

Causa 5798. “Risueño, Fernando por infracción al art. 46 del Dec. Ley 8031”.

Libro de Sentencias nro. 16.

Nro. de orden:

//hía Blanca, 16 de junio de 2014.

Autos y Vistos:

Los de la presente causa a fin de resolver lo que corresponda en relación al pago de la pena de multa impuesta al causante Fernando Risueño.

Y Considerando:

I. Que Fernando Risueño fue condenado por el suscrito a la pena de mil ochocientos pesos de multa (\$ 1800.-) como autor responsable de infracción al art. 46 *in fine* del Código de Faltas, Dec. Ley 8031 (fs. 30/32). Allí se estableció que dicha sanción pecuniaria debía abonarse dentro de los diez días de quedar firme el decisorio, bajo apercibimiento de convertirse en arresto a razón de un día por cada trescientos pesos de multa, conforme lo previsto por el art. 6 de dicho cuerpo legal.

Que habiendo quedado firme el fallo referenciado, el condenado se presentó en este juzgado solicitando se le conceda autorización para pagar la multa en dieciocho cuotas mensuales y consecutivas de cien pesos, lo que le fue concedido (fs. 38 y 39), sin que el nombrado haya abonado ninguna de las cuotas pautadas.

Que el art. 6 del Dec. Ley 8031 establece que en caso de incumplimiento del pago de la multa, la misma debe convertirse en arresto, y el artículo siguiente señala que se debe procurar que el infractor satisfaga la multa, pudiendo autorizarse el pago en cuotas mensuales y consecutivas, con arreglo a la condición económica del condenado. Asimismo, el art. 9 del mentado Código de Faltas dispone que en los casos de sanción simultánea de arresto y multa o cuando no pudiere hacerse efectivo el arresto por conversión de la multa, su cobro será perseguido por vía de apremio, considerándose el importe de la multa como un crédito a favor del fisco.

Que en consecuencia, correspondería proceder a la conversión de la multa en arresto, el que debería fijarse en seis días conforme se señalara en la sentencia. Cabe destacar que la condena se debe a que el encausado resulta ser propietario de un perro que atacó y lesionó levemente a una persona, por lo que violó su deber objetivo de cuidado, tratándose de una infracción culposa.

Que debo adelantar mi opinión en el sentido que, en el presente caso, la norma que establece la conversión de la multa impaga en arresto resulta inconstitucional, por las razones que brindaré a continuación, y ello, repensando la cuestión después de haber reflexionado larga y serenamente sobre el punto.

II. Control de constitucionalidad: A) Sabido es que en nuestro país existe un control de constitucionalidad difuso o desconcentrado, ya que no funciona un fuero constitucional especializado.

Así, la doctrina más calificada ha entendido que el control constitucional lo ejercen todos los jueces (Bidart Campos, Vanossi, Dromi, Quiroga Lavié). En este sentido ha resuelto la Corte Nacional: "Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial..." (CSJN, Fallos: 33:194). También ha dicho el Alto Tribunal: "Todos los jueces, de cualquier categoría y fuero pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento le corresponda" (Fallos: 149: 126, 254, 437, 263:297).

Es decir, que como señala Sagüés, se trata de un derecho y un deber para la judicatura, de una tarea suprema y fundamental de los magistrados judiciales, y de una función moderadora a cargo del Poder Judicial (Néstor Pedro Sagüés, "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", tomo 1, pág. 100). En esta línea de pensamiento sostiene el maestro Bidart Campos que el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y que el juez tiene que aplicar bien el derecho y para eso, en la subsunción del caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo II, "El Derecho Constitucional del Poder", Germán J. Bidart Campos, pág. 500). Tal control judicial de constitucionalidad si bien no surge expresamente del texto de la Ley Fundamental, emana tácitamente de las disposiciones de los arts. 30, 31 y 116. Los magistrados judiciales deben aplicar primero la ley prevaleciente -la Constitución- por sobre la ley subordinada -la norma infraconstitucional- (cfr. Sagüés, ob. y tomo cit., pág. 101).

Si la constitución establece ciertas condiciones para sancionar las normas inferiores y establece asimismo ciertas prohibiciones, si estas no son respaldadas por el remedio de la revisión judicial no sería una verdadera prohibición, por lo que una ley fundamental que no estuviera apoyada en ese remedio no sería más que un "mero juguete vistoso". El control judicial de constitucionalidad es lógicamente inevitable, toda decisión judicial implica ejercer un control de constitucionalidad (cfr. Carlos S. Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", págs. 678 y 681).

El control de constitucionalidad que la ley encomienda en último término a la Corte Suprema, tiende a asegurar la observancia del orden jerárquico de las normas que rigen en la República, tanto en el ámbito nacional como provincial, pero tal facultad de contralor corresponde a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero (CSJN, Fallos, 257:99). Los tribunales locales no solo pueden sino que deben efectuar dicho control de constitucionalidad en sus respectivas jurisdicciones (CSJN, "Strada", consid. 9, Fallos, 308:490-1986-, La Ley, 1986-B-476).

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el control de constitucionalidad aparece expresamente previsto en los arts. 20.2, último párrafo y 57 de la Constitución Provincial.

III. Control de oficio. El control de constitucionalidad importa una cuestión de derecho, y en ella el juez no está vinculado por el derecho que las partes le invocan por aplicación del principio *iura novit curia*, es decir que el juez suple el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal. En consecuencia, configurada la causa judicial, la declaración de inconstitucionalidad es procedente sin petición expresa, cuando en el derecho aplicable el juez descubre la inconstitucionalidad; es que la supremacía de la Constitución es de orden público (cfr. Bidart Campos, ob. cit., pág. 500); así lo entienden también Vanossi, Hugo Alsina, Morello, Haro. Lo que sí se encuentra vedado es la declaración abstracta, es decir fuera de una causa concreta.

La declaración de oficio no altera el equilibrio de los tres poderes porque no implica arrogarse atribuciones legislativas sino ejercer la facultad de control propia de la división de poderes. Pareciera absurdo que el silencio de una de las partes del proceso prive al tribunal de cumplir con el mandato constitucional de asegurar la superioridad de la Constitución Nacional por sobre las normas infraconstitucionales. Resulta a mi juicio jurídica y lógicamente insostenible que un juez, cuya tarea es sustancialmente valorativa y que al asumir su cargo ha jurado por la patria y, si las tuviere, por sus creencias religiosas, cumplir y hacer cumplir la Constitución, tenga ante sí -al disponerse a resolver un caso- una norma evidentemente inconstitucional, que además perjudica al imputado, se vea impedido de declarar la invalidez de dicha norma simplemente porque éste omitió efectuar el planteo. A esto se refirió la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso "Marbury vs. Madison" de 1803 en el que se creara en forma pretoriana el control de constitucionalidad, cuando sostuvo que el mentado juramento del juez constituiría algo peor que una solemne burla.

En el sentido indicado, ha sostenido la Corte Nacional que los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad sin que se afecte el principio de división de poderes ni el derecho de defensa en juicio (CSJN, "Mill de Pereyra, Rita A. y otro c. Pcia. de Corrientes", 27/09/01, La Ley, 2001-F-886). En igual

sentido: Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As., causas L.77.011 y L. 80.156; Tribunal de Casación Penal de esta provincia, Sala III, causa 4523.

Es que como enseña Luigi Ferrajoli, la sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución ("El Derecho como sistema de garantías", ponencia expuesta en las Jornadas sobre la crisis del derecho y sus alternativas, organizadas por el CGPJ, Madrid, 30 de noviembre a 4 de diciembre de 1992).

IV. No se me escapa que la Corte Nacional sostiene que los tribunales no están facultados para inmiscuirse en el examen de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos, 257: 127; 293; 163), y que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio extremo que solo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman parte de ella (Fallos, 236:100, entre otros). Sin embargo, en el presente caso y luego de una profunda y prolongada reflexión sobre el tema advierto que la referida conversión de multa en arresto resulta claramente inconstitucional, sin posibilidad de compatibilización o armonización alguna, como intentaré demostrar a continuación.

Cabe destacar, como lo he expuesto en numerosos pronunciamientos, que la materia contravencional es un derecho penal especial y la diferencia entre delito y falta es cuantitativa y no cualitativa; la falta o contravención es un "delito en pequeño". Así lo han resuelto la Corte Nacional (Fallos, 175-231; 191-145, El Derecho, 66-134; La Ley, 1976-A-23) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Ac. 45.458 del 4/XI/69, A y S 1969- 768). Por tal motivo, ese peculiar poder punitivo debe respetar los principios y garantías del derecho penal y procesal consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, no pudiendo ser ignorados por la normativa provincial (E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2000, pág. 171; J. D. Cesano, "Materiales para la reforma contravencional", Córdoba, 1999, pág. 15).

A mi juicio, **la referida conversión en arresto de la sanción pecuniaria resulta en el caso desproporcionada y como tal irrazonable, cruel e inhumana.**

V. Irrazonable y desproporcionada: El principio de razonabilidad es una garantía innominada que fluye de los arts. 1, 14, 28 y 33 de la Constitución Nacional. Las leyes que reglamentan los derechos consagrados constitucionalmente, no pueden alterar sustancialmente esos derechos, desnaturalizándolos o suprimiéndolos. Por ello, la función reglamentaria tiene límites, y si las atribuciones concedidas por la Ley Fundamental son sobrepasadas, debe funcionar el control de constitucionalidad a cargo

del Poder Judicial, que deberá velar para que las normas infraconstitucionales se mantengan en adecuada coherencia con las directrices constitucionales, sin que se produzcan situaciones inequitativas o irrazonables, en la resolución de los casos concretos. Ha sostenido la Corte Nacional que “las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitren no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta inequidad” (CSJN, Fallos 299: 428, “Azar”).

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías. Se trata de una norma operativa, ineludible de aplicar por todos los órganos de poder de un Estado de Derecho, pues lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario (cfr. M. A. Gelli, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada" pág. 329). Ha resuelto el Tribunal de Casación Penal de esta provincia que una norma legal puede ser inconstitucional por incompatibilidad lógica con el texto supremo o por colisionar con sus principios básicos, y que la tarea de dictar normas generales se ve restringida por el principio de razonabilidad que exige que el legislador determine fundadamente los límites al ejercicio de los derechos (TCP, Sala I, sent. del 10/03/05 en causa 15.875). En igual dirección ha sostenido el Tribunal Címero de nuestro país que el control de constitucionalidad que le compete al Poder Judicial exige garantizar que las decisiones legislativas respeten el principio de razonabilidad, según el cual debe cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional (CSJN, Fallos 316:3104; 317:756; 319: 3241).

El poder punitivo del Estado (en este caso el provincial a cargo de la Legislatura) debe ejercerse dentro de límites razonables, siendo la proporcionalidad una medida de la razonabilidad. Este principio ya era postulado por el Marqués de Beccaria en el siglo XVIII, quien sostenía que debía existir una proporción entre los delitos y las penas ("De los delitos y de las penas", capítulo XXIII).

El Tribunal Constitucional español ha establecido tres juicios para efectuar el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas, que Gelli (ob. cit., págs. 334/335) considera un compendio de pautas eficaces y perfectamente aplicables al derecho argentino a partir del art. 28 de la Constitución Nacional. Son ellos: a) el de idoneidad de la medida para obtener el fin perseguido, b) el de necesidad o subsidiaridad -o posibilidad de acudir a otro medio menos gravoso-, y c) el de proporcionalidad en sentido estricto, es decir el de la ponderación entre los beneficios y ventajas para el interés general y los perjuicios sobre bienes o valores en conflicto (TC en pleno, 27/10/97, La Ley 18/08/98).

Como señalara en otras ocasiones (causa 2559 -contravencional- del 20/11/00; causa 771 -correccional- del 24/02/01), el principio de proporcionalidad es inmanente a todo el derecho, y específicamente en el ámbito del derecho penal, significa que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el ilícito. Como pauta orientadora se debe tener presente la importancia del bien jurídico. La función de protección de bienes jurídicos mediante la prevención general debe estar limitada por la proporcionalidad, que constituye un límite a la intervención penal. Establecer la proporcionalidad, es competencia del legislador en el ámbito del diseño de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella (sent. del Tribunal Constitucional español del 22/05/86, RTC 1986, 65).

Una pena puede ser inconstitucional por desproporción irrazonable con la gravedad de la conducta delictuosa y con el bien jurídico tutelado (cfr. G. J. Bidart Campos y D. Herrendorf, "Más sentencias de la Corte en el marco de su activismo judicial: la declaración de inconstitucionalidad de una pena", *El Derecho* del 15/08/89). Si bien -como ya dijera- los tribunales no pueden inmiscuirse en el examen de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador, y teniendo presente que el juicio de razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas en las distintas figuras, en el caso -a mi juicio- aparece en forma nítida la intolerable e irrazonable desproporción de la conversión de la sanción pecuniaria bajo estudio en pena privativa de libertad.

Debe existir una proporcionalidad mínima de la pena respecto a la magnitud de la conducta atribuida y su lesividad; en el caso, la desproporción resulta grosera y palmaria. Es que no resulta admisible invocar efectos preventivos para desalentar conductas mediante mecanismos que distorsionan todo el sistema, como así la jerarquía de valores y bienes jurídicos. Ya destacaba Sebastián Soler la prudencia que debe guardarse en esta materia, de modo que las contravenciones no asuman carácter delictivo por la pena ("*Derecho Penal Argentino*", edic. 1945, Tomo I, pág. 272). Por su parte, sostiene Luis Gracia Martín que la gravedad del delito sobre la que se establece la pena proporcionada debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. De hacerse así -dice este autor español- podrían llegar a establecerse penas exacerbadas para delitos poco graves, pero muy repetidos ("*Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española*", pág. 555, citado por Mercedes García Arán, "*Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*", Aranzandi Editorial, 1997, pág. 33). La prohibición de exceso exige una ponderación valorativa entre objetivo legítimo y

efectos no deseados (Winfried Hassemer, "Crítica al derecho penal de hoy", 2da. edición, Ed. Ad-Hoc, 2003, pág. 120).

La Corte Suprema ha puesto de relieve el ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional (arts. 28 y 33 CN) a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado, al declarar la inconstitucionalidad de la pena mínima del robo calificado de automotor, que en esa época superaba a la del homicidio simple (CSJN, *in re "Martínez"* del 6/06/89). También ha resuelto el máximo tribunal del país que **la pena no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho** (CSJN, "Gramajo", 5/09/06).

Si bien no resulta decisiva la comparación con el Código Penal sí constituye una pauta orientativa para determinar la mentada desproporción irrazonable, pues siendo la falta un "delito en pequeño", la pena de una contravención, si bien podría superar la de un delito en ciertos supuestos y de acuerdo a ciertas circunstancias relevantes, ya que se trata de un orden de menor gravedad y no de una menor gravedad en cada caso (cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., pág. 172), no se debe tolerar una respuesta excesiva para una infracción imprudente como en el presente caso, máxime teniendo en cuenta que en el ámbito delictivo se pueden obtener otros mecanismos menos lesivos como la mediación, la suspensión del juicio a prueba y la pena privativa de libertad de ejecución condicional, lo que no ocurre en el ámbito contravencional en donde existe una normativa anacrónica.

Que se ha sostenido que en materia penal, la exigencia de razonabilidad se traduce en la limitación del alcance de los tipos y las sanciones, y otorga una herramienta efectiva para ejercer un control de constitucionalidad que ampare las garantías frente al poder mayoritario. Es por ello que el principio de proporcionalidad permite declarar la inconstitucionalidad cuando no existe posibilidad de razonabilizar la norma mediante la acotación de su radio de alcance (Mariano H. Silvestroni, "Teoría Constitucional del delito", 2da. edición, Editores del Puerto, 2007, págs. 208/209).

VI. Cruel e inhumana. El principio de humanidad de las penas, vinculado con la racionalidad republicana y emergente de la dignidad del hombre y su reconocimiento como sujeto de derecho aparece consagrado en el art. 18 CN en cuanto proscribire los tormentos y los azotes y se establece que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos, prohibiendo toda medida que lo mortifique.

A su vez, diversos tratados internacionales de jerarquía constitucional prohíben las "**penas crueles, inhumanas y degradantes**" (arts. 75 inc. 22 CN; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 16 de la

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes).

Ha afirmado Enrique Bacigalupo que son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor ("Derecho Penal, Parte General", Ed. Hammurabi, Bs. As, 1987, pág. 80). Se ha sostenido asimismo que si la pena rebasa la gravedad del delito, en virtud de las exigencias de la prevención general, el delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Esto implica un desconocimiento de su dignidad humana (José Cerezo Mir, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General", 1996, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 27).

Entiendo que no solo se proscriben los malos tratos físicos sino también los psíquicos y morales, por lo que el arresto -en el caso- resulta una pena brutal en proporción con la nimiedad de la infracción.

VII. Que entiendo que **aparece a todas luces contraria a los principios antes señalados la exigencia legal de enviar al causante a una comisaría a cumplir seis días de privación de libertad por una leve infracción no dolosa, por lo que esta respuesta resulta -en el caso- desproporcionada, cruel e inhumana** y en consecuencia corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma que lo dispone.

Que no obstante lo expuesto, resultando -en el caso- inaplicables los arts. 6 y 7 del Código de Faltas, Dec. Ley 8031/73 y atento que la multa adeudada constituye un crédito a favor del fisco provincial, deberá darse intervención al señor Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires a fin de que se persiga su cobro por vía de apremio (art. 9 del citado cuerpo legal), ya que ello implica acudir a un medio menos gravoso y más racional.

Por ello, **RESUELVO: I. Declarar la inconstitucionalidad**, en el caso, de los arts. 6 y 7 del Código de Faltas, Decreto Ley 8031/73, en cuanto a la conversión de la multa impaga en pena de arresto, **por resultar la misma irrazonable, desproporcionada, cruel e inhumana** (arts. 1, 14, 18, 28, 30, 31, 33, 75 inc. 22 y 116 de la Constitución Nacional; 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; 20.2 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

II. Dar intervención a la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires a fin de que se persiga por vía de apremio el cobro de la suma de un mil ochocientos pesos (\$ 1.800.-) a **Fernando Risueño** -art. 9 del Decreto Ley 8031/73-. Líbrese oficio.

Hágase saber. Remítase a la instrucción policial a los fines dispuestos por el art. 140 del Decreto Ley 8031.

