

PRESENTA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**EXMA. SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE MENDOZA:**

Lucas LECOUR, en mi carácter de abogado y presidente de la **Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos XUMEK**, con personería jurídica N°1158/07 otorgada el 8 de junio de 2007 por la Dirección de Personas Jurídicas del Gobierno de la provincia de Mendoza, según las constancias estatutarias y asamblearias que en este acto acompaño, con domicilio social en calle 25 de mayo 685, Godoy Cruz, Provincia de Mendoza, República Argentina, teléfono (0261) 4582192, correo electrónico: contacto@xumek.org.ar , junto al patrocinio letrado de los abogados de la matrícula que firman al pie de la presente acción, de la manera más atenta nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

De conformidad con lo establecido por los arts. 144 inc. 3° y 48 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, así como lo dispuesto por los arts. 227 y concordantes del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, venimos en legal tiempo y forma a interponer acción de inconstitucionalidad a fin de que se declare la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los artículos de la ley provincial N° 9.099 señalados en el capítulo III del presente recurso publicada en el Boletín Oficial el día 8 de octubre del corriente año.

La presente acción deberá tramitar como contraparte con la Provincia de Mendoza, con domicilio en Casa de Gobierno, 4° piso, cuerpo central, barrio cívico, Ciudad Mendoza

II. INDICE

Dada la longitud de esta presentación y la multiplicidad de temas expuestos, a los efectos de facilitar su abordaje presentamos un índice de la presente acción de inconstitucionalidad.

I.	OBJETO	1
II.	INDICE	1
III.	NORMAS CONTRA LAS QUE SE ACCIONA	4
IV.	DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS	5
V.	INTERÉS LEGÍTIMO DE LA ASOCIACIÓN XUMEK. ALCANCE GENERAL DE LA ACCIÓN INTERPUESTA RESPECTO A LOS GRUPOS ALCANZADOS	7
VI.	FUNDAMENTOS	11
1)	CONSIDERACIONES GENERALES	11
a)	Algunos aspectos relativos a la exposición de motivos y al código en general.....	12
b)	Control de constitucionalidad y convencionalidad.....	16
2)	Vulneraciones al derecho de defensa	17
a)	Falta intervención obligatoria de un/a defensor/a oficial.....	17
b)	Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa	21
3)	Vulneración al Derecho al recurso (doble instancia)	25
4)	Afectación del principio de legalidad. Inobservancia de la exigencia de máxima taxatividad. ¡Error!	
	Marcador no definido.	
a)	El principio de legalidad. Su proyección en la exigencia de máxima taxatividad legal e interpretativa:	28
b)	Manifestaciones de violación de los principios antedichos en el Código Contravencional de la Provincia de Mendoza:.....	3
	0	
5)	Cuestión relativa al labrado de Acta Contravencional – Indevida inversión de la carga de la prueba por afectación de garantías constitucionales del proceso sancionatorio	¡Error! Marcador no definido.
6)	Principio de igualdad y acceso a la justicia	¡Error! Marcador no definido.

a)	Introducción.....	43
b)	Pobreza: igualdad ante la ley e igualdad real de oportunidades	47
c)	Compendio normativo:.....	49
7)	Grupos en situación de vulnerabilidad. Estrategias de supervivencia en espacios públicos.	75
a)	Consideraciones generales.	¡Error! Marcador no definido.
b)	Persecución a cuidacoches.	¡Error! Marcador no definido.
c)	Criminalización por limpieza de vehículos.....	¡Error! Marcador no definido.
d)	Mendicidad	¡Error! Marcador no definido.
e)	Prostitución	¡Error! Marcador no definido.
8)	Consumo de bebidas alcohólicas, ebriedad y alteración psíquica en la vía pública	95
9)	Libertad de expresión y derecho de reunión.....	60
f)	El retorno del desacato y los delitos de opinión	60
g)	Libertad de expresión de niñas, niños y adolescentes.....	65
h)	Libertad de reunión	67
i)	Criminalización por fijar carteles o realizar <i>graffitis</i> o pintadas.....	72
10)	Sanciones a padres, madres y tutoras/es	¡Error! Marcador no definido.
VII.	OFRECE PRUEBA:	104
VIII.	RESERVA DEL CASO FEDERAL	104
IX.	PETITORIO.....	104

III. NORMAS CONTRA LAS QUE SE ACCIONA

A continuación, exponemos los artículos de la ley N°9.099 cuya inconstitucionalidad se solicita a través de la presente acción.

- 1) De los artículos 155, 161 y 166 en tanto establecen a la asistencia letrada como una posibilidad y no prevén la participación obligatoria de un/a defensor/a oficial,
- 2) Del artículo 156, en tanto no le otorga a quien está imputado por la comisión de una contravención el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa.
- 3) De los artículos 153, 154, 155 y 156, en virtud de que el procedimiento establecido en esos artículos viola la garantía de imparcialidad. Subsidiariamente, la inconstitucionalidad del art. 157 según exponemos *infra*.
- 4) De los artículos 162 y 171, dado que vulneran el derecho a la doble instancia.
- 5) De los artículos 45, 46, 51, 53, 74, 82, 93, 106, 115, 116 y 131, en virtud de que atentan contra el principio de legalidad
- 6) De los artículos 20, 148, 149, 151, 152 y 154 en virtud de que vulneran el principio de la presunción de inocencia.
- 7) Del artículo 43, en tanto viola el derecho a la libertad y garantías del debido proceso
- 8) De los artículos 17, 19, 21, 150, 166 y 172 dado que violan el derecho a la igualdad y no discriminación y a la igualdad ante la ley.
- 9) Del artículo 21, en tanto constituye una forma de prisión por deudas.
- 10) De los artículos 57, 58, 84, 90, 91 y 92, contrarios al principio de lesividad, a la vida digna, a la igualdad ante la ley, al principio de no regresividad, taxatividad (legalidad), y por constituir derecho penal de autor.
- 11) De los artículos 94, 95 y 96 que violan el principio de reserva y el de lesividad.
- 12) De los arts. 46, 47, 51, 50, 55 inc. b), 55 inc. d), 55 inc. f) y 177 que menoscaba el derecho de reunión y la libertad de expresión.
- 13) De los arts. 9 y 50 en tanto vulneran los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

IV. DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

Tal como se verá en los siguientes capítulos, los derechos vulnerados son los siguientes:

a) Derecho a la igualdad y no discriminación, contenido en el artículo 7 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 14, 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

b) Derecho de defensa, contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en los artículos 8.2 d) y 8.2 e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

c) Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contenido en el artículo 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

d) Derecho a la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, contenido en el artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 8.2 b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 9.2 y 14.3 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

e) Garantía de imparcialidad, contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

f) Principio de legalidad, contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

g) Principio de inocencia, contenido en el artículo 25 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

h) Principio de lesividad, contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo v de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

i) Garantía de la doble instancia, contenida en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

j) Derecho a la vida digna, contenido en los artículos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 4 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

k) Derecho a trabajar, contenido en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 14, 14 bis y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, en el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”.

l) Derecho de reunión, contenido en el artículo 10 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 33 de la Constitución Nacional, en el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

m) Libertad de expresión, contenido en el artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 14 de la Constitución Nacional, en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 19.1 y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

n) **Prohibición de prisión por deudas**, contenida en el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y en el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

o) **Principio de no regresividad**, contenido en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

p) **Principio de razonabilidad**, contenido en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

q) **Competencia Federal**, contenido en los artículos 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional.

V. INTERÉS LEGÍTIMO DE LA ASOCIACIÓN XUMEK. ALCANCE GENERAL DE LA ACCIÓN INTERPUESTA RESPECTO A LOS GRUPOS ALCANZADOS

La Asociación para la protección y promoción de los Derechos Humanos XUMEK, conforme el art. 2º de su Estatuto tiene por objeto: *“1) Impulsar el reconocimiento en la sociedad de la problemática de los derechos humanos; 2) Realizar tareas de asesoramiento y orientación gratuitas de personas que vean vulnerados sus derechos humanos; 3) Participar activamente en el ámbito provincial, nacional e internacional en la promoción y protección de los derechos humanos; [...] 10) Intervenir en toda cuestión de interés general y particular atinente a los objetivos de la Asociación, especialmente cuando su opinión sea requerida; [...] 14) Participar activamente en cualquier problemática que involucre directa o indirectamente a los derechos humanos.”*

Esta misma Corte ya ha reconocido la legitimación para actuar en juicio de XUMEK en el expediente N°13-03815694-7 caratulado “Hábeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciarias de Mendoza)”. También ha sido reconocida a la asociación la legitimación para actuar en juicio en numerosos casos, algunos de relevancia, como el Caso “Fiscal c/ Luque, Mariano p/ homicidio” a través del cual la Cámara de Apelaciones de Mendoza como reconoció a la asociación como querellante popular a raíz de la desaparición de Johana Chacón.

De acuerdo a lo establecido por art. 43 de la Constitución Nacional “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos

por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

En consecuencia, la legitimación surge por cuanto la propia Constitución Nacional reconoce a las asociaciones de derechos humanos, como Xumek, la legitimación para interponer acción colectiva contra cualquier forma de discriminación y derechos de incidencia colectiva en general.

En la presente acción se ponen de manifiesto numerosas afectaciones a intereses de incidencia colectiva, respecto de los cuales debe señalarse que su protección se encuentra tutelada - además de la normativa constitucional anteriormente señalada- por los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Como sostiene Gordillo: *“Entre los posibles medios de tutela de los derechos previstos en el ordenamiento nacional y supranacional, la primera parte del art. 43 estatuye en efecto uno específico, expedito, breve y efectivo para determinados supuestos de lesión. Pero ello en modo alguno excluye que existan otros también específicos en otra parte del mismo texto constitucional y sus remisiones. Ello ocurre en el caso del medio ambiente, de los derechos de incidencia colectiva, del habeas data y habeas corpus y por supuesto de los derechos que emergen del art. 75. Una interpretación diversa llevaría las normas supranacionales a verdadera letra muerta, lo que no puede considerarse como el recto espíritu ni una lectura razonable de la Constitución. Es necesario, pues, realizar una interpretación que no prive a los ciudadanos de una expresa garantía supranacional. Y la interpretación es simple: la primera parte del art. 43 refiere a una forma básica y elemental de protección que no excluye ni puede razonablemente interpretarse que excluya la protección específica que le reconocen las normas supranacionales.”*¹

¹ GORDILLO, Agustín, “Un día en la Justicia: Los amparos de los Art. 43 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional,” LL, 1995-E, p. 988. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los amparos de los Art. 43 y 75, inc. 22 de la Constitución,” como cap. IX de la segunda ed. del libro Derechos Humanos, Buenos Aires, 1996. Igualmente reproducido en ABREGÚ, MARTÍN, Y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto S.R.L., 1997, pp. 201 y ss.

A partir de la sanción de este Código Contravencional todos los ciudadanos mendocinos que pueden ser sometidos a procesos contravencionales a las que se les afectan de manera actual o inminente las garantías del debido proceso a causa de la aplicación general de las disposiciones de la ley 9.099.

Como se verá, el régimen de la ley 9.099 trae consigo reglas procedimentales que violan numerosas garantías del debido proceso. Este procedimiento es aplicable desde su entrada en vigencia a todas las contravenciones previstas por la mencionada ley en el territorio de la provincia. La norma impugnada establece un procedimiento en el que a) no está garantizada la defensa en juicio, ni el tiempo ni los medios adecuados para preparar la defensa; b) no está garantizada la imparcialidad de quien dicta la sentencia; c) no se garantiza la doble instancia y d) se vulnera la presunción de inocencia.

Asimismo, la legitimación también surge de la afectación de intereses individuales homogéneos.

Con respecto a la afectación de intereses individuales homogéneos, en la causa “Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo”² la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) realizó una clasificación de las denominadas “acciones de clase”, se pronunció al respecto, diferenciando los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto “bienes colectivos”, de aquellas los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”.

Señala la Corte que *“Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”*.

² CSJN, 24 de febrero de 2009. "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

Conforme la doctrina sentada por la CSJN, la falta de reglamentación procesal de este tipo de acciones constituye una mora del legislador que afecta el acceso a la justicia, por lo que la cláusula constitucional es plenamente operativa.

En efecto, señala la Corte que *“Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”*.

A su vez, la Corte fija determinados estándares para la procedencia de este tipo de acciones, a saber: 1) Una causa fáctica común; 2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y 3) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, o que exista un fuerte interés estatal en la protección de los derechos individuales afectados, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

En el presente caso, la asociación Xumek se presenta por diversos colectivos en especial situación de vulnerabilidad que condiciona gravemente su acceso a la justicia.

Estos colectivos son las personas en situación de prostitución, en situación de mendicidad, en situación de calle, las personas la actividad de limpiar vidrios, o cuidar y/o lavar automóviles en la vía pública, cuyos derechos a la vida digna, igualdad ante la ley, a trabajar -mediante disposiciones que violan los principios de legalidad, lesividad y no regresividad- se ven vulnerados por el Código Contravencional.

Puede advertirse que en el presente caso se configuran los requisitos señalados.

Por un lado, existe una causa fáctica común, consistente en la aplicación de los artículos de la Ley N° 9.099 cuya constitucionalidad se cuestiona en el presente recurso.

Por otro lado, la pretensión se concentra en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. En efecto, no se reclama un daño particular o diferenciado a cada uno de los afectados, sino *“con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”*.

Con respecto a los colectivos vulnerables identificados resulta evidente que la situación de vulnerabilidad afecta el acceso individual a la Justicia.

Conforme lo establecen las Reglas de Brasilia, se consideran en condición de vulnerabilidad *“aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, establecen que “La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”*.

En particular, en relación a los requisitos de acceso al proceso y legitimación, la Regla 34 establece que *“Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.”*

No puede exigirse racionalmente a cada uno de los miembros del grupo, que lucha cotidianamente por la supervivencia, la realización de complicados trámites, obtención de documentación individual, partidas, certificados médicos, la firma de escritos y el trámite que supone un juicio.

Conforme los estándares señalados, en el presente caso no se justifica el reenvío a la promoción de una demanda individual, en tanto se ve afectado el acceso a la justicia.

VI. FUNDAMENTOS

1) CONSIDERACIONES GENERALES

Sin perjuicio del tratamiento particular de cada una de las inconstitucionalidades planteadas en la presente acción, a modo introductorio realizaremos algunas consideraciones generales.

a) Algunos aspectos relativos a la exposición de motivos y al código en general.

Tratándose este trabajo de la contrariedad a Derecho del nuevo código contravencional que nos rige en la provincia, advertimos que tenemos en cuenta el carácter restrictivo que debe tener para los jueces la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una norma contenida en ella, como sería cada artículo del código que describe una conducta ilícita. La oposición entre la norma y la CN debe ser clara e ineludible; es un acto de suma gravedad y de última ratio del orden jurídico. (F. 242: 73; F. 14: 432; F.247: 121) y muchos otros antecedentes jurisdiccionales y opiniones doctrinarias.³

Un código contravencional es un código penal. El código penal nacional y este proyecto se diferencian solamente por la gravedad de las conductas previstas, más leves en el código contravencional.⁴ En la exposición de motivos se reconoce esta doctrina cuando se cita al Dr. Roberto Godoy Lemos, quien “...*ha dicho que las contravenciones del Código de Faltas son pequeños delitos...*”.

Teniendo ambos ordenamientos la misma naturaleza jurídico penal, deben respetar por igual los mandatos constitucionales que garantizan su legitimidad. Entre estos principios que no han sido respetados en diversos pasajes del código, se encuentran los de Legalidad, Reserva, Lesividad, Prohibición de analogía, Proporcionalidad, Racionalidad. La falta de respeto a estos principios condiciona la constitucionalidad y el carácter democrático de la ley. Con ello el respeto a los valores cimeros en que se basa nuestra Constitución Nacional estarán avasallados: Dignidad, Libertad e Igualdad de todos los habitantes ante la ley.

El código parece pensado por una o dos personas que no tuvieron la reflexión ni el asesoramiento necesarios para confeccionar una norma de vital importancia para la vida de las personas que habitan nuestra provincia. Una normativa penal como ésta, merecía el estudio prolongado en el tiempo de una comisión de juristas que contemplara todos los principios y valores en juego, tal como se ha procedido en el pasado y en la actualidad para proponer un nuevo código penal para la Nación Argentina. Varias comisiones han intentado la reforma del código penal argentino con sus respectivos proyectos. La importancia y complejidad de este trabajo ha motivado que el Código Penal vigente sea, con reformas parciales, el que se sancionó a principios del siglo XX, en 1921, casi cien años de antigüedad.

³ Quiroga Lavié, Humberto: “Derecho Constitucional”. 3ra. Edición. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1993 pág. 470

⁴ Zaffaroni, E. Raúl: “Manual de Derecho Penal. Parte general”. Bs As. Ed. Ediar. 2005.

Se explica la multiplicidad de agravios a la Constitución a partir del estudio de la exposición de motivos de la ley. Este texto preliminar contiene conceptos inaceptables, en nuestro criterio, para fundar tipos penales. Por ello invitamos a los jueces a que revisen las afirmaciones que hicieron allí quienes proyectaron la ley. El código tiene una matriz anticonstitucional en muchos de sus tipos penales y desde su concepción, evidenciada en dicha exposición de motivos. Los problemas de este nuevo código no están en algunos de sus artículos solamente, sino que están en una concepción ideológica severamente antidemocrática, una inspiración elitista, moralista, discriminatoria y autoritaria. Si bien esos fundamentos no nos explican todo el articulado de la ley, nos explican muchas de sus disposiciones.

Afirman allí que la reforma “aspira a sancionar las conductas contrarias a derecho”. Pero veremos que muchas de las conductas que la ley considera delitos, no tienen ninguna contrariedad al derecho ni la precisión que deberían tener. Creemos que contrarias al Derecho son algunas de las disposiciones del código nuevo. Todo tipo penal debe mostrar un conflicto, por lo menos aparente. Así como no deberíamos penalizar a quien camina tres o cuatro veces por día por la misma vereda porque sospechamos que va a cometer algún delito contra la propiedad, tampoco se debe penalizar en la forma que lo hace este código en muchos casos. Si la contrariedad al derecho viene dada por la misma norma, imaginando una contrariedad entre personas, contrariando mandatos constitucionales que ponen límites al poder punitivo estatal, tales normas son inconstitucionales. Lo que solicitamos entre varios autores de este trabajo se dirige contra más de un artículo del código porque se están afectando principios que deben respetarse bajo el más grave apercibimiento. Se afectan los principios nucleares de igualdad, libertad, legalidad - taxatividad – prohibición de analogía, humanidad, lesividad, reserva, proporcionalidad, culpabilidad.

Es necesario que el contenido represivo ilegal que contiene esta ley sea visualizado por los jueces, última garantía de defensa de derechos y de cuidado de las personas. Llamamos a la reflexión porque tenemos la certeza de que es lo que ha faltado hasta hoy. Mas no se trata, según lo que pensamos, de un problema incidental que ha venido a refugiarse en este código. Es un fenómeno social y político criminal que continuará fortaleciéndose si el poder judicial no responde, si no escucha a los constituyentes. En diferentes ciudades del país se producen modificaciones a códigos contravencionales similares a las locales. Y se los está criticando con fundamentos que incluyen normativa de derecho internacional reconocida por nuestra constitución. El proyecto de código contravencional para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un ejemplo y un dictamen del Centro de Estudios Legales y Sociales lo ha cuestionado.

El Preámbulo de nuestra Constitución, al definir los rangos más generales y abstractos de las finalidades del sistema, nos está dando las indicaciones que debemos seguir para no

extraviarnos. Debemos acudir a él para retomar el sentido de la administración de justicia. Si perdemos este sentido sin entender lo que pasa, no solo pasará mucho más tiempo para remediarlo, sino que se le seguirá haciendo daño a los habitantes del país. “Asegurar los beneficios de la libertad” es quizá el más trascendente de los objetivos consagrados en este Preámbulo. Garantiza a todos los habitantes del territorio argentino las condiciones necesarias de libertad que todo individuo requiere para la realización de sus virtudes particulares; a la vez que permite a la sociedad en su conjunto un desarrollo común. Acrecentados estos derechos ahora por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El Preámbulo da fuerza obligatoria a todo el articulado de la Carta Magna.⁵

Continúa la Exposición: “...hoy necesitamos una herramienta legislativa que asegure que los derechos y garantías constitucionales de todos los mendocinos...” “puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía”. Por lo adelantado y por lo que se verá, es una afirmación que ha sido vaciada de contenido en la letra concreta de la ley que cuestionamos.

Luego: “...que es imprescindible que las conductas tipificadas con precisión en el código contravencional sean siempre juzgadas y sancionadas, con absoluta rapidez y certeza. Sin lugar a dudas que la certera sanción de las contravenciones evita que se cometan delitos...”. Más adelante manifiesta “que respeta la prohibición de analogía.”

No se cumple en el código con la *debida precisión* de las conductas tipificadas ni se cumple con la *prohibición de analogía*, que se hace posible en muchas de sus normas justamente por su *falta de precisión*. Este incumplimiento es violatorio del principio de legalidad estricta.⁶ Lo demostramos con el análisis de algunas de sus normas, aunque es posible que no agotemos el total contenido.

El pretendido *juzgamiento rápido* de las conductas tipificadas es sumamente cuestionable tal como se lo quiere hacer. Las normas procesales que se han establecido para hacer efectiva la rapidez, son *violatorias del derecho de defensa*, que *no cuenta con suficiente posibilidad recursiva*. Será profundizado este tema.

El más claro fundamento de la exposición de motivos para explicarnos que se hayan incorporado tantas normas flagrantemente inconstitucionales, es el que se ha expuesto entre sus últimos

⁵ Estudio preliminar de Germán Bidart Campos en: Calógero Pizzolo: “Constitución Nacional. Comentada, anotada y concordada”. Mendoza. Ed jurídicas cuyo. 2004. Pág. 43/44.

⁶ Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Madrid. E.Trotta. 2005. Págs. 33-35; 68, entre otras.

párrafos. El texto al que nos referimos es demostrativo de la ausencia de una reflexión necesaria para confeccionar una ley como ésta, que es un código penal; es necesario recordar esta calidad de la ley para comprender su importancia y trascendencia para y contra las personas. Aquella suficiente reflexión solo posible en el seno de una comisión de juristas en la que las opiniones y objetivos sean escuchados y eventualmente contradichos para lograr un acuerdo ajustado al derecho constitucional. Nos atrevemos a decir que es particularmente vergonzoso lo que se ha escrito acá:

“...ampliando la esfera de competencia del Estado hacia el denominado primer escalón de las actividades delictuales, es decir, enfocando la actividad prevencional del sistema jurídico al atacar aquellas conductas antes que escalen a delito, a la vez de que en gran parte de ellas se ataca la conducta sin que haya una víctima. Es un gran fin prevencional de la delincuencia.”

Tenemos por cierto que es muy bueno prevenir. La finalidad preventiva del sistema penal es un primer objetivo a cumplir por la política criminal. Si se hubiera trabajado convenientemente la prevención, la cantidad de comisión de delitos sería mucho menor. La prevención más efectiva, en los aspectos imperativos y valorativos, está pensada por la doctrina y el derecho constitucional, antes que con el poder punitivo más violento que tiene el Estado, con los diversos y variados instrumentos de educación provenientes de la sociedad y de otras ramas del ordenamiento jurídico, administrativo, disciplinario. Como último remedio con el sistema penal, cubierto debidamente con garantías especiales contra su abuso.⁷

La diferencia primera y evidente que se observa entre la prevención y la represión es que la prevención es la actividad de la sociedad y del estado que pretende evitar la comisión de delitos, es un concepto que tiende a futuro. La represión, en cambio, es la actividad estatal que sanciona y *tiende a resocializar* a las personas, cuando excepcionalmente se cumple, por haber cometido delitos (sistema penal judicial y penitenciario) o para evitar la continuación de la ejecución de un delito o, también, para evitar el comienzo de la ejecución de un delito cuando esto resulta claro, dados necesarios indicios de inminente peligro para el bien jurídico (coacción administrativa directa o inmediata).

Dice también el párrafo comentado que la actividad prevencional atacará conductas “*antes que escalen a delito*”, a la vez que se atacan conductas “*sin que haya una víctima*”. Queda claro, con

⁷ Jescheck, Hans Heinrich: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Quinta edición. Granada. Ed Comares. 2002. Pág 28. Mir Puig, Santiago: “Derecho Penal. Parte General”. 9na.Ed. Montevideo-BsAs. IBdeF. 2012. Pág. 39 y sigs.

esos conceptos que expone el poder ejecutivo y ahora también los legisladores y legisladoras que los aprobaron, que se confunde prevención con tipos penales. Se está queriendo prevenir con tipos penales que describen conductas que no son delitos porque no causan lesión ni peligro y no tienen víctimas. Es decir que se están incriminando conductas lícitas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional: "...acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero".

Tales acciones que no son delito, en las que no hay víctimas, "*...están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.*" Art. 19 CN. Contra la letra expresa de la CN, en forma flagrante, se están creando tipos penales que no describen conductas que atenten contra algún bien jurídico. El principio de lesividad constitucional exige que para que haya delito debe haber un bien jurídico lesionado, debe haber presuntas víctimas.

El art. 58 nos muestra un caso en el que entendemos que deberían aplicarse los argumentos expuestos en párrafos precedentes para demostrar su inconstitucionalidad. En esta norma se sanciona "*...al que ofreciera limpieza de vehículos o de partes de estos ... y exigiere o aceptare contraprestación a cambio, será sancionado con multa desde 300 UF hasta 800 UF*". Es decir, siendo que una UF es igual a nueve pesos con cincuenta centavos, de tres mil a ocho mil pesos.

Una aclaración previa. Es diametralmente distinto "exigir a cambio" que "aceptar a cambio", por el trabajo de limpiar vidrios. Exigir presume la existencia de un derecho público que prevé la exigencia, lo que no ocurre para quienes limpian vidrios de automóviles en las calles. Y, además, si fuera acompañada tal exigencia por una amenaza contra el conductor, podría ser la amenaza típica prevista por el artículo 149 bis segundo párrafo del CP. No correspondería entonces que se previera como una contravención.

Otra cosa muy diferente es *aceptar* dinero a cambio del trabajo realizado por un limpiavidrios, como ocurre habitualmente. Se trata de una simple contraprestación que no le hace daño a un tercero y no debe ni puede ser tipificada como falta (delito menor). No hay peligro computable, no hay lesión, no hay víctima, no hay delito.

b) Control de constitucionalidad y convencionalidad.

Cabe destacar que conforme lo establece el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales en derechos humanos cuentan con jerarquía constitucional, y por

consiguiente no sólo la Nación debe respetar y garantizar lo preceptuado y contenido en dichos marcos normativos, sino también, deben ser consagrados por las provincias y municipios.

En este orden de ideas, resulta menester poner énfasis en la facultad del Poder Judicial -en sus diferentes instancias- para poder poner en ejercicio el “control de convencionalidad”. Dicha prerrogativa surte efecto en razón de lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), convención que -por lo anteriormente expuesto- es reconocida como norma con jerarquía constitucional.

El “control de convencionalidad” ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual ha ido precisando el contenido y alcance de dicho concepto en su jurisprudencia, entiendo que el mismo comprende los siguientes elementos o características: a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte⁸; b) Debe ser realizado *ex officio* y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes⁹; c) La obligación de realizar dicho control corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles¹⁰; d) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias¹¹; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.¹²

2) VIOLACIONES AL DERECHO DE DEFENSA (ARTS. 155, 156, 161, 166 DE LA LEY 9.099)

a) Falta de intervención obligatoria de un/a defensor/a oficial.

“Art. 155- Notificación. A todo infractor, aprehendido o no, se le hará saber por escrito el Juzgado Contravencional a cuya disposición se encuentra y la contravención que se le imputa, como así también que debe permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.”

“Art. 161- Audiencia de debate. Abierto el acto por el Juez -el día y hora fijados- se dará inicio a la audiencia de debate, la cual no podrá extenderse por más de 30 (treinta) minutos y será grabada en audio y

⁸ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 124.

⁹ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 219.

¹⁰ Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Párr. 311.

¹¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párr. 193 y 239.

¹² Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Párr. 124.

video. Se oirá en primer lugar al imputado, y luego al denunciante, posteriormente a los testigos si los hubiere, y finalmente se incorporará la prueba instrumental si la hubiere. En los casos de existir Defensor, se lo escuchará, luego se invitará al imputado a que manifieste si desea agregar algo. Acto seguido el Juez dictará la parte dispositiva de la sentencia, dando por finalizada la audiencia. Los fundamentos de la sentencia pueden ser leídos en el acto o diferir la lectura de los mismos conforme al Art. 412 del C.P.P.”

“Art. 166- Asistencia Letrada. *En la Alzada los infractores podrán ser asistidos por un abogado de la matrícula, si no manifestaren defenderse personalmente.”*

Teniendo en cuenta que las sanciones que prevé el nuevo Código de Contravenciones implican una limitación y/o restricción de derechos fundamentales, podemos sostener entonces que no existe una diferencia ontológica entre las sanciones penales y las sanciones contravencionales. Ambos son instrumentos represivos con los cuales cuenta el Estado en su función de conformación social en el marco de protección y resguardo de determinados valores y bienes constitucionales. Son manifestaciones del poder que tiene el Estado para reprimir determinadas conductas (*ius puniendi*), siempre sujeto a determinados límites constitucionales y/o convencionales.

Por lo tanto, para su aplicación, el Estado no puede renunciar a obligaciones legales de carácter fundamental, tales como el derecho de defensa y el debido proceso legal.

Por ello, el procedimiento previsto en el nuevo código de contravenciones no garantiza el derecho de defensa¹³ y el debido proceso de las personas acusadas de una forma adecuada. Basta con observar la redacción de los artículos 155, 161 y 166 de la Ley N°9.099 para comprender que el derecho de defensa es tomado como una mera posibilidad del acusado y no como un derecho humano esencial irrenunciable que el Estado se ha comprometido a garantizar.

Esa inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo proceso administrativo o judicial se reconoce como requisito de la tutela judicial efectiva en un sistema sancionador.

Uno de los mecanismos constitucionales para el resguardo del derecho de defensa en juicio es la necesidad de que exista una asistencia técnica del imputado. Numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional lo prescriben expresamente, al expresar que todo

¹³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado inconstitucional estos aspectos del procedimiento contravencional, al revisar un caso originado en la aplicación del Código de Faltas de Tucumán, en el fallo “N., J. G.”, 05 Oct 2010, en Fallos, 333:1891.

los encausados deben ser asistido por su defensor al prestar declaración y en forma permanente.

Tal redacción imperativa no deja lugar a dudas acerca de que se trata de un derecho irrenunciable, que se traduce en una obligación para los jueces de proveer a la efectiva asistencia letrada, aun supliendo la inacción del propio justiciable y en forma gratuita si éste carece de recursos, sin perjuicio del derecho a la defensa en causa propia, si es que ella no obsta a su eficacia. Estas cláusulas convencionales se complementan con el derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o habla el idioma del tribunal (artículos 8.2.a de la CADH y 14.3.f del PIDCP, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); como así también, en caso de ser extranjero, a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular (artículo 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares del año 1963), que tiene jerarquía superior a las leyes.

Por ello, al no estar previsto en el procedimiento contravencional la defensa pública, pese a tratarse de un sistema jurídico sancionador, se desconoce esta obligación por lo que norma contravencional resulta inconstitucional y podría generar responsabilidad internacional del Estado argentino.

La defensa técnica de la persona en todas las etapas de un proceso sancionatorio es inviolable. Antes del inicio del procedimiento debería hacerse saber a la persona acusada que le asiste el derecho de designar abogado/a defensor/a de su confianza o de solicitar uno/a provisto/a por el Estado, y, en caso de no poder hacerlo, se le debería designar de oficio la defensa pública que estuviese de turno.

Cabe recordar que la vigencia de las garantías procesales penales es irrestricta en el proceso contravencional y, por lo tanto, no obsta a la aplicabilidad del precepto constitucional la circunstancia de que se trate de un procedimiento reservado a las provincias.

En el contexto de aplicación de los ya derogados edictos policiales que regían en el orden federal, se enfatizó que resultaba constitucionalmente imperativo que la autoridad policial asegurara la intervención de un letrado, ya fuera particular o de oficio, en ocasión de notificarse al condenado del pronunciamiento dictado por la citada autoridad, a fin de otorgar a éste la oportunidad de interponer oportunamente el recurso de apelación ante la justicia correccional.

Es dable recordar aquí lo expuesto en la declaración de inconstitucionalidad del Superior Tribunal de Neuquén en fecha 16 de abril de 2012 en los autos caratulados “REPETTO, ANDRÉS Y OTRO C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, expediente. n° 608/02, donde expresó: *“que no resultaba óbice a tal solución la circunstancia de que, en ocasión de prestar declaración ante la policía, el imputado hubiera manifestado que desistía de nombrar abogado defensor, entre otros motivos, porque en materia penal (cuyos principios se entendieron aplicables al caso) debían extremarse los recaudos que garantizaran plenamente el ejercicio del derecho de defensa, el cual implicaba*

que quien estuviera sometido a un proceso debía contar con el adecuado asesoramiento legal, asegurándose la realidad sustancial de la defensa en juicio” (Fallos: 314:1220, disidencia de los Dres. Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Petracchi, ratificado unánimemente por la CSJN en Fallos: 333:1891).

Esa jurisprudencia se basa en la doctrina de la CSJN elaborada en casos penales (cuyas garantías son aplicables a las faltas) que puntualiza que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, al punto que se deba suplir la negligencia del imputado en la provisión de defensor, asegurando la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 311:2502 y sus citas: Fallos: 5:459, 192:152, 237:158 y 255:91, entre otros). Se aclaró en dicho precedente que ese requisito no se podía considerar satisfecho con la presencia meramente formal de un defensor oficial, puesto que ello no garantizaba un verdadero juicio contradictorio (Fallos: 311:250, con cita de Fallos: 304:1886 y 308:1386).

En la misma senda, la Corte Suprema ha ratificado últimamente que: “... la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo.” (Fallos: 329:4248, 330:3526, entre otros, ver también Fallos: 327:5095).

La Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, estableció que: “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹⁴”.

Conforme con todo lo expuesto, podemos asegurar que el modo en el que se encuentra garantizado el derecho de defensa en el procedimiento contravencional y la inexistencia de una defensa pública durante el mismo, de conformidad con lo prescrito en los arts. 155, 161 y 166 de la Ley N° 9.099 constituyen una vulneración del

¹⁴ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 125 a 127.

derecho de defensa y del debido proceso legal consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en los artículos 8.2 d) y 8.2 e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b) Derecho al tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

“Art. 156- Procedimiento en Sede Judicial. Recibida la denuncia en sede judicial o recepcionadas las actuaciones sumariales, el Juez Contravencional dispondrá por decreto las medidas a realizar. Cumplidas las mismas el Juez ordenará que el contraventor comparezca a su presencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles a fin de ser escuchado.

Si el infractor no compareciere, será citado con auxilio de la fuerza pública.

Si el imputado compareciere y se abstuviere de declarar o negare su culpabilidad o no solicitare la aplicación de algún principio de oportunidad, el Juez convocará inmediatamente a juicio al imputado, funcionarios actuantes y testigos indicados, fijando una audiencia de debate que se celebrará en el término de tres (3) días. Al infractor se le hará saber que puede concurrir con defensor letrado particular, si no prefiriese defenderse personalmente.”

Por otro lado, derecho de defensa también se encuentra vulnerado al no concederse al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, como establece el artículo 8.2 c) de la Convención Americana de Derechos Humanos

Cabe señalar que el procedimiento consiste en la instrucción sumarial que realiza la autoridad policial o municipal, requiriendo instrucciones al juez contravencional y cumplidas las medidas remitirá las actuaciones al Juzgado Contravencional. (arts. 153 y 154).

El art. 155 establece que a todo infractor se le hará saber por escrito: el juzgado contravencional que interviene y la contravención que se le imputa.

EL art. 156 establece que recibida la denuncia, el Juez dispondrá las medidas a realizar y cumplidas las mismas ordenará que el contraventor comparezca a su presencia dentro de las 48 horas hábiles a fin de ser escuchado.

Si el imputado compareciere, se abstuviere de declarar o negare su culpabilidad o no solicitare la aplicación de algún principio de oportunidad, el Juez convocará inmediatamente a juicio al imputado, funcionarios actuantes y testigos indicados, fijando una audiencia de debate que se celebrará en el término de 3 días.

El art. 157 establece que en caso de que no se produzca la solución del conflicto se efectuará la imputación, y si no fuere necesario realizar medidas probatorias se realizará el debate en forma inmediata.

Quiere decir que el acusado es citado ante el Juez, que en tres días convoca a una audiencia de debate donde se le da a conocer la imputación.

Conforme el art. 8, apartado 2, inc. b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe existir comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

Conforme la redacción de la norma, la imputación se realiza inmediatamente antes del debate.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esa garantía se vería conculcado el derecho de aquel a preparar debidamente su defensa.”¹⁵

Asimismo, conforme el art. 8, apartado 2, inc. c) de la Convención, debe concederse al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

Los plazos fijados en el procedimiento son compatibles con el derecho de defensa en juicio, debe tenerse presente que el presunto infractor es citado por primera vez ante el Juez y a partir de allí se le notificará un juicio a realizarse dentro de los tres días.-

En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el plazo de 48 horas, extendido luego a una semana otorgado para ejercer de la defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado.

Por lo expuesto debe declararse la inconstitucionalidad del art. 156, en tanto no prevé la realización de la imputación, y establece un plazo exiguo para que el imputado provea a su defensa

¹⁵ Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, del 7-9-04; párr.. 187, entre otros.

en contradicción con lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 8.2 b) y 8.2 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 9.2, 14.3 a) y 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3) VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD (ARTS. 153, 154, 155, 156 DE LA LEY 9.099)

“Art. 153- Instrucción sumarial. Las autoridades policiales y municipales con jurisdicción en el lugar de comisión de la contravención, serán competentes para realizar la instrucción sumarial conforme el artículo 154.”

“Art. 154- Actuaciones sumariales. El funcionario policial o municipal a cargo de la instrucción sumarial solicitará telefónicamente instrucciones al Juez Contravencional en turno y procederá conforme el artículo 152.

Posteriormente, una vez cumplidas las medidas ordenadas por el Juez, remitirá las actuaciones al Juzgado Contravencional, dentro de las primeras (6) seis horas de oficina.”

“Art. 155- Notificación. A todo infractor, aprehendido o no, se le hará saber por escrito el Juzgado Contravencional a cuya disposición se encuentra y la contravención que se le imputa, como así también que debe permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.”

“Art. 156- Procedimiento en Sede Judicial. Recibida la denuncia en sede judicial o recepcionadas las actuaciones sumariales, el Juez Contravencional dispondrá por decreto las medidas a realizar. Cumplidas las mismas el Juez ordenará que el contraventor comparezca a su presencia dentro de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles a fin de ser escuchado.

Si el infractor no compareciere, será citado con auxilio de la fuerza pública.

Si el imputado compareciere y se abstuviere de declarar o negare su culpabilidad o no solicitare la aplicación de algún principio de oportunidad, el Juez convocará inmediatamente a juicio al imputado, funcionarios actuantes y testigos indicados, fijando una audiencia de debate que se celebrará en el término de tres (3) días. Al infractor se le hará saber que puede concurrir con defensor letrado particular, si no prefiriese defenderse personalmente.”

Asimismo, la instrucción del sumario y el debate están a cargo del mismo juez contravencional, lo que supone una violación de la garantía de imparcialidad judicial que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, así como diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En el *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, citando la Corte Europea, la Corte Interamericana afirma que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos. En cuanto a la subjetividad, el tribunal debe carecer de prejuicio personal (el juez o tribunal debe contar con la mayor objetividad

para enfrentar el juicio), y en cuanto al punto de vista objetivo, los tribunales deben inspirar la “confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”¹⁶

En el *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *Vs. Venezuela*, la Corte retomó que “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad [...]”¹⁷

En el caso Llerena, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que “... puede generar en el acusado dudas legítimas sobre la parcialidad del magistrado, si en su misma persona convergen las funciones de investigar y probar el hecho que se le imputa, y posteriormente juzgar su responsabilidad en el mismo”, destacando que la acumulación “de funciones investigativas y de enjuiciamiento no solamente es cuestionable desde la perspectiva del principio acusatorio, sino que, además, ella supone un procedimiento en el que no se puede descartar ex ante la posibilidad de que el juzgador se vea compelido, como resultado del debate y de las alegaciones de las partes, a tener que admitir que, al menos en algún aspecto, cometió un error en una etapa previa del procedimiento, o al menos, que no se desempeñó eficientemente durante la investigación, que es lo que en definitiva ocurre en la mayoría de los casos en los que el debate culmina con la absolución del imputado”¹⁸

Esta Corte ha resuelto : “El artículo 366 del Código Procesal Penal procura garantizar la imparcialidad del Tribunal de Juicio, privándolo paralelamente de las llamadas facultades autónomas de investigación , que el Código Procesal Penal anterior le reconocía, y que comprometen su imparcialidad al acordarle funciones que deben ejercerse separadamente y que confundían su rol con el del Fiscal, convirtiéndolo en co - acusador: ordenar la producción de las pruebas que estimare útiles al descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación (investigar) y luego valorar su eficacia (juzgar).” (Expediente: 95167 FISCAL C/DELAGUARDA TORRES FRANCO DAVID FERREYRA NAVARRO VICTOR NICOLAS RODRIGUEZ TORRES LUIS DANIEL EZEQUIEL Y FERREYRA / . Fecha: 2009-06-23. Ubicación: S402-113.)”

¹⁶ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 170 y 171, Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, § 145, Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, § 117.

¹⁷ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 56

¹⁸ Cfr. causa L. 486 XXXVI “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones -arts- 104 y 89 del Código Penal- causa N° 3221”, Fallos 328:1491).

Cabe señalar que la reforma constitucional de 1994 se incorporó el art. 120, el cual establece al Ministerio Público como un "órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por fin promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República", pero "sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura".

Nuestra provincia a partir de 1999, con la sanción de la ley 6730 organizó un sistema procesal penal bajo el modelo acusatorio previsto en la Constitución Nacional, garantizando la imparcialidad judicial, constituyendo el sistema procesal establecido en el Código Contravencional un retroceso en la protección de esta garantía.

Es por ello que solicitamos se declare la inconstitucionalidad de los arts. 153, 154, 155 y 156 en tanto le atribuyen facultades de instrucción e investigativas al Juez Contravencional, omitiendo la intervención del Ministerio Público Fiscal y afectando la garantía de imparcialidad judicial.

Subsidiariamente, se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 157 en tanto determina que la realización del debate oral estará a cargo del mismo juez que realizó la instrucción, con grave menoscabo de la garantía de imparcialidad señalada en el precedente Llerena.

Todo lo anterior se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

4) VIOLACIÓN DEL DERECHO AL RECURSO (ARTS. 162 Y 172 DE LA LEY 9.099)

“Art. 162- Recursos. Contra la sentencia dictada de conformidad a los artículos anteriores, no procederá ningún recurso salvo los de Inconstitucionalidad y Revisión. El Recurso de Inconstitucionalidad deberá ser interpuesto dentro del término de cinco (5) días, en los casos y con los recaudos establecidos en el C.P.P.”

“Art. 172- Recursos. Contra la resolución del Tribunal de Alzada solo podrán interponerse los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Revisión, con la salvedad de que el plazo para la interposición del primero de ellos será de cinco (5) días.”

En el nuevo código no se encuentra asegurado el derecho al doble conforme, puesto que el artículo 162 establece que contra la sentencia dictada sólo caben los recursos de inconstitucionalidad y revisión. Ambos recursos extraordinarios. En tanto que para los casos en los cuales el Juzgado

Contravencional interviene como Tribunal de Alzada, el artículo 172 indica que solo podrán interponerse los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y revisión.

En consecuencia, es fácil advertir que ambos artículos se encuentran en flagrante contradicción con la obligación internacionales asumida por el Estado respecto a la garantía del doble conforme, mediante recursos ordinarios contra las sentencias sancionatorias, el que permitirá una revisión real por un tribunal superior distinto al que resolvió y en un plazo razonable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Casal”¹⁹ modificó sustancialmente todo lo que tiene que ver con la materia recursiva al interpretar los arts. 8.2 h) de la CADH y 14.5 del PIDCyP, afirmando que la revisión debe ser amplia, limitada a *“todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral... [rigiendo]... un límite real de conocimiento... que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso”*, por lo que la letra del Código no reconoce ni la apelación contra decisiones durante proceso, ni impugnación contra la sentencia u otras decisiones fundamentales tales como una denegatorias de suspensión de juicio a prueba, por ejemplo, o ante vulneración efectiva de garantías constitucionales.

El derecho de recurrir la sentencia de condena como “ultra garantía”, sólo se satisface si se potencia lo regulado en el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a favor del imputado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado la garantía de la doble instancia en varios casos, y así ha sentado varios estándares, afirmando que otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y con ello brinda mayor seguridad y tutela a sus derechos. Según la Corte IDH, en el fallo “Herrera Ulloa” expreso que debe entenderse que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de la CADH, debe ser ordinario y eficaz, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido, requiriéndose que sea accesible, evitando que se torne ilusorio, con independencia de su denominación, permitiendo el examen integral de la decisión recurrida, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.

De la interpretación transcrita, se deriva el alcance de las garantías judiciales del art. 8 de la CADH, en lo concerniente a la doble instancia, debiendo establecer el Estado una regulación que permita la existencia de un recurso ordinario, accesible, eficaz, tendiente a la revisión amplia e integral y

¹⁹ CSJN “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” —causa N° 1681—. Fallo del 20/09/2005.

en principio ilimitada, por lo que la limitación legal establecida en el art. 162 del nuevo Código de Faltas no satisface esta obligación internacional.

Binder explica el alcance de la garantía como el establecimiento de un mecanismo de control real sobre el fallo. No quiere decir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya optado por algún tipo de recurso en particular o -como algunos han sostenido- que la "doble instancia", entendida como un doble juzgamiento integral del caso, se haya convertido en un derecho humano fundamental. La interpretación correcta es la que indica -como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos- que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo. El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del Pacto de San José, que diseña las garantías básicas de un proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben poder ser recurridas por todas las personas que intervienen en ese proceso penal.²⁰

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, mediante Acuerdo n° 86.403, in re "*Benítez, Miguel A.*", el 1-3-2006, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del alcance del artículo 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos afirmó que "*...el derecho previsto en el artículo 8.2.b requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes*" (caso 11.137, Informe 55/97, C.I.D.H./O.E.A./ser/L/V/II.97)²¹.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte IDH en el caso "Maqueda"²² de la Corte IDH, también debería abrirse igualmente la vía recursiva de impugnación, no sólo respecto de la sentencia, sino también asegurarse un recurso efectivo, oportuno, amplio y en un plazo

²⁰ Binder, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Editorial AD-HOC. 2ª edición actualizada y ampliada, 5ª reimpresión. Bs.As. 2008, pág. 286.

²¹ Osio, Alejandro J. "GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO CONTRAVENCIONAL." Análisis convencional y constitucional del Código de Faltas de la provincia de La Pampa y propuesta de reforma. En <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/doc-trina43963.pdf>

²² Corte IDH. Caso Maqueda Vs. Argentina Resolución de 17 de enero 1995

razonable, que permita revisar cualquier decisión importante durante el proceso, especialmente todas aquellas decisiones que puedan constituir indefensión o un daño irreparable.

En conclusión, la inexistencia de recursos adecuados en los términos antes expuesto, de conformidad con lo prescripto en el art. 162 y 172 de la Ley N° 9.099, constituyen una vulneración del derecho al doble conforme, consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5) VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ARTS. 45, 46, 47, 51, 53, 74, 82, 93, 106, 115,116 Y 131 DE LA LEY 9.099)

a) El principio de legalidad. Su proyección en la exigencia de máxima taxatividad legal e interpretativa:

Sin perjuicio de lo que se dirá *infra* respecto de los reproches constitucionales que merece el diseño de los tipos contravencionales particulares relevados en la presente acción como objeto de impugnación, corresponde consignar, de inicio, que la formulación genérica del Código pasa por alto las mandas inscriptas en nuestra Ley Máxima que estructuran las condiciones de operatividad de la ley penal y de la ley procesal penal, ambas abarcativas del espectro contravencional y procesal contravencional.

Ello así, en tanto la observancia de dichas condiciones resulta exigible habida cuenta del ya señalado carácter materialmente penal de las sanciones previstas en dicho Código (arresto, multa, trabajo comunitario, decomiso, inhabilitación, clausura y obligaciones de conducta –cf. art. 11 CC- quedando a salvo la “reparación del daño causado”, de naturaleza civil).

Como se verá, tal afirmación dista palmariamente de conformar un mero disenso con lo finalmente elaborado por el Legislador provincial, y aun del mayor o menor acierto en la génesis y estructura final del digesto represivo de marras. En abono de esta idea, cabe adelantar que las generalidades e imprecisiones en la descripción de las conductas objeto de disvalor obrantes en este Código vienen dotadas de una inaceptable abstracción e indefinición semántica, que impiden a los justiciables orientarse cabalmente por la norma y prever cuáles serán, en definitiva, las acciones que merecerán el señalado reproche.

La Constitución mendocina recoge en sus artículos 25 y 34 los principios consagrados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. En este sentido, por si no fuera suficientemente contundente la manda federal, el artículo 34 de la Máxima Ley local dispone que “*ningún habitante de la Provincia*

estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de lo que ella no prohíbe”. El artículo 25, a su turno, impone, como condición del establecimiento de una condena formal y materialmente penal, la sustanciación de un *juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

Es en esta orientación que comienzan a tallar las derivaciones esenciales que la doctrina constitucional republicana imprime al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La principal de ellas es la que, especialmente en materia penal, impone al Legislador extremar el celo en la creación y formulación del molde típico, de manera que, de la sola lectura de la enunciación legal, surja sin hesitación alguna cuál es la conducta contravencional o penalmente relevada y pueda ésta ser internalizada en la esfera de conocimiento del sujeto.

Ello implica, al decir de Beccaria, que las leyes deben estar fijadas de manera minuciosa y comprensible, y que cualquier persona debe poder saber de antemano si sus actos son constitutivos de infracción o no. Ello así, en virtud de que no es la sola voluntad unilateral del juez, sino la ley, la que está llamada a establecer una pena como correlato jurídico de la verificación de una conducta previamente objeto de disvalor. Si sólo lo que la ley determina es lo que está prohibido, entonces nadie puede ser condenado sino en virtud de un proceso estructurado en función de la existencia de esa ley, proceso que deberá seguir las finalidades de averiguación de la verdad material y actuación de la ley penal; sin embargo, el norte del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que en último término persiguen la evitación de situaciones de ruptura del tejido social -el *quiebre del pacto* que integra el sustento de la culpabilidad como reprochabilidad- impone que la norma represiva debe ser clara e indubitable en la descripción de la conducta formalmente considerada rupturista.

La ley, entonces, sobre la que se apoya el proceso penal previo –que incluye a toda escala de activación del poder punitivo del Estado local o nacional, por lo que queda también abarcado el ámbito contravencional y aun el de faltas- debe ser una formulación de entidad semántica autónoma, que no deje lugar a hesitaciones respecto de la captación primaria del sentido y significado de la construcción plasmada en el elenco punitivo generado (únicamente) por el Legislador.

Lo contrario –es decir, la aceptación de fórmulas que adolecen de una abstracción descuidada o de una vaguedad que excede la común y natural limitación del lenguaje- necesariamente conduce a la arbitrariedad, en tanto obliga al juzgador a efectuar el juicio de tipicidad no sólo a partir de la subsunción o adecuación de la conducta observada en la descripción sancionatoria y contravencionalmente relevada; sino, además, de elementos que provienen de su mera subjetividad para “completar” de algún modo

lo que la ley ha expresado en forma defectuosa. Ello, además, con la inmediata consecuencia de erigir al juez en indebido legislador que en cada caso concreto se enfrentará a la evitable tarea –en tanto no le es permitido desviarse de su obligación de decidir las causas que llegan a su conocimiento- de *aportar* como resultado de una aparente actividad interpretativa lo que a la descripción típica le “falta” para determinar si hubo o no contravención. Quedará así zanjado el camino hacia las decisiones antojadizas y los errores en perjuicio de los justiciables; excesos que –la historia lo demuestra- se extenderán, con lamentable proyección sobre el respeto de las libertades individuales, a la actividad de prevención.

De esta exigencia de cabal reproducción gramatical de las acciones objeto de punición en la ley represiva de cualquier índole surge la demanda de *máxima taxatividad*, entendida como consecuencia del ya citado adagio fundacional *nullum crimen sine lege*. La máxima taxatividad en materia penal, en coherente ensamble con los principios arriba expuestos, impone al órgano con facultades legiferantes la utilización de todos los recursos lingüísticos y semánticos posibles para lograr la mayor precisión técnica y expresiva en la descripción de la conducta típica, de manera que resulte suficientemente clara e indubitable tanto para el sujeto que debe orientarse por ella como para quien, eventualmente, deba decidir sobre la restricción de derechos normativamente prevista a quien se sindicó como autor o partícipe de una contravención.

En otras palabras: *ley estricta* y *ley cierta*, como consecuencias necesarias del cumplimiento cabal del mandato de taxatividad máxima dirigido al Redactor de cualquier código o norma sobre los que se verse el obligatorio proceso que exige el artículo 25 de la Constitución mendocina y el 18 de la Constitución Nacional.

b) Normas violatorias del principio de máxima taxatividad:

“Art. 115- Conducta sospechosa. El que evidenciare una conducta sospechosa por encontrarse en inmediaciones de viviendas, edificios o vehículos -con o sin moradores u ocupantes- sea escalando cercas, verjas, tapias, sobre los techos o mostrando signos de haberlo hecho o intentando hacerlo o manipulando picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas o que fingiere actividad a los efectos de observar bienes o personas determinadas, o circular en cualquier tipo de medio de transporte reiteradamente por los mismos sitios, atentando contra la tranquilidad social; o persiguiera de una manera persistente y ostensible a un transeúnte sin una razón atendible; siempre que el hecho no constituya delito, será sancionado con multa desde novecientos (900) U.F. hasta un mil doscientos (1.200) U.F. o arresto desde nueve (9) días hasta doce (12) días.”

Quizás el artículo que con mayor intensidad incumple la totalidad de las garantías de que se viene hablando es el número 115. Lo hace previendo la sanción allí escogida con relación al que “*evidenciare una conducta sospechosa*”, que intenta explicar, en seguida, a través de complementos circunstanciales de lugar y de modo. Así, la “sospecha” vendría dada “*por encontrarse en inmediaciones de viviendas, edificios o vehículos*

-con o sin moradores u ocupantes- sea escalando cercas, verjas, tapias, sobre los techos o mostrando signos de haberlo hecho o intentando hacerlo o manipulando picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas; o respecto de aquel “que fingiere actividad a los efectos de observar bienes o personas determinadas , o circular en cualquier tipo de medio de transporte reiteradamente por los mismos sitios, atentando contra la tranquilidad social; o persiguere de una manera persistente y ostensible a un transeúnte sin una razón atendible”.

La norma posee ribetes de indeterminación tales que, necesariamente, requerirá tanto del preventor como del juzgador una operación de “completamiento típico” que excede la mera tarea de interpretación.

De más está decir que, en principio, la “actitud sospechosa” consistente en encontrarse “escalando cercas, verjas, tapias o sobre los techos” importa el principio de ejecución de los delitos de hurto o robo con escalamiento (arts. 163 inc. 4º y 167 inc. 4º del Código Penal), de manera que la acción contravencional quedaría, en esos casos, desplazada por el juzgamiento de la tentativa de esos ilícitos (cf. art. 146 CC); sin perjuicio de la violación de domicilio (art. 150 del Código Penal) que, además de tentada en las hipótesis anteriores, también se encontraría consumada al sorprenderse al “sospechoso” sobre un techo que no es el de su propia morada. Lo mismo cabe señalar respecto de la conducta consistente en “manipular picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas”, que en todos los casos importaría también la tentativa de hurto y robo agravados o de violación de domicilio y desplazaría a la acción contravencional. En cuanto al “intentar hacer” las conductas allí descriptas, no resultaría punible, pues es el propio Código el que veda la posibilidad de sancionar la tentativa de contravención (art. 7º inc. b CC). Finalmente, el “perseguir a un transeúnte” configura la contravención de hostigamiento.

La actitud de “sospecha contravencional” vendría reducida, en el caso, a tres conductas que aparecen esbozadas en forma sumamente indefinida y laxa en el artículo en cuestión y que contradicen, por ello, los principios antes enunciados, en tanto tornan incierta y especialmente desorientadora la hipótesis típica planteada. En efecto: la punición de la conducta consistente en “mostrar signos” de haber escalado cercas, verjas o tapias resulta de una indefinición tal que evidencia con ostensible enormidad jurídica la voracidad sancionatoria concretada finalmente en la sanción de este verdadero compendio dieciochesco y disciplinaria. Necesariamente la percepción o captación racional por parte de la prevención, con relación a este elemento normativo, deberá integrarse al calor de concepciones deterministas y prejuicios de índole extrajurídica, que repugnan al más elemental sentido republicano, debido a que la norma no brinda los parámetros necesarios y suficientes para encarrilar esa actividad de prevención por la única senda del Derecho.

Cabe preguntarse, por lo demás, de qué manera podrán orientarse el ciudadano o el mero transeúnte para no cometer esta infracción. ¿Cómo se hace para *no evidenciar signos* de haber intentado *escalar* una cerca? ¿Cuáles son los “signos” que, de acuerdo con las reglas de la lógica y las manifestaciones empíricas de la experiencia común *no debe mostrar* el sujeto auditado por el sistema represivo? ¿Será suficiente con no portar una escalera? ¿O, además, en los concretos hechos de la vida cotidiana de nuestra provincia, habrá que pertenecer –para no ser interpelados por las fuerzas de seguridad y sometidos a proceso- a cierta condición social y aun a determinada raza; o incluso a algún credo político que tenga de algún modo “permitted” acceder a lo alto de un poste o de una pared para colgar un estandarte o una bandera con consignas, ¿frente a otros que carecen de ese “permiso” tácito?

Y, por otro lado, ¿no será el juez, quien, en definitiva, *complete* la ley contravencional integrando su criterio a la formulación material del tipo, recién en oportunidad de encontrarse sustanciándose el procedimiento, dada la vaguedad palmaria de la norma?

La segunda hipótesis contravencionalmente relevante que presenta el artículo –en tanto, como se dijo, el resto queda desplazado por el juzgamiento de la conducta de tentativa en sede penal- es el “ *fingir actividad a los efectos de observar bienes o personas determinadas*”.

Todas las consideraciones precedentes resultan también de urgente aplicación –por su gravitación en la afectación de las libertades individuales constitucionalmente consagradas- al diseño de este molde sujeto a punición. Ello, intensificado por la imposibilidad de que el sujeto, en el supuesto señalado, se encuentre “observando” otra cosa que no sean “*bienes o personas*”; en razón de que el mundo fáctico no ofrece otros objetos sensibles para “observar”, ni el universo jurídico releva tales objetos de una manera más amplia (véase, al respecto, la exhaustiva clasificación y enumeración obrante en todos los artículos del Título III del Libro Primero del Código Civil y Comercial de la Nación –titulado “*Bienes*”- y, en especial, los artículos 235 a 239, que definen los “bienes con relación a las personas”).

La tercera hipótesis –pasar con un medio de transporte reiteradamente por los mismos lugares- se encontraría suficientemente descripta; no obstante, resulta merecedora de reproches constitucionales desde una óptica que excede el objeto de este acápite y que serán desarrollados *infra*.

Todo lo dicho, además, encuentra aún mayor vinculación con el desnudo peligrismo y su proyección sobre el señalado principio “ninguna pena sin ley anterior, estricta y cierta”, en la circunstancia de que todos los tipos contravencionales, en el novedoso diseño del flamante Código, aceptan la

forma culposa de comisión en tanto explícitamente el digesto no exija dolo, circunstancia que conduce en el particular a la dinamitación virtual de toda libertad individual.

Las mismas críticas referidas a la ausencia de articulación entre los estándares constitucionales requeridos para la formulación de tipos penales y lo que evidencia el Código objeto de la presente acción devienen aplicables a la construcción de otros tipos infraccionales, a saber:

*“Art. 45.- **Uso indebido de llamadas.** El que utilizare de manera indebida el sistema de llamadas de emergencia o equivalente y requiriese la intervención o el auxilio de un organismo público, servicio público o de asistencia sanitaria o comunitaria será sancionado, con multa desde trescientas (300) U.F. hasta un mil quinientas (1.500) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta quince (15) días, cuando actuare con negligencia o imprudencia. En el caso que las mismas conductas fueren cometidas a sabiendas la pena será aplicada en forma conjunta, dentro de los mínimos y máximos establecidos en el presente artículo.”*

Más allá de las críticas que merece la norma en cuanto a su velada intención disciplinaria –y que obliga al sujeto comprendido, en definitiva, a tener que tolerar lo injusto o lo incierto aun cuando éstos se manifestaren en forma de incipiente emergencia- lo cierto es que la “manera indebida” de interpelar a la autoridad pública no encuentra más descripción que la vaguedad de la expresión de marras, resultando aquí también insuficiente a los efectos de que el individuo se oriente adecuadamente por el precepto, y conculcada la preservación del principio de legalidad.

*“Art. 46- **Ofensa personal a funcionario público.** El que, en lugar público o privado abierto al público, ofendiere en forma personal y directa a un funcionario público en cumplimiento de sus funciones, incluidos los representantes del cuerpo diplomático o consular acreditados en el país, será sancionado con multa de desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F., o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.*

Quedan exceptuados de la presente, los funcionarios con representación política. La misma sanción corresponderá si el ofendido fuere personal directivo o docente de establecimientos educativos de gestión pública o privada, con motivo de la relación educativa.”

*“Art. 47- **Ofensa personal a trabajadores de la educación dentro del establecimiento educativo.** Si el padre, tutor, curador o persona que alegare parentesco de un alumno, hostigare, maltratare, menospreciare, insultare, o de cualquier otro modo ofendiere a un trabajador de la educación, dentro del establecimiento educativo, sea público o privado, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.”*

*“Art. 51- **Ofensa personal a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios.** El que ofendiere o agrediere físicamente -sin causar lesiones- y/o verbalmente con gritos e insultos a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios en efectores públicos o privados, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta doce (12) días.”*

Independientemente de que la noción disciplinaria aparece otra vez presente en el hecho mismo de *prohibir la ofensa*—que por razones de política criminal saturada de intención punitiva pasa de merecer un reproche individual fundado en usos y costumbres a preverse sancionada con multa y eventualmente trabajos comunitarios y arresto- no deja de advertirse que la “ofensa” constituye, nuevamente, un elemento normativo de imposible anticipación para quien desee no contravenir.

En efecto: vuelven aquí las centenarias polémicas referidas a la discriminación entre el “honor objetivo” y el “honor subjetivo” presentes en la discusión del delito de injurias, así como las relativas al “crédito” personal, todo ello con relación a los verbos típicos “deshonrar” y “desacreditar” del artículo 110 del Código Penal. Discusiones que han llevado a que, en la práctica, no proceda ninguna acción formalmente penal por este delito, y que la eventual cuestión entre supuesto injuriante y pretendido injuriado se resuelva todas las veces en los Estrados civiles. Y ello así porque, en el estado evolutivo actual de nuestra sociedad, no existe ningún aspecto de orden público comprometido en esta figura.

Lo dicho, sin dejar de advertir que la consumación de la ofensa no sólo no queda objetivamente demarcada en la norma ni aun desde una definición de diccionario; sino que, además, requiere necesariamente la predisposición anímica en tal sentido del tercero que se pondera ofendido, circunstancia que en nada le es reprochable al presunto contraventor.

En definitiva, será el juez quien terminará, una vez más, completando la figura a través de una integración legiferante en la que, necesariamente, deberán incluirse otra vez preconceptos extrajurídicos o bien construir un estándar —extralegal- de situaciones normativamente no previstas ni descriptas, pero que a criterio del juzgador de turno resulten “idóneas para ofender”.

Merece idénticas críticas y mella igualmente el principio de legalidad y de máxima taxatividad el artículo 47, que pena (incluso con arresto) a quien “*de cualquier modo ofendiere a un trabajador de la educación*”; así como también el artículo 51, que sanciona al que “*ofendiere (...) a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios en efectores públicos o privados*”.

“Art. 53- Portación de elementos idóneos para delinquir. *El que, en lugar público o abierto al público, portare arma de fuego no apta para el disparo o réplica o cualquier objeto que tenga el aspecto externo de un arma de fuego sin serlo, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. y arresto de quince (15) días. Siempre corresponderá el decomiso. Igual pena corresponderá a quien entregare o permitiere llevar arma de fuego no apta para el disparo o réplica a menores de dieciocho (18) años o a un incapaz. La pena será incrementada al doble de lo previsto cuando la portación se realizare en lugares donde hubiere concurrencia o reunión de personas. La pena será incrementada al triple de lo previsto cuando se hiciere ostentación pública de la misma.”*

Además de que, desde lo estrictamente jurídico, la norma evidencia una construcción deficiente –toda vez que la “portación” de un arma de fuego requiere el conocimiento de la aptitud del arma portada para el disparo inmediato- y del desplazamiento de la acción contravencional hacia la penal (cf. lo dispuesto en el art. 189 bis, inc. 2, del Cód. Pen.), desde una lectura aun primaria del precepto es posible prever que un niño sorprendido con un objeto que tenga forma de arma de fuego (por ejemplo, un arma de juguete que recibió como obsequio) debería ser puesto a inmediata disposición de la autoridad administrativa correspondiente o del Juez de Familia, conforme a la legislación vigente en la materia (art. 8° CC); y sus padres, sancionados con 200 a 3.000 Unidades Fijas por la participación del menor en el hecho contravencional (art. 9° CC).

Queda así evidenciada la indeterminación típica, pues, con toda nitidez, no parece ser ésta la intención del legislador (penar a un niño que juega y a sus padres); entonces, ¿qué ha querido concretamente reprimir la norma? Imposible saberlo, imposible orientarse: violación consecuente del principio de legalidad, en tanto no existe abordaje semántico alguno que permita delimitar con claridad cuáles son los extremos concretos de la conducta prohibida.

“Art. 74- Portación de objetos aptos para agredir. El que antes, durante o inmediatamente después del encuentro deportivo suministrar, guardar o tuviere en su poder artificios pirotécnicos u otros objetos o sustancias aptos para ser utilizados en la producción de explosiones o cualquier otra forma de combustión o cualquier tipo de elemento que eventualmente pueda ser utilizado como proyectil o instrumento de agresión, dentro del recinto, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde dos (2) días hasta ocho (8) días.

Los dirigentes y miembros de comisiones directivas, que permitieren la guarda de artefactos pirotécnicos, con el objeto de facilitar la contravención prevista en el párrafo anterior, serán sancionados con multa desde seiscientas (600) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F. o arresto desde seis (6) días hasta veinte (20) días.

En ambos supuestos el contraventor deberá abstenerse de concurrir a espectáculos deportivos por el plazo de seis (6) meses.”

Monedas, cinturones, encendedores de cigarrillos, pañuelos (que permitirían agredir a través del ahorcamiento del espectador desprevenido sentado delante del agresor), anillos, lapiceras, anteojos y una lista interminable de objetos de uso común pueden ser utilizados como proyectil o como instrumento de agresión. La prevención de la conducta contravencionalmente relevada no se halla primeramente dirigida al sujeto, a quien la norma intenta disuadir a través de la formulación sancionatoria, sino que llama, en forma directa, a que el juez integre el tipo objetivo en cada sumario. Estrictamente interpretado, el precepto prohibiría prácticamente el ingreso de cualquier persona que no llevara más objetos que ropa sin accesorios y

calzados sin cordones. Será, en definitiva, el criterio del preventor y aun del juez el que, en el hecho mismo de la prevención y al momento de dictar sentencia, echará luz ex post sobre la punición de la conducta en juego. Se viola, aquí también, el principio que impide condenar sin ley previa, estricta y cierta.

“Art. 82- Ofensas al pudor o decoro personal. El que, en lugar público o abierto o expuesto al público, importunare a otra persona en forma ofensiva al pudor o al decoro personal, será sancionado con multa desde cien (100) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o trabajo comunitario desde cuatro (4) días hasta dieciséis (16) días.”

Este artículo prevé penas para quien “en lugar público o abierto o expuesto al público, importunare a otra persona en forma ofensiva al pudor o al decoro personal”, lo que palmariamente ubica en un limbo de significaciones cruzadas los elementos descriptivos de este tipo y los despoja, por laxos, de toda gravitación en la función interpretativa.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española –edición *on line*– importunar es “causar incomodidad”, en el sentido de “sacar a una persona de su estado de comodidad”, “molestar”, “disgustar” o “enojar”. Ya castigado el hostigamiento (art. 115 CC) y descartadas las exhibiciones obscenas por tratarse de materia formalmente penal, el tipo en cuestión representa un ejemplo palmario de “cierre” del molde típico en la subjetividad del preventor y del juez. En efecto: ¿qué debe hacer una persona para *incomodar, molestar, disgustar* o *enojar* a otra? ¿Puede *incomodarla* hablando junto a ella de temas sensibles como política, religión u orientaciones sexuales? Una persona en estado de indignancia que se ve impedida de llevar hábitos higiénicos, ¿“causa incomodidad” a otra, si se sienta a su lado en el único banco con lugar libre de una plaza? ¿La comisión de esta contravención depende del umbral de irritabilidad de quien “se enoja”? ¿Existen condiciones objetivas de provocación de “disgusto” o “molestia”?

El precepto carece de parámetros claros de comprensión; y, en consecuencia, no puede ser internalizado como norma de conducta por sujeto alguno. Otra vez, en definitiva, será la subjetividad del preventor/policía moral quien procederá a acomodar la conducta en la vaga hipótesis infraccional; y, en último término, incluso aquel que haya realizado una lectura atenta y minuciosa del digesto de marras se enterará de la extensión real del molde típico al momento de su condena.

“Art. 93- Negación de auxilio a terceros. El que diere indicaciones falsas que puedan acarrear un peligro para una persona, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o trabajo comunitario desde ocho (8) días hasta dieciséis (16) días en bogares para adultos mayores.”

El que se negare a socorrer o prestar ayuda al que ha sufrido un accidente, siempre que no corriere un riesgo personal apreciable, será sancionado con multa desde cuatrocientas (400) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o trabajo comunitario desde dieciséis (16) días hasta treinta y dos (32) días en bogares para adultos mayores.”

El artículo 93, por su parte, castiga al que “*diere indicaciones falsas que puedan acarrear un peligro para una persona*”. La norma, emergente del excesivo celo punitivo que ha fogueado al Legislador para conducirlo a su dictado, acude al peligro abstracto y pena la posibilidad aun remota de que, en virtud de tales “indicaciones” se genere un riesgo no deseado ni tenido en mira por la víctima. El aspecto cognoscitivo del dolo parecería integrarse únicamente con la consciencia de que la “indicación” es “falsa”; pero nada obsta, en virtud del artículo 5° del Código, que a través de un obrar culposo devenga operativa la sanción (por ejemplo, cuando el autor, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, esté convencido de la *veracidad* de las indicaciones que podrían conducir al peligro).

En este sentido, cabe también aquí observar que toda indicación puede acarrear un riesgo para alguien poco o muy avezado en cualquier cuestión; más allá de que, aun dando indicaciones *verdaderas*, es posible que también se acarree un peligro para alguien.

En definitiva, nuevamente aquí el contraventor se enteraría de que lo es sólo si a los ojos del preventor o del órgano jurisdiccional –y debiendo ambos echar mano de conceptos nacidos de la subjetividad extralegal- su conducta dolosa o culposa resultaba susceptible de generar un “peligro”; en un marco, además, de potencialidad dañosa de *todas* las conductas humanas. La norma resulta, así, insuficiente para estructurar el contenido del injusto, y por ello vulnera, también, el principio de legalidad.

“Art. 106- Posesión de elementos idóneos para estafar. *El que llevare consigo billetes de lotería, quiniela, tómbola u otros similares adulterados, paquetes similares a dinero u otros elementos idóneos para estafar será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta cincuenta (50) días.”*

Indeterminación típica clásica que, también aquí, delega en la prevención y en el juez la fijación definitiva del alcance del molde contravencional.

“Art. 116- Adquisición de cosas de procedencia sospechosa. *El que adquiriere o recibiere por cualquier título cosas que, por su calidad o por las condiciones del que las ofrece, o por el precio, tuviere motivo para sospechar que provienen de un delito, será sancionado con multa desde cuatro mil (4.000) U.F. hasta seis mil (6.000) U.F. o arresto desde cuarenta (40) días hasta sesenta (60) días.*

Se presumirá que no se ha verificado la legítima procedencia de la cosa, en el supuesto del párrafo anterior, cuando no contare el adquirente con la factura original de compra y recibo en donde se especifiquen los datos personales del vendedor: nombre y apellido, número de documento que acredite identidad, domicilio real, precio de compra, lugar, fecha y descripción de la cosa adquirida y demás requisitos legales vigentes de emisión de estos comprobantes o que no pudiese demostrar la legalidad de su procedencia.”

También el artículo 116 conduce a la detección de una contravención a través de preconceptos de presencia fluctuante en el imaginario comunal y remite, asimismo, a la subjetividad de preventores y jueces a la hora del cierre del juicio de tipicidad.

Más allá de la casuística *sui generis* que el mismo artículo a continuación plantea, lo cierto es que adolece de una indefinición típica tal que tanto impide cuanto a la vez permite considerar a cualquier objeto o mercadería como elemento de transacción prohibida. Ni siquiera respecto de bienes adquiridos en negocios formal y legalmente constituidos es dable afirmar con toda veracidad que el objeto de la compraventa ha provenido de una cadena de operaciones realizadas conforme a derecho.

¿Cuál es el celo o la diligencia que debe poner quien evite contravenir esta norma? ¿Qué se le exige al sujeto, en este caso? ¿Cuál es el límite de la sospecha? ¿La bonhomía de nuestro donante o vendedor, nuestra relación de amistad, sus antecedentes comerciales? ¿Cuándo una persona incumple la obligación de *sospechar* que tal o cual objeto provienen de un delito?

El precepto, de una vaguedad supina, lejos de describir la conducta típica con la precisión requerida para su internalización y evitación, parece dirigirse a delegar en el sujeto activo una función que corresponde a los estamentos de prevención y detección del delito. Ello, además, con ostensible omisión de consideración de las diversas formas de participación delictiva, ya previstas en el Código de fondo y que el digesto provincial claramente pasa por alto a fin de estructurar un nuevo tipo contravencional que, sin embargo, no logra superar el test de adecuada descripción de la conducta infraccionalmente relevada, previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

“Art. 131- Objetos Suspendidos Peligrosos. *El que colocare o suspendiere cosas u objetos de forma que puedan caer sobre personas u ocasionar accidentes será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F.”*

Lo mismo sucede con la “suspensión de objetos peligrosos”. Se pena al que “*colocare o suspendiere cosas u objetos de forma que puedan caer sobre personas u ocasionar accidentes*”. A la vaguedad extrema de dicha formulación cabe contestar que *todo* lo que de alguna manera se encuentre “colocado o suspendido” puede “caerse” (salvo que esté colocado en el suelo) y ocasionar accidentes.

¿La norma prevé una sanción respecto de *todas* las formas de colocación o suspensión de cosas que puedan caer sobre personas u ocasionar accidentes? Parecería ser que no: las empresas de transporte aéreo, con seguridad, no serán diariamente sancionadas por suspender en el aire naves de tonelaje y porte considerable; tampoco, las autoridades del propio gobierno provincial o municipal, con relación a

carteles y gigantografías de promoción o difusión ubicados en diferentes puntos de la provincia, ni de estatuas, cenotafios, postes, cables o monumentos públicos instalados en plazas, calles, cerros y espacios públicos en general, que pueden todos ellos caer sobre personas y provocar accidentes.

Pues bien: ¿cuál es, entonces, la conducta que se sanciona? No hay posibilidad de determinarlo. ¿Cuáles son las diligencias que deben tomarse para evitar que una cosa cualquiera –aun una cosa “no riesgosa”, en términos del artículo 1757 del Código Civil- caiga u ocasione un accidente? Otra vez, imposibilitado el sujeto de orientarse por la norma, serán los preventores y magistrados quienes indebidamente desde el punto de vista constitucional completen la formulación del tipo contravencional.

Finalmente, corresponde señalar que esta suerte de “delegación de competencia legiferante” que el Código impone sobre órganos de prevención y juzgamiento deriva, en último término, en la conformación de verdaderos tipos judiciales, propios de los más aberrantes y discriminatorios períodos de la Humanidad.

La punición de “conductas sospechosas”, “ofensas al pudor”, “conductas molestas”, “conductas que resulten idóneas para”, “portación de elementos que eventualmente pudieran ser considerados como” y otras vaguedades de las que adolece el Código Contravencional de la Provincia de Mendoza, importan una vuelta de tuerca al consenso doctrinario de inconstitucionalidad de los tipos abiertos y condicionan y distorsionan la función interpretativa del juez, al erigir su buen saber y entender en *integrador del tipo penal*. Como se ha insinuado *supra*, tales indeterminaciones resultan refractarias a la real conformación de un derecho penal de acto, entendido éste como el resultado de la autodeterminación del individuo en un ámbito de libertad de elección y decisión incondicionada de las acciones que responden a la formulación de su plan autónomo de vida.

En definitiva, en la estructura del digesto puesto aquí en crisis, tanto las fuerzas de seguridad como -muy especialmente- el órgano jurisdiccional, están llamados a prevenir y decidir en cada situación relevada desde los moldes típicos no la alteración del orden social justo; sino conceptos aéreos de carácter disciplinarista como los *sanos sentimientos del pueblo mendocino*, la *buena educación*, la *diligencia al informar*, y también a promover la generación de un estado permanente de *sospecha* (aun entre vecinos) y la construcción de una idea del otro como continuo generador de *peligro*.

Para ello, fue necesario tender redes conceptuales de índole penal lo suficientemente amplias como para que prácticamente *cualquier* conducta resulte ser motivo de prevención y sanción.

Esto se logró a través de la intencional redacción vaga, imprecisa, indeterminada, ambigua, que impiden la formulación de un juicio de tipicidad objetivo y sólo generan moldes represivos que exigen al juzgador la puesta en juego de su propia subjetividad y aun de la arbitrariedad de sus meros pareceres. No hay *sana crítica racional* posible en el marco de este Código, porque ninguna regla de derivación del *derecho vigente* permite prescindir de elementos faltantes en las premisas para arribar a una conclusión lógicamente razonada.

Es por tales motivos que el Código Contravencional de la Provincia de Mendoza, en este aspecto presidido por la prevalencia del *principio de legalidad* y las exigencias de *máxima taxatividad penal* y *máxima taxatividad interpretativa* contenido en los artículos 25 y 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

6) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ARTS. 20, 148, 149, 151, 152 Y 154 DE LA LEY 9.099)

“Art. 20- Destino de las multas. *El importe de las multas, dinero y valores decomisados ingresará a Rentas Generales de la Provincia o del Municipio, según el origen de las actuaciones. Los elementos decomisados serán rematados de conformidad con lo establecido en el artículo 27.*

En los casos en que la autoridad municipal instruya las actuaciones sumariales, el Municipio deberá destinar el veinte por ciento (20%) del importe de las multas ingresado a campañas de prevención contravencional.”

“Art. 148- Promoción de la Acción. *Toda contravención dará lugar a una acción pública. El Juez Contravencional tomará intervención de oficio o por simple denuncia verbal o escrita. Podrán aplicarse a este proceso la solución de conflicto y los criterios de oportunidad previstos en el Código Procesal Penal.”*

“Art. 149- Aprehensión. *Los oficiales y auxiliares de la Policía de la Provincia de Mendoza deberán aprehender aún sin orden judicial, al que sea sorprendido in fraganti en la comisión de una infracción, cuando ésta sea de efecto continuado o cuando se diera a la fuga inmediatamente después de intentar su comisión o de haberla cometido.”*

“Art. 151- Denuncia. *La denuncia será oral o escrita, ante la autoridad policial, municipal, o judicial con competencia contravencional y deberá utilizarse preferentemente medios tecnológicos o informáticos. En todos los casos el denunciante deberá identificarse fehacientemente.”*

“Art. 152- Registración de denuncia. Requisitos. *El funcionario policial, municipal o judicial interviniente recibirá la denuncia, la que deberá contener los siguientes requisitos como mínimo:*

- a) lugar y fecha de la recepción de la denuncia, agregando nombre completo del funcionario y cargo;*
- b) lugar, fecha y hora de la comisión del hecho punible;*

- c) *naturaleza y circunstancias del hecho, características de los elementos o instrumentos empleados para cometer la contravención;*
- d) *disposición legal presuntamente infringida;*
- e) *nombre, domicilio, número de teléfono fijo y/o celular del presunto autor, si fuese posible determinarlos;*
- f) *nombre, domicilio, número de teléfono fijo y/o celular del denunciante y de los testigos si los hubiese;*
- g) *mencionar todos los elementos probatorios existentes;*
- h) *informar los bienes secuestrados en detalle, si los hubiere;*
- i) *informar si se han tomado fotografías;*
- j) *en caso de labrarse acta escrita deberá cerrarse el acta con la firma del funcionario actuante con aclaración del nombre y cargo.”*

“Art. 154- Actuaciones sumariales. *El funcionario policial o municipal a cargo de la instrucción sumarial solicitará telefónicamente instrucciones al Juez Contravencional en turno y procederá conforme el artículo 152.*

Posteriormente, una vez cumplidas las medidas ordenadas por el Juez, remitirá las actuaciones al Juzgado Contravencional, dentro de las primeras (6) seis horas de oficina.”

De conformidad con el artículo 148 del Código aquí en cuestionamiento –que establece el carácter público de la acción contravencional- las formas de promoción del proceso infraccional son dos: “*de oficio*” o “*por simple denuncia verbal o escrita*”. El impulso por parte de la prevención viene tácitamente impuesto en orden a la manda del artículo 149, que impone la obligación de *arrestar* a quien sea sorprendido *in fraganti* contravención, o cuando el sindicado se diere a la fuga.

A su turno, la denuncia podrá practicarse “*ante la autoridad policial, municipal o judicial*” (art. 151 CC y cf. art. 20 CC). El funcionario policial o municipal debe proceder a redactar la denuncia recibida o incorporarla al legajo así iniciado (cf. arts. 154 y 152 CC). Dicha denuncia deberá contener, en caso de que se haya labrado, el acta cerrada con la firma del funcionario actuante.

A este respecto, cabe consignar que el Acta Circunstanciada que documenta la presunta comisión de una infracción al régimen contravencional conforma un acto administrativo, en la medida en que configura una *declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa*, cuya naturaleza dista de la del mero pronunciamiento administrativo (cf. art. 28° de la Ley Provincial N° 9003).

Como acto administrativo, el Acta incorporada al proceso contravencional goza de presunción de legitimidad (cf. art. 79 Ley 9003), aun si fuera anulable (cf. art. 74, inc. b, Ley 9003) o nulo (cf. art. 75, inc. b, Ley 9003). Sólo el acto administrativo *inexistente* carece de ella (art. 76, inc. b, Ley 9003).

Ahora bien: dicha presunción resulta refractaria a la fundamental garantía constitucional del proceso sancionatorio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y 25 de la Constitución mendocina, cual es la de *presunción de inocencia*; en orden a que el estado de culpabilidad resulta de una construcción que se da en el ámbito del debido proceso, uno de cuyos fines es, como se dijo, la actuación de la ley sustantiva.

En tal sentido, ha de decirse que el acto administrativo que documenta la presunta comisión de una infracción oficia de “perfecta imputación”, con un asombroso efecto en el ámbito del derecho procesal: transforma el principio de inocencia en principio de culpabilidad y produce el efecto de invertir la carga de la prueba, recayendo ésta sobre el sindicado por la comisión de una contravención.

Frente a este novedoso panorama ámbito así creado, será en todos los casos el imputado quien tendrá a su cargo la demostración de que no ha cometido la contravención que se le endilga; como la eventual concurrencia de causas de justificación o ejercicio de legítima defensa -en tanto parecen aplicarse a este proceso, si bien en forma supletoria, las disposiciones contenidas en la parte general del Código Penal de la Nación (art. 2º CC)-.

Esta particularidad –que, de inicio, resulta suficiente para teñir de inconstitucionalidad la totalidad del digesto infraccionario de fondo y la del procedimiento contravencional en general, pronunciamiento que desde ya propicio sea en tal temperamento dictado- impone, dado el exigente y vario-pinto relevamiento de conductas efectuado por el Legislador, una carga que en la enorme mayoría de los casos implica para el sujeto llevado a proceso la necesidad de producir una “probatio diabólica”, en especial cuando se vea compelido, al fin de concretar el absurdo jurídico-penal de tener que demostrar su inocencia, a generar convicción respecto del acaecimiento de hechos negativos.

En efecto: ¿cómo redargüir de falsedad con éxito un acto administrativo, si, bajo pena de aplicación inmediata de sanción, se debe probar que “no me encontraba escalando ningún muro”, a pesar de lo allí consignado; o que “el niño no efectuó ningún ademán de mofa a su docente”; o que “no produce la avalancha, sino que fui objeto de *vis absoluta* y en esas circunstancias empujé al espectador que tenía delante”? La gravitación del principio de presunción de legitimidad del acto administrativo opera, en este

sentido, de modo conculcatorio de garantías liminares que tutelan todo proceso en el que se persiga la activación del poder punitivo del Estado.

Así queda construida una suerte de encerrona que sólo parece tener por finalidad desplegar con aparato y visibilidad social el poder estatal de prevención y represión de conductas generalmente consideradas y la obtención con fines claramente disciplinarios de detenciones y sometimientos a proceso de los ciudadanos y habitantes. Se subvierte, de tal modo, la vigencia de las garantías que gobiernan el proceso sancionatorio y se construye, a través de acciones y omisiones provenientes del propio Estado, una “presunción de culpabilidad” que resulta refractaria a los principios básicos del Estado de Derecho y a los más esenciales pilares en los que debería encontrar apoyatura TODA nuestra praxis constitucional.

También respecto del señalado perfil –sostén del proceso contravencional en un acto administrativo que elimina la presunción de inocencia amparada en nuestras Superiores Leyes provincial y nacional- es que consideramos que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 25 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

7) VIOLACIONES AL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN (ARTS. 17, 19, 21, 150 166 Y 172 DE LA LEY 9.099)

a) Introducción

El presente capítulo tiene como objetivo poner de manifiesto una clara contraposición entre el principio de igualdad consagrado en nuestra Carta Magna y determinadas normas de este Código Contravencional.

Al referirnos en este apartado al principio de igualdad, se parte de lo dispuesto en el art. 16 y el art. 75 inc. 23 de la Constitución de la Nación Argentina, entendiendo a este principio en los

términos de Roberto Saba²³ no sólo como no discriminación y trato diferencial ante situaciones desiguales, sino además como no-sometimiento o no-exclusión de determinados grupos sociales.

Esta visión de la igualdad es consistente con una tradición constitucional liberal igualitaria que se inicia en 1810, se refleja en la Carta Magna de 1853 y se perfecciona en la reforma constitucional de 1994

Históricamente se ha partido de una visión primaria o individualista que pretende identificar al concepto de igualdad con un trato homogéneo ante idénticas situaciones y un trato diferencial ante situaciones dispares.

Esto implica que cualquier creación jurídica que pretenda regular la actividad humana debe establecer pautas diferenciales a la hora de su aplicación teniendo en cuenta la valoración de las circunstancias concretas de cada caso, y buscando una respuesta lo más igualitaria posible. Esta forma de entender el concepto de igualdad se relaciona con una visión individualista y de no discriminación de cada persona. En relación a este visión se ha expedido la Corte Suprema de Justicia al establecer que “ *no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se ha proclamado, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección, en lo posible, de las desigualdades naturales.*”²⁴

Esto implicaría hacer un ejercicio constante tendiente a determinar si los criterios de trato utilizados se adecuan a los fines previstos en la norma para determinar su razonabilidad. De este modo, y con la aspiración de perfeccionar el principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, debemos agregar un estándar que prescriba que esas circunstancias deben ser razonables, entendiendo por “razonables”, por ejemplo, que ellas guarden una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente.

²³ Abogado (Universidad de Buenos Aires), Master en Derecho (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, Argentina (www.adc.org.ar). Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976. También, más reciente y en referencia a la situación de los inmigrantes en los Estados Unidos, Owen Fiss, *A Community of Equal*, Beacon Press, Boston. O <https://es.scribd.com/document/352527118/Des-Igualdad-Estructural>

²⁴ Fallos: 151:353

En esta línea, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Reed v. Reed* sostiene que “cualquier clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”²⁵.

Si bien, esta forma de comprender el art. 16 parecería la correcta, es necesario interpretar esta norma con lo establecido en el artículo 75 inc.23 que establece otra forma de concebir la igualdad como no-sometimiento o no-exclusión de diferentes grupos sociales.

Además, esta parte considera que el principio de no-discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias de hecho entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad.

Uno de los desafíos más complejos que en este sentido enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas “medidas de discriminación inversa” a los efectos de poder paliar desigualdades y brechas sociales existentes.

Tal afirma Saba “Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables –entendiendo por “razonables” aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho–, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizás, también algunas decisiones de particulares) se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de un artículo como el 16 de nuestra Constitución Nacional, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión”²⁶.

²⁵ 404 U.S. 71. Una versión traducida de este fallo se puede encontrar en Jonathan Miller, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524.

²⁶ <https://es.scribd.com/document/352527118/Des-Igualdad-Estructural>

Por esto, se sugiere examinar otro intento de superar este dilema en el contexto del derecho constitucional argentino. Esto se relaciona con una versión diferente del principio de igualdad, ya no como no discriminación, sino como *no-sometimiento o no-exclusión*²⁷, que parta de considerar una visión “sociológica” o contextualizada de una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser ese grupo, y que se enmarque dentro del paradigma de respeto hacia los derechos humanos.

En esta línea, Fiss²⁸ llama nuestra atención sobre la contradicción que existe entre el principio de igualdad y la cristalización de “castas” o grupos considerados “parias”, justamente como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley.

Esta concepción de la igualdad como “no-sometimiento o no exclusión” ha sido producto de un desarrollo histórico en que implicó un cambio de paradigma no sólo en el derecho a la diferencia sino además en la legitimidad de las decisiones políticas y jurídicas que se tomaban sin respetar la participación de sectores sociales excluidos hasta ese entonces, en los términos que lo plantea John Ely²⁹.

Esto no sólo implica un trato diferencial sino además la consagración de medidas de acción positiva tendientes a respetar y hacer efectivo la consagración de ciertas cualidades sociales que identifican a una persona con un grupo y son merecedoras de tutela. Tal ha sido lo resuelto en el precedente “United States v. Carolene Products Co.”³⁰ de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y en el precedente “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba” del Tribunal Supremo Argentino que establece *“El Estado no puede “perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer; las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia”*³¹.

²⁷ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976. También, más reciente y en referencia a la situación de los inmigrantes en los Estados Unidos,

²⁸ Owen Fiss, *A Community of Equals*, p. 29. Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, Capítulo 12: “Affirmative Action: Is It Fair?”, pp. 411. También Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Capítulo 9.

²⁹ John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4, pp. 97-131.

³⁰ 304 U.S. 144, 152-153, nota 4.

³¹ <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/Gonzalez-de-delgado-c-y-otros-vs.-Universidad-Nacional-de-Cordoba.pdf>

Esta nueva concepción va a culminar con la reforma constitucional de 1994 en la que la Argentina reforma su carta magna y consagra instrumentos internacionales de DDHH que pregonan esta concepción de “no-sometimiento o no exclusión”, y asimismo cristalizándose en el artículo 75 inc. 23 al establecer como atribuciones de Congreso “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*”

En el marco de este nuevo concepto integral de igualdad que integra el art. 16 y 75 inc.23 de la C.N considerando la igualdad ante la ley como no discriminación y la igualdad real mediante el establecimiento de medidas tendientes a garantizar un mismo punto de partida, debemos analizar el recientemente sancionado Código de Contravenciones de la Provincia de Mendoza.

b) Pobreza: igualdad ante la ley e igualdad real de oportunidades

Esta parte expresa que, tras haber examinado el compendio normativo, pudo observar que este presenta sanciones y castigos para todas las clases sociales pero que se encuentra sobrerrepresentado en los grupos económicamente más desventajados, sin tener en cuenta su situación socio-económica y la vulnerabilidad en la que se encuentran inmersos.

Tal es el caso de colectivos como cuida coches, limpia vidrios, mendigos, vendedores ambulantes, y gente en situación de calle, entre muchos otros sectores vulnerables que se ven criminalizados. Todos estos sectores se encuentran atravesados por la problemática de la marginación y exclusión social careciendo de ingresos básicos suficientes y llevando a cabo tareas de mera subsistencia.

La aplicación de este código implica una clara violación del principio de igualdad ante la ley y al principio de igualdad real al imponer medidas de coerción totalmente desproporcionadas y sin tener en cuenta sus contextos sociales de vida. No sólo es que el Estado no busca erradicar situaciones de pobreza, sino que además instrumenta herramientas que permiten exacerbar el punitivismo y un trato de ley desigualitario sobre los más débiles.

“...su historia es realmente trágica e injusta y quizás incluso es nuestra responsabilidad hacer algo al respecto, pero usted ha cometido un acto tan reprochable que le hace merecedor de un castigo con independencia de lo que nosotros le debamos a usted...”³²

Bajo la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para eliminar la pobreza y la pobreza extrema, a través de decisiones políticas y económicas apropiadas, aun cuando existan variables que no se encuentran bajo su dominio; y de adoptar políticas públicas para garantizar los derechos humanos, en particular aquellas que estén dirigidas a asegurar los niveles mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas y grupos viviendo en situación de pobreza, cuando por razones ajenas a su control no puedan ejercitar estos derechos.³³

El contexto socio económico en el cual se circunscriben estos sujetos sociales, pone de manifiesto la responsabilidad internacional del Estado Argentino ante la omisión de garantizar el reconocimiento y tutela efectiva de aquellas condiciones que hacen a una vida digna y a una igualdad real de oportunidades. Esto implica un atentado directo contra la dignidad humana y los preceptos normativos de derechos humanos previstos en el ordenamiento normativo local e internacional. Como precedente se puede mencionar el fallo de la Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, en el que se sanciona al Estado de Paraguay por no haber llevado a cabo medidas tendientes a subsanar los flagelos de la vulnerabilidad social, estableciendo que *“... El Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, que se encontraban “en situación de extrema vulnerabilidad”. La situación de extrema vulnerabilidad impactó en varios sentidos en el examen de (falta de) idoneidad de las acciones estatales atacadas por insuficientes para cumplir con la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna (artículo 4º de la CADH) ...”*³⁴.

El Estado Argentino y el Gobierno de la Provincia de Mendoza no sólo ha incumplido los compromisos institucionalmente asumidos, sino que además a través del recientemente

³² “El castigo penal en sociedades desiguales”, coord. Roberto Gargarella; capítulo “Pobreza y Responsabilidad Penal”, pag 173. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas. Año 2012.

³³ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf#page=23>

³⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 217, destacado agregado

sancionado Código de Contravenciones, se agravaría la situación de pobreza e indefensión en la que se encuentran estos sujetos sociales, despojándoles del derecho de a una vida digna y a una igualdad real de oportunidades conforme lo establece el art. 75 inc. 23 de la C.N, y someténdolos a tratos desiguales frente a la ley, contrario al art. 16 de la C.N y normativa concordante.

La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos. Por ello, además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para la implementación de políticas públicas destinadas a erradicar la pobreza, y para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados deben velar por el uso apropiado de tales recursos y rendir cuentas al respecto procurando que, además, que estos sectores puedan participar políticamente y velar porque sus intereses sean escuchados.

Para concluir, es necesario destacar que si bien este Código Contravencional de carácter arbitrario y discriminatorio ha sido dictado de acuerdo con los procedimientos formales previstos en nuestro sistema democrático, la misma puede gozar de "vigencia", pero no así de "validez".

En palabras de Ferrajoli se entiende que *"la validez atañe a los contenidos de la norma, a lo que la norma prescribe, que tiene que estar en coherencia con los principios y derechos fundamentales"*³⁵. Es decir, que las normas formales no pueden contradecir a las normas sustanciales de la Constitución. Así el principio de la mayoría no puede vulnerar a los derechos fundamentales y los principios constitucionales. O expresado de otro modo, los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen un límite, en su calidad de normas constitucionales sustanciales a una política legislativa basada en el principio de la mayoría³⁶

c) Compendio normativo:

³⁵ Ferrajoli, L. "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en vol. col. de P. Andrés Ibáñez (ed.) *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, 15-30.

³⁶ https://www.uv.es/drets/Soriano_Maria_Luisa.pdf

Del análisis del articulado vigente se desprende un patrón sistemático de discriminación y denegación de acceso a la justicia por parte de aquellos sectores de inferiores recursos, generando un trato diferencial a favor de unos y en detrimento de otros.

“Art. 17- Conversión del arresto. El condenado por una contravención a sanción de arresto de cumplimiento efectivo podrá solicitar al Juez Contravencional que se sustituya la misma por:

a) trabajo comunitario, salvo que se tratare de contravenciones contra la autoridad, establecidas en el Título I del Libro II; o

b) multa, la que cesará por su pago total, debiendo descontarse el tiempo de arresto efectivamente cumplido.”

En relación a este primer supuesto prevé la posibilidad de que el contraventor pueda solicitar modificar la pena de arresto por medio de la opción de trabajo comunitario o multa.

En primer lugar, nos encontramos ante una desigualdad manifiesta, ya que se establece la supuesta opción del contraventor en poder modificar la sanción de arresto impuesta por la alternativa de trabajo comunitario, pero que se encuentra prohibida en el supuesto de haber cometido una contravención del Título I, Libro II “Contravenciones contra la Autoridad”.

Esta parte endiente que esta opción no podrá ser solicitada por parte de aquellos sectores vulnerables o grupos de riesgo a saber: cuida coches, limpia vidrios, vendedores ambulantes, prostitutas, etc.; en tanto se encuentran sometidos a constantes hostigamientos y detenciones arbitrarias por parte del Servicio de Policía de Mendoza³⁷, ergo en la mayoría de los casos las contravenciones en las que puedan verse inmersos redundan en conflictos contra la autoridad.

El apartado del Código de Contravenciones que regula lo referente a contravenciones contra la Autoridad prevé tipos delictivos como el Art. 43- Negación de informes sobre la propia identidad personal y Art. 46- Ofensa personal a funcionario público, que implican una primacía arbitraria del poder estatal sobre la esfera individual y que dado los antecedentes de conflictividad y violencia institucional

³⁷ “Recurso de hecho deducido por la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos filial San Rafael en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos filial San Rafael s/habeas corpus colectivo y preventivo”, Expediente: CSJ 002835/2015-00.

reinantes en la provincia de Mendoza³⁸ constituye un escenario posible de que estos colectivos sociales se vean inmersos en este tipo de contravenciones sin poder optar por la opción de trabajo comunitario.

Por lo tanto, debe ser declarado inconstitucional este artículo en tanto impide arbitrariamente la conversión de la sanción de arresto en trabajos comunitarios, de las denominadas contravenciones contra la autoridad.

En segundo lugar, la norma prevé la posibilidad de optar por convertir la pena de arresto por el pago total de una multa a fijar.

En el caso de los colectivos humanos anteriormente expuestos, esto claramente implica una opción inviable en tanto partimos de considerar a sujetos que se encuentran realizando estrategias de supervivencia para poder hacer frente a un contexto de pobreza que los subsume³⁹, y no ostentan de recursos suficientes para poder optar por esta alternativa.

Además, el hostigamiento constante y progresivo al que son susceptibles por parte de la policía⁴⁰ implicaría un sin número de contravenciones que no podrían abonar

También constituye un trato discriminatorio en tanto que los obliga a tener que pagar la totalidad de la suma a fijar, siendo claramente perjudicial sobre su persona y una opción ilusoria de que puedan materializar.

Lo consagrado en la normativa implica la imposición de un supuesto beneficio a favor de aquellos más pudientes en los que el Gobierno pretende lograr un beneficio recaudatorio y paralelamente instaurar un teatro punitivo en contra de los más desprotegidos

Es menester traer a colación lo expresado por la CIDH “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de

³⁸ Nota del Diario El Sol, “¿Exagerado? Dos móviles y 10 efectivos por un trapito” (<https://www.elsol.com.ar/exagerado-dos-moviles-y-10-efectivos-para-detener-a-un-trapito>)

³⁹ <https://losandes.com.ar/articulo/view?slug=las-estrategias-para-subsistir-de-los-que-viven-al-dia>

⁴⁰ http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/primer_informe_linea_roja.pdf

favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁴¹.

Ante lo expuesto, esta parte no se opone a la opción de conversión de la pena de arresto por la modalidad de pago de multa, pero si considera que la misma debe ser razonable y proporcional en relación a su monto y modalidad de pago en merito a los contextos socioeconómicos en que se circunscriben estos grupos sociales. Por lo tanto, se solicita que se declare inconstitucional la referida norma por violar tajantemente el principio de igualdad.

“Art. 19- Multa. La sanción de multa será ordenada por el Juez Contravencional en Unidades Fijas (U.F.), cuyo monto se actualizará anualmente por la Ley Impositiva. Deberán ser abonadas ante el organismo recaudador pertinente en efectivo, tarjeta de débito o en cuotas mediante tarjeta de crédito.”

La normativa en cuestión reitera un constante patrón sistemático de discriminación y desigualdad económica a raíz de que tanto la unidad de medida utilizada para determinar la cuantía de la multa y por la forma de pago resultan claramente discriminatorias.

En primer lugar, en relación al criterio utilizado para cuantificar las multas se hace referencia a la “Unidad Fija” que conforme a establecido en la ley Impositiva de 2018 de la Provincia de Mendoza⁴² redunda en la suma de pesos \$ 9.50 pudiendo ser actualizada todos los años.

Este método resulta abusivo y desproporcionado en tanto si se lo compara con las penas establecidas a las actividades de supervivencia que realizan grupos vulnerables implicaría una medida vejatoria y excesiva, pudiendo mencionar entre otros:

“Art.55: Vendedores Ambulantes, multa 200 U.F. hasta 1.000 U.F. Monto dinerario desde pesos 1900 hasta pesos \$ 9.500.

⁴¹ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

⁴² https://www.atm.mendoza.gov.ar/portalmatm/zoneBottom/normativas/leyimpositiva/pdf18/LEY_9022-1.pdf

“Art. 57: Cuidado de vehículos sin autorización legal, multa desde 500 U.F hasta 1000 U.F. Monto dinerario desde pesos \$ 4.750 hasta pesos \$9.500.”

“Art. 58: Limpieza de vehículos en la vía pública, multa desde 300 U.F hasta 800 U.F. Monto dinerario desde pesos \$ 2850 hasta pesos \$ 7.600.”

De un análisis superficial de lo expuesto comparándolo con el Salario Mínimo Vital y Móvil de Argentina establecido en la suma de pesos \$ 10.000⁴³ y con los meros ingresos de subsistencia que pueden recolectar estos sectores sociales de conformidad con el informe titulado “*Caracterización Socioeconómica de Familias que se desempeñan en cuidado y lavado de vehículos en la Ciudad de Mendoza*”, realizado por profesionales de CELPI (Colectivo de Lucha por los Pibes)⁴⁴, que establece “*Lo cierto es que familias con más de cinco personas sobreviven con no más de \$8.000 mensuales*”, se deduce la desproporcionalidad y falta de razonabilidad de la sanción a imponer. Debido a que establece una unidad de medida que no contempla las circunstancias particulares de cada caso al establecer montos fijos y excesivos.

En segundo lugar, la sanción prevista prevé en cuanto su forma de pago la posibilidad de que sea en cuotas, esto implicaría un beneficio para aquellos sujetos que no poseen el monto total exigido a abonar.

Pero dicha modalidad de pago sólo procede en el supuesto de titularizar una tarjeta de crédito, circunstancia que es claramente excluyente a favor de un sector social perteneciente a una clase social pudiente e integrante de la economía formal, que puede cumplir con los requisitos bancarios exigidos para que les sea otorgada una tarjeta de crédito.

Esto claramente implica un flagelo para los sectores sociales que carecen de un trabajo registrado o que forman parte de la economía informal, así como suena totalmente ilusorio e imposible de acceder por parte de grupos vulnerables o sectores marginados⁴⁵, que a la vez son estos los principales destinatarios del accionar punitivo por parte de este Código.

En este sentido se ha expresado la CIDH en el caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana al establecer que “La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto

⁴³ <https://blog.errepar.com/2018/06/27/el-salario-minimo-vital-y-movil-se-incrementa-a-partir-del-1-de-julio-de-2018/>

⁴⁴ <https://lujan365.com.ar/noticia/1464/informe-socio-economico-de-cuidacoches-y-lavacoches>

⁴⁵ <https://www.mdzol.com/sociedad/Segun-el-Indec-hay-300.000-mendocinos-en-la-pobreza--20180927-0111.html>

desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo⁴⁶.

En el mismo sentido se ha expresado la CIDH en el caso “Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana” en agosto del año 2014⁴⁷.

Por lo tanto deberá declararse la inconstitucionalidad del artículo 19 que dispone penas de multa a sectores vulnerables por violar el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas, así como la posibilidad de pago en cuotas a quienes tengan tarjeta de crédito.

“Art. 21- Conversión de multa. Incapacidad de pago. Si el condenado a pena de multa, no pagare en el término de tres (3) días el Tribunal sustituirá la multa no cumplida por la pena de trabajos comunitarios, a razón de cuatro (4) horas por cada cien (100) U.F.

Si el contraventor no cumplierse total o parcialmente con el trabajo comunitario impuesto, éste se convertirá en arresto, debiendo descontarse el tiempo de trabajo comunitario cumplido, a razón de un (1) día por cada cuatro (4) horas.

El trabajo comunitario cesará en cualquier momento si el contraventor abonase el monto de la condena.”

Esta norma se contrapone con el principio de igualdad, ya que una vez más queda al descubierto la supremacía de aquel sujeto pudiente capaz de abonar la deuda impuesta y desvincularse de la sanción mediante el pago voluntario, y no así el caso de las personas pertenecientes a grupos vulnerables y de escasos recursos que tal como se manifestó anteriormente, carecen de ingresos suficientes para abonar el monto irrisorio establecido en las contravenciones.

En primer lugar, se expresa que en caso de no pagar en un primer momento la multa impuesta, deviene en una pena de trabajo de comunitario, y que eventualmente si tampoco se cumplierse total o parcialmente esta alternativa, se produce la conversión automática en la pena de arresto efectivo. Por

⁴⁶ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251

⁴⁷ En el mismo sentido: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 263.

último, se prevé la posibilidad de cesar en cualquier momento la multa impuesta o cualquiera de sus conversiones a través del pago total de la condena.

Del análisis surge la autonomía plena que ostenta el contraventor en poder cesar cualquier tipo de hostigamiento estatal sobre su humanidad, pero siempre y cuando tenga recursos económicos suficientes para hacer frente al monto establecido.

Esto genera una desigualdad para aquellos grupos sociales vulnerables que carecen de ingresos suficientes para pagar la multa y necesariamente se verían subsumidos a tener que cumplir con la alternativa de trabajo voluntario. Esta opción deviene en inviable en tanto la probabilidad de que se sometan a esta modalidad renunciando a tiempo y energías vitales a fin de conseguir el sustento diario para sí y su grupo familiar, conlleva a que no cumplan con las condiciones impuestas.

La norma peca de partir del presupuesto de que todos aquellos posibles infractores responden a una realidad socio-económica homogénea, pudiendo en su caso someterse a este tipo de modalidad sin inconveniente alguno. Esta visión implica limitar la concepción del fenómeno de la pobreza y el deber de caracterizarla desde una perspectiva multidimensional⁴⁸.

En adición, la CIDH se ha expedido en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil” expresando que *“Por otro lado, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, la Corte ha establecido que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Al respecto, la Corte destaca que a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la “posición económica” de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana”⁴⁹.*

⁴⁸ Óscar Parra Vera, Derechos Humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional, Revista IIDH [Vol. 56], pág. 274.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

Por lo tanto deberá declararse la inconstitucionalidad de esta norma en tanto establece que el pago “total” de la multa hace cesar la pena de arresto o la de trabajos comunitarios, debiendo el Juez en cada caso concreto fijar el monto en forma proporcional a los ingresos y condición social del presunto contraventor.

En segundo lugar, al no cumplir con lo prefijado se verían expuestos a la conversión de la pena por la modalidad de arresto efectivo. Tal medida sería a todas luces inconstitucional no sólo por violar el principio de igualdad en sus dos acepciones, sino además al encontrarse expresamente prohibida la detención por deudas, tal como lo establece Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7.7.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado que “El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7)”⁵⁰.

En el mismo sentido se expidió en el caso “Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas”⁵¹ en el año 2008.

“Art. 150- Contraventor privado de libertad. Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en una contravención permanecerá en libertad durante el proceso.

La privación de libertad no podrá exceder de doce (12) horas. Ningún detenido por contravención puede ser incomunicado.

El infractor aprehendido podrá recuperar la inmediata libertad fijando domicilio en la Provincia y depositando la caución que fije el Magistrado, teniendo en cuenta la multa establecida para la infracción. Si procede la caución, la retención del infractor sólo se hará por el tiempo imprescindible para dar cumplimiento al artículo 152.”

⁵⁰ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007

⁵¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf

Cuando el contraventor aprehendido no fijare domicilio en la Provincia o registrare medidas pendientes privativas de libertad, la autoridad policial actuante deberá de inmediato comunicar tal situación al Juez Contravencional quien ordenará las medidas que considere pertinentes, además de la caución prevista en el párrafo anterior.”

En primer lugar, del análisis de la norma se observa una clara violación al principio de igualdad en nuestra Carta Magna al observar que el beneficio al recupero inmediato de la libertad por parte de aquel contraventor que estuviere aprehendido, sólo podría ser obtenido por parte de aquel sujeto que gozare de los recursos económicos suficientes para poder depositar la caución real que determinase el Magistrado.

Esta circunstancia implica un perjuicio irreparable para todos aquellos sectores de bajos recursos que se verían directamente subsumidos a la privación de su libertad implicando un claro menoscabo sobre sus derechos humanos más elementales.

Resulta grosera la desigualdad que operaría en estos casos sin que mediase fundamento legítimo alguno que justificare dicho proceder.

Asimismo, esta parte no entiende cuales fueron los miramientos que tuvo el legislador para establecer solamente la caución real desconociendo el instituto de la caución personal, el cual se encuentra en el Código Procesal Penal de la Provincia, y que tiene aplicación supletoria tal se establece en el artículo 2 del Código de Contravenciones.

Tal medida implica una deshumanización del derecho y un claro trato discriminatorio en detrimento de los sectores más débiles.

Asimismo, esta norma refleja claramente la finalidad recaudatoria del Código de Contravenciones, muy bien lo describe Michel Foucault en su obra “La Verdad de las Formas Jurídicas” al describir los orígenes de la sociedad disciplinaria y de cómo se establecieron los Sistemas Recaudatorios al establecer que *“un descubrimiento, una invención tan diabólica como la del procurador y la infracción: el Estado, o mejor, el soberano (ya que no se puede hablar de Estado en esta época) es no sólo la parte lesionada sino además la que exige reparación. Cuando un individuo pierde el proceso es declarado culpable y debe una reparación a su víctima, pero esta reparación no es la que aparecía en el antiguo derecho del feudalismo o en el Derecho Germánico, ya no se trata de que el perdedor rescate su paz dando satisfacción a su adversario, ahora se exigirá del culpable no sólo la reparación del daño hecho a otro individuo sino también la*

reparación de la ofensa cometida contra el soberano, el Estado, la ley. Es así que aparece con el mecanismo de las multas el gran mecanismo de las confiscaciones. Las confiscaciones de bienes son para las monarquías nacientes uno de los grandes medios de enriquecerse e incrementar sus propiedades. Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación”⁵².

En segundo lugar, esta parte rechaza rotundamente el criterio establecido para la determinación de la cuantía de la caución tomando como base la multa establecida para la contravención.

Este criterio resulta netamente discriminatorio y pretende establecer una subsunción inmediata del imperativo legal contra el contraventor involucrado en esa circunstancia objetivando cualquier consideración especial que involucre al sujeto y que amerite el ajuste o reconsideración de la cuantía a fijar teniendo en cuenta sus ingresos económicos y circunstancias personales.

Nuevamente esta parte desconoce porque el legislador se apartó del Código Procesal Penal de la Provincia el cual establece que “*Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado*”.

En este sentido se ha expedido la CIDH al considerar que el Estado dictar una norma restrictiva y discriminatoria en relación a grupos vulnerables subsumidos en la pobreza, está en la obligación de justificar el motivo de su accionar. En el caso “Flor Freire Vs. Ecuador” la CIDH expresó “*La Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva*”⁵³.

⁵² <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf>

⁵³ Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315

En definitiva, deberá declararse la inconstitucionalidad de esta norma en tanto no establece la posibilidad de caución personal y fija la caución real sin tomar en cuenta las condiciones personales del presunto contraventor.

“Art. 166- Asistencia Letrada. En la Alzada los infractores podrán ser asistidos por un abogado de la matrícula, si no manifestaren defenderse personalmente.”

“Art. 172- Recursos. Contra la resolución del Tribunal de Alzada solo podrán interponerse los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Revisión, con la salvedad de que el plazo para la interposición del primero de ellos será de cinco (5) días.”

Más allá de la vulneración del derecho de defensa que implican estas normas, surge prima facie la inconstitucionalidad a raíz de su contraposición con el principio de igualdad ante la ley en relación al acceso a la justicia.

En ambos apartados se manifiesta la desigualdad entre aquellos contraventores que ostenten de recursos económicos suficientes para poder designar a un letrado particular que pregone por su defensa en juicio, tanto en la etapa instructiva como en la recurribilidad de las resoluciones del Magistrado interviniente, de aquellas personas que carezcan de dinero para contratar un letrado que los represente.

El artículo 166 omite la designación por parte del Estado de un letrado en los casos que el contraventor no posea uno particular. Esta circunstancia repercute directamente en su defensa en juicio durante todo el desarrollo del juicio y en la recurribilidad de la sentencia tal como establece el art. 172, implicando una clara una desigualdad manifiesta.

Además, se contrapone a lo reconocido en las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁵⁴ que establecen:

Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

⁵⁴ <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;

Ante lo expuesto, esta parte solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 166 y 172 del presente Código en tanto violan el principio de igualdad a la ley en relación al acceso a la justicia.

8) VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE REUNIÓN (ARTS. 46, 47, 50, 51, 55 INC. B), 55 INC. D), 55 INC. F)Y 117 DE LA LEY 9.099)

Diversas normas de este código violan la libertad de expresión (art. 14 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Constitución Provincial; art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 19 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 13 Convención sobre los Derechos del Niño, art. iv de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

a) El retorno del desacato y los delitos de opinión

“Art. 46- Ofensa personal a funcionario público. El que, en lugar público o privado abierto al público, ofendiere en forma personal y directa a un funcionario público en cumplimiento de sus funciones, incluidos los representantes del cuerpo diplomático o consular acreditados en el país, será sancionado con multa de desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F., o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.

Quedan exceptuados de la presente, los funcionarios con representación política.

La misma sanción corresponderá si el ofendido fuere personal directivo o docente de establecimientos educativos de gestión pública o privada, con motivo de la relación educativa.”

“Art. 47- Ofensa personal a trabajadores de la educación dentro del establecimiento educativo. Si el padre, tutor, curador o persona que alegare parentesco de un alumno, hostigare, maltratare, menospreciare, insultare, o de cualquier otro modo ofendiere a un trabajador de la educación, dentro del establecimiento educativo, sea público o privado, será sancionado con multa desde un mil quinientas (1.500) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F. o desde quince (15) días hasta treinta (30) días de arresto.”

“Art. 51- Ofensa personal a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios. El que ofendiere o agrediere físicamente -sin causar lesiones- y/o verbalmente con gritos e insultos

a médicos, enfermeros, personal de ambulancia o agentes sanitarios en efectores públicos o privados, será sancionado con multa desde ochocientas (800) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde ocho (8) días hasta doce (12) días.”

La primera crítica que debemos formular es señalar que el modo en que se ha dispuesto esta legislación resulta contrario a elementales principios republicanos y al principio de igualdad ante la ley, no existen los fueros personales, todos los habitantes somos iguales ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional).-

En efecto, se ha omitido tipificar el hostigamiento, maltrato, insultos, casos de violencia que no llegan a constituir delitos, tal como lo hace, por ejemplo, el Código Contravencional de la CABA.⁵⁵

Ello provoca que el código cuestionado formule una regulación antidemocrática de la “ofensa”, ya que sanciona a quien ofenda a un funcionario público omitiendo regular la ofensa a cualquier ciudadano en forma igualitaria. La omisión es aún más grosera por cuanto es muy común que sea el propio funcionario quien ofenda mediante agresiones, insultos, gritos a un ciudadano, resultando dicha conducta del funcionario público o personal de la salud o educación atípica.

En definitiva, solo se ha protegido el “honor” de algunos mendocinos en detrimento del conjunto de la sociedad, y además se les ha brindado a estos funcionarios la impunidad para ofender, insultar o agraviar de cualquier forma a los ciudadanos. La ideología autoritaria que subyace es que se pregona el respeto a la autoridad, pero no que la autoridad respete a los ciudadanos.

No hay ningún motivo para la grosera omisión en la que se ha incurrido, violando el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y creando un odioso fuero personal.-

Sin embargo, resulta fundamental señalar que la misma acción típica que prevén estos tipos contravencionales se encontraba ya prevista en el derogado art. 244 del Código Penal, que al

⁵⁵ **Artículo 52** - Hostigar. Maltratar. Intimidar. Quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto. Acción dependiente de instancia privada.

tipificar el desacato incluyó en la acción típica la misma acción, señalando “quien de cualquier modo ofendiere a un funcionario público a causa o en ejercicio de sus funciones.”⁵⁶

La norma derogada preveía una pena de quince días a seis meses de prisión a quien de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas, agravando la pena en caso de que la ofensa se dirigiera a determinados funcionarios.

Por ley 24.198 de junio de 1993 el desacato fue derogado, en el marco del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el estado Argentino en el caso que Horacio Verbitsky llevara ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por expresiones publicadas en relación al ex juez de la Corte Suprema Augusto César Belluscio- quien fuera calificado como “asqueroso”- que le valieron una condena por el delito de desacato, violatorio del derecho de libertad de expresión.⁵⁷

La Comisión Interamericana señaló al respecto que el delito de desacato “*es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público*”; rescatando la jurisprudencia de la Corte Europea al sostener que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquellas que “*ofenden, resultan chocantes o perturban*”. Para el Tribunal Europeo, estas son “*las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática*”.

Asimismo señaló: “*La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.*”

⁵⁶ Art. 244: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.”

⁵⁷ INFORME N° 22/94. CASO 11.012. ARGENTINA. SOLUCION AMISTOSA. 20 de septiembre de 1994. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>

Cabe destacar que la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la CIDH, establece en el principio 11: *“Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como leyes de desacato atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”*.⁵⁸

Quiere decir que el legislador mendocino carecía de facultades para legislar sobre materia penal, delegada a la Nación, y además de ello ha decidido legislar sobre un delito que fue derogado por violar la libertad de expresión, constituyendo además la sanción de la norma una violación a los compromisos asumidos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *compromete la responsabilidad internacional del estado argentino*.

Por otra parte, los delitos de calumnias e injurias (art. 109 y 110 del Código Penal) fueron modificados después de la sanción de la ley 26.551 del año 2009, estableciendo que: *“En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público”*.

Dicha reforma fue dictada en cumplimiento de la responsabilidad del estado argentino por violación del derecho de libertad de expresión- entre otros- del periodista Eduardo Kimel, quien fue condenado por la investigación que publicó sobre la masacre de los *“Curas Palotinos”* ocurrida durante la dictadura cívico-militar⁵⁹.

Señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso”*.

⁵⁸ (<https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>)

⁵⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Quiere decir que el legislador mendocino también incurre en avanzar sobre facultades delegadas a la nación, violando las obligaciones internacionales del estado argentino y estableciendo la acción pública para la defensa de la honra de funcionario excluida en materia de calumnias e injurias que constituyen delitos que exigen de la acción privada, con directa afectación del derecho de libertad de expresión.

La arbitrariedad con que se ha aplicado esta norma en los pocos días que el código tiene vigente son alarmantes, ya que se ha criminalizado a un padre que le dijo a una docente: "vos no sos maestra", "no cuidás a los niños", "todos los padres dicen lo mismo".⁶⁰

Como se advierte, el tipo contravencional reinstala los delitos de opinión, constituyendo el ejemplo citado un caso claro de restricción arbitraria el derecho de libertad de expresión, ya que los padres y madres se verán desde ahora amenazados con detenciones arbitrarias simplemente por cuestionar y manifestar su expresión sobre cuestiones de interés público, como es la educación de sus hijos.

En el mismo sentido, en la causa "Ordoñez", esta Corte resolvió sobre la acción de daños y perjuicios interpuesta por varios magistrados contra el Secretario General del Gremio Judicial, por haber dicho en una asamblea de trabajadores y trabajadoras que *"La injusticia en la que está sometido el Poder Judicial va a hacer que el conflicto esté permanentemente. Porque a los magistrados no se les descuenta y se les aumenta y trabajan dos o tres horas o no asisten a sus oficinas..."*, frase considerada injuriente por los demandantes.⁶¹

En dicha oportunidad, esta Corte citando el precedente *Kimel* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo lugar al recurso y rechazó la demanda, señalando que: *"Es el parecer de esta Sala que la comparación hecha por el demandado entre las funciones y la remuneración de los magistrados con relación a las de los empleados judiciales, no puede ser valorada como agravante, dado el contexto en que se realizaron: un conflicto salarial que enfrentaba a ambos sectores del Poder Judicial. Considerando el marco en que se proferieron, los términos utilizados, y su carácter genérico, la conducta del Secretario Gremial no se muestra abusiva –como califica la Cámara– en el ejercicio que en el caso hizo el de la libertad de expresión que como ciudadano argentino le alcanza, ni en el ejercicio de la libertad de opinión que como representante sindical le asiste."*

⁶⁰ https://www.diariouno.com.ar/mendoza/aplican-el-codigo-de-faltas-tras-la-agresion-a-una-docente-10292018_HyIvrR4hQ

⁶¹ CUIJ: 13-00641211-9/1((010301-51075)) "ORDOÑEZ CARLOS FRANCISCO EN J° 127796 / 51075 IANNUZZI, EDUARDO JOSE C/ ORDOÑEZ, CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXT.DE INCONSTITUCIONALIDAD", sentencia del 10-11-2016, Sala Primera

Finalmente, y tal como se plantea en este escrito, la situación se agrava en tanto se ha impedido, mediante el art. 17 inc. a) de este Código, que la sanción de arresto pueda ser convertida trabajos comunitarios, con lo que queda claro que quien sea criminalizado por sus expresiones pueda ser privado de libertad en forma efectiva.

b) Libertad de expresión de niñas, niños y adolescentes.

“Art. 50- Responsabilidad indirecta de los padres, tutores y curadores. Cuando un alumno menor de edad agrediere en forma personal y directa con insultos, mofas o señas, que implicaren un agravio a personal directivo, docente y no docente de los establecimientos educativos de gestión pública y/o privada o en contra de un funcionario de la Dirección General de Escuelas, en razón de su cargo, y siempre que el hecho no constituyere un delito, sus padres, tutores o curadores serán sancionados con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F.; y como accesoria podrá imponerse obligaciones de conducta.”

En segundo lugar, nos referiremos a la responsabilidad indirecta de padres, tutores y curadores previstas en el art. 50, que establece sanciones cuando un alumno menor de edad agrediere en forma personal y directa con insultos, mofas o señas, que implicaren un agravio a personal de la educación o funcionarios de la D.G.E.-

Más allá de las consideraciones que se realizan por separado respecto de esta responsabilidad penal por hechos de otro absolutamente inaceptable en un estado de derecho, queremos señalar aquí que esto constituye una violación clara del derecho de libertad de expresión de niñas, niños y adolescentes previsto en el art. 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 28. 2. que establece que los Estados Partes deben para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. Atenta contra la dignidad de niños, niñas y adolescentes la aplicación de duras sanciones a los padres, constituyendo esto también una medida de disciplinamiento prohibida que tiende a restringir la libertad de expresión. Obviamente, que en caso de que existan agresiones que constituyan delitos, se deberá actuar tal como lo establecen las normas vigentes en materia de responsabilidad penal juvenil, resultando los menores de 16 años inimputables y en todo caso deberán adoptarse las medidas educativas que correspondan, constituyendo la criminalización de los padres una respuesta brutal que solo pretende deslegitimar al propio estado de derecho, pretendiendo desplazar la punitivización de los niños, niñas y adolescentes hacia los padres como parte del discurso que promueve la vulneración de garantías constitucionales para disciplinar a la sociedad e imponer un orden autoritario.

“Art. 55.- Actos turbatorios y desórdenes. Se consideran actos turbatorios y desórdenes, los siguientes:

b) incitar individualmente o en grupo a las personas a reñir, insultarlas o amenazarlas o provocarlas en cualquier forma, o promover escándalos o tumultos, en lugares públicos o abiertos al público o expuestos a que el público los vea u oiga;"

En tercer lugar, nos referiremos a los actos turbatorios y desórdenes previstos en el art. 55 inc. b) en tanto criminaliza a quien promueva escándalos o tumultos en lugares públicos o abiertos al público o expuestos a que el público los vea u oiga.

Se advierte nuevamente la falta de precisión de la conducta típica, al no definirse lo que se considera escandaloso, vulnerando el art. 18 de la C.N., tal como se ha expuesto.

El movimiento de mujeres viene ejerciendo movilizaciones masivas en nuestro país, ejerciendo muchas veces actos de protesta que implican la exhibición de sus cuerpos tradicionalmente objeto de apropiación en la sociedad patriarcal.

Artistas callejeros pueden realizar intervenciones urbanas que se proponen conmover al público, recordándose el caso del artista Leon Ferrari, a quien se acusó de ofender sentimientos religiosos.

Ante la crisis económica las protestas de trabajadores se multiplican, y con ello los posibles "escándalos" y "tumultos" que reprime la norma, todos sujetos a la arbitrariedad policial y la del poder político de turno, violando no solo la libertad de expresión sino también la libertad sindical (art. 14 bis de la C.N.).-

Así se abre la puerta al estado autoritario. Se ha considerado que constituye "escándalo" la conducta de doce trabajadores que se manifestaron portando carteles en contra del gobierno y retratos del presidente alterados con dibujos, que luego quemaron, quienes fueron detenidos.⁶²

"d) molestar con demostraciones hostiles o provocativas una reunión pública de carácter político, religioso, económico, social, deportivo, o arrojar líquidos o elementos contundentes, sin provocar lesiones o daño;"

⁶² Bertoni, Eduardo Andrés. "Es legítima la criminalización de la protesta social? : derecho penal y libertad de expresión en América Latina". - 1a ed. - Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2010. Pag. 133-134. Disponible en: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/Protesta-social.pdf>

En cuarto lugar nos referiremos al inciso d) el mismo artículo 55 en tanto criminaliza a quien molesta con demostraciones hostiles o provocativas una reunión pública de carácter político, religioso, económico, social o deportivo, norma claramente violatoria del derecho de libertad de expresión.

Pero además se pretende legislar sobre materia penal, ya que el art. 160 del Código Penal establece que “Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto”.

Como se advierte la norma avanza sobre material restringida al Congreso Federal (artículos 1 y 8 de la CP y artículos 75 y 126 de la CN, y sus concordantes).

c) Libertad de reunión

“No organizar manifestaciones o reuniones públicas que convoque masivamente a personas en locales cerrados o al aire libre, sin dar aviso a la autoridad competente para que implemente las medidas de seguridad que el caso requiera;”

Para mantener vigente la supremacía de la Constitución, se pergeñan mecanismos de control que posibilitan dejar sin efecto toda norma que se oponga a los postulados de aquella. De otra forma, sus palabras constituirían ilusorios e impracticables preceptos.

La acción de inconstitucionalidad se erige como una de aquellas vías procesales aptas para resguardar la preeminencia del orden constitucional.

El ejercicio del control de constitucionalidad verifica jurídicamente si existe alguna contradicción entre la normativa legal cuestionada y los principios de la Ley Fundamental.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, cuando nuestro Máximo Tribunal Nacional ha dicho que: *“Es regla, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5º, Constitución Nacional) que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia”* (Fallos 149:122; 269:243, consid. 10 y 311: 460 -La Ley, 1988-D, 143; 302:132, entre otros).

La regla expuesta se ha visto complementada a partir de la reforma constitucional de 1994 con el reconocimiento de jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos.

Respecto a su alcance, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido, en el antecedente “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” en los siguientes términos: “Es el control que pueden y deben ejercer los órganos de la justicia nacional con respecto a actos de autoridad entre ellos, normas de alcance general, conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por diversos actos de carácter soberano —ratificación o adhesión a un tratado, reconocimiento de una competencia— los Estados a los que corresponden esos órganos nacionales”.

Además, no hay que olvidar, que la Constitución Nacional, en su carácter de norma jurídica operativa condiciona con sus mandatos la actividad de los poderes constituidos, razón por la cual el órgano legislativo no escapa a tal principio y, en consecuencia, su obrar debe ser dirigido al más amplio acatamiento de los principios, normas, declaraciones y derechos reconocidos en el plexo jurídico de base.

En lo que hace al planteo en particular, se debe destacar que el referido artículo 55 inc. f) del Código de Faltas de la Provincia de Mendoza es palmariamente contrario a preceptos constitucionales y atentatorio de los Principios de Legalidad y Razonabilidad que debe regir en la creación de las leyes.

La movilización social y la protesta, tienen en nuestro país una larga tradición. Pretender que, ante la necesidad de congregarse en un lugar público, sea abierto o cerrado, con el objeto de reclamar o peticionar a las autoridades, o en última instancia, ante el fin legítimo de reunirse pacíficamente, la exigencia de que se deba dar aviso a la autoridad competente, es restringir directamente dichas facultades constitucionales, contraria a la libre determinación de los pueblos, tornando dicha disposición en sumamente **arbitraria**.

Desde mediados del siglo XIX, cuando existieron importantes episodios de protestas en Buenos Aires, la política en las calles ha tenido una presencia muy significativa, no siendo un fenómeno homogéneo ni constante en materia de actores, demandas y modalidades de acción.

En presencia del movimiento de derechos humanos, predominaron las organizaciones sindicales con demandas ligadas a salarios y condiciones laborales dignas, y la huelga como formato predominante.

Así, la consolidación progresiva del régimen democrático y la vigencia del Estado de derecho vinieron acompañadas de una presencia importante de la protesta en la vida política.

Desconocer este fenómeno, e imponerle restricciones, con el sólo justificativo de preservar un supuesto orden social, imponiendo medidas de seguridad, “que el caso requiera”, atenta gravemente con los derechos y garantías amparadas constitucionalmente.

En efecto, explica Bidart Campos, el derecho de reunión integra el catálogo expreso de los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución Nacional que se materializa en la agrupación transitoria, tal vez momentánea o hasta fugaz, con algún fin de interés común para sus participantes, que puede darse de forma espontánea o concertada.

Por otra parte agrega que esta conclusión deriva de una interpretación del artículo 22 de la CN en cuanto incrimina como sedición la acción de toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a su nombre, porque permite inferir que, si se castiga una reunión con fines ilícitos, significa que existe el derecho de reunirse con fines legítimos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, encontramos que el derecho de reunión se encuentra reconocido en el artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 15 de la CADH, artículo 21 del PIDCP, artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y artículo 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, el derecho de reunión, es indudable que existe, ya sea como una necesidad de la vida republicana y de la soberanía popular, ya como una derivación o forma especial del derecho de petición, debiendo ser reconocido, por tanto, como uno de los que los poderes públicos no pueden dejar de reconocer y asegurar en la práctica.

Ya en 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical afirmó el derecho de huelga y formuló los elementos del principio básico sobre este derecho, del que en cierto modo derivan todos los demás, a tenor del cual el derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 1996, párrafos 473-475).

Sobre la base de este principio, a lo largo de los años el Comité de Libertad Sindical, además de reconocer que la huelga es un derecho y no simplemente un hecho social:

1) Ha dejado claro que se trata de un derecho del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones).

2) Ha adoptado un criterio restrictivo al delimitar las categorías de trabajadores que pueden ser privadas de este derecho y **respecto de las limitaciones legales a su ejercicio, que no deben ser excesivas.**

3) Ha vinculado el ejercicio de derecho de huelga a la finalidad de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

4) Ha considerado que el correcto ejercicio del derecho de huelga **no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo**, que implicarían actos de discriminación anti sindical. La Comisión de Expertos estima que las restricciones en relación a los tipos de huelgas **sólo se justificarían si la huelga perdiese su carácter pacífico** (OIT, 1994, párrafos 173 y 174).

Así, las normas de la OIT y los criterios de sus órganos de control ilustran las condiciones de una huelga legítima y los Estados firmantes no pueden desconocer dichas interpretaciones. El sentido y alcance de la cláusula constitucional que integra los tratados al ordenamiento argentino "en las condiciones de su vigencia", han sido determinados por la Corte Suprema en el caso "Girolí, Horacio David y otro s/recurso de casación". La Corte interpretó que dicha cláusula significa que las convenciones internacionales deben ser interpretadas y aplicadas en el orden interno tal como "rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación".

De aquí que, coincidiendo con Gianibelli y Zas, la jurisprudencia internacional deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales internacionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) al momento de su aprobación (art. 75, CN; arts. 62 y 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 2º ley 23.054 -DT, 1984-B, 1250-).

Esta doctrina de la eficacia hacia el ordenamiento interno de las interpretaciones de los organismos internacionales, como integrantes de las "condiciones de vigencia" de los tratados, ha sido sostenida por la Corte en la causa "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", con respecto a las

interpretaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

En este sentido, no se puede obviar que el reconocimiento a la actividad del legislador en pos de proteger las conquistas del progreso humano, en modo alguno significa desconocer otros derechos constitucionalmente reconocidos y que se derivan de los complejos mecanismos de una sociedad democrática, caracterizados por el pluralismo y la tolerancia, donde las mayorías deben respeto a las minorías.

Sostiene el autor citado, que el derecho que debe prevalecer es aquél que está más cerca del “nervio democrático de la Constitución”, el cual se relaciona directamente con esa forma de gobierno. Con lo cual, propone priorizar por sobre todos los derechos fundamentales que se embisten en este tipo de casos, el de la libre expresión. Y más precisamente afirma que dentro de ese género hay sub derechos como ser el de la libertad de crítica hacia las autoridades en ejercicio del poder que sin duda alguna forman parte de uno de los condimentos esenciales de un gobierno democrático.

En el mismo sentido, el maestro Fontán Balestra indica que “siendo lo antijurídico uno solo, debe regir el principio de la no contradicción, por el cual lo que el derecho autoriza en una norma, no puede prohibirlo en otra coexistente. La licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporciona la totalidad del orden jurídico” (Fontán Balestra, Derecho Penal, T.1 Pág. 273).

El mismo Soler nos ilustra al decir “Una vez más se hace necesario atender especialmente a la jerarquía de las normas, porque de ello puede deducirse, a veces con toda claridad, que determinada conducta constituye un derecho anterior y superior a la descripción penal. Este es el caso, por ejemplo, de la circuncisión ritual, cuya licitud deriva de los principios constitucionales sobre libertad de cultos sin que exista ley que restrinja su ejercicio. La admisión del culto hace a la licitud del rito”. (Sebastián Soler, op. Cit. Pág. 417).

Así, resulta importante establecer qué criterios de interpretación deben poner en práctica los señores Jueces conforme lo requieren las normas constitucionales y legales en juego.

En este sentido cabe reflexionar sobre los conceptos de Bidart Campos, sobre el particular, en la página 27 de su *“Derecho Constitucional de la Libertad”* cuando nos dice *“Las normas de la constitución no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándola del todo que componen. La interpretación debe hacerse, al*

contrario, integrando las normas en la unidad sistemática de la constitución, relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y compatibilidad entre ellas”.

Aclara luego que “Los jueces deben interpretar las leyes de modo que concuerden con esos principios y garantías, teniendo que preferir, en la interpretación de la ley, la que mejor concilie con los derechos y garantías fundamentales...hay que evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de las normas conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas”.

Profundizando en dicha cuestión, el mismo Bidart Campos (Derecho Penal Argentino página 122) dice que *“La interpretación literal, con ser útil, impide detenerse en ella. Hay que dar el salto a la voluntad histórica del autor de la norma a fin de descubrir lo que quiso ese autor...el intérprete debe preferir la voluntad real o histórica a la formulación hecha en la norma, o sea, ha de prevalecer la interpretación histórica sobre la literal”.*

Se habla así de la noción de **“inconstitucionalidad en el tiempo”**. Al respecto, se pregunta el jurista si un mero cambio en las valoraciones sociales puede originar una inconstitucionalidad sobreviniente de normas que hasta ese momento no eran valoradas como inconstitucionales por el hecho de que las valoraciones sociales de entonces las asimilaron sin resistencia.

No nos olvidemos al respecto, que el hoy indiscutiblemente constitucional “derecho de huelga” fue producto de un cambio en las valoraciones sociales, dado que hace menos de un siglo, la simple declaración de huelga por las organizaciones de trabajadores era castigada con la persecución legal, la prisión y hasta con la muerte. Sin embargo nadie puede hoy estar en condiciones de dudar de las razones en virtud de las cuales la huelga es y debe ser un derecho constitucional.

d) Criminalización por fijar carteles o realizar *graffitis* o pintadas.

“Art. 117- Protección de bienes públicos. El que manchare, ensuciare, fijare carteles, dibujare cualquier anuncio, leyenda o expresiones en columnas de alumbrado, en paredes, puertas, ventanas y cerramientos metálicos de edificios públicos, en rutas, puentes, parques, jardines, paseos y arbolado público o en vehículos oficiales o acampare en lugares no habilitados por la autoridad competente a tal efecto, será sancionado con multa desde novecientas (900) U.F. hasta un mil doscientas (1.200) U.F. o arresto desde nueve (9) días hasta doce (12) días y veinte (20) días de trabajo comunitario.”

El art. 117, so pretexto de proteger los bienes públicos, establece penas de arresto y multa por manchar, ensuciar, fijar carteles, dibujar cualquier anuncio, leyenda o expresiones en columnas de alumbrado, paredes, puertas, ventanas y cerramientos metálicos de edificios públicos, en rutas, puentes, parques, jardines, paseos y arbolado público, o acampare en lugares no habilitados.

En este caso quedan atrapadas las conductas de militantes de partidos políticos que carecen de recursos para pagar la costosa publicidad en vía pública consistente en espacios que se alquilan para la fijación de enormes gigantografías. Los costos de dichas campañas no son financiados por el estado, recurriendo muchas veces a financiamientos espurios, tal como lo demuestran hechos de público y notorio conocimiento que conmueven a nuestra sociedad.

También quedan criminalizados los grupos musicales que promueven una función, o los alumnos del centro de estudiantes que fijan carteles.

Recientemente los empleados del Banco de la Nación Argentina fijaron carteles en la línea de cajas manifestando “Yo defiendo al Nación”, que también resultan criminalizados.

En relación al “acampe” no podemos dejar de manifestar lo resuelto por el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria de la ONU en el caso de Milagro Sala: “... Ante a este escenario, es lamentable acreditar que frente al requerimiento del Grupo de Trabajo de fijar posición en este trámite, el Estado nacional no solo acompaña sino que valida las graves acciones llevadas adelante por las autoridades de la provincia de Jujuy para encarcelar a Milagro Sala y generar así una severa afectación a su derecho a la libertad de expresión, a su libertad personal y garantías judiciales, impidiendo materialmente su desempeño como integrante del Parlasur. Este cuestionable proceder se materializa en la presentación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en la que justifica la utilización de tipos de penales como los de instigación a cometer delitos y sedición para encuadrar la participación en una protesta social. Tal es así que a lo largo de su presentación, el Estado Nacional denomina a esta causa, la “causa del acampe”, pues justamente el acampe en Plaza Belgrano fue lo que el estado consideró una actitud delictiva que luego encuadró en los delitos descritos.”

Debe notarse la amplitud de la persecución a toda protesta social que implica la norma cuestionada, ya que incluye plazas y calles, lugares privilegiados de libertad de expresión, sobre todo de los sectores más vulnerables, como se analizará en el capítulo respectivo.

**9) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS Y CULPABILIDAD
(ARTS. 9 Y 50 DE LA LEY 9.099)**

“Art. 9º- Responsabilidad de padres y tutores. El Juez Contravencional realizará una investigación a fin de determinar si hubo intervención o no de menores en el hecho contravencional. Determinada la participación del menor de edad en el hecho contravencional, mediante auto fundado citará a los padres o tutores quienes serán sancionados con multa desde doscientas (200) U.F. hasta tres mil (3.000) U.F., salvo que la contravención especifique otro monto o sanción, cuando hubieren incumplido su deber de vigilancia.”

En los casos de reiteración contravencional por parte del menor de edad, los progenitores o tutores serán pasibles de hasta el doble de las sanciones que establezca a tal efecto la contravención, pudiendo además aplicar como medida de conducta la terapia familiar.

“Art. 50- Responsabilidad indirecta de los padres, tutores y curadores. Cuando un alumno menor de edad agrediere en forma personal y directa con insultos, mofas o señas, que implicaren un agravio a personal directivo, docente y no docente de los establecimientos educativos de gestión pública y/o privada o en contra de un funcionario de la Dirección General de Escuelas, en razón de su cargo, y siempre que el hecho no constituyere un delito, sus padres, tutores o curadores serán sancionados con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta dos mil (2.000) U.F.; y como accesoria podrá imponerse obligaciones de conducta.”

El artículo 9 determina una sanción a los padres que hayan incumplido con su deber vigilancia, mientras que el artículo 50 compromete la responsabilidad indirecta de “padres, tutores y curadores”.

En consecuencia, el código sanciona a las familias de las personas menores de edad que sean encontradas responsables de la comisión de una contravención, sin haber tenido participación en el proceso judicial y sin otro motivo, más que el vínculo que los une a los contraventores.

En consecuencia, tal como se encuentra previsto, resulta inconstitucional por dos cuestiones: a) El procedimiento no prevé participación alguna en el proceso ni de la persona menor de edad que ha realizado la contravención, ni de las personas pasibles de sanción, conforme con la norma. b) Asimismo, se consagra un tipo de responsabilidad *refleja* sobre los padres, tutores y curadores por conductas de sus dependientes, en tanto se los estaría responsabilizando sólo por la omisión en el deber de vigilancia. Sin embargo, la norma no distingue aquellas situaciones en las cuales el menor de edad se encuentre bajo la custodia de otra persona distinta a las mencionadas. Al parecer, por el principio de taxatividad, no existiría responsabilidad contravencional sobre estas personas e igualmente se sancionaría a los padres, tutores o curadores, pese a no encontrarse con la custodia de los mismos.

Se extiende el deber de garante de los padres, tutores o curadores a conductas contravencionales cuando ni siquiera existe esta responsabilidad de tipo objetiva en el derecho penal.

La ausencia del deber de garante, es un límite a la responsabilidad penal, no obstante, en el nuevo código contravencional no parece serlo.

Tampoco se explica esta discriminación de la responsabilidad al no sancionar a otras personas que pueden tener la custodia o guarda del menor al momento de la comisión de la falta, tales como aquellos que dirigen los establecimientos educativos a los que concurre el niño o niña o aquellas personas que por cualquiera otra circunstancia posean deber de garantes sobre los mismos.

Este tipo de responsabilidad indirecta afecta principios fundamentales del derecho, tales como el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, las que de ninguna manera se pueden extender a otras personas distintas de aquellas que la cometieron, salvo en aquellos casos de responsabilidad por deber de garante.

10) TRATAMIENTO PARTICULAR DE ALGUNAS CONTRAVENCIONES (ARTS. 57, 58, 83, 90, 91, 92, 94, 95 Y 96 DE LA LEY 9.099)

a) Grupos en situación de vulnerabilidad. Estrategias de supervivencia en espacios públicos.

Consideraciones generales

En el presente capítulo desarrollaremos la inconstitucionalidad de los artículos 57, 58, 84, 90, 91 y 92 del Código Contravencional, que hemos agrupado para su análisis por tratarse de diversas actividades que afectan a sectores que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

La criminalización de cuidacoches, limpiavidrios, lavacoches y mendigos prescinde de toda referencia a la existencia de una lesión o daño, en abierta violación del principio de lesividad establecido por art. 19 de la Constitución Nacional.

En todos los casos las normas contravencionales prescinden de describir conductas, se criminaliza a todo un grupo solamente por su condición de clase peligrosa, en abierta contraposición con el art. 18 de la Constitución Nacional que consagra un derecho penal de acto.

La Corte Suprema ha dicho que: “La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca

frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad (...) la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal.” (caso Gramajo”, Fallos: 329:3680).

Asimismo, existe afectación del derecho a trabajar (art. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional) que consagra el respeto al trabajo en sus diversas formas y en condiciones dignas.

La idea de que aquellos trabajadores excluidos que se ven forzados a desarrollar estrategias de supervivencia en los espacios públicos carecen de todo derecho y pueden ser perseguidos sin límite alguno se encuentra en la base de la norma represiva.

Sin embargo, debemos señalar que la ley 27.345 sobre Emergencia Pública reconoce expresamente a estos trabajadores, teniendo por objeto "*...promover y defender los derechos de los trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en la economía popular en todo el territorio nacional, con miras a garantizarles alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, cobertura médica, transporte y esparcimiento, vacaciones y protección previsional, con fundamento en las garantías otorgadas al "trabajo en sus diversas formas" por el artículo 14 bis y al mandato de procurar "el progreso económico con justicia social" establecido en el artículo 75, inciso 19, ambos de la Constitución Nacional..*". El Decreto reglamentario 159/17 establece "*...Se entiende por "economía popular" toda actividad creadora y productiva asociada a mejorar los medios de vida de actores de alta vulnerabilidad social, con el objeto de generar y/o comercializar bienes y servicios que sustenten su propio desarrollo o el familiar...*", siguiendo las definiciones establecidas por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y del Ministerio de Trabajo.

En todos los casos se constata vulneración del conjunto de normas que garantizan los derechos sociales: art: 75 inc. 19 de la Constitución Nacional que establece la obligación de promover lo conducente al Desarrollo Humano y al Progreso Económico con Justicia Social; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece en su art. 6 *que "...los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas*

adecuadas para garantizar este derecho.."; El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" que en su art. 6 establece "...*Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada...*"; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 23 establece que "...*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo...*". Asimismo, se encuentra vulnerado el derecho a una Vida Digna previsto en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en sus artículos 1º, 4.1, 5.1, 5.2, 26, 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente en sus artículos 10 y 11, como así en todos aquellos tendientes al respeto por los bienes jurídicos fundamentales como son el acceso a la salud, vivienda, educación, etc.; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en su artículo 3.(Goza de jerarquía constitucional: Ley 26.378); la Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 4 y 6; El preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina cuando establece que La Nación Argentina tiene como objeto promover el Bienestar General de todos los habitantes de la Nación.-

La eliminación de los sectores vulnerables de las calles mendocinas afecta la libertad de expresión que debiera ser especialmente protegida (art. 14 C.N. y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ya que todas las manifestaciones de estos sectores constituyen una expresión de la situación de pobreza y opresión de grupo social.

La Corte de Nueva York, en el precedente "*Jennifer Lopez*" ha declarado inconstitucionales regulaciones como la aquí impugnada, basándose en que dicha legislación vulnera la primera enmienda que consagra el derecho de libertad de expresión:

"... Las aceras de la ciudad de Nueva York entran en la categoría de propiedad pública tradicionalmente abierta al público para actividades expresivas ... La conducta de naturaleza comunicativa no puede regularse en "estos foros públicos por excelencia" de la misma manera que se puede regular en las calles de una reserva militar. ... No se puede negar que la mendicidad implica una conducta expresiva o actividad comunicativa. ... Según lo acordado por las partes en la Sociedad Internacional, la mendicidad es al menos "una forma de hablar... Si bien indicamos en Young que la mendicidad no siempre implica la transmisión de un mensaje social o político

particularizado, parece cierto que generalmente implica alguna comunicación de esa naturaleza. La mendicidad con frecuencia se acompaña de un discurso que indica la necesidad de comida, refugio, ropa, atención médica o transporte. Sin embargo, incluso sin hablar en particular, la presencia de una persona despeinada y desaliñada tendiéndole la mano o una taza para recibir una donación transmite un mensaje de necesidad de apoyo y asistencia...⁶³

La prohibición absoluta del mensaje que estos sectores transmiten al conjunto de los mendocinos, constituye una violación del derecho de libertad de expresión en su doble dimensión, individual y colectiva, agravada por la sistemática violencia institucional que recae sobre ese grupo que se excluye y a la vez se reprime.

La exclusión de los sectores vulnerables de la geografía urbana vulnera además el principio de igualdad ante la ley y no discriminación establecido por el art. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, en tanto reproduce un modelo de segregación espacial y estigmatización de un grupo desaventajado en situación de vulnerabilidad social.

Asimismo, viola el principio de no regresividad. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su artículo 11.1. establece que *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”*. Es decir, se consagra la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. Adicionalmente, el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, o la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales. La obligación mínima asumida por los Estados al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado

⁶³Jennifer Loper, William Kaye, on Behalf of Themselves, Andall Others Similarly Situated, Plaintiffs-appellees, v. the New York City Police Department, Lee P. Brown, commissioner of Nyc Police Dept., Defendants-appellants, 999 F.2d 699 (2d Cir. 1993). Annotate this Case: US Court of Appeals for the Second Circuit - 999 F.2d 699 (2d Cir. 1993) Argued May 12, 1993. Decided July 29, 1993. (disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/999/699/308773/>)

internacional respectivo. La obligación de no regresividad constituye una limitación sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes.

En todos los casos se establecen multas desproporcionadas e impagables, así como pena privativa de la libertad a personas cuyos derechos humanos más elementales son vulnerados de manera sistemática, en violación al principio de necesidad y proporcionalidad de la pena que deviene del art. 18 de la Constitución Nacional; y en ningún caso se propone el abordaje de la problemática de la marginación y exclusión social desde una perspectiva de los derechos sociales vulnerados y las correlativas obligaciones del estado.

Respecto de las sanciones privativas de libertad por el mero ejercicio de una actividad de supervivencia, debemos recordar que las mismas fueron expresamente excluidas por esta Suprema Corte de Justicia al resolver este dilema en el caso *Curel y otros*.⁶⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales (cfr. fallos 329:3680 “Gramajo, Marcelo”).

La mera criminalización de la pobreza que proponen los artículos analizados resulta inconstitucional, las sanciones que se propone aplicar a los pobres por su condición de tales resultan una medida desproporcionada en relación al inexistente contenido injusto de quien solo busca sobrevivir en un contexto de creciente desigualdad.

⁶⁴ Autos N° 83.665, caratulados “CUREL, GASTÓN OSCAR Y OTS. EN J° 30.554/114.678 MANCILLA CUELLO, ENRIQUE ARIEL Y OTS. C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE MENDOZA P/ AC. DE AMP. S/ INC.”, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sentencia del 03/02/2006

En el caso de la imposición de la pena de multas a limpiavidrios, cuidacoches, lavacoches y mendigos y en general todos los sectores vulnerables que son la clientela del sistema penal que se promueve existe una vulneración manifiesta del principio de proporcionalidad, ya que quienes se dedican a estas actividades por definición carecen de dinero.

Se trata de actividades de mera subsistencia. La aplicación de la multa en estos casos constituye un eufemismo, un acto de hipocresía que ofende el sentido común, una arbitrariedad manifiesta que se traduce en la imposición de una pena cuyo quantum luce *prima facie* como absolutamente inaccesible para esos sectores.

Las penas de arresto a los pobres nos hacen recordar aquellos días en que la policía de Mendoza comenzó con similares argumentos a detener niños mendigos, generando el unánime repudio internacional.⁶⁵

Del fallo “Curel y otros” citado se desprende claramente que esta Corte no habilitó la imposición de privación de libertad por el mero ejercicio de esta actividad de supervivencia, excluyendo en forma expresa esta posibilidad en el resolutivo.

Finalmente, en todos los casos existe una violación del principio de razonabilidad derivado del art. 28 de la Constitución Nacional, que implica la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos.

En el marco de una sociedad profundamente injusta y desigual la presencia de personas pertenecientes a colectivos cuyos derechos humanos básicos se encuentran vulnerados es habitual en los espacios públicos, y excluir a los mismos porque su sola presencia molesta o perturba al poder de turno no constituye un fin legítimo de la norma.

Persecución a cuidacoches

“Art. 57- Cuidado de vehículos sin autorización legal. *El que, sin acreditar habilitación de la autoridad competente, exigiere o aceptare contraprestación por permitir el estacionamiento o alegare el cuidado de vehículos en la vía pública, será sancionado con multa desde quinientas (500) U.F. hasta un mil (1.000) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días. Si la infracción se cometiere en las inmediaciones del lugar en que se realicen espectáculos públicos, la sanción se elevará al doble en sus mínimos y máximos.”*

⁶⁵ <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/mdza16.html>

La norma contempla situaciones diversas que resulta necesario distinguir.

Por un lado, sanciona la conducta de *exigir o aceptar una contraprestación por permitir el estacionamiento de vehículos en la vía pública* sin acreditar la correspondiente habilitación de autoridad competente.

La norma se refiere a la apropiación del espacio público que se realiza generalmente durante espectáculos públicos, donde es posible observar que personas en forma particular cobran una tarifa por el estacionamiento. Es común observar que grupos organizados se desplieguen en las inmediaciones de los estadios de fútbol y perciban una tarifa indebida, ya que se trata de espacios del dominio público del estado sujeto a la libertad de uso por parte del conjunto de la comunidad.

La conducta típica supone que el autor se apropia indebidamente del espacio público en forma previa o concomitante a la exigencia de retribución. La apropiación indebida del espacio público constituye una afectación al orden público, que es el bien jurídico protegido por el tipo contravencional, ubicado en el Título II del Libro Segundo titulado “Contravenciones contra el Orden Público y la Seguridad Pública”.

Resulta un requisito del tipo objetivo que el autor de la contravención exija o acepte la contraprestación *por “permitir el estacionamiento”*. Permitir el estacionamiento implica un acto de autoridad sobre un espacio público sin la debida autorización, el tipo contravencional establece que el autor no debe tener habilitación de la autoridad competente.

El vocablo “permitir” implica el ejercicio de una autoridad que supone incluso la de impedir el estacionamiento y la facultad de *exigir* una retribución. Esta apropiación indebida resulta necesaria ya que no puede “permitir” el estacionamiento quien carece de la autoridad o prerrogativa. La conducta del sujeto activo debe estar dirigida a la apropiación del espacio público con el fin de exigir o aceptar la contraprestación.

Por ello, conforme la redacción de esta primera parte de la norma, no tiene adecuación típica contravencional la conducta de quien acepta una contraprestación por cuidar vehículos como parte de un acuerdo voluntario entre partes o bien como una mera propina o contraprestación voluntaria que implica una verdadera liberalidad, y que es en definitiva la actividad que

realizan normal y habitualmente quienes se desempeñan como cuidacoches, denominados despectivamente “trapitos”⁶⁶.

Obviamente, excluimos de este análisis situaciones graves que pueden constituir el delito de amenazas, hurto, robo estafa o extorsión ya previstos en el Código Penal.

Esta interpretación de la primera parte de la norma se adecúa a los principios de legalidad, tipicidad y máxima taxatividad interpretativa aplicables en la materia, por lo que entendemos que supera el test de constitucionalidad.

Todo lo contrario sucede con la norma en tanto sanciona también a quien “*alegare el cuidado de vehículos en la vía pública*”.

La norma contempla acá como sujeto activo a quien despliega esta estrategia de supervivencia y cuyo derecho a utilizar el espacio común esta fortalecido por las diversas condiciones de vulnerabilidad.

Así, se ha sostenido que las calles y las plazas son lugares especialmente privilegiados para la libertad de expresión ⁶⁷, y que los espacios públicos son, por naturaleza el *lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos*.⁶⁸

Como se advierte, la sola alegación del cuidado de vehículo no afecta bien jurídico alguno, no hay apropiación indebida del espacio público por lo que la norma constituye una manifestación de derecho penal de autor basado en un estereotipo de carácter peligrosista que vulnera en forma flagrante el principio de legalidad y lesividad. (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional).

La alegación de un servicio informal como cuidar un vehículo en un espacio público a los efectos de solicitar una propina de carácter voluntario no constituye un acto ilícito porque no hay lesividad.

Tal como se ha dicho en relación al Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “[...] *la mera solicitud de brindar un servicio de cuidado de coches no puede ser una pauta suficiente para criminalizarla. Habrá que poner ante esa conducta el freno del principio de reserva y*

⁶⁶ <http://www.elotro.com.ar/no-somos-trapitos-somos-personas-con-derechos/>

⁶⁷ Gargarella, Roberto. El derecho a la Protesta. El primer derecho. Buenos Aires, Ad-.Hoc, 2006. Pag. 27.

⁶⁸ Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Foro Social de las Américas – Quito – Julio 2004

Foro Mundial Urbano - Barcelona – Octubre 2004 Foro Social Mundial – Porto Alegre - Enero 2005

Revisión previa a Barcelona – Septiembre 2005

autonomía de los individuos de modo de evitar la criminalización de las clases más desaventajadas que ofrecen sus pocos recursos para subsistir, sin generar riesgos ni daños con su conducta cuando está encaminada a lograr un acuerdo de voluntades. O visto desde el otro lado de la relación, si A quiere realizar un donativo por el cuidado que B hizo de su vehículo, el Estado no puede sancionar a B por aceptarlo. Si esto no fuera así, entonces A –al que se le da el papel de víctima- debiera ser entendido como partícipe de la causación de su propia lesión⁶⁹”

Agrega el mismo autor que “debemos preguntarnos si puede válidamente el Estado sancionar la mera solicitud de una retribución por el servicio de cuidar vehículos dejados en la vía pública en una época en la que reina la inseguridad. Y concomitantemente con ello, cuál es el daño que se irroga con la conducta citada. Siguiendo los lineamientos del principio milliano del daño, el Estado no puede interferir con la autonomía de los individuos, cuando con su conducta no genere un daño. En el caso en que el cuida coches solo solicite una retribución -haya o no acuerdo posterior- no puede irrogar daño alguno con su conducta”.

Sobre un ofrecimiento efectuado a la contraparte, ésta tiene la libre determinación de decidir aceptando o rechazando el acuerdo. Si lo acepta, de haber un daño, se trataría de uno consentido; de rechazarlo, no ha habido con el mero ofrecimiento daño alguno.

La norma prescinde de toda referencia a conductas relacionadas con el amedrentamiento, violencia o daño e incluso cuando exista acuerdo de partes y autonomía de la voluntad, no hay lesión a bien jurídico alguno de quien alega cuidar coches, no existe *tipicidad objetiva* por cuanto no existe conflicto ni daño.

La mera alegación de cuidar un vehículo no resulta típica por no existir afectación a bien jurídico alguno, “la consideración conglobada de la norma excluye la lesividad cuando: no haya afectación al bien jurídico o ésta no sea significativa; la exteriorización de la conducta encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia o en el modelo de acciones fomentadas por el derecho; medie un acuerdo o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo; o el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido

⁶⁹Rúa, Gonzalo Segundo: “El (ab)uso del espacio público en la Ciudad de Buenos Aires”, ponencia en el marco de las Jornadas sobre la Nueva Legislación Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictadas el 29 y 30 de noviembre de 2004 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

“(Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 479 y sstes.)”.

En definitiva, la norma resulta inconstitucional en tanto reprime la mera alegación del cuidado de vehículos en directa violación del principio de *legalidad* establecido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Asimismo, afecta el principio de lesividad consagrado por los art. 19 de la Constitución Nacional y diversas normas supra nacionales de igual jerarquía (art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, o el art. 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos).

Criminalización por limpieza de vehículos

“Art. 58- Limpieza de vehículos en la vía pública. *El que ofreciere limpieza de vehículos o de partes de éstos sin autorización general de la autoridad competente, sea que se encontraren estacionados en la vía pública o que hubieren detenido su marcha momentáneamente en los semáforos, y exigiere o aceptare contraprestación a cambio, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde tres (3) días hasta ocho (8) días. Si la infracción se cometiere en las inmediaciones del lugar en que se realicen espectáculos públicos, la sanción se elevará al doble en sus mínimos y máximos.”*

En primer lugar la norma persigue a quienes ofrecieren limpieza de parte de un vehículo en semáforos. Se trata de los denominados “limpiavidrios”.

No es posible analizar la constitucionalidad de esta figura sin analizar el precedente “Curel y otros” en el cual esta Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la prohibición en el ámbito de la Ciudad de Mendoza.⁷⁰

⁷⁰ Autos N° 83.665, caratulados “CUREL, GASTÓN OSCAR Y OTS. EN J° 30.554/114.678 MANCILLA CUELLO, ENRIQUE ARIEL Y OTS. C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE MENDOZA P/ AC. DE AMP. S/ INC.”, sentencia del 03/02/2006

En esa oportunidad, la Corte, con voto preopinante de la Dra. Kemelmajer de Carlucci recalcó el sabor amargo que quedaba tras la resolución de un verdadero dilema ante la colisión de valores importantes, declarando la constitucionalidad de la ordenanza.

Para resolver el caso, la Corte sostuvo que:

“La restricción se compadece con el respeto al principio de igualdad, pues no sólo prohíbe la actividad de los limpiavidrios sino de todo otro uso que obstaculice el tránsito. Que se trata de una tarea altamente peligrosa y riesgosa para la vida. Que la restricción tiene un fin constitucionalmente legítimo porque el municipio atiende no sólo a la fluidez sino a la seguridad del tránsito. Que es de “toda evidencia” que se puede limpiar vidrios de automotores detenidos en los lugares autorizados para el estacionamiento. Que es necesario un amplio debate para proponer nuevas estrategias de inserción social y laboral para que estos jóvenes tengan trabajos dignos y seguros. El principio pro homine es el criterio hermenéutico según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes. La aplicación de este principio impone no extender el campo de las restricciones más allá de lo permitido.

Que los limpiavidrios sufren detenciones y permanecen en las comisarías por largo tiempo, pero que la ordenanza NO autoriza la detención de un limpiavidrios por la autoridad policial”.

Más de doce años han pasado desde que se dictó ese fallo, y la situación social ha empeorado y los debates sobre la inserción e inclusión social y laboral a los que llamó la Corte han quedado sepultados bajo la ola represiva de los discursos del odio. Hoy discutimos directamente la criminalización de todo el sector.

Desandando el camino señalado por la Corte en el año 2006, la criminalización de “limpiavidrios” en las intersecciones y semáforos, tal como se ha redactado en el Código Contravencional, no supera el test de constitucionalidad por cuanto la restricción al derecho a trabajar y demás derechos que implica el ejercicio de dicha actividad debe ser la menos gravosa o restrictiva.

La criminalización, como hoy se propone, no supera el *test* de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), ya que el fallo Curel rechazó esa posibilidad. Respecto a este punto manifestó la Corte que:

“El uso de las calles para obtener dinero no es exclusivo de nuestro país. Se ha dicho que en los últimos años, en no pocas ciudades españolas, la insondable crisis económica ha parido un nuevo tipo de indigente que atiende a sus necesidades económicas diarias mediante el desempeño de una serie de actividades que, sin

ser ilegales, molestan o incomodan a los ciudadanos que las padecen, pues no es infrecuente que éstos se vean compelidos a la limosna por la actitud abiertamente hostil y amenazante del que se las solicita. Los ayuntamientos, con los medios coercitivos de que disponen, se han visto incapaces hasta ahora de resolver el problema, de modo que, algunos de ellos han buscado el auxilio de otro de los poderes del Estado: el judicial, con la esperanza de que la contundencia de éste triunfe allí donde ellos fracasaron. El procedimiento utilizado para implicar a la administración de justicia en la resolución práctica de este problema municipal es bastante simple y se resume del siguiente modo: se declara, mediante un bando del alcalde, que se comunica por la policía local a los interesados la ilicitud de la conducta no deseada y la prohibición expresa de dedicarse a ella en el término municipal. A partir de ese momento, los que sean sorprendidos desempeñándola son denunciados ante los tribunales como presuntos autores del delito de desobediencia. La doctrina española ha sostenido, con razón, la inconstitucionalidad de la medida que termina sancionando como un delito penal esta conducta; se afirma que ese delito, así instrumentado, viola el principio de legalidad, el de proporcionalidad, y el del derecho penal como última ratio (López López, Alberto M., Los guardacoches urbanos. Tratamiento jurídico, en Rev. General del Derecho, año LIII, n° 630, marzo 1997, pág. 1843)”.

Por otro lado, vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional) ya que a diferencia de la ordenanza de Capital solo prohíbe la actividad de limpiavidrios y no el entorpecimiento del tránsito por parte de otros sujetos y con cualquier otro fin.

Al criminalizar a solo un sector, se evidencia un derecho penal de autor contrario al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) y lesividad ya que no supone la afectación de bien jurídico alguno al no hacer referencia a la obstrucción o interferencia en la fluidez del tránsito (art. 19 de la C.N.).

Por otro lado, debemos analizar la norma en cuanto prevé la criminalización de quienes ofrecieren la limpieza de *vehículos estacionados* en la vía pública y exigiere o aceptare contraprestación, pues no se advierte que exista un fin legítimo para la restricción del derecho a trabajar de estos sectores vulnerables, ya que no existe perjuicio o daño alguno a la circulación del tránsito.

La propia Corte en el citado caso Curel sostuvo que:

“...en el caso de limpiavidrios cualquier reglamentación debe pasar por la exigencia de que la actividad no se puede desarrollar sobre un lugar de circulación vehicular, y decir que se puede limpiar vidrios de automotores detenidos en los lugares autorizados para el estacionamiento o detención de automóviles, es de toda evidencia.”

No existe argumento legítimo para restringir la actividad de un grupo en situación de vulnerabilidad, resultando evidente que la medida tiende solo a criminalizar a dicho sector (derecho penal de autor).

Nótese que no se criminaliza a todo aquel que lave un coche en la vía pública, en este caso la selectividad no es una característica del sistema penal, sino que expresamente se sanciona en forma discriminatoria a un sector social y no una conducta lesiva.

Cuando la Corte dijo que era de “toda evidencia” la posibilidad de que se desarrolle la limpieza de vehículos estacionados precisamente lo que tomó en cuenta es que no hay afectación a la circulación, al tránsito, no hay afectación al bien jurídico protegido por la norma (orden público, seguridad pública).

En definitiva, la norma en cuanto sanciona a quienes limpian vehículos estacionados es inconstitucional por violar el principio de lesividad (consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo v de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en tanto no hay afectación al orden y seguridad pública; el principio de legalidad (contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) en tanto aplica un derecho penal de autor criminalizando a un sector social, el derecho a la igualdad y no discriminación (contenido en el artículo 7 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 14, 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo ii de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) en tanto es discriminatoria porque solo reprime a un sector social que realiza esa actividad; el derecho a trabajar (contenido en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 14, 14 bis y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, en el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos, en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”), y el principio de razonabilidad (contenido en el artículo 28 de la Constitución Nacional) al restringir en forma arbitraria ese derecho.

Mendicidad

“Art. 90- Mendicidad amenazante o agravante. El que mendigare en forma amenazante o agravante, será sancionado con arresto desde cinco (5) días hasta diez (10) días o trabajo comunitario desde veinte (20) días hasta cuarenta (40) días.”

Si bien el nuevo Código Contravencional no reproduce la prohibición de la mendicidad como sí lo hacía el viejo Código de Faltas mendocino, mantiene las arcaicas figuras de la mendicidad amenazante o agravante, fraudulenta y aquella que se vale de menores de edad.

Las normas que reprimen la mendicidad se encuentran ubicadas en el Título III, Contravenciones contra la moralidad y las buenas costumbres, solidaridad y educación.

En cuanto sanciona la “mendicidad amenazante”, la norma resulta inconstitucional por cuanto viola los arts. 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional en tanto la Provincia ha delegado la competencia para el dictado del Código Penal, y el delito de amenazas se encuentra ya tipificado por el art. 149 bis del Código Penal.

En cuanto sanciona a la mendicidad ejercida en forma “agravante” la norma también es inconstitucional por violar el principio de legalidad al no definir una conducta determinada sino remitir a un concepto subjetivo, dejando al arbitrio de la autoridad policial un margen ilimitado para la persecución de la mendicidad, violando el principio de tipicidad derivado del principio de legalidad (art. 18 de la C.N.).

Por otra parte, la ofensa a otra persona proferido por el sujeto activo puede constituir un delito de calumnias o injurias (art. 109 y 110 del Código Penal), que como es sabido es de acción privada razón por la cual se estaría criminalizando mediante la acción pública contravencional aquello que el legislador nacional dejó librado a una querrela privada- por el bien jurídico protegido, el honor- resultando vedado a la Provincia legislar sobre materia delegada a la Nación, tal como se señaló, sin que exista agraviado que inste la acción.

Debemos recordar que el Código Contravencional mendocino ha regulado en distintas normas las ofensas o insultos, pero siempre referido a determinada cualidad del sujeto pasivo, omitiendo una disposición general que sancione el hostigamiento, insultos y maltratos, como si lo hace el Código Contravencional de la C.A.B.A., sin que exista ninguna definición de lo que se considera agravante.

r) En consecuencia, el mencionado artículo afecta *competencias delegadas a la Nación*, contenida en los artículos 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional y el *principio de legalidad*, contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

“Art. 91- Mendicidad fraudulenta. El que mendigare simulando deformidad o enfermedad propia o de terceros, o adoptando otros medios fraudulentos para suscitar la piedad ajena, será sancionado con arresto desde diez (10) días hasta quince (15) días o trabajo comunitario desde cuarenta (40) días hasta sesenta (60) días.”

Esta norma reprime a personas en situación de extrema pobreza o indigencia que mendigan simulando una deformidad o enfermedad propia o de terceros con el fin de obtener una liberalidad, y resulta inconstitucional por no existir afectación a bien jurídico alguno.

Tal como sostiene Donna, la mendicidad fraudulenta no puede ser considerada un delito de estafa por cuando el sujeto pasivo es consciente del engaño, agregando que *“el acto de disposición no se da por error sino por caridad, curiosidad, ignorancia absoluta o creencias previas adoptadas por el sujeto”, agregando que “quien da limosna lo hace consciente de que puede ser engañado pero con ánimo de caridad genérica y con independencia de la realidad de lo que se le manifiesta, que solo por cálculo de probabilidades confía sea cierto. Pero no excluye el engaño ni actúa con la única motivación de lo que el mendigo invoca o cuenta”*.⁷¹

Si el engaño del mendigo no resulta idóneo para la comisión del delito de estafa, menos aún idóneo resulta para justificar una contravención, porque en ambos casos el sujeto pasivo tiene expresa conciencia de que puede ser engañado, pero lo hace inspirado por sentimientos de caridad o solidaridad por existir una verdadera situación de pobreza o indigencia.

⁷¹ Donna, Edgardo y de la Fuente, Javier Esteban. “Aspectos generales del tipo de estafa”, 79. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21276/18950>

Por otro lado, estamos hablando de limosnas, de sumas ínfimas que implican falta de lesividad por insignificancia de la afectación al bien jurídico, estamos frente a una liberalidad donde no hay perjuicio patrimonial significativo.

En consecuencia, el presente artículo afecta el *principio de lesividad* contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo v de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño

“Art. 92- Mendicidad por medio de menores e incapaces. El que mendigare, valiéndose de un menor de edad o de una persona incapaz, sujetos a su responsabilidad parental o confiados a su custodia o vigilancia; o permitiere que tales personas mendigaren o que otros se valieren de ellos para mendigar, serán sancionados con arresto desde quince (15) días hasta treinta (30) días o trabajo comunitario desde sesenta (60) días hasta ochenta (80) días. En los casos del presente artículo, el Juez Contravencional pondrá en conocimiento del Juez de Familia o del organismo público de protección de derechos que correspondan a los fines que dispongan las medidas pertinentes de protección y asistencia.”

La idea de que los niños mendigos en las calles mendocinas son víctimas de explotación por parte de sus padres carece de sustento fáctico. Este prejuicio moralista ha sido utilizado por las autoridades políticas para detener arbitrariamente niños mendigos en las calles mendocinas en el año 2003, hecho que constituyó un escándalo internacional, tal como se dijo.

La realidad es que vivimos tiempos donde los modelos económicos excluyentes arrojan a las familias a la pobreza y la marginación, profundizándose el fenómeno de infantilización de la pobreza.

No podemos concebir que la respuesta a esta terrible situación de injusticia y privación de derechos sea criminalizar a las familias, detener a los padres y separarlos de sus hijos.

Estos tipos contravencionales se encuentran impregnados de un moralismo del siglo XIX que estigmatizó la mendicidad como una elección de personas que no quieren trabajar, desconociendo la realidad que implica la exclusión y la desigualdad estructural en nuestra sociedad, incurriendo en un autoritario derecho penal de autor contrario al art. 18 de la Constitución Nacional.

La acción típica descrita inicialmente implica que el autor debe mendigar y tener a su cargo la responsabilidad parental o la custodia o vigilancia de un menor o persona incapaz, y además debe valerse del mismo para mendigar.

La norma resulta inconstitucional en tanto criminaliza la pobreza ya que quienes se ven forzados a mendigar y a la vez tienen hijos no se valen de los mismos para mendigar, sino que en todo caso mendigan junto con sus hijos.

Nótese que la norma permite criminalizar cualquier situación donde un padre pida dinero para curar alguna enfermedad de su hijo, que la madre solicite limosna mientras amamanta a su hijo y situaciones similares donde los niños, niñas y adolescentes comparten el destino de pobreza de sus padres.

Por otra parte, la criminalización de los padres y madres que se ven forzados a ejercer la mendicidad junto con sus hijos atenta contra el artículo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que asegura que la aplicación de los derechos debe garantizarse sin discriminación por el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales en consonancia con el art. 9º que establece que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres.

Vulnera además todos los *derechos económicos, sociales y culturales* citados en este capítulo y el deber del estado de realizar acciones positivas frente a la situación de *desigualdad estructural*, contenidas en los artículos 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

Finalmente, la norma avanza sobre facultades delegadas a la nación, ya que el art. 148 bis del Código Penal establece que: *“Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descrita”*.

Como se advierte, el Código Penal ha descrito la conducta típica, estableciendo expresamente que no será punible el padre, madre, tutor, o guardador del niño o niña, por lo que no puede mediante esta vía criminalizarse aquello que expresamente el Código Penal ha determinado que no es punible.

Por otro lado, la norma sanciona a quien permitiere que tales personas mendigaren o que otros se valieren de ellos para mendigar.

La respuesta punitiva a los padres y madres de los sectores más desfavorecidos por “permitir” que sus hijos mendiguen constituye una inaceptable criminalización de la pobreza.

Finalmente, la norma reprime a quien permite que otros se valgan de menores o incapaces para mendigar, situación que merece idénticas consideraciones, siendo aplicable el art. 148 bis del Código Penal en caso de explotación infantil.

Prostitución

“Art. 84- Incitación pública y privada. Las personas que individualmente o en compañía inciten, en forma manifiesta y agresiva a mantener prácticas sexuales por precio, serán sancionadas con multa desde quinientas (500) U.F. hasta ochocientas (800) U.F. o arresto desde cinco (5) días hasta ocho (8) días. Para la actuación policial y/o municipal se requerirá medidas probatorias tecnológicas en lo posible. En la misma pena incurrirá quien ejerza los actos referidos en el párrafo anterior, en forma notoria, en sitios privados. El inmueble podrá ser clausurado hasta por doce (12) meses.”

Entendemos que este artículo es inconstitucional porque dada la vaguedad y la amplitud de la “agresividad” de la incitación exigida por el artículo, lisa y llanamente castiga a las personas que ejercen la prostitución. La incitación privada sancionada en el segundo párrafo constituye una conducta privada, que no lesiona bien jurídico alguno.

Mas allá de la postura que pueda tomarse respecto del rol del Estado frente a la prostitución, lo cierto es que el Estado Nacional ya ha trazado un camino en la materia en la regulación de la Ley N° 12.331 de 1936, según la cual la prostitución en sí misma no constituye un delito. En este mismo sentido se enmarca la reciente derogación del artículo 68 del Código de Faltas de la provincia de Buenos Aires que sancionaba el ejercicio de la prostitución.

La misma línea ha sido trazada por los instrumentos internacionales que rigen en la materia, entendiendo que la prostitución implica una situación de vulnerabilidad frente a la trata de personas y la explotación sexual. Estos instrumentos establecen la obligación de los Estados de tomar medidas, incluso penales para combatir la trata de personas y la explotación sexual, sin embargo, estas nunca deben recaer en las personas que ejercen la prostitución, ya que como es obvio, se estaría agravando la condición de vulnerabilidad que fundamenta su protección.

La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 6, sienta la obligación de los Estados Parte de tomar *“todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”*.

En este sentido se ha pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N° 24 al identificar a las mujeres que trabajan en la prostitución como un grupo vulnerable⁷², y en la Recomendación General N°19 establece que las mujeres que se prostituyen son especialmente vulnerables a la violencia, porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas⁷³. Necesitan protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia.

En el caso *“León Benito, Martín s/ recurso de inconstitucionalidad (art. 71 C.C.)”* el Dr. Julio Maier sostuvo en su voto la inconstitucionalidad del art. 71 del código contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, remarcando en sus apreciaciones que es de importancia central *“tener en cuenta que la prostitución no es un delito. Lo que sí es un delito es la facilitación o la promoción de la prostitución de una persona. Esta decisión del legislador nacional recoge la opinión tradicional y universal, histórica para nosotros, según la cual la prostitución puede ser considerada una actividad contraria a la moral pero no delictiva [...] Por lo tanto, aquello que el legislador nacional ha decidido despenalizar no podría en ningún caso ser materia de sanción.”*

Si bien se requiere que la incitación sea manifiesta y agresiva, la amplitud de este último término viola el principio de máxima taxatividad de la ley penal y convierte a la prostitución en una contravención.

La vaguedad y la amplitud es una constante que se reitera a lo largo de todo el texto de la ley abordada. Ahora bien, en el artículo que tratamos el requisito de la “agresividad” da lugar a diversas interpretaciones y torna muy difícil saber concretamente cuál es la conducta sancionada. La absoluta vaguedad del término determina que sea lisa y llanamente violatorio del principio de máxima taxatividad y, por ende, el principio de legalidad.

Teniendo en cuenta que la ley ya establece un tipo contravencional que sanciona el acoso callejero, y que las amenazas y las lesiones constituyen delitos penales, se torna aún

⁷² ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, párr. 6.

⁷³ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19, párr. 15.

más dificultoso establecer con claridad qué tipo de conducta puede entenderse como agresiva, lo cual contraría directamente el principio de legalidad.

En apoyo a esta tesis ha fallado el Superior Tribunal de Neuquén estableciendo que el término “escandaloso” del Código de faltas “[no] supera el estándar de tipicidad exigible en un Estado de derecho porque apela a un concepto vago, impreciso y subjetivo.”

Entendemos por tanto que al incluir un tipo como el aquí criticado, la ley sanciona indirectamente cualquier tipo de prostitución, lo cual violenta el principio que establece que el derecho penal sanciona hechos y no formas de ser. Lo que se sanciona no es la “agresividad”, si no el modo de vida o estrategia de supervivencia que puede implicar la prostitución, si no es que se trata de una persona que ya es víctima de explotación sexual o trata de personas.

Lo más preocupante de la vaguedad de este elemento del tipo, es que abre la puerta a detenciones arbitrarias, con las consecuencias que hemos señalado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe temático sobre “Violencia contra las personas LGTBI” sostiene que: “[L]as definiciones vagas de conductas prohibidas abren la puerta para su aplicación arbitraria a personas que se considera que se apartan de las normas de género aceptadas socialmente, particularmente las personas trans. Existe evidencia sobre agentes de seguridad del Estado que han utilizado estas leyes de manera reiterada para acosar y perseguir a personas LGBT, especialmente a trabajadoras sexuales trans. En algunas jurisdicciones, oficiales de la policía y agentes encargados de hacer cumplir la ley tienen amplios poderes para limitar o restringir la circulación de las personas en espacios públicos. Este poder, aunado a la discriminación y los prejuicios sociales prevalentes contra las personas LGBT, conlleva al abuso de la discrecionalidad policial en la aplicación de normas sobre el uso de espacios públicos. Más aún, resulta preocupante la información recibida sobre oficiales de policía que específicamente tienen como blanco de las disposiciones sobre «buenas costumbres» a mujeres lesbianas, bisexuales y trans.”⁷⁴

Finalmente sostenemos que no constituye una garantía frente a detenciones arbitrarias requisito de que “[p]ara la actuación policial y/o municipal se requerirá medidas probatorias tecnológicas en lo posible” en virtud de que la misma ley establece que se las requerirá como medidas

⁷⁴CIDH, *Violencia contra las personas LGTBI*, OEA/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 88.

probatorias en lo posible, entendiéndose por tanto que pueden no requerirse de no considerarse posible.

El segundo párrafo del artículo en cuestión establece que *“En la misma pena incurrirá quien ejerza los actos referidos en el párrafo anterior, en forma notoria, en sitios privados.”*

Este tipo contravencional viola el principio de lesividad, dado que no existe afectación alguna del bien jurídico que se pretende proteger. Esto determina, además, una intromisión arbitraria en la vida privada.

En este sentido es relevante la sentencia de la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal en el caso *“Rojas Isabel y ots. s/ procesamiento”* entendió que parte de la Ley N° 12.331 *“sobrevino inconstitucional por la transformación que las circunstancias de hecho y jurídicas de su aplicación que han evidenciado.”* Y que *“La conducta prevista por el artículo 17 de la ley 12.331 al no revelarse como lesiva de ningún derecho de terceros se erige como una de aquellas acciones que se desarrollan dentro de la esfera privada”*.

En virtud de lo expuesto precedentemente, solicitamos que se declare la nulidad del art. 84 de la Ley N° 9.099 por ser violatorio del *principio de lesividad*, contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo v de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el *principio de legalidad*, contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

b) Consumo de bebidas alcohólicas, ebriedad y alteración psíquica en la vía pública

“Art. 94.- Prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. El que consumiere bebidas alcohólicas en la vía pública, lugares de acceso público, excepto en los lugares y horarios expresamente habilitados por la autoridad competente será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta quinientas (500) U.F. o arresto desde un (1) día hasta cinco (5) días.

Serán sancionados con la misma sanción quienes consuman bebidas alcohólicas a bordo de un vehículo y/o automotor estacionados en la vía pública. Si el vehículo es de transporte público de pasajeros, la sanción prevista en el primer párrafo se triplicará.

Si el contraventor fuere una persona menor de edad se aplicará lo dispuesto en los artículos 8º y 9º de la presente Ley.”

Siempre corresponderá el decomiso de la bebida y elementos utilizados.

“Art. 95.- Ebriedad. *El que en lugar público o abierto al público se hallare en estado de manifiesta embriaguez, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o arresto de dos (2) días hasta cuatro (4) días y obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.*

La sanción será aumentada al doble si el infractor ocasionare molestias a los transeúntes.

Si el infractor se encontrare conduciendo un vehículo, deberá someterse a una prueba de alcoholemia por espirado en aire, destinada a determinar la presencia de alcohol en el organismo. Si la prueba de alcoholemia resultare positiva o hubiere indicios indubitables que dicha persona se encuentra bajo la influencia de alcohol, la autoridad actuante podrá prohibirle la conducción por el tiempo que fuere necesario para su recuperación, el que no podrá exceder de tres (3) horas a partir de su constatación. Durante ese término el afectado deberá permanecer bajo vigilancia, para cuyo efecto podrá ser conducido a la unidad policial a menos que se allane a inmovilizar el vehículo por el tiempo fijado o señale a otra persona que bajo su responsabilidad se haga cargo de la conducción durante dicho plazo, con la condición de no tomar parte en ella.

Si el infractor se negare a someterse a la prueba de espirado será sancionado con la prohibición para circular como obligación de conducta, con la consiguiente inmovilización del vehículo por un término que no podrá exceder de cinco (5) horas.

Siempre corresponderá el decomiso de la bebida.”

“Art. 96.- Alteración psíquica en la vía pública, *por uso de estupefacientes o sustancias tóxicas. El que en lugar público o abierto al público fuere sorprendido en estado de alteración psíquica por uso de estupefacientes o sustancias tóxicas, inbalantes o de otra naturaleza química, será sancionado con multa desde doscientas (200) U.F. hasta cuatrocientas (400) U.F. o arresto desde dos (2) días a cuatro (4) días, y con la obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.*

Si el que fuere sorprendido en las circunstancias descritas en el párrafo anterior fuere una persona menor de edad, se procederá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9º y será sancionado con multa desde un mil (1.000) U.F. hasta cinco mil (5.000) U.F. o arresto desde diez (10) días hasta cincuenta (50) días, con la obligación de asistir a cursos de tratamiento de adicción.

Siempre corresponderá el decomiso de las sustancias y la evaluación del uso de estupefacientes o intoxicación a través de un efector público que indique la autoridad judicial.”

Los arts. 94 a 96 sancionan el consumo de bebidas alcohólicas, la ebriedad y las alteraciones psíquicas en la vía pública.

A través de estos tipos contravencionales el legislador mendocino ha pretendido castigar un estado de cosa: *beber bebidas alcohólicas, estar embriagado o bajo el efecto de estupefacientes*; puesto que las acciones precedentes que podrían hipotéticamente producir algún tipo de lesividad, tales como, ocasionar molestia a los transeúntes, constituyen una agravante de la sanción.

Con relación al primer supuesto, consumir alcohol en la vía pública, basta que la misma ocurra en los lugares señalados por la norma, vía pública o lugares de acceso público, sin la correspondiente autorización, para que se configure el tipo contravencional. No importa aquí, el tipo de bebida que se consuma, tampoco la cantidad consumida, ni que quien la consume genere algún perjuicio. Con el simple hecho de encontrarse consumiendo alcohol en los lugares indicados es suficiente para ser pasible de una condena. Este tipo de sanciones, de hechos que no constituyen lesión a ningún bien jurídico, sin dudas que avanzan sobre el principio de lesividad y reserva previsto en el art. 19 de nuestra constitución nacional, lo cual violenta además el principio que establece que el derecho penal sanciona hechos y no formas de ser.

Asimismo, el segundo párrafo del art. 94 sanciona a quienes consuman alcohol dentro de un vehículo automotor, aunque este se encuentre estacionado. En este caso, legislador no pretende sancionar a quienes conducen en estado de ebriedad, lo cual ya está debidamente castigado en la ley de tránsito N° 9.024, sino que aquí se busca sancionar a quienes acompañan al conductor o cuando el vehículo se encuentra estacionado. Nuevamente se busca sancionar un estado de cosas y no algún tipo de perjuicio, con el agravante de que aquí se avanza aún más sobre el principio de reserva, puesto se invade ámbitos de intimidad protegido por el artículo 18 Constitución Nacional como son los automóviles, sobre los que se conservan razonables expectativas de privacidad. De ahí que la requisita de un vehículo no pueda practicarse sin orden judicial y por fuera del marco normativo y solo cuando fuere necesario, y las circunstancias razonablemente lo justifiquen, podrá practicar una inspección con la finalidad de identificar la existencia de armas, explosivos de cualquier tipo o de elementos que presumiblemente pudieren ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo (art. 15 ley N°6.722).

Por otro lado, llama poderosamente la atención, que el Poder Ejecutivo invierta importantes recursos en la promoción de Mendoza como capital mundial de vino, para luego perseguir a quienes lo consumen en la vía pública.

Con relación al segundo caso, estar manifiestamente embriago, la vaguedad, impresión y subjetividad de la norma en cuanto a lo que se entiende por estado de embriaguez manifiesto, resulta por sí solo suficientemente inconstitucional por afectar el principio de taxatividad legal.

En forma concordante con lo dicho, puede citarse: “... la acción de embriagarse —ingerir bebidas alcohólicas en exceso hasta el punto de hacer dificultoso o imposible el control de la persona y los actos— es un comportamiento personal que desde un punto de vista objetivo, sólo puede ser agresivo para quien lo sufre. De tal modo que la acción de beber en exceso es parte de la forma de conducción de la

vida que cada uno escoge, y que lejos de contravencionalización, debería ser merecedor de ayuda y auxilio y, por tanto, completamente amparado por el principio de reserva del artículo 19 constitucional.”⁷⁵.

Del mismo modo, algunos autores señalan que: “No es este un problema de moralidad pública en los límites en que nosotros la hemos situado, es decir, como un Standard que el Estado debe preservar para garantizar el mantenimiento de la convivencia pacífica y no como un catálogo de conductas cuya observación prohijará hombres ‘virtuosos’ (para el caso, hombres ‘abstemios’). Por otra parte, si la autoridad pública apostara a revertir un panorama de embriaguez generalizada sobre la base de la inmoralidad que ello traduce estaría equivocando el camino al operar sobre los efectos y no sobre las causas. Y ya sabemos lo que ocurre cuando se actúa de esta forma: los males no desaparecen y los controles —vista su impotencia para combatir el problema— se desmadran, convirtiéndose en males en sí mismos y agregando una nueva fuente de agresividad social.”⁷⁶

Compartimos con el máximo tribunal neuquino que lo dicho no implica que desconozca los efectos perniciosos para la salud individual que producen las adicciones, entre ellas las generadas por el alcohol y los estupefacientes. Pero también resulta evidente que la penalización del adicto no ha resultado y no resultará una forma efectiva de curar lo que no es otra cosa que una enfermedad.

Así la Corte Suprema de la Nación ha expuesto que: “En estos países [Gran Bretaña, Francia], y otros como EE.UU., Holanda, Alemania Federal, etc., se afirma la tesis de que actividades de perniciosos efectos sociales, motivadas en fallas estructurales de las organizaciones económico-sociales, como la adicción a drogas, el exceso de consumo, fabricación y venta de bebidas alcohólicas, la prostitución, el juego clandestino, el tráfico de armas, etc., deben arrostrarse con políticas globales y legislaciones apropiadas (...) antes que con el castigo penal, pues, al cabo, éste recae sobre quienes resultan víctimas de defectos estructurales.”⁷⁷

Por último, con relación a la conducta descrita en el art. 96, estado de alteración psíquica, en la vía pública por el uso de estupefaciente o sustancias tóxica, cabe señalar la ingesta de drogas ya está alcanzada por la legislación penal común (artículo 12.b de la Ley 23.737).

⁷⁵ Juliano, Mario Alberto, *¿Justicia de faltas o falta de justicia?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, págs., págs. 198/199.

⁷⁶ Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, Tomo II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 48

⁷⁷ CSJN. Fallos: 308:1392, voto del Dr. Petracchi, ratificado en Fallos: 332:1963

Cabe resaltar además la contradicción de la norma con los principios establecidos en la Ley Nacional N°26.657, Ley Nacional de Salud Mental al ordenar el encierro para quienes fueren sorprendidos en un estado de alteración psíquica, poniendo incluso en grave peligro a la persona afectada por dicho estado de intoxicación al ordenarse su arresto y no ser conducida al centro médico más cercano, para garantizar su salud psicofísica.

En cuanto al criterio peligrosista que subyace a la punición de embriagados y drogados, cabe citar que: “... *no existen estudios suficientes que prueben la necesaria vinculación entre el consumo de ciertos estupefacientes en determinadas cantidades y la perpetración de otros delitos (...) Si estar bajo la influencia de ciertos estupefacientes puede facilitar la producción de infracciones penales, el castigo siempre deberá estar asociado a la concreta realización de éstas y no a la mera situación en que el delito podría cometerse.*”⁷⁸.

En conclusión, las mencionadas normas afectan el *principio de lesividad* contenido en el artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Negación de informes sobre la propia identidad personal

“Art. 43.- Negación de informes sobre la propia identidad personal. El que, requerido por un miembro de las fuerzas de seguridad y funcionarios judiciales autorizados, en el ejercicio legítimo de sus funciones, se negare a informarle sobre su identidad personal, estado, profesión, lugar de nacimiento o domicilio o cualquiera otra calidad personal inherente a la situación o suministrare datos falsos, será sancionado con multa desde trescientas (300) U.F hasta seiscientas (600) U.F., siempre que el hecho no constituyere una infracción más grave.”

El nuevo código refuerza la facultad policial discrecionales de realizar controles sobre datos personales y efectuar detenciones sin orden judicial y sin motivos que justifiquen tales acciones.

⁷⁸ CSJN. Fallos: 308:1392, voto del Dr. Petracchi, ratificado en Fallos: 332:1963

Resulta de una gravedad extrema que se les otorgue facultades amplias a las fuerzas de seguridad para realizar este tipo de control, sin siquiera los fundamentos que exige el art. 11 inc. C de ley N° 6.722.

Al no existir un control adecuado del uso de facultades administrativas de detención, su utilización queda a merced del arbitrio individual de agentes policiales quien de forma discrecional y arbitraria pueden detener a un sujeto sin fundamento, exigir cualquier clase de información personal, e incluso ordenar su arresto sin control judicial si la información resulta al entender del funcionario de seguridad falsa o insuficiente.

En el ámbito nacional, existen pronunciamientos críticos acerca de la facultad policial de detener sin orden judicial. Así por ejemplo vale tomar en cuenta el dictamen del Procurador Fiscal ante la C.S.J.N. en el caso “Peralta Cano”; los votos de Nazareno, Moline O’Connor y Levene (h) en el Caso “Daray” y en el Caso “Ciraolo”, por último la Sala V de la C.N.C. y Correccional en los Casos “Peña, Sergio”, y “Gastelo Meza, Neil”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue clara al respecto en el caso *“Torres Millacura Vs. Argentina”*⁷⁹, donde se refirió al alcance de las normas convencionales en relación a una norma de la provincia de Chubut, de características similares a las de la disposición en análisis, valiéndole ello una condena al Estado Nacional.

En esa oportunidad declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación de los arts. 7.1, 7.2 y 7.3 en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) entre otras cuestiones porque la ley provincial no precisaba concretamente los supuestos por los cuales los policías podían “demorar” a una persona con la finalidad de identificarla o averiguar sus antecedentes, lo que constituyó una detención arbitraria al no establecer causas concretas y permitir privar de libertad de manera imprevisible.

Primero se dejó en claro que una “demora”, *“(…) así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a*

⁷⁹ Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011.

*la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención*⁸⁰.

Asimismo, se estableció como pauta que el artículo 7 de CADH “*consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...)*”⁸¹.

Profundizó también respecto al actuar del Estado sin renegar de su derecho y obligación de garantizar y mantener el orden público, indicando primero que “*(...) su poder no es ilimitado (...)*”⁸², para luego sostener que “*(...) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida (...)*”⁸³.

Finalmente, es dable recordar que la Corte IDH ha reiterado en varias oportunidades que “*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*”⁸⁴.

⁸⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C N° 229, párr. 76.

⁸¹ Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 71. Negrita y subrayado propio.

⁸² Cfr. Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 69.

⁸³ Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 70.

⁸⁴ Corte IDH. Caso *Vélez Looz vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; párr. 165.

La privación de libertad fue una de las cuestiones más mencionadas entre las recomendaciones realizadas en el último Informe del Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal (EPU)⁸⁵ de Naciones Unidas, aprobado este año⁸⁶.

El Comité de Derechos Humanos (Comité DH) en su Observación General relativa al artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) delimitó con claridad cuestiones vinculadas a las detenciones en general. En relación a la ley bajo examen se destaca el concepto de arbitrariedad que *“no debe equipararse con el de ‘contrario a la ley’, sino que deberá interpretarse de manera más amplia, de modo que incluya consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales (...), además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad (...)*⁸⁷.

En las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre el quinto informe periódico de Argentina⁸⁸ reiteró ***su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo periodo de tiempo, sin que la persona detenida sea llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer un control judicial (arts. 9)“***.

Asimismo, en las Observaciones Finales del Comité contra la Tortura (CAT)⁸⁹ de mayo de 2017 aprobó las observaciones finales donde resaltó su preocupación por informaciones que dan cuenta de patrones de violencia y arbitrariedad por parte de las fuerzas de seguridad federales y provinciales en el marco de detenciones policiales sin orden judicial, particularmente de jóvenes y menores en situación de marginalidad social, que incluirían detenciones por averiguación de identidad y otras detenciones no vinculadas a conducta delictiva. Según las informaciones recibidas, dichos abusos incluirían tentativas de homicidio, como la de Lucas Cabello, desapariciones forzadas, así como actos de tortura, como los infligidos presuntamente contra Ezequiel Villanueva e Iván

⁸⁵ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/367/21/PDF/G1736721.pdf?OpenElement>

⁸⁶ Ver párrafo 117 del Informe antes citado.

⁸⁷ Comité DH. Observación General N° 35. Aprobada por el Comité en su 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014), párr. 12.

⁸⁸ http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S-2.pdf

⁸⁹ Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/ARG/INT_CAT_COC_ARG_27464_S.pdf

Navarro, de 15 y 18 años respectivamente (arts. 2 y 16). Por ello el Comité urge al Estado parte a adoptar medidas efectivas para: (...) b) Restringir el recurso a la detención a situaciones de flagrancia y a la existencia de orden judicial previa, tal y como establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Bulacio c Argentina*; y c) Asegurar que todas las personas detenidas gocen, en el derecho y en la práctica, de todas las salvaguardias legales fundamentales a partir del mismo momento de la privación de libertad, velar por que se vigile escrupulosamente el cumplimiento del sistema de registro de la detención y sancionar toda infracción”.

Por su parte el **Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria** (GTDA) también dedicó una gran parte de su último Informe elevado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁹⁰ a aquella vinculación entre la detención arbitraria y la tortura y los malos tratos que había sido tratada por el Comité de Derechos Humanos. En efecto, de su informe se destaca que: *“59. Desde su creación, el Grupo de Trabajo es cada vez más consciente de los vínculos que existen entre las situaciones de detención arbitraria y los casos de tortura y malos tratos. (...) ha tomado plena conciencia de que las salvaguardias que los Estados deben establecer para prevenir los casos de tortura y malos tratos revisten una importancia fundamental para reducir, e incluso prevenir, los casos de detención arbitraria (...). 60. (...) La supervisión judicial de la detención es una salvaguardia fundamental de la libertad personal⁹¹ y resulta esencial para garantizar que la detención tenga un fundamento jurídico efectivo. Por ello, el Grupo de Trabajo siempre ha sostenido que la reclusión en régimen de incomunicación constituye un acto de detención arbitraria”.*

En consecuencia, conforme con todo lo expuesto, podemos asegurar que facultades discrecionales otorgadas a las fuerzas de seguridad, como la prevista en el art. 44, resultan inconstitucionales por afectar derechos fundamentales previstos en la Constitución Nacional (arts. 14, 18 y 19) y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) tales como: art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

⁹⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Consejo de Derechos Humanos, 39º período de sesiones. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/196/72/PDF/G1819672.pdf?OpenElement>

⁹¹ Véanse los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, párr. 3.

VII. OFRECE PRUEBA:

Ad efectum videndi et probandi, ofrecemos como prueba los siguientes expedientes que se encuentran radicadas en la Suprema Corte de la Justicia de Mendoza:

1) Autos N° **4336164** caratulados “*Naranjo María de los Ángeles y ots. C/ Municipalidad de Mendoza P/ Acción de Inconstitucionalidad*”, los que deberán solicitarse a la Sala I de esta Excma. Suprema Corte de Justicia.

2) Autos N° **83665** caratulada: “*Curel, Gastón Oscar Y Ots. En J° 30.554/114.678 Mancilla Cuello, Enrique Ariel Y Ots. C/ Municipalidad De La Ciudad De Mendoza P/ Ac. De Amp. S/ Inc.*”. los que deberán solicitarse a la Sala I de esta Excma. Suprema Corte de Justicia.

VIII. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Para el hipotético caso de que no se haga lugar al presente recurso, dejamos planteada expresa reserva del caso federal en los términos del artículo 14 de la Ley 48, de interponer Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IX. PETITORIO

Por todo lo expuesto a V.E. solicitamos:

a) Nos tenga por presentados, domiciliados, parte en el carácter invocado y por interpuesta acción de inconstitucionalidad contra las normas individualizadas precedentemente de la ley N° 9099, en los términos expuestos a lo largo del presente escrito.

b) Admita la prueba ofrecida.

c) Tenga presente la reserva del caso federal efectuada.

d) Al dictar sentencia, declare la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas de la ley N° 9.099.

