

¿Hacia dónde va el Derecho Contravencional? Reflexiones sobre la criminalización de la actividad lucrativa ejercida en la vía pública (art. 83 del Código Contravencional).

Por Gonzalo Segundo RUA.*

“...Una Nación no debe ser juzgada por el modo en que trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los de más bajo”. NELSON MANDELA (1994).¹

I.- INTRODUCCIÓN.

Cuando comenzaba a regir el nuevo Código Contravencional a comienzos del año 2005, y un poco antes también, en momentos de llevarse a cabo las Jornadas tituladas “*La nueva legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”, organizadas en la Universidad de Buenos Aires por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad (MAFUCABA), en los últimos días del mes de noviembre de 2004, se debatía sobre la belleza y sobre los defectos que el nuevo cuerpo normativo traería consigo.

En aquella oportunidad, los más optimistas, hablaban de la importancia de la inclusión del instituto de la “probation” como forma de solucionar los conflictos que se suscitan en una causa contravencional -dejando atrás la discusión generada en el fuero respecto de si, ante el silencio del legislador, se podía conceder una probation aplicando en forma subsidiaria las normas respectivas del Código Penal-, del aumento del exiguo plazo de prescripción y de la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de la primera condena, como los aspectos más saludables del nuevo orden normativo. Otros -entre los que me incluyo-, quizás no tan optimistas y más allá de considerar esos aspectos de la reforma como positivos, criticábamos con dureza la sanción de la ley 1472, que no sólo se ocupaba de aumentar las conductas punibles, sino que, en gran medida, dejaba atrás aspectos novedosos y modernos del primer

* Juez a cargo del Juzgado Contravencional y de Faltas nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹ Frase también citada por Mario Alberto Juliano al comienzo de su trabajo titulado “El rol del Poder Judicial en el fenómeno del indiscriminado encarcelamiento preventivo.”, publicado en el Suplemento mensual del mes de mayo de 2006, de Derecho Penal y Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la página www.eldial.com. Opté por comenzar con la misma frase por creer que se adecua exactamente a la esencia de estas reflexiones.

código contravencional de la joven Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que el pensamiento del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni había dejado una marca profunda.²

Hoy, a casi un año y medio de la vigencia del nuevo Código Contravencional, nos encontramos en condiciones de hacer un pequeño balance sobre los primeros pasos que esta ley ha dado. Y en mi opinión, parece ser que el nuevo Código engendrado se asemeja a un cangrejo que al dar sus primeros pasos, en vez de avanzar junto a los modernos principios que el Constituyente estableció, ha retrocedido hacia un sistema menos preocupado por la solución del conflicto,³ un sistema que criminaliza una mayor cantidad de conductas y que utiliza la medida cautelar del secuestro de mercadería en lo que respecta a la actividad lucrativa en la vía pública (art. 83 del Código Contravencional)⁴ como forma de anticipo de pena,

² En aquella oportunidad, al momento de exponer afirmé lo siguiente: "...hoy nos encontramos en las vísperas de la vigencia del nuevo código, con proyectos de ley que, desde el ejecutivo, intentan modificar algunas de las cláusulas que tienen que ver con la correcta utilización del espacio público. Esta modificación, en vez de implicar un avance en el tercer milenio, conducen francamente hacia un retroceso, adoptándose nuevamente un sistema arcaico de penas, que en nada favorecen hacia el acercamiento a la meta que oportunamente se fijara: el bregar por una pacífica convivencia de la población con métodos y penas alternativas para la solución del conflicto y criminalizando nuevas conductas que, de antaño, resultaban lícitas desde la faz penal, lo que atenta contra la finalidad de "última ratio" que posee todo el ordenamiento penal.

He de hacer notar que en este nuevo ordenamiento son varias las normas que se han integrado a la parte especial donde se tipifican las figuras contravencionales. Y en muchas de ellas se tiende a criminalizar conductas propias de los sectores menos favorecidos, logrando de ese modo tender más a la marginalidad que a la integración de esos sectores que son claramente captados por la criminalización secundaria, ya sea por su vulnerabilidad como así también por la fácil captación de parte de las agencias policiales.

Por otro lado, también se observa fácilmente del nuevo digesto contravencional para la Ciudad la proliferación de figuras de peligro, siendo una de las armas principalmente elegidas para casos en que la sociedad exige seguridad y una mal entendida efectividad del sistema." (El texto que sirvió de base a mi conferencia fue publicado bajo el título "El abuso del espacio público en la Ciudad de Buenos Aires", en Revista de Derecho Penal, Sección "Delitos, contravenciones y faltas de la CABA.", Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, nro. 3, pág. 175 y sig.)

³ Claramente el haber eliminado el menú de penas con que contaba el juez al arribar a una sentencia condenatoria –que iba desde un mero apercibimiento hasta la pena de arresto, pasando por la reparación de la víctima y trabajos de utilidad pública- conspira con la finalidad de solucionar conflictos a través de penas flexibles y alternativas.

⁴ Art. 83 del Código Contravencional. USAR INDEBIDAMENTE EL ESPACIO PUBLICO. Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de doscientos (\$ 200) a seiscientos (\$ 600) pesos.

Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado/a con multa de cinco mil (\$ 5.000) a treinta mil (\$ 30.000) pesos.

No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria.

despreocupándose ante la escasez de sentencias condenatorias en lo que hace a esa figura contravencional.⁵

II. ESTADÍSTICAS.

Según nos muestran las Estadísticas del fuero elaboradas por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, haciendo un preciso balance del primer año de funcionamiento de la ley 1472, durante el año 2005 se labraron ocho mil cuatrocientas ochenta y seis (8.486) actas contravencionales por presunta infracción al art. 83 del Código Contravencional,⁶ obteniéndose tan solo sesenta y nueve (69) condenas,⁷ lo que representa un margen de condenas del 0,81%.

Si a ello se le suma que de las 69 condenas, 68 fueron dictadas a través del instituto de Juicio Abreviado, el porcentaje de condenas dictadas luego de un Debate oral y público es del 0,011 (lo que equivale a 1 condena cada 8.486 casos).⁸

En una lógica de cualquier analista ajeno al sistema y teniendo en consideración la causa de no punibilidad contemplada en el 3er párrafo del art. 83 CC, fácilmente se concluiría de una simple lectura del tipo y de las estadísticas relevadas, que la crisis socio-económica que con fuerza inusitada atacó al país en mayor medida

⁵ La convalidación de la medida cautelar de secuestros de mercadería obedece a lo normado por el art. 35 del Código Contravencional, en el sentido que, de recaer condena, la mercadería sería pasible de decomiso.

Concretamente el art. 35 del CC. establece lo siguiente: “La condena por una contravención comprende el comiso de las cosas que han servido para cometer el hecho...”

⁶ De los datos suministrados por el Área de Información Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que gentilmente me proporcionó la Licenciada María Valeria Quiroga, a cargo de la Oficina de Información Judicial, a quien agradezco desde ya su esfuerzo en la búsqueda de información), del informe anual del Ministerio Público Fiscal se desprende que durante el transcurso del año 2005 se labraron treinta mil seiscientos noventa y un (30.691) actas contravencionales, de las que del 27.6 % (8.486) han sido por presunta infracción al art. 83 del Código Contravencional.

⁷ La información sobre la cantidad de condenas fue suministrada por el Registro de Contravenciones dependiente de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas. El escaso margen de condenas se hace más llamativo teniendo en consideración que, por regla general, la causa se inicia con el secuestro de la mercadería exhibida a la venta que –en casi la totalidad de los casos- tal medida cautelar es convalidada por el Juez interviniente. De modo tal que estamos haciendo referencia a causas en las que se privó al imputado de la tenencia de determinados bienes al inicio de las actuaciones.

⁸ Es llamativo que de la totalidad de las sentencias condenatorias dictadas, solo una haya sido luego de un debate oral y público, mientras que 68 han sido dictadas luego de un acuerdo de juicio abreviado. Cabe puntualizar que la Ley Procesal Contravencional no exige al Juez celebrar una audiencia de contacto con el imputado previo a homologar el acuerdo de Juicio Abreviado, ni siquiera en las causas que tramitan por ejercicio de actividad lucrativa en la vía pública (art. 83 CC), en las que el contacto con el imputado puede ser relevante a los fines de descartar o no la venta fue de “mera subsistencia” que se encuentra fuera del pragma típico. Los números hablan por si solos.

en el año 2001, no fue dejada de lado por los que operan en el sistema contravencional, quienes tan solo en 69 ocasiones han encontrado penalmente responsable a quien realiza una actividad lucrativa en la vía pública. De modo tal que, de acuerdo al tercer párrafo del art. 83 del CC., si no constituye contravención la conducta de los más débiles de la sociedad que, pese a las adversas condiciones climáticas, para subsistir trabajan día entero en la vía pública ofreciendo a la venta lo que tienen a su alcance, debiera mantenérselos durante el trámite del proceso en poder de su mercadería, no estableciéndose sobre aquéllas medida cautelar alguna.

Cabe aclarar que no me refiero a la conducta de aquellos que con cierto poder económico, aprovechándose de la endeble situación socio-económica de otros, los contratan en “negro” y en condiciones precarias para que comercialicen sus mercaderías, o la de quienes contravienen la normativa de marcas, situación que claramente escapa al tipo, sino que nos referimos a aquellos que luchan por salir de la indigencia con el único recurso que les queda.

Sin embargo, lamentablemente –en líneas generales- esa no fue la lógica judicial por cuanto es sabido que en el fuero -casi como regla que no encuentra excepción- en forma religiosa y casi sin cuestionar se convalida el secuestro de la mercadería ni bien iniciada la investigación; ello, ante la eventualidad de que pueda recaer una sentencia condenatoria y, por ende, tales bienes puedan ser decomisables (art. 35 del C.C.),⁹ sin analizar, en esa instancia procesal, si el ejercicio de la actividad lucrativa está afectando el uso que otros puedan hacer del espacio público, ni si la situación particular del presunto infractor pueda indicar que la actividad es de aquellas de mera subsistencia que no resultan punibles.

No es la intención del presente trabajo debatir desde un plano dogmático cuál es el interés que debe primar en el caso entre la protección de la propiedad del presunto infractor vs. el interés estatal de secuestrar la mercadería ofrecida a la venta para asegurar un eventual posterior decomiso. Tampoco pretendo aquí distinguir aquellos casos en los que la mercadería secuestrada es fungible y perecedera –que ante un eventual secuestro, ocasiona la irremediable pérdida de la propiedad-, ni la de analizar la viabilidad de otro tipo de caución (de tipo personal, real o juratoria)¹⁰ o la

⁹ Si bien no se cuenta con una estadística precisa sobre la convalidación de los secuestros en lo que respecta a la figura del art. 83 del CC., es sabido que en la práctica judicial se suele convalidar todo secuestro de mercadería proveniente del ejercicio de la actividad lucrativa en la vía pública.

¹⁰ En los casos de secuestro de mercadería perecedera, en atención a tal condición y a su carácter fungible, he optado por no convalidar la medida cautelar impuesta por el Ministerio Público Fiscal y

entrega en carácter de depositario judicial, para poder cumplir con lo normado por el art. 35 del C.C. ante una eventual condena. Sobre los fundamentos por los que doy preponderancia al derecho a la propiedad basta con revisar mi opinión, entre otros, en los precedentes causa 284 MPC (expediente 1624/05) “Ávila, María del Carmen s. Art. 83 CC.”, resuelta el 23 de mayo de 2005; y causa 763 MPC (expediente 5720/06), “Rivero, Rubén Horacio s. Art. 83 CC.”, resuelta el 23 de febrero de 2006, ambos del registro del Juzgado Contravencional y de Faltas nro. 6, a mi cargo.

Paradigmáticamente, si alguien quisiera aplicar la lógica del “niño reflexivo” a la que Sancinetti aludiera en su obra “Ilícito personal y participación”¹¹, y quisiera castigar o penar a alguien por realizar una venta ilegal de mercadería en la vía pública -.suponiendo que en todos los casos ello está prohibido-, comenzaría -y tal vez no habría necesidad de otra pena- por secuestrar inmediatamente los elementos ofrecidos. Pero si la venta en la vía pública estuviera permitida en aquellos casos en los que se realiza para la mera subsistencia -tal como lo establece la norma-, seguramente negaría la posibilidad al Estado de privarle de su propiedad.

Seguramente reflexionaría que si, en el último año, solo se obtuvieron 69 condenas de las 8.486 actas labradas, es altamente probable que quien realiza una actividad lucrativa en la vía pública –si lo ofertado no es de grandes dimensiones-, esté ejercitando la actividad como una forma de subsistencia. Si esto es así, continuaría su reflexión, es posible que su conducta sea lícita desde la órbita contravencional y que no corresponda dictar una condena. Así, menos aún se le podría excluir la tenencia de sus bienes con el dictado de una medida cautelar de secuestro.

Sin embargo, la lógica del “planeta contravencional” marca otros ritmos. Ante lo indicado por las estadísticas respecto de que, casi en su totalidad, se convalidan los secuestros aludidos pero prácticamente no se arriba al dictado de sentencias condenatorias,¹² estamos concluyendo que no son punibles dichas conductas en la forma en que se realiza la actividad lucrativa en la vía pública, como

restituir los bienes a su titular bajo caución juratoria, debiendo éste devolver igual cantidad de mercadería o su importe, en caso de recaer sentencia condenatoria. En tal sentido ver, entre otros, causa 723 MPC del registro del Juzgado Contravencional y de Faltas nro. 6, a mi cargo, (expte. 4712-06), caratulada “Solís, Alejandro por art. 83 del C.C.”, resuelta el 9 de febrero de 2006.

¹¹ Publicado por Ed. Ad-Hoc, 1997, pág. 19 y sig.

¹² Muchos de estos casos finalizan con la aplicación del instituto de la “probation”, en la que el Ministerio Público Fiscal se conforma con el decomiso de los bienes secuestrados, sin fijar casi otra regla de conducta que no sea las contempladas en los dos primeros incisos del art. 45 del Código Contravencional.

claramente lo estableció el legislador, pero les estamos decomisando igualmente la mercadería.

III. BREVE BALANCE.

Quienes participamos como actores principales en el sistema contravencional no debemos ser ajenos a lo que nos están marcando las estadísticas al momento de evaluar la viabilidad del dictado de una medida cautelar ni olvidar la situación socio económica que existente en Argentina y que afecta gravemente a la clase más baja.

Si al convalidar un secuestro efectuado por el Ministerio Público Fiscal la fundamentación se centra exclusivamente en evitar que al momento de dictar una sentencia condenatoria en orden al art. 83 del C.C. no se pudieran decomisar las cosas que –presumiblemente- sirvieron para cometer la contravención, debiéramos preguntarnos ante el escaso margen de condenas, qué estamos cautelando.

Tal vez el evitar que las veredas de la Ciudad de Bs. As. se abarrotan de personas que ejercen actividades lucrativas en la vía pública como forma de subsistencia sea el único objetivo realmente buscado -lo que denotaría no solo una política estatal discriminatoria, sino también que el verdadero fin de la medida cautelar está siendo un claro anticipo de pena- y el silencio de los que difícilmente tengan voz en el proceso coadyuve con éstos fines que claramente están fuera del marco normativo y de lo pretendido por el legislador.

Nótese que realizo está afirmación con el sustento fáctico que, en la infinidad de cautelares que han ingresado al fuero, sólo en una o dos oportunidades quien sufrió el secuestro de la mercadería que ofrecía a la venta se presentó a la sede del Juzgado a mi cargo a reclamar su devolución. Frente a este cuadro, sólo dos son las respuestas posibles a esa realidad: o no les preocupa que el Estado haya procedido al secuestro de sus bienes (cuestión poco probable), o bien, no tienen conocimiento de sus derechos ni tampoco saben dónde hacerlos valer, lo que deja traslucir que el acceso universal a la Justicia hoy es incuestionablemente una utopía.

IV. ALGUNA CUESTIÓN NORMATIVA.

He afirmado párrafos antes que no es mi intención darle al presente trabajo un lenguaje jurídico destinado sólo para aquellos que entiendan un discurso de

elite por ser destinado a unos pocos. Sólo pretendo llegar a la lógica general, al sentido común. Sin embargo me veo en la obligación de realizar algunas precisiones de corte normativo.

En primer lugar, no debemos pasar por alto que el bien jurídico tutelado en el tipo no es ni evitar el contrabando de mercadería, ni el proteger la propiedad intelectual, ni mucho menos evitar la evasión impositiva ni nada que se le parezca. Tan solo se pretende tutelar el correcto uso del espacio público.

De modo tal que si la actividad lucrativa que realiza una persona no afecta la posibilidad de que un tercero pueda usar el espacio público,¹³ la conducta claramente estará fuera del alcance del tipo al no lesionar ni menoscabar el bien tutelado por la norma. En tal sentido, mientras meditaba estas breves líneas caminando por la Ciudad, observaba el lugar que ocupaba en la Av. Cabildo una señora que ofrecía cerca de cien pares de medias a la venta,¹⁴ advirtiendo que el lugar que ocupaba era sensiblemente inferior al metro cuadrado, quedando claramente espacio suficiente para poder caminar. Sin embargo, este tipo de circunstancias no son tenidos en cuenta al momento de convalidar o no el secuestro ordenado por el Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, si bien la dogmática ha sido establecida para predecir las decisiones judiciales, de modo tal que el ciudadano medio pueda adecuar su comportamiento a la ley, y más allá de la ficción que, en mayor medida, ello representa para quien se encuentra fuera del lenguaje judicial, claramente resulta difícil predecir o clasificar en la dogmática a qué se debe la causa de no punibilidad establecida por el legislador en el tercer párrafo del art. 83 del Código Contravencional.

En tal sentido, y en resumidas cuentas, mientras que la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas ha concluido que “la venta de mera subsistencia

¹³ Sobre la imposibilidad de imputar a una única conducta el daño al uso del espacio público que puede generar un universo de conductas iguales, ver los argumentos desarrollados en el trabajo “¿Puede el Estado prohibir toda proposición de tinte sexual, cuando el ejercicio de la prostitución es una actividad lícita?”, en el Suplemento Penal y Contravencional de la Ciudad de Bs. As. de la página “eldial.com”. (El dial – DC695, del 11 de agosto de 2005). El tema fue abordado en el apartado 4.1.B.b. titulado “Daños provocados por la actividad colectiva de oferta de sexo”.

¹⁴ Cabe puntualizar que no se indica aquí la dirección exacta por la firme intención de no dejar asentada la zona ni la seccional correspondiente al lugar. Por otro lado, también he de resaltar que, tratándose de un sistema contravencional en el que rigen los principios del proceso acusatorio, no corresponde al suscripto en su rol de Juez proceder de oficio ante una posible contravención.

se trata de una situación excepcional que incide en la autodeterminación del sujeto”¹⁵, la Sala II ha entendido que “la venta de mera subsistencia alude a una categoría de productos que debe ser evaluada conforme los parámetros del principio de insignificancia o de bagatela...”¹⁶

Por mi parte, considero que la venta de mera subsistencia está aludiendo a un supuesto de falta de tipicidad, en la que el legislador, siguiendo los lineamientos de la dogmática penal moderna de anticipar categorías, ante la clara preponderancia del interés superior del individuo que realiza una actividad lucrativa de subsistencia frente al interés estatal de reglamentar o limitar una actividad, ha optado por la primera, dejando fuera del tipo la actividad lucrativa realizada de ese modo, evitando así la criminalización de la pobreza.¹⁷

¹⁵ Conf. Cámara Contravencional y de Faltas, Sala I, Causa nro. 249/05 “More Castillo, Rosario s. Inf. Al art. 83 C.C.”, del 16 de septiembre de 2005. El fallo se encuentra publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. Lexis Nexis, nro. 16, Sección “Derecho Contravencional y de Faltas”, pág. 1945 y sig. En dicha oportunidad, se afirmó que “la venta de mera subsistencia se relaciona con las condiciones personales del autor en la medida en que para establecer si el producido de la venta se destina a la mera subsistencia no puede prescindirse de la valoración de la situación personal, económico social, en la que se encuentra el autor...” “Sentado lo expuesto, resta analizar si en el caso, el injusto probado le es reprochable al autor, o si, por el contrario en la situación concreta no le era exigible al autor una conducta correcta, para lo cual no debe perderse de vista que la venta de mera subsistencia se trata de una situación excepcional que incide en la autodeterminación del sujeto”.

¹⁶ Conf. Cámara Contravencional y de Faltas, Sala II, Causa nro. 166/05 “Tissot, María por art. 83 CC.”, del 9 de septiembre de 2005. El fallo se encuentra publicado en el mismo número de la Revista citada, pág. 1940 y sig. Allí se mencionó que: “la cuestión queda restringida a la verificación de concurrencia de los dos requisitos legislados en el párrafo tercero del art. 83 del CC –texto según ley 1472-; primero, determinar si los artículos ofrecidos a la venta por la encartada pueden ser subsumidos en las categorías descriptas por la norma –requisito positivo- y luego, si a pesar de responder a tal naturaleza no importan competencia desleal efectiva para los comercios de la zona donde se lleva a cabo la actividad lucrativa –requisito negativo-. En este sentido, entendemos que la enumeración efectuada por el legislador –baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia- alude a una categoría de productos que debe ser evaluada conforme los parámetros del principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva, operando como máxima de interpretación restrictiva del tipo...”

¹⁷ Tal como lo afirmé en el trabajo “El abuso del espacio público, antes citado”, considero que: “Resulta claro que, ante la evidente tensión que existe en la Ciudad de Bs. As., en lo que respecta al conflicto entre vendedores ambulantes y comerciantes, se ha dado preeminencia a la posición de los segundos por sobre los primeros, creando la presente figura contravencional. No obstante la solución de política criminal a la que arribara el legislador local –aumento del poder punitivo- también se advierte que no quiso dejar en situación de vulnerabilidad a quienes encuentran en la vía pública el único medio de subsistencia. Expresamente se dejó fuera del tipo a la “venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”. De haber incluido dentro del pragma típico a estos casos, los hubiera dejado en una clara desprotección que, en poco tiempo, posiblemente hubiera sido aprovechado por las agencias estatales para su criminalización secundaria, ante la precariedad de la actividad y su exposición pública. Por ello, el legislador dividió las aguas y acotó el alcance del poder punitivo ya desde la tipicidad, al excluir los casos de venta ambulante que tienen en mira la mera subsistencia.” (conf. ob. cit., pág. 210).

Por el contrario, hay quienes han concluido que “...la venta de mera subsistencia constituye una causa de exclusión de la antijuridicidad analizable en ese segmento del proceso secuencial como caso de

Es así que, frente a la clara indicación del legislador de dejar fuera del marco prohibitivo la actividad lucrativa en la vía pública para mera subsistencia y, por ende, fuera de toda posibilidad la aplicación de una medida cautelar sobre los bienes de quien la ejerce, se han ensayado diversas respuestas a algo tan simple como el mensaje del legislador de no criminalizar en forma primaria la venta en la vía pública de quien se encuentra en una situación crítica.

No suficiente con ello, la criminalización secundaria de la venta en la vía pública goza de la mayor irracional selectividad que me haya tocado observar en toda mi carrera judicial. Sin una clara razón legal, personal policial procede a secuestrar en algunos supuestos la mercadería ofrecida en la vía pública, mientras que en otros permite que se realice dicha actividad por todo el ámbito de la Ciudad sin siquiera intervenir, ante el burocrático silencio de quienes, en un sistema acusatorio, deben evitar que ello ocurra, dirigiendo el control selectivo del personal policial. Basta con recorrer la Ciudad de Buenos Aires para no poder negar ni callar esta afirmación.

En ese sentido, y sobre la posible solución que pueda proporcionar el proyecto de oralizar las medidas cautelares en el fuero Contravencional, implementado por el Consejo de la Magistratura (Resolución nro. 136/06 del CMCABA, de fecha 21 de marzo de 2006), que comenzará a regir desde el mes de junio del corriente año con los jueces, fiscales y defensores que aceptaron participar, dudo de su pretensión de éxito si en la audiencia de convalidación del secuestro no concurre el imputado, ni se establecen los mecanismos para lograr que éste quede notificado y tome efectivo conocimiento de la importancia de que concurra para dar cuenta de su situación socio-económica y sus condiciones de vida, relevantes para la tipicidad de la conducta.

V. ALGUNOS PENSAMIENTOS FINALES.

En síntesis, a más de un año de vigencia del Código Contravencional, quienes de algún modo somos partícipes del sistema judicial debiéramos cuestionarnos si estamos convalidando casi la totalidad de los secuestros de mercadería de las causas iniciadas por presunta infracción al art. 83 del Código Contravencional y casi no se han obtenido condenas sobre esta figura, ¿qué estamos cautelando? ¿una eventual condena que se registra en un 0,81% de los casos en que

consentimiento, y que la ocurrencia de sus extremos neutralizará el carácter antijurídico contravencional de la conducta pero no su adecuación típica" (conf. José Perez Arias, "Acerca de la interpretación dogmática del art. 83 parr. 3 del Código Contravencional", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Sección Derecho Contravencional y Faltas, Ed. Lexis Nexis, nro. 5/2006, pág. 895 y sig.)

se secuestra mercadería? ¿Debemos secuestrar o convalidar secuestros en estos casos cuando por regla quien realiza una actividad lucrativa en la vía pública es porque se encuentra con el único y último recurso para sobrevivir?

Ante la postura del legislador de dejar fuera del alcance del tipo estos supuestos, no debemos –el principio de legalidad lo prohíbe- ir más allá de la intención del legislador y evitar discusiones inertes sobre el alcance dogmático de un supuesto de no punibilidad. La no punibilidad en casos de mera subsistencia no es más que eso, no criminalizar la pobreza, no excluir a los más excluidos.

No pretendo criticar posturas contrarias a la sostenida en este trabajo. Bregando por la tolerancia no me permitiría mostrarme intolerante frente a ideas contrarias. El propósito de estas breves líneas es dejar al descubierto la realidad que muestran las estadísticas después de más de un año de vigencia del nuevo Código Contravencional para reflexionar sobre lo que ellas, en forma indisimulable, nos están exhibiendo.

Las estadísticas indican que el dictado de medidas cautelares, ante la escasez de sentencias condenatorias, está transformándose en un recurso para criminalizar y anticipar pena y no para evitar que el decomiso de un efecto, ante una eventual sentencia condenatoria, pueda ser eficaz.

Concluyendo con la frase de Mandela que encabeza esta reflexión, no corresponde a un buen Estado criminalizar a quienes, por su falta de recursos, no tienen voz en el proceso para defender su legítimo derecho a la propiedad.