

LA TENTATIVA EN LA LEY SANTAFESINA DE JUEGOS Y APUESTAS PROHIBIDOS

En el Código de Faltas santafesino, "La tentativa y la complicidad son punibles" (art. 7º). Con ello, el legislador local se aparta notoriamente de los principios generales propios del Derecho penal. Tal apartamiento, sin embargo, obedece a diversas y atendibles causas. Por un lado, las normas sobre faltas tienen, y en buena medida, carácter de *preventivas*. Por el otro, la supresión de la tentativa sugiere que se ha considerado "poco útil una verdadera labor de aritmética jurídica en que a veces se convierten las sanciones por tentativa y complicidad en los delitos" (¹). Análogamente, expresa Soler que estimada "como requisito fundamental de la tentativa la existencia de un real peligro corrido, es indudable que en aquellas formas delictivas en las cuales el evento punible, conforme con la figura, es un peligro abstracto y presunto necesariamente, la imputación de la tentativa aparece como la imputación de un peligro de peligro, es decir, de un peligro remoto. Las prohibiciones contravencionales, si bien no todas ellas de peligro, no son incriminaciones basadas en el daño causado, sino en motivos de tutela y disciplina social. Por ello, la tentativa de una contravención es generalmente tenida por impune, aun cuando, en ciertos casos, sea teóricamente posible" (²).

(¹) ELIZONDO, Joaquín María, *Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe comentado*, 3^a edic., Rosario, s/d., p. 18.

(²) SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1970, t. II, p. 215.

Prats Cardona, asimismo, añade que otra causal de esta supresión reside en la circunstancia que, de ordinario, las faltas se perfeccionan en un “acto único (tal como en los delitos denominados unisubsistentes), de modo que el momento de ejecución y de consumación se confunden y unifican, sin fraccionarse temporal ni espacialmente”⁽³⁾.

Ante tal panorama, cabe preguntarnos ahora si se concibe la tentativa en la ley provincial 6.789, represiva de los juegos y apuestas prohibidos. Si reparamos en que el artículo 2º de este ordenamiento determina que el Código de Faltas es ley supletoria (salvo que la ley 6.789 contradiga expresa o tácitamente esa hermenéutica integrativa), podríamos sentar que la tentativa no opera, en principio, en la ley de juegos prohibidos. Y sin embargo, el asunto tiene sus bemoles.

Señalando que en el campo⁽⁴⁾ contravencional los actos de ejecución a menudo se identifican con el concepto mismo de la tentativa⁽⁵⁾, y que esta tentativa en la materia por lo común es de “peligro abstracto”, Madariaga y Moras Mom⁽⁶⁾ rechazan la posibilidad de la tentativa en orden a los juegos ilegales de azar, al menos como actividad punible. Héctor F. Rojas Pellerano, por su lado, apunta que “Cuando el proceso ejecutivo iniciado con intención de cometer un hecho comprendido en prescripciones de la ley de juegos prohibidos no se perfecciona por causas ajenas a la

(3) PRATS CARDONA, Jaime, *El Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe comentado*, Santa Fe, 1952, p. 69. También sosteniendo que “una razón de elemental prudencia y de sensata política represiva, que aconseja no extender el campo de las incriminaciones sobre hechos de menor cuantía más allá de lo estrictamente necesario” (*op. cit.*, p. 70). En esta materia, de todas maneras, es sabido que una legislación más represiva, en magra medida provocará disminución del juego prohibido —máxime en períodos de crisis económica—, y si en cambio fomentará las exacciones paralegales que monopolizan la actividad.

(4) Ancha es Castilla y el campo orégano.

(5) Tentativa de delito mejor que delito de tentativa; apud Norberto José Luis Gardella, ¿Tentativa de delito o delito de tentativa?, en La Ley 1981-A.

(6) MADARIAGA, Miguel A. y MORAS MOM, Jorge R., *Juegos de azar*, Bs. As., 1957, p. 50.

voluntad del agente, no habría tentativa (art. 42 CP) sino simplemente actos preparatorios de la comisión de un hecho ilícito, que, por lo tanto, carecen de sanción”⁽⁷⁾.

Más allá ahora de esta conteste doctrina, si ahondamos en los variados supuestos punibles que prevé la ley 6.789 y los cotejamos con el anterior planteo teórico, rápidamente comprobamos que en la ley de juegos y apuestas prohibidos desfilan multitud de conductas en donde en rigor no puede hablarse de falta “consumada”, y respecto a las cuales, sin embargo, llega la sanción legal.

Por ejemplo, el solo hecho de *estar* en un lugar donde se desarrolla juego prohibido (lógicamente que sin una causal excusatoria) tiene penalidad (art. 38 inc. d); igualmente, los directivos o empleados de un club —verbigracia— que se encuentren presentes en dicho ámbito (art. 38 inc. e). También toda la actividad pública que contempla el artículo 45, que se contenta con la simple iniciación de la actividad vedada, no importando su culminación (sea de una carrera o de una riña de gallos; sea para, conocido un determinado resultado, cobrar o pagar la apuesta prohibida, etc.). El propio inciso “g” de este artículo 36 alude a “Toda clase de juegos cuando la índole de los mismos demuestre los propósitos de violar esta ley, como así también las apuestas realizadas con motivo de ellos”; texto que no está lejos de configurar una norma represiva en blanco, y que a través de su resbaladizo giro *propósito de violar la ley*, inclusive hace pensar en el dolo específico (con las consiguientes y arduas cuestiones probatorias), y que deja dudas respecto a multitud de juegos en donde suele prevalecer más la destreza que el azar. La fórmula “todos aquellos que, en una u otra forma, participen...” (art. 38, inc. b), en este orden de ideas, despierta parecidos recelos.

Puede convenirse en que uno de los sistemas para avenar estos intríngulis reside posiblemente en la adecuada distinción entre *actos preparatorios* y *actos de ejecución*. Si

(7) ROJAS PERELLANO, Héctor F., en *Tratado de Derecho penal especial*, dirigido por Enrique R. Aftalión, Bs. As., 1969, t. III, p. 480 y sigtes.

al respecto nos enrolamos en un criterio objetivo, sabremos que estamos frente a la tentativa cuando: a) *hay comienzo de ejecución de una acción típica* (actos inequívocos enderezados a cometer determinada infracción a la ley 6.789); b) *actos idóneos para cometer dicha violación* (un cierto peligro corrido, justificante, entre otros motivos, de la penalidad por el conato); c) *culpabilidad*: es decir, dolo⁽⁸⁾.

En conclusión, entonces: buena parte de las conductas prohibidas por la ley 6.789 no exigen que el tipo objetivo-histórico se cumpla totalmente; se trata, se dice por allí, de una legislación marcadamente preventiva⁽⁹⁾, que en muchos supuestos pune actos meramente preparatorios (vg., los que “organicen riñas de gallos”, art. 38, inc. b). En contados casos se llega a la consumación. Piénsese que, por ejemplo, en la quiniela clandestina, el *iter criminis* sólo se completa con el hecho de pagar finalmente al apostador —o cobrarle—, según sean los números oficialmente salidos en la lotería. En las apuestas clandestinas sobre carreras de caballos hechas por teléfono, ocurre otro tanto: el llamado y el acuerdo es acto de ejecución, pero la infracción se consuma sólo conocido el resultado turfístico, cuando cobra una u otra parte. No puede seriamente sostenerse que se tratan de etapas fraccionadas, y que, en teoría, la falta se concreta plenamente con la sola convención lúdica; otra cosa, y claro está, es que el legislador haya penado ya ese acto, con prescindencia (con más represión que prevención en su política criminológica, según dijimos) del *iter*.

El tema tiene sin dudas sus perplejidades; pero cabe acordar que si en teoría la tentativa no se concibe en la estructura de la ley 6.789, a través de diversas figuras y conductas punibles se la ha introducido normativamente en esta ley de juegos prohibidos.

(8) V. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte especial*, Bs. As., 1966, t. II, p. 355.

(9) La doctrina suele confundir la política criminal preventiva con la represiva. La ley local 6.789 (y las normas análogas) suelen ser buena muestra de esta radical confusión.