

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRAVENCIÓN DE ESTADO DE EBRIEDAD. UNA SEÑAL DE ALARMA FRENTE AL IRRACIONALISMO IMPERANTE EN EL CÓDIGO DE FALTAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

*Por Juan Manuel Neumann**

I. INTRODUCCIÓN: UNA SEGUIDILLA DE REACCIONES ENCONTRADAS

En la mañana del lunes 18 de septiembre de 2006, al llegar a mi trabajo, me encontré con una novedad. La Prosecretaria Administrativa nos consultó a mí y a mis compañeros si habíamos leído una noticia que había sido publicada en el diario “Clarín” el día anterior. Nos comentó que ella sólo había podido -apurada- leer el titular de la misma, pero que se refería a un fallo dictado por un Juez Correccional de Necochea que había sobreseído a un “conductor ebrio” por considerar inconstitucional la figura contravencional que, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, supuestamente reprime tal conducta.

El tema me interesó, y gracias a esa maravillosa herramienta que es internet pude más tarde ingresar a la página web del citado matutino y observar la mentada nota periodística¹. La primera sensación que tuve al leer el titular, el copete y los dos primeros párrafos fue de sorpresa y cierta incredulidad, pues francamente no me parecía razonable que un juez pudiera sostener que “el Código Contravencional que pena a los que manejan alcoholizados es `anticonstitucional’”².

Y en efecto, no me faltaba razón. A veces, en este tipo de casos en los que se intenta reseñar un fallo judicial, con el afán de informar -y otras sólo con el objeto de generar polémica- algunos medios publican una información sin antes hacer un análisis de lo que están diciendo o, en su defecto, sin asesorarse acerca de si lo que aseveran es lo que realmente expresa la sentencia. En esta ocasión, ocurrió algo

* Abogado (U.B.A.). Prosecretario Coadyuvante del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-mail: jneumann@jusbaire.gov.ar

¹ La misma se titula “Polémica por un fallo a favor de un conductor ebrio”, y si se carece del ejemplar del 17 de septiembre pasado, puede consultarse en www.clarin.com/diario/2006/09/17/sociedad/s-04601.htm.

² Textual de la nota citada, segundo párrafo.

parecido, pues con sólo avanzar en la lectura de la nota³, se verifica que lo que en principio aseguró el periodista que la redactó no es lo que el juez de la causa resolvió.

La idea central del fallo se encuentra en la inconstitucionalidad del artículo 72 del “Código de Faltas”⁴ de la Provincia de Buenos Aires (Decreto-Ley N° 8031/73), que reprime con las penas de multa del quince al cuarenta por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y arresto de hasta cuarenta días al que *“transite o se presente en lugares accesibles al público en estado de ebriedad o se embriague en lugar público o abierto al público”*, duplicando la pena *“si se ocasionare molestias a los demás”*. Contrariamente a lo afirmado en el diario, en ningún momento se consideró inconstitucional el conducir alcoholizado.

Al llegar entonces a este punto de la lectura, tan sólo unos segundos después, mi impresión respecto del pronunciamiento que a través de estas líneas tengo el gusto de comentar se modificó radicalmente, pasando de incredulidad a satisfacción, la cual sin duda alcanzó su punto máximo luego de examinar la totalidad de la sentencia, y los acertados argumentos en los que el juez Mario Juliano basó su decisión, los cuales se analizarán sucintamente más abajo.

No obstante ello, este fallo me generó una gran inquietud. A pesar de trabajar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, he vivido toda mi vida en la Provincia del mismo nombre -concretamente en la zona sur del Gran Buenos Aires-, y pese a ser un joven profesional del derecho y desempeñar mis funciones en el área del Derecho Penal, debo reconocer que desconocía totalmente la normativa contravencional que rige en el ámbito donde vivo. Por ello, y ante la perspectiva que se podía avizorar del fallo comentado, decidí acercarme a la ley en cuestión, y recorrerla someramente⁵.

³ Concretamente, en el quinto párrafo de la nota en cuestión.

⁴ Llamado oficialmente así, podría perfectamente también denominárselo “Contravencional”, ya que no se trata de un cuerpo legal que reprima cuestiones atinentes al poder de policía administrativo - como por ejemplo el tránsito, o los incumplimientos a normas de habilitaciones, edificación o planeamiento urbano-, sino que regula cuestiones que -en principio- se suscitan en el ámbito de la convivencia diaria de los ciudadanos. Otra cuestión interesante a destacar es que la norma mencionada es a la vez sustantiva y adjetiva, pues establece las pautas generales que debe tener el procedimiento que se siga a una persona por la infracción a alguno de los tipos legales que ella prevé.

⁵ Debo agradecer a Gonzalo Segundo Rúa por haberme facilitado el texto de la norma y, luego, por haberme invitado a redactar estas reflexiones.

Lamentablemente, mis peores temores se vieron no sólo confirmados, sino por demás superados, hasta el punto de llegar a la conclusión que por aberrante, anacrónica, irracional y autoritaria, la ley en cuestión parece sinceramente irreal. Es por ello que previo a analizar brevemente lo que nos deja la sentencia a la que se hiciera referencia y dejar planteadas algunas reflexiones que la misma me suscita, invito al lector a hacer un pequeño paseo por algunos pocos artículos del Decreto-Ley N° 8031/73.

Creo firmemente que conocer -aunque sea someramente- ciertos aspectos de esta norma no sólo nos va a proporcionar a todos quienes habitamos o desarrollamos nuestras actividades en la Provincia de Buenos Aires una dimensión más o menos certera del inmenso peligro que nos acecha cada día cuando deambulamos por las calles bonaerenses, sino que permitirá también al lector entender más claramente la enorme relevancia del fallo. Y lo que es aún más grave: nos va a posibilitar conocer a qué se enfrentan quienes -por su falta de medios para poder subsistir en forma digna- son los principales “clientes” de este sistema: los que no tienen voz para protestar contra él, ni mucho menos chances de modificarlo.

II. UN (MUY) SOMERO REPASO A UN CONGLOMERADO DE ABERRACIONES JURÍDICAS, Y ALGÚN APUNTE AL RESPECTO

Obviamente, escapa al objetivo de este trabajo hacer un estudio sistemático, crítico y lo suficientemente profundo del llamado Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires. Lo que me propongo en los párrafos que siguen es simplemente dar un escueto pantallazo de lo que sin duda constituye uno de los peores cuerpos normativos que -en materia penal⁶- existe en nuestro país.

⁶ Sin perjuicio de que aún existan algunas opiniones autorizadas que niegan entidad penal al Derecho Contravencional (v.gr. MAIER, JULIO B. J., “Sistema penal y sistema contravencional” en revista “Actualidad en el derecho público”, sexto año, segunda época, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo-agosto 2000, pág. 27 y ss.), es oportuno aclarar que participo plenamente de la posición contraria, ya que estimo que la diferencia entre una y otra clase de ordenamientos es meramente cuantitativa. Así lo ha afirmado EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, señalando que “el derecho contravencional no es más ni menos que una rama del Derecho Penal, del cual está diferenciado tan sólo por su menor cuantía y su tipicidad orientada hacia la normal convivencia de una población determinada” (“Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Tomo I, págs. 243 y ss., Buenos Aires, 1988). Esta opinión fue a su vez reafirmada en la nueva versión de dicha obra, realizada junto a ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, donde se sostuvo que “*el derecho contravencional es derecho penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste*” y que “no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa”, por lo que los ordenamientos que se dicten con referencia a esta última materia “no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución Nacional y al derecho internacional

El texto legal en cuestión, como desde su nombre puede advertirse con facilidad, fue sancionado en un período de gobierno de facto, pero, sin embargo, esto no ha resultado óbice para que nos rija a los bonaerenses hasta la actualidad. De hecho, desde su sanción, ha sufrido numerosas reformas, muchas de las cuales han sido sancionadas en democracia. Y si bien algunos preceptos de neto contenido autoritario y obvia inconstitucionalidad han sido derogados⁷, otros tantos mantienen su plena vigencia. Aquí destacaré sólo los que me han parecido más groseramente violatorios de las más básicas garantías constitucionales, sin dejar de destacar que en toda la norma se respira un espíritu indudablemente represivo.

Así, en la parte general (art. 19, inc. a) nos encontramos, por ejemplo, con la posibilidad de responsabilizar a una persona por cualquier contravención a pesar de que ésta la haya cometido en estado de ebriedad⁸ o de intoxicación producida por alcaloides o narcóticos que le hayan impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Es decir que mientras que para un delito (obviamente más grave) no podría sostenerse la imputación, para una contravención, sí.

Por otro lado, el legislador, no contento con la posibilidad de declarar reincidente a un contraventor cuando cometa la misma falta dentro de los seis meses de quedar firme la sentencia condenatoria anterior (art. 25), ha establecido el concepto de “habitualidad”, que resulta aplicable a la persona que, habiendo sido condenada por tres faltas “de la misma especie”, fuere condenada por una cuarta, también de la misma especie, dentro de los tres años de la primera condena. Esta circunstancia, como puede esperarse en un cuerpo legal de estas características, no viene sola: entre las consecuencias que implica está la de que por esa cuarta condena será condenado *indefectiblemente* -y sin importar las circunstancias del hecho que, en un sistema racional, debieran servir para meritar la pena a imponer- a

de los derechos humanos” (“Derecho Penal, Parte General”, 2º edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 177 y ss. -bastardilla en el original-).

⁷ A modo de ejemplo, puede citarse el artículo 67, inc. a), que hasta su derogación por ley 12.474, castigaba con arresto de diez a treinta días al que “siendo capaz de trabajar, careciere, habitualmente y sin motivo razonable, de ocupación honesta conocida o medios lícitos de vida”. Otro ejemplo, que podría calificarse de ridículo y risible -y que a la vez nos muestra cabalmente hasta qué punto ha llegado el control social en nuestra provincia- lo constituye el derogado -por ley 13.240- art. 93, inc. a), el cual se hallaba inserto en el Capítulo VII: faltas “Contra los Festejos de Carnaval” (¡!). El mismo reprimía con multa del quince al cuarenta por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires al que “públicamente se exhibiera cambiando su apariencia física mediante el uso de pelucas o barbas postizas, caretas, antifaces o maquillajes, sin permiso de la autoridad competente”. Sin palabras.

⁸ Otra gran contradicción de la norma: el mero estado de ebriedad **ya es** contravención.

una sanción de “multa y/o arresto por el doble del máximo previsto para la sanción cometida” (art. 27, inc. a).

Buceando un poco en la parte especial, pueden advertirse tipos legales tanto o más ridículos y lamentables que el ya apuntado que atentaba “contra los festejos de carnaval”. Así, se pena con arresto de diez a treinta días al que “*tuviere en su poder llave alterada o contrahecha, o bien llaves genuinas o instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras sin justificar su posesión*” (art. 55). Lo más curioso en este caso es que ésta se trata, según la ley, de una falta “Contra el Patrimonio” (¿?).

Pero lo más terrible e irracional llega cuando arribamos al Capítulo III del Título II: el de las faltas “Contra la Moralidad Pública y las Buenas Costumbres”. Allí, en el art. 67, incs. b) y d), se pune con la misma sanción a la que se aludiera para el derogado caso de vagancia al que “*mendigare*” y al que “*habitare sin motivo razonable en puentes, cañerías, bosques, playas, lugares descampados, plazas, parques, o en cualquier otro sitio no adecuado para la vivienda humana*”. Y no es sólo eso: además del tipo contravencional que es objeto de este comentario y de otras tantas expresiones de una política criminal altamente selectiva y represiva, la ley también sanciona a “*la prostituta o el homosexual que se ofreciere públicamente, dando ocasión de escándalo o molestando o produjere escándalo en la casa que habitare*” (art. 68)⁹ y al “*sujeto de malos hábitos conocidos que sea encontrado en compañía de menor o de menores de dieciocho (18) años de edad, en actitud sospechosa*” (art. 69)¹⁰.

Pero aquí no acaban todavía las calamidades. Como ya se señalara, esta ley regula también el proceso de juzgamiento de estas “conductas” -si es que se las puede llamar así-. Y en este título (el III), también hay algunos preceptos que merecen mención. Así, se estipula que la “instrucción” se encuentra a cargo del titular de la seccional o repartición policial en cuya jurisdicción se haya cometido la infracción (art. 112). Dicho funcionario, o quien sea que compruebe la comisión de la falta, *debe* proceder, en ese mismo momento, a la detención del imputado, trasladándolo a la Comisaría (art. 116), lugar donde no pasará más de *doce* horas privado de su libertad ambulatoria, *salvo en el caso de que la infracción que se le impute tenga prevista una pena de arresto*, caso en el que *obligatoriamente* se lo

⁹ En este caso la pena es de multa de entre el quince y el cuarenta por ciento del haber mensual del Agente de policía mencionado y arresto de entre cinco y treinta días.

¹⁰ Aquí la pena es más alta que en el caso anterior: multa de entre el veinte y el sesenta por ciento del haber mensual referido y arresto de entre diez y treinta días.

mantendrá “en tal carácter” hasta que las actuaciones sean remitidas al Juzgado (art. 118), el que resolverá su situación procesal dentro de los *cuatro días* a contar, no desde la elevación, sino desde que le sea remitida la “Planilla de Antecedentes” (art. 138). El lector se preguntará cuál es el control judicial que se ejerce sobre la actuación policial desde la detención del presunto contraventor. La respuesta de la ley es sencilla: “iniciada la instrucción del sumario, se comunicará telegráficamente al Juzgado de Faltas, agregándose a la causa copia del despacho” (art. 123). Eso, y decir ningún control, es lo mismo.

No obstante ello, el Código prevé (art. 119) que el juez *pueda* disponer la *libertad provisoria*¹¹ del encartado, bajo caución juratoria, pero ello *supeditado* a que éste *carezca de antecedentes*. La misma medida podrá tomar el oficial que instruya el sumario, siempre que *la falta que se le achaque al endilgado no exceda, en su máximo, la pena de quince días de arresto* -en la práctica, y teniendo a la vista las penas previstas para los distintos tipos, esto es decir casi en ningún caso-.

Finalizando esta breve reseña, cabe destacar que el Decreto-Ley mencionado también dispone que, salvo prueba en contrario, *el acta de constatación policial constituye plena prueba* del “hecho” que en ella se documenta (art. 134); que la sentencia podrá redactarse en “formularios especiales” -en buen romance, las llamadas *planchas*- pero que no obstante ello deberán ser fundadas, bastando para la apreciación de la prueba, la *íntima convicción del juez* (arts. 137 y 136, respectivamente)¹². Por último, la frutilla del postre: nuestro benévolo legislador contravencional le ha brindado la posibilidad al condenado de interponer un recurso de apelación, ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Garantías (art. 144)¹³. Dicho recurso, interrumpe la ejecución de la sentencia (art. 146), “salvo para el infractor que se hallare detenido preventivamente, que proseguirá en esa situación”. La represión aquí ya no reconoce límites.

¹¹ Adviértase la terminología utilizada por la norma: no obstante que se trata de un imputado, como tal inocente hasta que recaiga un pronunciamiento condenatorio, se habla de *libertad provisoria* y no de excarcelación, que es el instituto que, en cualquier Código Procesal Penal, tutela el *derecho* a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso.

¹² Cualquier contradicción que el lector pueda encontrar entre la posibilidad de redactar una sentencia que puede condenar a una pena privativa de libertad en “formularios especiales”, y fundarla, y además basar la apreciación de la prueba únicamente en la “íntima convicción”, no es pura coincidencia. Pero, lamentablemente, así está legislado.

¹³ El texto legal expresa que el recurso procede ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, pero con posterioridad a la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -en 1998-, dicho Tribunal ha sido reemplazado por el que se alude en el comentario.

Ahora bien, luego de esta apretada síntesis de lo que son algunas de las ideas principales del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires, y previo pasar a analizar el valiente fallo del Dr. Juliano, resulta imperioso detenerse unos instantes a reflexionar acerca de las razones que fundamentan la existencia de un ordenamiento de esta naturaleza, como así también el por qué de su vigencia -sin demasiados cuestionamientos- en el siglo XXI.

Es que, en un primer análisis, pareciera que las ideas que subyacen al texto legal aludido -sin duda propias de corrientes de pensamiento de neto corte positivista y peligrosista- se hallan ya totalmente superadas en el ámbito de la dogmática penal actual, la cual hoy día -en principio¹⁴- ya no discute si el Derecho Penal debe ser de acto o de autor. En efecto, formulaciones tales como las del “estado peligroso sin delito”, que debía ser controlado en base a criterios de “defensa social”, son conceptos que afortunadamente no son seguidos en la actualidad por la doctrina, la cual no duda en criticarlos acérrimamente.

No obstante, y como es palpable en la práctica, este enfoque es sólo parcialmente cierto. Todos aquellos que de una forma u otra integramos el sistema penal, y en particular los que, por nuestra forma de ver esta disciplina, adoptamos una postura crítica frente al funcionamiento del poder punitivo, nos manifestamos en estos días fuertemente preocupados por la manera en que, desde el Estado, se encara la política criminal. Así, debatimos, escribimos y criticamos los fenómenos de *inflación penal*, la falta de respeto por las garantías individuales consagradas constitucionalmente, el criterio *espasmódico* y para nada sistemático ni coherente con que se reforma el Código Penal a fin de incrementar las penas -y, de esa manera, tratar de imposibilitar las excarcelaciones- y la hipocresía que desde los poderes del Estado se ejercita, tratando de resolver conflictos sociales con la intervención del Derecho Penal.

Sin embargo -y esto no se trata de un fenómeno actual, sino que es producto de la desidia y/o complicidad de muchas generaciones¹⁵-, pareciera que nos hemos

¹⁴ Me permito decir “en principio”, pues estoy plenamente convencido que los actuales debates acerca del llamado “derecho penal del enemigo” implican un regreso, aunque sea tangencial, a esta discusión.

¹⁵ Ya por 1920, TOMÁS JOFRÉ, un destacado procesalista argentino, ponía de resalto que “En ningún país se ha legislado sobre faltas en la forma en que lo hemos hecho nosotros. En nuestro país se puede obtener la libertad en horas cuando la acusación es por delito, pero no es lo mismo en las faltas o infracciones policiales. La policía, por lo arbitrario de sus poderes, constituye una seria amenaza de las garantías individuales.” (Frase citada por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI al prologar la obra de SERGIO MARTÍN LAPADÚ “Legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos

olvidado casi por completo de la forma más cruda en la que ese mismo poder punitivo es ejercido, de la manera más aberrante en la que la selectividad ínsita del sistema penal ha sido -y, en muchísimos lugares de nuestro país, por no decir casi todos, es- llevada adelante: el “planeta contravencional”¹⁶.

Es sin duda en éste ámbito donde -salvo excepciones como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde el destierro definitivo de los tenebrosos y quizá más escalofriantes edictos policiales, en 1998- los postulados positivistas de Lombroso y *cía.* aún no han perdido vigencia, pues mediante la utilización de herramientas legales como la que aquí se ha reseñado, se sigue persiguiendo y criminalizando la pobreza (el ejemplo de la contravención de vivir en cañerías lo dice todo). Al igual que lo que ocurría a fines del siglo XIX, se continúa castigando a quienes lamentablemente no gozan de las condiciones mínimas e indispensables para vivir con la dignidad que todo ser humano merece, identificándolos con lo que ya en época del peligrosismo más recalcitrante se había dado en llamar “mala vida”, que incluía a “la mendicidad, la prostitución...la toxicomanía y todo lo que no se adecuara al modo de vida burgués”¹⁷.

El *ser pobre -y/o enfermo-* sigue siendo hoy por hoy, al menos en la Provincia de Buenos Aires, motivo de sanción. No tener qué comer, o dónde vivir es fundamento suficiente como para ser considerado peligroso, molesto, ajeno al modo de vida que *nosotros*, los que sí estamos incluidos en el sistema, aceptamos. Por ello, no solamente se castiga con una dureza extrema meras actitudes o formas de ser, sin tomar en consideración si ello realmente produce o ha producido alguna lesión o peligro para un tercero -conforme lo establece la pauta constitucional del art. 19 de la Carta Magna-, sino que además, en el proceso que se lleva adelante para materializar esa sanción, se avasallan de todas las formas habidas y por haber los derechos que constitucionalmente le asisten a toda persona imputada de un delito,

Aires comentada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. IX. El actual Ministro de la Corte Suprema, en el mismo lugar, reflexiona sobre esta cuestión al interrogarse acerca del por qué se establecieron garantías para los delitos y no para las contravenciones, concluyendo que eso se debe simplemente a que “el poder represivo más importante se ejerce por medio de las contravenciones. Las élites de nuestro país no necesitaron código penal durante setenta y cinco años de vida independiente. Fue el último país latinoamericano en sancionar un código penal. El control social represivo sobre su `clases peligrosas´...se ejercía contravencionalmente” (Ob. cit., págs. IX y X).

¹⁶ Me permito tomar esta ingeniosa frase del excelente trabajo de GONZALO SEGUNDO RUA, “¿Hacia dónde va el Derecho Contravencional? Reflexiones sobre la criminalización de la actividad lucrativa ejercida en la vía pública (art. 83 del Código Contravencional)”, publicado en www.eldial.com.

¹⁷ ANITUA, GABRIEL IGNACIO, “Historias de los Pensamientos Criminológicos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pág. 190.

contravención o falta; atropello que sin duda la enorme mayoría de la comunidad jurídica no estaría dispuesta a tolerar en el marco de un proceso penal “propriadamente dicho”.

En definitiva, mediante el uso de este tipo de modelos de derecho penal autoritario, lo que como sociedad estamos avalando es el castigo de figuras legales carentes de acción y de ofensa, que adolecen de las garantías de materialidad de la conducta y lesividad del hecho, construidas -en contra del principio de separación entre derecho y moral- sin referencias empíricas y únicamente en base a la subjetividad *desviada* -conforme la concepción dominante- del acusado. Lo que se reprime casi nunca es un comportamiento determinado, sino actitudes o situaciones subjetivas de inmoralidad, de peligrosidad, o de hostilidad al ordenamiento¹⁸. Incluso, en ocasiones, alcanzamos lo que para FERRAJOLI constituye la perversidad más extrema, al establecer verdaderos “*tipo(s) de autor*”, donde la hipótesis normativa de desviación es simultáneamente ‘sin acción’ y ‘sin hecho ofensivo’. La ley, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura *status* subjetivos directamente incriminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena: no es observable o violable por la omisión o la comisión de hechos contrarios a ella, sino que es constitutivamente observada o violada por condiciones personales conformes o contrarias. Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías penales y procesales resultan neutralizadas. Se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio¹⁹.

Es en este contexto en el que -creo- debemos examinar el fallo que se comenta, y de esta manera evaluar su relevancia, como llamado de atención frente al lamentable estado de la legislación contravencional provincial.

III. EL FALLO Y LO QUE ÉL NOS DEJA

La valentía de la sentencia del Dr. Juliano radica justamente en haber hecho un análisis crítico de la norma supuestamente violada por el imputado G. F. H.,

¹⁸ FERRAJOLI, LUIGI “Derecho y Razón -Teoría del Garantismo Penal”, Séptima edición, Ed. Trotta, Madrid, 2005, págs. 99/100.

¹⁹ Ob. cit., págs. 100/101. Claro ejemplo de este tipo de regulación nos brinda el Código de Faltas al que estamos haciendo alusión cuando reprime al *sujeto de malos hábitos conocidos* que sea encontrado en compañía de menores de dieciocho años de edad, en *actitud sospechosa* (art. 69, al que ya se hiciera referencia).

pasándola por el tamiz constitucional que toda ley debe sortear antes de poder ser reputada como válida. Con esta simple operación lógica, el citado Magistrado impidió lo que hubiera sido una irracional aplicación del poder punitivo sobre una persona en base a un tipo contravencional a todas luces violatorio de la Carta Magna.

La conducta reprochada era muy sencilla: supuestamente el imputado habría conducido un automóvil en estado de ebriedad, embistiendo con él a otro vehículo. Ante este panorama, el juez Juliano concluyó que “la acción de embriagarse -ingerir bebidas alcohólicas hasta el punto de hacer dificultoso o imposible el control de la persona y los actos- es un comportamiento personal que desde el punto de vista objetivo, sólo puede ser agresivo para quien lo sufre. De tal modo que la acción de beber, moderadamente o en exceso, forma 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”²⁰.

No obstante lo expuesto, y ante la posibilidad de que la conducta atribuida a G. F. H. pudiera encuadrar en una falta prevista en el Código de Tránsito - concretamente el art. 93 en función del 111.1 de dicho cuerpo legal, los cuales describen las conductas de conducir un vehículo en estado de alcoholemia positiva y haber puesto en riesgo la seguridad pública al embestir a otro rodado-, se extrajeron testimonios para remitir al Juzgado Municipal de Faltas competente a los efectos que correspondieren²¹.

A poco que nos aboquemos a estudiar la problemática encarada por el pronunciamiento que se comenta, encontraremos, sin posibilidad de hesitación alguna, que el texto legal en que se cimentó la acusación a G. F. H. colisiona irremediablemente con el principio de reserva establecido en el art. 19 de la Ley Fundamental. En efecto, no se advierte qué tiene de lesivo o riesgoso *para terceras personas* que un individuo transite o se presente en lugares accesibles al público en estado de ebriedad, o se embriague en un lugar abierto al público. Nótese que éste es el tipo básico, pues según la ley, si de algún modo se causaren meras “molestias” a terceros, la pena se agrava al doble (¡!), sin indicarse en ningún momento en qué deben consistir estas molestias: si debe entenderse como un daño o peligro para

²⁰ Conf. Consid. 3ro., segundo párrafo del fallo anotado.

²¹ Conf. Consid. 4to. del fallo anotado.

bienes jurídicos de terceros o si sólo basta, para tenerlas por acreditadas, una mera apreciación subjetiva de la supuesta “víctima”.

De este modo, el concepto constitucional de lesividad resulta poco menos que pisoteado. Es que, al establecer que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados” el constituyente no quiso dejar plasmada sólo una declaración de principios, desnudos de toda operatividad práctica, sino que, muy por el contrario, lo que pretendió fue justamente reforzar la idea de libertad individual que campea en todo el articulado de la Carta Fundamental, inspirada en el liberalismo post-iluminista. Por ello es que cuando nos referimos a dichas “acciones privadas” debemos entenderlas como todas aquéllas que no afectan a terceros. “Estas acciones son `privadas´ -destaca el Profesor NINO- no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales sólo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autorreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente”²². En este mismo sentido se ha expresado nuestro Máximo Tribunal nacional, cuando al sentar una doctrina hoy lamentablemente no vigente, pero respecto de la cual es posible albergar esperanzas de que se reestablezca, señaló: “deberán entenderse como acciones privadas de los hombres aquellas que no interfieran con acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros, o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas en cuya protección está interesada la comunidad toda.”²³

En consecuencia, forzoso es colegir que lo que mediante este tipo contravencional se quiso reprimir es el mero *estado de ebriedad*, el *ser* ebrio, en definitiva una característica personal, si se quiere una elección de vida, que desde hace mucho tiempo ha sido reconocida por la ciencia médica -y también por la

²² NINO, CARLOS SANTIAGO “Fundamentos de Derecho Constitucional”, 2da. reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 304.

²³ C.S.J.N., causa “Bazterrica”, fallada el 29 de agosto de 1986 y registrada en Fallos, 308:1412. Voto concurrente del Dr. Enrique S. Petracchi.

legislación- como una enfermedad²⁴. No obstante, se ha intentado solapar esta criminalización echando mano del argumento de que esta “conducta” resultaría contraria a la “moral y a las buenas costumbres”, afirmación que por su absoluta ambigüedad y vaguedad -tal como se pone de manifiesto en la sentencia que se comenta²⁵- no puede servir para justificar ninguna injerencia estatal, y mucho menos aún una que implique el ejercicio de coacción física sobre un individuo, privándolo de uno de sus derechos más preciados: la libertad ambulatoria.

En rigor de verdad, este tipo de formulaciones obedecen más al propósito - tantas veces alcanzado- de las élites dominantes de imponernos a los ciudadanos una especie de aparato de *ortopedia moral*²⁶ con el fin de que adoptemos ciertos parámetros de conducta que son los -presuntamente- *deseados* por la mayoría. Sin embargo, la implementación de estos ideales perfeccionistas no deben ser aceptados en un Estado liberal y democrático, pues como bien lo explica NINO, “el liberalismo que inspira imperfectamente nuestra práctica constitucional...está comprometido con el principio de autonomía de la persona...y veda la interferencia con esa libre elección sobre la base de que el plan de vida o el ideal al que responde una acción es inaceptable”²⁷. Como corolario de ello, entonces, “el Estado no puede alegar como razón para interferir de modo alguno, directo o indirecto, con una acción

²⁴ Así, la Ley Nacional de lucha contra el alcoholismo N° 24.788 específicamente establece, en su art. 12, que “Las obras sociales y asociaciones de obras sociales, incluidas en la ley 23.660, beneficiarias del Fondo de Redistribución de la ley 23.661, y las entidades de medicina prepaga, deberán reconocer en la cobertura para los tratamientos médicos, farmacológicos y/o psicológicos, la *patología del consumo del alcohol*, determinada en la Clasificación Internacional de Enfermedades declaradas por el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud. Deberán brindar a los *pacientes alcohólicos* la asistencia y rehabilitación que su estado requiera, como asimismo encarar acciones de prevención primaria.” (la bastardilla no es original).

Adviértase asimismo que el propio Código al que aquí se hace referencia parece reconocer esta circunstancia -aunque sin perder su impronta represiva y firmemente estigmatizante- cuando prevé la posibilidad de que, en caso de ebriedad, “si la conducción a la dependencia policial pudiera ocasionar al inculcado un daño mayor a su salud, [cabría interrogarse aquí en qué casos el ser criminalizado y encerrado con imputados por delitos en una comisaría por el solo hecho de padecer una enfermedad no podría ser peor para el alcohólico] deberá ser trasladado al puesto sanitario más próximo” (art. 121) y también cuando faculta al juez a que, en caso de condena a un “ebrio habitual” la pena impuesta pueda ser sustituida por una “internación asistencia adecuada” (art. 139).

²⁵ Conf. Consid. 3ro., tercer párrafo.

²⁶ Tomo prestada esta sensacional frase de la ya citada obra de GABRIEL IGNACIO ANITUA, pág. 236. Si bien dicho autor la utiliza en otro contexto, me pareció que no había mejores palabras en nuestro idioma para expresar lo que desde las clases dominantes se pretende imponer a la sociedad con la creación de este tipo de figuras contravencionales.

²⁷ NINO, Ob. cit., pág. 304.

de un individuo, el que ella degrada el carácter moral de ese individuo y obstaculiza su perfeccionamiento moral”.²⁸

Lo expuesto en modo alguno veda la posibilidad de que, frente a este tipo de problemáticas, puedan adoptarse medidas de carácter paternalista -como las que prevé la ley nacional citada o las que alude el juez Juliano en su pronunciamiento-, ya que éstas implicarían ayudar a que las personas puedan libremente escoger sus planes de vida. Pero jamás podrá tolerarse que ese paternalismo degenera en perfeccionismo, pretendiendo imponer esas medidas mediante el uso de la coacción²⁹ -como ocurre en este caso-, pues ello importa, sencillamente, impedir al individuo que ejerza su libre derecho de optar por uno u otro camino, y ya conocemos las graves y nocivas consecuencias que ello puede acarrear³⁰.

En definitiva, y como bien se ocupa de resaltarlo el Dr. Juliano, lo que en este tipo contravencional se está castigando es únicamente una forma de conducirse en la vida, una elección que luego se transforma en adicción, y como tal, en patología. Esta es la “filosofía” que impera en gran parte de este ordenamiento: perseguir a los que, por adicción o por no tener otra alternativa, se ven inmersos en situaciones que los *includos* no pueden o simplemente no les interesa tolerar.³¹

Sin perjuicio de todo lo ya indicado, la sentencia en estudio resalta otra grave falencia del presupuesto incriminante que aquí estamos analizando, cual es su total

²⁸ NINO, Ob. cit., pág- 306. En este mismo sentido, resulta esclarecedor el pensamiento del juez Petracchi, quien al votar en disidencia en el conocido precedente “Comunidad Homosexual Argentina” (resuelto por la C.S.J.N. el 22 de noviembre de 1991 y publicado en La Ley, 1991-E, pág. 679), enfatizó que “La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales y no por la pertenencia a determinados grupos o por su profesión de fe respecto de ideales que puedan considerarse mayoritarios, y aun verdaderos. La democracia desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescripto al legislador la promoción del bienestar “de la mayoría” de la población, sin tener en consideración a las minorías y no la promoción del “bienestar general” como reza el Preámbulo”.

²⁹ NINO, Ob. cit., pág. 307.

³⁰ Me permito citar aquí nuevamente al juez Petracchi, ya que estimo que esta frase resume sabiamente lo que acaece en situaciones como las que reprime del tipo contravencional en análisis. Dijo el mencionado Magistrado -también en el fallo “Comunidad Homosexual Argentina”-: “cuando se codifica al ser humano incluyéndolo en minuciosos sistemas totalitarios que, contruidos por sucesivos ideólogos, tienen el denominador común de suprimir el riesgo de elegir (entrañable a la vida misma en tanto tiene de humana), todo supuesto logro se envilece y degrada.”

³¹ Frente a este pensamiento, quizá resulte oportuno rescatar lo que hace ya veinte años señalara la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el conocido precedente “Donoso” (fallado el 26 de abril de 1986 y publicado en La Ley 1987-A, pág. 506), cuando se subrayó que “en nuestro orden jurídico la legitimidad es originaria y que nadie requiere salvoconductos o permisos para ejercer su plena libertad al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional” y que “nadie puede ser penado por lo que es, sino por lo que hace, principio que impide convertir a la condición humana, personal, concreta e involuntaria en el posible objeto de una sanción penal.”

imprecisión respecto del “grado de ebriedad [que sería] idóneo para ingresar en las áreas punibles, ya que como es obvio, no puede ser lo mismo aquel que se ha pasado en unas copas, pero que de cualquier modo se encuentra en completo control de su persona, que aquel que se desplaza arrastrándose por las calles, insultando y desafiando al resto de los peatones.”³² En tal sentido, la violación al principio de legalidad -al igual que lo que acaece con el agravante contemplado en la norma, que ya fuera motivo de comentario más arriba- es palmaria, pues al no indicarse parámetro alguno que sirva como referencia para distinguir aquellos “estados” que encuadrarían en el tipo, de los que no serían alcanzados por él, se está dejando la *puerta abierta* de par en par para que sea el funcionario policial el que decida quiénes deben ser criminalizados y quiénes no. Y todos conocemos hacia dónde va siempre dirigida la selectividad policial: los sectores más desaventajados de la sociedad, los excluidos.

IV. REFLEXIONES FINALES

A pesar de todas las falencias que presentan los sistemas que, como el contravencional bonaerense, tienen casi como única premisa el perseguir y reprimir la pobreza y la marginación social, y no obstante las tremendas injusticias y violaciones a los derechos más elementales que su aplicación práctica importa, la corrientes de pensamiento más autoritarias que impulsaron su nacimiento, lejos de haber desaparecido, parecen, en estos primeros años del siglo XXI, renacer con nuevos bríos.

En efecto, en el marco de un fenómeno que no es privativo de nuestro país, sino que tiene alcances en todas las latitudes del planeta, asistimos al resurgimiento de las teorías peligrosistas más represivas, las que, algo remozadas y con un poco de “maquillaje”, regresan con fuerza intentando imponer sus políticas de persecución y criminalización de los sectores sociales más desfavorecidos.

Surgidas a partir del ascenso al poder de gobiernos neoconservadores principalmente en Estados Unidos y Gran Bretaña en la década del '80, y gestadas fundamentalmente también en base a los nuevos modelos económicos que son consustanciales con tal modelo punitivo, estos enfoques fueron ganando adeptos

³² Conf. Consid. 3ro., octavo párrafo.

producto del gran movimiento crítico hacia el llamado “welfarismo penal” que se iniciara en los ´70.

Uno de los principales exponentes de esta nueva corriente, el norteamericano James Q. WILSON, fue el creador de la llamada “teoría de las ventanas rotas” - antecesora de la popularmente conocida política de *tolerancia cero*, ampliamente pregonada por los sectores conservadores en estas pampas-, la cual tuvo como premisa la justificación de la detención de los llamados “sospechosos de siempre” antes de que éstos realicen “hechos graves”³³. Según esta posición³⁴ “los pequeños desórdenes desatendidos serían el inicio de problemas mucho más serios de convivencia. El control social sobre estas pequeñas cosas sería la mejor forma de prevenir delitos graves, y por ello la gran importancia de la dedicación policial y represiva a lo que en otras latitudes se llamaría ‘incivilidades’”.³⁵ El papel de la policía, en estos casos, sería entonces fundamental, pero no tanto para prevenir y perseguir delitos, sino a efectos de “combatir conductas *desordenadas* o *antisociales* como el vagabundeo, la mendicidad, la prostitución, etc., pues ellas serían la ‘ventana rota’ que luego daría lugar a conductas más graves.”³⁶ Por ello, los partidarios de esta posición sustentan la necesidad de castigar más duramente un acto que no sea necesariamente más grave, o inclusive criminalizar lo que no sea legalmente delito. La política criminal que recomiendan consiste simplemente en no dejar “ni una muestra de descontrol sin castigo”³⁷.

En igual sentido, David GARLAND explica este creciente fenómeno en las sociedades británica y norteamericana -pero con observaciones que son en un cien por ciento trasladables a nuestro país- puntualizando que “Hoy ya no existen los delitos sin víctimas, Si nadie en particular es dañado por la conducta en cuestión, esto no impide que se invoque a la víctima colectiva -‘la comunidad’ y su ‘calidad de vida’- que sufre los efectos nocivos que siempre han de emanar de la conducta

³³ ANITUA, Ob. cit., pág. 488.

³⁴ Resulta interesante el origen del nombre de la teoría. Explica ANITUA que se debe a una metáfora, que en mi opinión desnuda crudamente cuál es la dirección en la que se dirigen esta clase de corrientes: “si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto porque una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, y por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno...Ello tendrá efectos negativos pues ‘sólo los jóvenes, los criminales, o los temerarios tienen algún negocio en una avenida sin protección, y por lo tanto más y más *ciudadanos* abandonarán la calle’ -con lo que dejan en claro a quiénes no consideran *ciudadanos*”. Ob. cit, pág. 489 (la bastardilla me pertenece).

³⁵ *Ibídem*.

³⁶ *Ibídem* (la bastardilla no es original).

³⁷ ANITUA, Ob. cit., pág. 490.

prohibida, aun cuando se trate de algo trivial. La ingesta de bebidas alcohólicas en lugares públicos, el consumo de drogas blandas, el merodeo, la vagancia, la mendicidad, dormir en lugares públicos, ser `incivil`: estas conductas dejan de ser molestias tolerables o signos de remordimiento para la conciencia de la clase media para convertirse en la materia desordenada de la que se alimenta el delito grave...Actualmente se cree que cada delito menor, cada acto de conducta desordenada -en especial los cometidos por gente pobre en los espacios públicos-, deteriora la calidad de vida.”³⁸

El citado autor, continuando con su reflexión, se interroga acerca del por qué de la llegada a esta situación en la sociedad donde él vive, respondiéndose a sí mismo que quizá se deba a que “nos hemos convencido de que ciertos delincuentes, una vez que han delinquido, ya no son más `miembros del público´ y dejan de ser dignos de los tipos de consideración que solemos proporcionarnos los unos a los otros. Quizás se debe a que ya hemos asumido una división social y cultural entre `nosotros´, las víctimas inocentes y sufridas de clase media, y `ellos´, los pobres peligrosos e indignos. Al ejercer la violencia, abusar de las drogas y reincidir, se muestran como lo que son: `los otros peligrosos´...`Nuestra´ seguridad depende de `su´control”³⁹.

Lo dicho hasta aquí nos demuestra a las claras que, independientemente de la máscara con la que se presente -ya sea a través de la “ortodoxia” lombrosiana o con la utilización de estas “modernas” teorías-, el peligrosismo goza de muy buena salud en el mundo. Y la Argentina, en ese sentido, no es la excepción.⁴⁰

Frente a este sombrío panorama y la realidad a la que nos enfrentamos al tener un Código de Faltas decididamente anacrónico, irracional y extremadamente autoritario, la sentencia que anoto asume la posición protagónica que como tal le

³⁸ GARLAND, DAVID “La cultura del control - Crimen y orden social en la sociedad contemporánea”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 296.

³⁹ *Íbidem*, pág. 297.

⁴⁰ Sólo a guisa de ejemplo, véase el texto del artículo 61 del Proyecto de Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que presentara el Diputado Jorge Enríquez en la Legislatura porteña el 7 de julio de 2004, que luego no fuera -afortunadamente- aprobado (debo expresar mi agradecimiento a José Hernán Arbiza por habérmelo facilitado). “Acecho y merodeo: Será sancionado con arresto de hasta veinte (20) días el que se hallase vigilando a personas o lugares sin causa que lo justifique, o merodee sin motivo en terminales de transportes, bancos, cajeros automáticos, lugares de gran afluencia de público, automóviles estacionados o establecimientos de cualquier tipo o sus inmediaciones, en forma susceptible de causar alarma o inquietud a quienes estuvieren en esos lugares. Se considerará particularmente grave cuando el hecho se cometa por dos o más personas.” Evidentemente el Diputado Enríquez no leyó el mencionado fallo “Donoso” -ni, a decir verdad, tampoco la Constitución-.

corresponde al Poder Judicial, ejerciendo, desde la Constitución, un férreo control sobre el ejercicio ilimitado del poder punitivo que propone tal cuerpo legal, e impidiendo -o, al menos, limitado al máximo posible- la criminalización en base a criterios que no obedezcan al principio de *estricta legalidad*, entendido en el sentido que le otorga FERRAJOLI, por oposición al de *mera legalidad*; esto es, que la ley penal sólo será válida si existe necesidad, daño, acción, culpa, juicio, acusación, prueba y defensa.⁴¹

Por ello, y sin duda alguna, el fallo comentado merece alcanzar gran trascendencia, aunque por cierto una muy diferente a la que le han otorgado los medios masivos de comunicación nacionales. Es preciso difundir las ideas que en él se han plasmado, ya sea por su valor en tanto defensoras de la supremacía constitucional por sobre legislaciones netamente autoritarias, como por su importancia para concientizar a la ciudadanía -hombres y mujeres de derecho como quien escribe estas líneas, y también aquellos que no lo son- acerca de la clase de legislación contravencional que hoy en día nos rige en la Provincia de Buenos Aires, la cual indudablemente debe ser reformada en forma urgente.

Si se logra alcanzar este segundo objetivo, si quienes de alguna forma estamos en condiciones de contribuir a cambiar el estado de cosas imperante nos colocamos en la misma posición que el juez Juliano al dictar este fallo -es decir, observando las normas a través del prisma constitucional-, creo firmemente que, de la misma manera en que fue posible en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -hace ya casi una década- erradicar para siempre los sombríos edictos policiales, puede también modificarse sustancialmente el ordenamiento de faltas bonaerense, creando uno que no tenga ni aparatos de *ortopedia moral*, ni *ventanas rotas*, ni *tolerancia cero*, ni divisiones en la sociedad entre *nosotros* y *ellos*: que sea -acorde a como manda la Carta Magna- para todos los habitantes de la provincia por igual, sin distinciones de ninguna índole.

⁴¹ Ob cit., pág. 95.