

Dr. Arístides Corti

Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Acerca de la inválida y fallida pretensión del Poder Ejecutivo de la Ciudad de modificar el Código Contravencional.

(A propósito del DNU 2/11)

El 13 de abril del presente año los porteños tomamos conocimiento de que el jefe de gobierno de la Ciudad, en acuerdo de ministros, dictó un decreto de necesidad y urgencia -DNU 2/11- pretendiendo modificar el Código Contravencional con el objeto de reprimir la protesta de los trabajadores de prensa que reclamaban por la vulneración de sus derechos colectivos e individuales de trabajo por parte de las empresas periodísticas. El referido DNU intentó crear nuevas figuras contravencionales, reprimidas con multas de hasta \$50.000 y penas de arresto de hasta 10 días. Dichos ilícitos y sanciones revisten naturaleza penal, teniendo en cuenta que no existen diferencias cualitativas entre delitos e infracciones no delictuales (Fallos 293:50, sentencia del 07/08/75, autos “Alemann y Cía. SAGIF”¹), ambos integrativos del derecho penal (Fallos 303:1548, 15/10/81, autos “Usandizaga, Perrone y Juliarena”, en especial pág. 1152, considerando 5º; Fallos 271:338²) y que revisten sanciones de igual índole. Las multas, en tanto tienen por finalidad herir al infractor en su patrimonio (Fallos 267:457; 270:29 y 141; 271:338; 282:345 y 288:356), mientras que en el caso del arresto se trata de una pena privativa de la libertad. Son nociones y conceptos primarios del derecho que más allá de que el jefe de gobierno y algunos de sus ministros no revistan el carácter de letrados abogados, deberían tener por conocidos como ciudadanos argentinos. Se enseñan en los últimos grados de la escuela primaria (nociones de ciencias sociales) y se insiste

sobre ellas en los colegios secundarios a través de asignaturas como Instrucción o Educación Cívica, Cultura Ciudadana o denominaciones equivalentes según las épocas. Atendiendo a dicha falta de conocimiento³ parece conveniente repasar algunas nociones básicas en la materia:

1) La Constitución Nacional consagra en su Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en LEY anterior al hecho del proceso(...)”; en el 19: “(...) Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la LEY, ni privado de lo que ELLA no prohíba”; el 99, inc. 3: “(...)El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, Y NO SE TRATE DE NORMAS QUE REGULEN MATERIA PENAL(...) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia(...)”; y el 75, inc. 22, en cuanto asigna jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Y siendo que éstos establecen que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”⁴ (Art. 11, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Ídem. Arts. 15, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, cabe recordar que el Art. 1 de la Constitución Nacional, adopta la forma “representativa, republicana federal” y el Art. 5, prescribe que: “Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure(...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, ga-

rante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. Esta última norma alcanza al Gobierno de la Ciudad habida cuenta de su estatus virtualmente provincial⁵.

2) Como bien señala Sebastián Soler⁶: “La enunciación moderna del dogma *nullum crimen nulla poena, sine lege*, si bien toma contacto con las fuentes romanas (...) a nosotros nos llega a través de la Constitución Americana y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, después de la elaboración que alcanzó aquel principio en el siglo XVIII. Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio formalmente necesario para la construcción de toda actividad punitiva que puede ser calificada como jurídica”.

En sentido análogo Héctor B. Villegas⁷ señala: “El principio de legalidad en materia penal tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno basado en la soberanía popular, en la separación, correlación y armonía de los poderes del Estado(...)”, con cita de Beccaría, quien en su “Tratado de los delitos y de las penas”, proclamó que “(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos” por lo que, sigue diciendo Villegas: “(...) esta autoridad debe residir en el legislador, enunciando así el principio de la legalidad de los delitos y de sus penas... Esta concepción del derecho penal se caracteriza sustancialmente como liberal, pero no por poder defender una posición jurídica particular del individuo en la sociedad con arreglo a determinada concepción económica (por ejemplo, un liberalismo económico frente a un socialismo), sino por tener como finalidad esencial la protección del individuo y la estructuración liberal o socialista de sus derechos. El principio de lega-

lidad, en consecuencia, es compatible con todo sistema político que conciba a la individualidad siempre como fin y nunca como medio para la totalidad. El poder represivo debe estar limitado en su fuente (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) y en su aplicación (prohibición de extensión por analogía) mediante el control de seguridad que significa entregar la facultad de establecer las acciones punibles y sus penas a un poder legislativo distinto del ejecutivo y del judicial". Para evitar alguna opinión insidiosa, dirigida a sostener que el referido principio constitucional se aplica únicamente a delitos y no a infracciones no delictuales, Villegas nos recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tiene expresado que "la infracción común, la de hacienda y la de policía, a pesar de sus diferencias, presentan la característica común de estar sometidas al principio de legalidad", con cita de Fallos 40:449 y 158:88.

3) La Constitución de la Ciudad establece: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos" (Art.10); "La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas (...) 3. Rigen los principios de legalidad..." (Art. 13); "La Legislatura de la Ciudad: 1. Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades." (Art. 80) y "Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miem-

bros: ...2. Sanciona los Códigos Contravencional y de Faltas" (Art. 81). A su vez, el Art. 103 que integra el capítulo de atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo, dispone: "El Poder Ejecutivo no puede bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos, el gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los 10 días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad".

4) El Art. 3 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, prescribe que: "En la aplicación de este Código se observan todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los tratados de Derechos Humanos, que forman parte de la Constitución Nacional en virtud de lo establecido por ella en su artículo 75, inciso 22, y en los demás tratados ratificados por la Nación". Por otra parte, el Art. 4, en su segundo párrafo, reza: "Ningún proceso contravencional puede ser iniciado sin imputación de acciones u omisiones tipificadas por ley dictada con anterioridad al hecho(...)".

5) La doctrina cuando anota el Art. 13, inc. 3, de la Constitución de la Ciudad, precisa que "El principio de legalidad es el establecido en los Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional" y que el Art. 81, inc. 2, consagra una "competencia inequívoca de la legislatura local"⁸. También Raúl Gustavo Ferreyra señala ⁹: "El sistema garantista organizado por el Art. 13 de la CCABA es el

más moderno e integral consagrado en un texto constitucional en el derecho argentino. Todas las garantías han sido previstas en un catálogo, donde además de los principios clásicos contenidos en la Constitución nacional -v.gr., de legalidad (...). A su vez, Sergio A. Militello¹⁰ anotando el Art. 3 de dicho Código señala: “La disposición (que debió utilizar el verbo ‘observar’ en futuro) es un poco perogrullesca; parece más una afirmación apodíctica que una norma. En todo caso, el contenido sería jurídicamente verdadero aunque el artículo no lo dijera. Los principios básicos del derecho represivo que gozan de rango constitucional son el de tipicidad (Art. 18, Constitución Nacional), y la zona de reserva (Art. 19 id.). Del primero surge que no hay pena ni delito sin ley previa (...) De acuerdo con la Constitución de la Ciudad (Art. 13), rigen los principios de legalidad (...)”.

Así las cosas, no quedan desplazadas las cláusulas contenidas en el bloque de constitucionalidad federal (Constitución Nacional e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos) y en el derecho de la Ciudad ante la defectuosa redacción del Art. 103 de la Constitución de la Ciudad al prohibir de manera absoluta el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia, literalmente, “procesal penal”. Las normas jurídicas no pueden interpretarse de manera literal o aislada sino jurídicamente y de manera sistemática (Fallos 287:79, sentencia del 18/10/73, autos “Mellor Goodwin”, en especial, págs. 90/91 y sus citas de Fallos 249:37; 258:75; 263:63 y 453; 265:256 y 271:7), resultando así evidente que entre ambos términos (“procesal penal”) se ha omitido indeliberadamente una coma por error de tipeo o similar. Por lo demás, si está prohibido absolutamente dictar normas en materia procesal penal con más razón en materia penal, habida cuenta el carácter instrumental de las primeras respecto de las segundas. A lo que cabe añadir que suponer que la materia penal se encuentra excluida de la

prohibición del Art. 103 pondría en pugna dicho artículo con el 99, inc. 3, de la Constitución Nacional y también con su Art. 5 en cuanto las jurisdicciones locales dictarán su Constitución “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”, suposición inviable en una interpretación constructiva, no destructiva, de las normas fundamentales (que también incluyen los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos).

En tales condiciones, se exhibe evidente la nulidad absoluta del DNU 2/2011. Ahora bien, la cuestión tendiente a dicho reconocimiento constitucional se desplegó a través de dos vías paralelas: la judicial y la legislativa. En punto a la primera se promovió una acción de amparo (Expte N° 8009, caratulado “Corti, Arístides Horacio María y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”) articulada por los Dres. Eduardo Tavani (entonces presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Javier Churin, Lisandro M. Teszkiewicz, Ana María Geirola y el suscripto, solicitando se declarara la nulidad absoluta por inconstitucionalidad del DNU 2/2011 y requiriendo, de inicio, una medida cautelar suspensiva de dicho DNU. El juzgado de radicación de la causa, a cargo del juez Roberto Andrés Gallardo, por resolución del 21/04/11, hizo lugar a la medida cautelar sosteniendo que:

a) “La competencia contravencional local legislativa tiene como valladar lo establecido en los artículos 75, inciso 12, y 121 de la Constitución Nacional...(y que) De dichas normas constitucionales se desprende que la materia penal fue delegada al Congreso de la Nación, la cual comprende las contravenciones que afectan a todos los habitantes de la Nación, tales como las que sancionan conductas que restrinjan la libertad de prensa. *A contrario sensu*, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de los mecanismos establecidos en su Constitución solamente

podría legislar contravenciones en tanto afecten el poder no delegado al gobierno federal” y b) en subsidio de lo anterior “resulta plausible dejar sentado que no hay diferencias ontológicas entre las contravenciones y los delitos, en tanto ambos habilitan el ejercicio del poder punitivo y son normas de derecho penal”, con cita de los precedentes de la CSJN Fallos 18:350; 196:179; 288:356 y 293:50 y doctrina: “(...) el derecho contravencional es derecho penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste” entendiendo que las contravenciones “(...) configuran un derecho penal especial, legislado predominantemente por las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios (...) pero que en modo alguno se trata de derecho administrativo -y ni siquiera del confuso derecho penal administrativo-”¹¹.

Sobre estas bases, el juez Gallardo argumentó que “Cuando la Constitución nacional menciona el derecho penal, no efectúa distinción alguna respecto de si se trata de derecho penal delictual y/o derecho penal contravencional (...) por lo que corresponde interpretar que todos estos tipos se encuentran incluidos en aquél”, de suerte que “Desde dicha inteligencia (...) ha sido un error en el que ha incurrido el constituyente local, al incluir el vocablo ‘procesal’ en el artículo 103 de la Constitución de la Ciudad, máxime si se considera, como lo manifiestan los actores, que si la prohibición versa sobre la materia procesal penal, más aún debería serlo en materia penal, toda vez que la primera es accesoria de la segunda”; c) y a mayor abundamiento, con cita de los Arts. 99, inc. 3, y 5 de la Carta Magna, dichas normas constitucionales federales imponen interpretar el Art. 103 de la Constitución de la Ciudad en consonancia con las mismas y sostener que el dictado del DNU 2/2011 “en tanto (...) se refiere a cuestiones de materia penal (o contravencional penal) sería también palmariamente inconstitucional”; y d) también en subsidio, que el Art. 103 precitado,

colisionaría “con lo prescripto en el artículo 81, inciso 2, de la Constitución local [toda vez que] el precitado artículo establece el principio de legalidad calificada de la materia penal contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [de tal modo que] deviene a todas luces ilógico que el mismo [por el Código Contravencional y de Faltas] pueda ser modificado o ampliado mediante el dictado de un mero decreto de necesidad y urgencia, cuando el procedimiento para su ratificación requiere de una mayoría menor a la indicada en el artículo 81, inciso 2, de la precitada Constitución”. Por la misma resolución el juez de la causa recondujo la acción de amparo recalificándola como acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del Art. 113, inc. 2, de la Constitución local, ordenando su remisión al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ).

Al tomar conocimiento de la resolución el ministro de Trabajo Carlos Tomada destacó que “el juez Gallardo concedió el amparo (por la medida cautelar) que pedía la nulidad del decreto de Mauricio Macri que penaliza la protesta gremial en empresas periodísticas...La justicia nos dio la razón” (www.diariopolitica.com, 22/04/11) Por su parte, el legislador Aníbal Ibarra (www.genteba.com.ar, 22/04/11) señaló: “Un jefe de gobierno, un gobernador o un presidente no pueden establecer sanciones penales que impongan penas de prisión a ciudadanos. En nuestro sistema constitucional eso deben hacerlo los parlamentos. Es peligroso que Macri piense lo contrario y está muy bien que un juez le ponga límite a un claro exceso de poder (...) Los delitos y contravenciones que conllevan castigos o penas privativas de libertad deben ser establecidos por ley en los Congresos y Legislaturas y no hay otra opción (...) Una sociedad en donde el Poder Ejecutivo puede establecer figuras penales y contravencionales y además tiene la policía para ejecutarlas es una sociedad autoritaria. Eso está expresamente prohibido tanto por la Constitución Nacional como

por las constituciones provinciales y nuestra Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además fue dicho infinidad de veces por la Corte Suprema de Justicia”. Asimismo, el legislador Francisco Miguel Nenna por el Encuentro Popular para la Victoria y referente de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) consideró: “Macri quiso perseguir con el Código Contravencional a los trabajadores que se organizan gremialmente en las empresas periodísticas pero le salió mal (...) la democracia no se defiende complaciendo a las corporaciones mediáticas sino honrando y respetando los derechos constitucionales de todos los ciudadanos” (Diario Jornada, 21/04/11, www.terra.com, www.elargentino.com, 22/04/11). En igual sentido se expresó el legislador Gonzalo Rua Nova.

Se presentaron como *amicus curiae* (amigos del tribunal) el Centro de Estudios Legales y Sociales, el decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa, la Confederación Sindical de Trabajadores de los Medios de Comunicación Social de la República Argentina, el Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos, la Asociación Argentina de Trabajadores de las Comunicaciones, el Sindicato de la Publicidad, la Asociación Argentina de Actores, el Sindicato de la Industria Cinematográfica Argentina, el Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público y Afines, la Sociedad Argentina de Locutores, el Sindicato Argentino de Músicos, el Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas de la CABA y la Provincia de Buenos Aires y la Federación Argentina de Trabajadores de Imprentas, Diarios y Afines, patrocinados por los Dres. Damián M. Loreti, Andrea Pochak, Analía Eliades y Diego Morales. En dicha pieza invocan los Arts. 13.2 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto garantizan la libertad de expresión y el derecho de reunión, así como el

Art. 30 que prevé las condiciones para la regulación del ejercicio de los derechos y sus eventuales limitaciones, y las Opiniones Consultivas 5/85 y 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes para los distintos niveles de gobierno de la República Argentina, con cita de los precedentes de la CSJN, casos “Bramajo” (12/09/96), “Acosta”(22/12/98), “Giroldi” (07/04/95), “Arancibia Clavel” (08/03/05), “Espósito” (23/12/04) y “Simón” (14/06/05).

Posteriormente también se presentó como *amicus curiae* la CTA representada por su secretario general Hugo Yasky y el vocal titular Francisco Miguel Nenna, con el patrocinio del Dr. Hernán Domingo Del Gaizo.

El TSJ por Resolución del 26/04/11 emplazó por 3 días a los actores a fin de que manifestasen si optaban por la vía del amparo o por la acción declarativa de inconstitucionalidad del Art. 113, inc. 2, de la Constitución local. Dicho emplazamiento fue votado por mayoría por los jueces Casás, Lozano y Conde, con disidencia de la jueza Alicia Ruiz, que votó por la devolución de los autos al juzgado de origen para su substanciación por la primera de dichas vías. El 16/05/11, a requerimiento del TSJ, el Fiscal General Germán Garavano produjo dictamen postulando la nulidad de la resolución del juez Gallardo y la devolución de las actuaciones a primera instancia para que otro de los jueces del fuero substanciara la acción de amparo. Así las cosas, el TSJ ordenó oficiar a la Legislatura de la Ciudad a fin de que informara acerca de la fecha de recepción del DNU y si había adoptado alguna decisión en los términos del Art. 1 de la ley N° 15. El oficio fue respondido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Legislatura, informando que el DNU en trato ingresó el 12/04/11, que la Comisión de Asuntos Constitucionales emitió despachos de mayoría y minoría, publicados el 28/04/11, y fueron incorporados al plan de labor el 12/05/11, sin que tuvieran tratamiento de acuerdo a la información

proporcionada por la Secretaría Parlamentaria.

En tales condiciones, y habiendo transcurrido desde su remisión a la Legislatura el plazo de 30 días establecido en el Art. 91 de la Constitución de la Ciudad, sin que dicho cuerpo se hubiera pronunciado por su ratificación, el TSJ por voto del juez Casás, con adhesión de los jueces Lozano y Conde, puso punto final a la demanda declarando la cuestión abstracta por pérdida de vigencia del DNU cuestionado. Es de señalar que el invocado Art. 91 dispone que la Legislatura “debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los 30 días de su remisión (...) Pierden vigencia los decretos no ratificados...”.

En cuanto al trámite legislativo y más allá del silencio guardado por la Legislatura dentro del referido plazo constitucional (con valor de rechazo tácito del DNU), resulta útil destacar que con fecha 25/04/11 (es decir 4 días después de dictada la cautelar), los legisladores Helio Rebot y Alejandro García, con la adhesión de Cristian Ritondo, presentaron un proyecto de ley (Expte. 825-D-2011), reproduciendo el contenido del DNU 2/2011, habida cuenta el cuestionamiento efectuado por la oposición “ (...) por entender que no existía la necesidad y urgencia en el caso, principalmente con el argumento de que la Legislatura se encuentra en período de sesiones ordinarias” y que “Si bien no coincidimos con ese cuestionamiento por la gravedad de los hechos y la urgencia en dar una respuesta, es claro que no podemos permitir que planteos formales ocupen el lugar del verdadero y urgente debate sobre la protección de la libertad de expresión y la libertad de prensa que debe producirse. Propiciamos desde esta Legislatura la inmediata adopción de las medidas necesarias par proteger los derechos lesionados”.

En cuanto a los dos dictámenes producidos por los bloques que formaron mayoría adversa al DNU, debe señalarse que, en uno de ellos, los legisladores Julio Raffo, Sergio Abrevaya y

Fernando Sánchez fijaron así su posición: a) en los sucesos que precedieron al DNU “la Ministra de Seguridad de la Nación, Dra. Nilda Garré, actuó en contraposición a lo dispuesto por el Poder Judicial, ordenando a las fuerzas de seguridad a su cargo no intervenir en un conflicto en donde se encontraban en oposición el derecho de prensa y los derechos a tener una comisión interna de trabajadores y de los derechos laborales”, pero que “en estos casos las autoridades deben procurar la compatibilización de dichos derechos, y no imponer uno en desmedro del otro, máxime si los motivos que generaron el conflicto no se encuentran debidamente aclarados y no se descartan segundas intenciones”; b) el Art. 103 de la Constitución de la Ciudad requiere una interpretación restrictiva de los requisitos sustantivos concurrentes para el dictado de un DNU, consistentes en la existencia de circunstancias excepcionales, suficiente motivación, razonabilidad y que no se trate de materias prohibidas, sosteniendo que en el caso 1) no se verifican circunstancias excepcionales ya que la Legislatura se encuentra en pleno funcionamiento, 2) el jefe de gobierno no expone o acredita las causales que justifiquen acabadamente la utilización de este recurso extremo que permita al Poder Judicial controlar la causa del acto, es decir que exista una auténtica urgencia que tornara imposible superar la situación evitando el trámite legislativo ordinario, 3) el DNU no indicó cuál era la duración de la medida y finalmente 4) la materia legislada por vía de dicho reglamento estaría violando el principio de legalidad o de reserva de la ley penal, con cita de los Arts. 9 y 25 de Convención Americana de los Derechos Humanos, el 13, inc. 3 de la Constitución de la Ciudad y el 4 del Código Contravencional.

Al respecto cabe señalar que:

a) no necesariamente los derechos constitucionales requieren compatibilización, ya que

existen problemas jurídicos concretos que reclaman su jerarquización (primacía de los Derechos Humanos por sobre los económicos) y

b) que opinar acerca de si, al dictarse el DNU 2/2011 se verificaban (tesis Rebot/García/Ritondo) o no (tesis Raffo/Abrevaya/Sánchez) razones de necesidad y urgencia, remite a un debate claramente impropio desde la perspectiva constitucional, ya que en materia penal su regulación mediante DNUs, medien o no dichas razones, se encuentra excluida de manera rotunda con la sanción constitucional de nulidad absoluta, sin excepciones.

Por su parte, los legisladores Gabriela Cerruti, Aníbal Ibarra, María José Lubertino Beltrán, Martín Hourest y Diego Kravetz dictaminaron correctamente que: “el decreto es claramente inconstitucional, porque ningún Poder Ejecutivo, sea nacional o local, puede emitir decretos que establezcan delitos o contravenciones con penas de arresto o prisión. Los delitos y contravenciones que conllevan castigos de penas privativas de libertad deben ser establecidos por Ley en los Congresos y Legislaturas, y tal criterio ha sido claramente establecido en la Constitución de la Ciudad, tanto en su artículo 103 como en la cláusula transitoria primera” y que “una sociedad en donde el Poder Ejecutivo puede establecer figuras penales y contravencionales y además tiene la policía para ejecutarlas es una sociedad autoritaria. Eso está expresamente prohibido por la Constitución Nacional, como por las constituciones provinciales y nuestra Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y así ha sido recogido en la infinidad de oportunidades en la Corte Suprema de Justicia”.

En conclusión, el DNU de marras fue rechazado tácitamente por la Legislatura, quedando demostrado que el jefe de gobierno de la CABA no puede dictar DNU en materia penal, ya que su fallida emisión entraña un vicio originario e irreversible de nulidad absoluta. Así lo exige

el derecho penal liberal (garantista) y democrático (requisito de representatividad, sustancia de la legalidad penal). La tesis contraria (por su matriz autoritaria, totalitaria) resulta incompatible con las instituciones fundamentales de la República. Bien entonces se ha dicho que “El estado de derecho es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, y se opone al estado de policía, en que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda”¹². El estado policía intentó salir de su encierro dictando el DNU 2/2011. El estado de derecho lo puso en caja.

Notas

¹ Sebastián Soler señala que “La contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos... No puede, pues, afirmarse una distinción cualitativa prejurídica entre delito y contravención” en *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1951, Tomo I, pág. 254. La tesis que pretende encontrar diferencias cualitativas entre delitos y contravenciones resulta jurídicamente inviable desde la perspectiva del Estado Constitucional del Derecho. Al respecto resulta aleccionador lo dicho por Eugenio Raúl Zaffaroni en “Abogados”, *Revista del CPACF*, N° 60, octubre 2002, pág. 12: “...Se han inventado explicaciones insólitas como la del derecho penal administrativo, tomada de James Goldschmidt, ilustre catedrático alemán perseguido por judío y que murió en tierras rioplatenses, pero que sospecho que nunca se enteró del uso perverso de su teoría, por otra parte elaborada con base en la legislación del imperio del Kaiser Guillermo II que, salvo que alguien me demuestre lo contrario, no parece tener mucho en común con nuestra Constitución Nacional”. Adoptando también una posición fuertemente crítica de la concepción administrativista J.J. Zornoza Pérez: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 29 y ss.: “Por ello en nuestra doctrina no se reclama una segregación del Derecho Penal administrativo del cuerpo del Derecho Penal criminal, sino una desadministrativización de las potestades sancionadoras de la Administración o, al menos la sujeción de las mismas a los principios fundamentales del Derecho Penal”. Aun para quienes aceptan el llamado derecho administrativo sancionatorio el principio de legalidad, como así también el de culpabilidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, retroactividad de la más benigna, razonabilidad, *ne bis in idem*, resultan exigencias constitucionales insoslayables (cfr. por todos Juan Martín Queralt, Marcelo Lozano Serrano, Francisco Poveda Blanco: *Derecho Tributario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 181 y ss..

² Cfr. también, el exhaustivo inventario de pronunciamientos contenido en el prólogo de José Osvaldo Casás a la muy documentada obra de S.P. Espeche: *Código Fiscal comentado- conculado y anotado con jurisprudencia*, Ediciones Noroeste Argentino, Provincia de Salta 2008, Tomo I, págs. 25/27.

³ Similar a la incurrida por el entonces presidente Menem al dictar, en acuerdo de ministros, el DNU 606/1999, estableciendo la pena de publicidad (cfr. Aristides Corti y Rubén Calvo.: “Acerca de la pena de publicidad que aplica la DGI sin derecho”, *Revista de Derecho Penal Tributario*, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, año XI, N° 9, marzo 2003, págs. 15/18).

⁴ De allí la recepción de los delitos de lesa humanidad tipificados por el derecho de gentes, cfr. Art. 118 (ex 102) de la Constitución Nacional.

⁵ Corti, Aristides: “El encuadre constitucional del derecho tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, acápite “I. Del status constitucional de la CABA”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 2, págs. 73/95 y en especial, págs. 73/75.

⁶ Soler, Sebastián: Op. cit: págs. 118/121

⁷ Villegas, Héctor B.: *Régimen Penal Tributario Argentino*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 85

⁸ Ver Colautti Carlos E.: *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentada*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, págs. 37 y 118.

⁹ Ver Ferreyra, Raúl: *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio de la ley fundamental porteña*, Depalma, 1997, pág. 83

¹⁰ Militello, Sergio: “Código Contravencional. Código de Convivencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Teoría de la entidad de conducta”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 23/24.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 179 y págs. 180/181,

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *ibidem*, pág. 6.

