tutelar y el rango de cada uno, por ser una de las finalidades de la doctrina, proponer soluciones a las diversas cuestiones que surgen de la norma positiva.

La redacción actual de las normas penales tiene influencia tanto de la sistemática causalista como finalista, debido a la orientación filosófica de quienes han opinado en la incorporación de figuras delictivas, las cuales en ocasiones resultan híbridas y pueden confundir el bien jurídico que se pretende tutelar por medio de los tipos.

Estas confusiones pueden acontecer en la práctica, sobre todo tratándose de tipos que corresponden a una misma entidad, o cuando una acción u omisión lesiona varios bienes, o bien cuando un objeto de protección puede ser afectado de distintas maneras. De tal forma que una sola conducta, es capaz de afectar un solo bien o diversos bienes jurídicos, o dañar a un titular o a un conjunto de ellos. Por lo tanto, será labor del intérprete de la ley dejar en claro cuál es el bien o los bienes que resultan dañados.

Al presentarse en la pragmática los diversos supuestos de hechos, si se formula una abstracción de la conducta ante la lista de los delitos con referencia al bien jurídico tutelado, se evitan confusiones para determinar si esta es efectivamente típica, y si la tipicidad se adapta a una u otra figura penal.

La inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico o al consentimiento del pasivo pueden producir ausencia de tipicidad en la conducta.

El merecimiento de protección jurídico penal tanto como la necesidad de la pena condicionarán la existencia de los tipos penales. En la creación de los tipos legales asistirá el merecimiento como la necesidad de tutela penal. En cuanto a la despenalización, esta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena.

En la base de la creación de los tipos penales subyacen juicios de valor que permiten la elaboración de lo injusto, la elaboración de los objetos a ser protegidos penalmente se forja bajo condiciones elementales de admisibilidad. Esto es, que se afirmen principios de justicia, confianza y prudencia y que por el contrario se desestimen planteamientos ideológicos represivos con apariencia de neutralidad o esquemas normativos con marcada intolerancia. Por el contrario, no podrá fundamentarse si se crean tipos penales que afecten a la persona, la dignidad, la libertad.

Carrada (2000, p.286) en cuanto a los delitos contra la honestidad, establece que: este grupo de delitos no responde estrictamente a una misma objetividad jurídica, sino que enfrenta a una doble cuestión. Por un lado, determinar el concepto de honestidad y

por el otro el de los distintos tipos jurídicos protegidos al mismo tiempo que aquella. La ley y la doctrina han dado diversas soluciones.

Según Muñoz Conde (1975) establece que: entre las funciones atribuidas, de acuerdo con lo que se ha expuesto precedentemente, destacamos las siguientes:

Función Limitadora: constituye una barrera al legislador, en el sentido que éste debe constreñirse en las normas penales a tutelar exclusivamente bienes jurídicos. De esta forma un comportamiento merecedor de pena no es otro que aquel que produce la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que esta teoría orienta al legislador en el sentido de una política criminal racional. Es un límite al *ius puniendi estatal*, lo que se refleja entonces en la subsidiariedad del derecho penal, como ultima ratio reservada para casos extremos de elevada dañosidad social (principio de intervención mínima).

Función Teológica –interpretativa: la interpretación de los tipos penales debe orientarse al bien jurídico protegido en ellos, por lo que de esa manera se constituye en criterio fundamental para determinar su sentido y alcance.

Función Sistemática: vinculada con la anterior, en función del bien jurídico protegido los códigos penales agrupan los diferentes tipos delictivos en la parte especial, de acuerdo al bien jurídico prevalente, catálogo generalmente jerarquizado en virtud del valor atribuido a cada uno de ellos, según la modalidad de agresión.

Función Dogmática: Ubicado en la esencia de los tipos penales, el bien jurídico se constituye en el núcleo material de lo injusto, es precisamente este quien da concreción a

lo injusto, siendo entonces el criterio material determinante de la tipicidad y la antijuricidad.

Función Crítica: al determinar lo que se quiere proteger y mostrar su fundamentación, se abre la posibilidad de efectuar la revisión crítica del ordenamiento penal, develando las conductas que, de acuerdo con la evolución de la sociedad, ya no se hacen merecedoras de tutela punitiva, también será útil para dilucidar porqué la desvaloración de un comportamiento ha sido hecha en una forma determinada.

Teniendo en cuenta lo planteado y siguiendo a Von Liszt (1994), el cual señala que solo podrá hablarse de un bien jurídico en la medida que el interés en cuestión no se oponga a un derecho preponderante constitucionalmente protegido, con ello traemos a colación el término utilizado en el art.06 de Código de Faltas de Neuquén “persona honesta”, el cual no afecta ningún bien jurídico protegido por el derecho penal.

3.4. Inserción en Códigos de Contravenciones de la provincia del Neuquén

Los códigos y demás legislaciones de fondo, ya sea del ámbito civil, comercial, administrativo, de familia y penal o contravencional necesitan de un instrumento que permitan materializar esa ley de fondo frente al caso concreto. Ese instrumento es el proceso o procedimiento que tiene por objeto marcar el camino o la vía a través de distintos actos ordenados para lograr un fin determinado. En este caso este fin u objetivo consiste en la aplicación efectiva de otra rama (derecho de fondo) del ordenamiento jurídico, al caso concreto.

Villada (2015, p.102) expresa: “[...] que se conoce por Derecho procesal en general, a todo ordenamiento normativo que regula la actividad destinada a efectivizar otra rama esencial del orden jurídico”. El mismo autor señala que el procedimiento debe estar limitado y subordinado por la Constitución Nacional, ello en razón de ser esta última la piedra angular a la que debe ajustarse todo el ordenamiento jurídico.

El derecho contravencional tiene efectiva aplicación, a través del denominado proceso contravencional, y este a su vez tiene fundamento en el artículo 18 del ordenamiento constitucional cuando establece: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]” texto que receipta un principio universalmente aceptado que se traduce en la garantía del debido proceso.

En consecuencia, se define el proceso contravencional siguiendo a Villada (2015) como:

“El conjunto de reglas y procedimientos establecidos por el Estado para la efectiva aplicación de las sanciones administrativas, a los autores de las infracciones o beneficios de tal carácter, dictado conforme a las normas constitucionales correspondientes y ejecutados por los organismos competentes establecidos por las leyes a tal fin.”

El derecho penal tipifica delitos, asignando penas a determinados hechos ilícitos, se ha reconocido siempre la existencia de un derecho penal contravencional, donde los ataques a los bienes jurídicos no aparecen como tan graves, para ellos sus formas forman los elencos de los “códigos de faltas” que poseen algunas provincias.

Soler (1951), fue el representante más destacado, en su época de esta opinión, cuyas consecuencias son importante, ya que, siendo así, por un lado, el derecho penal contravencional tendría que observar todos los principios consagrados legalmente para el derecho penal común, particularmente en lo que contienen las garantías para el individuo y específicamente los límites constitucionales del *ius puniendi*.

Zaffaroni (2002), insiste en que la materia de falta no es de las que se han reservado a las provincias, sino que es las delegadas por ellas a la Nación en virtud del art.75inc 12, de la Constitución Nacional, apoyándose, en la diferencia que es meramente cuantitativa.

En tal sentido, los Estados nacionales, provinciales y municipales, tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las disposiciones y prácticas con estas características. Por el contrario, se debe apuntar a establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

Oportunamente el Tribunal Superior de Justicia de la provincia del Neuquén se ha expedido sobre el punto en el precedente del Acuerdo (49/1999):

“[...] Al ser el derecho contravencional una de las manifestaciones del ‘ius puniendi’ estatal que sólo se diferencia del derecho penal común desde una perspectiva cuantitativa, tanto su estructura material como procesal, deben reunir los requisitos que para la Ley penal y la Ley procesal penal exige la Constitución Nacional en salvaguarda la dignidad de las personas humanas. [...]”

Estos tipos penal-contravencionales deben extenderse tanto como para la necesidad de emplear las sanciones y penas, como para la preservación justa del bienestar humano.

Es importante resaltar que la doctrina ha acertado al considerar, que el derecho penal solo debe proteger “bienes jurídicos”, por ello deben excluirse las meras immoralidades como motivo de penas, que a pesar de las evoluciones en el concepto material de algunas normativas sigue sin estar claro. La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar desde meras subjetividades o concepciones valorativas generales. El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución Nacional.

3.5. Conclusión parcial

Con todo lo expuesto anteriormente puede decirse que el bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal, las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal.

El objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el derecho, es este el que decide entre los

intereses sociales cuales deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que los crea.

El derecho protege bienes vitales, coloca al sujeto en medio de esos bienes concretos y reales bajo la perspectiva que deben servir al desarrollo personal del individuo.

La Constitución cumple una función programática que incidirá en el derecho penal y en lo específico en la configuración del bien jurídico.

En consecuencia, de todo lo antes dicho y siguiendo la normativa y la doctrina argentina, el art 06 del Código de Faltas de la provincia del Neuquén, con la utilización y determinación a partir de “persona honesta”, violenta la forma republicana de gobierno.

Transgrede dos tipos Constitucionales, por un lado, los principios de división de poderes, del debido proceso, y por otro las violaciones a los principios de legalidad, igualdad ante la ley y no discriminación.

En el tipo penal-contravencional utilizado reprime claramente estilo de vida, conductas no lesivas para terceros y pretende imponer deberes ilegítimos.

**CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES
EN TORNO AL ARRESTO DOMICILIARIO**

4.1. Introducción Parcial

El presente capítulo se centrará en las discrepancias que presenta el Art.6 del Código de Faltas de la provincia del Neuquén al prever el arresto domiciliario “cuando se tratare de una persona honesta”, en especial la atención se focalizará en sus controversias con principios constitucionales.

Siguiendo a Zaffaroni (2000), se abordará la contaminación del derecho penal con la moral, entendiendo que la moral no puede ser considerada un bien jurídico protegido por el derecho Penal.

También la utilización de términos vagos, ambiguos y en desuso es otros de los aspectos significativos tratados en esta parte del trabajo. También se analizarán los controles constitucionales relacionados con la problemática planteada.

Seguidamente se abordará la estructura de los tipos objetivos, los elementos normativos y la valoración del juez y la clara intención de sancionar conductas por parte del Estado. El capítulo se completa con el análisis que permita arribar al desarrollo de criterios jurídicos para una reforma integral de dicho artículo.

4.2. Sistema de control

Nuestro actual sistema de control constitucional, aplicado en el ámbito de las garantías constitucionales del proceso penal es difuso. Esto es, que todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden ejercerlo y eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto estatal de contenido normativo, con efectos inter partes, para el caso concreto. La consecuencia de esta declaración será la no aplicación de la norma considerada inconstitucional.

No debemos dejar de lado que este análisis está centrado en una idea rectora donde el fin último perseguido por el Estado de Derecho: la dignidad de la persona humana. En este aspecto es donde cobra importancia la plena vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal, para evitar todo abuso que viole esa dignidad.

Un Estado de Derecho es aquel en el que se establecen los procedimientos jurídicos y constitucionales para limitar y controlar los posibles excesos del poder estatal. Las garantías constitucionales del proceso penal, reconocidas en la norma fundamental, son unos de los instrumentos más importantes para evitar los excesos del poder estatal, por lo que es muy importante asegurar el pleno respeto de las mismas a través de un control de constitucionalidad eficiente.

Prestigiosa doctrina (Haro, 2003) señala que: cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, evidentemente están asumiendo un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas.

Con la creación del Estado de Derecho, se consagran derechos y garantías que intentan proteger a los individuos frente a la utilización arbitraria del poder penal del Estado.

Estos derechos y garantías conforman la base política de orientación para la regulación del derecho penal del Estado. La necesidad de que el Estado democrático vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales obliga a que en la Constitución sean definidos los límites en el ejercicio del poder estatal. En el proceso penal esta necesidad se hace más imperiosa, es por eso que en la Constitución se fijan reglas mínimas de un debido proceso penal, o como lo afirma Binder (1999), un diseño constitucional del proceso penal.

Sostiene Ferrajoli (1997), mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción, típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad. Para evitar los desbordes autoritarios del poder estatal y al mismo tiempo equiparar la desigualdad en la que se encuentra el individuo, se enviste a este de las garantías de origen constitucional.

Las garantías buscan asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento arbitrario. Todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante la autoridad competente. Desde ese momento pelagra su seguridad individual en la relación a la aplicación del poder penal. Los institutos penales procesales deberán respetar el ordenamiento constitucional.

En el marco del procedimiento penal, los individuos se encuentran en una situación de indefensión frente al poder ejercido por los órganos del Estado. En esas situaciones en que se presenten lesiones a los derechos constitucionales o no respeto de

las garantías, el Poder Judicial debe actuar para combatir esas irregularidades y velar así por el respeto de los principios establecidos en la Constitución.

En la mayoría de los casos las lesiones a las garantías constitucionales provienen del actuar de organismos del Estado. En algunos casos es el órgano legislativo quien incurre en el quebramiento de las garantías reconocidas al individuo por la Ley Suprema, este es el caso del art.6 del Código de Faltas de la provincia del Neuquén.

Corresponde al Poder Judicial subsanar esta violación, ya sea a través de la aplicación del régimen de nulidades procesales previsto en el derecho procesal penal. Una alternativa consiste en anular cualquier acto procesal producido en violación a las garantías constitucionales, otra opción es declarar para el caso en particular, la inconstitucionalidad de la ley reglamentaria, la cual no resultará aplicable en el caso concreto.

La Constitución constituye una Ley de garantías, por lo que deben establecerse los procedimientos jurídicos -institucionales que permitan limitar y controlar los posibles excesos tanto del poder estatal como de los poderes individuales y sociales.

4.3. Garantías Constitucionales en el proceso penal

Estas garantías, son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo los abusos.

Estas garantías deben ser entendidas como el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de verdad material y de los derechos fundamentales del imputado.

Seguidamente se realizará una aproximación siguiendo a Ferrajoli (2007), sobre algunas garantías rituales que son directamente operativas y que, aunque no aparezcan mencionadas en el Código de Faltas, las disposiciones de este deben ser interpretadas según aquellas.

4.3.1. Tribunal independiente e imparcial

Es una garantía del debido proceso y como tal no puede ser limitada por las leyes procesales, la facultad de recusar al juez cuando existe temor de imparcialidad.

De los derechos de jurisdicción y tutela judicial efectiva, se sigue la necesaria imparcialidad del tribunal (artículos: 18,33 y 75 inc.22 de la C.N., 18 de la DADDH y 25 de la CADH).

Se entiende por debido proceso aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación y el respeto de los términos procesales.

4.3.2. *Juez natural*

El principio de juez natural, funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad o como garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, para no juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso) sino para perjudicarlo.

El órgano judicial presenta cuatro caracteres indispensables: competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto; imparcialidad, neutralidad para decidir el proceso con objetividad, y estar establecido con anterioridad por la ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva al proceso, de acuerdo con el mecanismo constitucional para su nombramiento.

Haciendo hincapié en los caracteres indispensables nombrados por Ferrajoli (2007), y centrándonos en el de la imparcialidad-neutralidad, el juez debería despojarse de los estereotipos sociales “etiquetas que operan para moldear lo que podemos llamar, identificación”.

Blum (1992) sintetiza, los problemas de estereotipos en dos: uno de naturaleza intrínseca, por tratarse en sí mismo de una forma de menosprecio, y otro de carácter instrumental que se manifiesta cuando se identifica un nexo de causalidad entre este y otras consecuencias negativas. Estos estereotipos suelen imponer costos sociales innecesarios, ya que las decisiones justificadas en apreciaciones inexactas, además de

cristalizar consideraciones fácticas que se sustentan en creencias, difícilmente admiten evidencia contradictoria.

Se ha dicho que el juez imparcial es aquel que no es parte en el asunto que debe decidir, que lo aborda sin interés personal alguno y con ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o respecto de la materia (Mair,1996).

4.3.3. Motivación de la pena

El artículo 238 de la Constitución Provincia del Neuquén, dispone sin hacer excepción alguna, que las sentencias deben ser motivadas, bajo pena de nulidad. La justicia de paz, como integrante del poder judicial no puede quedar al margen de dicha prescripción.

Más allá de la ineludible manda constitucional, lo cierto es que toda decisión, de cualquier poder público debe tener uno o más motivos que la determinen, si es que no es producto del mero arbitrio o capricho.

La motivación no es más que la expresión por escrito de tales causas de una resolución, por lo cual no es necesario que el juez sea letrado para poder cumplir con ese requisito.

Concretamente, cualquiera tiene la posibilidad de dar cuentas de las pruebas y las reglas de sana crítica aplicadas, principios lógicos y máxima de experiencia que determinan la decisión de la condena o beneficio. No son necesarios mayores conocimientos de derecho que los que están en la esfera del lego, que sabe que está prohibido, qué permitido y qué acciones están reprimidas por el orden jurídico.

4.3.4. *Sentencia arbitraria*

En esta breve incursión en el tema se sigue el criterio expuesto por Sagiés (1978), quien distingue tres grupos de sentencias arbitrarias: arbitrariedad normativa, arbitrariedad fáctica y arbitrariedad concurrente.

La arbitrariedad normativa incluye aquellos casos en que la sentencia no es una derivación razonable de la normatividad. El vicio que genera la arbitrariedad está, en estos supuestos, enquistado en una inadecuada aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Se detalla la primera categoría dado que está relacionada con lo expuesto a lo largo del trabajo. En este sentido, las sentencias infundadas o inadecuadas son aquellas que prescinden total o parcialmente de la relación con el ordenamiento jurídico vigente. Toda sentencia tiene que expresar el derecho que rige el caso, que debe ser razonablemente derivado del ordenamiento jurídico, respetando la jerarquía de sus diferentes normas. La falta de referencia al derecho que se aplicó al caso, la mención de fundamentos jurídicos irrazonables o carentes de aptitud, o erróneos o la manifiesta insuficiencia, derivan en casos de arbitrariedad.

Este tipo de arbitrariedad lesiona, en el caso del art.06 del código de faltas de Neuquén, derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional, Código Penal y Constitución Provincial los cuales respetan lineamientos y congruencias en su normativa de la cual el Código de Faltas de la provincia del Neuquén es ajeno

4.4. Competencia legislativa provincial en materia de contravenciones

La competencia provincial en materia contravencional está restringida a todas aquellas materias que han sido delegadas por el Congreso Federal dentro del texto de la Constitución Nacional (artículos 1 y 8 del CP y artículos 75 y 126 de la CN y sus concordantes).

En tal sentido el dictado del Código Penal corresponde al Congreso de la Nación (art.75 inc.12), a la par que la Constitución Provincial atribuye a la legislatura local la sanción del Código de Faltas.

Para Zaffaroni (2002), la Constitución establece formas secundarias y terciarias de estado, a las cuales no puede dejarlas huérfanas de toda facultad punitiva, ratificando que el derecho contravencional es derecho penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a este. La competencia legislativa penal en materia contravencional por parte de la provincia es muy poco discutible.

Respecto de las facultades provinciales para darse leyes contravencionales, las cuales formar parte de la nómina de las facultades delegadas, la propia regulación del poder coercitivo, la consideración que los delitos y faltas forman parte un mismo sistema punitivo; hacen que hoy por hoy, se encuentre indiscutida la potestad de las provincias para darse sus propios regímenes contravencionales.

Nuestro diseño constitucional obliga a hacer una delimitación de las competencias entre la provincia y la Nación dentro del genérico *ius puniendi* estatal, aunque la distinción no está basada sobre alguna diferencia ontológica. El Estado debe asegurar y tutelar, por medio de la coacción jurídica contra las manifestaciones internas de los

individuos que ponen en peligro y lesionan bienes jurídicos concretos. No permitir que dentro de las normativas utilizadas por las provincias se utilicen filosofías antidemocráticas, discriminadoras, y violatorias de las más elementales garantías constitucionales como es el caso del art.6 del Código de Faltas de la provincia del Neuquén (Zaffaroni, Miño, Martínez, Vitale, 2004).

4.5. Conclusión Parcial

Teniendo en cuenta que tanto el Código Penal como el Código de Faltas provincial fueron concebidos liberalmente, como protectores de la seguridad de los derechos de las personas, no puede ser de ninguna manera tirano y autoritario, ni dañosos para sus titulares.

El poder legisferante está acotado ya que no puede exceder su función y crear delitos, bajo la denominación de faltas, evadiendo otra competencia más allá de la que le corresponde estrictamente en razón de territorio y materia.

Las provincias bajo ningún punto de vista pueden sancionar disposiciones que importen alterar las figuras específicas del Código Penal, ni arrogarse facultades que por su naturaleza corresponden al Congreso Nacional.

Por otro lado, el Derecho Contravencional tanto en su estructura material como procesal, debe reunir los requisitos que para la ley penal y procesal exige la Constitución Nacional de salvaguardar la dignidad de la persona humana.

Conclusión Final

Teniendo en cuenta los cambios que ha sufrido la provincia del Neuquén tanto sociales, como políticos, económicos y jurídicos y un exhaustivo estudio del Códigos de Faltas vigente en la provincia de Neuquén, permite advertir que la disposición citada art.6, colisiona con los modernos estándares constitucionales.

Como así también en el ámbito provincial, nacional, y los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, afecta diversas garantías constitucionales tanto en lo procesal como en lo sustancial, constituyéndose en un control social con un manifiesto abuso del poder punitivo estatal.

At initio es menester consignar que, desde la consolidación del derecho penal liberal, y el estado republicano y democrático no hay lugar para el ejercicio de poderes públicos sustraídos de toda regla de control. De manera tal que el *ius puniendi*, más que cualquier otra manifestación del mismo debe ejercitarse con arreglo al ordenamiento jurídico constitucional.

Bajo el imperio del estado de derecho, adscripto al sistema de control difuso que campea en el ordenamiento argentino, el juez tiene el deber de verificar tanto la vigencia, como la validez constitucional de las normas que aplica. Caso contrario, aplicaría dispositivos que han perdido toda virtualidad jurídica o que solo la tienen en apariencia, o prescripciones que lisa y llanamente, colisionan con la Ley Suprema.

También ha dicho la jurisprudencia que:

“[...]Tanto a las contravenciones como a los delitos, les son aplicables los mismos principios, pues si bien ambas categorías de infracciones tutelan distintos bienes jurídicos, en el fondo persiguen la misma finalidad. Su distinción es sólo cuantitativa y no cualitativa. Siendo ello así, todos aquellos principios de la dogmática penal, referidos a la acción, antijuridicidad, tipicidad, autoría y culpabilidad recobran todo su esplendor en la primera de esas infracciones [...]”⁷

Señalado lo anterior, se destaca que los art. 16, 19 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; y Tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados en el art. 75 inc. 22, garantizan la igualdad de trato y de oportunidades, propugnan el principio a la no discriminación y la protección del Estado contra ataques arbitrarios e injerencias contra la libertad de todos los seres humanos.

En cumplimiento con los principios constitucionales, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación. Esto se traduce en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en la aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas, en razón de su raza, género, color u otras causales.

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

⁷Juzgado N°2 de Menores de San Martín, L.F.B”, 7/6/198, JA 1983-II-242, N°32109

Por lo antes expuesto, resulta notorio que el artículo 06 del Código de Faltas cuestionado, sea manifiestamente incompatible con derechos y garantías de la Constitución Nacional, en cuanto viola la protección constitucional a la esfera de la privacidad de la persona, la libertad personal.

La inconstitucionalidad del Art 06.o por lo menos en la utilización de “persona honesta”, es clara, porque el legislador a partir de él pretende imponer una moral pública al tipificar como contravención una elección totalmente propia de cada persona.

Este tipo penal-contravencional permite que la autoridad del Estado injurie a los particulares desde su propia visión o concepción de persona honesta. Sumado a que se trata de un tipo penal-contravencional abierto, cuya aplicación al caso concreto queda librada a la apreciación de la autoridad, constituyendo una violación al principio de legalidad.

Para finalizar, la norma citada no es más que una fórmula que busca legitimar un prejuicio, una manifiesta arbitrariedad impuesta desde una moralidad subjetiva y así habilitar de una manera “legal” a través de las normas para etiquetar o injuriar a determinadas personas y de acuerdo a estos parámetros determinar si corresponde o no el beneficio a otorgar por parte de la justicia, representada en la autoridad competente designada.

Bibliografía

Doctrina

- Aguirre Obarrio, E. (1981). “Preludio al bien jurídico”, en Lecciones y Ensayos. Segunda época, N°1. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.
- Beccaria, C. (2008). De los delitos y de las penas. Madrid, España: Tecnos.
- Bidart Campos, G. (1986). Tratado elemental de derecho constitucional argentino. T. I. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- Bidart Campos, G. (1995). Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo II. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. (1988). La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. (1995). El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. (1998). Manual de la constitución reformada, T. I, Buenos Aires: Ediar.
- Binder, A. (1999). Introducción al derecho procesal penal. 2° edic. Buenos Aires: edit. Ad-Hoc.
- Blanco, G. (2014). 50 años de planificación en Neuquén -COPADE- 1964-2014. 1° Edición. Buenos Aires: Consejo Federal de Inversiones; Neuquén Consejo de planificación y Acción para el desarrollo.
- Bustos, J. (1989). Manual de Derecho Penal. 3 ra. Ed. Barcelona: Ariel.
- Cafferata Nores, J (2011)-Proceso Penal y Derechos Humanos.2da Ed. Buenos Aires:Puerto.
- Fayt, C. (1994). Supremacía constitucional e independencia de los jueces. Buenos Aires: Depalma.

- Ferrajoli, L. (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2002). Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Goldschmidt, W. (1973). Introducción filosófica al Derecho. 4ª edición. Buenos Aires: Ed., Depalma, Buenos Aires.
- Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- Mair Julio, Derecho Procesal Penal-Buenos Aires, Ed del Puerto,1996.
- Montesquieu (1984). El espíritu de las leyes, 6ª ed., Buenos Aires: Heliasta
- Núñez, R. (2009). Manual de Derecho Penal. 5ta. edición. Buenos Aires: Lerner.
- Quiroga Lavié, H. (1978). Derecho constitucional. Buenos Aires: Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Roxin. C (2015). Teoría del tipo penal. Madrid Ed. Metropolitana
- Sagües, N. (1978). "Los galimatías legislativos y la responsabilidad constitucional del legislador", en Rev. La Ley, T. 1978-B, p. 983.
- Soler, S. (1987). Derecho Penal argentino. T. I, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires: TEA.
- Terán Lomas, R. (1980). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Von Liszt, (1994). La Idea de Fin en el Derecho Penal. Instituto de Investigaciones jurídicas. México.
- Von Beling, E. (1944). Esquema de Derecho Penal. traducido por Sebastián Soler de la obra Grundzüge des Strafrechts, 11ª ed., 1930. Buenos Aires: Depalma.
- Yuni, J. A.; Urbano C. A. (2006). Técnicas para Investigar. Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación. Vol. 2. (2a ed.). [versión electrónica]. Córdoba: Brujas.

- Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación. (6a ed.). [versión electrónica]. México D.F.: Interamericana.
- Zaffaroni, E. (1984). “Sistema Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material”, en Criminología Crítica, I Seminario, Universidad de Medellín.
- Zaffaroni, E. (1981). Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ed. Ediar.
- Zaffaroni, E.; Miño, L.; Martínez, S. y Vitale, G. –dirs.- (2004). Pensamiento Penal del Sur. Universidades Nacionales de Comahue, del Sur y de La Pampa. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor.

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Código Penal de la Nación Argentina
- Código Procesal Penal de la Nación
- Constitución de la Provincia de Neuquén
- Código Procesal Penal de la Provincia Del Neuquén
- Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad-Actualmente

Ley 26472.

Jurisprudencia

Fallos

- Corte IDH, "Kimel", 02/05/2008.
- CSJN, "Strada", Fallos 308:490.
- CSJN, "Di Mascio", Fallos 311:2478.
- CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa N° 17.768.", 14/06/2005.
- TSJN, "Ramirez" Fallos: 329:3680.
- TSJ, Neuquén, Acuerdo N° 49/1999, de la Sec. de Rec. Ext. y Penal.
- TSJ, Neuquén, "REPETTO, ANDRÉS Y OTRO C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", 16/04/2012.
- TSJ, Cba., Sala Penal, "Guía, Roberto del Valle s/ejecución pena privativa de la libertad- Recurso de Casación", 13/05/2013.
- Juzg. N°2 de Menores, San Martín, "L.F.B", 7/6/198, JA 1983-II-242, N°32109.

Páginas Web

- Actualidad Jurídica. Base de revistas en formato digital. URL disponible en: www.actualidadjuridica.com.ar/revista_digital_viewlist.php?cmd=resetall
- Repositorio de revistas jurídicas iberoamericanas. Universidad de Salamanca, España. URL disponible en: <https://fundacion.usal.es/ced/egresados/recursos-juridicos.../revistas-juridicas>
- Tu espacio jurídico. Revista jurídica online. URL disponible en: <https://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/>
- Zaffaroni, R. E. (2004). Conferencia en la Universidad Nacional de la Plata, s/f. URL disponible en: <https://www.apdhlaplata.org.ar/prensa/2004/zaffa>