

Mendoza, 29 de Agosto de 2018

**Al Sr. Presidente de la Comisión de
Legislación y Asuntos Constitucionales
Senador MARCELO RUBIO
Cámara de Senadores
Honorable Legislatura de Mendoza**

S _____ / _____ D

LUCAS LECOUR, en mi carácter de Presidente de “**XUMEK**”, *Asociación para a la promoción y protección de los Derechos Humanos*, Personería Jurídica N° 1158/07 otorgada el 08 de junio de 2007 por la Dirección de Personas Jurídicas del Gobierno de Mendoza, fijando domicilio legal en calle 25 de Mayo N° 685 de Godoy Cruz, Mendoza, tengo el agrado de dirigirme a Usted y por su intermedio a todo los miembros del recinto, con el fin de expresarle las siguientes consideraciones:

I.- OBJETO:

Conforme al estado público que ha adquirido el debate legislativo pronto a desarrollarse acerca de la modificación de la Ley Provincial N° 3365, por la presente venimos a **ofrecer una crítica constructiva al proyecto** y **solicitar se nos permita una audiencia a fin de participar activamente como organización de derechos humanos** profundizando los planteos incluidos a continuación.

II.- CRÍTICAS PROYECTO DE MODIFICACIÓN LEY N° 3365:

El Poder Ejecutivo ha presentado recientemente un proyecto de modificación del Código de Faltas que en lo sustancial rige en la provincia desde 1965¹.

Previo a ingresar en nuestro análisis encontramos necesario expresar que para que la crítica sea completa y responsable, tendríamos que repasar varias instancias: **1)** inicialmente debiera cuestionarse la necesidad de regular mediante sanciones la convivencia de las personas sobre la base de criterios de moralidad y buenas costumbres que

¹ Ley Provincial N° 3.365 y modif. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-mendoza-3365-codigo_faltas_provincia_mendoza.htm%3B%3Bsessionid=zh7kc0dh16spqbfhtctab09y?0

representan sólo al sector de la sociedad que se arroga la atribución de imponérselos al resto. Imposición que -lógicamente- al no ser consensuada, ni siquiera oídas la totalidad de las partes, se traduce en más inconvenientes que soluciones para afrontar las relaciones sociales.

Asimismo, debería **2)** debatirse acerca de las motivaciones perseguidas con modificaciones de esta índole, argumentando con datos e información estadística y sustancial de calidad sobre las conductas que podrían incluirse en ellas, para, finalmente, **3)** detenerse en la adecuación de lo proyectado a la normativa nacional de naturaleza sancionatoria y penal, y en materia de protección de derechos humanos de las personas afectadas con su aplicación.

Empero, la urgencia y la aparente definición previa de las primeras dos etapas enunciadas por parte de los presentantes del proyecto, llevan a considerar sólo posible la discusión crítica de la última de ellas.

En esa línea, la primera parte de este documento no pretende realizar un análisis teórico y doctrinal exhaustivo -sin perjuicio de poder ampliar a su requerimiento- sino que tiene por objeto destacar los puntos de evidente inconstitucionalidad e inconventionalidad del proyecto, y a la vez advertir falencias en cuanto a la técnica legislativa que también resultaría útil revisar, a fin de evitar futuras y costosas responsabilidades internacionales en que podría incurrir el Estado.

III.- INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DEL PROYECTO EN VARIAS DE SUS FIGURAS:

El primer punto que es necesario considerar, es la inclusión de figuras con un claro objeto persecutorio y discriminatorio, y la endeblez de los motivos que las respaldan.

En efecto, las figuras contravencionales que afectan en forma directa los derechos de libertad, circulación, trabajo, expresión y protesta de sectores sociales fácilmente determinables están expresamente basadas en:

- Estadísticas con escaso nivel de detalle y sin citar correctamente la fuente que permita la corroboración de los datos de ellas surgidos, ejemplo de ello: *“Esta gestión de gobierno, como parte de una política de prevención de la criminalidad, impulsa la*

realización de encuestas anuales de victimización, de las cuales ha surgido que entre las situaciones problemáticas sucedidas en los alrededores de las viviendas de los encuestados, el 49,5% lo atribuye a la reunión de patotas o de bandas en la calle y el 41,1% a riñas y peleas en el mismo lugar”.

- Afirmaciones escasamente fundadas, tales como *“actualmente la sociedad tiene un culto muy elevado por la juventud y tiende a excluir y a marginar a las personas mayores”.*

- Generalizaciones arbitrarias e infundadas que se expresan de la siguiente manera: *“Estas nuevas contravenciones surgen como consecuencia de la creciente demanda de la sociedad para regular este tipo de práctica que genera temor e inseguridad en la población”*

1. Incrementa las facultades discrecionales de la policía provincial para privar el ejercicio de derechos y limitar la libertad ambulatoria de personas claramente determinables (art. 43, 115 y 148).

De acuerdo a la política que se viene desarrollando desde el Poder Ejecutivo, el proyecto refuerza la facultad policial de efectuar detenciones sin control judicial para supuestos cuya vaguedad y falta de fundamentación razonable resultan sumamente preocupantes. Además, no prevé un mecanismo adecuado para hacer efectivo los plazos que se indican en la norma ni un procedimiento claro para evaluar su cumplimiento.

- Privación de libertad de 3 a 10 días por negar información sobre la propia identidad personal, estado, profesión, lugar de nacimiento o domicilio o cualquiera otra calidad personal o suministrar datos falsos (art. 43).

- Privación de libertad de 9 a 12 días por “conducta sospechosa” (art. 115). Entendiendo por tal a *“encontrarse en inmediaciones de viviendas, edificios o vehículos -con o sin moradores u ocupantes- sea escalando cercas, verjas, tapias, sobre los techos o mostrando signos de haberlo hecho o intentando hacerlo o manipulando picaportes, cerraduras, puertas, ventanas o ventanillas o que fingiere actividad a los efectos de observar bienes o personas determinadas, siempre que el hecho no constituya delito”.*

- Obligación de aprehender aún sin orden judicial, a la persona sorprendida *“in fraganti en la comisión de una infracción, cuando esta sea de efecto continuado o cuando se diera a la fuga inmediatamente después de intentar su comisión o de haberla cometido”* (art. 148).

Siendo esta la principal práctica abusiva de las fuerzas de seguridad, resulta de una gravedad extrema que se les otorgue facultades amplias para privar de libertad en forma preventiva a cualquier persona con figuras abiertas que tipifican vagamente las conductas prohibidas, sin control judicial, ni comunicación inmediata a la autoridad judicial, y sin necesidad de defensa técnica pública o privada en todo momento desde la aprehensión.

Nuestra asociación ha desarrollado extensamente, tanto en sus Informes Anuales² y publicaciones³, como en presentaciones judiciales⁴, el peligro que genera otorgar facultades limitativas de derechos a la policía con escasos controles por parte de las autoridades judiciales competentes. Las estadísticas y datos con las cuales realizamos nuestros análisis distan ampliamente de los utilizados por los presentantes del proyecto.

Hemos expresado en reiteradas oportunidades que al no existir un control adecuado del uso de facultades administrativas de detención (tales como el merodeo, detención por averiguación de antecedentes, medios de vida, etc.) ni estadísticas confiables de su eficacia, su utilización queda a merced del arbitrio individual de agentes policiales quien de forma discrecional detiene a personas sin demasiado fundamento, con el consiguiente peligro que representa para las personas cualquier detención arbitraria sin control judicial.

En el ámbito nacional, existen pronunciamientos críticos acerca de la facultad policial de detener. Así por ejemplo vale tomar en cuenta el dictamen del Procurador Fiscal ante la C.S.J.N. en el caso “Peralta Cano”; los votos de Nazareno, Moline O’Connor y Levene (h) en el Caso “Daray” y en el Caso “Ciraolo”, por último la Sala V de la C.N.C. y Correccional en los Casos “Peña, Sergio”, y “Gastelo Meza, Neil”.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también han existido varios pronunciamientos sobre las detenciones administrativas que resultan de interés al delimitar las condiciones necesarias para llevar adelante detenciones como la aquí analizada.

² Ver por ejemplo Informe Anual año 2016, página 101 y siguientes, disponible en: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/Informe-2016-XUMEK-pdf.compressed-1.pdf>; Informe Anual año 2015, página 99 y siguientes, disponible en: http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2015/12/x15_maquetaweb.pdf

³ Ver por ejemplo: <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2017/09/ponencia.pdf>; <http://xumek.org.ar/wp-content/uploads/2016/03/Comunicado-de-prensa-Protocolo.pdf>; <http://xumek.org.ar/comunicado-el-uso-de-armas-letales-por-parte-de-las-fuerzas-de-seguridad-caso-chocobar/>.

⁴ Entre otros: “*Amicus curiae*” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, EXPTE N° CSJN 2835/2015/RH1. Argumentos jurídicos sobre la Detención por Averiguación de Identidad. Año 2015.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue clara al respecto en el Caso “*Torres Millacura Vs. Argentina*”⁵, donde se refirió al alcance de las normas convencionales en relación a una norma de una provincia Argentina de características similares a las de la disposición en análisis, valiéndole ello una condena al Estado Nacional.

En esa oportunidad declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación de los arts. 7.1, 7.2 y 7.3 en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) entre otras cuestiones porque la Ley Provincial no precisaba concretamente los supuestos por los cuales los policías podían “demorar” a una persona con la finalidad de identificarla o averiguar sus antecedentes, lo que constituyó una detención arbitraria al no establecer causas concretas y permitir privar de libertad de manera imprevisible.

Estableció como pauta que el artículo 7 de CADH “*consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (...)*”⁶

Luego se encargó de dejar en claro que una “demora”, “*(...) así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención*”⁷.

Profundizó también respecto al actuar del Estado sin renegar de su derecho y obligación de garantizar y mantener el orden público, indicando primero que “*(...) su poder no es ilimitado (...)*”⁸, para luego sostener que “*(...) con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y*

⁵ Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011.

⁶ Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 71. Negrita y subrayado propio.

⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Serie C N° 229, párr. 76.

⁸ Cfr. Corte IDH. Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 69.

*regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida (...)*⁹.

Finalmente, es dable recordar que la Corte IDH ha reiterado en varias oportunidades que *“nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”*¹⁰.

2. Persecución de la prostitución

El proyecto elimina figuras criticadas como la “Prostitución escandalosa y homosexualismo” (art. 54 Código de faltas ley 3365), pero mantiene prejuiciosamente y de modo discriminatorio la criminalización del ejercicio de la prostitución, aun cuando no debiera siquiera estar prohibida sino más bien protegida y regulada para evitar que las personas que la ejerzan sean víctimas de delitos penales graves.

Para nuestro Código Penal, la prostitución es una actividad lícita, y, en ese sentido, protege a las personas que la ejercen voluntariamente de aquellas que pretendan promoverla o facilitarla, corromper personas menores de edad, o explotar económicamente el ejercicio de la prostitución de otras personas (arts. 125, 125 bis, 127, 145 bis y ter CP).

Empero en el artículo 83 del proyecto se considera como conducta que afecta la moralidad y buenas costumbres la incitación pública a prácticas sexuales.

Esta situación genera una preocupante confusión de límites entre lo prohibido y lo permitido que sirve de base legal para justificar arbitrariedades. A juzgar por la realidad denunciada en innumerables oportunidades, la norma equivalente actualmente vigente ha derivado en detenciones arbitrarias y demoras injustificadas en comisarías y

⁹ Corte IDH. *Caso “Torres Millacura y otros” vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Párr. 70.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218; párr. 165.

destacamentos policiales, perjudicando no sólo sus derechos laborales sino también su libertad ambulatoria.

De su texto se destacan negativamente varias cuestiones:

- Que entre las conductas que se enumeran se incluyen “incitar”, “exhibirse” o “realizar señas o gestos provocativos” en lugar público o abierto al público con el propósito de mantener contactos o prácticas sexuales, por dinero o promesa remuneratoria. Fácilmente se advierte que no se refiere a la práctica de conductas sexuales en lugar público, sino a acciones previas. Si se tiene en cuenta que el código penal ya prohíbe las exhibiciones obscenas en el artículo 129, claramente las aquí reguladas se refiere a otras, a aquellas que no lo sean.

- Se insiste como obligación de conducta la realización de examen venéreo y de transmisión sexual y tratamiento curativo.

- En su párrafo tercero se prevé como agravante cuando las proposiciones o incitaciones fueren dirigidas a un menor de edad. Tal como oportunamente se detallará, esta conducta supone un delito penal que excede las posibilidades regulatorias de la provincia.

Posteriormente insiste con perseguir a la persona que practique la prostitución, expresando en el artículo 125, bajo el título “Prostitución peligrosa”, que *“la persona sorprendida en ejercicio de la prostitución afectada de enfermedad venérea o contagiosa, será sancionada”* con multa o arresto desde quince (15) hasta treinta (30) días, imponiendo además como obligación de conducta *“realizar los exámenes médicos pertinentes en el Cuerpo Médico Forense y, en su caso, el tratamiento médico correspondiente a la enfermedad de transmisión sexual que padeciere, en un establecimiento de salud público”*.

Además de regular una situación prevista en la Ley Nacional 12.331¹¹ que no debería ser objeto del proyecto de norma provincial en análisis, tiene una redacción discriminatoria dirigida sólo a mujeres, que criminaliza el ejercicio libre de la prostitución.

Permite graficar esta última afirmación el mero repaso de la norma propuesta, de donde se sigue que no es objeto de reclamo alguno la persona que

¹¹ Que organiza la profilaxis de las enfermedades venéreas y a su tratamiento sanitario en todo el territorio de la nación y que tuvo también como objetivo la protección de la mujer en su libertad y dignidad humanas.

consume o demande el servicio ofrecido por quienes ejerzan la prostitución. Es decir que, si bien el proyecto sostiene la criticable postura de considerar la prostitución una conducta prohibida, a diferencia de Códigos como el de Convivencia Ciudadana de la Ciudad de Mendoza¹², decide sólo reprocharle el incumplimiento a una de las partes intervinientes. Situación que es una contradicción discriminatoria en sí misma que pone en evidencia el objetivo persecutorio propuesto.

3. Persigue el derecho a manifestarse y a reunirse, imponiendo a su vez la obligación de pedir permiso previo (art. 55 incisos h y i).

El proyecto de código persigue conductas que colisionan directamente con derechos constitucionalmente establecidos como el derecho a peticionar a las autoridades, manifestarse y/o reunirse, imponiendo a su vez requisito previos que afectan gravemente su ejercicio (art. 55 incisos h y i).

4. Criminaliza la actividad política de los jóvenes (art. 109).

El proyecto criminaliza el loable ejercicio de los jóvenes estudiantes de comprometer con actividades políticas en terciarios y universidades, reprimiendo conductas como fijar un cartel en escuelas secundarias, terciarios o universidades o acampe en lugares no permitidos por la autoridad.

5. Sanciona exigir o aceptar contraprestación por el cuidado sin autorización legal, la limpieza de vehículos en la vía pública y la venta ambulante (arts. 55, 57 y 58). Persigue la pobreza y las estrategias de vida en calle (arts. 89, 90 y 91).

Dentro del título II titulado “contravenciones contra el orden público y la seguridad pública”, se criminaliza pobreza, impidiendo a los trabajadores y trabajadoras informales el lavado de autos en la vía pública, no se penaliza la amenaza o el maltrato hacia un particular, sino la actividad realizada de manera voluntaria. Por otro lado,

¹² Ver artículos 40 y 41 Ordenanza 3877/2014 de la Ciudad de Mendoza.

pena al vendedor ambulante que por medio de parlantes venda mercaderías, criminalizando una actividad tradicional de los barrios de nuestra provincia.

Asimismo, bajo el título *“contravenciones contra la moralidad, buenas costumbres, solidaridad y educación”* persigue a las personas que “mendigaren” cuando sea en “forma amenazante o agravante” (art. 89), “fraudulenta” por simular deformidad, enfermedad “u otros medios fraudulentos” para suscitar la piedad ajena (art. 90), y finalmente cuando se utilizan personas menores de edad o personas con discapacidad o se les permite hacerlo (art. 91).

En la exposición de motivos expresamente indica que estas contravenciones responden a *“la creciente demanda de la sociedad para regular este tipo de práctica que genera temor e inseguridad en la población”*.

Sobre los últimos dos puntos resaltados (1.4, 1.5) las críticas son variadas. Por un lado, no es posible ese fundamento sea suficiente para sancionar a personas que por los motivos que fuere recurren a estrategias de vida en calle. Por otro, existe una generalización arbitraria que adelanta peligrosamente la punibilidad criminalizando a un sector social intentando prevenir conductas delictivas de carácter autónomo (como lo son estafas, hurtos, robos, etc.). Por último, resulta notable la discriminación carente de fundamento respecto a conductas esencialmente similares que también implican el abordaje de automóviles en semáforos por parte de adolescentes para mendigar dinero para la realización de viajes o eventos para festejar sus egresos.

6. Criminaliza los estados de alteración psíquica o de embriaguez (art. 94 y 95)

El proyecto colisiona directamente con la Ley Nacional N° 26.657, Ley Nacional de Salud Mental al ordenar el encierro para quienes fueren sorprendidos en un estado de alteración psíquica o de manifiesta embriaguez. Además, estas disposiciones violan la esfera de privacidad de las personas, garantizada por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, puesto que resultaría actos que no afectan derechos de terceros

Cabe resaltar que en el caso de que la intoxicación sea grave corresponde conducir a la persona al centro de salud más cercano, caso contrario corre riesgo su salud y su vida.

7. Vulneraciones al derecho de defensa y al debido proceso.

Nuevamente en contra de lo auto postulado al fundar el proyecto, si bien destacan como valor la “absoluta rapidez y certeza” para resolver situaciones, es posible advertir que el articulado sólo hace hincapié en la rapidez, postergando abiertamente tanto la precisión como la certeza con un procedimiento que no garantiza el derecho de defensa¹³ y el debido proceso de las personas sospechadas y de sus familias.

El ejercicio del derecho de defensa es **tomado como una posibilidad** (arts. 155 y 165), y no como un **derecho humano esencial irrenunciable** que el Estado se ha comprometido a garantizar, y **no hay mención alguna a la defensa pública** que el Estado se encuentra obligado a proveer por los compromisos internacionales que ha asumido.

El artículo 155, que regula el procedimiento en Sede Judicial, incluye en su tercer párrafo una referencia expresa que afecta decididamente el derecho de defensa de la persona imputada de contravención: luego de expresar que la autoridad “convocará inmediatamente a juicio” fijando una audiencia de debate que se celebrará en el término de tres (3) días, en la frase inmediata posterior señala que se le hará saber que *puede concurrir con defensor letrado particular, si no prefiriese defenderse personalmente.*

El ejercicio del derecho de defensa nuevamente es tomado como una posibilidad en el artículo 165, donde el proyecto establece que en la Alzada las personas podrán ser asistidas *por un abogado de la matrícula, si no manifestaren defenderse personalmente.*

La **defensa técnica** de la persona **en todas las etapas de un proceso sancionatorio es inviolable**. Desde iniciado el procedimiento debería hacerse saber a la persona imputada que le asiste el derecho de designar abogado/a defensor/a de su confianza o de solicitar uno/a provisto/a por el Estado, y, en caso de no hacerlo, se le debería designar de oficio la defensa pública que estuviese de turno.

¹³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado inconstitucional estos aspectos del procedimiento contravencional, al revisar un caso originado en la aplicación del Código de Faltas de Tucumán, en el fallo “N., J. G.”, 05 Oct 2010, en Fallos, 333:1891.

8. Violación a los principios de culpabilidad y personalidad de las penas: Sanciones a padres, madres y tutoras/es (art. 9°).

El artículo 9°, titulado “*responsabilidad de padres y tutores*” expresa que la autoridad judicial contravencional realizará una investigación a fin de determinar si hubo intervención o no de personas menores de edad en el hecho contravencional. “*Determinada la participación*” de una persona menor de edad, “*mediante auto fundado citará a los padres o tutores quienes serán sancionados*” con multa, salvo que la contravención especifique otro monto o sanción.

Posteriormente existe otra referencia a la responsabilidad. A diferencia de la anterior, compromete la responsabilidad indirecta de “*padres, tutores y curadores*”.

El artículo 50 expresa que cuando un alumno menor de edad agrediere en forma personal y directa con insultos, mofas o señas, que implicaren un agravio a personal directivo, docente y no docente de los establecimientos educativos de gestión pública y/o privada o en contra de un funcionario de la Dirección General de Escuelas, en razón de su cargo, y siempre que el hecho no constituyere un delito, sus padres, tutores o curadores serán sancionados con multa y como accesoria podrá imponerse obligaciones de conducta.

Según se proyecta, las familias de las personas menores de edad que sean encontradas responsables de la comisión de una contravención, son pasibles de sanción en determinadas circunstancias aún sin haber tenido participación en el proceso judicial y sin otro motivo que el vínculo que une a las personas.

En consecuencia, tal como se encuentra previsto, resulta inconstitucional e inconveniente por dos cuestiones:

a) El procedimiento no prevé participación alguna en el proceso ni de la persona menor de edad ni de las personas pasibles de sanción.

b) La responsabilidad *refleja* de padres y madres por conductas de los/as hijos/as, en tanto se estaría responsabilizando a las personas sólo por el vínculo y la portación del apellido. Distinto sería que se responsabilice por la omisión en el deber de vigilancia cuando se encuentren bajo su custodia, pero en ese caso la sanción no recae por la falta cometida por las personas menores de edad sino por incumplir el mencionado deber y no recae sólo en madres, padres o tutores/as sino también en quienes dirigen los establecimientos educativos durante el tiempo en que se encuentran bajo su custodia.

Por otra parte, la norma proyectada sólo se refiere a “Padres/madres, tutores/as” pero no menciona al resto de posibles figuras como la “guarda”.

Finalmente, tampoco discrimina acerca de las edades de las personas menores de edad que pueden comprometer la responsabilidad de padres/menores y tutores/as, criminalizando en forma “indirecta” a personas que por su edad son legalmente inimputables.

9. Violación al derecho al doble conforme.

Finalmente, sobre las vulneraciones graves al derecho de defensa y al debido proceso sirve traer a consideración las previsiones realizadas acerca de la etapa recursiva.

Según el texto proyectado, no procederá ningún recurso salvo recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Revisión (art. 161, 164 y 171). Concretamente, el artículo 161 expresa que contra la sentencia no procederá ningún recurso salvo los de Inconstitucionalidad y Revisión. Ambos recursos extraordinarios. En tanto que para los casos en los cuales el Juzgado Contravencional interviene como Tribunal de Alzada (art. 164) el artículo 171 indica que solo podrán interponerse los Recursos Extraordinarios de Inconstitucionalidad y Revisión.

En consecuencia, es fácil advertir que ambos artículos se encuentran en flagrante contradicción con la obligación asumida por el Estado respecto a garantizar mediante recursos ordinarios que las sentencias sancionatorias sean revisadas en forma completa por un tribunal superior distinto al que resolvió y en un plazo razonable.

10. Sanciones:

Respecto a las sanciones, si bien se destaca positivamente la incorporación de la justicia restaurativa, las críticas son variadas:

a) En relación al “arresto”, el artículo 13° expresamente indica que podrá ser de hasta noventa (90) días y que se cumplirá en establecimientos especiales destinados al efecto, limpios y dignos, para seguridad y no para castigo.

A pesar de la -ya indiscutida- inconveniencia de las penas de encierro por períodos de corta duración, se imponen sanciones graves sin proporción alguna con la falta cometida y sin determinar el objeto propuesto de la sanción.

De acuerdo a cómo se encuentra previsto en cada tipo contravencional y en el Proyecto en general, la finalidad en ningún caso se corresponde con la mencionada en el artículo 13. En efecto, no es otra que el castigo de las personas, contradiciendo abiertamente lo indicado por el artículo 18 CN, el artículo 5.6 de la CADH y demás tratados internacionales en materia de derechos humanos.

b) Se incrementan considerablemente las multas en el entendimiento expreso de que esa cuestión produciría mayor prevención y tendría un efecto disuasorio. Sin embargo, en la exposición de motivos no se fundamenta esta situación de manera alguna. Desde nuestra perspectiva, el argumento desconoce la realidad toda vez que, por un lado, sobreestima el efecto posible de una multa, y por otro, no prevé el hecho de que diferentes poderes adquisitivos relativizarían aquel efecto.

c) Propone que el incumplimiento de multas se transforme en una sanción privativa de libertad. El artículo 21° trata de la conversión directa de la multa en arresto, si la persona condenada no la abonare dentro del término de tres (3) días de la fecha en que quedó firme la sentencia condenatoria, salvo que antes de que venza dicho plazo el condenado solicitare la realización de trabajos comunitarios.

No han sido pocas las oportunidades en que la justicia comparada se ha pronunciado en contra de normas semejantes. Por nombrar algunos ejemplos, en el año 2014 el Juzgado en lo Correccional 1 de Bahía Blanca declaró la inconstitucionalidad de los arts. 6 y 7 del Código de Faltas, 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) con citas doctrinales y jurisprudenciales de trascendencia.

En la provincia de Chaco, el Juzgado de Faltas de Barranqueras, mediante resolución N° 758 del 06 de diciembre de 2010, además de la inevitable cita a la reforma constitucional del art.75, inc.22, párr. 2° recordó que

“La prisión por deudas fue abolida en nuestro país mediante el dictado de la Ley 514 del año 1872. La conversión de la multa en arresto prevista por éstas normas colisionan con la prohibición de imponer prisión por

deudas” y, por ello, “en el caso de incumplimiento deberá recurrirse a todas las alternativas tendientes al cobro de la multa. Se ha dicho que: ‘El problema básico del proceso de ejecución de las multas es la política a seguir con quien carece de medios suficientes para afrontarla. En esos casos se deben convertir automáticamente en prisión. Creo que la respuesta correcta es la opuesta: se deben agotar los medios para evitar que las penas de multa se conviertan en una pena de prisión, haciendo así ‘entrar por la puerta trasera’ lo que quiso evitar en un primer momento. Para ello existen diversos mecanismos: en primer lugar, se debe permitir un pago fraccionado de esa multa, según la capacidad real de quien debe afrontarla. Si ello no es posible, se debe permitir la sustitución de esa multa por otro mecanismo no violento y similar: por ejemplo, la sustitución por trabajo voluntario. Si tampoco ello resulta posible, se debe tratar de ejecutar forzosamente las multas, retomando los bienes del condenado y sin aún así no fuera posible cobrar las multas, entonces se puede recurrir a la conversión en prisión, según la escala de conversión que fijen las legislaciones’ (Binder, Introducción al Derecho procesal penal, cit. ps.277-278). Estableciendo en consecuencia que el pago de la multa a que se condena, se efectivizará bajo apercibimiento de disponerse su cobro por vía ejecutiva”.-

d) Trabajo comunitario: Finalmente, el artículo 22° establece la sanción de “Trabajo Comunitario” también convertible directamente en arresto como agravante si no fuese la sanción cumplida en la “forma” establecida en la sentencia (art. 23).

Esta conversión, que en forma indirecta representa una manera de obligar forzosamente a una persona a realizar una actividad para evitar una privación de libertad que no se corresponde proporcionalmente con la contravención de la cual es responsable, es pasible de similares críticas a la anterior.

11. Tipicidad de las figuras contravencionales:

En relación a los nuevos tipos contravencionales, la crítica puede dividirse en 3 partes.

a) Vaguedad y ambigüedad:

A pesar de que la exposición de motivos expresa como “imprescindible” la tipificación precisa de las conductas, no son pocos los artículos en los cuales no se logra por ambigüedad en la redacción y vaguedad conceptual, violentando de esa forma el principio de máxima taxatividad -expresión del principio de legalidad en el ámbito de tipicidad penal-previsto en la legislación provincial, nacional e internacional.

La vaguedad y ambigüedad de términos es incompatible con materia sancionatoria. Sirve de ejemplo de esta situación la regulación de la “ofensa personal”.

Si bien inicialmente se encuentra justificada la inclusión como contravención de conductas en tanto su fundamento radique en evitar con ellas que las situaciones continúen y deriven en delitos penales como amenazas, coacción, lesiones, etc., son sensibles los inconvenientes en la descripción de las conductas y de los requisitos que debe reunir una persona para ser sujeto activo o pasivo de las acciones contravencionales.

En este sentido, en relación a la figura conocida como “desacato”, contrario al consolidado criterio que debería prevalecer de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales¹⁴ respecto al mayor grado de tolerancia que debieran tener las personas públicas que ejercen funciones electivas en una sociedad democrática frente a expresiones vertidas sobre su persona o desempeño, es posible advertir un déficit en la determinación y expresión gramatical de las acciones sancionadas e infundadas diferencias entre las conductas incluidas en los artículos.

En relación a las arbitrarias diferencias de conductas tipificadas:

- En el primer caso, regula la “ofensa personal” a agentes del Estado, profesionales de la educación y de salud. El artículo 46 sólo expresa que será sancionable quien *“ofendiere en forma personal y directa a un funcionario público en razón de su cargo”* explayándose si en cuanto a las autoridades alcanzadas: las máximas autoridades de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, Provincial o Nacional o representantes del cuerpo diplomático o consular acreditados en el país, y personal directivo o docente de establecimientos educativos de gestión pública o privada.
- En el segundo caso, referido también a trabajadores de la educación (sin quedar clara la diferencia con el anterior), alcanza al *“padre, tutor, curador o persona que alegare parentesco de un alumno”* que *“hostigare, maltratare, menospreciare, insultare, perturbare emocional e intelectualmente o de cualquier otro modo ofendiere”* dentro del establecimiento educativo (art. 47).

¹⁴ Ver, por ejemplo: CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV Apartado B). OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Disponible para consulta en: <http://cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>; CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009.

- Mientras que, en el tercero, nuevamente **no detalla las conductas incluidas** en la ofensa, **pero agrega la agresión física sin causar lesiones y la agresión verbal con gritos e insultos** (art. 51).

Por otra parte, el proyecto olvida tipificar como contravención la ofensa personal entre particulares y olvida también mencionar las ofensas personales realizadas por funcionarios/as públicos/as, trabajadores/as de la educación, y profesionales de la salud.

b) Despenalización de conductas mediante la inclusión de contravenciones que suponen delitos penales:

Existen figuras en el proyecto que vulneran principios constitucionales básicos al hacer referencia a conductas equivalentes a las que se encuentran prohibidas por el Código Penal.

Su inclusión es grave por regular conductas que se superponen con delitos del Código Penal y exceder así el ámbito provincial en tanto no respeta el poder que ha sido delegado, y por resultar una estrategia regulatoria que desprotege a grupos considerados vulnerables para acceder a la justicia en beneficio de agentes del Estado.

En algunos casos la solución no podría ser otra que obviarlas o reformularlas, mientras que en otros la alternativa podría ser incluir en el texto la salvedad de que será materia provincial siempre que no sea delito.

- Incitación pública a prácticas sexuales dirigida a personas menores de edad (párr. 3 art. 83): corrupción de menores de edad (art. 125 CP) -puede ser en grado de tentativa-.
- Explotación de la credulidad pública con ánimo de lucro o por dádivas (art. 100): estafa genérica (art. 172 CP).
- La simulación o apariencia falsa para entrar a edificios, domicilios o lugares de uso privado (art. 101): estafa genérica (art. 172 CP); usurpación (art. 181 CP), violación de domicilio (art. 150 CP).
- Simulación de la calidad de miembros de las fuerzas de seguridad mediante la utilización de uniforme o credenciales (art. 102), y adquisición de indumentaria de las fuerzas de seguridad sin pertenecer a las mismas (art. 103 párr. 1): estafa genérica (art. 172 CP); usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246 y 247 CP).

- Adquisición de cosas que se sospeche provienen de un delito (art. 116): Encubrimiento (art. 277 inc. 1 c), inc. 2 CP).
- Maltrato a personas de la tercera edad en instituciones del estado o bajo control estatal, y por parte de agentes del Estado –como agravante- (art. 126): tortura (art. 144 ter).

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (A-70)¹⁵, define el “Maltrato” como: Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado los elementos que configuran la práctica de tortura y figuras afines de acuerdo a los criterios establecidos en el caso Bueno Alves -acto intencional, que cause severos sufrimientos físicos o mentales y que se cometa con determinado fin o propósito¹⁶-.

Claudio Nash¹⁷ se ocupa de señalar que en relación a los “severos sufrimientos físicos y mentales” la Corte IDH atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso (“*características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar*”) y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima (“*edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal*”)¹⁸.

Según refiere el catedrático chileno, esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. Una calificación centrada sólo en los elementos objetivos del acto ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares fijados a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio a partir de prejuicio o estereotipos que surgen desde las visiones predominantes en un momento histórico determinado.

¹⁵ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

¹⁶ Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 79.

¹⁷ NASH ROJAS, Claudio. *Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal*. En: Fundación Konrad Adenauer. “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”. Coordinadores: Christian Steiner y Patricia Uribe. 2014.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Bueno Alves, Op. Cit.* párr. 83.

Consecuencia de lo expresado, es evidente el desacierto de regular como materia contravencional conductas de agentes del Estado que teniendo en consideración las condiciones de las víctimas pueden generar sufrimientos de tal gravedad que configuren torturas o figuras delictuales afines. Incluso es posible afirmar que implica una clara desprotección de personas pertenecientes a un grupo vulnerable en beneficio de las autoridades estatales involucradas.

c) Incorrecta técnica legislativa:

A la par de los puntos anteriores, afectan la técnica legislativa:

Expresiones desactualizadas o erróneas: Existen al menos tres expresiones que desde una perspectiva de derechos humanos resultan equivocadas y desactualizadas.

1) “Menores” (art. 9): Si bien en varios apartados del texto se utiliza la expresión “personas menores de edad”, en el artículo noveno se refiere a las personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad como “menores”.

2) “Capacidad diferente” (art. 127): Cuando se habla de discapacidad, la expresión correcta es la de **“Persona con Discapacidad”**. Expresión que proviene del modelo social de la discapacidad, que pone en primer lugar a la persona y dice que la discapacidad sólo es una de sus características, entre muchas otras. Desde esta visión, la discapacidad queda definida por la relación de la persona con las barreras que le pone el entorno.

Esta terminología está sustentada por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por su parte, hablar de **“capacidades diferentes”** es un eufemismo que no reconoce la diversidad e invisibiliza peligrosamente a un grupo vulnerable. En efecto, todas las personas tienen capacidades diferentes. Este concepto carece de sustento académico o de reconocimiento entre los organismos internacionales de derechos humanos y las organizaciones especializadas.

3) Falta de perspectiva de género: Contradiendo lo expresado en la exposición de motivos, en todo el articulado es notoria la falta de perspectiva

de género. A esta altura, en el año 2018, no es posible que los proyectos de ley hagan caso omiso a la utilización de lenguaje inclusivo.

Organismos nacionales como INADI destacan en forma constante esta necesidad. La legislatura provincial ha ofrecido cursos para fomentarlo. Empero, los proyectos de ley continúan utilizando un lenguaje que no es inclusivo.

IV.- CONCLUSIÓN:

De un primer análisis puede advertirse que el proyecto impulsado desde el Poder Ejecutivo Provincial introduce y deroga cuestiones que implican visibles mejoras en relación al Código vigente. Sin embargo, tiene varios aspectos que requieren revisión.

En resumidas cuentas, en lo relacionado a su adecuación a la normativa nacional e internacional, se caracteriza por la adopción de tipos contravencionales ambiguos, vagos, con elevadas penas y fundamentos de poca valía, que colisionan con tipos penales y benefician injustificadamente a agentes del Estado.

En general, las Contravenciones normadas tienden a adelantar la punibilidad respecto de conductas que criminalizan la pobreza y la protesta social y persiguen personas previamente determinables que pertenecen a grupos más vulnerabilizados de nuestra provincia.

Todo ello en el marco de un proceso judicial que, motivado en la necesidad de celeridad, se inclina por afectar el derecho de defensa en forma inversamente proporcional al incremento de las facultades policiales discrecionales, que, a juzgar por las herramientas legales disponibles, resultan escasamente controlables por parte de las autoridades judiciales.

En consecuencia, el proyecto de Código, a pesar de separarse por más de 50 años de su antecesor, mantiene y profundiza preocupantes vulneraciones a los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos vulnerabilizados que se sugiere sean oportunamente remendados para evitar la afectación de derechos humanos y comprometer la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos.

V.- PETITORIO. PEDIDO DE PARTICIPACIÓN:

Sobre la base a lo anterior, le solicitamos

1) Tenga por presentada la crítica constructiva realizada por la Asociación XUMEK al proyecto de modificación de la Ley Provincial N° 3365.

2) Nos conceda una audiencia oral para ampliar la información crítica acerca del proyecto de ley y colaborar de la forma más objetiva, completa y fructífera posible en el proceso de modificación legal de la norma regulatoria.

Asimismo, en aras de una mejor comunicación brindamos nuestro número de teléfono y dirección de correo electrónico, siendo los mismos: 4582192 y contacto@xumek.com.ar.

Lo saludo muy cordialmente.

Lucas LECOUR
Presidente
XUMEK
Asociación para la protección
y promoción de los DDHH