



Tribunal Electoral de la Provincia de Jujuy
**XIV CONGRESO Y XI SEMINARIO DEL FORO FEDERAL DE ORGANISMOS
ELECTORALES DE LA REPUBLICA ARGENTINA**

Exposición del Dr. Julio B. MAIER

Delitos electorales

1. Introducción

Confieso, de entrada, que ésta no es mi zona específica dentro del Derecho penal, más aún, me costó referirme al tema y, posiblemente por mi formación general en una de las materias mencionadas en el título, llegue a discrepar, en las soluciones prácticas, con varios de Uds. Al mismo tiempo, cuando comencé a leer la bibliografía existente o a mi disposición, advertí que carecía de sentido la referencia directa de mi exposición al Derecho positivo argentino, muy criticado por cierto y con gruesos epítetos: cuando menos esa regulación ha sido tachada por *incompleta* —en varios sentidos—, *contradictoria* y *obsoleta*¹. De modo que mi exposición valdrá básicamente como *de lege ferenda* y se referirá, principalmente, a los problemas y regulaciones que debería solucionar y abarcar el Derecho penal referido a los comicios, esto es, a la propuesta de una legislación futura, que hoy no existe.

He elegido, por tanto, tres problemas, a mi juicio capitales, para discutir el tema. El primer problema se refiere al estado actual del Derecho penal, a su realidad legislativa y teórica, y a aquello para lo que, según mi opinión, él sirve o a aquello que él puede brindar en materia electoral. El segundo problema se refiere a la competencia legislativa para emitir las normas penales eventuales y a la competencia judicial para juzgar las

¹ Cf. Heriberto V. Saavedra, *Delitos y faltas electorales*, en "El Derecho", t. 192, ps. 789 y ss.

infracciones a ellas. El tercer problema es derivado del anterior y consiste en establecer alguna diferencia entre delitos y contravenciones electorales.

Conforme a mi exposición sobre estos temas, intentaré, como conclusión, una serie de afirmaciones para conformar la legislación sobre la materia.

2. El Derecho penal y su llamativa inutilidad

1. Hoy ya es un lugar común el señalar la *inflación* del Derecho penal² a límites irrazonables, o su *expansión* excesiva o bien, más poéticamente, la *fascinación* del legislador ante él³, cual si fuera el remedio correcto para

² Cf. FERRAJOLI, Luigi, en *Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura*, en "Pena y Estado", año 1, n° 1, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 125 y siguiente; ver también, del mismo autor, *Diritto y ragione* (2ª edición), Ed. Laterza, Roma-Bari, 1990, Cap. 2º, n° 8, ps. 80 y ss. (en castellano, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 103 y ss.).

³ Sobre esta crisis una reunión universal de juspenalistas, organizada por la Fundación Alexander von Humboldt de la República Federal de Alemania: cf. HIRSCH, Hans-Joachim (compilador), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? (Tagungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung veranstaltet vom 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg)* [R.F.A.], Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2001; descripción de la crisis en Europa, de la mano del *trueque de libertad por seguridad*, ALBRECHT, Peter-Alexis, *Die vergessene Freiheit*, Ed. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006 (2ª edición); en el mismo sentido descriptivo de esa crisis y en idioma castellano, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Ed. Civitas, Madrid, 2001, caps. 1, 2 y 3, ps. 17 y ss.; y el libro de JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003 (edición argentina: Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005). La repercusión de esa crisis en trabajos científicos en la República Argentina ha sido escasa: posiblemente haya que nombrar en primer término al discurso del que hoy es nuestro mayor penalista, Eugenio Raúl ZAFFARONI, al recibir el título de doctor h. c. de manos del Sr. Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, discurso de contestación a la *laudatio* cuyo manuscrito tengo en mis manos, *El derecho penal liberal y sus enemigos*; recientemente, el mismo autor ha publicado un libro sobre el mismo problema, *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Ibañez y Univ. Santo Tomás, Bogotá, 2006, que contiene un estudio total del tema en el que se observa, también, el *trueque de libertad por seguridad*; irracionalmente (ps. 30 y s.); luego siguen el trabajo de NIÑO, Luis Fernando, *Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal*, Cuadernos de Política Criminal, n° 55, Madrid, 1995, cuando aún la cuestión, si bien ya insinuada, no había explotado del todo, al menos entre nosotros; y el trabajo de LASCANO, Carlos Julio (h), publicado vía internet, *El "derecho penal para enemigos" y las garantías constitucionales*, en www.eldial.com/edicion/cordoba/penal/indice/doctrina/cp031016-b.asp, del 16/10/2003, Ed. Albremática, Buenos Aires, 2003; y, por manuscrito, conozco también, al comenzar estas líneas, el trabajo de PASTOR, Daniel, *El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, en AA.VV., coordinadores: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Ed. B de F, Buenos Aires, y Edisofer, Madrid, 2006, t. 2, ps. 475 y ss. (trabajo incluido en este libro); en la América hispánica no se puede ignorar el trabajo de APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad*, cuyo manuscrito castellano poseo y cito, y que, según confesión del mismo autor, constituye el núcleo fundamental de su tesis doctoral, publicada en la Rep. Fed. de Alemania, *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Strafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, tesis dirigida por el Prof. Dr. Alejandro Baratta, recientemente fallecido.

todo mal social⁴. También es un lugar común señalar que este fenómeno afecta sobremanera la *eficacia* o *eficiencia* de todo el sistema penal, más notable aún en el subsistema judicial en la materia, esto es, en el ámbito propio del procedimiento penal y su organización judicial⁵. ¡Cuánto más habrá que insistir en esa ineficiencia, si se conoce la regla de *selectividad*, que afecta a todo el sistema penal, pero con mayor rigor a su capítulo judicial y práctico, pues arribados a él tal selectividad se presenta con los mayores márgenes de arbitrariedad e injusticia, al punto de que ese sistema ha sido bien descrito por algún criminólogo como un embudo con perforaciones previas en sus paredes, esto es, antes de llegar el caudal al caño central por el que pasa una muy pequeña cantidad de aquel líquido que ingresa por su ancha boca⁶.

Los factores que producen este fenómeno, llamado *panpenalismo* o *neopunitivismo*, son conocidos⁷. Yo no puedo ocuparme ahora de ellos; opto por nombrarlos. Existe un giro total sobre las metas que propone el Derecho penal y los fines de la pena, antes concebidos, básicamente, como

⁴ La expresión me pertenece —aunque ésta, la del texto, fue extraída de una conocida y hermosa zamba cuyana—, expresión originalmente pronunciada como *sanalotodo de todo problema social*.

⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi (cit. *supra*); MAIER, Julio B. J., *Ist das Strafverfahren noch praktikabel?*, en *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften* cit., II, ps. 246 y ss. (en castellano, con la traducción de Gabriela Córdoba, *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/La lectura, Córdoba [R.A.], 2001).

⁶ Cf. KAISER, Günther, *Krimologie* (7ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1985, § 18, ps. 124 y ss., quien, por esa razón, esboza su dibujo del sistema penal práctico como un embudo que no sólo tiene una salida limitada por un tubo de muy inferior tamaño al de su recipiente de entrada, sino, antes bien, construido con agujeros en las paredes del recipiente original, por donde también se escapa el „líquido“ que sobra. La discriminación en que se funda la *selectividad* siempre elige al más débil, a quien menos resistencia opone a la aplicación de la pena, un tamiz inverso al de las redes que conservan los peces grandes pero dejan pasar a los más pequeños.

⁷ Cf. PASTOR, Daniel, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, en „NDP“, Buenos Aires, 2005/A, ps. 73 y siguientes.

reacción —con la pena— sobre un hecho histórico, francamente ilegítimo, acaecido en el pasado y ya concluido, hoy, en cambio, propuesto como prevención de peligros futuros en una vida gregaria que ha sido definida por los expertos en sociología como *sociedad del riesgo*⁸. Los mecanismos básicos de ese giro consisten en: a) anticipar la punición, reprimir en la primera esfera de protección de un bien jurídico, mediante delitos de peligro abstracto —para los cuales el daño sólo interesa como factible, como síntoma de un peligro eventual—, b) crear bienes jurídicos nuevos, colectivos o supraindividuales, ciertamente intangibles y normalmente institucionales, en el sentido de que caen en la esfera de los deberes de la administración estatal en procura del *bien común* (por ejemplo: la seguridad, la salud general o pública [sustancias controladas o drogas], la responsabilidad en la elaboración de productos de consumo masivo, la recaudación o la subvención estatal).

Al sistema judicial, más derechamente, al procedimiento penal y a la organización judicial, se ha trasladado —según una regla ya histórica de influencia política del Derecho material sobre el procesal, fácil de

⁸ El mayor expositor de esta característica social actual es el sociólogo alemán, BECK, Ulrich, con sus tres principales obras, *Risikogesellschaft*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main (R.F.A.), 1986 (existe traducción castellana, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, de Ed. Paidós, 1998), *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1988, y *Politik in der Risikogesellschaft*, Ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991. Cf., por todos, para un desarrollo amplio del punto, SARRABAYROUSE, Eugenio, tesis doctoral aún inédita —en prensa— sobre "La responsabilidad por el producto en el Derecho penal", § 2, A, 1, II, con extensa bibliografía citada y comentada, incluso desde el ámbito del Derecho penal (sintéticamente, del mismo autor, *Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el Derecho penal argentino*, III, próximo a aparecer). Se reconoce en la velocidad de transformación que impulsan la ciencia y la técnica actuales, más la cultura que ellas han contribuido a crear, como los principales factores de un desajuste de esa realidad con las reglas jurídicas que, como todas las ciencias culturales, se ha revelado extremadamente lenta para abarcar los nuevos fenómenos creados por aquellas.

comprender— esta nueva comprensión del fenómeno criminal. Así, prescindir de la lesión efectiva de un bien jurídico, antes tangible como regla central del Derecho penal, debió suponer mayores posibilidades de arribar a una condena y a una pena, aspecto que conlleva un acrecentamiento del poder punitivo estatal, de máxima proporción. Al operar sobre síntomas de peligro, el juicio penal ya no parece significar la legitimación del ejercicio de la fuerza estatal contra una persona determinada, a quien se le quiere suprimir el goce de un derecho fundamental, sino, por lo contrario, comienza a transformarse en un procedimiento de control de la fuerza ya aplicada, en una posibilidad de demostrar algún error de aplicación para quien sufre ese ejercicio. Por lo demás, el fenómeno inflacionario dentro del Derecho penal ha llegado a tal nivel que no existe organización judicial capaz de dar una respuesta acorde con sus procedimientos de garantía, razón por la cual se ha instalado una fuerte versión —llamada eufemísticamente juicio abreviado— de una pena consensual, esto es, de una condena que no se apoya en la prueba de la verdad, sino, antes bien, en una negociación entre el representante estatal —normalmente la fiscalía, en ocasiones otro acusador e, incluso, el tribunal— y quien es sometido al procedimiento penal.

Dicho sea de paso, la ciencia natural y la técnica, con su alarmante velocidad de cambio, imposible de seguir por las ciencias normativas, le han creado a las antiguas máximas liberales de garantía ciertas hipocresías

difíciles de superar⁹, al punto de que esas reglas de garantía merecerían hoy nuevas formulaciones¹⁰.

II. Frente a estos fenómenos, cabe preguntarse ahora acerca de la justificación de la inclusión del Derecho electoral en el Derecho penal —el tema de esta sección— o, si se quiere, acerca de la necesidad de un capítulo penal del Derecho electoral. Una respuesta “legislativa” o “de los legisladores” seguramente sería afirmativa, pues seguiría los pasos ingenuos de creer que la amenaza de pena corregiría aquellos problemas relativos a las acciones ilegítimas, desvaliosas o desleales vinculadas con los comicios; tal respuesta sería también, seguramente, poco imaginativa y, con ello, *incompleta* —en varios sentidos—, *contradictoria* y *obsoleta*, según ya tuvimos oportunidad de repetir. Esta verificación, para lo cual basta mirar el Derecho positivo, ya nos permite una primera aproximación: más allá de la necesidad —a comprobar— de la utilización del Derecho penal para alguna conducta electoral desvaliosa, nos debe quedar en claro que el Derecho penal no corregirá ni “... puede resolver aquello que la conducta política de los actores democráticos no hacen”¹¹. Ello advierte por

⁹ Cf. DENCKER, Friedrich, *Criminalidad organizada y procedimiento penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998/B, p. 487; no otra cosa significa advertirle al imputado, o a quienes tienen el derecho o el deber de abstenerse de declarar acerca de esas reglas, si después resulta posible obtener información de boca de ellos mediante métodos técnicos que captan sus conversaciones, aun en su domicilio y con personas de su confianza (*escuchas a distancia*), sin que el titular del derecho lo advierta, o engañándolo (*agentes provocadores o encubiertos*).

¹⁰ SOLER, Sebastián, ya lo advertía hace más de medio siglo, *La formulación actual del principio “no hay delito sin ley previa”*, en *Fe en el Derecho*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1956, ps. 277 y siguientes.

¹¹ TULLO, Alejandro, *Delitos y faltas en el Derecho electoral: sobre la existencia de un Derecho penal electoral*, Ed. La Ley (Suplemento Actualidad), Buenos Aires, 11-13 y 18 de mayo de 2004, página inicial: “... los grandes problemas y transformaciones de una sociedad en sus aspectos electorales-partidarios no

anticipado sobre el sumo cuidado que debemos poner para aconsejar la utilización del Derecho penal en materia electoral, bien porque la conducta desvaliosa ya es punible, bajo otro rótulo, bien porque, si bien indeseable, no vale la pena someterla a una reacción penal o, cuando menos, a una amenaza penal grave.

Sin embargo, a favor del Derecho penal electoral debería decirse que él no puede equipararse a los modos o mecanismos creadores de inflación penal, mediante conductas que sólo representan síntomas de peligro futuro a prevenir o referidas a bienes jurídicos puramente intelectuales o intangibles; o, al menos, no es posible establecer un parangón tal para todos los comportamientos punibles en esa área y para todas las formas de punición que en ella existen. El nacimiento de la pena estatal, incluso antes de la irrupción de reglas jurídicas sobre ella —entonces, antes de la Ilustración—, se vincula a la creación del Estado-nación, esto es, a la organización del Estado, y a la defensa de la soberanía estatal, en un primer momento confundible con el soberano absoluto (rey, monarca o papa). Por tanto, la primera manifestación de la pena estatal fue el delito *lesae majestatis*¹². Desde este sentido histórico de la pena estatal, entonces, la materia electoral —los comicios, su seguridad y la verdad de su resultado— aparece vinculada innegablemente, en principio, a la pena,

encontrarán solución en las penas ni [en los] tribunales sino en el ejercicio de los derechos soberanos del pueblo”.

¹² BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en “Poder y control”, Ed. PPU, Barcelona, 1986, n° 0, ps. 77 y siguientes.

dado que, en el Estado democrático y, aún más, en el republicano, la elección de autoridades es el mayor símbolo de soberanía y organización del Estado; de los comicios parte la legitimación de la autoridad pública y del poder político; los comicios representan la fuente de la cual ellos emanan. Por lo demás, no todos los ejemplos conocidos de conductas delictivas en el ámbito electoral representan delitos de los llamados de *peligro abstracto*, en el sentido de punir tan sólo actos u omisiones como síntomas de riesgo del buen transcurrir del acto eleccionario. No son representantes de este tipo de adelantamiento de la punición, por ejemplo, la mayoría de las figuras del art. 139, cualquiera que sea el juicio sobre su existencia y necesidad.

Empero, esta justificación de algún ámbito electoral como objeto de protección del Derecho penal no debe opacar la advertencia inicial acerca de la carencia de eficacia del Derecho penal en el mundo de la realidad, expresión que puede abarcar varios sentidos, desde el punitivo hasta el preventivo.

3. La competencia legislativa y la competencia judicial

I. En nuestro régimen federal de gobierno corresponde a la Nación, por intermedio de su Poder Legislativo (Congreso de la Nación), la competencia para sancionar la ley penal (CN, 75, inc. 12). Las provincias, ya desde el texto originario de nuestra Constitución nacional (art. 64, inc. 11), delegaron en la legislatura federal la tarea de sancionar la ley penal,

única para toda la Nación. En esta materia la Constitución nacional se apartó expresamente de su modelo, la Constitución de los EE.UU.¹³. Sin embargo, la asamblea constituyente de 1853 no consideró a estas leyes como legislación federal, sino, por cierto, como legislación común, pues, como se verá, la reforma de 1860 aclaró que esas leyes no alteraban las jurisdicciones locales y que las provincias se reservaban la competencia judicial, distribuida entre el Estado federal y los estados provinciales "... según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones ..." (Constitución reformada 1860, 67, inc. 11).

De tal manera, si se quisiera definir los elementos de un delito y amenazar una pena proporcional a la gravedad que inspira esa categorización del injusto, no existe otra posibilidad que recurrir a la competencia legislativa del Congreso de la Nación, derivada de las reglas citadas. Ello produce las siguientes consecuencias:

a) Los parlamentos locales no son competentes para definir los elementos de un delito electoral, ni para amenazar penas propias de injustos de esa categoría, esto es, integrantes del Derecho penal, como lo son, en cambio, para establecer faltas o contravenciones, cuya regulación corresponde a la legislación local —como a la federal en el ámbito propio de su competencia: las elecciones relativas a autoridades nacionales—. Por lo tanto, la distinción entre delitos y contravenciones, que atañe a ambos

¹³ Cf. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Ed. Ángel Estrada y Cia., Buenos Aires, 1983, Cap. XVI, § II, ps. 451 y siguientes.

parámetros nombrados y de la que nos ocuparemos luego, cobra para nosotros un valor particular, de suma importancia¹⁴. Por lo tanto, es la ley penal, emanada del Congreso de la Nación, la única que puede, legítimamente —esto es, constitucionalmente, según la distribución del poder de sancionar leyes que determina la Constitución nacional— gobernar la categoría de injustos de la que estamos hablando.

b) Esa ley penal, única para toda la Nación, tiene vigor en todo su territorio —incluso en territorio provincial o, actualmente, en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, sin interesar para nada el carácter de la elección, federal, provincial o, aun, municipal¹⁵. Dicho con otras palabras, los comportamientos juzgados en cualquier jurisdicción de la República, nacional o local, son —o no son— constitutivos de un delito conforme a la ley vigente en el momento de la elección, sancionada por el Congreso de la Nación; por lo tanto, esa ley penal —más claramente, el Código penal— gobierna también las eximentes de cualquier tipo que pueden influir en la punibilidad del comportamiento imputado, llámense ellas como se llamen: justificación, motivos de exclusión de la culpabilidad, o meramente de la pena, excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad, o los errores que, con influencia en cualquier categoría analítica definitoria,

¹⁴ Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, en *Temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1958, ps. 7 y siguientes.

¹⁵ No todos quienes se ocupan del Derecho electoral parecen estar de acuerdo con esta afirmación: cf. SAAVEDRA, Heriberto V., *Delitos y faltas electorales* cit., quien observa este fenómeno al que denomina *regulación contradictoria*; su opinión particular, en cambio, y la de TULLIO, Alejandro, *Delitos y faltas en el Derecho electoral: sobre la existencia de un Derecho penal electoral*, también citado, concuerdan con el texto.

puedan ofrecer los autores. No es sin embargo esta opinión, más que común entre constitucionalistas y penalistas, la predominante en el ámbito electoral, al menos en la jurisprudencia¹⁶.

La discusión acerca de la conveniencia de incluir este capítulo en la ley penal —en el Código penal¹⁷—, o en la ley electoral —esto es, en el Código electoral nacional— carece de importancia jurídica capital y resulta sólo una elección de conveniencia o de facilidad para alcanzar la meta fijada. De tal manera, resulta claro, a mi juicio, que los delitos electorales previstos actualmente en la ley electoral rigen también en las jurisdicciones locales, cualquiera que sea el tipo de elección de autoridades a desarrollarse en ellas y conforme a los elementos típicos descritos por la propia ley. Si me preguntan por mi opinión, aun cuando nada cambie para el intérprete si triunfa la opinión contraria, diré que regular los delitos electorales en el Código penal se ajusta mejor al fin de favorecer la interpretación correcta del fenómeno penal electoral, conforme lo tratamos, y, de paso, torna más sencillo para el intérprete reconocer el alcance de sus reglas y evitar las contradicciones legislativas y judiciales ya indicadas, de la misma manera que los delitos contra la propiedad integran el texto normativo del CP y no son disciplinados por el Código civil.

En cambio, un trabajo de mayor enjundia e influencia se abre cuando se pregunta acerca de si estos delitos deben ser regulados en un capítulo

¹⁶ Cf. TULLIO, Alejandro, ob.cit. *supra*, V.

¹⁷ Así, TULLIO, Alejandro, ob. cit. *supra*.

específico y autónomo del Código penal —postulación idéntica: en una ley especial, complementaria del Código penal—, o basta con la introducción de los hechos punibles en los capítulos ya existentes de la ley penal. La cuestión, en verdad, no es tan sencilla, pues depende de las conductas que nos parezcan merecedoras de ser amenazadas con una pena. He observado que varios de los hechos punibles descritos en el capítulo respectivo del Código electoral nacional son ya conductas punibles según la ley penal común. En segundo lugar, creo que, en algunos casos, bastaría con agregar, para el resultado electoral específico, una agravante. Restaría sólo, para un capítulo específico, aquellos comportamientos que impidan, obstaculicen o pongan en riesgo una elección o la corrección de su resultado, acciones u omisiones —no regulables como faltas o simples contravenciones— que deberían estar contenidas, a mi juicio, en un nuevo capítulo del Libro segundo, Título 10, dedicado a proteger “los poderes públicos y el orden constitucional”, siempre y cuando el ataque sea de tal entidad que merezca ser castigado con una pena —se sobrentiende, de gravedad—. Es probable que, en esta revisión minuciosa que se propone, muchos comportamientos, hoy punibles, incluso queden fuera del orden jurídico-penal o constituyan meras contravenciones. A continuación, intentaremos varios ejemplos para ilustrar nuestra propuesta.

Ejemplos de conductas que ya son punibles según otras reglas de la ley penal resultan fáciles de hallar en el Capítulo respectivo del Código

electoral. El art. 129 de la ley electoral nacional —negativa a dar trámite o demora en la decisión de la acción de amparo— pune un comportamiento materialmente idéntico al sancionado en el CP, 273, II, 277, inc. 1 y 239. Las pequeñas desavenencias entre ambos textos son corregibles fácilmente y, si se tratare de extrañar una pena superior a la admitida por la ley penal, resultaría sencillo resolver el problema mediante una agravante para el caso de suceder el retardo o la denegación de justicia, el encubrimiento, o la desobediencia o la resistencia en el trascurso de un amparo electoral. Al menos algunas de las hipótesis del arts. 137, I, y 138 de la ley electoral, concurren con delitos previstos en el Capítulo 3, Título 12, Libro segundo, del CP, relativos al uso de documentos falsos o a la falsificación documental formal o material (arts. 292, 293 y 296), al punto de que la misma ley electoral lo reconoce expresamente: "... si no resultare un delito más severamente penado ..." (ver también CEN, 139, inc. h). Algo similar ocurre con el delito previsto en los incs. a y b, del art. 139, del CEN (*impedir ejercer un cargo electoral, sufragar u obligar a votar de manera determinada mediante violencia o amenazas*), y —cuando menos— la coacción, prevista en el 149 bis, II, del CP. Notable es la coincidencia parcial (círculos concéntricos) del inc. c de la misma regla del CEN (*privar de la libertad para impedir ejercer un cargo electoral o sufragar*) y del art. 142 bis del CP. La *sustracción o destrucción de urnas* (inc. e, art. 139,

CEN) o de *boletas de sufragio* (incs. f y g) no es otra cosa que un *daño* (CP, 183), que merecería ser agravado (CP, art. 184).

Un sano sentido jurídico-penal¹⁸, debería evitar la *inflación* de normas penales y de penas privativas de libertad que, de antemano, se conoce que no serán, en gran medida, aplicadas, razón por la cual su única función consiste en conceder poder penal *ab initio* a la autoridad de aplicación inmediata. De conformidad con este rumbo y dicho de manera general, los *delitos de peligro*, al menos los de *peligro abstracto*, deberían abandonar el catálogo de los delitos y, con ello, debería también prescindirse de amenazarlos con pena privativa de libertad¹⁹. Protagonistas de este éxodo deberían ser la llamada *reunión de electores* (CEN, 130, inc. 1), la *organización de espectáculos públicos o reuniones deportivas* (CEN, 131), la *omisión de cumplir las funciones electorales* (CEN, 132), la *organización de juegos de azar o el expendio de bebidas alcohólicas durante los comicios* (CEN, 135 y 136) y, quizás, los delitos especiales de funcionarios previstos en los arts. 133 y 133 bis del CEN (*omisión de la exigencia de mostrar el documento cívico con el voto emitido o su justificación y autorización de la publicidad mediante actos de gobierno*)²⁰.

Este paseo raudo por el catálogo de delitos electorales previsto en el CEN no agota el contenido del Capítulo II, referido al tema. Él sólo muestra

¹⁸ Ver las recomendaciones de TULLO, Alejandro, al comienzo del artículo citado *supra*, I.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cf. SAAVEDRA, Heriberto V., ob. cit. *supra*, ¿Faltas o delitos?

un ejemplo de aquello que yo pienso que debe hacerse, parcialmente, en la materia. La otra parte, ciertamente más dificultosa, consiste en determinar si existen delitos electorales que yo llamaría *proprios*, esto es, que generen la necesidad de agregar un capítulo al Título 10, del Libro segundo, del CP. Pero esta ya es otra historia, que requiere más tiempo, mayor enjundia y el trabajo conjunto de expertos en materia electoral y en Derecho penal, y que, quizás, podría comenzar con las prohibiciones de falsificar padrones electorales y utilizar padrones falsos (CEN, 143) y continuar con la protección del escrutinio²¹. Se debe tener en cuenta, también, que son propios de la ley penal aquellos ataques que parten de la *violencia*, comprendida allí la intimidación por coacción o amenazas, o el *fraude*, como medios comisivos y factores criminógenos de primer orden.

II. Como advertimos, otro problema a decidir consiste en fijar la competencia judicial. Es correcto señalar la competencia del Estado federal, de su Poder Judicial, para conocer los delitos electorales ejecutados en una elección de autoridades nacionales, pues, en razón de la materia, ellos surten la competencia de las autoridades judiciales de la Nación (sin perjuicio de que concurran la competencia federal por razón del territorio o de la investidura del sujeto²²). Pero, según hemos visto, es incorrecto pensar que la ley penal nacional, aun la de contenido electoral, no debe ser

²¹ Ver el Proyecto de CP de Sebastián SOLER, del año 1960, que contenía un capítulo de delitos contra la voluntad popular, mencionado por SAAVEDRA, Heriberto V., ob. cit. *supra*, Conclusión, 1.

²² Cf. CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1962, t. II, nros. 446 y ss., ps. 125 y ss.; con mayor extensión teórica, su tesis doctoral, *Competencia penal en la República Argentina*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.

aplicada por los órganos judiciales de las provincias en las elecciones relativas a autoridades locales (provinciales o municipales), según las reglas propias de su competencia interna. La ley penal tiene vigencia única para todo el territorio de la Nación, según ya lo hemos apuntado (hoy CN, 75, inc. 12). Dicho con palabras propias de la Constitución nacional: "Corresponde al Congreso [de la Nación] ... Dictar los Códigos ... [la ley] penal ..., sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación á los Tribunales Federales ó Provinciales, según que las cosas ó las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; ..." (*sic*). De tal manera, una cosa es fijar la vigencia territorial de la ley, en este caso de la ley penal dedicada a los comicios, y otra muy distinta es resolver el capítulo referido a la competencia —en este caso material— de los tribunales nacionales —o federales— y locales.

Un único caso conflictivo está representado por el régimen de elecciones simultáneas, de la Nación y locales conjuntamente (régimen de la ley 15.262). No me parece correcto afirmar teóricamente como regla que, en este supuesto, siempre la competencia para el juzgamiento de los delitos electorales corresponderá a los tribunales federales²³. Ello dependerá del caso, puesto que, si el delito, a pesar de la simultaneidad, no afecta la elección de autoridades nacionales —esto es, no afecta interés federal alguno—, sino tan sólo la elección de autoridades locales, la

²³ Así, TULLIO, Alejandro, ob. cit. *supra*, I.

competencia corresponderá a la jurisdicción judicial provincial, a pesar de que la elección sea simultánea. Así sucederá, por ejemplo, si se compele a un elector a votar de determinada manera, mediante violencia, intimidación o engaño, sólo con referencia a la elección local, esto es, a un cargo electivo provincial o municipal (CEN, 139, inc. b, y 140). Claro es que, en la realidad, el caso no se presentará escindido en la mayoría abrumadora de las ocasiones y, cuando ello suceda, el interés federal atraerá el caso hacia la jurisdicción judicial federal, incluso por aplicación razonable del principio *ne bis in idem*.

De las explicaciones que anteceden emerge, también, una regla absolutamente distinta para las faltas o contravenciones electorales. Aquí, como se trata de legislación local, precisamente según la misma regla constitucional que constituye el límite de la delegación provincial²⁴ —que supone que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal ...” (texto actual CN, 121)—, ella sólo tiene vigencia para el Estado que la sanciona y promulga. Por lo tanto, la legislación de faltas del CEN (arts. 125 y ss.) solo rige, en razón de la materia, cuando se trata de una elección relativa a autoridades federales o nacionales; cada provincia aplicará su propia legislación sobre faltas electorales —si la posee—, salvo que, por una cláusula general, adopte la legislación nacional y remita a su aplicación.

²⁴ Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. *supra*, VII y ss., ps. 24 y siguientes.

4. La distinción entre delitos y contravenciones

No me propongo aquí molestarlos mediante tediosas fórmulas teóricas que, para colmo de males, no parecen conducir con seguridad a la fijación precisa de límites entre ambas infracciones. Sólo indicaré que tomar partido acerca de algún tipo de distinción, por imposible que parezca desde el ángulo de observación teórico, resulta absolutamente necesario para nuestro Derecho positivo, en razón de las distintas jurisdicciones legislativas que prevé nuestra misma Constitución nacional y de la distribución de materias entre el Estado federal y los estados locales que ello supone. Ciertamente, si viviéramos en un país unitario o federal a medias (poder sancionador de la administración transferido a la autoridad legislativa nacional), la distinción podría carecer de un sentido estricto y nosotros podríamos operar libremente los criterios de distinción, si creyéramos necesario distinguir entre unos y otros²⁵. Esta afirmación es ya observable por su influencia en la solución de los tópicos y problemas ya estudiados de los delitos electorales. Alguien pensó, sin embargo, que, de todos modos, "en la distinción entre ambos" —delitos y contravenciones— reside "una base fundamental para la estructuración de un Derecho penal justo"²⁶, con lo cual proporcionó la razón por la que, desde antaño, sin perjuicio de formas de gobierno particulares, los teóricos se refieren a ella.

²⁵ Núñez, Ricardo C., ob. cit. *supra*, VII, p. 24.

²⁶ *Idem*, Presentación, p. 12.

Los penalistas discreparon desde siempre acerca de la línea divisoria, incluso en el Derecho argentino: unos —la mayoría— sostuvieron una mera diferenciación de grado, mientras otros insistían con una diferencia de sustancia, diferencia que vinculaban con la organización federal del país²⁷. A estas dos posiciones son reducibles las opiniones sobre la distinción entre delitos y contravenciones.

La gran mayoría niega una diferencia material entre ambas categorías y afirma que unos, los delitos, se distinguen de las otras, las faltas o contravenciones, solamente por una diferencia de grado. Las contravenciones serían, en comparación con los delitos y crímenes, tan sólo infracciones pequeñas, menos graves, sea que esta menor gravedad se obtenga por remisión a la pena aplicable, o bien que ella se traduzca por un injusto menor, según su objeto inmediato de protección. Pero esta posición adolece de un déficit capital. Ella, en definitiva, equivale a expresar, como solución de menor conflicto y quizás única, que todo aquello que el Congreso de la Nación no tituló como delito, incluso según la medida de la pena, es el ámbito propio del Derecho de las contravenciones, con lo cual el Congreso —y no la misma CN— sería el amo y señor de todo el poder legislativo punitivo, pues en sus manos estaría fijar en más o en menos el límite de la distinción y, con ello, la materia del poder legislativo

²⁷ *Idem*, ps. 10 y siguiente.

de las provincias²⁸. Esta vía "desconoce a las provincias la facultad excluyente de legislar sobre contravenciones" y transforma ese poder en "una facultad remanente, residual, que recibe lo que el Congreso deja a su disposición"²⁹. Más claro aún: "El Congreso tiene sobre esa facultad, con arreglo a esta idea, un poder absoluto de gobierno. De él depende lo que en definitiva puede ser una contravención"³⁰. Y, además, la vía resulta peligrosa por otro motivo, cuando se la interpreta como aquello que el Congreso dejó de punir al establecer la ley penal, pues se corre el riesgo de dejar sin sentido el *carácter fraccionario* del DP, al permitirle a las provincias "llenar" los espacios de libertad que dejó indemnes el legislador penal. Todavía más dañinos son los efectos de esta tesis si, prácticamente, se la formula en sentido opuesto al anterior, tal que sean las provincias las que, por decisiones político-parlamentarias, establezcan el límite de la delegación constitucional relativa al art. 75, inc. 12³¹.

La tesis que halla una diferencia material (*ontológica*) entre delitos y contravenciones procura salvar estos inconvenientes. Para ella los delitos representan un ataque a nuestros derechos individuales y sociales, no tan sólo una sospecha de situaciones peligro remotas para ellos, sino, antes bien, un daño efectivo a esos derechos. La fuente de donde manan los delitos es la *seguridad pública o común*, el derecho genérico que todos

²⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. *supra*, VIII y ss., ps. 24 y siguientes.

²⁹ Cf. *idem*, IX, p. 25.

³⁰ *Idem*, p. 26.

³¹ Cf. Ejemplos de Derecho positivo provincial en Núñez, Ricardo C., ob. cit. *supra*, XIV, ps. 34 y siguientes.

tenemos, al renunciar a la reacción por propia mano, a que el Estado garantice la seguridad de nuestros derechos básicos. En cambio, las faltas están ligadas al contexto, al ámbito territorial, social y cultural, en el cual se desarrollan y cobran vida práctica aquellos derechos, siempre dependientes para su realización de situaciones y prácticas locales, relativas al tiempo y al lugar —por ello de desarrollo más federativo—, a la actividad del Estado en procura del *bien común*, esto es, ligadas al interés de la Administración estatal por conseguir el mejor ambiente social para la realización práctica de nuestros derechos³². De allí, precisamente, que las faltas estén directamente vinculadas al poder de policía de la administración pública y, con ello, al Derecho administrativo sancionador, algo que el Derecho administrativo reconoció hace tiempo³³; y de allí también que las faltas representen antes bien una desobediencia a la reglas dictadas por el Estado-gobierno en razón del bienestar social, para procurar la generalidad, para sus súbditos en común, el mejor medio posible para que ellos desenvuelvan sus derechos; ellas representan un desconocimiento del mero deber de obediencia hacia el Estado y de cooperación con él en el logro de esa prosperidad general, que un ataque directo a derechos individuales y sociales de los habitantes. El delito infunde temor, porque afecta la seguridad de nuestros derechos; la contravención nos molesta, porque afecta el ámbito temporal y local en el cual desarrollamos

³² Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. *supra*, III y ss., ps. 17 y siguientes.

³³ Cf. MAIER, Julio B. J., *Sistema penal y sistema contravencional*, en "Actualidad en Derecho público", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto 2000, 27 y siguientes.

prácticamente esos derechos; a la contravención y al contraventor, cuando le tememos, no referimos ese temor al hecho concreto consumado, que no representa demasiado en términos de intromisión —el llamado *merodeo*, por ejemplo—, sino, antes bien, lo referimos al futuro, insondable para nosotros, que ese hecho sugiere —la eventual comisión de un hurto o de un robo—³⁴, para intentar prevenirlo. Esta afirmación marca asimismo otra característica diferencial: mientras la pena del delito, grave por cierto, se refiere al hecho cometido, ya pasado y ya concluido, a manera de castigo por él, la sanción de la falta tiene en mira, antes bien, la prevención de un riesgo para que él, en el futuro, no se transforme en daño real a un bien jurídico. Como automovilista o peatón debo obedecer las reglas y señales de tránsito, en un intento por prevenir accidentes, homicidios y lesiones; sin embargo, no es exacto que cada desobediencia a las reglas o a las señales provoque el resultado indeseable.

No es por comodidad, sino, antes bien, porque reconozco la dificultad extrema de fijar criterios sólidos, que no sean permeables, para dividir en el caso concreto, en la práctica, ambos campos de infracciones y sanciones³⁵, que yo reconozco algo de verdad y enseñanza en ambas posiciones. En las conclusiones finales, que se avecinan, se notará la influencia de los dos criterios distintivos a lo que hemos hecho referencia.

5. Conclusiones

³⁴ Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. *supra*, I, ps. 12 y siguiente.

³⁵ *Idem*, VI, p. 23.

a) Sólo al Congreso de la Nación le corresponde —es competente legislativamente— el poder de sancionar *delitos electorales*, por delegación de las provincias argentinas para sancionar la ley penal, única para toda la Nación (CN, 75, inc. 12).

b) Esa ley rige en todo el territorio de la Nación, sin importar el carácter de la elección, nacional o local, o el carácter de las autoridades que son elegidas mediante los comicios, nacionales o locales. Así como cualquier delito del CP rige en todo el territorio de la Nación, así también quien, con violencia o intimidación, compele a otro a votar de manera determinada es punible en todo nuestro territorio, sin importar el dato sobre la elección o el tipo de autoridad que se elige, nacional o local.

c) La competencia judicial depende del carácter de la elección o de las autoridades que son elegidas: si los comicios tienen por finalidad elegir autoridades nacionales, existe un interés federal a proteger y, por tanto, serán competentes los jueces del Estado federal (nacionales), de conformidad con la distribución interna de la competencia nacional; si los comicios están referidos a autoridades locales —provinciales o municipales—, la competencia judicial pertenecerá a la Provincia de que se trate, también según su distribución interna. Teóricamente, la regla no varía en el caso de comicios simultáneos, de autoridades nacionales y locales, pues el hecho punible concreto a juzgar puede también referirse sólo a autoridades nacionales o a autoridades locales. Pero es cierto que, en la

práctica, en las elecciones simultáneas, la mayoría de las veces el hecho abarcará a ambos tipos de autoridades, razón por la cual tendrá preeminencia la autoridad judicial federal, si se observa el principio *ne bis in idem*.

d) El Congreso de la Nación y las legislaturas provinciales deberían respetar los ámbitos propios de cada una de sus competencias legislativas: en un país federal como el nuestro, en el que las provincias delegaron sólo el poder punitivo relativo a los delitos en el Congreso de la Nación, según vimos, lo natural es que los delitos electorales sean establecidos por el parlamento nacional, quien tendrá también a su cargo, eventualmente, la regulación de las contravenciones o faltas electorales relativas al CEN, mientras que las provincias deberán ocuparse del problema que plantean las faltas electorales en relación a su propia ley electoral o también al texto de la ley nacional, hecho propio por la legislatura provincial, total o parcialmente. Vale la pena repetir: la ley penal regirá en todo el territorio de la Nación, con independencia del carácter de la elección, mientras que la ley contravencional pertinente sólo regirá en el territorio o ámbito de actuación judicial de la autoridad de la que ella emana.

e) Aquí aparece el problema más arduo de solucionar: la distinción y/o diferencia entre el delito y la contravención o falta, que conduce a distintas jurisdicciones legislativas, conforme a lo anticipado. Es mi opinión que el Congreso de la Nación debería sólo definir como delito los atentados

directos y graves al derecho de elegir (derecho al sufragio) o al de ser elegido (derecho electoral pasivo), y respetar también aquellas fuentes casi exclusivas de la actividad criminal, la *violencia* y el *fraude*, de modo que esos medios de comisión conduzcan, casi naturalmente, a la frontera entre el injusto del delito y el injusto de la contravención. Pero, es también mi opinión que, cuando el Congreso nacional dicta correctamente las leyes penales, dentro del marco de su competencia, pone también un límite natural y razonable a la reacción punitiva, de modo que ningún ámbito relativo a las contravenciones o faltas puede extender la reacción por encima de aquella frontera. Más aún, estimo viable —aunque hoy no intente justificar esta opinión argumentalmente— sostener que, mientras la privación de libertad es la pena por antonomasia de la ley penal —también la pena de muerte, aunque hoy ya no necesitamos recordarla—, la reacción que provoca una falta debería utilizar cualquier limitación a derechos menos la privación de libertad³⁶. Y me animo a expresar dos razones prácticas para terminar: en el caso de las faltas o contravenciones, se trata de un injusto administrativo, institucional, por tanto, de menor gravedad, al cual se adecua mejor la sanción pecuniaria, la inhabilitación o la supresión de la habilitación, reacciones normales en ese ámbito, incluso desde el punto de vista de la eficiencia y del procedimiento para su realización, que, por

³⁶ De la misma opinión, TULLIO, Alejandro, ob. cit. *supra*, I.

ejemplo, puede utilizar como método conclusivo el consenso, la conciliación y la mediación.

Muchísimas gracias por vuestra paciencia.