

SE LO PRESUME CULPABLE.

Las consecuencias de un legislar irreflexivo.

Por Marina Zapperi¹.

*“Las leyes son como las telas de araña,
que aprisionan a los pequeños, pero
son desgarradas por los grandes”².*

Introducción.

El primer problema que trajo aparejado el artículo 17 de la ley 3361, se debió a que incorporó en el artículo 60 del Código Contravencional –suministro de alcohol a menores de dieciocho años- que, no procedería la suspensión de juicio a prueba ni la condena en suspenso, para tal conducta.

Esta ley, no solo amplió el poder punitivo que la contravención ya previa, sino que se fundamentó en cuestiones de alarma social que, se erigieron en estadísticas y en presentaciones de ONGs, que ponían de manifiesto la creciente ingesta de alcohol en los menores de dieciocho años.

En el devenir de esta irreflexiva respuesta legislativa, advierto que el legislador local olvidó, que el derecho contravencional también es derecho penal y, que al entrañar las contravenciones una menor afectación, no puede dársele un tratamiento más gravoso o, igual, que para un delito, ya que de este modo se afectaría las garantías constitucionales penales prevista en la Constitución Nacional y local, como también los tratados de derecho internacional incorporados al bloque constitucional, también receptados en la carta magna de la ciudad.

¹ Abogada. Correo electrónico marinazap@hotmail.com

² HEGEL, “Lecciones sobre la historia de la filosofía, I, p. 149. Citado por Zaffaroni, Alagia y Slokar. Tratado de Derecho Penal. Ed. Ediar. P. 11.

Sin embargo, la afectación de garantías no tardó en llegar, como, afortunadamente, tampoco las declaraciones de inconstitucionalidad de las Salas I y II del fuero, y del Juzgado de primera instancia N° 23. En estos tres casos, se declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 60 del CC, en cuanto a la improcedencia del artículo 45 y 46 del CC.

El objetivo del presente trabajo es, poner de manifiesto como se desdibuja la línea divisoria entre contravención y delito, debido a la intención legislativa porteña que avanza, incluso, sobre cuestiones de política criminal nacional, de competencia exclusiva del Congreso, en el afán de dar una ¿efectiva? respuesta para la sociedad.

1. Modificación del artículo 60 del CC. Ley 3361. Consideraciones legislativas.

Los diputados³ que participaron del proyecto de regulación, comercialización y consumo de bebidas alcohólicas, explicaron su objetivo perseguido en función de lo normado en el art. 34⁴ de la Constitución de esta ciudad.

Al respecto, el citado artículo se refiere a la seguridad pública, en cuanto deber propio e irrenunciable del Estado, y es ofrecido con equidad a todos los habitantes. También, que el Gobierno de la Ciudad para mantener esa seguridad, se compromete a desarrollar y diseñar estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y violencia, fomentando canales de participación comunitaria.

Lo paradójico es que, los diputados fundaran su objetivo en cuestiones de equidad para los habitantes, cuando la decisión legislativa generó desigualdad entre ellos.

³ Proyecto contenido en el expediente 1597-D-2009 de autoría de los/las diputados Urdapilleta, Ingaramo y Saya y sus agregados 2335-D-2009, de autoría del diputado Borelli, 2383-J-2009, de autoría del Jefe de Gobierno, y 2450-D-2009, de autoría del diputado Kravetz y de la diputada La Ruffa.

⁴ Artículo 34 C.C.A.B.A. “La seguridad pública es un deber propio e irrenunciable del Estado y es ofrecido con equidad a todos los habitantes. El servicio estará a cargo de una policía de seguridad dependiente del Poder Ejecutivo, cuya organización se ajusta a los siguientes principios: 1.El comportamiento del personal policial debe responder a las reglas éticas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establecidas por la Organización de las Naciones Unidas. 2. La jerarquización profesional y salarial de la función policial y la garantía de estabilidad y de estricto orden de méritos en los ascensos. El Gobierno de la Ciudad coadyuva a la seguridad ciudadana desarrollando estrategias y políticas multidisciplinarias de prevención del delito y la violencia, diseñando y facilitando los canales de participación comunitaria”.

Resulta llamativo y contradictorio de esta decisión legislativa que, el legislador en el interés de salvaguardar la seguridad pública, sacrificó derechos irrenunciables y reconocidos a nivel nacional e internacional, justamente, de las mismas personas que forman parte de esa seguridad pública que creyó proteger.

De esta forma, se obtiene una supuesta “seguridad pública” a cambio de una inseguridad jurídica.

Los argumentos que condujeron a la reforma, se originaron en cuestiones de alarma social y estadísticas. En el expediente 1597 – 2009 y sus agregados, consta que las consideraciones legislativas se basaron en las siguientes cuestiones “...*el alcoholismo es un problema que se evidencia a nivel mundial, que afecta a toda la sociedad...*”, y se dieron porcentajes de distintas ONGs donde ponían de manifiesto cifras en alza del consumo de alcohol en menores de dieciocho años.

Algunas de ellas revelaron “...*Que el Instituto Superior de Ciencias de la Salud ha señalado que el consumo de alcohol entre los jóvenes ha tenido un incremento del 26 %, en la última década, es decir, que pasó del 61% en el año 1999 al 77% en 2008*”⁵.

También se mencionó un informe realizado por la consultora Gallup, y los datos publicados mencionaron “...*una muestra tomada sobre 1000 personas de 18 años, y los resultados arrojados reflejan que este hábito es cada vez más frecuente entre los adolescentes*”⁶.

En relación a la franja etaria más comprometida, manifestaron que “... *se extiende desde los 18 a los 24 años (...) siete de cada diez jóvenes admitieron haber consumido bebidas alcohólicas de forma excesiva en reiteradas ocasiones*”⁷.

Los legisladores entendieron que era necesario tomar medidas que desalienten el consumo de alcohol, sin embargo en relación a la inaplicabilidad de la suspensión de juicio a prueba y a la condena en suspenso, no se mencionó en el recinto explicación alguna acerca de su exclusión. Entonces, ¿Qué tipo de sanción buscó el legislador? La obtención de una condena.

⁵ Consideraciones contenidas en el expediente 1597-D-2009.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

Esta selectividad, producto de la reforma aquí cuestionada, coaliciona con la Constitución Nacional, con el bloque de Constitución Federal, y con la Constitución local, lo que provoca que se vea afectado el derecho a la igualdad, el principio republicano de gobierno, el principio *Pro Homine* y de proporcionalidad, alejándose del Derecho Penal entendido como de última ratio.

2. Presupuestos de los que parte mi exposición..

2.1. **El Derecho Contravencional es Derecho Penal de menor cuantía.**

El Derecho Contravencional es Derecho Penal.

Si bien, en apariencias, pareciera que esta discusión ha sido altamente superada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires con la sanción de la Constitución local, así como también en la jurisprudencia del fuero, debido a que nadie afirma expresamente lo contrario, lo cierto es que en algunas ocasiones, y cada vez más, es preciso recordarlo como punto de partida del análisis de algunas reformas legislativas que se vienen sucediendo, de un tiempo a esta parte y, algunas veces, en su interpretación jurisdiccional.

La razón de recordar esta cuestión, encuentra fundamento ya que se advierte que las garantías presentan una mayor flexibilización ante el avance del poder punitivo en el “mundo contravencional”, que en el penal cuando, tratándose de ámbitos de la misma naturaleza jurídica, debería recibir, al menos, el mismo tratamiento.

En efecto, tratándose de delitos de menor entidad o, en palabras de Vitale “Delitos pequeños”, deben aplicarse los derechos y garantías constitucionales consagrados en la CN y en el derecho internacional, tal como lo tiene receptado la Constitución de esta ciudad en sus artículo 10 y 13. Más aún en aquellos casos en que la conducta contravencional resulta conminada con pena de arresto, como el caso que nos ocupa.

En tal sentido, se ha considerado que *“El criterio de que las garantías deben acentuarse en relación directa con la magnitud del injusto de la infracción, apareja la consecuencia paradójica de otorgar garantías mucho mayores al parricida que al contraventor, o sea, al delincuente excepcional en perjuicio del ciudadano común. Esto lleva a una minimización*

jurídica discursiva del derecho contravencional, que produce una maximización represiva no registrada en los códigos y leyes penales propiamente dichos”⁸

Al respecto, Gustavo L. Vitale entiende que *“el derecho contravencional es, ante todo, derecho penal. Por esa razón es que el derecho penal y procesal penal contravencional deben reivindicar, para sí, el respeto de todos aquellos derechos y garantías que rigen en el ámbito del derecho penal y procesal penal para las personas imputadas de delito. Existe, incluso, mayor razón para aplicar dichas garantías a los imputados de contravención, precisamente porque esta última, en general, reviste menos gravedad que los delitos”⁹* .

“Uno de los ámbitos de mayores violaciones cotidianas a los derechos humanos lo constituye, sin duda, la actuación u omisión del Estado en materia de derecho penal contravencional o de faltas”¹⁰ . Pese a toda la normativa nacional (artículo 31 y Art. 75 inc. 22 de la CN), local (Art. 10 de la CCABA), receptada en el Código Contravencional, en su artículo 3 y, además, de contar con los siguientes principios en el código: legalidad -Art.4-, analogía – Art.5-, culpabilidad –Art. 6-, inocencia –Art. 7-; la ley de procedimiento contravencional -12-, en su artículo 6, determina que es de aplicación supletoria el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, siempre que no se oponga al contenido de la presente ley. No obstante, toda la normativa enumerada, la flexibilización de las garantías en el “mundo contravencional” es notoria.

2.2. La Suspensión de juicio a prueba es un derecho del imputado.

El 23 de abril de 2008, el Más Alto Tribunal del País dijo en “Acosta”, aquel *“criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis ... se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce ...”*

¹¹ .

⁸ ZAFFARONI Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar. 2da Ed. P. 176.

⁹ VITALE Gustavo, Suspensión del Proceso Penal a Prueba. Ed. Del Puerto. 2004. P.391.

¹⁰ Ob. Cit. P. 392.

¹¹ C.S.J.N. C. 28/05 caratulado “Acosta Alejandro Esteban S/Inf. Art 14 del primer párrafo, Ley 23.737. 23/4/08. El subrayado me pertenece.

Actualmente, el TSJ se ha acercado a través del voto de alguno de sus integrantes a una postura más acorde al precedente de la Corte.

En un reciente fallo *“Romero Gustavo Facundo S/189 bis”*¹², el juez Jorge Atilio Franza –al momento de integrar el Tribunal Superior de Justicia-, sostuvo *“Por otro lado, y siguiendo los lineamientos del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Acosta” entiendo que corresponde hacer una exégesis del art. 76 bis y sgtes. del C.P. para dotar al instituto de una amplia operatividad, en consonancia con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Profundizando esa línea de pensamiento, lo cierto es que más allá de las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales acerca de si la suspensión del proceso a prueba constituye un derecho o un beneficio del imputado, lo cierto es que, en materia penal, la discusión ha quedado zanjada por el precedente citado, en cuanto se refiere a un derecho que la propia ley reconoce”*.

Si bien este fallo implica un acercamiento a lo dicho por la Corte Suprema, al mismo tiempo denota un avance parcial y, cuando afirmo esto, me refiero a lo dicho por la jueza Ana María Conde quien, puso de manifiesto a través de su voto, la naturalidad con la que se advierte la flexibilización de la garantías en el ámbito contravencional sin más.

Al respecto afirmó que *“...si bien es cierto que en materia contravencional el legislador local le ha dado un rol protagónico y preponderante al Fiscal en la determinación de suspender o no el proceso a prueba – a tal punto que es el único que “puede” “acordar” (...) no ocurre lo mismo en materia penal. Ello así, pues, en virtud de la norma nacional vigente (art.76 bis, CP), es el juez o “el tribunal” quien debe evaluar la razonabilidad del ofrecimiento mediante resolución fundada, fijar el término de la suspensión del juicio a prueba y fijar por sí las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado...”*¹³

Este cambio del TSJ, aunque siempre en referencia a materia penal y aunque no todos sus integrantes lo reconozcan expresamente, se ubica en consonancia con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en *“Acosta”*.

2.3. Intromisión del legislador local en atribuciones que son competencia del nacional.

¹² TSJ. C. 7169/10 *“Romero Gustavo Facundo s/189 bis del C.P.”* 26/4/2011..

¹³ Fallo citado.

El legislador local ha entendido que la conducta reprimida en el art. 60 del CC no es de menor gravedad que un delito, puesto que así lo quiso el legislador local al elevar su escala punitiva donde, claramente las facultades del nacional han sido avasalladas. Es que de este modo, los límites entre delito y contravención comienzan a desaparecer y la línea divisoria entre uno y otro a correrse en forma discrecional, trasladándose esa discrecionalidad también a las facultades legislativas de uno y otro ámbito.

Desde otro ángulo, resulta pertinente recordar algunos de los argumentos que se dieron en el debate parlamentario de la ley 24.316, por la cual se introdujo el instituto hoy aquí cuestionado en la legislación nacional.

El senador Alasino, por la Provincia de Entre Ríos, habló sobre los beneficios de la *probation*, señaló que se limitaba la aplicación de penas a algunos métodos para sustituir las penas cortas de prisión. Y dijo “Otro aspecto importante que hay que hacer notar es que si bien el tema va a ir al código de fondo, al Penal, su instrumentación estará a cargo de los códigos procesales...Pero este instituto, que en su instrumentación va a ser netamente provincial, **esta previendo la posibilidad de que cada estado tenga mejores posibilidades de atender su aplicación** con menos recursos o con el mismo Patronato de Liberados, y que siendo menos oneroso le permita manejar con mucho más éxito la política carcelaria que tenga cada uno”¹⁴ .

Villarroel –senador de la Provincia de Catamarca-, expresó: “...no comparto alguna observación que se ha hecho respecto a que se estarían invadiendo por parte del Poder Legislativo potestades de las provincias, **en la cuestión de la suspensión del juicio a prueba, porque éste es un tema que hace a la política criminal y por tanto, atañe al Código Penal que la expresa**”¹⁵ .

En similar sentido, el diputado Hernández (por la provincia de Córdoba), señaló expresamente que “**El proyecto que estamos tratando tiene una importancia excepcional porque implica sentar las bases de una política criminal para la Argentina**”¹⁶ .

¹⁴ Debate parlamentario. 2da reunión. 1era sesión ordinaria. 4 de mayo 1994. P. 383. El resaltado me pertenece.

¹⁵ Idem. P. 390.

¹⁶ Idem. P.1318.

Siendo el derecho contravencional derecho penal y, habiendo sido regulada la *probation* a nivel federal, el legislador local no puede modificar su sustancia, al menos, no en forma más perjudicial, es decir, más restrictiva del derecho.

En efecto, queda claro del debate parlamentario que lo que pueden los gobiernos provinciales es establecer sus propias reglamentaciones adjetivas en esta materia, pero no, alterar su sustancia en el sentido pretendido. Es que, justamente, al tratarse de un derecho que se le garantiza a toda persona sometida a proceso penal, cuya situación se encuadra en los requisitos del art 76 bis, no puede ser recortado o aniquilado por las legislaturas locales.

3. Garantías afectadas por la reforma.

3.1 Principio Republicano de Gobierno y de Proporcionalidad.

El principio Republicano de gobierno exige que los actos de éste sean racionales.

Como indican Zaffaroni, Alagia y Slokar, la exigencia republicana de que los actos **deben ser** racionales se transforma en la creencia de que el legislador **es** racional, llevando a la doctrina y a la jurisprudencia a la construcción de todo un sistema que tiende a legitimar lo que, en palabras de los autores, es una verdadera ficción.

“La clave superadora se halla en construir un sistema en que lo racional sean las decisiones jurisdiccionales, descartando los actos legislativos en todo o en parte cuando su irracionalidad sea irreductible, es decir; formulando una propuesta dogmática que asegure el avance del principio republicano, y no un sistema lapidario de éste”¹⁷.

Esto lleva a preguntarse si, la introducción que hizo el legislador mediante la ley 3361, en su artículo 17, declarando la improcedente los artículos 45 y 46 del C.C., para la contravención prevista en el artículo 60, es racional o no.

Para ello, resulta ilustrativa la distinción que hacen los constitucionalistas en orden a lo que llaman *debido proceso legal adjetivo o formal* y *debido proceso legal sustantivo o material*.

¹⁷ ZAFFARONI Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ediar. 2da Ed.P. 82.

Una norma no sólo puede ser inconstitucional por vulnerar el primero de ellos, es decir, cuando se dicta, por ejemplo por quien no es la autoridad competente para hacerlo, sino también cuando su contenido o sustancia carece de razonabilidad y se transforma, por ende, en ley injusta.

En el caso de análisis, la norma en cuestión adolece de esta exigencia puesto que se ve afectado el **principio de proporcionalidad** en tanto el legislador local le vedó al imputado de una contravención, el acceso a un derecho que el legislador nacional reconoce a autores de conductas delictivas de mayor entidad. Implicando ello, sin dudas, un tratamiento más gravoso para la contravención que para el delito. Y dicha desproporción es, sin dudas, irracional.

En efecto, la contradicción a la que se llega es que, cualquier imputado por una contravención prevista en el artículo 60 del CC, hubiera resultado más beneficiado si su conducta quedaba subsumida en alguna de las normas receptadas en el Código Penal, como ser las lesiones leves o graves, previstas en el art. 89 y 90, ya que, de esta manera, sí hubiera podido acceder a la *probation* o a la condena condicional, situaciones improcedentes para el presente caso contravencional.

Ahora bien, supongamos que como consecuencia de ese suministro de alcohol, el menor lo hubiera tomado y, como resultado de esa ingesta, se le hubiera provocado un daño en la salud o en el cuerpo –lesiones leves, art. 89 del C.P.-, entonces sí la salida alternativa hubiera procedido.

Lo que se advierte, entonces, es que el legislador porteño con la modificación que introdujo a partir del art. 17 de la ley 3361, le dio un tratamiento **desproporcionado** a la contravención del art. 60 del C.C., en comparación con los delitos del C.P. y la reglamentación del instituto de la *probation* en el art. 76 bis del mismo ordenamiento, como también de la denegatoria de la condena condicional.

En relación a la *probation*, uno de los integrantes de la Sala I del fuero, acertadamente recogió estos conceptos cuando señaló que *“la suspensión del juicio a prueba resultaba un derecho del imputado siendo irrazonable, por desproporcionado, tratar con mayor amplitud al instituto en cuestión en la esfera penal que en el ámbito contravencional...discrepancias interpretativas suscitadas alrededor de su regulación para el juzgamiento de delitos que, evidentemente, se reiteran en la esfera local aunque ahora en lo*

relativo al juzgamiento de conductas presumiblemente menos lesivas (contravenciones), se advirtió la necesidad de recurrir al uso de distintas técnicas hermeneuticas con el objetivo de lograr una aplicación justa y razonable del instituto en cuestión, sin perder de vista su finalidad...”¹⁸.

“Así en la tarea de interpretar los lineamientos de la suspensión del juicio a prueba, se debe tener especial cuidado de no caer en interpretaciones que, en definitiva, resulten más gravosas para aquellas personas a quienes eventualmente se pueda endilgar la comisión de un ilícito contravencional que para aquellas otras a quienes se imputa la comisión de un delito pues el principio de proporcionalidad, el de razonabilidad así como el trato igualitario a situaciones semejantes lo reclaman”¹⁹.

En cuanto a la condena condicional, la desproporción se pone de manifiesto ya que se le asigna al contraventor un tratamiento más gravoso o, igual, a quien se encuentra imputado de un delito, olvidando el legislador local que, las contravenciones entrañan una menor afectación que los delitos, motivo por el cual, no pueden flexibilizarse ciertos institutos en el ámbito contravencional, y omitir la finalidad que persiguen.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la finalidad de la condena condicional es *“...evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento de casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión (...) la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente...”²⁰.*

Ahora bien, de lo expuesto surge claramente que esta selectividad que se ha hecho para la procedencia de la condena en suspenso y de la probation, no solo contraría los fines para los que fueron creados, si no que deviene arbitraria. En relación al tema, ha manifestado Gelli que, *“... la razonabilidad de las leyes tal como lo señalara Linares, constituye una garantía innominada del debido proceso ... y aunque la razonabilidad, como la constitucionalidad, se presumen en las normas emanadas de las autoridades legítimas ..., sobre ellas se puede predicar lo contrario mediante sentencia judicial, pues la irrazonabilidad constituye una especie de la*

¹⁸ C.A.P.C.F. Sala I “Pirri Juan José s/111”. 23/3/11.

¹⁹ Fallo Citado.

²⁰ C.S.J.N. “Squilaro Adrián Vázquez Ernesto Marcelo S/ defraudación”. C. 579. XXXIX. 8/8/06.

*inconstitucionalidad*²¹ (Gelli, Ma. Angelica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, La Ley, Bs. As. 2003, pág. 249).

De lo expuesto, surge que la norma aquí cuestionada es inconstitucional, en tanto resulta irracional a la luz del resto del ordenamiento jurídico penal y sobre la base del principio de proporcionalidad.

3.2 Derecho Penal como última ratio.

Con la sanción de la norma se advierte la vulneración de los principios que proclaman el carácter de última ratio del derecho penal, en tanto se considera a la privación de la libertad como la reacción estatal más gravosa ante la realización de una conducta prohibida.

Como se viene señalando, la actual redacción del art. 60 del C.C. prevé de dos (2) a veinte (20) días de arresto y la clausura del establecimiento y/o inhabilitación; no admite la concesión del instituto y, prevé que para el caso de condena, la privación de la libertad sea de efectivo cumplimiento.

Se advierte de la lectura de la norma señalada, la notoria vulneración del principio mencionado. En efecto, la conjugación de las dos modificaciones introducidas a la norma conllevan directamente a la anulación total del principio, en tanto no sólo, no procede la salida alternativa sino que, además de resultar el imputado pasible de la reacción punitiva más gravosa, ésta le es aplicada en su modalidad de cumplimiento más restrictiva.

Esta selectividad legislativa para la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba, que funda sus disposiciones en cuestiones de alarma social -que no se condicen con un Estado de Derecho-, priva de una solución pacífica del conflicto en contra del principio de proporcionalidad, razonabilidad y del principio de subsidiaridad y de última ratio del derecho penal, puesto que deja a la privación de la libertad como **primera y única alternativa posible**.

La certeza, que se obtiene de esta norma, es que la única sanción posible es el arresto de cumplimiento efectivo y, es allí, donde se concreta afectación del principio que garantiza el carácter fragmentario del derecho penal, y la opción de la privación de la libertad como última ratio.

²¹GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, La Ley, Bs. As. 2003, P.. 249.

3.3 Principio *Pro Homine* y la interpretación literal de la ley.

Realizar una interpretación literal de la ley y, aceptar sin ningún tipo de cuestionamiento la intención del legislador, conduce a que se vulnere el criterio hermenéutico de interpretación –*Pro Homine*–, receptado en nuestra constitución nacional y local –artículo 27 y 75 inc. 22 de la CN; art. 10 de la local–, mencionado expresamente en el fallo “Acosta”.

Es sabido que, este tipo de interpretación literal no es la adecuada a la luz del plexo normativo vigente. Sino que se está por la que mejor se adecue al bienestar constitucional establecido, es decir, por aquellas que no violenten derechos de tal raigambre. Aplicar este tipo de interpretación, conlleva a resoluciones arbitrarias, contrarias al artículo 28 de la C.N., donde solo se focaliza en el texto de la ley y nada más.

No se trata de desconocer las palabras de la ley, si no de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo”. Así, estimó que una interpretación exclusivamente literal debía ser rechazada cuando “arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas”, pues “de lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho”²².

Al focalizarse solo en el texto de la ley, sin evaluar si con ello se restringen derechos, garantías o se vulneran principios constitucionales, se afecta el principio *Pro Homine*, internacionalmente reconocido.

Las decisiones jurisdiccionales deben adecuarse a la interpretación hermenéutica que más derechos le reconozca al hombre, en este caso, sería la procedencia del instituto o, llegado el juicio, la procedibilidad de la condena en suspenso. La improcedencia del artículo 45 y 46 del CC, claramente, van en contra del principio hermenéutico, por ceñirse al texto de la ley sin ninguna confrontación con el marco constitucional, empujando irremediabilmente al imputado a una condena de efectivo cumplimiento, vulnerándose el Principio *Pro Libertatis*, que debe ser entendido conjuntamente con el *Pro Homine*.

²² C.S.J.N. “Saguir y Dib”. Fallos:302:1284. 6/11/80.

El legislador local, ha dado una respuesta legislativa contraria a estos principios mencionados, en relación al *Pro homine*, el cual Mónica Pinto ha definido como "... criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del 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 al ejercicio de los derechos su suspensión extraordinaria. **Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre**"²³.

Sin embargo, este principio no debe analizarse aisladamente, como así lo entendió Bidart Campos quien se ha referido al principio de la siguiente manera "*El principio "pro homine" coordinado con el "pro libertatis" indica que el interprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma –interna o internacional–*"²⁴.

Como se advierte, la norma modificatoria del art. 60 del CC, deviene inconstitucional, no solo porque le niega un derecho al imputado -suspensión de juicio a prueba-, si no que el legislador optó por aplicarle una norma que, también, elimine la libertad del contraventor al denegarle la condena en suspenso.

Este principio fue mencionado por la C.S.J.N., en el fallo "Acosta", también en el fallo reciente del T.S.J "Romero Gustavo Facundo S/189 bis", y en el fallo "Perrota Walter", allí en su voto, Ángela Ledesma explicó que "...se debe aplicar la interpretación más amplia, pues ello supone la utilización del derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y la plena vigencia del principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, toda vez que lo contrario implicaría la pérdida del derecho"²⁵.

²³ PINTO Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". Pag. 163. Publicado en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales". Compiladores Martín Abregú y Christian Courtis. 1º Ed. 1º reimpresión. Buenos Aires, 2004. CELS. Ed. Editores Del Puerto. (La negrita me pertenece)

²⁴ BIDART Campos Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino". Tomo I-A. Edición actualizada 1999-2000. Ed. Ediar. P. 388.

²⁵ C.N.C.P., Sala II, causa 8046, 9/5/08.

Es acertado recordar un clásico fallo sobre control de constitucionalidad donde se dijo *“Si se hubiera querido dejar librado a la discreción del Poder legislativo la posibilidad de distribuir el poder Judicial entre la Corte Suprema y los Tribunales inferiores, habría sido ciertamente inútil hacer otra cosa que definir el ámbito de competencia del Poder Judicial en general, mencionando los tribunales a los que corresponde ejercerlo. Si esta es la interpretación correcta, el resto de la norma constitucional carece de sentido”*²⁶.

3.4. Igualdad.

Entiendo necesario plantear dos cuestiones en las que se verá con claridad la afectación, que trajo aparejada la modificación introducida por el artículo 17 de la ley 3361.

A) Creación de una “categoría sospechosa” que goza de la presunción de constitucionalidad, pero que en realidad viene a legitimar la desigualdad, como entiendo que se trata de la modificación del artículo 60 del Código Contravencional.

Aquellos que bregan por la presunción de legalidad de éste artículo, sostendrán que no se afecta la igualdad, debido a que no hay identidad de casos –pese a que el artículo 60 forma parte del Capítulo III, referido a Niños, niña y adolescente, en el cual para el resto de las contravenciones si procede lo previsto en el artículo 45 y 46 del CC, resultando **excluido únicamente, el artículo 60-**. También sostendrán, que el legislador le ha asignado una mayor afectación a esta contravención, por el tipo de sanción que se le otorgó.

Estos argumentos llevan a crear categorías que gozan de una presunción de legalidad, se sustentan en cifras estadísticas, cuestiones de alarma social, que no se corresponden a un marco constitucional y son llevadas adelante por los legisladores, en el intento de cumplir con la expectativa social.

De allí es que surge, en palabras de Gelli, lo que denominó *“categoría sospechosa”*, en donde la misma *“...sufre una suerte de presunción de inconstitucionalidad y aunque no puedan descartarse sin más algunas diferenciaciones legales basadas en ellas, están sujetas a un estricto control de razo-nabilidad y deben responder a un fuerte interés público”*²⁷. *“...utilizan las categorías sospechosas (...) para otorgar a unos lo que, simétricamente, se quita a*

²⁶ “Marbury, William VS. Madison, James” 1803

²⁷ GELLI, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”. 3era Ed.2006. P.188. La negrita me pertenece.

otros. Al mismo tiempo, se ha alegado que las acciones positivas pueden resultar inconvenientes y hasta contraproducentes, bajo el cargo de que cristalizan y conservan las desigualdades”²⁸.

En mi humilde opinión, el artículo 60, pertenece a éste tipo de categoría.

B) ¿Pero qué sucede a nivel nacional? En este ámbito la desigualdad se corrobora, por que como he dicho, las contravenciones, al igual que los delitos, comparten la misma naturaleza jurídica; punitiva. Motivo por el cual, deben prevalecer las garantías constitucionales, con mayor acento aún que en las contravenciones, que implican una menor afectación, ya que si no se les hubiera dado tratamiento de delito.

Por otro lado, la interpretación local que se le ha dado a la suspensión de juicio a prueba es más gravosa por momentos, que para el ámbito penal, sumado a la redacción del artículo 45 del C.C. que contiene la frase “puede acordar”, habiéndose hecho todo tipo de interpretaciones semánticas y, en su mayoría, alejadas de una exégesis garantista y *pro homine*. Al respecto, y sin perder como horizonte interpretativo a la constitución nacional y local, el instituto de la *probation* –implementado como política criminal nacional-, facultad a las provincias para legislar su instrumentación, pero nunca, por debajo de lo dispuesto en el código de fondo, ni tampoco en perjuicio del imputado, comprendo que, **para todas las contravenciones no se requiere ningún tipo de acuerdo y /o consentimiento fiscal.**

Lo afirmado, guarda razón en una interpretación armónica del Código Penal, la supremacía de la Constitución Nacional –art 31-, su receptación en la constitución de la ciudad – art. 10-, las facultades delegadas a las provincias-art.75 inc. 12- y, al tratarse de la misma naturaleza jurídica las contravenciones que los delitos, estos últimos, no requieren, al menos en el primer párrafo del artículo 76 bis del CP, consentimiento o acuerdo del fiscal para la procedibilidad, entonces, por qué debería exigirse tal circunstancia para las contravenciones, cuando son de menor afectación.

El principio de igualdad, se afecta cuando se coarta a los contraventores de la ciudad de Buenos Aires el acceso a la *probation* –que se trata de un derecho como afirmó la Corte Suprema en “Acosta”-, cuando ya existe una norma de alcance federal que, reconocía el instituto para todos los habitantes de argentina, razón por lo que se afecta la igualdad toda vez que

²⁸ Idem. P. 194.

tratándose de igual naturaleza jurídica, pero de distinto grado de entidad, sí procede para una contravención y no un delito.

No olvidemos que la política criminal corresponde al Congreso Nacional, y que la ley 24.316 sentó las bases de una política criminal argentina.

4. Efectos colaterales de un legislar apresurado.

4.1 Declaración de inconstitucionalidad. Salas I y II.

Primero fueron los integrantes de la Sala I, en el fallo “Guan, Tian Xiang s/ 60 del CC²⁹”, quienes tuvieron la oportunidad de expedirse al respecto sobre esta cuestión, y concluyeron en la declaración de inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 60 del CC.

Recordaron la finalidad primordial de la suspensión de juicio a prueba, como aquel instituto que conlleva a lograr una mayor y mejor internalización por parte del presunto infractor a través de las pautas dispuestas, acorde a una finalidad preventivo – especial positiva.

Sergio Delgado, en su voto, reconoció y advirtió el problema que se da en el ámbito contravencional, donde el tratamiento que se le suele dar a determinadas contravenciones suele ser más riguroso que para un delito. Al respecto sostuvo que *“Si bien el legislador porteño ha ideado ciertos mecanismos para sortear estas dificultades, marcando una clara subordinación entre derecho penal y derecho contravencional (art. 15 de la ley 1472), esa relación a veces parece trazarse con dificultad”*³⁰.

Los integrantes de esta sala citaron el fallo de Corte Suprema, “Napoli Erika E”, en cuanto a la garantía de igualdad, que exige que concurren “objetivas razones” de diferenciación que no merezcan la tacha de irracionalidad (Fallos 302:484 y 313:1638, consid. 11 del voto de Belluscio”). Ello reputaría inválida cualquier distinción efectuada

²⁹ C.A.P.C.y.F, Sala I, C. Nº 55759/10. (7/11/11).

³⁰ Fallo citado.

cuando “...la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos 250:410, consid.2)”³¹.

Delgado, advirtió la magnitud desproporcionada con la que el legislador local pretendió dar una “solución” al problema del consumo de alcohol en los menores, y señaló que “...si la intención perseguida por el legislador fue la de otorgar un tratamiento más severo a los casos contemplados, cierto es que también ello puede ser llevado a cabo mediante un agravamiento de la escala penal para el caso de ser hallado culpable, como así también mediante la imposición de pautas específicas concretas y adecuadas –dentro del marco de un acuerdo de suspensión de juicio a prueba– para la satisfacción de ese fin, dejando así salvada la contrariedad en la que, siempre a mi juicio, incurre la norma frente al sistema tomado en su conjunto”³².

Los jueces Vazquez y Marum, indicaron la finalidad preventivo especial del instituto. En su voto refirieron que “...no se advierte la vinculación existente entre los objetivos que se persiguen y la limitación impuesta únicamente respecto de una contravención, máxime teniendo en cuenta la función preventivo especial que posee tanto la suspensión del juicio a prueba como la pena en suspenso”³³.

En relación al derecho a la igualdad, y a las “categorías sospechosas” –en términos de Gelli-, se suele retacear ciertos derechos a determinadas categorías de personas, ambos jueces citaron el fallo de la CSJN “Martínez José Agustín S/robo calificado” (Fallos:312/826. 6/6/1989), “...la garantía de igualdad no exige del legislador una “simetría abstracta”(232.US.138), ni tampoco puede pretenderse de él una perfección matemática impracticable, en casos como en el presente, donde a una clasificación ostensible e injustificadamente incompleta se agrega el estar seriamente afectado un derecho fundamental del individuo, la citada garantía debe ser interpretada con especial estrictez (confr. 316. U.S.535).

Los tres integrantes de la sala si bien reconocieron que la declaración de inconstitucionalidad era de extrema excepcionalidad, advirtieron la irracionalidad y arbitrariedad del poder legislativo local.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem. Voto de los jueces Vazquez y Marum

Coincidieron en este punto, los jueces de la Sala II, en el fallo “Guerrero Christian S/60 del C.C.³⁴”, quienes declararon la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo de mención, en cuanto no procedía la condena condicional –artículo 46 del CC-, y la suspensión de juicio a prueba –artículo 45-.

Al respecto, argumentaron que “...no se advierte la razonabilidad de la decisión legislativa que, sobre la base de criterios de política criminal, coarta la posibilidad de promover algún mecanismo alternativo de resolución del conflicto cargando sobre las espaldas de un grupo selecto de contraventores las consecuencias estigmatizantes de una eventual condena, máxime cuando en el código contravencional se tipifican conductas que protegen el mismo bien jurídico tutelado en el art. 60 –integridad psicofísica del menor- y que prevén penas que, en algunos casos, resultan aún más elevadas que la de aquella norma, reflejando un mayor grado de reproche, pero que sin perjuicio de ello son pasibles de resolverse mediante la suspensión del proceso a prueba. Basta en tal sentido releer el artículo 59 bis del CC que dispone pena de arresto que puede ascender hasta los 90 días. Tal circunstancia evidencia un tratamiento diferenciado que no obedece a argumentos sólidos y razonables y que, por tal motivo, tornan arbitraria la norma en discusión”.

Declaración de inconstitucionalidad en primera instancia.

El titular del Juzgado Contravencional, Penal y de Faltas N° 23, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 60 del Código Contravencional, en el caso “G.C s/61 del CC”³⁵

En este caso se presentó de manera conjunta, ante el juez, el pedido de suspensión de juicio a prueba entre el imputado, con su defensa, y el titular de la vindicta pública, pese a existir la prohibición legal.

El juez sostuvo que la norma era contraria al principio de proporcionalidad y que “...la prohibición, *in totum*, de acceder a la suspensión del proceso deviene desproporcionada e irrazonable en los términos del artículo 28 de la Constitución

³⁴ C.A.P.C.y F. C.8161/11. 13/2/12.

³⁵ Causa N° 26746/11. Fecha 7/11/11.

Nacional”. Consideró, que se afectaba el principio de igualdad, contemplado en el artículo 16 de la Constitución Nacional “...por cuanto el resto de las contravenciones previstas en la Ley 1472, se encuentra contemplada la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, y por consiguiente considero desmesurada, y conculcatoria del artículo 16 de la Carta Magna, la prohibición.

Entendió que debía hacerse una interpretación *Pro Homine*, sumado a que el artículo 3 de la ley 1472, incorporaba al sistema contravencional todos aquellos principios, derechos y garantías de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales, incorporados al artículo 75 inciso 22.

Palabras Finales.

Escribir acerca de las conclusiones que podrían extraerse de la exposición, sería una reedición sobre lo ya dicho, por la razón que las mismas han quedado plasmadas en el transcurso del trabajo, pero sí creo adecuado que sea Kafka con su “Proceso” - siempre tan actual y exacto para el mundo judicial-, quien le dé un cierre. Para ello, transcribiré una conversación que mantenía el personaje K, con un pintor, sobre la acusación, la inocencia y la función de la justicia, que entiendo acertado para el presente caso, por el tratamiento que le impuso la ley 3361, en su artículo 17 al imputado, a quien, se lo presume culpable.

Dice así.

- *¿Pero es usted inocente?*

- *Desde luego – respondió K.*

- *Es lo esencial –respondió el pintor.*

Las objeciones no influían en él, pero a pesar de su tono decidido, no llegaba a saber si hablaba por convicción o simplemente por indiferencia.

Por eso K., deseando elucidar ante todo ese punto, le dijo:

- Usted conoce seguramente la justicia mucho mejor que yo; de ella no sé más de lo que he oído decir a ciertas gentes. Pero he encontrado a todo el mundo de acuerdo en afirmar que la acusación más insignificante no queda anulada así no más. Sino que la justicia, una vez que ya ha formulado la acusación, se encuentra firmemente convencida de la culpabilidad del acusado. Según parece, no se puede sino muy difícilmente quebrantar esa convicción.

- ¿Difícilmente? –preguntó el pintor levantando una mano-. Mejor diga que la justicia nunca abandona tal convicción. Si yo pintase aquí sobre una tela a todos los jueces reunidos y usted se defendiese delante de esta tela, no obtendría más que frente a la justicia real³⁶.

³⁶ Kafka Franz, El proceso. Ed. Gárgola. Buenos Aires. 1º Ed. 2004. P.177.