

INFORME

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO CONTRAVENCIONAL PRESENTANDO POR EL PODER EJECUTIVO EN LA LEGISLATURA EL DÍA 10 DE OCTUBRE DE 2006

Por el presente documento expresamos que el Proyecto de Código Contravencional presentado por el Poder Ejecutivo no debiera ser sancionado por la Legislatura Provincial porque es claramente inconstitucional:

- ✚ Porque entre el pensamiento que emana de la exposición y de su parte general y el que emana de su parte especial existe una incoherencia insalvable por medio de los mecanismos interpretativos, siendo el único remedio la declaración de inconstitucionalidad de un cúmulo de contravenciones por nuestros jueces o la sanción de una nueva ley modificando el proyecto en cuestión una vez sancionado como ley. Constituyendo un proyecto arbitrario e irracional cuya incoherencia material viola los principios de seguridad jurídica y su contenido los derechos humanos.
- ✚ Más en desmedro de su validez constitucional, el proyecto en su parte especial tipifica una gran cantidad de contravenciones que atentan contra las libertades de las personas protegidas por la constitución, manifestando un pensamiento contrario con los principios de derechos humanos.
- ✚ Las sanciones previstas para las contravenciones violan el principio de proporcionalidad, considerando que el derecho contravencional es un orden penal menor y también de última ratio.

ARBITRARIEDAD E INCOHERENCIA DEL PROYECTO

El proyecto de código contravencional padece un vicio grave estructural debido a una incoherencia material, una contradicción entre los principios que construyen y envuelven su contenido.

En la Exposición de Motivos se expresa: "La Parte General sienta el marco jurídico de la materia, desarrollando los principios rectores como el Ámbito de Aplicación, Legalidad, Lesividad y Presunción de Inocencia". Y luego en el desarrollo de la Parte General se establece en el art. 2 "En la aplicación de este código rigen los principios, derechos y garantías establecidos:

- a) En la Constitución de la Nación Argentina;
- b) En los Tratados de Derechos Humanos consagrados en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22);
- c) En los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (art. 31 de la Constitución Nacional); y

En la Constitución de la Provincia de Jujuy". Pero la consagración de la aplicación de los principios constitucionales se ve opacada por una Parte Especial que contradice estos principios con una flagrancia difícil de comprender, y que hace ininteligible el sistema contravencional al estar las normas fundadas en valores tan disímiles como antagónicos.

Para mostrar sumariamente la incoherencia del proyecto, se pueden enumerar los siguientes ejemplos:

Artículo 65°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinticinco (25) días o multa de veinte (20) a cien (100) UM y comiso de instrumentos, el que sin causa justificada llevare consigo gonzúa u otro instrumento destinado a abrir o forzar cerraduras.

Artículo 66°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a veinte (20) UM, el que vendiere o entregare una gonzúa a una persona que no se dedique a una actividad lícita que requiera su utilización.

Sin agotar el desarrollo en profundidad que se realizará en el transcurso del documento, los tipos contravencionales precedentes violan los principios de lesividad al tipificar conductas peligrosas en abstracto y no lesiones a bienes jurídicos, de presunción de inocencia. Se tipifica conductas predelictuales que no pueden ser sancionadas por el derecho penal, cuyos principios también son aplicables al derecho contravencional, como se demostrará en el lugar pertinente.

Artículo 86°.- Será sancionado con **arresto** de cinco (5) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cincuenta (50) UM, a quien porta en lugares públicos, sin causa justificada, cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a agredir o ejercer violencia.

Artículo 98°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a treinta (30) días o multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) UM, al que habitual o eventualmente, integre grupos en la vía pública o parajes públicos, para ofender a las personas o dañarlas a ellas o a sus bienes.

Nuevamente se pena conductas que la ley presupone iure et de iure que afectan o lesionan bienes jurídicos de las personas. Se violenta el principio de lesividad que exige un peligro cierto o lesión a los bienes jurídicos. Con claro fines puramente preventivos se soslaya principios constitucionales, sancionando la mera peligrosidad en abstracto.

Estos son unos claros ejemplos de que el legislador una vez aceptado que los principios de derechos humanos con jerarquía constitucional se deben respetar en el ámbito del derecho contravencional, legisla en la parte especial con total prescindencia de su anterior asunción de los nuevos paradigmas históricos del derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia durante la elaboración jurisprudencial del instituto de la arbitrariedad de las sentencias con el fin de ampliar los casos susceptibles de ser recurridos extraordinariamente, ha manifestado que uno de las formas en que la arbitrariedad de una sentencia es patente se produce cuando la misma es autocontradictoria abiertamente, o contiene pautas de excesiva amplitud, defectos conocidos como defectos de fundamentación.

En este sentido, el proyecto es arbitrario porque es autocontradictorio, nace de principios contradictorios. Los principios jurídicos son la encarnación de los valores más altos de una sociedad para establecer la convivencia de sus miembros. Los principios jurídicos no sólo cumplen la alta función de salvar lagunas jurídicas y ser instrumento de interpretación, sino que su radical importancia estriba es que son el fundamento, origen, fuente de todo el derecho positivo, son la base última del ordenamiento jurídico. "Están dentro del derecho escrito como el alcohol está dentro del vino, representan el espíritu o la esencia de la ley"¹.

Los principios jurídicos contenido en el proyecto materializan idealmente valores antípodas (una Parte General que surge de valores como la libertad, la intimidad, la tolerancia, la justicia de la proporcionalidad de las penas, etc; y una Parte Especial infundida de valores que permiten que se sancione la simple peligrosidad de las conductas, que exista un ingente desproporcionalidad de las penas, etc.), afectando gravemente a la seguridad jurídica.

La seguridad es promotora de la confianza. Para Bentham, la seguridad es lo que nos permite prever el futuro, y tomar nuestras disposiciones acorde a tales previsiones; es la base sobre la que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro. La seguridad, según el citado autor, permite que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad².

Conforme lo ha sostenido Alterini, la seguridad jurídica implica tres planos básicos de consideración:

- 1) **la seguridad por medio del derecho**: ella supone que el orden jurídico garantizará que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quienes lo hagan. Cuando el Estado omite aplicar la sanción que corresponde no sólo deja impune al responsable, sino que también debilita la credibilidad del sistema, en tanto también la sanción cumple una función ejemplificadora;
- 2) **la seguridad como certidumbre del derecho**: este plano implica la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su convicción de que los derechos serán respetados;
- 3) **la seguridad como estabilidad del derecho**: que refiere a un sistema legislativo ordenado, en el que se prevea el cumplimiento de determinados recaudos para modificar las normas jurídicas, teniendo el órgano que las dicta competencia suficiente y sujetarse a los procedimientos reglados. Atañe a este plano la legalidad, racionalidad y a la previsibilidad de las mutaciones³.

El proyecto infringe la seguridad como certidumbre del derecho, al estar una misma ley fundada en principios antagónicos, los individuos padecerán la incertidumbre de no saber ciertamente cuáles serán las normas y criterios que deberán seguir para adecuar sus conductas al ordenamiento jurídico.

En una primera aproximación se podría afirmar que la seguridad reside en saber anticipadamente qué va a pasar. En tal sentido, ha dicho el Tribunal Constitucional de España que "la seguridad es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho". Por eso, dice Soler que el prototipo, el modelo de las relaciones jurídicas, el hombre que se debe tener en cuenta cuando se habla de seguridad jurídica no es ni el buen pater familiae de los romanos ni el bad man del que habla Holmes, sino el homo faber, el que sabe, el que

¹ Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil, Edit. Uteha Argentina, pág. 132

² Citado por ALTERNI, Atilio Aníbal, "La inseguridad jurídica", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993

³ ALTERNI, Atilio Aníbal, "La inseguridad jurídica", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993

puede prever, el que puede decir cuál es el resultado esperado frente a determinada situación y este cálculo no debe ser hecho ni por un perverso, ni por un excesivo optimista.⁴

Alterini afirma que "el derecho, en cuanto representa un medio para la realización de valores en la persona individual, sólo puede llevarse a cabo donde existe seguridad jurídica. Porque, dicho con el expresivo estilo de Recasens Siches, sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase".

La seguridad jurídica es la que permite calcular razonablemente las consecuencias del Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy

Aristóteles decía que cuanto más sabemos de las causas de algo, más sabemos de eso, y, precisamente, conocer aquello de donde viene el derecho es conocer lo más propiamente jurídico y es comprender su realidad. Afirman Vigo y Delgado Barrio que "la imagen de que los principios son derecho concentrado que luego los juristas van explicitando, resulta elocuente y veraz. El conocimiento de los principios nos proporciona la comprensión explicatoria y justificatoria más radical y última del derecho".

Dicha comprensión del derecho y la certeza de las normas de conductas a seguir, serían soslayados si el proyecto en cuestión es sancionado como ley.

Meehan en su libro Teoría y técnica legislativas expresa "La necesaria *unidad de pensamiento* que debe expresar todo acto legislativo, y que, como bien señala Colmo³²⁸, "no requiere justificación, pues se resuelve poco menos que en la evidencia misma", puede verse afectada por incoherencias normativas, producidas no sólo por *contradicciones*, sino asimismo por *inarmónías*, incurridas en el contenido de aquellos actos. A diferencia de las contradicciones que importan una disímil regulación en un cuerpo legal de una misma cuestión, las inarmónías aparecerán cuando ante distintos supuestos que requieren similar tratamiento por ser semejantes, se arbitren soluciones totalmente divergentes.

La incoherencia de los actos legislativos, al conspirar contra su precisión y claridad, "son fuentes inevitables de inseguridad y de consiguiente arbitrariedad; por lo tanto, aparte de conspirar contra su eficacia, pueden posibilitar que su cumplimiento, en un sentido distinto al querido, produzca efectos no deseados, otorgándoles carácter inconveniente."⁵

Por todo lo analizado, el proyecto es arbitrario, incoherente e inarmónico generando una elevada inseguridad jurídica, siendo la misma inconstitucional por su irrazonabilidad, ya que la seguridad jurídica es de orden público y posee jerarquía constitucional⁶.

En esa línea, dice Giovanni Sartori "ciertamente hoy no somos libres debido a los productores de las leyes a las que estamos sometidos, sino porque los legisladores que las hacen no son libres de hacerlas a su arbitrio. Y al decir esto, llegamos, o regresamos, al constitucionalismo"⁷

IDENTIDAD DE NATURALEZA JURÍDICA ENTRE LA PENA Y LA CONTRAVENCION

⁴ Género: Doctrina
Título: La seguridad jurídica
Autor: Kemelmajer de Carlucci, Aída
Fuente: RDCO 1998-203

⁵ MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR. TEORÍA Y TÉCNICA LEGISLATIVAS. ED Depalma, 1976. Pág. 79 y 80.

⁶ Tribunal: Corte Sup.
Fecha: 1959
Partes: Ottolagrano, Ítalo Juan v. Verardi, Arturo.

CONSTITUCIÓN NACIONAL - Derechos y garantías - Derecho de propiedad

1.
Decretado el lanzamiento por no haber pagado el demandado conforme al art. 9º del decreto - ley 2186/57, mandamiento que no pudo cumplirse por hallarse enferma la esposa de aquél, la resolución que dispone librar uno nuevo para la ejecución del desalojo, sin perjuicio de que en el momento de hacerse efectivo el demandado se acoja al beneficio que le acuerda la ley 14438, importa reconocer al último un derecho cuyo ejercicio no determinaría la suspensión transitoria del lanzamiento ordenado, sino dejar sin efecto el auto firme por el que se dispone el desahucio. **La inteligencia que el fallo atribuye al art. 2º de esa ley desconoce la autoridad de la cosa juzgada y, por lo tanto, viola el derecho adquirido del locador así como contraviene las exigencias de la seguridad jurídica, que son de orden público y poseen jerarquía constitucional.**
Publicado: Fallos 243:465.

⁷ "¿Qué es la democracia?", trad. Miguel A. González Rodríguez y María C. Pestellini Laparelli, Taurus; p. 242, Bs. As., 2003.

Resulta fundamental dejar aclarado que entre las contravenciones y los delitos no existe una diferencia ontológica que permita que se apliquen principios distintos. Entre los mismos existe una diferencia cuantitativa y no cualitativa, y que son dictados por distintos órganos legislativos; las contravenciones son sancionadas por las legislaturas provinciales como una facultad no delegada a la Estado Nacional y los delitos por el Congreso.

Por lo tanto, las contravenciones son un derecho penal de orden menor, que en su normación y aplicación deben respetar los principios jurídicos constitucionales y las garantías y estándares de derechos humanos.

Zaffaroni expresa: "Ratificando que el derecho contravencional es derecho penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste, la competencia legislativa penal en materia contravencional por parte de provincias y municipios es muy poco discutible (...) Cabe aclarar que la posición administrativista legitimó la tradicional arbitrariedad policial en la materia y consagró, de hecho, un derecho de peligrosidad sin delito, en manos de funcionarios administrativos a los que se concedieron funciones judiciales por esta vía. (...) Cuando se volvió confusa la distinción entre el derecho penal y el administrativo, con la intención de hacer avanzar al segundo sobre el primero, se apeló a la existencia de un injusto penal cualitativamente diferente del contravencional, echando mano de todos los autores que habían pretendido establecer diferencias ópticas entre delito y contravención, aunque no postulasen la naturaleza administrativa de las últimas.

En definitiva, la consecuencia práctica de esta discusión terminaba en la potestad jurisdiccional de la policía y de funcionarios y tribunales administrativos, es decir, en la asignación de competencia jurisdiccional al poder ejecutivo o a sus funcionarios. Es curioso que para ello se pretendiese incluso invocar a Feuerbach, que consideraba contravenciones a los que hoy son delitos de peligro¹⁴⁶. En ese enorme esfuerzo doctrinario para legitimar institutos monárquicos dentro de un marco republicano, no se ahorró la apelación a autores clásicos y, en definitiva, se sostuvo que las infracciones al orden administrativo son un injusto éticamente indiferente, o bien que son delitos de creación política, es decir, choques contra puras leyes positivas. (...) Establecido que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los códigos contravencionales o de faltas de la Ciudad de Buenos Aires y provinciales no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los derechos humanos¹⁵³. Tampoco, por supuesto, pueden desconocer el límite del art. 19 constitucional. Las posiciones administrativistas llegaron al absurdo de relegar el respeto a la autonomía ética del ser humano a la ley nacional y dejar abierto el camino para su desconocimiento por parte de las provincias por vía contravencional.⁸

Siguiendo a Zaffaroni, se entiende que la pena es

- (a) una coerción,
- (b) que impone una privación de derechos o un dolor;
- (c) que no repara ni restituye y
- (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

El concepto así enunciado se obtiene por exclusión, la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa.'

Se trata de un *concepto de pena que es negativo* por dos razones:

- (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena;
- (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo).

Fernando García Pullés declara que "Deberíamos, pues, distinguir dos tipos de sanciones jurídicas: las destinadas al restablecimiento de la situación jurídica anterior al hecho que consuma la infracción al deber y las que se desentienden de aquella circunstancia e infligen al autor un mal -entendido como privación de derechos o expectativas-. Con base en esta diferenciación inicial se ha sostenido que toda consecuencia dañosa para el infractor de una norma, en cuanto no esté enderezada al restablecimiento de

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Ed. 2000. Págs. 176 y sig.

la situación anterior o al resarcimiento sustitutivo del daño causado, **constituye genéricamente una sanción penal, cuya esencia es de carácter retributivo**⁹

Como se observa, el concepto negativo de la pena es otro argumento para considerar que tanto entre las contravenciones como los delitos no existe una diferencia ontológica, se muestra como falsas aquellas teorías que los diferenciaban por la distinta naturaleza de sus sanciones. Tanto la sanción para las contravenciones como para los delitos, es una pena, una coerción que es un mal para el que la recibe y que no tiene función reparadora ni es coacción administrativa directa.

Una última aclaración, mentada por el Dr. Pullés: "Los textos de los tratados se refieren específicamente a los "delitos", y la discusión principal, en nuestro medio, se ha centrado sobre la pertinencia de su aplicación en el ámbito de las sanciones administrativas, como lo prueban algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (nota). Sin embargo, entiendo que no ha de pasar mucho tiempo más hasta que se supere este criterio anquilosante, pues así como el concepto de "penado" existente en el art. 18 CN. no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas, del mismo modo tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos internacionales citados, extremo respecto del cual guarda especial importancia el art. 30 Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto establece que "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado... para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".¹⁰

La jurisprudencia ha manifestado:

La Cámara de Apelación y Garantías ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de legalidad aplicado a la pena, diciendo: "Las sanciones previstas en materia contravencional constituyen verdaderas penas tanto por su concepción jurídica -`mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal...'- como por su función -preventiva y retributiva- como por su alcance -privación de bienes jurídicos de diversa índole-. Y en tal sentido, deben necesariamente acatar el principio de legalidad, cualquiera sea la posición que se asuma respecto del carácter de las diferencias existentes entre los delitos y las contravenciones".¹¹

El juez Julio B. J. Maier dijo

Asimismo, en su recurso de inconstitucionalidad, el defensor sustentó el derecho de su defendido a recurrir la sentencia de condena dictada en segunda instancia en, inter alia, los arts. 10 y 13, inc. 3 de la CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22 de la CN, art. 8, inc. 2, h, CADH y art. 14, inc. 5 del PIDCP (fs. 120/124 vuelta). La exigibilidad del derecho a la revisión de la condena, ante estos estrados, encuentra su fundamento, liminarmente, en la mención expresa que sobre el punto realiza el art. 13, inc. 3 de la CCBA. De modo adicional, el derecho a acceder a la mentada doble instancia en favor del ahora condenado reside en el carácter represivo del Derecho contravencional (ver, punto 2 de mi voto en "León, Benito Martín s/ recurso de inconstitucionalidad", expte n° 245/00, resolución del 24/10/00, en Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], t. II, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 344 y ss.) que torna aplicable, a nuestro juicio contravencional, todas las garantías propias del sistema penal.

No ignoro el hecho de que cierta doctrina, y aún cierta legislación (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio n° 7 [1984], art. 2, párrafo II), a la que concedo razonabilidad, dejan de lado las contravenciones de orden o las faltas como alcanzadas por el principio (excepción expresa), pero ya he afirmado que:

- a) el Convenio que así lo expresa no es aplicable en nuestro territorio;
- b) que la CCBA, art. 13, inc. 3, reputa a la doble instancia como principio judicial general y

⁹ **Fernando García Pullés - La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte**

¹⁰ **Fernando García Pullés - La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte**

¹¹ RSD-38-98, P. 91197, sent. del 18/6/1998, "L., J. s/infracción art. 3 Ver Texto , decreto 1555/1996", juez Rosenstock (SD.); publicaciones: P. 91197; mags. votantes: Rosenstock; Hortel; Soria; trib. de origen: CP0301LP.

c) que resulta innegable el carácter penal que nuestro legislador le ha concedido al Derecho contravencional (pena estatal), al punto de que, según antes lo dije en este mismo párrafo, torna aplicables los principios del Derecho penal general. Por lo demás, cabe dejar de lado cavilaciones atinentes a la posible insignificancia de la sanción amenazada por el ordenamiento contravencional cuando, como en el caso, el imputado ha sido condenado a una pena privativa de la libertad, esto es, a cumplir dos días de arresto (cf. art. 11, inc. 10 del CC entonces vigente).- ¹²

Recientemente la Corte Suprema¹³, al pronunciarse el tribunal en los autos "Recurso de hecho deducido por Carlos G. Boysen en la causa `Cristalux S.A. s/ley 24144'", ocasión en que el tribunal se limitó a adherir al criterio expuesto por el Dr. Petracchi en el caso "Ayerza", donde se trató la traslación del principio de la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna a la ley penal en blanco, se hace extensión de los principios constitucionales que inoculan el derecho penal a mal llamado régimen administrativo sancionador, donde se pretendió incorporar el derecho contravencional¹⁴.

"el criterio de no hacer aplicación del principio en materia de infracciones administrativas ...debe ser revisado a la luz de nuevas reflexiones. En efecto, no existen razones para excluir a las leyes penales en blanco, del principio de aplicación de la ley penal más benigna consagrado en los pactos que hoy gozan de jerarquía constitucional. En esta clase de leyes penales se da la posibilidad de que, sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulte modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal. Ello en razón de que no es posible concebir como completa la norma en estudio sin la normativa de complemento, pues ésta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante. Por ello, ante las modificaciones favorables, experimentadas por las leyes penales en blanco a consecuencia de variaciones de la norma extrapenal, el reo debe beneficiarse con ellas..." ¹⁵

"...el reconocimiento de tal principio en los arts. 9 in fine Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 ap. 1 in fine Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga -como se dijo- a mudar de punto de partida...", pues "...no es posible pretender que una rama del Derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de `...que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación' (Naciones Unidas, Asamblea General, 15º período de sesiones, Documentos Oficiales, Tercera Comisión, Nueva York, sesión 1010ª, 2/11/1960, intervención de la representante del Japón, p. 158), se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios" ¹⁶

No puede pretenderse que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía de la ley penal más benigna, ya que, de otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de que el

12

| |
|---|
| Partes: Coultas Juan Domingo s/ inf. art. 83 y 84 CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido |
|---|

| |
|---|
| Tribunal: Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires |
|---|

| |
|------------------|
| Fecha: 30/8/2006 |
|------------------|

13

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

Fecha: 11/04/2006

Partes: Cristalux S.A.

¹⁴ El Banco Central de la República Argentina instruyó sumario a una sociedad y a sus directivos, imputando la omisión de ingresar y negociar en el mercado único de cambios, en tiempo propio, el contravalor en divisas de diversas exportaciones de productos de vidrio entre los años 1982 y 1991, razón por la cual imputó la violación de la ley 19.359 en función del decreto 2581/64. El juez de primera instancia dispuso la absolución al declarar prescripta la acción penal cambiaria con relación a la casi totalidad de las infracciones imputadas, a excepción de una, respecto de la cual aplicó el decreto 530/91, en tanto ley penal más benigna. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia. La defensa dedujo recurso extraordinario y una posterior queja. La Corte Suprema admite el recurso y deja sin efecto lo resuelto.

¹⁵ Fallos 321:824, voto de los Dres. Boggiano, Fayt y Bossert, consid. 13

¹⁶ Fallos 321:824 , voto del Dr. Enrique S. Petracchi, consids. 6 y 7.

delincuente se beneficie lo más posible de cualesquiera modificaciones posteriores de la legislación, se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios. (De la sentencia de la Corte según el voto en disidencia del doctor Petracchi en "Ayerza", 16/04/98, al cual remite).¹⁷

PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS POR EL PROYECTO DE CÓDIGO CONTRAVENCIONAL

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA, DE LESIVIDAD Y DE DERECHO PENAL DE ACTO.

PRINCIPIO DE RESERVA

Nuestro derecho requiere para que sea viable la punibilidad que el sujeto sea "autor de un hecho" (derecho penal de acto), y no puede fundársela en las características personales del sujeto sin necesidad de que haya sido autor de un hecho (derecho penal de autor); ello se desprende del principio de reserva estatuido en la Constitución Nacional en el art. 19 Ver Texto , según el cual "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe".

¹⁸

El principio de reserva y el principio de lesividad son dos caras de la misma moneda, ambos son esenciales. El principio de reserva garantiza que el Estado no puede soslayar la esfera privada de los ciudadanos, y que dicha esfera encuentra su frontera en las conductas que perjudiquen o lesiones bienes jurídicos de otros ciudadanos. El principio de lesividad por otra parte, establece que únicamente una conducta es susceptible de ser sancionada cuando lesione bienes jurídicos de terceros. El principio de reserva garantiza la no intervención del Estado y de terceros en el ámbito privado de las personas; y el principio de lesividad garantiza la protección de los bienes jurídicos de terceros, siendo funcional como criterio legitimante para dicha intromisión, la sanción represiva.

El proyecto es inconstitucional porque viola flagrantemente el principio de reserva que se halla reconocido en diversas normas de carácter constitucional. El art. 19 de la Constitución Nacional establece

"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, diversos instrumentos contienen cláusulas que, en relación al ámbito del derecho penal, cumplen la misma función protectora del principio de reserva. Así, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

"Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias en su vida privada*, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" (destacado agregado).

Por su parte, el art. 17.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prescribe:

"Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada*, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación" (destacado agregado).

En idéntico sentido, el artículo 11.2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:

¹⁷ Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

Fecha: 11/04/2006

Partes: Cristalux S.A.

¹⁸ Citar Lexis Nº 0003/800058

Género: Investigaciones

Título: Derecho Contravencional Bonaerense (Análisis normativo y jurisprudencial)

Autor: Ermili, Miriam P.

Fuente: LNBA 2005-3-323

“Nadie puede ser objeto de *injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada*, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (destacado agregado).

La constitución de la provincia establece:

Artículo 23º.- PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD, DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD.

1º.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

3º.- Nadie puede ser objeto de

- ✚ injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada
- ✚ ni de ataques ilegales a su intimidad, honra o reputación.

Señala NINO, que el principio de reserva protege el concepto de “privacidad”. Por supuesto, la idea de privacidad a la que se hace referencia no tiene relación alguna con el hecho de que las acciones de una persona se realicen en un lugar privado. Con semejante idea de “privacidad”, se llegaría al absurdo de afirmar que un homicidio cometido en un domicilio privado quedaría “exento de la autoridad de los magistrados”.

A sí, el autor citado se refiere “a la idea de ‘privacidad’ entendida no como equivalente a ‘intimidad’... sino en lo que se refiere a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros...”¹⁹.

A continuación, el autor explica:

“... Estas acciones son ‘privadas’ no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente”.²⁰

A partir de esta diferenciación entre moral privada y moral pública —esta última definida como moral intersubjetiva— es que se puede asignar significado al art. 19 de la Constitución Nacional para que éste pueda operar como límite efectivo a la injerencia estatal en la regulación de nuestros comportamientos. En este sentido, ha señalado correctamente Carlos NINO:

“... las descripciones de las ‘acciones privadas de los hombres’, ‘acciones que no ofenden el orden ni la moral públicas’ y ‘acciones que no perjudiquen a un tercero’ se entienden como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: *las acciones son privadas en la medida en que sólo afectan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos para terceros*”.²¹

La corte ha expresado:

“En el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros; precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y moral pública que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el art. 19 CN. Ver Texto , aclarando aquellos conceptos La referida norma impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 19, sino como aquellas que no ofendan al orden o la

¹⁹ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 304

²⁰ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 304

²¹ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 317, destacado agregado

moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros: las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones

En dicho orden de ideas, concluyó que las acciones que sólo se refieren a la moral o a la integridad corporal individual, así como aquellas referidas a la personalidad espiritual, sin afectación de bienes jurídicos privados o colectivos, no pueden ser sancionados penalmente, pues de lo contrario se afectaría lo prescripto por el art. 19 CN., amenazándose la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal. Añadió que "[s]i la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecta a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea ésta pública o privada" (conf. Corte Sup. in re "**Bazterrica**", voto del juez Petracchi)".²²

"El derecho a la autodeterminación de la conciencia requiere la protección integral del ámbito privado también con el sentido material para que aquel acto o propósito espiritual no se frustre. La protección material del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas, autoritarias y totalitarias (Voto del Dr Petracchi)

Se puede avanzar en la búsqueda de una mayor precisión en los límites de la potestad estatal frente a las acciones privadas, no bien se observa que el art 19 CN integra el esquema de "la ordenada libertad" que ella proclama y sostiene. La base de esa norma es la base misma de la libertad moderna, o sea la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan. En el siglo pasado Cooley acuñó la expresión -que se ha tornado clásica con referencia al derecho de privacidad- según la cual él es el "derecho a ser dejado a solas", y, sin duda, la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el Estado -no por la religión ni por la Filosofía- cuando toma las decisiones relacionadas con las dimensiones fundamentales de la vida (Voto del Dr. Petracchi) -Con nota de Augusto M. Morello-.²³

El mismo concepto de "acciones privadas" ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es utilizada de manera recurrente por los órganos de protección del sistema interamericano. En efecto, cuando el TEDH analizó el alcance del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales —redactado en términos similares a los del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos—, sostuvo:

"Sería demasiado restrictivo limitar la noción de 'vida privada' a un 'círculo íntimo' en el cual el individuo puede vivir su propia y personal vida como él elija, y excluir de esta forma enteramente el mundo exterior que no esté incluido en este círculo. El respeto por la vida privada debe por ende comprender en cierto grado el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos".²⁴

La protección de las acciones privadas del art. 19 también se halla garantizada en diversos instrumentos internacionales. Por lo demás, la nueva jerarquía normativa de estos instrumentos no sólo significa la simple ampliación del texto que integra el bloque de constitucionalidad, sino, además, la incorporación de los *principios de interpretación* propios del derecho internacional de los derechos humanos al ámbito del derecho interno. Así, se destaca que:

"... el impacto que tiene la incorporación del DIDH [derecho internacional de los derechos humanos] en el ámbito interno... no significa únicamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también significa la incorporación de aquellos principios que, vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el DIDH. En este sentido, corresponde sin lugar a dudas destacar en primer término la

²² Tribunal: Corte Sup.

Fecha: 29/08/1986

Partes: Bazterrica, Gustavo M.

²³ Tribunal: Corte Sup.

Fecha: 11/12/1984

Partes: Ponzetti de Balbín, Indalia E. v. Editorial Atlántida S.A

²⁴ caso "Niemiets v. Germany", citado en HARRIS, O'BOYLE y WARBRICK, *La ley de la Convención Europea sobre Derechos Humanos*, Ed. Butterworths, Londres, 1995, p. 305

adopción del ordenamiento jurídico argentino del principio *pro homine*, como un criterio fundacional de aplicación de los derechos tutelados. Este principio, tal como lo describe Mónica PINTO, exige estar siempre a la interpretación que más favorece a la vigencia de los derechos... En la misma línea argumental, también merece destacarse que adquieren jerarquía supralegal los demás criterios de interpretación del Derecho internacional, tales como el de interpretar de buena fe, el *pacta sunt servanda* y aquéllos referidos a la finalidad y el objeto de los tratados” (ABREGÚ, Martín, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 19).

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Si alguna fundamentación pudiera tener el derecho penal, ésta sólo puede consistir en el establecimiento de respuestas legales relacionadas *estrechamente* con el daño —o la puesta en peligro— ocasionado por la comisión del hecho ilícito. En un Estado democrático de derecho, la sanción penal *debe responder al concepto de daño* causado a un tercero —sea que se trate de daños ocasionados a intereses, derechos o bienes individuales o colectivos—.

Esta concepción del derecho penal se opone a la del derecho penal inquisitivo, fundado sobre el concepto de ilicitud como infracción a la norma, es decir, como mero acto de desobediencia al soberano. En este sentido, MALAMUD GOTI señala:

“La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas... El derecho inquisitorio *confunde al delito con el pecado* y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación... lo perseguible criminalmente no consiste esencialmente en dañar a otro; la función de la coerción estatal debe dirigirse a *castigar a aquellos que se apartan de ciertos ideales de excelencia*. No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. *La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente*. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a Dios”.²⁵

El Estado no puede intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas, políticas (salvo cuando atentan contra los fundamentos del Estado de derecho...), ni tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales”.²⁶

El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona *intereses materiales de otras personas*, es decir, que lesiona bienes jurídicos”.²⁷

“En segundo lugar, se esclarece que no toda lesión de un interés humano (bien jurídico) exige una reacción mediante el Derecho penal, sino tan solo aquella que, además, presenta el carácter de socialmente dañosa, es decir, que en sus efectos lesivos va más allá del conflicto entre autor y víctima y del daño individual que ésta sufre” (HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 38).

El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social.

- “El postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que sólo pueden ser amparados por el Derecho penal intereses *no meramente morales* o demasiado *poco importantes* para que legitimen la intervención del Derecho”.²⁸

“Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos *condiciones fundamentales de la vida social*, en la medida en la que afecten a las *posibilidades de participación de individuos* en el sistema social”.²⁹

²⁵ MALAMUD GOTI, Jaime, *Prólogo*, en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, ps. I y s., destacado agregado

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, cit., p. 45

²⁷ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 37, destacado agregado

²⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. PPU, Barcelona, 1985, 2ª ed., p. 75, destacado en el original

En síntesis, tal como lo establece de manera expresa el principio de reserva/lesividad, el Estado carece de legitimidad para interferir con las acciones de las personas que no lesionen o pongan en peligro intereses, bienes o derechos de terceras personas —esto es, “bienes jurídicos”— protegidos por el ordenamiento jurídico.

Ello significa que tanto en el ámbito del derecho penal común como en el del derecho contravencional, el legislador encuentra un límite material absoluto que le impide penalizar conductas que no afectan bienes jurídicos de terceros.

Artículo 50°.- Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública a quien pelea o toma parte en una agresión en lugar público o de acceso público.

No surge de la descripción del artículo como elemento tipificante de la contravención la necesaria afectación de bienes jurídicos de terceros o que la pelea o agresión torne peligrosa la integridad física de terceras personas, conculcando el principio de reserva y de lesividad.

Artículo 49°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de diez (10) a cuarenta (40) UM, el que públicamente incitare o provoque a pelear a otro en la vía pública o sitio expuesto al público.

Se aplicará el doble de la sanción indicada anteriormente, a la persona que reclutare o integre grupos o cuerpos, destinados a apoyar con la violencia, cualquier tipo de actos o movimientos deportivos o sociales.

Artículo 59°.- Se aplicará sanción de dos (2) a quince (15) días de **arresto** o multa de cuarenta (40) a trescientos (300) UM, a quien suministre a un menor de dieciocho (18) años cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir.

Artículo 60°.- Se aplicará sanción de **arresto** de dos (2) a veinte (20) días, a quien suministre indebidamente a un menor de dieciocho (18) años productos industriales o farmacéuticos, de los que emanen gases o vapores que al ser inhalados o ingeridos sean susceptibles de producir trastornos en la conducta y daños en la salud.

Artículo 65°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinticinco (25) días o multa de veinte (20) a cien (100) UM y comiso de instrumentos, el que sin causa justificada llevare consigo gonzúa u otro instrumento destinado a abrir o forzar cerraduras.

Artículo 66°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a veinte (20) UM, el que vendiere o entregare una gonzúa a una persona que no se dedique a una actividad lícita que requiera su utilización.

Artículo 86°.-

Será sancionado con **arresto** de cinco (5) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cincuenta (50) UM, a quien porta en lugares públicos, sin causa justificada, cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a agredir o ejercer violencia.

Artículo 88°.- Será sancionado con multa de diez (10) a treinta (30) UM y clausura de uno (1) a quince (15) días, el comerciante que en ocasión de una reunión multitudinaria, vendiere, entregare o dejare en poder de terceros botellas, envases metálicos u objetos aptos para ejercer violencia o agredir.

Artículo 90°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a quince (15) días o multa de diez (10) a treinta (30) UM, el que tuviere un animal que ofreciere peligro de ataque a las personas por su instinto o dificultad de domesticación, sin haber adoptado prudentes medidas de prevención.

Artículo 102°.- Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de **arresto** o multa de cinco (5) a cincuenta (50) UM, a quien con fines lucrativos revende entradas para espectáculos públicos. La multa se elevará de cien (100) a quinientos (500) UM, cuando hubiere participación de la persona responsable de la organización del espectáculo.

Artículo 111°.- Se aplicará sanción de cinco (5) a veinte (20) días de trabajo de utilidad pública o **arresto** de cinco (5) a veinte (20) días, a quien tiene en su poder o porta armas blancas o elementos destinados inequívocamente a agredir o ejercer violencia en el lugar donde se desarrolla el espectáculo masivo.

Artículo 121°.-

²⁹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 76, destacado en el original

Se aplicará sanción de multa de veinte (20) a cien (100) UM o **arresto** de uno (1) a cinco (5) días, a quien inicia el cruce o cruza con vehículo las vías férreas mientras las barreras están bajas o el paso no está expedito.

Artículo 132°.-

Se aplicará sanción de uno (1) a quince (15) días de **arresto** o multa de veinte (20) a cien (100) UM y comiso:

- a) Los dueños, encargados o gerentes de cualquier establecimiento que expendan bebidas alcohólicas a personas en estado de ebriedad.
- b) Los que en el caso del inciso anterior hubieran servido bebidas alcohólicas a menores de dieciocho (18) años de edad. La pena se elevará al doble si se hiciera en la vía pública.
- c) Los dueños, gerentes y encargados de las casas de baile, bares, despachos de bebidas y otros que permitan la entrada de ebrios.
- d) Los que dieran noticias o presten sus servicios directos o indirectos para la adquisición de inhalantes, sustancias tóxicas, cola de pegar y/o pegamento, a menores de dieciocho (18) años de edad, siempre que el hecho no constituya delito.

Todos estos tipos contravencionales penan conductas que no causan un peligro cierto o lesión a bienes jurídicos de terceros, sino que penan conductas meramente peligrosas en abstracto. Realizan una descripción de una conducta valorada como peligrosa sin exigir que los bienes jurídicos realmente padezca un peligro concreto, tal como lo exige el principio de lesividad.

Se pena, por ejemplo, a quien suministre a un menor de dieciocho (18) años cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir (art. 59), quien suministre indebidamente a un menor de dieciocho (18) años productos industriales o farmacéuticos, de los que emanen gases o vapores que al ser inhalados o ingeridos sean susceptibles de producir trastornos en la conducta y daños en la salud (art. 60), el comerciante que en ocasión de una reunión multitudinaria, vendiere, entregare o dejare en poder de terceros botellas, envases metálicos u objetos aptos para ejercer violencia o agredir (art. 88), el que tuviere un animal que ofreciere peligro de ataque a las personas por su instinto o dificultad de domesticación, sin haber adoptado prudentes medidas de prevención (art. 90), a quien tiene en su poder o porta armas blancas o elementos destinados inequívocamente a agredir o ejercer violencia en el lugar donde se desarrolla el espectáculo masivo (art. 111), a quien inicia el cruce o cruza con vehículo las vías férreas mientras las barreras están bajas o el paso no está expedito. (Art. 121), a quien con fines lucrativos revende entradas para espectáculos públicos (art. 102).

El proyecto por medio de estas tipificaciones, está penando conductas por ser consideradas inexorablemente como el inicio del iter criminis. Si se penan conductas que no causan lesión a un bien jurídico (faltando al principio de lesividad) se está incrementando el poder preventivo del Estado de Policía, en desmedro de las libertades logradas por la humanidad en siglos.

No se advierte que lesión o peligro cierto, pueden causar llevar objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia. Precisamente el principio de lesividad funciona como criterio legitimante para penar conductas para evitar caer en presunciones iure et de iure que afecte el estado de inocencia de las personas.

Si se pena al comerciante que en ocasión de una reunión multitudinaria, vendiere, entregare o dejare en poder de terceros botellas, envases metálicos u objetos aptos para ejercer violencia o agredir, se lo está penando sin advertir que se atenta con su derecho constitucional de ejercer el comercio lícitamente, con la intención de prevenir conductas delictuales de terceras personas. En primer lugar esta limitación resulta irrazonable porque los "objetos aptos para ejercer violencia o agredir" que se mencionan en el artículo puede abarcar todo tipo de cosas necesarias para ejercer el comercio e incluso como embase para la mercadería que se oferta. En segundo lugar se afecta su Estado de inocencia, porque parece implicar que el comerciante es cómplice por posibilitar un futuro delito, ya que su conducta nunca derivará inevitablemente en un delito cometido por quien a receptado el objeto apto para ejercer violencia. En tercer lugar, se viola el principio de culpabilidad del derecho penal, porque se estaría penando a una persona por una tentativa culposa o dolosa del hecho de un tercero, una aberración jurídica en un estado de derecho.

Iguals consideraciones se pueden trasladar a las contravenciones que sancionan a quien suministre a un menor de dieciocho (18) años cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a ejercer violencia o agredir (art. 59), quien suministre indebidamente a un menor de dieciocho (18) años productos industriales o farmacéuticos, de los que emanen gases o vapores que al ser inhalados o ingeridos sean susceptibles de producir trastornos en la conducta y daños en la salud (art. 60), a quien tiene en su poder o porta armas blancas

o elementos destinados inequívocamente a agredir o ejercer violencia en el lugar donde se desarrolla el espectáculo masivo (art. 111). Además, cuando se legisla con un espíritu puramente preventivo, se recurre a una amplitud que viola el principio de legalidad y la discrecionalidad de los intérpretes del derecho, que no hay que olvidar que la realidad nos enseña que otorgar mayor arbitrariedad a la policía implica la inminencia de abusos. Esto es patente con el uso de vocablos como "objetos aptos para ejercer violencia", "objetos inequívocamente destinados a ejercer violencia", "productos susceptibles de producir trastornos en la conducta y daños en la salud", ya que dentro de los mismos pueden ubicarse un universo de conductas que no tuvieron en el espíritu del legislador al momento de tipificarlas como contravencionales.

También, se observa que se legisla partiendo de la excepción. No se nos escapa, que tanto los objetos metálicos o aptos para ejercer violencia pueden ser usados circunstancialmente para cometer algún delito o quien porta armas blancas u objetos cortantes y contundentes pueda llegar a cometer un delito, pero esto solo sucede en casos excepcionales. El principio de técnica legislativa según el cual no se debe legislar para enfrentar casos excepcionales se funda en la protección de las libertades y del estado de inocencia de las personas. En un Estado de derecho no se puede resolver el problema delictual violando otros derechos humanos como el de la libertad, derecho a trabajar o de la autodeterminación moral. La tan anhelada seguridad pública no se debe buscar o perseguir violentando los derechos de las personas, porque ante semejante paradoja no se cumple los fines por los cuales se aumenta la criminalización de las conductas, con el objeto de prevenir delitos se produce la violación cierta de derechos.

Se llega al extremo de sancionar indiscriminadamente la venta de sustancias tóxicas, inhalantes o pegamentos a personas menores de 18 años (Los que dieran noticias o presten sus servicios directos o indirectos para la adquisición de inhalantes, sustancias tóxicas, cola de pegar y/o pegamento, a menores de dieciocho (18) años de edad (art. 132), quien suministre indebidamente a un menor de dieciocho (18) años productos industriales o farmacéuticos, de los que emanen gases o vapores que al ser inhalados o ingeridos sean susceptibles de producir trastornos en la conducta y daños en la salud, art. 60.). Se elige una solución exagerada, un niño no podrá comprar fortex para realizar los trabajos de la escuela, ni para desarrollar su creatividad, ni comprar ningún elemento útiles para desarrollar su arte en la pintura o escultura, ya que la mayoría de los elementos empleados en dicha actividad son "inhalantes". El niño tendrá que recurrir a sus padres, aumentando su dependencia en actividades donde desarrolla su plena libertad de autodeterminación. Se vuelve a enfatizar que no se puede legislar para excepciones, la realidad nos presenta el incremento de niños que se drogan con productos de venta libre, grave problema que necesita una atención inmediata pero con remedios ajenos a una criminalización sin límites. Por lo expuesto esta normación es irrazonable e inconstitucional.

En otro conjunto de artículos además de los vicios constitucionales anteriormente detallados, se invierte la carga de la prueba.

Se pena, el que sin causa justificada llevare consigo ganzúa u otro instrumento destinado a abrir o forzar cerraduras (art. 65), el que vendiere o entregare una ganzúa a una persona que no se dedique a una actividad lícita que requiera su utilización (art. 66), a quien porta en lugares públicos, sin causa justificada, cualquier tipo de arma no convencional, de aire o gas comprimido, arma blanca u objetos cortantes o contundentes inequívocamente destinados a agredir o ejercer violencia (art. 86),

Se exige a las personas para evitar ser penados que justifiquen la no peligrosidad de su conducta, invirtiendo al carga de la prueba, soslayando el estado de inocencia. Se presume que la persona que llevare consigo una ganzúa o un arma no convencional cortante o contundente está en una situación predelictual, y por eso merecedora de la pena.

Artículo 89°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cien (100) UM, el que teniendo la guarda o vigilancia de un enfermo mental peligroso, permitiera a éste deambular por lugares públicos sin la debida custodia o, en caso de fuga, no diere aviso inmediato a la autoridad que corresponda.

Artículo 92°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a veinte (20) UM, el que omitiere la demolición o refacción de un edificio que amenace ruina poniendo en peligro la vida o la integridad de terceros, sin perjuicio de la comunicación que se deberá realizar a la autoridad competente.

Estos artículos muestran un afán excesivo de solucionar los problemas de convivencia por medio del aumento de la criminalización de conductas, olvidando que el derecho penal es un instrumento al que se debiera recurrir cuando existen conflictos de intereses muy graves. Las situaciones descriptas tienen solución adecuada

en otras ramas del derecho, por ejemplo en el derecho civil a través de medidas cautelares o como una sanción disciplinaria dentro de la institución.

Artículo 49°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de diez (10) a cuarenta (40) UM, el que públicamente incitare o provocare a pelear a otro en la vía pública o sitio expuesto al público.

Se aplicará el doble de la sanción indicada anteriormente, a la persona que reclutare o integre grupos o cuerpos, destinados a apoyar con la violencia, cualquier tipo de actos o movimientos deportivos o sociales.

Artículo 98°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a treinta (30) días o multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) UM, al que habitual o eventualmente, integre grupos en la vía pública o parajes públicos, para ofender a las personas o dañarlas a ellas o a sus bienes.

Artículo 99°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a cinco (5) días o multa de cinco (5) a veinte (20) UM, el que indebidamente merodeare edificios o vehículos, establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos.

Artículo 122°.-

Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o con **arresto** de uno (1) a cinco (5) días, el que siendo capaz de trabajar o teniendo medios de subsistencia, se entregare profesionalmente a la mendicidad o a la vagancia, salvo que careciere de medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad.

Artículo 109°.- Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de veinte (20) a cincuenta (50) UM, a quien ingresa y consume bebidas alcohólicas en un espectáculo masivo, de carácter artístico o deportivo.

Artículo 150°.-

Se aplicará la pena de uno (1) a veinte (20) días de **arresto** o multa de diez (10) a cien (100) UM, y en caso necesario la clausura del local, a:

- a) Los que efectúen bailes públicos sin previo permiso de la autoridad competente sea Municipal y/o Policial.
- b) Los que permitan fuera de los horarios autorizados el acceso o permanencia a menores de 18 años de edad.
- c) Los que permitan o consientan cualquier acto inmoral en el salón del baile, o en cualquier otra dependencia del mismo, como así el baile de personal uniformado.
- d) Los que permitan el acceso de personas en evidente estado de ebriedad.
- e) Los que permitan en el local la permanencia de personas en evidente estado de ebriedad, como así la venta o provisión de bebidas alcohólicas a las mismas o al personal de las fuerzas policiales en servicio.

Artículo 136°.-

Queda prohibido la venta, suministro o provisión de bebidas alcohólicas para su consumo en el lugar: en kioscos; despensas y almacenes en general; y en especial en proveedoras de establecimientos o negocios comerciales; industriales; agrícolas; ganaderos; mineros; forestales; zafra; y en hospitales y establecimientos educacionales.

Artículo 138°.-

Queda prohibido el consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos, de acceso público o de concentración masiva, salvo en los establecimientos autorizados y bajo las condiciones establecidas por esta Ley.

Expresa Zaffaroni:

- “(a) el estado no puede establecer una moral;
(b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral;
(c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.

(a) El estado que pretende imponer una moral es inmoral, porque el mérito moral es producto de una elección libre frente a la posibilidad de elegir otra cosa: carece de mérito el que no pudo hacer algo diferente. Por esta razón el estado paternalista es inmoral,

(b) En lugar de pretender imponer una moral, el estado ético debe reconocer un ámbito de libertad moral, posibilitando el mérito de sus habitantes, que surge cuando se dispone de la alternativa de lo inmoral: esta paradoja lleva a la certera afirmación de que *el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral*, vinculada íntimamente a la distinción entre conciencia jurídica y conciencia moral⁹⁰. Por este modelo de estado y de derecho se decide el art. 19 CN.

(c) Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. Conforme a esta decisión por el estado moral (y al consiguiente rechazo del estado paternalista inmoral), no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia): (...) no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes, al transformar el modelo de estado, pues una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra un derecho ajeno, es ilícita, y su antijuridicidad afecta a todos los que se benefician o pueden beneficiarse del respeto al ámbito de autonomía moral que establece la CN. Se trataría de un acto que lesiona el modelo de estado de derecho por el que opta la CN, que importa, sin duda, un derecho de todos los habitantes.³⁰

Precisamente, por una parte se establece un derecho penal de autor, al penar a la persona que reclutare o integre grupos o cuerpos, destinados a apoyar con la violencia, cualquier tipo de actos o movimientos deportivos o sociales o al que habitual o eventualmente, integre grupos en la vía pública o parajes públicos, para ofender a las personas o dañarlas a ellas o a sus bienes, se retorna a las ideologías positivistas y peligrosistas. Se acude a penar conductas que no han causado ninguna lesión a bien jurídico alguno, estigmatizando sempiternamente toda la vida de una persona, ya que podrá ser detenida en cualquier momento por el hecho de estar marcada como una persona que habitualmente junto con otras ofende a las personas. El principio de lesividad especialmente cumple sus máximos fines en situaciones como la que describen estos artículos, evita que una persona pueda perder toda libertad ambulatoria o la tranquilidad de gozar de su libertad, sin haber lesionado un bien jurídico. Nuevamente se sancionan conductas por ser valoradas como predelictuales.

El proyecto en otros artículos, incrimina conductas que son el resultado de una autodeterminación moral, que son el resultado de una elección personal que debieran ser protegidas y garantizadas por el Estado cuando no lesionan bien jurídico alguno. En unos de ellos se contravencionaliza el consumo de alcohol invadiendo la esfera privada de las personas. Cabe recordar que la intimidación no desaparece en el ámbito público, donde la persona se relaciona con otras personas, no pudiéndosele cercenar esta posibilidad. El estado puede realizar valoraciones morales al momento de planear y ejecutar políticas públicas con el objeto de lograr que las personas adopten la misma moralidad haciendo uso de su libertad. Lo que el Estado no puede hacer es imponer coercitiva o coactivamente una moralidad. La salud es un derecho y no una obligación, el Estado no nos puede obligar a adoptar conductas que nos mantengan saludables. Si se extendiera el mismo criterio que se utiliza para penar el consumo de alcohol también se debería penar la obesidad, el sedentarismo, lo ridículo es patente. En cambio, si se intenta fundar en que el consumo de bebidas alcohólicas en público atenta contra la moral pública, se deba resaltar que vivimos en un país democrático. Uno de los pilares de la democracia es el pluralismo y la tolerancia entre diferentes modos de vida y pensamiento. La moral pública como límite a la libertad de las personas debe entenderse como el concepto que enmarca la protección a los más excelsos valores que el Estado de Derecho garantiza y posibilita, y no como la preferencia de morales individuales que por resultar tener el mayor número de acólitos deba imponerse a una minoría disidente en la forma de actuar o pensar. Tolerancia en la convivencia siempre y cuando no se violen los derechos fundamentales de las personas. La prohibición del consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos, de acceso público o de concentración masiva, la prohibición de la venta, suministro o provisión de bebidas alcohólicas para su consumo en el lugar, la prohibición del ingreso y consumo de bebidas alcohólicas en un espectáculo masivo, de carácter artístico o deportivo por lo razonado violenta el Principio de reserva, de lesividad y la razonabilidad de toda ley que reglamenta los derechos constitucionales.

Nos sorprende encontrar en un proyecto de código contravencional cuya exposición de motivos menta que se funda en los tratados y principios internacionales de derechos humanos, tipificaciones totalmente discriminatorias, prejuiciosas como la sanción al que indebidamente merodeare edificios o vehículos, establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos. Esta contravención es inconstitucional porque afecta radicalmente la libertad ambulatoria de

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Ed. 2000. Págs. 128 y sig.

las personas por el simple hecho de estar ejerciendo la misma en espacios determinados. Que el proyecto permita detener a personas por su actitud sospechosa, por estar merodeando, va en contra del principio de lesividad porque no describe una conducta que afecta bienes jurídicos y del principio de legalidad por usar palabras cuya amplitud deja abierta las puertas para una total discrecionalidad de la policía, situación que no debiera permitirse. Permitir que la policía pueda detener a las personas por su actitud sospechosa o por estar merodeando, la faculta a violar la libertad ambulatoria de cualquier persona, justificando su accionar a posteriori detallando que se detuvo a cierta persona por su actitud sospechosa. O permite que la policía constantemente ejerza coacción sobre un sector característico de la sociedad, el sector marginal, que es el actualmente más afectado por el control social que realiza la policía en abuso de sus funciones, ya que normalmente las personas sospechosas son aquellas que no se encuentran bien vestidas, aquellas cuyo vocabulario no concuerda en la zona donde está caminando, etc, criterios discriminatorios y prejuiciosos. También en este artículo se viola el estado de inocencia al invertir la carga de la prueba, al colocar a la persona en la obligación de dar razones de su presencia en ciertos lugares. Con el fin de prevenir conductas delictivas, se protege la tranquilidad de los propietarios que se ve afectada por la probabilidad sumamente incierta de que sea víctima de un delito contra la propiedad en desmedro cierto de la libertad ambulatoria de las personas.

Se pena lo que se denomina la falsa mendicidad: el que siendo capaz de trabajar o teniendo medios de subsistencia, se entregare profesionalmente a la mendicidad o a la vagancia, salvo que careciere de medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad. Es ostensible la violación a la intimidad, al principio de reserva, el Estado supone que la mendicidad es mala, valoración que le es permitida constitucionalmente, lo que la constitución no le permite es que emplee su facultad punitiva para imponer la moral del trabajo atentando contra la creatividad y la elección de conductas de una persona. El legislador pena a quién ha decidido hacer de los versos de Borges su vida, siguiendo "la buena tradición de no hacer nada".³¹

Artículo 82º.-

Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de veinte (20) a cuarenta (40) UM, a quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad.

Resulta claro, entonces, que en el concepto de "acciones privadas" protegido por el principio de reserva debe incluirse, *necesariamente*, el derecho de relacionarse con otras personas. En este sentido, tanto ofrecer como requerir un servicio sexual es, sin lugar a dudas, una forma de relacionarse con los demás y tal conducta debe permanecer ajena a toda injerencia estatal, aun cuando se desarrolle en espacios públicos, mientras que al desplegarla no se afecten derechos de terceras personas.

En primer lugar, infiere la absoluta imposibilidad de vulnerar el principio de reserva por el simple hecho de que el comportamiento se lleva a cabo en el espacio público. No es el lugar donde se comete una acción lo que determina si ésta se trata de una acción privada o no. Con este criterio absurdo, el legislador podría criminalizar a quienes se rasquen la nariz en un espacio público, por el hecho de que tal acción, absolutamente inocua respecto de terceros, se lleve a cabo en un espacio público.

En segundo lugar, se acepta de manera ilegítima dos proposiciones adicionales. Así, el tribunal consiente una proposición descriptiva y otra proposición prescriptiva. La proposición descriptiva que no se

³¹ **De la diversa Andalucía**

Cuántas cosas. Lucano que amoneda
el verso y aquel otro la sentencia.
La mezquita y el arco. La cadencia
del agua del Islam en la alameda.
Los toros de la tarde. La bravía
música que también es delicada.
La buena tradición de no hacer nada.
Los cabalistas de la judería.
Rafael de la noche y de las largas
mesas de la amistad. Góngora de oro.
De las Indias el ávido tesoro.
Las naves, los aceros, las adargas.
Cuántas voces y cuánta bazarria
y una sola palabra. Andalucía.

cuestiona consiste en identificar toda oferta o demanda de servicios sexuales en los límites del espacio público como hecho que produce una alteración de la tranquilidad pública. Ello es absolutamente falso. Pero lo que es más grave aún es que el tribunal acepta una proposición prescriptiva que consiste en tolerar que los hechos del caso no sean verificados por un órgano judicial en un proceso regular y legal sino que, por el contrario, surjan de una presunción irracional del legislador.

En efecto, el tribunal no cumple con su función jurisdiccional de verificar los hechos reales del caso sino que, por el contrario, se limita a señalar que la "tranquilidad pública" se ve afectada por el solo hecho de que el legislador así lo considera *de manera abstracta y para todos los casos*. De esta manera, se vulnera el principio de división de poderes y el legislativo avasalla la exclusiva facultad judicial de determinar, mediante la actividad probatoria válidamente incorporada al proceso, los hechos del caso concreto.

Del los textos constitucionales surge que los derechos sexuales son derechos humanos básicos, el ordenamiento jurídico concede a la sexualidad en el plano del desarrollo de la personalidad y de la autonomía individual una protección relevante.

Por lo tanto cuando el artículo 82 del proyecto prohíbe la oferta o demanda de servicios de carácter sexual está prohibiendo el ejercicio legítimo de un derecho humano básico en términos absolutos, en la medida en que se lleve a cabo en cierto espacio público y sin determinar si produce o no consecuencia alguna respecto de terceras personas. Considerando que la simple ostensibilidad de la actividad es suficiente para que la misma lesione bienes jurídicos de terceras personas, soslayando los principios constitucionales y democráticos de tolerancia, de no punición a personas por la propia autodeterminación moral. Y para empeorar, con la utilización de un vocablo que carece de univocidad y precisión se continúa permitiendo que la policía abuse de la ingente arbitrariedad que le brinda el tipo contravencional.

Los comportamientos definidos, por su excesiva amplitud, afectan el principio de determinación y, además y especialmente, constituyen comportamientos que, tal como están definidos, *no afectan derechos individuales ni colectivos*.

La prohibición redactada en el art. 82 constituye, a todos los efectos, un reproche ilegítimo hacia una conducta que se considera disvaliosa moralmente, no una sanción hacia conductas que afectan derechos o intereses de terceros. Por este motivo, se persigue a quienes son percibidos como diferentes y que realizan conductas que quedan en el ámbito de su privacidad en el contexto de sus relaciones con otras personas —los eventuales demandantes—.

Los comportamientos abarcados por la norma son todos aquellos comportamientos que impliquen el ofrecimiento o la demanda de servicios sexuales de manera ostensible en cualquiera de los espacios públicos citados en la ley. Nada hay en la disposición citada que restrinja el conjunto de comportamientos prohibidos que debe establecer la reglamentación o la autoridad de aplicación encargada de autorizar en que ámbitos públicos se puede realizar la actividad, de manera tal de reducir ese grupo a comportamientos que de algún modo tengan trascendencia hacia terceras personas. Por este motivo, resulta evidente que la norma citada vulnera abiertamente el principio de reserva/lesividad al establecer la presunción que cualquier conducta descrita en el tipo es atentatoria del orden público y constituye un uso no autorizado del espacio público.

Esta manera de reglamentar el derecho es equivalente a su cercenamiento, pues su negación no depende de circunstancias legítimas, sino del hecho de que la oferta de servicios sexuales se lleve a cabo en ciertos lugares, sin importar las posibles consecuencias de tales actos.

Los comportamientos prohibidos por el art. 82 no protegen en modo alguno la tranquilidad pública.

En efecto, los únicos requisitos que se establecen para la tipificación son una actividad determinada —ofrecer servicios sexuales de manera ostensible— en determinados espacios públicos.

Si bien la norma impugnada hace referencia al modo ostensible de realizar la oferta de servicios sexuales, no requiere en modo alguno que tal oferta ostensible sea percibida por un número determinado o indeterminado de terceras personas, esto es, la prohibición abarca ofertas ostensibles que se realizan en la más absoluta soledad.

Ello pues el art. 82 no exige la consecuencia de que la oferta sexual sea vista por terceras personas, ni el resultado de alteración de la tranquilidad pública. Por otra parte, es posible que, aun si la oferta es vista por terceras personas esta circunstancia no afecte sus derechos pues es posible que no altere su tranquilidad. Muchas personas pueden ser testigos de actos de oferta ostensible de servicios sexuales sin que ello afecte su tranquilidad.

Por estos motivos, sólo puede afirmarse que el único objeto del art. 82 es realizar un reproche a actos que se consideran moralmente disvaliosos o degradantes, sin importar los importantes derechos que están en juego y que imposibilitan este reproche moral.

Debe tenerse especialmente en cuenta, además, que el principio de lesividad no sólo *funda* la ilicitud sino que, además, constituye su *límite infranqueable*.

Si bien el art. 82 está dentro del capítulo II que lleva como título "Del uso del espacio público y privado", para cambiar el supuesto bien jurídico afectado por la oferta y demanda sexual, dejando de ser ya la tranquilidad pública sino el uso del espacio público, no se logró eliminar todo el bagaje ideológico que conlleva la contravencionalización de la oferta y demanda de sexo. Por otra parte, no se advierte el abuso del espacio público en el ejercicio de la profesión en cuestión en desmedro de los otros ciudadanos. Este artículo posibilita la continuación de una continua persecución de las personas que no pueden ejercer su trabajo libremente, ya que constantemente son extorsionadas o presionadas por la policía.

INCONSTITUCIONALIDAD POR DOBLE PUNICIÓN DE LAS CONDUCTAS

El principio de prohibición de doble punición no se debe confundir con el principio *non bis in idem*, aunque se hallan íntimamente vinculados: el primero también en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido y el segundo opera aunque no haya habido punición.

Existen tres hipótesis de doble punición

La primera hipótesis de doble punición tiene lugar cuando la administración impone penas que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* no son consideradas penas y como se imponen fuera de los límites del derecho penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional, a lo que además se suma al poder punitivo manifiesto, que no toma en consideración la privación punitiva excluida de su ámbito discursivo.

El segundo grupo lo constituyen los casos de *personas que sufren lesiones, enfermedades o perjuicios patrimoniales por acción u omisión de los agentes del estado en la investigación o represión del delito cometido*.

El tercer grupo de casos de doble punición es harto común en América Latina, aunque poco frecuente en el país. Se trata de las *personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con culturas diferenciadas, tienen su propio sistema de sanciones y de solución de conflictos*.

En el proyecto, es manifiesta la violación a este principio, por la gran cantidad de conductas tipificadas como contravenciones que ya se encuentran tipificadas en el Código Penal como delitos. De esta forma una misma conducta es susceptible de ser penada tanto como delito como contravención. Además, se está realizando una invasión inconstitucional de competencia por parte del órgano legislativo provincial.

Es indudable que la competencia para dictar el Código Penal que la Constitución Nacional atribuyó al Congreso de la Nación impone a las provincias el deber de respetar la tipificación de una conducta como "delito" que se realice en ese Código, decisión que importará la correlativa exclusión de toda reglamentación provincial y municipal a su respecto.

La proscripción del *double jeopardy*, o de doble persecución sancionatoria por la misma falta, también debe ser integrada al "régimen jurídico circundante" que nos ocupa. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en materia típicamente extensible al ámbito del derecho administrativo sancionador, que "La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho"³²

La prohibición de la doble persecución penal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho.

Si bien los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no son, como principio, sentencia definitiva en los términos del art. 14 Ver Texto ley 48, corresponde hacer excepción a esa regla si, sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se han dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal y el reclamo del apelante por el respeto de la cosa juzgada se dirige a

³² Fallos 314:377 (JA 1992-II-233).

lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por la Corte.³³

Artículo 47: tentativa de lesiones
Artículo 51: privación ilegítima de la libertad
Artículo 62: delito de daños
Artículo 70: delito de daños
Artículo 71: delito de daños
Artículo 72: delito de daños
Artículo 75: delito de resistencia y desobediencia a la autoridad art. 239 CP.
Artículo 76: delito de resistencia y desobediencia a la autoridad art. 239 CP.
Artículo 78: violación de domicilio
Artículo 124: delito de estafa
Artículo 155: delito de daños
Artículo 156: delito de daños

CRIMINALIZACIÓN DE LA POBREZA Y LA PROTESTA

Artículo 57°.- Se aplicará sanción de uno (1) a veinte (20) días de trabajos de utilidad pública, a quien induce a un menor de edad a pedir limosna o contribuciones en su beneficio o de terceros.

Se aplicará sanción de **arresto** de cinco (5) a treinta (30) días, cuando exista previa organización.

Se podrá eximir de pena al autor en razón del superior interés del menor.

Artículo 81°.-

Se aplicará sanción de uno (1) a dos (2) días de trabajo de utilidad pública o multa de diez (10) a cincuenta (50) UM, a quien exige retribución por el estacionamiento o cuidado de vehículos en la vía pública sin autorización legal.

Artículo 84°.-

Se aplicará sanción de multa de veinte (20) a sesenta (60) UM, a quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público. No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria.

Artículo 118°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de diez (10) a ciento cincuenta (150) UM, el que:

- a) Instalare en la vía pública puesto de venta sin autorizaciones.
- b) Se instalare en los atrios de templos, o en plazas o paseos públicos sin autorización.
- c) Perturbare, interrumpiere el desplazamiento de vehículos o transeúntes.

Algunos de los artículos del proyecto aplican un tratamiento que no es garantista de las situaciones de pobreza.

Cabe señalar que los rasgos de represión y criminalización de la pobreza que se advierten en el proyecto se manifiestan de una manera indirecta, si bien el proyecto en algunos puntos se esfuerza en ser un proyecto con conciencia social, establece normas cuyas consecuencias terminan atacando lo que originariamente se proponía tutelar. No observamos ninguna disposición que directamente condene el "hecho de ser pobre", pero si algunas circunstancias que se derivan de esa situación.

El derecho fundamental a la dignidad humana y supervivencia económica colisiona con el derecho de ejercer libremente el comercio a partir de una sana competencia, y por mucho que se indague sobre

³³ Tribunal: Corte Sup.
Fecha: 08/03/2005
Partes: Álvarez, Néstor H. s/S.D.D. homicidio simple E.P.D. Jorge Daniel Chávez causa 10846/98
Abstención: Lorenzetti, Argibay
Mayoría: Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco
Expediente: A 2762 XXXVIII

presupuestos dogmáticos del derecho penal-contravencional, resulta ser el Poder Judicial el menos indicado de los representantes del Estado para darle fin a un conflicto que lleva mucho tiempo sin encontrar respuestas justas para una convivencia urbana pacífica que ponga fin al conflicto de una manera mas o menos acabada.

No escapa a la realidad que en una sociedad con niveles tan altos de pobreza e indigencia como la nuestra, la mendicidad se ha convertido en un medio de subsistencia alternativo para muchas familias jujeñas.

En este contexto, es difícil pensar que esas familias eligen la mendicidad entre otras posibilidades mejores, sino mas bien la mendicidad se postula como la única a su alcance.

El proyecto de ley en análisis, lejos de condenar directamente a la mendicidad busca la forma de "sancionarlo" indirectamente. Es así que de acuerdo a la no prohibición de la mendicidad, se podría entender que la permite bajo ciertas circunstancias.

Cuando menta que será sancionado el que se instale en atrios de templos o en plazas o paseos públicos sin autorización, inmediatamente surge en la conciencia la imagen de personas mendigando, pidiendo la colaboración de la gente.

Consideramos que el tratamiento que el Estado debe dar en estos casos lejos está de su faz punitiva. Al contrario, se debería planificar medidas de índole políticas-propositivas a efectos de buscar solucionar estas situaciones no deseadas, incluso por las personas que se ven implicadas en las mismas

Artículo 80°.-

Se aplicará sanción de uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de veinte (20) a cien (100) UM, a quien ilegítimamente impide u obstaculice la circulación de vehículos por la vía pública o espacios públicos.

Artículo 118°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de diez (10) a ciento cincuenta (150) UM, el que:

- d)** Instalare en la vía pública puesto de venta sin autorizaciones.
- e)** Se instalare en los atrios de templos, o en plazas o paseos públicos sin autorización.
- f)** Perturbare, interrumpiere el desplazamiento de vehículos o transeúntes.

Artículo 96°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a cincuenta (50) UM, el que por cualquier motivo procediere a la quema de objetos en la vía pública.

Estas contravenciones ubicadas dentro del título III Protección del uso del espacio público y privado y del capítulo III "De la seguridad y ordenamiento en el tránsito" del Título IV respectivamente, se pena a quien ilegítimamente impida, obstaculice, interrumpa la circulación o desplazamiento de vehículos o transeúntes por la vía pública. En primer lugar la mayoría las conductas contempladas en los artículos precedentes constituyen delitos según el art. 194 del Código Penal. En segundo lugar, los tipos son sumamente abarcativos y por la laxitud de sus términos comprende el fenómeno de la protesta social, criminalizándola indirectamente. Por lo tanto, son inconstitucionales por viola el principio de máxima taxatividad legal y los derechos de protesta, libre expresión y petición a las autoridades.

Como sostuvo el filósofo John Rawls, "el problema de la obediencia [al derecho] es problemático para las minorías que han sufrido la injusticia durante muchos años".³⁴

Como expresa el Dr. Gargarella: "De allí que convenga reconocer con él, frente a actos de desafío al derecho vigente producidos en contextos de injusticia, que aunque tales actos parece[n] amenazar la concordia ciudadana, la responsabilidad no recae en aquellos que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad, justifica tal oposición, porque emplear el aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas, es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen el derecho de resistirse. (...) El choque entre el derecho al tránsito, por un lado, y los derechos de protesta, libre expresión o petición a las autoridades, por otro. Lo cierto es, y por más que los jueces lo nieguen, que el caso encierra efectivamente un conflicto entre tales derechos. Frente a tal trágica situación los magistrados tienen la obligación de proteger prioritariamente, y tanto como sea posible, los derechos más cercanos al nervio democrático -en este caso, sin dudas, los derechos relacionados con la expresión y la protesta (...) los jueces deben tener en cuenta que "...si imponen temor y dudas en

³⁴ Rawls, John, "Teoría de la justicia", 1978, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, ps. 395, 396 y 433

aquellos que podrían dar voz a las críticas públicas [ellos contribuyen a crear] una atmósfera dentro de la cual [las libertades constitucionales] no pueden sobrevivir" ("New York Times v. Sullivan", 376 US. 254, 1964).(...) Pero además, agrega Fiss, y con respecto a los jueces, la Constitución exige que ellos otorguen a quienes protestan "una oportunidad razonable de enfrentarse públicamente con el presunto equivocado, ya que, sin ese enfrentamiento público, no puede haber confrontación ni testimonio en el sentido clásico, y los valores democráticos a los que sirve la actividad de protesta permanecerían insatisfechos" (Fiss, Owen, "El carácter indócil de la política", manuscrito por publicarse). (...) Los jueces del caso ponen un extraordinario énfasis en el hecho de que los imputados no consiguieron una autorización policial para realizar las reuniones o manifestaciones que llevaron a cabo. Por lo tanto, y en razón de dicha omisión -concluyen-, los imputados realizaron un ejercicio impermisible de sus derechos, que el Estado debe sancionar. En relación con este común argumento cabe señalar, ante todo, que los derechos constitucionales no pueden quedar sujetos al veto de nadie (mucho menos, al veto policial). Más bien, dichos derechos deben ser capaces de atravesar cualquier pretensión regulatoria que procure dejarlos en manos discrecionales de la autoridad de aplicación de que se trate. En definitiva, la postura que insiste en poner el acento en la autorización policial no es sino una muestra más de una tendencia extendida en nuestra comunidad jurídica, que mira a la Constitución no desde el punto de vista de la libertad, sino desde la perspectiva de quien puede limitarla, haciendo uso del aparato coercitivo estatal. Por lo demás, y como dijera el juez Rodríguez Basavilbaso en su voto particular en "Schifrin", la comunidad jurídica no suele pensar en autorizaciones policiales cuando se trata de trastornos ocasionados por "espectáculos masivos formalmente aceptados por las autoridades locales". Para este juez lo cierto es que el tránsito suele ser entorpecido tanto por los piqueteros como por "los estudiantes, las asambleas barriales, las marchas con cacerolas o sin ellas, los escraches, y los maratonistas urbanos y sólo estos últimos (acaso porque el deporte goza de mejor prensa que los reclamos sociales -agrega Rodríguez Basavilbaso-) podrían exhibir autorizaciones formales".³⁵

Las mismas consideraciones deben trasladarse a los legisladores, para que en su obrar legislativo formulen tipos que con máxima estrictez únicamente incluyan conductas ajenas a la protesta social.

La actual redacción conducirá al error judicial configurándose un cercenamiento de los derechos constitucionales de petionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión.

Considerar como contravención y sancionar a quién corta una calle en el marco de una protesta, configura un cercenamiento de la posibilidad de los sectores más vulnerables de la sociedad de expresarse y, en consecuencia, poder hacer llegar al gobierno sus reclamos y puntos de vista.

Teniendo en cuenta que la sanción se aplica a conductas cuya lesividad se reduce a producir demoras o retrasos a terceros, no puede en ningún caso sancionarse con pena de arresto ya que en ese caso la desproporción entre el mal causado y la sanción aplicable sería grosera.

Para evitar errores de interpretación es recomendable agregar como último párrafo lo siguiente:

"No serán consideradas contravenciones las acciones grupales o protestas sociales que constituyan el ejercicio de derechos expresamente previstos en la Constitución Nacional o los instrumentos internacionales a los que el artículo 75 inciso 22 de la misma dota de jerarquía constitucional."

Con respecto a la necesidad de dar previo aviso a la autoridad competente en el marco de una manifestación pública, es acertado agregar que tal aviso será obligatorio "cuando en las circunstancias del caso éste fuera razonablemente posible". De otro modo, existiría el riesgo de afectar el ejercicio los derechos constitucionales mencionados por un excesivo ritualismo.

Condenar a una sola persona de la multitud que conformaba el "piquete" que cortaba la ruta, y considerando los miles de personas que hoy asumen actitudes semejantes, implica una selectividad irrazonable.(...) No es posible establecer en abstracto orden jerárquico alguno del derecho de reunión y petición a las autoridades por sobre el de igual rango constitucional de transitar libremente, siendo ambos de carácter público. (...) Si bien la conducta de quien forma parte de un "piquete" que corta una ruta encuadra en el tipo penal del art. 194 CPen., no es antijurídica, pues constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional de reunión, tanto como las manifestaciones estudiantiles, las asambleas barriales,

³⁵ Título: Por qué el fallo Alais es jurídicamente inaceptable

Autor: Gargarella, Roberto

Fuente: JA 2004-III-296 - SJA 7/7/2004

las marchas con cacerolas o sin ellas, los "escraches" y las maratones urbanas -Del voto en disidencia del Dr. Rodríguez Basavilbaso en el caso Schifrin³⁶

Zaffaroni comentando el caso Schifrin señala: "Cabe considerar, en el plano del análisis de la tipicidad objetiva, la referencia que el voto en minoría hace a la circunstancia de la generalización de comportamientos análogos a los de Marina Schifrin y a la indiferencia de las autoridades, que no sólo los toleran, sino que, como sabemos y es del dominio público, proceden a cuidar a las personas, se limitan a preservar los bienes y negocian con los protagonistas de las protestas. Este fenómeno es lo que hemos llamado principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido. Aunque insistimos que, a nuestro juicio, en el caso se trata de una atipicidad objetiva, es bueno resaltar el progreso que representa la apertura jurisprudencial de este criterio en una sentencia, y aunque sea en un voto minoritario. Creemos que una ley se sanciona en un determinado contexto histórico (cultural, social, tecnológico, económico, etc.), es decir, en una realidad social determinada. El orden jurídico cambia y la realidad social también. En ocasiones, cambios de cualquier naturaleza pueden dar lugar a que el tipo penal que al momento de su sanción abarcaba un ámbito de prohibición determinado, pase a abarcar otro de amplitud muchísimo mayor y en ocasiones que involucran a casi toda la población. Cuando se opera un fenómeno de esta naturaleza, que desvirtúa el ámbito legal de lo históricamente prohibido, a veces en forma ridícula, es función judicial imponer el respeto a ese ámbito. El legislador establece el ámbito de lo prohibido, pero no puede establecerlo por omisión, especialmente cuando resulta irracional. Este fenómeno tiene lugar, por ejemplo, con el "reproduzca" del art. 72 ley 11723 Ver Texto (ALJA 1853-958-1-268) de Propiedad Intelectual: en 1933 se entendía hacer una edición de la publicación, porque no había otra forma de reproducir, pero no puede aplicarse a la reproducción por fotocopiadora actual efectuada para uso personal, porque en tal caso todos los estudiantes, profesores y profesionales estaríamos incurso en ese delito en forma harta reiterada. El voto en minoría señala un fenómeno parecido. No se trata de una desuetud, sino de una ampliación del ámbito prohibido inusitada, que debe ser reducida por la potestad judicial con respeto de su originario sentido y alcance histórico. Además, un tipo penal no es una trampa cazabobos, sino que debe aplicarse regularmente, y no para sorprender a quien arbitrariamente se quiera atrapar y dejar impunes al resto."³⁷

Violación al Principio de proporcionalidad mínima

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto.

Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la *suspensión* del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado.³⁸

También se ha pronunciado al respecto Bacigalupo, quien al estudiar este tópico menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que "El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor..."; asimismo refiere que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español "se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad...".³⁹

³⁶ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª
Fecha: 03/07/2002
Partes: Schifrin, Marina

³⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni - El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Ed. 2000. Págs. 130 y sig

³⁹ Enrique Bacigalupo, "Principios constitucionales de derecho penal", editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158

El proyecto en aproximadamente 70 artículos establece la pena de arresto, de entre 5 a 30 días. Considerando que el derecho contravencional es un derecho penal de orden menor, resulta injustamente desproporcional la pena respecto de la culpabilidad por el hecho contravencional cometido.

La pena de privación de la libertad se caracteriza por ser una sanción que se aplica como último recurso o de estricta necesidad (última ratio). Esta idea responde al criterio de que este tipo de pena –por los graves perjuicios que causa a quien debe padecerla– sólo es admisible cuando no hay otro "mal menor", en otras palabras, la privación de la libertad es el último recurso a emplearse por no existir otros medios más eficaces.

En efecto, al estipular la pena de arresto se debe tener en cuenta su naturaleza restrictiva. Además, la sanción deber ser también estrictamente proporcional al mal causado. Ello implica que no se puede recurrir a este tipo de pena de manera discrecional e ilimitada.

De todos modos, es objetable, desde las perspectivas de distintos tratados y principios internacionales, que la privación de la libertad sea una sanción aplicable a conductas que las autoridades nacionales no han categorizado como delitos. En particular si se considera que muchas de las conductas delictivas menos graves no tienen siquiera prevista la aplicación de penas privativas de la libertad en el Código Penal.

Aun si se aceptara esta posibilidad, es claro que el arresto no puede establecerse como pena principal, sino sólo para las conductas que revisten la gravedad suficiente por su grado de violencia o que impliquen algún riesgo cierto para la integridad física de otras personas.

Además, por su carácter incuestionablemente excepcional es conveniente prever que, salvo casos excepcionales, la sanción de arresto nunca podría aplicarse a quienes no tengan como antecedente una condena anterior por alguna contravención que hubiera implicado un riesgo para la integridad física de otras personas.

Al analizar la parte especial se encuentran figuras contravencionales que en ningún caso deberían ser pasibles de pena de arresto por no reunir ninguno de los requisitos mencionados o cuya pena es irrazonablemente desproporcional. Se aclara que únicamente se tratarán al realizar el análisis los tipos contravencionales que no resultan manifiestamente inconstitucionales. No se enumerarán todos los artículos, porque el proyecto refleja que un 70 por ciento de las conductas contravencionales está sancionada con pena principal de arresto.

Artículo 48°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a ocho (8) días o multa de diez (10) a cuarenta (40) UM, el que arrojar papeles, agua, gases, humo, emanaciones, aire o cualquier otro elemento o sustancia, capaces de ensuciar o causar molestias a otras personas, sin su consentimiento.

Artículo 49°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de diez (10) a cuarenta (40) UM, el que públicamente incitare o provocare a pelear a otro en la vía pública o sitio expuesto al público.

Artículo 53°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a treinta (30) días o multa de cuarenta (40) a cien (100) UM, el que fotografiare, filmare, grabare, vigilare o siguiere a otro, contra la voluntad expresa o presunta de éste, salvo que se tratare de actividades legales o en ejercicio legítimo de la libertad de prensa.

Artículo 54°.- Será sancionado con arresto de uno (1) a treinta (30) días (...), el organizador, promotor o responsable de un espectáculo público de cualquier clase o el propietario o encargado de un lugar de acceso público, casa de negocio, cines, salas de video, locales habilitados que brinden acceso a internet, o salas de juegos electromecánicos, electrónicos o de azar, que por conducta dolosa o culposa admitiere o tolerare el ingreso o la permanencia de un menor de catorce (14) años, en violación a lo prescripto por disposiciones legales o reglamentarias nacionales o municipales. Los locales habilitados que brinden acceso a Internet, deberán instalar y activar en las computadoras que se encuentren a disposición de menores de edad, filtros de contención de acceso a páginas pornográficas y a cualquier otra página Web, que atente contra la salud mental de niños y adolescentes.

La conducta culposa será sancionado con la mitad de la pena establecida para la dolosa, sus substitutivas y clausura uno (1) a veinte (20) días.

Artículo 56°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinticinco (25) días o multa de veinticinco (25) a ciento cincuenta (150) UM, el que empleare a un menor de dieciocho (18) años para realizar trabajos que impliquen peligros para la salud física o moral de éste.

Artículo 68°.- Será reprimido con **arresto** de uno (1) a treinta (30) días o multa de diez (10) a treinta (30) UM, el que no llevare los registros correspondientes al nombre, apellido, documento de identidad y domicilio de compradores y vendedores, y todas las circunstancias relevantes a operaciones que realicen las siguientes personas:

- a) Dueños, gerentes o encargados de casas de préstamos, empeños o remates.
- b) Vendedores de cosas antiguas o usadas.
- c) Comerciantes y joyeros convertidores de alhajas.

d) Desarmaderos de vehículos.

Artículo 69°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a treinta (30) días o multa de treinta (30) a cien (100) UM, el propietario o responsable, Persona Física o Jurídica, titular de Chatarrería y Comercio de Compra Venta de Artículos del Hogar y repuestos usados, no inscriptos en el Registro Provincial creado al efecto.

Artículo 91°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a quince (15) días o multa de diez (10) a veinte (20) UM, el que azuzare o espantare un animal con peligro para terceros.

Artículo 100°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cien (100) UM, el propietario, administrador, gerente o encargado de hotel u hospedaje que omitiere registrar el ingreso o egreso de los pasajeros que alojen o consignar datos referentes a su identificación y lugar de procedencia.

La misma pena será aplicable a los mencionados en el párrafo anterior, que negaren u omitieren la exhibición del Registro de Pasajeros a la autoridad policial cuando ésta lo requiera.

Quedan exceptuados de la disposición precedente los hoteles habilitados por autoridades municipales para dar alojamiento por horas.

Artículo 110°.-

Se aplicará sanción de cinco (5) a veinte (20) días de trabajo de utilidad pública o **arresto** de uno (1) a quince (15) días, a quien sin autorización escrita de autoridad competente a los organizadores del evento, ingresa o lleva consigo artefactos pirotécnicos a un espectáculo masivo, de carácter artístico o deportivo. La sanción se elevará al doble si los artefactos son encendidos o arrojados.

Artículo 113°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a doscientas (200) UM, el propietario o transportista que traslade cargas en general, cualquiera sea su género, forma o especie, sin la documentación requerida por las disposiciones legales y la reglamentación respectiva.

Artículo 114°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de veinte (20) a trescientas (300) UM, el que condujere vehículos que, por su estado, entrañen un peligro para la seguridad vial.

Artículo 116°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cuatrocientas (400) UM;

- a) El que hiciere uso de toques o señales reservados por la autoridad para las llamadas de alarma, vigilancia o custodia.
- b) El que solicitare por cualquier medio la concurrencia de la policía, bomberos, la asistencia sanitaria, servicios funerarios o guardias de servicios públicos a sitio donde no fuere necesaria.
- c) El que no concurra al llamado de auxilio o colaboración de la autoridad correspondiente, en casos de desastres, siniestros de cualquier índole o para el cumplimiento de un deber ciudadano.

Artículo 117°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a trescientas (300) UM, el que pusiera en peligro o perturbare la circulación de vehículos pertenecientes a la policía, bomberos y servicios de emergencia sanitaria o la desactivación de explosivos y apuntalamiento de edificios, desatendiendo las indicaciones que demanden prioridad de paso u otras que la autoridad formule en legítimo ejercicio.

Artículo 119°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a doscientas (200) UM y en su caso clausura de hasta veinte (20) días, el propietario o encargado de un comercio dedicado a la compraventa de automotores usados, taller mecánico, de mantenimiento o de chapa y pintura y de los locales guarda-coches, con exclusión de las simples playas de estacionamiento, que no lleven correctamente los registros que disponga la autoridad acerca de los datos de los automotores que reciban y de las personas que los dejen en dichos locales.

Artículo 125°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a diez (10) días o multa de cinco (5) a cincuenta (50) UM, el que arrojaré sustancias, basuras o residuos pasibles o no de descomposición en la vía pública, parques, plazas, paseos públicos o lugares para acampar, calles, rutas, caminos vecinales, u otros lugares públicos.

Artículo 126°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a doscientas (200) UM el que practicare poda o tala de árboles ubicados en lugares públicos en forma contraria a las normas de forestación.

La sanción indicada en el párrafo anterior se incrementará al doble, si por acción u omisión, destruyere la flora silvestre en su función natural dentro del ecosistema, en lo concerniente a: aprovechamiento racional, tenencia, tránsito, comercialización, industrialización, importación y exportación de ejemplares.

La sanción se elevará al triple, si con ello se produjera depredación o provocare o favoreciere un incendio, cualquiera sea su tipo y motivo, siempre que el hecho no constituya delito.

Artículo 127°.-

Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de cincuenta (50) a cuatrocientas (400) UM y comiso de lo secuestrado, el que cazare o pescare sin los permisos correspondientes fuera de temporada, con medios prohibidos por la autoridad administrativa correspondiente.

INVASIÓN A LOS PODERES DE LOS MUNICIPIOS

**El CAPITULO TERCERO que lleva como título el PODER MUNICIPAL en su Artículo 189.-
COMPETENCIA manifiesta:**

Es de competencia de los municipios,
en los términos de esta Constitución y la ley, lo siguiente:

- 1º) el ordenamiento del tránsito de vehículos, de personas y de cosas en la vía pública;
- 2º) la planificación, gestión y ejecución del desarrollo y ordenamiento urbano, zonificación, parquización, forestación, reforestación, estética edilicia, pavimentación, conservación de la vía pública urbana, desagües, construcción y seguridad de edificios y otras obras;
- 3º) los abastos, mataderos, ferias y mercados, pesas y medidas, y control de alimentos y bebidas;
- 4º) el alumbrado público, recolección y tratamiento de residuos, transporte público urbano, limpieza y aseo de la vía pública, cementerios públicos y privados y servicios funerarios;
- 5º) la seguridad, higiene y buenas costumbres en los lugares públicos;
- 6º) el uso de los bienes del dominio público municipal;
- 7º) las demás materias que les atribuya la ley y que sean de exclusivo interés local.-

En nuestro ordenamiento jurídico, los municipios tienen autonomía, por lo tanto también se le reconoce como una de sus funciones dictar sanciones a los incumplimientos de las normas dictadas en ejercicio de su poder de policía.

En el proyecto existen variadas contravenciones que son una invasión a las atribuciones de los municipios, siendo inconstitucionales por no respetar la jerarquía de la Constitución Provincial que establece la distribución de los poderes tanto del gobierno provincial como del gobierno municipal.

O realizan delegación a la Policía de la Provincia de facultades que le corresponde ejercer a los municipios.

Artículo 58°.- Se aplicará sanción de cincuenta (50) a doscientas (200) UM o **arresto** de dos (2) a diez (10) días, al propietario, gerente, empresario, encargado o responsable de un comercio o establecimiento de cualquier actividad que por conducta dolosa o culposa suministre o permite el consumo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho (18) años.

La conducta culposa será sancionada con la mitad de la pena establecida para la dolosa, y sus substitutivas.

Artículo 93°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de veinte (20) a cien (100) UM, y en su caso la inmediata clausura del lugar, a quien admitiere en lugar de espectáculo público, deportivo, de entretenimiento o reunión, mayor cantidad de espectadores que la autorizada o razonablemente no resulte acorde con la capacidad del local, poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. La sanción recaerá en el propietario y/o concesionario o responsable del local o institución.

Artículo 95°.- Será sancionado con **arresto** de uno (1) a veinte (20) días o multa de diez (10) a veinte (20) UM, el que omitiere la colocación y mantenimiento de los equipos contra incendio, de primeros auxilios y demás normas de seguridad en los lugares en que las leyes, ordenanzas y reglamentaciones lo establezcan.

Artículo 104°.- Se aplicará sanción de multa de cincuenta (50) a quinientos (500) UM o **arresto** de cinco (5) a treinta (30) días, al que omitiere los recaudos de organización o seguridad exigidos por la legislación vigente o por la autoridad competente respecto de un espectáculo masivo de carácter artístico o deportivo.

Artículo 135°.- La venta, provisión o suministro de bebidas alcohólicas, para su consumo en el lugar de su expendio, sólo podrá realizarse en negocios o establecimientos expresamente autorizados por Jefatura de Policía.

Artículo 140°.-

Todo propietario o titular de negocio autorizado para la venta, suministro o provisión de bebidas alcohólicas, es agente delegado para vigilar el cumplimiento de esta Ley. Le corresponde en consecuencia, velar por su fiel observancia, respondiendo por cualquier infracción que se cometiere en su negocio, aunque ella se hubiere producido por hechos u omisiones de sus dependientes o empleados, como asimismo tiene la obligación de exhibir el certificado que acredite haber sido facultado por la autoridad policial.

Artículo 142°.- Todos los negocios o establecimientos que expendan bebidas alcohólicas al público podrán estar sujetos al control del personal policial y sus titulares o empleados deberán prestar la colaboración que se les requiera cuando se trate de efectuar un control para el cumplimiento de las disposiciones de las infracciones que se cometieren.

Artículo 150°.-

Se aplicará la pena de uno (1) a veinte (20) días de **arresto** o multa de diez (10) a cien (100) UM, y en caso necesario la clausura del local, a:

- f)** Los que efectúen bailes públicos sin previo permiso de la autoridad competente sea Municipal y/o Policial.
- g)** Los que permitan fuera de los horarios autorizados el acceso o permanencia a menores de 18 años de edad.
- h)** Los que permitan o consientan cualquier acto inmoral en el salón del baile, o en cualquier otra dependencia del mismo, como así el baile de personal uniformado.
- i)** Los que permitan el acceso de personas en evidente estado de ebriedad.
- j)** Los que permitan en el local la permanencia de personas en evidente estado de ebriedad, como así la venta o provisión de bebidas alcohólicas a las mismas o al personal de las fuerzas policiales en servicio.

Artículo 152°.-

Son requisitos previos para conceder la autorización policial los siguientes:

- a)** El permiso municipal correspondiente, como así también acreditar el pago de los Impuestos Nacionales, Provinciales, Municipales (S.A.D.A.I.C, A.D.I.C.A.P.I.F., y otros que en el futuro se crearen). De lo constatado en sede policial por el pago de los Derechos de Autor, sea por S.A.D.A.I.C, A.D.I.C.A.P.I.F., y otros que surgieren, la Policía de la Provincia percibirá un 20% por la labor desplegada en su calidad de ente controlador.
- b)** Encontrarse autorizado para expender bebidas alcohólicas al copeo.
- c)** Que el solicitante no registre antecedentes judiciales o policiales, considerados desfavorables para ejercer la actividad.

Para finalizar en los art. 157 y 158, se establece la creación de un organismo Administrativo Contravencional. Ya que se ha decidido establecer un Juzgado Administrativo para que resuelva las infracciones sería recomendable que se cree un Juzgado en el ámbito del Poder Judicial, para una mayor garantía de la población y para evitar la revisión judicial de la sentencia administrativa por el Poder Judicial. No se puede objetar la falta de presupuesto, si ya se ha determinado la creación de un organismo.

Resulta alarmante que hasta la creación del organismo jurisdiccional sea el Jefe de Policía de la Provincia quien tenga la competencia para conocer y resolver las contravenciones, es una continuidad a la inconstitucionalidad de la ley de procedimiento contravencional actual.