

**Expte. n° 245/00 “León, Benito  
Martín s/ recurso de  
inconstitucionalidad (art. 71,  
CC)”**

**Buenos Aires,** 24 de octubre de 2000

**Vistos:** los autos indicados en el epígrafe.

**El juez José O. Casás dijo:**

**Hechos**

1. El 10 de marzo de 1999 se labró un acta (fs. 3), donde se imputó a Benito Martín León la infracción descrita en el art. 71 del Código Contravencional por *“Ejercer la prostitución en vía pública frente a vivienda”*. Se acompañó vista fotográfica (fs. 2). El presunto contraventor fue citado a prestar declaración, en los términos del art. 41 de la Ley de proc. contrav., por la Fiscalía n° 6, a cargo del doctor Mario Gustavo Galante.

El 23 del mismo mes y año se labró una nueva acta (fs. 8), por infracción al art. 71 del Cód. Contrav., contra Benito Martín León, por *“Hallarse ofertando sexo en la vía pública”*, donde se lo citó a comparecer ante la Fiscalía n° 7, correspondiente al Juzgado Contravencional en turno n° 4. Se obtuvo videofilmación.

El subinspector Tassara, de la Policía Federal Argentina, declaró que en oportunidad de recorrer *“el radio jurisdiccional en su calidad de integrante de la Brigada de esta Dependencia al llegar a la intersección de las calles Paraguay y Oro, le fue dable observar la presencia de una persona que vestida con ropas de mujer se hallaba ofreciendo el acto sexual ...”* (fs. 7).

La señora Fiscal doctora María del Carmen Gioco declinó su competencia y remitió las actuaciones a la Fiscalía n° 6 que había intervenido en primer término a fin de unificar las causas por razones de economía procesal y en atención a la conexidad existente, donde ya se encontraba tramitando la sustanciada con motivo de la presunta infracción cometida el 10 de marzo de 1999 (fs. 9).

El 6 de abril de 1999 se labró contra Benito Martín León una tercer acta (fs. 12) por infracción al art. 71 del Cód. Contrav., dado que *“Se hallaba en la vía pública realizando oferta de servicios sexuales frente a viviendas particulares ...”*. Se acompañó vista fotográfica (fs.13) y se lo citó a comparecer ante la Fiscalía n° 9.

El señor fiscal doctor Sergio Martín Lapadu declinó su competencia a favor del titular de la Fiscalía n° 6, por razones de conexidad y remitió las actuaciones al doctor Galante (fs. 11).

Los señores Fiscales de Cámara, doctores Juan Carlos López y Walter Fernández, designaron al doctor Aníbal Oscar Brunet como fiscal adjunto del doctor Galante, mediante resolución n° 17-MPC-99. En ella se consignó que hasta tanto fuese efectivamente designado el titular del Ministerio Público Fiscal, correspondía a la Fiscalía de Cámara velar por el adecuado desempeño en el área. De esta manera se tuvo en cuenta el art. 19, inc. 5°, de la Ley Orgánica del Ministerio Público que prevé la designación de fiscales adjuntos para que actúen conjunta o alternadamente con el fiscal titular y bajo supervisión de éste, cuando la importancia o dificultad de los asuntos así lo requiriesen (fs. 16).

Se puntualizó que esa función podía ser cubierta por integrantes del Ministerio Público de igual o menor jerarquía, situación que comprendía a funcionarios designados en cargos que exigían condición letrada como los secretarios de primera y segunda instancia. En el caso, el doctor Brunet, designado originariamente como Secretario del Juzgado n° 4, había pasado a prestar idénticas funciones en el Ministerio Público, el 23 de abril de 1999, por acuerdo n° 62 de la Cámara Contravencional.

Los señores fiscales doctores Galante y Brunet citaron a deponer al presunto contraventor y a los señores Alberto Gustavo Arbiz y Hugo José De Mena a prestar declaración testimonial. El señor León compareció ante el doctor Brunet negándose a declarar en los términos del art. 41 de la Ley de proc. contrav. (fs. 17/18).

El titular de la Defensoría n° 5 del Ministerio Público de la Justicia Contravencional, doctor Francisco José Mailini Larbeigt, solicitó la nulidad del auto de acumulación y citación, sobre la base del art. 167, inc. 1° del CPPN, al entender que la designación de un funcionario con el título de “fiscal adjunto” no se ajustaba a derecho por carecer el designado de la jurisdicción propia de los miembros del Ministerio Público. Señaló que este requisito constituía un presupuesto de validez para reasignar competencias “ad hoc” de conformidad con el art. 19, inc. 5°, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, norma que sólo autorizaba la designación para intervenir en causas no naturales del actuante a otros miembros del Ministerio Público y no a funcionarios que no revestían tal calidad. Al mismo tiempo sostuvo que no se respetó la intervención del tribunal natural de la causa (fs. 19).

Ello motivó la formación de un incidente (fs. 33), donde el Juzgado en lo Contravencional n° 3, a cargo del doctor Marcelo Pablo Vázquez, con fecha 24 de septiembre de 1999, rechazó la nulidad “respecto de los decretos de citación y acumulación cuando ellos cumplieron con su única finalidad de citar al imputado y, por aplicación del principio de economía procesal, acumular los procesos abiertos en contra de éste, así como también de la participación del Dr. Brunet en la audiencia del art. 41, ya que

*todos ellos contaron con la debida participación del Sr. Fiscal natural y en el marco de delegaciones propias de esa función pública”* (fs. 51).

El sargento Raúl O. David compareció a prestar declaración en la audiencia testimonial ante el señor fiscal adjunto, doctor Brunet, con fecha 28 de mayo de 1999, y manifestó que el 10 de marzo del mismo año, al llegar a la altura de número 1778 de la calle Oro, el señor Gustavo Alberto Arbuz puso en su conocimiento que había una persona vestida con ropas femeninas ejerciendo la prostitución en la puerta de su casa, en la dirección indicada, resultando ser el señor Benito Martín León. Añadió que, luego de solicitarse la presencia del señor Hugo De Mena en calidad de testigo, procedió a labrar el acta contravencional (fs. 21/21vta.).

En su declaración testimonial el señor De Mena relató que, en la fecha señalada, circulaba con su taxímetro vacío por la calle Oro y que al llegar al 1700 vio a tres patrulleros y un móvil de brigada. Agregó que había sido requerido como testigo por un oficial, y afirmó que había observado a una persona *“trasvestida”* (sic) sentada en una pared de una concesionaria Renault *“insultando a la policía con improperios terribles”*; pero que no lo había visto ofreciendo servicios sexuales por haber llegado cuando el procedimiento policial estaba finalizando (fs. 22).

Al prestar declaración testimonial, el señor Arbuz expresó que el 10 de marzo, ante los gritos de ocupantes de varios vehículos que circulaban por la calle Oro, salió de su casa y vio a *“una persona de aparente sexo femenino, que mediante gestos, ademanes, actitudes provocativas ofertaba servicios sexuales a los ocasionales automovilistas”*; razón por la cual llamó al móvil de la Comisaría 25<sup>a</sup>. También manifestó que el imputado insultaba al personal policial y que *“las prácticas de estas personas hace imposible dormir”* (fs. 25/25vta.).

2. El señor fiscal doctor Galante formuló requerimiento de elevación a juicio, donde sostuvo que los ilícitos reprochados se encontraban previstos y reprimidos en el art. 71 del Cód. Contrav., de conformidad con la redacción otorgada por la ley n° 162. A su vez, solicitó que, transcurrido el juicio oral y público, se impusiera a Benito Martín León la pena de instrucciones especiales (art. 20 del Cód. Contrav.) por el término de dos (2) meses con más la pena de multa (art. 14 del Cód. Contrav.) a razón de diez (10) días multa de ochenta pesos (\$ 80) cada uno, es decir, ochocientos pesos (\$ 800) (fs. 29/32).

3. El 4 de noviembre de 1999 se realizó la audiencia de debate oral y público en las causas nros. 7825/99, 9250/99 y 10828/99, expte. n° 1278/99, contra Benito Martín León en orden a la contravención de *“alteración de la tranquilidad pública”* tipificada en el art. 71 del Cód. Contrav. Se rechazaron los planteos de nulidad interpuestos por la defensa con relación a la audiencia del art. 41 —que ya había sido objeto de pronunciamiento—, la deficiencia de las actas —que habían sido reparadas—, y el cuestionamiento

sobre la fecha de entrada en vigencia de la ley n° 162 —que operó a partir del día de su publicación—. El encausado manifestó su voluntad de no declarar (fs. 90/97).

Luego se recibieron las declaraciones del señor Subinspector de la PFA, Diego A. Dentone con respecto a los hechos ocurridos el 6 de abril; de los señores Raúl O. David, suboficial de la PFA, Alberto Arbus y Hugo De Mena, todos ellos con relación a los sucesos del 10 de marzo; y, del señor Subinspector de la PFA, Javier Tassara, respecto a los hechos acaecidos el 23 de marzo, en todos los casos del año 1999.

En el alegato el señor Fiscal, doctor Galante, mantuvo la acusación respecto de los hechos de los días 10 y 23 de marzo, y solicitó la absolución con relación a los del 6 de abril.

Por último, el señor juez del Juzgado Contravencional n° 3, doctor Marcelo Pablo Vázquez, al dictar sentencia el 9 de noviembre de 1999, se expidió por la constitucionalidad del art. 71 del Cód. Contrav., en tanto prohíbe el ofrecimiento o la demanda de servicios sexuales porque *“La determinación del lugar de desarrollo de las mismas en la norma, esto es en la vía pública, desvirtúa absolutamente la posible afectación del principio de reserva recogido por el art. 19 de la Constitución Nacional ya que no se trata de sucesos ocurridos en el ámbito privado en la esfera personal de un individuo sino que en función del lugar tales actos tienen trascendencia frente a terceros y el legislador ha entendido que su desarrollo en la vía pública frente a terceros indeterminados altera la tranquilidad pública”*.

Para adoptar esta decisión tuvo especialmente en cuenta las declaraciones del señor Arbus, quien había expresado que: *“El imputado tenía una actitud agresiva que se manifestó en el insulto dirigido a la policía diciéndole ‘que cara de chupapijas que tenés’ (sic) y a él le dijo ‘a vos te voy a matar’ (sic)”* y *“Que desde la ventana, la cual está a dos metros del cordón de la vereda, escuchó cómo el imputado paraba a los vehículos y les decía ‘la francesa 40 y la completa 80’ (sic). Que en varias oportunidades le solicitó al Sr. León que se apartara, sin hacerle caso a su pedido y cuando insistió para que se fuera, la persona cruzó enfrente agarró una botella la rompió con el cordón y se dirigió a amenazarlo”* (fs. 91 vta. y 92).

Sobre esta base el doctor Vázquez consignó en la sentencia que *“también el testigo fue claro en señalar cuáles eran las maneras en las cuales el acusado ofrecía los servicios sexuales acercándose a los automovilistas que ocasionalmente pasaban por el lugar, levantándose la minifalda, mostrando sus partes pudendas y concretamente explicitando los servicios y el valor de los mismos”* (fs. 96).

Finalmente absolvió a León por el hecho ocurrido el 6 de abril de 1999 y lo condenó por los hechos de los días 10 y 23 de marzo de 1999 a las penas de instrucciones especiales por el término de dos (2) meses, consistentes en un curso sobre la prevención de enfermedades infectocontagiosas y de transmisión sexual, y trabajos de utilidad pública por igual término en un lugar a determinarse una vez que la sentencia quedase

firme. Todo ello, en atención a que, por las condiciones socio-económicas del acusado, la aplicación de la pena de multa lo obligaría, para su cumplimiento, a reiterar la conducta atribuida. Sin costas (fs. 97).

4. El señor Defensor Oficial, doctor Francisco José Malini Larbeigt, interpuso recurso de apelación, extraordinario en subsidio y reserva de caso federal, y solicitó la revocación de la sentencia y la absolución de León (fs. 104/115). La causa fue asignada a la Sala II de la Cám. Contrav., estableciéndose como orden de votación: en primer lugar el doctor Oscar A. Lucangioli y luego el doctor Raúl A. Dessanti. Para el supuesto de disidencia, y por aplicación de la acordada n° 43, se dispuso integrar el Tribunal con la camarista doctora Teresita S. Robledo (fs. 120).

5. El señor Fiscal ante la Cám. Contrav., doctor Walter H. Fernández, solicitó la confirmación de la sentencia apelada y para el supuesto caso que ello no ocurriera dejó planteado el caso constitucional. Manifestó que la interpretación legal del art. 71 del Cód. Contrav. *“es la conducta típica que se configura toda vez que se realizan los elementos objetivos que el tipo describe, y que posean relevancia suficiente para posibilitar que se lesione o, al menos, que se ponga en peligro, el bien jurídico que la norma protege, que en el caso es la tranquilidad pública, entendida como el derecho de todos los habitantes de la ciudad a vivir en un ambiente calmo y sosegado que permita el uso y goce pacífico del espacio urbano. Convivencia que se ve concretamente lesionada por la acción típica contravencional en el sentido antes descripto”* (fs. 129/139, en particular fs. 137).

6. La Sala II de la Cám. Contrav., por sentencia del 29 de diciembre de 1999, rechazó los planteos de nulidad de las actuaciones y del pronunciamiento de primera instancia, como así también la tacha de inconstitucionalidad del art. 71 del Cód. Contrav., y confirmó la sentencia en cuanto condenaba a Benito Martín León como autor contravencionalmente responsable de la infracción indicada, en relación al hecho sucedido el día 10 de marzo de 1999, a las penas de instrucciones especiales por el término de dos (2) meses y trabajos de utilidad pública por igual término (fs. 143/151, en particular fs. 150 vta./151). A su vez, revocó el fallo del juez de grado, absolviendo a León respecto del hecho sucedido el 23 de marzo de 1999.

7. El titular de la Defensoría n° 7 —a cargo de la n° 5—, doctor Marcelino Norberto Civitillo, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por la Sala II, de conformidad con los arts. 26, inc. 4° de la ley n° 7 (Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad) y 53 de la Ley de proc. contrav.. Solicitó su concesión y elevación ante el Tribunal Superior de Justicia (fs. 209/222 vta.)

Alegó arbitrariedad de sentencia por omitir pronunciarse sobre cuestiones conducentes para la solución del caso (violación arts. 18 y 33 de

la CN): en primer lugar, respecto de la audiencia del art. 41 que fue prestada ante un funcionario que no revestía la función de fiscal (fiscal adjunto, fs. 211 vuelta); y, en segundo término, por cuanto en la misma audiencia se había solicitado el archivo de las actuaciones en lo referente a lo sucedido el 10 de marzo de 1999, puesto que la fecha de entrada en vigencia del art. 71 según ley n° 162 (que modifica la ley n° 10, esto es el Cód. Contrav.) contraría el principio de ley previa (art. 18 CN). Manifestó que la ley n° 162, sancionada por la Legislatura el 4 de marzo de 1999, dispone en su art. 18 que la misma rige a partir del día de su publicación y que ello ocurrió el 8 de marzo. En este punto concluyó que, si bien las leyes cobran vigencia desde el día que determinen, de conformidad con el art. 2° del Código Civil *“también es cierto que en la misma frase existe una autolimitación del estado, en cuanto determina que las leyes ‘... no son obligatorias sino después de su publicación ...’”*.

Por último argumentó que en la sentencia se realizó una interpretación irrazonable de la prueba y solicitó la inconstitucionalidad del art. 71 por entender que:

a) la amplitud de la norma llevaría a subsumir en el tipo situaciones como, por ejemplo, la que podría configurarse en el caso que una pareja legalmente unida en matrimonio transitase por la vía pública y uno de los integrantes requiriese del otro la prestación del débito conyugal en presencia de terceros, por perfeccionarse la demanda de servicios sexuales;

b) el Código Penal no sanciona la prostitución —para acreditarlo se transcribieron en el recurso los arts. 125, 126 y 127 bis del citado código de fondo—. Es por ello que, a su juicio, el art. 71 afecta la esfera de intimidad y viola el art. 19 de la Constitución Nacional. Por tanto, el legislador local no podría reprimir, por la vía de la creación de contravenciones, aquello que el legislador federal no consideró ilícito (fs. 217);

c) el legislador contravencional al penalizar el ejercicio de la prostitución en espacios públicos violaría el art. 13, inc. 9 de la CCBA, constituyendo ello una manifestación del derecho penal de autor;

d) el art. 71 atentaría contra el derecho a la libertad, a la dignidad y a la libre circulación. El uso del espacio público no podría ser limitado por el legislador;

e) el art. 71 vulneraría el derecho a la igualdad y a la no discriminación por imponer un trato diferente para quien oferte y demande para sí o para terceros servicios sexuales en los espacios públicos respecto de quien realice la misma conducta en espacios privados.

f) resultaría improcedente la imposición en costas por existir razones atendibles para esgrimir las defensas intentadas.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

8. Si bien el Sr. Fiscal de Cámara, doctor Walter Fernández, dictaminó por la inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad planteado (fs. 224/224vta.), los señores jueces de la Sala II de la Cám. Contrav.

concedieron la apelación en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 71 del Cód. Contrav. y elevaron las actuaciones para su conocimiento y decisión al Tribunal Superior de Justicia (fs. 227/229), no habiéndose mantenido los restantes agravios ante este estrado con la interposición de la pertinente queja.

9. El Sr. Fiscal General de la Ciudad de Buenos Aires, doctor José Luis Mandalunis, dictaminó sólo sobre la impugnación constitucional del art. 71 —habida cuenta de las razones consignadas en el párrafo precedente *“in fine”*, de las cuales se hizo cargo el representante del Ministerio Público— concluyendo que el recurso debía ser rechazado. Ponderó en su asesoramiento que el espacio público era un bien no susceptible de apropiación privada, lo que sucedía cuando una persona lo utilizaba de un modo que excluyera el uso libre e igual por otras personas, siendo éste el sentido que debía darse al art. 27, inc. 3°, primera parte de la CCBA (fs. 234/239).

Agregó, igualmente, que la compatibilización entre los derechos y libertades individuales de unos y otros fuera de los ámbitos espaciales privados era una tarea que correspondía al parlamento; y que la Legislatura había resuelto que la negociación de servicios sexuales en forma explícita implicaba un uso que excluía a otros del uso del espacio público afectado por esa actividad, al quitar una de las condiciones para ese acceso libre: la tranquilidad.

A su juicio, la decisión del legislador no se mostraba discriminatoria ni avanzaba sobre los aspectos morales de la prostitución, ya que el art. 71 tenía una precisión: la oferta y demanda prohibidas no eran la de las relaciones sexuales, sino la de *“servicios”* sexuales, lo cual introducía la connotación comercial, porque los servicios eran los trabajos o tareas hechos por una contraprestación.

Tampoco encontró afectado el art. 19 de la Constitución Nacional por estar éste referido a las acciones privadas que no afectasen derechos de terceros, resultando obvio que la transacción sexual que no trascendiese la esfera privada no alteraba la tranquilidad pública.

Así afirmó que el art. 71 reprimía el comercio sexual en la vía pública por alterar la tranquilidad pública y no una acción privada. Para esta norma era indiferente si la oferta y demanda de sexo en la vía pública respondía a la elección de un plan de vida o a una decisión ocasional del agente.

La alteración del libre uso del espacio público estaba prohibida en múltiples formas: orinar, hacer ruidos molestos, hostigar a una persona, etc.

A su vez, el ofrecimiento de sexo por dinero en forma explícita ofrecía una imagen de la persona que no era recomendable que fuera presentada a los niños, quienes también eran titulares del derecho al libre acceso a los espacios públicos.

Al quedar acreditado que León hizo *“un uso del espacio público en su provecho personal y con exclusión del derecho de los demás, es decir, un*

*uso apropiatorio*”, además de fundar la validez constitucional en abstracto del art. 71 del Cód. Contrav., hizo otro tanto en el caso concreto, al remarcar que *“tal como se ha tenido por acreditado en la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara de Apelaciones, el imputado, en el hecho del 10 de marzo de 1999 se encontraba parado en la vía pública negociando y ofreciendo en alta voz sus servicios sexuales a potenciales clientes que pasaban en automóvil”*; agregando: *“para ello descubría su cuerpo y explicaba qué tipos de maniobras sexuales realizaba”*, justificando así la aplicación de la norma en el caso concreto, al tiempo de descalificar las argumentaciones en abstracto realizadas por la defensa oficial.

## Fundamentos

1. En primer lugar cabe señalar que la incriminación que ha hecho el legislador local de la oferta y demanda de sexo para sí u otras personas en los espacios públicos como conducta típica para la configuración de una contravención, frente a la no penalización de la prostitución en la legislación de fondo, no importa exhorbitar las competencias que resultan del régimen de autonomía de que goza la Ciudad de Buenos Aires (arts. 129 de la Constitución Nacional y 1° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).

Ciertas conductas forman parte del campo contravencional como consecuencia del ejercicio del poder de policía o del poder contravencional en cabeza de los distintos niveles de gobierno que componen un Estado federal.

Tal criterio se encuentra respaldado por antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sobre esta base, y teniendo en cuenta las potestades reservadas de los gobiernos locales, es decir, las no delegadas a la Nación por la Constitución Nacional (arts. 5°, 121, 123, 126 y 129 de la CN, y 1° CCBA), el legislador local puede regular ciertos aspectos con la intención de tutelar determinados bienes jurídicos, tales como la seguridad, salubridad y moralidad en las conductas públicas que se exteriorizan frente a los vecinos.

Nuestro Máximo Tribunal, a poco de su instalación, resolvió en la causa ***“Varios puesteros próximos al Mercado del Centro, contra el empresario del mismo Mercado, pidiendo amparo de posesión”*** (Fallos: 3:468), sentencia del 8 de noviembre de 1866, por remisión a los fundamentos del Juez Seccional y ante una reglamentación municipal que prohibía a varios comerciantes ejercer su actividad dentro de un radio de seis cuadras del mercado central: *“Que si bien ésta (la Constitución Nacional) en su artículo 14 declara el principio de la libertad de toda industria lícita, esto no importa la prohibición de reglamentar su ejercicio, y aún limitarlo por causas de utilidad general, pues no siendo la Constitución otra cosa que el Código fundamental, que declara los derechos y obligaciones*

*políticas, tiene que ser complementado por leyes y disposiciones orgánicas que reglamenten y aseguren esos mismos derechos y obligaciones”.*

Nuevamente el Tribunal cimero *in re*: **“La Empresa ‘Plaza de Toros’ quejándose de un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires”** (Fallos: 7:150), sentencia del 13 de abril de 1869, sosteniendo la incompetencia de la Justicia Nacional para obligar al gobierno local a soportar la construcción de tal obra, dejó sentado: **“que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio...”** (el destacado ha sido añadido).

Igual criterio fue sustentado en la Corte Suprema de Justicia Federal en la causa: **“Sebastián Cartagenova, querrela seguida en su contra por infracción al artículo 2088 del digesto municipal”** (Fallos: 156:323), sentencia del 12 de febrero de 1930, donde el querrelado resultó condenado al pago de una multa por encubrimiento del ejercicio de la prostitución clandestina, de conformidad con la normativa emanada del Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires. El Alto Tribunal reafirmó su postura en este aspecto, al sostener que: **“La Administración, el Gobierno o el Régimen Municipal que los Constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 5°), consiste ‘en la Administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto’... y, por lo tanto, debe de estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc., de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas, pues aquéllas sin éstas son propias de la moral y no del derecho. La ley ... fija las normas generales amplias, orgánicas y deja al ‘gobierno de propios’, como le ha llamado la tradición histórica hispano-colonial, la función de traducir en el detalle reglamentario las previsiones concretas cuya necesidad determina la experiencia de la vida comunal”** (el destacado no obra en el texto original). La doctrina del precedente, plenamente aplicable a la especie por tratarse de transgresiones en materia de comercio sexual, no importa desconocer el nuevo “*status*” de autonomía que hoy tiene la Ciudad de Buenos Aires, que ha dejado de ser una simple municipalidad dependiente de las autoridades nacionales para convertirse en un Estado con amplias facultades de legislación y jurisdicción.

Estando ya en vigencia de la ley n° 12.331, sobre organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas y obligatoriedad del certificado médico prenupcial, el Alto Tribunal de la Nación fue llamado a resolver un conflicto negativo de competencia entre el fuero federal y el fuero de instrucción en lo criminal de la Capital, afirmando la competencia de este último para conocer en una denuncia sobre infracción a la citada ley. Así ocurrió en la sentencia recaída el 17 de noviembre de 1937, en los autos **“Giménez José, denuncia infracción a la ley N° 12.331”** (Fallos: 179:213), donde se recogieron los argumentos del Procurador General de la Nación, cuando destacara: “... la ley N° 12.331 contiene disposiciones generales de carácter civil, penal y hasta de derecho municipal cuando legisla añadiendo impedimentos para la celebración del matrimonio; fija normas a los Oficiales del Registro Civil; establece penalidades para los casos de incumplimiento de las funciones de éstos; agrega, como delitos, algunos que en el Código Penal no figuran entre los que pueden cometerse contra la salud pública; crea las penalidades correspondientes a tales delitos o trata de infracciones y prohibiciones sanitarias, propias del control atribuido a las autoridades locales municipales”.

El carácter contravencional que los dispositivos locales otorgan a determinadas acciones humanas típicas es, la más de las veces, el resultado de que el legislador asume el sentir colectivo en tanto reputa ciertas conductas como disvaliosas.

En sentido concordante, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: **“Luis Federico Santa Coloma y Otros”** (Fallos: 308:1860), sentencia del 5 de agosto de 1986, que también es misión de los magistrados receptor el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada, para lo cual, recogiendo las enseñanzas del magistrado del Máximo Tribunal de los Estados Unidos de América, Benjamín N. Cardozo, dejó sentado: *“los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de los hombres y mujeres de conciencia recta”* (“The nature of the judicial process”, U.S. 1937, Yale University Press, pág. 106); agregando: *“En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional”*.

Igual doctrina se encuentra plasmada en el pronunciamiento del Tribunal cimero cuando en el causa **“Edelmiro Abal y Otros v. Diario ‘La Prensa’”** (Fallos: 248:291), sentencia del 11 de noviembre de 1960, considerando 24, se remarca: *“Ningún acto judicial es susceptible de ser mantenido si sus más obvias inferencias hieren la conciencia jurídica y moral de la comunidad, manifestada en las normas y principios de la Constitución”*.

A partir de consideraciones y razonamientos análogos, el doctor **Fernando De la Rúa**, en ese entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, envió un proyecto a la Legislatura el 6 de octubre de 1998 —mensaje n° 136/98—, mediante el cual se proponían

modificaciones al “Código de Convivencia Urbana”, “con el fin de afianzar la seguridad, tranquilidad y orden público”.

En los fundamentos, el hoy Presidente de la República expresó: “**La materia Contravencional, por ser eminentemente local, comprende conductas que ofrecen características especiales, signadas por los valores culturales y las costumbres de cada ciudad.** Las cuestiones de orden moral o material, el resguardo de las instituciones de cada jurisdicción son aspectos que, sin dudas, se caracterizan por una permanente evolución con el transcurso del tiempo. De hecho, pocas materias como ésta cambian con tanta rapidez y, por tanto, la legislación debe correlativamente actualizarse en forma casi constante” (Expediente n° 5922-J-98 —el destacado no obra en el texto original—).

2. El agravio traído a consideración en esta instancia, consistente en que la norma del art. 71 del Cód. Contrav. consagra el derecho penal de autor, queda rápidamente desmentido desde que la figura penaliza tanto la oferta como la demanda de sexo.

La citada disposición se dirige a desalentar el comercio sexual en ámbitos públicos y no al castigo de las personas en función de su preferencia sexual. No interesa quién es el sujeto que “ofrece o demanda el servicio”, puesto que ello sí importaría consagrar el derecho penal de autor, enervante de las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho.

La norma apunta a la actividad desplegada en espacios públicos —“ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales”— y no al sujeto —homosexual, prostituta, travesti, incluso heterosexual, etc.— ya que el precepto no reprocha el “ser”, sino el “ejercer”, “en la medida que ese ejercicio sea público” en ámbitos esencialmente destinados “para todos”. Téngase en cuenta que la “actividad” de ofrecer y demandar sexo en los “espacios públicos”, no sólo puede ofender a quien la ejerce, sino también “ante quien” se ejerce, y para éstos “vecinos espectadores”, la dificultad está, en que aunque quieran, de ordinario no pueden sustraerse de ser testigos de la actividad que los agravia, en tanto que para ingresar o salir de sus viviendas deben hacerlo necesariamente “desde o a través de espacios públicos”, teatro de operaciones, en muchos casos, del comercio sexual de marras.

De ser consecuentes con el criterio sustentado por el defensor oficial, también podría levantarse el agravio con pretendida base constitucional —de derecho penal de autor—, ante el tratamiento que la legislación brinda al “reincidente”, ya que desde el punto de vista lógico para que juegue tal condición en el sujeto se requerirá de un “delincuente”, carácter que se adquiere por la previa condena judicial firme a consecuencia de la consumación de un “delito”. Así entonces, resulta también atinado suponer que quien oferte servicios sexuales en la vía pública, salvo que se trate de un primer acto de iniciación, haya ejercido previamente la prostitución en un

ámbito privado o público, sin que tal circunstancia anterior sea la hoy reprochada por el Código de Convivencia.

Tampoco se trata de cuestionar las “*preferencias sexuales*” de las personas, preferencias reservadas al ámbito privado de cada uno. Por esta razón, nuestro Estatuto Supremo local ha consagrado, en el art. 11, el reconocimiento del “*derecho a ser diferente*”, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, “*orientación sexual*”, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

Ello ha sido puesto de relieve en la sentencia del juez de grado, doctor Marcelo Pablo Vázquez, quien entendió que: “*La vinculación efectuada por la defensa respecto de la presunta discriminación que sufre su defendido tampoco deriva de la ley como para cuestionarse su legalidad, ya que la ley no distingue en la característica del sujeto activo, puede ser cualquier persona haya escogido la tendencia sexual que haya decidido sin, insisto, que la ley tenga en cuenta esta situación para castigar. Por ende, puede ser una mujer, un hombre, una mujer vestida de hombre o un hombre vestido de mujer quien concretamente ofrezca o demande servicios sexuales y por esta última acción será castigado en caso de acreditarse tales extremos sin importar las características personales*” (fs. 95 vta.).

La prohibición ha propendido a resolver la tensión entre el “*derecho a la tranquilidad pública de todos*” y la “*libertad sexual de unos pocos en cuanto pretenda exteriorizarse y plasmarse en ámbitos públicos*”, conduciendo a que el legislador porteño considerara disvaliosa esta última conducta y, por tanto, la tipificara como una contravención, al entender que en tal caso se producía un uso abusivo del espacio público, ya sea por hombres o mujeres heterosexuales u homosexuales.

3. El tipo contravencional requiere que la oferta y demanda de sexo sea llevada a cabo en lugares públicos, circunstancia que plantea varias cuestiones a considerar.

En la interpretación constitucional de los derechos humanos, además de las limitaciones que derivan de un imperativo constitucional, y que llevan a la inexistencia de derechos absolutos, se reconoce una restricción emanada de la propia esencia de los mismos; dado que, “*esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos ‘del hombre en sociedad’ ...*” (Bidart Campos, Germán J.; “*Teoría General de los Derechos Humanos*”, p. 407, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991).

El constitucionalista citado explica que la interpretación de los derechos humanos no puede ser individualista, en el sentido de que, “*al recaer sobre ‘un’ derecho de ‘un’ sujeto determinado, incurra en la miopía de no ver los derechos ajenos ... el orden, la moralidad pública, el bien común, el desarrollo social, la necesidad de optimizar el sistema total de los derechos*

*para todos, especialmente para los marginados de su acceso y disfrute, etcétera ...*” (Bidart Campos, Germán J.; ob. cit., p. 407).

En este orden, las situaciones más conflictivas se presentan cuando se quiebra la armonía entre derechos de personas distintas, teniendo presente que *“Los derechos ajenos son límites ontológicos a los derechos propios”*; ya que *“los derechos declarados en la Constitución obligan, como todas las normas de ella, a correlaciones armonizantes y a concordancias dentro de la unidad integral y coherente de la misma Constitución”* (Bidart Campos, Germán J.; ob. cit., ps. 408 y 409).

La inexistencia de derechos constitucionales absolutos surge de los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, puesto que su ejercicio se encuentra sujeto a reglamentación. Las limitaciones a la libertad aseguran el efectivo goce de la misma por parte de todos los ciudadanos, siendo éste el fundamento basal sobre el que se asienta el poder de policía inherente a la soberanía de todo Estado.

La necesidad de regular los bienes públicos ya fue prevista por Dalmacio Vélez Sarsfield en el Código Civil, en cuyo artículo 2340 se dispone que *“Quedan comprendidos entre los bienes públicos: ... inc. 7°: las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común ...”*, agregándose por el art. 2341: *“Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales”*.

Vale decir, los poderes subnacionales, además de las restricciones emanadas de las normas de fondo, pueden adoptar medidas complementarias en igual sentido. Ello en consonancia con la Constitución de la Ciudad que en materia de política ambiental, consagra por el art. 27, inc. 3°, que la Ciudad promueve: *“La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito ... , y garantiza su uso común”*.

A su vez, en el Cód. Contrav. de la Ciudad de Buenos Aires, Libro II: *“De las contravenciones”*, Capítulo VIII: *“Uso del espacio público”*, se tipifican tres contravenciones.

En la primera, el bien jurídico tutelado es la *“tranquilidad pública”*, donde la conducta típica consiste en *“ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos”* (art. 71); en la segunda, se trata del *“descanso, la convivencia o la tranquilidad pública”*, que pueden ser perturbados *“mediante ruidos que por su volumen, reiteración o persistencia, excedan la normal tolerancia”* (art. 72); y en la tercera, está dado por la *“higiene”*, previniendo de actitudes tendientes a *“ensuciar bienes”*, tales como *“orinar y/o defecar fuera de los lugares permitidos. Manchar o ensuciar bienes de propiedad pública o privada”* (art. 73).

Se advierte entonces, que existen varias maneras de hacer un uso abusivo del espacio público, razón por la cual el legislador de la Ciudad de Buenos Aires ha ejercido su poder de policía estableciendo restricciones

frente a posibles excesos en el goce del mismo, a través de la caracterización de tres tipos contravencionales que receptan conductas distorsivas de la normal convivencia entre los vecinos.

Esta es la idea que surge del debate parlamentario de la ley n° 162, que introdujera modificaciones a la ley n° 10 —Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— al expresar el legislador de Nueva Dirigencia, **Lucio Ponsa Gandulfo**, que: *“La prostitución en sí misma, como actividad, no es delito; no lo prevé el Código Penal ni lo prevé el Código Contravencional y de Faltas que sancionó esta Legislatura. Lo que estamos tratando de ordenar o legislar es la práctica de esa actividad en espacios que son de todos, no de un sector, ni de una minoría, ni de una mayoría. Los espacios públicos y la vía pública pertenecen a los tres millones de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, y ningún sector puede hacer uso exclusivo de ellos, por más legal o ilegal que sea la actividad que pretendan ejercer. En este caso, la actividad es legal”* (Versión Taquigráfica n° 9/1999, p. 18).

En igual sentido se inscribe la intervención del actual Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, entonces diputado por el Frepaso, **doctor Anibal Ibarra**, para quien: *“No se viola el principio de legalidad, porque no se está instituyendo la prostitución como delito, ni tampoco como contravención. No se está afectando el principio de reserva, porque esta norma está dentro de un capítulo que se denomina ‘Usos del espacio público’, y el título específico de esta norma es ‘Alteración de la tranquilidad pública’. Entonces, el bien jurídico que se protege es la tranquilidad pública. Si aquí dijera ‘Afectación de la moral pública’, por cierto que estaríamos involucrando actos privados que no afectan a terceros. Ninguna norma penal o contravencional puede tener una descripción que no afecte a un bien jurídico, porque es lo mismo —y lo doy como ejemplo— que cuando se reprime el tráfico de estupefacientes o cuando se reprime su tenencia: no se hace mención a quien iba a afectar; afecta al bien jurídico que es la salud pública; es necesario que lo afecte. Por eso es que muchísimos jueces, cuando son cantidades ínfimas, dicen que es una escasa cantidad que no afecta la salud pública y por eso no es delito. En este caso, serán los jueces y los fiscales —no la Policía, porque el sistema de edictos está erradicado— los que dirán en cada caso si se afectó o no la tranquilidad pública”* (Versión Taquigráfica n° 9, p. 25).

La determinación del lugar de la oferta y demanda de servicios sexuales reprimidos, esto es en los espacios públicos, descarta en absoluto la posible afectación del principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional, conforme al cual *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados ...”*.

En el sentido preindicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa: **“Sergio Carrizo Coito v. Dirección Nacional de Migraciones”**

(Fallos: 302:604), sentencia del 26 de junio de 1980, dejó sentado: *“las acciones privadas de los hombres (art. 19 de la Constitución Nacional) son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados, pues no se concretan en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan; estos actos exteriores, en cambio, constituyen conductas jurídicas —sean conformes o disconformes a la norma legal— en tanto forman parte del complejo de relaciones humanas que cae bajo la específica competencia del orden jurídico”*. Se inscribe en igual tónica el pronunciamiento del Alto Tribunal *in re: “Gustavo Adolfo von Wernich”* (Fallos: 310:2836), sentencia del 24 de diciembre de 1987, en el cual el Alto Tribunal estando vigente la doctrina sentada en la causa *“Gustavo Mario Bazterrica”* (Fallos: 308:1392), receptó lo concordantemente dictaminado por el Procurador Fiscal, José Osvaldo Casás, para incriminar la conducta descrita en la Ley n° 20.771 de estupefacientes, al entenderse que *“mal puede hablarse de violación al ámbito de privacidad del procesado —art. 19 de la Constitución Nacional— desde que el citado fue sorprendido fumando marihuana en sitio público —la Plaza San Martín— ni tampoco alegarse la ausencia de probanzas relativas al peligro abstracto que entraña la conducta prohibida, desde que éste ha existido de manera cierta y concreta, pues el compañero de von Wernich fue inducido al consumo de estupefacientes ... por el propio encausado ...”*.

La solución legislativa no sólo resiste las tachas de inconstitucionalidad, sino que parece adecuada a la concepción filosófica de la Constitución Nacional y de la Constitución local. Ello se hace evidente frente a los interrogantes que dejaremos planteados a continuación.

Al no tolerarse la venta ambulante de ropa interior ¿sería acaso congruente que se tolerara la comercialización —mediante la oferta y demanda de servicios sexuales en espacios públicos— del cuerpo que con ella se cobija?

Si no se autoriza la exhibición pública a menores de películas, revistas y libros de contenido pornográfico y/o erótico ¿resulta razonable la exhibición de iguales contenidos en carne y hueso, gratis y a domicilio?

Si se protege a los menores con horarios para determinados espectáculos televisivos ¿resulta congruente que, incluso fuera de esos horarios, puedan ver cosas más subidas de tono desde sus ventanas o desde la puerta de sus casas?

A tales interrogantes valga brindar por respuesta los conceptos que, con meridiana claridad, vertiera el entonces **Procurador General de la Nación, doctor Juan Octavio Gauna** en las causas: *“Gustavo Mario Bazterrica – Alejandro Carlos Capalbo”* (Fallos: 308:1392) en su dictamen del 13 de junio de 1985, donde con relación a la tenencia ilegítima de drogas penalizada por la ley, dejó sentado que: *“... es conducta que trasciende los*

*límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional. Y que, por lo tanto, es lícita toda actividad del Estado tendiente a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de dicha tenencia, excepción hecha de la destinada a un empleo legítimo justificado por la medicina*” (el destacado ha sido añadido).

Los distintos Estatutos, Reglamentos y Constituciones anteriores a la Organización Nacional recrearon un **ámbito de libertad, acotado**, sólo, a las “acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudiquen a un tercero”, agregando que las mismas *“sólo están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”* (v. **“Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado, dado por la Junta de Observación”**, del 5 de mayo de **1815**, Sección Séptima: *“Seguridad Individual, y Libertad de Imprenta”*, Capítulo I: *“De la Seguridad Individual”*, art. 1.º, *“Asambleas Constituyentes Argentinas seguidas de los Textos Constitucionales, Legislativos y Pactos Interprovinciales que organizaron políticamente la Nación”*, obra dirigida por Emilio Ravignani, Tomo Sexto, Segunda Parte, ps. 638 y ss., en particular p. 647, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser, Ltda., Buenos Aires, 1937-1939; **“Estatuto Provisional dado por la Junta de Observación”**, y aprobado con modificaciones por el Congreso de Tucumán el 22 de noviembre de **1816**, Sección 7.ª: *“Seguridad Individual y Libertad de Imprenta”*, Capítulo 1.º: *“De la Seguridad Individual”*, Art. 1.º, ob. cit., Tomo Sexto, Segunda Parte, ps 667 y ss., en particular p. 678; **“Reglamento Provisorio dictado por el Congreso de Tucumán para las Provincias Unidas de Sudamérica”**, del 3 de diciembre de **1817**, Sección VII: *“Seguridad Individual y Libertad de Imprenta”*, Capítulo I.: *“De la Seguridad Individual”*, Art. I, ob. cit., Tomo Sexto, Segunda Parte, ps. 684 y ss., en particular p. 694; **“Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica”** del 22 de abril de **1819**, Sección V: *“Declaración de Derechos”*, Capítulo II: *“Derechos particulares”*, Art. CXII., ob. cit., Tomo Sexto, Segunda Parte, ps. 709 y ss., en particular p. 718; y **“Constitución de la República Argentina”**, del 24 de diciembre de **1826**, Sección VIII: *“De Disposiciones Generales”*, Art. 162, ob. cit., Tomo Sexto, Segunda Parte, ps. 752 y ss., en particular p. 760).

A su vez, ingresando en el Congreso Constituyente que alumbraría nuestra **Constitución histórica de 1853**, el texto propuesto en el tópico que nos ocupa, en el **Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales**, presentado el 18 de abril, fiel a sus antecedentes, reprodujo literalmente los giros que ya se transcribieran (*“Asambleas Constituyentes Argentinas ...”*, ob. cit., Tomo Sexto, Segunda Parte, ps. 779 y ss., en particular p. 783), lo que no fue obstáculo para que en la **sesión del 25 de abril de 1853**, los **diputados constituyentes por la Provincia de Catamarca Pedro Ferré y Pedro Zenteno**, acompañados por otros convencionales, **impulsaran una**

**adición al precepto que fue aprobada por unanimidad** y que en su redacción final, desde entonces, dispone: “**Art. 19 – Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados**” (el subrayado ha sido añadido – ob. cit., Tomo Cuarto, ps. 514 y ss., en particular p. 515).

El dispositivo tal cual está vigente desde 1853 —la Reforma Constitucional de 1949, si bien llevó el precepto a su art. 30, no cambió su redacción (“*Diario de Sesiones*” de la Convención Nacional Constituyente, 12ª Reunión, continuación de la 5ª Sesión Ordinaria, del 11 de marzo de 1949, punto 12, Apéndice, sanción de la Convención Nacional Constituyente, art. 5º, de aprobación del texto ordenado de la Constitución Nacional, ps. XV y ss., en particular ps. XVII y XVIII, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949)—, no deja margen para el relativismo moral, lo cual se ve confirmado, incluso, por la Reforma Constitucional del año 1994 en cuanto en su Primera Parte, Capítulo Segundo: “*Nuevos derechos y garantías*”, el art. 36 “*in fine*” —texto oficial según ley n° 24.430— pone a cargo del Congreso el cometido de sancionar una “*ley sobre ética pública*” para el ejercicio de la función, lo que presupone, igualmente, en la hora actual, confirmar en el plano superior de nuestro ordenamiento jurídico la existencia correlativa de una “*moral pública*”, que en tanto se traduzca en mandatos razonables sancionados “*por la ley*”, sirve de marco de referencia y de límite al obrar de todos los habitantes, cuando su comportamiento supere la esfera interna, íntima o privada, alcanzando una exteriorización hacia terceros, concreta o potencialmente, ofensiva.

Salvando las distancias que desde ya existen entre la tenencia de estupefacientes —conducta criminalizada en el plano legislativo nacional— y la oferta o demanda para sí u otras personas de servicios sexuales en los espacios públicos —situación reprochada por el art. 71 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, resulta conveniente traer en respaldo de este voto lo decidido por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: “**Ernesto Alfredo Montalvo**” (Fallos: 313:1333), sentencia del 11 de diciembre de 1990. En el considerando once de tal pronunciamiento se sostuvo:

*“Que, conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las ‘acciones privadas’ están exentas de la autoridad de los magistrados cuando ‘de ningún modo’ ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales —en el sentido indicado— en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo’, cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’ trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común,*

*pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compatible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos: 308:1392 (consid. 8°), donde se sostuvo que la norma constitucional 'sub examine' sólo es inaplicable si 'debe presumirse' que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva 'en todos los casos'. Lo que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas 'consecuencias' 'en algunos casos', que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto 'contagioso' de la drogadicción y la tendencia a 'contagiar' de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238:550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan cerradas en su 'intimidad' (véase Fallos: 308:1392, consid. cit., segundo párrafo) sino que 'se exteriorizan en acciones', como dijo alguna vez la Corte Suprema (Fallos: 171:103, en pág. 114) para definir los actos que son extraños al art. 19. **Porque es claro que no hay 'intimidad' ni 'privacidad' si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza 'de algún modo' es apartarse de los datos más obvios, penosos y aún dramáticos de la realidad cotidiana**" (el destacado ha sido añadido).*

Así entonces, en mi concepto, la invocación efectuada por el recurrente de art. 19 de la Constitución Nacional es, valga reiterarlo, ineficaz para fundar la tacha que se articula contra el art. 71 del Código Contravencional, en tanto la conducta reprochada viene dada por acciones externas que trascienden de quienes las ejecutan, desde que la oferta y demanda, para sí o para otras personas, de servicios sexuales, debe verificarse en "espacios públicos", jugando en la especie el principio jurídico multisecular "*alterum non laedere*".

4. El objetivo perseguido por el Estado al ejercitar el poder de policía consiste en hacer cumplir el contrato social, preservando el orden público frente a la pretensión de libertades desmadradas.

Dentro de los diez tratados sobre derechos humanos a los que se ha asignado jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema, y de modo concordante por el art. 10 de la Carta Magna local, se afirman, junto con los derechos individuales, los deberes que correlativamente se tienen ante la sociedad, en vista de "*satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática ...*" ("**Declaración Universal de Derechos Humanos**", art. 29, inc. 2); en el entendimiento de que "*los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las*

*justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, art. 32, inc. 2).*

En los términos del art. 19 de la Constitución Nacional, existen tres valores ponderados por el constituyente, cuya “ofensa” puede ser juzgada por la “autoridad de los magistrados” —legislador, jueces, etc.— y que funcionan como una restricción a las “*las acciones privadas de los hombres*” y qué no decir de las “*acciones públicas*” o con trascendencia pública. Ellos son el “orden”, “*la moral pública*” y “*el perjuicio a terceros*”.

Sobre este particular se ha expresado: “*Si se acepta que la libertad consiste en la facultad de elección que se ejerce con respecto al ejercicio del derecho, no queda anulada por el hecho de que sea materia de limitaciones. En efecto, la facultad de elección no desaparecerá, sino que únicamente se ejercerá entre un número de conductas inferior al previsto en el contenido típico del derecho, por cuanto la facultad que a causa de la limitación queda sustraída de la posibilidad de ejercicio por parte del titular del derecho, no puede constituir más objeto de elección. La libertad queda así limitada solamente en cuanto se reducen las conductas sobre las cuales se ejerce la facultad de elección por el titular del derecho*” (Linares Quintana, Segundo V.; “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado*”; Tomo 4, p. 133, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1978).

En el caso, el art. 71 Cód. Contrav. no avasalla ni la libertad sexual ni el derecho a tener determinada “*preferencia sexual*” —más allá del concepto que algunos podamos tener de la heterosexualidad como inclinación natural de la especie humana—, sólo establece un límite, en el sentido de prohibir la oferta y la demanda de sexo en espacios públicos.

Esta noción se encuentra plasmada en el debate parlamentario de la ley n° 162, aún en las expresiones de quienes votaron en contra de las modificaciones que, en este punto, se introdujeron en el Cód. Contrav. Así, el diputado del Frepaso **Eduardo Jozami**, manifestó la intención de buscar alguna salida para sortear “*las molestias que más ostensiblemente estaban siendo señaladas por los vecinos; que se evitara el escándalo en la calle, las exhibiciones obscenas, la concentración de la gente, los ruidos en la vía pública*” (Versión Taquigráfica n° 9, p. 28).

Quizás con mayor justeza, el hoy Jefe de Gobierno de la Ciudad, **doctor Aníbal Ibarra**, puso énfasis en que no se castigaba a la prostitución, bajo la forma de contravención o delito, sino que se tuvo especialmente en cuenta que “*esta actividad se está haciendo en un lugar y de una forma que altera la tranquilidad o la convivencia públicas y esto es lo que estamos discutiendo y no el ejercicio de la prostitución, sino el ejercicio de la prostitución en la vía pública o en los espacios públicos*” (Versión Taquigráfica n° 9, p. 51).

En efecto, el legislador no ha querido convertirse en juez de la moral ajena, porque esa función queda sólo reservada a Dios (art. 19 Constitución Nacional). Pero sí ha asumido, sobre la base de una moral colectiva media, y sin penalizar la prostitución en sí misma, que la oferta y demanda de

servicios sexuales en espacios públicos se traduce en un abuso en el ejercicio de la libertad sexual, por su trascendencia respecto de terceros.

Por este motivo, y sin interferir en las decisiones personales de los individuos, ni tampoco cercenarlas en los ámbitos privados, se ha optado por castigar el comercio sexual en los espacios públicos, partiendo de la base que tal ámbito *“pertenece a todos”*, y se convierte a menudo, en el corredor necesario de ingreso y salida obligada de numerosos vecinos de la Ciudad, incluso menores de edad, a sus viviendas, viéndose compelidos a presenciar un triste espectáculo, al menos conforme a un generalizado sentimiento de decencia sexual.

5. Al hablar de *“oferta”* o *“demanda”* y *“servicios sexuales”* en el valor usual del lenguaje, resulta inequívoco el componente económico o comercial de las actividades reprochadas, tal cual lo consigna con acierto en su dictamen el señor Fiscal General.

La naturaleza compleja del bien jurídico tutelado fue objeto de detenida consideración por la legisladora de Nueva Dirigencia **Patricia Ruíz Moreno de Cevallos**, cuando expresara: *“Reitero que es de sustancial importancia considerar contravención no sólo la oferta, sino también la demanda de sexo en los espacios públicos, porque considerarla contravención desalienta la explotación de la prostitución desde la perspectiva del demandante, haciendo efectiva la garantía prevista expresamente en la Constitución de la Ciudad en su Artículo 38, donde se establece que la Ciudad ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención ... En definitiva, en la transacción de oferta y demanda de sexo, el demandante ocupa un lugar por lo menos equivalente al de la persona que ofrece. Se aprovecha de una situación extrema en que muchas veces se encuentra el que ofrece. Por otra parte, molesta al vecindario de igual modo que el comportamiento de la persona que ofrece. De la misma manera, el demandante de servicios sexuales al que se refiere este artículo, afecta a dos importantes bienes jurídicos: la moral y la tranquilidad pública, consagrados en el Artículo 19 de la Constitución Nacional. Incluso el Código Penal, junto con la ley 12.331, si bien no prohíben la prostitución, la desalientan, tutelando dichos bienes jurídicos”* (Versión Taquigráfica n° 9, p. 47).

Recordemos que en nuestro país, el Código Penal tipifica en el Libro Segundo, Título III, distintos *“Delitos contra la integridad sexual”* y en los arts. 125 bis, 126, 127 y 127 bis, se ocupa de los delitos vinculados a la prostitución. Asimismo, por el art. 129 del Código Penal, texto según ley n° 25.087, se ha venido a disponer: *“Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si lo afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”*.

También el diputado del Partido Nueva Dirigencia, **José De Imaz**, hizo mención de antecedentes en el derecho comparado, como por ejemplo, la ley sueca que prohíbe el ejercicio de la prostitución, *“con lo cual por primera vez se sanciona la prohibición de la prostitución por el lado, no de la oferta, sino de la demanda de servicios sexuales. ... La ley sueca se llama ... “Ley de la Paz de las Mujeres” ... y sanciona, fundamentalmente, al demandante, y no al oferente, con una pena que va hasta los 6 meses de prisión o a la posibilidad de remediarla mediante el pago de una multa elevada ... La ley sueca ... se basa en la Cuarta Conferencia de Mujeres de Beijing y allí se remite a los acuerdos internacionales firmados ... se trata de perseguir, no solamente la trata de blancas, sino todas las formas de prostitución, en todas sus expresiones”* (Versión Taquigráfica n° 9, ps. 10 y 11).

No es ocioso recordar aquí, que el tema de la prostitución femenina fue objeto de diversas regulaciones en el orden nacional, en las cuales, independientemente de las oscilaciones entre prohibicionismo, reglamentarismo y abolicionismo (conf. Sarah Makintach: *“La gran amenaza”*, capítulo: *“Algunos antecedentes históricos – En el orden nacional”*, ps. 120 y ss. en part. ps. 121 a 123, Orientación Cívico Social, Buenos Aires, 1950) siempre se ha reputado a tal práctica como disvaliosa, ya por razones *“éticas”, “profilácticas y sanitarias”*, o por el *“rufianismo”* que, en mayor o menor medida, se desarrolla en torno a tal actividad. Claro está, que tal apreciación nada tiene que ver, ni con el derecho receptado por la Constitución local *“a ser diferente”* (art. 11) que no cuestiona, ni tampoco discrimina en base a la *“orientación sexual”* (también art. 11) de cada quien, simplemente reacciona contra el comercio sexual, que hiere la dignidad personal de aquel que se vende —a menudo como último recurso ante un modelo económico deshumanizado y de exclusión—, y descalifica a quien con su paga corrompe y humilla a su prójimo.

En igual sentido cabe hacer mención a diversos tratados internacionales orientados a reprimir la *“trata de blancas”*, entre ellos el ***“Convenio para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución ajena”***, aprobado en la 264ª Sesión plenaria de la IV Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 317 del 2/12/1949, ratificado por la República por decreto - ley n° 11.925/47 (convalidado por la ley n° 14.467, obligatorio para Argentina a partir del 13 de febrero de 1958 y vigente a la fecha) y el dispositivo de tratados sobre derechos humanos hoy constitucionalizados que propenden a prevenir la explotación sexual, como la ***“Convención sobre los Derechos del Niño”*** o la ***“Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”***.

Adviértase que en el primero de los *“Convenios”*, que conforme a nuestra Constitución Nacional tiene jerarquía superior a las leyes —art. 75, inc. 22, del Estatuto Federal—, como *“Preámbulo”* introductorio a los compromisos asumidos por los estados contratantes, consignó:

*“Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad.*

*“Considerando que con respecto a la explotación y al trato de mujeres y niños, están en vigor los siguientes instrumentos internacionales: ...*

*“Considerando que la Sociedad de las Naciones redactó en 1937 un proyecto de convenio para extender el alcance de tales instrumentos; y*

*“Considerando que la evolución ocurrida en la situación desde 1937 hace posible la conclusión de un convenio para fusionar los instrumentos precitados en uno que recoja el fondo del proyecto de convenio de 1937 así como las modificaciones que se estime conveniente introducir; por lo tanto, las partes contratantes convienen, por el presente, en lo que a continuación se establece:*

*“Art.1°: Las partes en el presente convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:*

*“1. Concertare la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aún con el consentimiento de tal persona ...”.*

*“Art. 16: Las partes en el presente convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y a las infracciones a que se refiere el presente convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos”.*

6. El derecho a la libertad, cuando de ella puede derivar un resultado disvalioso para quien pretende ejercerla desde la perspectiva de la afirmación de la dignidad humana, también ha tenido respuesta de la sociedad mediante normas positivas que han convertido en no transables determinados bienes, como sucede con la sangre y los órganos humanos.

La ley n° 22.990 regula las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos, y por su art. 4°, como regla general, se prohíbe la intermediación comercial y el lucro en la obtención, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación y exportación y toda forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados.

A su vez, el receptor de sangre humana no puede ser pasible de cobro alguno, como consecuencia directa de una transfusión (art. 52).

En la nota de elevación al Poder Ejecutivo que acompañara el proyecto puede leerse: *“Surge de ello la necesidad de determinar expresamente, como lo contempla el proyecto, que la donación es el fin primordial que se persigue, lo contrario significaría caer en las actuales aberraciones mercantilistas que el presente proyecto pretende erradicar”.*

Por su parte, la ley n° 24.193 regula los trasplantes de órganos y material anatómico humano, y dispone que la ablación e implantación de los mismos pueden realizarse cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente.

Las dos normas antedichas reflejan claramente que el legislador nacional proporciona una muy especial tutela al cuerpo humano, en la valoración de las criaturas humanas y de su integridad física como bien superior, intentando remarcar que las personas nunca pueden constituir el objeto de transacciones mercantiles, ello en consonancia con el precepto volcado a la Carta Magna de 1853, donde, además de abolirse la esclavitud, se dejó consagrado en el art. 15 que *“Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”*.

7. El defensor oficial doctor Marcelino Norberto Civitillo trae también como agravio la presunta vulneración del derecho a la igualdad en tanto la sentencia del *“a quo”* comporta un trato diferente para quien oferte y demande para sí o para terceros servicios sexuales en los espacios públicos respecto de quien realiza la misma conducta en ámbitos privados.

Olvida el funcionario que la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa ***“Criminal, contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; - sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato”*** (Fallos: 16:118), sentencia del 1° de mayo de 1875, ha entendido, por remisión a los fundamentos del juez de grado que intervino en la causa, que: *“el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de ese derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social...”*.

Resulta manifiesto, por tanto, que la oferta y demanda de sexo en espacios públicos, frente a igual actividad desplegada en ámbitos privados, configuran claramente circunstancias fácticas diferentes en la apreciación social, que bien permiten al legislador atribuirles distintas consecuencias jurídicas conforme la *“razonabilidad en la selección”* de tales presupuestos, en los términos y con el alcance que asigna a tal criterio el jurista Juan Francisco Linares (*“Razonabilidad de las leyes – El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina”*, 2ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Tercera Parte: *“El debido proceso sustantivo en la Constitución*

Argentina”, Capítulo XIII: “La igualdad en materia no impositiva”, ps. 177 y ss., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989).

Del mismo modo, a nadie sorprendería, aunque ello importe apartarse del desarrollo discursivo del señor defensor oficial, que elementales normas de higiene, pudor y convivencia reclamen que las personas satisfagan sus necesidades fisiológicas en instalaciones sanitarias cerradas y especialmente previstas a tales fines, y no en la vía pública, conducta esta última que por lo demás quedaría encuadrada en otra figura contravencional, sin que por ello se enerve la regla de “razonabilidad”, receptada como garantía innominada en los arts. 28 y 33 de la Constitución de la República.

8. Además del bien jurídico protegido mediante la tipificación de cada una de las contravenciones contenidas en el Código que nos ocupa, no debe dejar de considerarse que la razón de ser de aquel es posibilitar la convivencia. En este orden “Las limitaciones de la libertad resultan necesariamente del hecho real e incontrovertible de que el individuo no vive aislado sino en un régimen de convivencia” (Linares Quintana, Segundo V.; ob. cit., Tomo 4, p. 131).

Es por lo antes indicado que el art. 1° de la ley n° 10, textualmente prescribe: “El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires como Código de Convivencia sanciona las conductas que, por acción u omisión, implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos”.

Esta consideración fue tenida en cuenta por la legisladora del Partido Justicialista, **Juliana Marino**, quien sobre el particular sostuvo: “Para nosotros, esta manera de encarar este tema tenía que ver con evitar castigar la prostitución como actividad en sí misma ... en tanto esta pudiera ser ejercitada de una manera discreta, sin ocasionar ningún tipo de disturbios, evitando así perseguir a quienes pacíficamente y sin ocasionar molestias objetivas a terceros, encontraran, por este medio, la única forma para mantener su subsistencia, y evitando de alguna manera el agravamiento de su condición de marginalidad, o la búsqueda de protección que facilita el proxenetismo, la rufianería y la explotación sexual. Como el bien jurídico protegido es, sin lugar a dudas, la normal convivencia, y hoy sin duda ésta está perturbada, nosotros también queríamos contemplar y proteger el ejercicio pleno de la libertad individual, con el límite de la perturbación a terceros, con el límite de no perturbar la moral media y el uso adecuado del espacio público” (Versión Taquigráfica 9, p. 48).

La “convivencia” debe ser considerada una responsabilidad y deber de los ciudadanos, en los términos del art. XXIX de la “**Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**” —constitucionalizada por la reforma del año 1994 a través del art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental—, donde se explicita que: “**Toda persona tiene el deber de convivir con las demás** de manera que todas y cada una pueda formar y desenvolver integralmente su personalidad” (el destacado ha sido agregado).

Como marco hermenéutico también pueden computarse diversos proyectos orientados a introducir modificaciones a la ley n° 10 o Código Contravencional, en lo estrictamente relativo a la oferta y demanda de sexo en espacios públicos.

En primer lugar, es necesario hacer un alto en el proyecto de ley girado por el entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, **doctor Fernando De la Rúa**, acompañado por el mensaje n° 136/98 que diera lugar al Expte. N° 5922-J-98. En los fundamentos se destaca: *“El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe garantizar los derechos de los ciudadanos, evitando que se vean obligados a padecer actitudes que alteren su tranquilidad y su vida cotidiana, o que afecten sus sentimientos individuales. Tal es el caso de las crecientes conductas que atentan al decoro, como también las que generan temor o inseguridad ... (ya que) existe ... en la población una gran sensación de inseguridad subjetiva a la que contribuye la existencia de conductas alteradoras de la tranquilidad pública y la pacífica convivencia cotidiana, componentes ambas de la moderna noción de seguridad ciudadana receptada por nuestra Constitución. Dicha circunstancia ha motivado que el Poder Ejecutivo insista en proponer la reforma de la Ley de Procedimiento Contravencional e incluya en el Código de Convivencia Urbana las figuras tipificadas como ... oferta y demanda de servicios sexuales ... que atiendan a las expectativas públicas en estos temas, preservando el principio de reserva que, por cierto, la Constitución de la Nación Argentina establece en su artículo 19, en cuanto que las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservados a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, así como lo normado en los artículos 10 y 13, inciso 9° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto y en cuanto la misma garantiza el ejercicio de los actos privados de las personas, que no afecten derechos individuales y colectivos”*

También cabe hacer mención al proyecto de legisladores del Partido Justicialista, recogido en el Expte. n° 7025-D-98, y que lleva las firmas de los **diputados Antonio Cortés, Guillermo Oliveri, Juliana Marino, Liliana del Valle Sánchez, Carlos Luis Elías, Alicia Pierini y César Torres**, donde se fundamentó la iniciativa en *“la falta de tratamiento de algunas figuras relativas a la convivencia pacífica de la comunidad”*, agregándose: *“No debemos temer en recurrir en forma inmediata a sancionar leyes complementarias, modificatorias o correctivas, ya que la movilidad es la característica típica de las normas de convivencia en pos, precisamente, de mejor convivencia”*.

Por su parte, en los fundamentos del proyecto de legisladores del partido Nueva Dirigencia, tramitado por Expte. n° 5921-D-98, suscripto por los **diputados Julio De Giovanni, Gustavo Beliz y Lucio Ponsa Gandulfo** puede leerse: *“El espacio público es indispensable para la convivencia, y su buen uso y su uso regular es indispensable también, para que los*

*ciudadanos puedan llevar una vida pacífica y adecuada al bienestar en las relaciones recíprocas”.*

Como puede advertirse, todo el trámite parlamentario de la ley n° 162 —incluso de la ley n° 42— da sobrado testimonio del requerimiento de los vecinos a favor de una legislación que pusiera fin a un estado de cosas en el cual la forma en que se manifestaba la oferta y demanda sexual, en ámbitos públicos, había llevado a convertir a ciertos barrios de la Ciudad de Buenos Aires en punto de recalada de “city-tour” de visitantes extranjeros curiosos ante tan peculiar fenómeno, sumado a las noticias —quizás exageradas o inexactas— que daban cuenta del ingreso al país de tres mil mujeres centroamericanas alentadas por mejores condiciones para desarrollar la prostitución como fuente de trabajo.

9. No resulta atendible en esta instancia el agravio relativo a la imposición de costas, por no constituir un tema hábil para sustentar un recurso de inconstitucionalidad, más aún cuando la apelación fue denegada en este aspecto por el “a quo” y no ha sido mantenida mediante la pertinente queja.

Por las razones hasta aquí brindadas, cabe concluir afirmando la constitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional, y rechazar las impugnaciones de tal naturaleza articuladas contra el precepto que fueron materia de recurso.

Por ello voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor Oficial y confirmar la sentencia apelada en todas sus partes.

### **La jueza Ana María Conde dijo:**

I. Toda vez que el Dr. Casás, en su voto, reseña con precisión las circunstancias de la causa y los actos procesales que condujeran su trámite hacia estos estrados, considero pertinente remitirme a lo por él expuesto respecto de tales aspectos del debate.

II. La norma cuya inconstitucionalidad postula la defensa de Benito León está ubicada dentro del Capítulo VIII del Código Contravencional —conforme la sistematización dispuesta por la ley 42—, titulado “uso del espacio público” y expresa: “Alteración de la tranquilidad pública: ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos”.

El Defensor Oficial afirma que el precepto:

- a) afectaría el principio de legalidad —art. 18 de la Constitución Nacional—, ello en razón de su vaguedad y amplitud, que impediría al habitante de Buenos Aires comprender cuál sería la conducta concretamente prohibida (fs. 215 vta./216);

- b) invadiría órbitas ajenas al ámbito local, pues el legislador de la Ciudad no puede reprimir, por vía de la creación de contravenciones, aquello que en el ámbito federal no fue considerado ilícito (fs. 216 vta./217);
- c) invadiría el ámbito de privacidad de los sujetos, ya que cada ser humano tiene el derecho de decidir qué hacer con su cuerpo y, en consecuencia, con su sexualidad, aún en los espacios públicos (fs. 217 vta.);
- d) constituiría una clara manifestación del derecho penal de autor, expresamente prohibido por el artículo 13, inciso 9° de la Constitución de la Ciudad (fs. 217 vta./218);
- e) afectaría el derecho a la libertad, bien jurídico inalienable de la condición humana, que no aceptaría límites ni restricciones, salvo los determinados por la libertad ajena; así como la dignidad, por cuanto restringiría la posibilidad de elección y de acción de la persona humana, al impedirle manifestar sus opciones e intereses sexuales en los espacios públicos (fs. 218/218 vta.);
- f) vulneraría el derecho a la libre circulación en el espacio público de la Ciudad (fs. 218 vta./219); y,
- g) avasallaría el derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que se sancionaría a los que ofertan o demandan sexo en los espacios públicos y no a los que realizan la misma conducta en espacios privados (fs. 219/219 vta.).

III. Por razones de orden metodológico alteraré, para su consideración, el orden de la secuencia en la que los argumentos han sido enunciados por la parte; ello en la inteligencia que de tal temperamento no se deriva —en el caso— menoscabo alguno para su derecho de defensa en juicio.

1. Sostiene el recurrente la incompetencia del legislador local para sancionar conductas que en el ámbito federal no se consideran ilícitas, en razón de no encontrarse tipificadas en el Código Penal.

Por principio general, el poder de policía corresponde a las provincias (conf. art. 121 CN), por tratarse de una potestad que éstas se reservaron al constituir la unión nacional. Excepcionalmente, dicho poder le corresponde a la Nación, cuando ésta ejercita atribuciones que la Constitución le otorga expresamente, o implícitamente, o cuando el ejercicio de idénticas atribuciones por las provincias resulte incompatible con igual ejercicio por parte de la nación (conf. Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo IV, n° 1527, pág. 550-551, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1997; Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", T° IV, pág. 241. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires, 1978; id. Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T° I,

pág. 733 —en referencia al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia—. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1994).

Tal el diseño del sistema de organización federal de competencias, del que se deriva la facultad de los gobiernos locales de dictar y aplicar las regulaciones que, con sujeción a los principios constitucionales que rigen la materia, resulten necesarias para el ejercicio de ese poder (art. 121 de la C.N.).

Es claro que la Ciudad integra, como un Estado más —si bien con particularidades que la diferencian de las Provincias— el sistema federal argentino. Por ello, el dictado de la legislación de faltas o contravenciones necesarias para regular la conducta de sus habitantes y de quienes a diario transitan por ella, se encuentra dentro de la esfera de su autonomía constitucional (art. 129, primer párrafo, de la C.N.).

Al evaluar la cuestión a la que alude la defensa del Sr. León, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que: *“... el Congreso de la Nación, al dictar el Código Penal vigente, deliberadamente no ha querido legislar sobre las faltas, dejando la materia, con ciertas reservas, librada a la legislación de los Estados Federales, considerando que si bien esta clase de contravenciones constituye, en algunos casos, verdaderos pequeños delitos comunes a los cuales podría aplicárseles los principios generales de la legislación nacional, más frecuentemente ofrecen características especiales determinadas por las costumbres de cada localidad, por las necesidades de orden moral o material de los pueblos o por el resguardo de ciertas instituciones locales, cuyo regular funcionamiento les interesa más directamente, o porque existen en cada región muchos y pequeños intereses que hay que contemplar en este género de represión y que lógicamente pueden ser mejor apreciados por los poderes locales. Que este concepto resulta claramente establecido de los antecedentes legislativos que han precedido a la sanción del Código Penal -Código Penal y sus antecedentes del Dr. R. Moreno, tomo 1°, pág. 217- ...”* (CSJN, 19-11-41, “Esio Bruno Cimadore”, Fallos 191:245; concordantemente: CSJN, 3-7-46, “Ernani Luis Castellini c/ Dirección General del Impuesto a los Réditos”, Fallos 205:173, y CSJN, 19-6-36, “H. Loretani por Soc. Bco. Argentino de Crédito y Capitalización – Córdoba”, Fallos 175:231, entre otros).

Es lógico, entonces, que una conducta como la imputada al recurrente no se encuentre tipificada en el Código Penal de la Nación y sí haya sido objeto de consideración en el cuerpo de reglas contravencionales local; pues, en gran medida, la problemática que involucra —vinculada con la tranquilidad pública— es propia de los centros urbanos y aún entre ellos, presenta sesgos y matices que difieren de un lugar a otro, por lo que la regulación a nivel local no sólo resulta razonable sino también recomendable.

La interpretación que formula la defensa conduciría a privar a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de potestades legislativas en materia

contravencional y contraría la lógica del esquema constitucional que rige en el país.

2. El Sr. Defensor Oficial sostiene que el art. 71 del Código Contravencional viola el principio de legalidad contenido en el art. 18 CN; ello porque su amplitud y vaguedad impedirían comprender al habitante de la ciudad de Bs. As. cuál sería la conducta concretamente prohibida.

En la interpretación amplia que propone la defensa como vía de formulación de objeciones al artículo, serían objeto de sanción todas las personas que, para sí o para terceros, ofrezcan o demanden servicios sexuales; sin importar la naturaleza de la relación entre los sujetos.

Así, en palabras de la asistencia técnica del Sr. León, serían pasibles de reproche contravencional aún los integrantes *“...de una pareja, legalmente unida en matrimonio, que transita por la vía pública en la Ciudad de Buenos Aires y uno de sus integrantes requiere del otro la prestación del debido conyugal. El requerimiento se ha efectuado en presencia de terceros, por lo que se ha producido la demanda de servicios sexuales y por consiguiente se da la acción tipificada en el art. 71 del C.C....”*.

Con base en la transcripción efectuada, y de acuerdo a lo que en adelante expondré, debo señalar que comparto plenamente las objeciones que el Sr. Fiscal General formulara respecto del método empleado en la fundamentación del recurso. La defensa incurre en falacias argumentales, razonamientos que, aunque incorrectos, se presentan como psicológicamente persuasivos (conf. Copi, Irving M., “Introducción a la lógica”, 3<sup>o</sup> edición, 1<sup>a</sup> reimpr., pág. 81. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1997).

El *tipo penal* es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (Zaffaroni, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, pág. 371, Ed. Ediar, Bs.As., 1997). Esa función individualizadora la cumple por medio del detalle de los elementos descriptivos y normativos —valorativos— que configuran la conducta reprochada.

En el supuesto contemplado en el art. 71 del Cód. Contrav., la conducta penalmente prohibida, es la oferta o demanda de servicios sexuales —para sí u otras personas—, siempre y cuando: 1) se realice en espacios públicos y 2) se haga con alteración de la tranquilidad pública, tal como surge del título del artículo.

La tranquilidad pública es el bien jurídico tutelado y es el eje de valoración de esta cuestión. La finalidad de la norma es permitir un uso adecuado del espacio público.

En este punto debo discrepar con el razonamiento efectuado por el Sr. Fiscal General, quien apuntara que la referencia que contiene la norma a *“...demandar...servicios sexuales...”* introduce una connotación claramente comercial, ajena al ámbito de las relaciones de pareja; pues entiendo que el precepto contiene una regulación que excede ese marco de aplicación.

Las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (CS, junio 10-1992, “Lodi, Alberto Atilio c/Estado Nacional —Ministerio de Defensa, Estado Mayor General del Ejército”; id. Diciembre 2-1993, “Segovia, Miguel Angel y otros”; id. Noviembre 23-1993, “A. Gas. S.A. y otros c/Agip S.A. y otros”).

En su acepción vulgar más amplia, la palabra “servicios” expresa la idea de estar empleado en la ejecución de una cosa por mandato de otro o estar sujeto a otro por cualquier motivo, aunque sea voluntariamente, haciendo lo que él quiere o dispone (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésima primera edición, página 1872, Madrid, 1992) y desde el punto de vista técnico, abarca supuestos en los que la prestación se efectúa a título gratuito.

Es claro que la norma objetada no se encuentra orientada a sancionar la conducta de los esposos o de los integrantes de una pareja que en la calle acuerdan mantener relaciones sexuales en un espacio privado —la presencia de un tercero o no en el momento de la formulación de tal acuerdo es, desde mi punto de vista, irrelevante— sino que apunta en modo principal a la actividad propia de quienes ejercen la prostitución, que ha sido la tenida en mira en forma preponderante por el legislador a la hora de fijar su contenido. Pero considero que si un cónyuge formulara al otro la propuesta de mantener relaciones sexuales, a los gritos en un espacio público, o deteniendo el tránsito, con alteración de la tranquilidad de los vecinos, incurriría también en la contravención tipificada en el artículo 71.

La ubicación sistémica de la norma —cuando el código trata las contravenciones que se vinculan con la preservación y administración del espacio público- y la concreta referencia a la tranquilidad pública en el acápite del artículo, permiten precisar sin ambages cuál es el bien jurídico tutelado. Y no corresponde que, dentro del marco de este debate, el tribunal entre en la valoración de los motivos que llevaron al legislador a considerar digna de tutela la tranquilidad del espacio público, cuando ésta se ve afectada por la oferta o demanda de servicios sexuales, los que bien pudieron pasar por el respeto a los principios educativos, morales o religiosos de diversos sectores de la población.

En definitiva, la norma interpretada conforme lo expuesto en los párrafos que anteceden permite determinar cuál es la conducta sancionada por la norma, y los alcances de la misma, lo que resta virtualidad a las objeciones articuladas por la defensa respecto de las alegadas imprecisiones de la norma.

3. Afirma el recurrente que la norma objetada constituiría una clara manifestación de *derecho penal de autor*, ya que sancionaría a la prostituta por el sólo hecho de ser tal y ejercer su actividad en los espacios públicos.

El derecho penal de autor, que se encuentra prohibido por el art. 13 inc. 9 CCBA, es aquél que no sanciona conductas en sí, sino como manifestación de una "forma de ser".

Considero que con lo expuesto en el apartado precedente respecto del eje valorativo constituido por la tranquilidad pública y con las consideraciones allí formuladas respecto de quiénes y en qué circunstancias podrían llegar a ser sujetos pasivos de la sanción contravencional, se encuentra adecuadamente fundado el criterio que conduce a rechazar tal aseveración de la defensa. Pero si alguna duda cabe respecto de la ausencia de un parámetro valorativo fundado en las condiciones personales de los sujetos contemplados por la norma, ésta se ve desvirtuada desde que se advierte que, aún desde una interpretación restrictiva del ámbito de su aplicación, quedarían comprendidas en éste todas las personas que demandaren la prestación de servicios sexuales sin ejercer ellos mismos la prostitución, lo que demuestra la ineficacia argumental del postulado enunciado por la defensa.

Es claro que —conforme su enunciado— la norma no sanciona a quien ejerce la prostitución en razón de su actividad habitual, sino a quien altera la tranquilidad pública por la oferta o demanda de sexo, se trate o no de alguien que comercie con la prestación de servicios sexuales. Se sanciona una conducta determinada, sin importar las condiciones personales de quien la realice, lo que excluye cualquier posibilidad de considerar que estamos ante un tipo contravencional de autor.

Los magistrados que intervinieran en las anteriores instancias han verificado que el imputado desarrolló conductas que alteraron en forma efectiva la tranquilidad pública, cuya tutela procura la norma evaluada, y aún lindaron la agresión física de uno de los vecinos. No puede sostenerse, entonces, que en el caso concreto la prevención policial haya actuado sobre la base de un supuesto de "derecho penal de autor"; antes bien, parecen haber enervado una situación violenta.

4. El Defensor Oficial manifiesta que el art. 71 invadiría el ámbito de privacidad inherente a las personas, ya que cada ser humano tiene el derecho a decidir qué hacer con su cuerpo y en consecuencia con su sexualidad, aún en espacios públicos.

El artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto establece que las acciones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, delimita un ámbito en el que el sujeto puede desarrollar determinadas conductas que, en la medida que no trascienden los límites de esa área de reserva, no pueden ser objeto de injerencia estatal.

Acciones privadas son las que sólo conciernen a la persona y que no se materializan en actos exteriores que pueden incidir sobre los derechos de otros o afectar directamente la convivencia social, el orden y la moral pública y que, así entendidas, pueden ser consideradas buenas o malas, pero no

lícitas o ilícitas. En cambio, cuando la conducta del sujeto trasciende al espacio social su obrar cobra relevancia jurídica y puede ser objeto de regulación y control por el Estado.

La oferta pública de sexo, aunque sea reservada sólo a quienes, prevenidos sobre su realización, la consientan, puede ser objeto de regulación válida y razonable por el Estado, pues nuestra Constitución Nacional sustrae de la privacidad a las acciones que ofenden a la moral pública (conf. Bidart Campos, Germán J., "La calificación previa de las películas cinematográficas y el delito del art. 128 del Código Penal", E.D. 130-175). Y como el criterio de moral pública que nutre a nuestro sistema normativo no es inmutable, sino que acompaña en sus variaciones a los cambios profundos de la sociedad sobre la que proyecta sus disposiciones, es responsabilidad del juez el procurar establecer cuál es el parámetro medio de dicha moral en las circunstancias de tiempo y lugar en las que debe emitir su fallo, pues no puede el magistrado imponer a toda la población aquello que considera bueno o deseable desde su moral autorreferente, pues no es esa la vía por la que debe darse precisión a los conceptos abiertos.

Entiendo que en esta Ciudad y en este tiempo, resulta razonable para la moral media de la población que se sancionen aquellas conductas que alteran la tranquilidad del espacio común urbano.

El tipo del artículo 71 del Código Contravencional tiene por objeto regular determinadas conductas que entran en el campo de las relaciones sociales de los sujetos. Es claro que quien demanda u oferta servicios sexuales en un espacio público, alterando la tranquilidad de los vecinos, conductores o transeúntes, realiza un acto que trasciende la esfera privada de su obrar, el área de reserva estricta del sujeto. De tal modo, la invocada protección del art. 19 CN no es aplicable en este supuesto.

5. El recurrente fuerza los límites de la argumentación cuando sostiene que *"...El art. 71 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires atenta contra el derecho a la **libertad** y a la **dignidad**, por cuanto...restringe la posibilidad de elección y de acción de la persona humana, ya que le impide manifestar sus opciones e intereses sexuales en los espacios públicos..."*. Tampoco encuentro justificada la afirmación de la defensa en el sentido que el artículo es **discriminatorio** *"...por cuanto impone un trato diferente para quien oferte o demande para sí o para terceros servicios sexuales en los espacios públicos respecto de quien realice la misma conducta en espacios privados..."*; o la que indica que *"...la norma...se encuentra en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 37 de la C.C.B.A., por cuanto el ejercicio de la libertad sexual se encuentra restringido sin fundamentos, al prohibirse cualquier manifestación de la misma en los espacios públicos..."*

a) Previo a introducirme en el tratamiento de este planteo, cabe remarcar que ningún derecho de los contenidos en la Constitución es absoluto. Todos ellos están sometidos a la regulación que, sin alterar su naturaleza, contenido y fines, de ellos haga el legislador.

La Carta Magna no enuncia una escala de derechos, sino que los ubica "prima facie" en un pie de igualdad jurídica. Es labor del jurista armonizarlos y no interpretar unos en desmedro de otros. Propio de un Estado de Derecho es establecer un régimen en el que el límite del obrar autónomo de los sujetos se encuentra determinado por el de los derechos ajenos, para posibilitar así la convivencia armónica de los distintos integrantes de la comunidad.

b) Los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires tienen derecho a la preservación razonable del espacio público urbano y a que las actividades vitales que desarrollan en éste se desenvuelvan en un clima de tranquilidad. Lógico es, entonces, que el Estado adopte las medidas que resulten necesarias para la preservación de esa tranquilidad que, desde tal óptica, aparece como un bien jurídico digno de cuidado.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el de la mayoría de los sistemas democráticos, tutela en forma amplia el derecho de cada uno al desarrollo de su personalidad dentro de la comunidad, en concordancia con el interés social y dentro del orden público y las buenas costumbres; pero toda situación jurídica subjetiva tiene su correlato en el derecho de los demás, cuyo respeto constituye un deber para quien está jurídicamente facultado. No existen en nuestro sistema derechos subjetivos absolutos, porque ellos son contrarios a la naturaleza coexistencial del ser humano (conf. Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", pág. 339. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1992).

No se verifica pues, en el caso, una afectación inconstitucional del derecho a la dignidad o a la libertad de elección y manifestación de opciones e intereses sexuales en los espacios públicos. La norma limita las sanciones sólo para aquellos casos en los que el sujeto exteriorice sus preferencias por medio de la demanda u oferta de servicios sexuales con alteración de la tranquilidad pública; por lo que quedan fuera de su ámbito de aplicación otras exteriorizaciones vinculadas con su orientación sexual. Tal circunstancia permite establecer como otra falacia lógica de su argumentación aquélla que sostiene que la regla prohíbe "cualquier manifestación" de la libertad sexual en los espacios públicos.

La norma no veda un plan de vida determinado y para su aplicación carece de relevancia cuál ha sido la elección u opción de estilo de vida y actividad hechas por el sujeto pasivo del reproche contravencional. Su haz se centra en algo mucho más simple y concreto: la aludida alteración de la tranquilidad pública generada por quien hace oferta, o demanda, servicios sexuales en espacios públicos.

c) Tampoco se verifica en el caso la existencia de supuesto alguno de discriminación, pues sabido es que, con tal que el distingo no traduzca una ilegítima persecución o un indebido privilegio de personas o grupos de personas, el legislador puede tratar de modo diferente situaciones que considera diversas (C.S.J.N., “Diorio Homar, Antonio c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires”, del 30 de abril de 1985, publicado por el Sistema Argentino de Informática Jurídica, sumario A0000309, entre otros).

En consecuencia, no existe óbice alguno para que se contemple de distinto modo a la oferta o demanda de servicios sexuales, según se verifique en espacios públicos o en espacios privados, toda vez que existe un fundamento objetivo y razonable para justificar tal distinción: la protección de la tranquilidad pública.

6. La defensa asevera que el art. 71 del Cód. Contrav. afecta el derecho a la libre circulación.

Este argumento inconsistente puede ser refutado acudiendo a las propias manifestaciones del Defensor Oficial, quien sostiene que “... *el legislador no puede limitar el derecho del vecino, ciudadano o habitante al uso del espacio público, cuando tal uso implica su presencia personal en la calle (...) lo que si puede, y debe, es evitar el uso abusivo de lo público...*” (fs. 218 vta./219).

De dichas palabras se desprende que el espacio público puede ser aprovechado por todos, y para que ello ocurra debe permitirse un uso armónico del mismo, evitando que ciertas personas se apropien de él en su exclusivo beneficio.

El pretender ejercer una actividad que altere la tranquilidad pública, en perjuicio de los restantes vecinos de esta Ciudad, constituye un uso abusivo del espacio público, utilizando los términos empleados por el recurrente.

Además, todas las personas —incluidas, por supuesto, las prostitutas— pueden circular libremente por la vía pública y de ninguna manera se sanciona dicha conducta. La conducta tipificada es otra: la alteración de la tranquilidad pública por la oferta y demanda de servicios sexuales en espacios públicos.

A mayor abundamiento, cabe destacar que el ofrecimiento explícito de sexo no es una imagen aconsejable para los niños pequeños, que también son titulares del derecho al libre acceso a los espacios públicos y respecto de quienes los tribunales de justicia están obligados a adoptar medidas protectivas (art. 3, 4 y 17 inc. e de la Convención sobre los Derechos del Niño). Resulta razonable que el Estado colabore con sus progenitores arbitrando los medios para que determinados actos no se desarrollen en espacios de libre circulación para los chicos.

Tampoco tal conducta tiene que ser soportada por quienes profesen cultos o criterios morales para los que resulta disvaliosa, pues admitir lo contrario importaría conculcar el principio de inviolabilidad de la libertad

religiosa y de conciencia receptado 12, inciso 4 de la Constitución de la Ciudad.

Los jueces, como custodios de las garantías y programa de vida establecidos en la Constitución, debemos elegir, de entre las soluciones posibles para casos como el que nos ocupa, aquella que mejor contribuya al respeto del programa de vida de los integrantes de los distintos sectores de la sociedad y no sólo al de uno de ellos; máxime cuando la admisión de sus pretensiones operaría en detrimento de los derechos del resto del tejido social.

IV. En mérito a los argumentos expuestos, voto por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad planteado ante este Tribunal.

**El juez Guillermo A. Muñoz dijo:**

1. La Constitución de la Ciudad confiere al Tribunal dos tipos de control de constitucionalidad de las normas: el directo, que se articula por la vía de la acción de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2), y el difuso, ejercido a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 3). Cada uno de ellos requiere del Tribunal una actividad valorativa diferente. En el primero se analiza la adecuación en abstracto de la norma a la Constitución, y en el segundo se examina si la aplicación de la norma al caso, de acuerdo a las circunstancias comprobadas, afecta o no principios, derechos o garantías constitucionales. En el control difuso ejercido por vía de recurso, operan, además, todas las limitaciones que la técnica recursiva impone a los tribunales *ad quem*.

2. El presente caso llega a conocimiento del Tribunal por el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa de Benito M. León (fs. 209/222), contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional que confirmó parcialmente la condena impuesta en primera instancia por la comisión de la contravención establecida en el art. 71 del Código de Convivencia (fs. 143/152 y 90/97, respectivamente).

Al no haber cuestionado la defensa por vía de recurso de queja, la denegatoria a la concesión del recurso de inconstitucionalidad por la denunciada arbitrariedad en la ponderación de la prueba, las circunstancias fácticas relativas a la conducta desplegada por el señor León quedaron firmes y serán tenidas en cuenta en la forma en que se establecieron en la sentencia de la instancia anterior. Sólo cabe, entonces, considerar los agravios de la defensa en relación con la aplicación de la norma a los hechos como han sido determinados por los jueces de grado.

3. Las circunstancias de la causa y los argumentos en que se fundamenta el recurso se encuentran adecuadamente reseñados en los

votos precedentes, a los que remito por razones de brevedad. Paso, entonces, a considerarlos, en el orden que mejor permita la fundamentación de mi voto.

4. Se agravia el condenado por considerar que la redacción del art. 71 del Código de Convivencia “es amplia y vaga y no permite al habitante de Buenos Aires comprender cual es la conducta concretamente prohibida” (fs. 215 vuelta y 216), con lo que se afecta el principio de legalidad (art. 18, CN).

El legislador local se ha inclinado por configurar el derecho contravencional *reglado en el Código de Convivencia* desde una matriz de carácter penal. Los arts. 4 y 10, entre otros, son indicativos de dicha opción. No era ésta la única con que contaba la Legislatura como ya fue señalado por el Dr. Maier en su voto en la causa “Pariasca” (sentencia del 29/9/2000) y no cabe, en este pronunciamiento ponderar la conveniencia o inconveniencia de esa decisión. Sólo quiero destacar que la materia contravencional y de faltas que compete reglar a la Ciudad como estado autónomo (art. 8º de la ley 24.588) puede ser abordada como parte del derecho administrativo sancionador, tal como se ha efectuado en numerosos países cuyo sometimiento a las reglas del Estado de Derecho no se discute (por todos, puede consultarse: Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993; Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sanchez, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995; Georges Dellis, *Droit Pénal et Droit Administratif - L'influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, L.G.D.J., 1997; Enrique Bacigalupo, *Sanciones Administrativas*, Colex, Madrid, 1991; Enrique Aftalión y otros, *Derecho Penal Administrativo*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955).

La adopción de una u otra herramienta normativa debe tener en cuenta no solo la conducta a reprimir, sino también el tipo de sanciones a aplicar y los sujetos destinatarios de las prohibiciones y mandatos. La articulación de esos tres elementos indicará, en cada caso, qué régimen jurídico (penal o administrativo) resulta conveniente para enmarcar la potestad punitiva. Claro ejemplo de ello lo es la ley nº 451, que al aprobar el Código de Faltas partió de principios más afines al derecho administrativo.

No ignoro el profundo debate a que se encuentra sometida la problemática relativa a qué principios deben regir la potestad punitiva estatal en materia de faltas y contravenciones. Toda una corriente de destacados autores pretende someterla a los principios del derecho penal (Bacigalupo, García de Enterría y Fernández, Cerezo Mir, entre muchos otros). Esa es, también, la orientación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de ciertos tribunales extranjeros (v.gr.: el Tribunal Supremo español, en sus sentencias del 9/2/72, 16/12/86, 20/1/87, 8/10/88 y 13/6/90; Tribunal Constitucional español, sentencia 8/81, 18/81, 76/90; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Öztürk, caso Engel, caso Campbell y Fell, etc.). Pero el énfasis de la prosa que utilizan a favor de las garantías penales se

licúa en las numerosas sentencias de esos mismos tribunales y en las generosas concesiones a la realidad que tales doctrinarios efectúan, para admitir que esos principios se aplican, *con matices y no en forma automática*, en el ámbito contravencional y de faltas (por todos: José María Quirós Lobo, *Principios de Derecho Sancionador*, Editorial Comares, Granada, 1996). Esto ocurre aún en aquellos países que, como España, han equiparado los delitos y las faltas e infracciones administrativas al reglar el principio de legalidad en su constitución (art. 25, Constitución española).

De allí, que en la hermenéutica de una disposición contravencional puedan utilizarse técnicas no ortodoxas en la dogmática jurídico penal, pero claramente compatibles con el respeto a la legalidad no ya penal sino contravencional.

Sin perjuicio de ello, y de cara al agravio planteado por el recurrente en relación con el principio de legalidad, el art. 71 no resulta ni vago ni impreciso, aunque se lo valore desde la estricta aplicación del principio de legalidad penal. La garantía del art. 18 de la Constitución Nacional veda la existencia de preceptos penales indeterminados. Si bien el contenido de un concepto no puede ser determinado, en sus zonas de penumbra, con absoluta seguridad, y no es posible excluir toda duda de un texto elaborado sobre la base de los lenguajes naturales, el grado de determinación dependerá de la mayor o menor vaguedad o ambigüedad de las palabras utilizadas (cf. Günter Stratenwerth, *Derecho Penal Parte General, I*, pág. 32, Edersa, Madrid, 1982). El art. 71 aplicado al recurrente, es suficientemente claro y preciso: prohíbe ofrecer servicios sexuales en los espacios públicos. Podrá ser materia de debate si la oferta abarca las transacciones onerosas y gratuitas o es más estricta y sólo atrapa las onerosas. Pero en lo que al presente caso se refiere, aún en la hipótesis más acotada de interpretación (que sólo incluya las transacciones por precio o remuneración) el imputado pudo conocer que su conducta se adecuaba a tal elemento del tipo, pues se ha comprobado que ofertaba servicios sexuales a cambio de una paga.

En suma: la constitucionalidad de la norma podrá ser cuestionada por otras razones pero no por ésta, pues el tipo que contiene satisface adecuadamente la exigencia de “determinación” que emerge del principio de legalidad.

La cuestión relativa a la vinculación, o no, entre la descripción típica y el bien jurídico tutelado analizada por mis colegas en los votos precedentes no es un agravio planteado por el recurrente.

No obstante ello, creo conveniente señalar que el bien jurídico tutelado y la denominación dada por el legislador a las figuras previstas en el art. 71, cumplen su función en la teoría de la interpretación, pues permiten establecer el sentido de la prohibición (cf. Hans Joachim Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 1975, págs. 329 y ss., Depalma, Buenos Aires). De tal forma, la oferta de servicios sexuales en espacios públicos sólo será sancionable si produce la alteración de la tranquilidad pública. Aplicando estos criterios al

caso se constata que el recurrente pudo conocer el alcance de la prohibición, y su conducta se adecuó al tipo ya que se ha comprobado en las etapas procesales anteriores que el señor León ofrecía sus servicios sexuales, que lo hacía en espacios públicos y que alteró la tranquilidad pública.

5. Se agravia la defensa por considerar que el art. 71 invade el ámbito de privacidad afectando la garantía del art. 19 de la Constitución Nacional “ya que cada ser humano tiene el derecho de decidir que hacer con su cuerpo y en consecuencia con su sexualidad aún en los espacios públicos” (fs. 217 vuelta).

Resulta claro, a mi juicio, que art. 19 de la Constitución no sólo protege a las personas en su accionar en el ámbito privado sino también en el espacio público. Pero esta protección tiene un límite: que en tales espacios las acciones privadas no afecten —de algún modo— a terceros o alteren el orden o la moral pública (cf. Néstor P. Sagües, *Tenencia de estupefacientes, autolesiones, delitos de peligro abstracto, razonabilidad de las penas y perspectivas del control de constituiconalidad*, J.A., 1986-IV-962 y ss.). El art. 19 opera como un límite para que el legislador no incrimine cualquier conducta realizada en espacios privados o públicos. Pero el comportamiento del señor León, por el cual fue condenado con encuadre en la norma cuestionada, trascendió la esfera de realizaciones en la que el Estado no puede interferir, pues alteró la tranquilidad pública en la forma en que se describe en la sentencia.

6. Nuevamente los hechos comprobados en el proceso permiten refutar los agravios relativos tendientes a demostrar que la figura transgrede la prohibición del derecho penal de autor o reprime el ejercicio de la libertad sexual o la libertad de circulación. Cómo lo dije anteriormente, el art. 71 reprime la alteración de la tranquilidad pública en ocasión de ofrecer servicios sexuales en espacios públicos. Es claro entonces que *no sanciona un modo de ser, sino una forma de hacer*, no prohíbe una opción sexual sino el ataque a la tranquilidad pública, no restringe la libertad de circulación sino que garantiza la de los demás habitantes frente a perturbaciones generadas mientras se trafica sexo. León fue sancionado por alterar la tranquilidad pública mientras hacía uso de su legítima opción de vida, y no por sus preferencias sexuales. Nada en el proceso cuestiona su sexualidad. Lo que se acreditó y censuró es el carácter escandaloso de su ejercicio. Invocar una profusa gama de principios y derechos constitucionales para eludir las consecuencias de los hechos probados, no pasa de ser una estrategia procesal tan legítima como estéril. Lo cierto es que León ofrecía sus servicios en frente de una vivienda familiar, que a raíz de ello se generaban ruidos molestos por las frenadas de los automóviles, que exhibía las partes pudendas de su cuerpo, que alteraba la tranquilidad de algún vecino, y que ante la intervención policial a viva voz pronunció términos procaces en la vía

pública. De eso trata este caso. Consecuentemente no advierto cómo ni por qué la represión de hechos que lesionaron esa modalidad de la convivencia que es la tranquilidad pública pueda resultar inconstitucional.

7. Resta sólo considerar la objeción relativa a la incompetencia local para reprimir la prostitución.

De acuerdo a lo que expresado en los puntos anteriores es claro que la norma apunta a tutelar la tranquilidad pública y no a reprimir la prostitución callejera.

La ley de profilaxis antivenérea se ha encargado de establecer el carácter no delictivo de la prostitución de la mujer *en su casa y en los locales habilitados* por la autoridad administrativa. La ley local no avanza sobre tales cuestiones, tampoco sobre la prohibición de la prostitución en espacios públicos. Sólo reglamenta, en ejercicio del poder de policía local, la tranquilidad en el uso de los espacios públicos (art. 80, CCBA), señalando, en el fondo, que el ejercicio de la prostitución como cualquier otra actividad en esos sitios es reprimible cuando afecta la convivencia.

No se advierte, entonces, de qué forma se avanza sobre espacios normativos reservados al legislador nacional.

Por las razones expuestas voto por que se rechace.

**El juez Julio B. J. Maier dijo:**

### **Hechos**

1. Benito Martín León fue condenado por el Juzgado en lo Contravencional n° 3 de esta Ciudad a la pena de instrucciones especiales, por el término de dos meses, consistentes en un curso sobre la prevención de enfermedades infecto-contagiosas y de transmisión sexual y a la de trabajos de utilidad pública por igual término, por considerársele autor jurídicamente responsable de la contravención prevista en el artículo 71 del Código Contravencional, en orden a los hechos ocurridos los días 10 y 23 de marzo de 1999. Esta decisión resolvió además rechazar la nulidad interpuesta por la defensa, declarar la constitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional y absolver a León por el hecho ocurrido el día 6 de abril del mismo año (fs. 90/97).

2. Apelado el fallo por el defensor oficial, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional de esta Ciudad resolvió rechazar los planteos de nulidad e inconstitucionalidad articulados, confirmar la sentencia apelada en relación con el hecho ocurrido el día 10 de marzo de 1999 y revocar y absolver en orden al suceso del 23 de marzo de ese año (fs. 143/151).

3. Contra dicha sentencia el defensor oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 26, inciso 4°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y 53 de la Ley de Procedimiento Contravencional (fs. 209/222).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional resolvió conceder el recurso interpuesto —en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional— y elevar las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia (fs. 227/229).

5. Corrida la vista al Fiscal General por este Tribunal, él requirió el rechazo del recurso. Básicamente, analizó la cuestión desde la interpretación y el alcance del uso del espacio público y su compatibilidad con los derechos y libertades individuales.

### **Fundamentos**

1. Corresponde en primer término delimitar el campo del recurso. Este fue concedido en relación con los agravios vinculados con el planteo de inconstitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Brevemente, se argumenta que el art. 71 del Código Contravencional viola:

- a) el principio de legalidad (en cuanto al mandato de certeza);
- b) el principio de reserva;
- c) la prohibición de la existencia de figuras penales de autor;
- d) el derecho a la libertad y a la dignidad de todo ser humano;
- e) el derecho a la libre circulación; y
- f) el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Son pues esos agravios —que el recurrente considera violatorios de los artículos 18, 19 y de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, así como de los arts. 13, inc. 9, y 37 de la Constitución local— los que habilitan y fijan el objeto de conocimiento de esta instancia extraordinaria.

2. La norma cuya constitucionalidad se cuestiona, incluida en el Código Contravencional dentro del Capítulo VIII: Uso del espacio público, como artículo 71, establece lo siguiente:

“Alteración de la tranquilidad pública: Ofrecer o demandar para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos”.

Esta es una norma contravencional, penal en sentido material. Esto es así por diversas razones, algunas de ellas formales y otras, sustantivas.

En primer lugar, desde el punto de vista formal, se trata de una decisión expresa de la Legislatura de la Ciudad, la que, en cumplimiento del mandato —también expreso— incluido en la disposición transitoria décimosegunda de la Constitución local, optó por sancionar un Código Contravencional que regulara los conflictos vinculados con la convivencia en la Ciudad de modo similar a un Código Penal —basta para ello con leer el primer título de la ley n° 10—. Ello así, básica, expresa pero no necesariamente, con el objeto de incorporar a la nueva justicia local todos los derechos y garantías que históricamente habían estado al margen de estas cuestiones. Este desconocimiento de derechos y garantías fundamentales afectaba, en la práctica, la vida de particulares y bien definidos sectores de la población de la Ciudad. Tal como se analiza más adelante, tener presente esta circunstancia es de particular relevancia en el caso aquí sometido a estudio.

En segundo lugar, y también desde el punto de vista formal, esta decisión expresa del legislador aparece reflejada en la remisión que la Ley de Procedimiento Contravencional hace al Código Procesal Penal de la Nación en todo cuanto no se oponga a su texto —art. 6— y en la forma en la que se organizó la justicia contravencional en la Ciudad encargada de administrar estos conflictos.

En tercer lugar, ya desde un punto de vista sustantivo, las consecuencias jurídicas previstas por la ley de fondo contravencional constituyen sanciones cuya gravedad está establecida en función de la gravedad de las conductas prohibidas pero que representan privaciones de derechos equivalentes a las que ocurren en el ámbito de la justicia penal. El caso en el que esta circunstancia se advierte con mayor claridad es el de la sanción de arresto hasta por treinta días —cfr. arts. 11, 22 y concordantes del Código Contravencional—.

Las razones expuestas permiten entonces sostener la afirmación con la que se comenzó este apartado, esto es, que el artículo 71 cuestionado es una norma contravencional, penal en sentido material.

De lo expuesto no se desprende, en modo alguno, que la Legislatura, en cumplimiento del mandato expreso aludido más arriba, estuviera imposibilitada de recurrir a la herramienta penal para regular las cuestiones relativas a la convivencia en la Ciudad. Está fuera de toda discusión que la Legislatura puede recurrir a todas las formas que considere idóneas para cumplir con los fines que se propone al sancionar determinadas normas, entre ellas, la norma contravencional penal, con un único límite: el límite impuesto por la propia Constitución local y por la Constitución Nacional. En la materia sometida a estudio, al haber optado por regular los conflictos relacionados con la convivencia mediante normas penales, la Legislatura debe respetar todos los principios que rigen los límites al ejercicio del *jus puniendi* en un Estado de Derecho, límites expresamente incorporados como

derechos y garantías en los textos constitucionales mencionados y en la propia ley de fondo contravencional.

3. Delimitada así la materia del recurso y precisadas las características y el ámbito del derecho en el que opera la norma impugnada, corresponde en este punto someter el artículo 71 del Código Contravencional al control de constitucionalidad requerido por el recurrente.

Para él, en cuanto es materia del recurso concedido, el artículo 71 viola el principio de legalidad por no contener una definición estricta de la conducta prohibida; viola el principio de reserva por cuanto prohíbe acciones privadas; desconoce la prohibición de la existencia de figuras penales de autor por penalizar determinados modos de vida; viola el derecho a la libertad y a la dignidad de todo ser humano, por las mismas razones; el derecho a la libre circulación por penalizar el circular por los espacios públicos; y, finalmente, desconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación porque se penaliza a determinadas personas que realizan determinadas actividades que, llevadas a cabo por otras personas en otros lugares, no serían materia de intervención estatal coactiva alguna.

Para someter la norma impugnada al control de constitucionalidad requerido por el accionante, el análisis puede comenzar con la contrastación del artículo 71 impugnado con el principio de legalidad material. La elección por este principio reside en que se trata de un principio fundamental de nuestro sistema jurídico, a partir del cual se derivan otros principios, de igual importancia pero que reconocen su origen en el primero.

El aspecto del principio de legalidad que en esta oportunidad debe ser analizado es aquel vinculado con el mandato dirigido al legislador de dictar normas taxativas y precisas desde el punto de vista empírico que permitan luego al juez aplicarlas por exclusivo sometimiento al texto legal y no a otra clase de valoraciones o juicios extralegales. Esta aclaración permite avanzar sobre dos agravios planteados de modo autónomo por el recurrente —aunque no desarrollados en profundidad— referidos al derecho a la libertad y a la igualdad. Si se admite que la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier supuesto indeterminado, sino sólo comportamientos verificables empíricamente, identificables como tales con exactitud y atribuibles con la misma precisión a un sujeto determinado, entonces queda asegurada para todos los habitantes una esfera de libertad, reconocida por nuestra Constitución Nacional en el artículo 19; del mismo modo, queda también asegurado que todas las personas, con prescindencia de sus condiciones personales, se encuentran frente al *jus puniendi* en una situación igual en la medida en que las acciones son descriptas de un modo objetivo y preciso que no discrimina *a priori*.

El principio de lesividad contemplado por el art. 1 del Código Contravencional que traduce, en términos infraconstitucionales, lo que en materia constitucional prescriben los arts. 18 y 19 de la Constitución y 13, inciso 9, de la Constitución local, integra el principio de legalidad material en

el sentido desarrollado más arriba. En una concepción del derecho penal como instrumento de protección de los derechos de todas las personas, sólo es posible entender las prohibiciones y las sanciones como medios para minimizar la violencia y para proteger a los más débiles de los ataques arbitrarios de los más fuertes. En esa inteligencia se requiere que la conducta prohibida, en el caso en análisis como contravención, produzca un resultado lesivo de esos bienes protegidos.

En el caso del artículo 71, aparecen dos bienes protegidos claramente diferenciados. En sentido general, y por su ubicación sistemática, el uso del espacio público —aspecto en el que el Fiscal General centra su análisis—; en sentido específico, la tranquilidad pública. ¿Logra la norma cuestionada proteger la tranquilidad pública? y, si lo logra, ¿lo logra de un modo legítimo? La misma pregunta puede formularse en relación con la protección del uso del espacio público, una vez que se responda de modo afirmativo a la primera.

4. En el tipo del artículo 71 del Código Contravencional se prohíben las acciones de ofrecer o demandar, para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos con la idea de que esas actividades alteran la tranquilidad pública. Ahora bien, si se analiza estrictamente el tipo en cuestión, lo cierto es que aquello que eventualmente podría afectar o dañar la tranquilidad pública no es la ocurrencia de alguna de esas acciones —que, obvio es decirlo, pueden desarrollarse de modo absolutamente compatible con la tranquilidad pública— sino que, en el desarrollo de esas acciones, ocurran otras, también voluntarias, que sí afecten de modo general y objetivo la tranquilidad pública.

En ello reside el eje de la discusión en este caso. Desde el punto de vista empírico, la alteración de la tranquilidad pública no es consecuencia directa de la acción de ofertar o demandar en los espacios públicos aquello que la ley contravencional llama “servicios sexuales”, sino de otras acciones voluntarias distintas tales como realizar ruidos molestos, perturbar el tránsito de personas o de vehículos, exhibirse en ropa interior o desnudo, etc., que pueden suceder con ocasión de ofertar o demandar los denominados “servicios sexuales”. Éste fue el criterio con el que se redactó el originario artículo 71, que fue modificado apenas ocho meses después de aprobado. Así, el texto del artículo era:

“Art. 71. Alteración de la tranquilidad pública: Causar alteraciones a la tranquilidad pública frente a viviendas, establecimientos educativos o templos, o en su proximidad, con motivo u ocasión del ejercicio de la prostitución y como resultado de su concentración, de ruidos, o perturbación del tránsito de personas o vehículos, o con hostigamiento o exhibiéndose en ropa interior o desnudo/a (...)”.

Ver a una persona en la esquina o en la puerta de su casa ofreciendo lo que la ley llama “servicios sexuales” puede ciertamente perturbar mucho a algunas personas, molestar a otras y ser completamente indiferente a

muchas otras. Del mismo modo que ver que una persona duerme a la intemperie en la puerta o en la esquina de la casa de uno, un día de invierno; del mismo modo que ver decenas de púberes mezclados con jóvenes a punto de entrar a un local bailable; del mismo modo que, finalmente, ver que, en los mismos lugares, haga frío o calor, niños, adultos o ancianos rompen bolsas de basura con el objeto de verificar si encuentran algo que pueda ser reciclado o, en un caso más extremo, si encuentran algo para comer. Es claro en todos estos ejemplos que ninguno de ellos, con independencia de la reacción de molestia, desagrado, simpatía o indiferencia que despierten en los vecinos, tiene la entidad suficiente como para configurar el daño a terceros que se debe exigir para prohibir esa acción. Se adelantará aún más el juicio con estos ejemplos, si se piensa que dos paradigmas característicos y académicos de aquello a lo que se llama “Derecho penal de autor” (erradicado de nuestras prácticas por el art. 13, inc. 9 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), son, precisamente, la mendicidad y la pobreza extrema. Ellas, por lacerantes y por molestas que sean —por motivos que escapan a la valoración de este fallo— para quienes tenemos la suerte de no conducir nuestra vida según esos parámetros, no pueden justificar la imposición de una pena.

Sí, en cambio, constituyen daños a terceros, y por lo tanto podrían ser objeto de prohibición, los ruidos, escándalos o perturbaciones del tránsito o del espacio público en general que tengan lugar con motivo de la oferta o de la demanda de los llamados “servicios sexuales”, prácticas que, conviene recordarlo, también pueden ser ejecutadas de forma tal que no perturben a terceros con ruidos o desórdenes en la circulación. De hecho, sí son objeto de prohibición en nuestro sistema jurídico. Muchas de las acciones que en ocasión de la oferta o demanda de sexo implican un daño a terceros están abarcadas ya por otros tipos contravencionales. Así, por ejemplo, la obstrucción de la vía pública, reprimida por el artículo 41, o los ruidos molestos, reprimidos por el artículo 72, en cuyo caso se deberá aplicar lo prescripto por el artículo 29 de la misma ley. Incluso, pueden constituir un delito como el de exhibiciones obscenas, reprimido por el art. 129 del Código Penal. En este último caso, vale la aclaración, no hay concurso ideal entre delito y contravención, pues el ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional conforme la prescripción del art. 28 del Código Contravencional.

Sobre este último punto es de importancia central tener en cuenta que la prostitución no es un delito. Lo que sí es un delito es la facilitación o promoción de la prostitución de una persona. Esta decisión del legislador nacional recoge la opinión tradicional y universal, histórica para nosotros, según la cual la prostitución puede ser considerada una actividad contraria a la moral pero no delictiva (Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Buenos Aires, TEA, 1978, págs. 311 y siguientes). Por lo tanto, aquello que el legislador nacional ha decidido despenalizar no podría en ningún caso ser materia de sanción

en el ámbito local bajo la forma de una pena contravencional, la que, como ha quedado establecido, integra el universo de las normas penales en sentido material.

En definitiva, la nueva redacción del art. 71 del Código Contravencional imputa un resultado dañoso a la acción más alejada de una misma —pero eventual— cadena causal, consistente en ofrecer o demandar “servicios sexuales”. En realidad, el daño, de suceder, estaría causado por otras acciones voluntarias que pueden —o no pueden— estar relacionadas, desde el punto de vista causal, con ese daño —por ejemplo gritos, bocinazos, perturbación del tránsito o de la circulación de vehículos o de personas, exhibirse sin ropas, etc.—, pero que, de modo abstracto, no necesariamente están vinculadas con la actividad prohibida y, cuando lo están, el vínculo del daño con la acción prohibida es remoto y meramente circunstancial.

5. Queda entonces claro, de las razones expuestas, que la tranquilidad pública no es protegida por la norma cuestionada. Ello la fulmina como norma válida en nuestro sistema jurídico. No obstante, existe un argumento que, si bien diferente, es complementario del anterior y, por lo tanto, debe ser desarrollado. Se trata del argumento vinculado con la afectación del principio de reserva o derecho a la privacidad amparado por la Constitución Nacional en el art. 19, por los tratados regionales o internacionales de protección de derechos humanos a ella incorporados (art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y art. 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos) y por la Constitución local en el art. 12.3.

Recuérdese por un momento la pregunta con la que terminó el punto 4: ¿Logra la norma cuestionada proteger la tranquilidad pública? y, si lo logra, ¿lo logra de un modo legítimo? La respuesta negativa a la primera parte de la pregunta ya ha sido dada. No obstante, por la razón expuesta más arriba, es necesario responder al interrogante incluido en la segunda parte. Así, podría especularse con que la prohibición general de ofertar o demandar sexo en los espacios públicos terminará con la alteración de la tranquilidad pública con ese motivo; pero esta misma solución podría aplicarse a infinidad de acciones que realizamos diariamente y que, de este modo, resultarían prohibidas. Esto es precisamente aquello que la Constitución Nacional quiso evitar con el artículo 19, argumento que introduce la cuestión de cuál es el carácter de estas acciones prohibidas.

Se debe analizar entonces si las acciones descriptas en el art. 71 del Código Contravencional se cuentan entre aquellas que el Estado puede prohibir, es decir, si no se trata de acciones “(...) privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (...)”, las que por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional

“(...) están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”.

Es evidente que el alcance del artículo 19 dependerá de la interpretación que se dé a las expresiones “acciones privadas (...) que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”. Así, una interpretación compatible con todos los derechos reconocidos por el sistema jurídico sólo puede ser aquella que reconozca y garantice el carácter de sujeto autónomo de cada individuo y que entienda en consecuencia que las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada, conformada por criterios que juzgan el desacierto de tales acciones por sus consecuencias en la vida de la persona; y que, por lo contrario, no ofendan una moral pública conformada por criterios que juzgan el desacierto de tales acciones por sus consecuencias dañosas empíricamente verificables —como se ha establecido más arriba— sobre terceras personas.

Esto aclara la confusión, que aparece muchas veces cuando se analiza este tema, entre los conceptos de privacidad e intimidad. Así, privacidad se referirá a la posibilidad ilimitada e intangible de realizar acciones privadas, esto es, acciones que no dañen a terceros y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el Derecho debe recoger y regular. Esta posibilidad se extiende a los espacios públicos, a la plena luz del día y a la presencia de multitudes. Intimidad, en cambio, sólo se refiere a la esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de terceros.

Es también en esta diferenciación donde reside la respuesta a la pregunta acerca de si las acciones prohibidas por el art. 71 del Código Contravencional son aquellas acciones privadas a las que se refiere el art. 19 de la Constitución Nacional.

Como se advierte, esto conduce a analizar si se trata, ya no de una acción realizada en la intimidad, sino de una acción privada, en el sentido definido más arriba, esto es, si sus efectos dañan o no a terceros. El problema aquí reside en que, prácticamente, cualquier acción que realizamos produce algún efecto sobre terceros y esto es lo que podría argumentarse para habilitar alguna clase de intervención estatal regulatoria. Por esta razón es necesario determinar si ese efecto constituye un daño y cómo debe ser ese daño para ser relevante a los fines aquí analizados. Esto introduce nuevamente la cuestión relacionada con el principio de lesividad, resuelta en los puntos anteriores.

La prohibición contenida en el art. 71 del Código Contravencional no sólo es ineficaz e inconducente a los fines que declara perseguir —tal como fue analizado precedentemente—, sino que se dirige a sancionar acciones privadas reprobadas por agentes con diferente criterio moral individual respecto de esas acciones que el que puedan tener otros agentes individuales en la misma comunidad. Como ha quedado establecido, las morales individuales no pueden ser el patrón con el que se midan estas

acciones, las que, como también fue establecido, no pueden ser objeto de regulación por el Derecho en tanto éste es expresión de la moral pública, susceptible de ser definida de modo objetivo y general.

Lo expuesto permite concluir en que se verifica en el caso que el artículo 71 del Código Contravencional lesiona el principio de reserva reconocido por el art. 19 de la Constitución Nacional y por los artículos antes enumerados de los tratados regionales o internacionales de protección de derechos humanos a ella incorporados y por la Constitución local en el art. 12.3.

6. Como ha quedado claro, el artículo 71 del Código Contravencional no puede superar el control de constitucionalidad que el recurrente sometió, en este caso, a la valoración constitucional del Tribunal Superior.

Existen otras razones también invocadas por el accionante para reclamar la declaración de inconstitucionalidad del artículo en cuestión, motivos que no es necesario ya tratar. Ello no obstante, no es sobreabundante mencionar que el art. 71 del Código Contravencional parece no cumplir acabadamente con el mandato de certeza exigido por el principio de legalidad, ya que la descripción de las conductas prohibidas no es estricta ni exhaustiva.

Es indudable que, para modificar el texto originario del art. 71 del Código Contravencional, primaron conceptos discriminatorios del llamado Derecho penal de autor, que nuestra Constitución expresamente elimina (art. 11, CCBA) como fundantes de la punibilidad.

Por las razones expuestas voto por que se revoque la sentencia recurrida y por que se absuelva a Benito Martín León por el hecho por el que fuera condenado.

**La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:**

### **Hechos**

Comparto la descripción de los hechos realizada por el Dr. Julio B. J. Maier.

### **Fundamentos**

1. El recurso fue concedido únicamente en cuanto a los agravios relativos a la inconstitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y son esos agravios los que fijan el objeto de conocimiento de esta instancia extraordinaria. El recurrente sostiene que el art. 71 del Código Contravencional resulta violatorio de los

Tratados y Declaraciones Internacionales mencionados en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los arts. 13, inciso 9 y 37 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Específicamente, la defensa considera, que el tipo contravencional diseñado en el artículo 71 del Código Contravencional afecta el principio de legalidad, el principio de reserva, viola la prohibición del art. 13, inc. 9 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto veda la existencia de figuras penales de autor, y asimismo, el derecho a la libertad y a la dignidad de todo ser humano, el derecho a la libre circulación, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

2. Para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad del art. 71 cabe preguntarse cuál es el fin que persigue, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro medio más apto que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados.

3. La aplicación del Código Contravencional importa una forma de ejercicio del *jus puniendi* estatal, ejercicio que en todo estado de derecho está acotado por principios, derechos y garantías que, en nuestro sistema, tienen rango constitucional nacional y local, y que son reiterados por la ley 10.

La Legislatura, en ejercicio del mandato que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires le impusiera, eligió regular los conflictos vinculados con la convivencia en la Ciudad al modo en que un código penal regula el campo de los delitos. Valgan como ejemplos que corroboran esta afirmación las disposiciones del título primero del Código Contravencional, la remisión contenida en su art. 6 y el modelo escogido para la estructura de la justicia contravencional. Incluso, las sanciones del Código Contravencional consisten en privaciones de derechos o libertades similares a las previstas en el Código Penal (incluida la sanción de arresto hasta treinta días), si bien las penas se establecieron en atención a la gravedad de las conductas prohibidas en uno y otro cuerpo normativo (cfr. arts. 11, 22 y conc. del Código Contravencional), como se señala en el voto del Dr. Maier.

Aquella decisión legislativa tiene como nota relevante que toda norma contravencional deba entenderse como una norma penal en sentido material. En consecuencia, se incorporan al Código Contravencional los derechos fundamentales, el sistema de garantías y las exigencias y limitaciones de las reglas interpretativas del derecho penal.

El Código Contravencional significó extender la tutela constitucional a todo un espectro de conductas y de personas, que históricamente habían estado privados de ella, y con ello limitó el poder punitivo del Estado.

Por tanto, como se trata de materia penal, es desde esta perspectiva que habrán de analizarse, en el próximo apartado, los agravios del recurrente.

4. La ley contravencional no puede calificar como relevante cualquier supuesto indeterminado sino sólo comportamientos definidos con precisión y que puedan efectivamente atribuirse a un sujeto determinado. Así se asegura para todos, por una parte, una esfera de libertad (art. 19 CN), y por la otra, una situación de igualdad que evita la discriminación *a priori* basada en condiciones particulares (principio de legalidad material). Asimismo, es necesario para satisfacer el principio de legalidad material consagrado en los arts. 18 y 19 Constitución Nacional y art. 13, inc. 9 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que la conducta calificada como contravención lesione el o los bienes jurídicos protegidos por la norma que se refiere a ellos. Se trata del principio de lesividad, que traduce en el nivel de la ley, el principio de legalidad material doblemente reconocido en el plano constitucional (nacional y local)

Corresponde ahora evaluar si el art. 71 respeta los principios constitucionales indicados arriba.

El título del capítulo VIII del Código Contravencional es "Uso del espacio público", y el artículo en análisis, que integra ese capítulo, está encabezado por la expresión "Alteración de la tranquilidad pública". Por tanto, en el art. 71 están en juego, de modo inmediato, la protección jurídica de la tranquilidad pública y, en forma mediata, la del uso del espacio público.

El artículo 71 del Código Contravencional prohíbe ofrecer o demandar, para sí u otras personas, servicios sexuales en los espacios públicos. Para establecer un nexo causal eficiente entre la conducta punible y los bienes jurídicos a proteger, hay que suponer que la mera oferta y demanda de sexo en la vía pública, con total prescindencia de cuáles podrían ser sus eventuales consecuencias, es lesiva de la tranquilidad pública y del uso del espacio público. Sin embargo, y como se verá, tal suposición es errónea.

La norma contravencional vincula la acción típica y los bienes jurídicos mencionados en el Capítulo VIII y en el mismo art. 71, con fundamento en un presupuesto no explicitado, que afecta el principio de lesividad (y, por la estrecha conexión entre ambos, el de legalidad material).

Lo que no se explicita es que las conductas que podrían, en algunas situaciones y no en otras, dañar la tranquilidad pública, serían acciones voluntarias distintas a la mera oferta o demanda de sexo que podrían desencadenarse en ocasión de aquella, y que podrían implicar daños a terceros (v.g. ruidos molestos, perturbación del tránsito de personas o de vehículos, exhibición total o parcial del cuerpo). Se trata de acciones que, bajo ciertas condiciones, ya son objeto de prohibición en nuestro sistema jurídico, bajo la forma de contravenciones o delitos (v.g. arts. 41 y 72 del Código Contravencional y art. 129 Código penal), tal como el Dr. Maier lo destaca en su voto.

Hasta aquí el art. 71 solo sería redundante si estuviera destinado a satisfacer la finalidad que pareciera surgir de su lectura literal y de su ubicación sistemática, porque estaría orientado a proteger bienes que ya

están adecuadamente protegidos por otras disposiciones contravencionales o penales.

Ahora bien, si como parece seguirse de los argumentos sostenidos en las decisiones judiciales dictadas en otras instancias, y de alguna forma, en el dictamen del Sr. Fiscal General, lo que se intenta evitar es la perturbación que produce en algunas personas o grupos de personas la circunstancia de que otros semejantes ofrezcan o demanden lo que la ley llama “servicios sexuales” en algunos lugares de la ciudad, no puede sostenerse que los bienes jurídicos protegidos sean la tranquilidad pública y el uso del espacio público. Es evidente entonces que lo que se quiere proteger es una cierta valoración moral (frente a otras) desde la cual se pretende definir de modo excluyente cómo y cuándo se altera la tranquilidad pública, y cuál o cuáles son los modos en que es posible usar el espacio público sin el riesgo de ser sancionado. Si se prescinde de una perspectiva moral individual (que no supone que sea la de un único sujeto, desde luego), elevada dogmáticamente a la categoría de moral pública, la oferta y demanda de sexo, por sí misma, carece de entidad suficiente para configurar el daño a terceros que se debería exigir para prohibirla legítimamente sin afectar el principio de reserva ni el principio de legalidad material (arts. 18 y 19 CN y 13, inc. 9 CCBA).

El sistema jurídico en un estado democrático de derecho debe preferir la solución que asegure el máximo respeto por el pluralismo en la elección de opciones y modos de vida, por muy diferentes que ellos sean entre sí cuando no hay coincidencia en las calificaciones morales de determinadas conductas. Esta posición no es —no podría serlo— neutral en el plano de los valores, sino que está fuertemente comprometida con la construcción de formas de sociabilidad en las cuales el otro sea reconocido desde su diferencia; donde prácticas y modos de vida — elegidos o no por quienes los protagonizan— no impliquen, sin más, la marginación social o el castigo. Para ello, es imprescindible asumir desde la ley que los derechos de cada uno suelen interferir con los de los demás, y que, en la medida, en que no hay derechos absolutos, las prohibiciones del legislador respecto de los derechos de unos, no podrían afectar de manera irrazonable el ejercicio de los derechos de otros, entendiendo que la irrazonabilidad debe definirse desde la Constitución.

En síntesis, la inconstitucionalidad del art. 71 deviene de la circunstancia de que los bienes jurídicos enunciados en el Cap. VIII y en el propio art. 71 (uso del espacio público y tranquilidad pública) no son los que se procura efectivamente garantizar o —desde otra visión— su “garantía” implica la violación de derechos fundamentales y principios constitucionales.

5. Otro camino a recorrer para controlar rigurosamente la constitucionalidad del art. 71 parte de las disposiciones de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde su preámbulo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires asume el modelo de una sociedad plural en la que las identidades individuales y sociales se configuran a partir del reconocimiento recíproco. Tal es el sentido de la fórmula "identidad en la pluralidad", que se completa significativamente con el art. 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que reconoce y garantiza a toda persona la misma dignidad e igualdad, preservando sus diferencias.

A su vez, el art. 1° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone que la Ciudad organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa, lo que requiere la intervención de quienes son distintos entre sí y la creación conjunta de mecanismos apropiados para alcanzar el consenso necesario, respetando, al mismo tiempo, la posibilidad del disenso y de la discrepancia.

El proceso de aceptación de las diferencias al interior de una sociedad es largo y difícil. Requiere participación y compromiso y, desde luego, respuestas normativas en las cuales están implícitos ideales, valores y principios. Así se redefinen las categorías de ciudadanía, tiempo y espacio público, pluralidad, diversidad, hegemonía, tolerancia en un estado democrático. A través del sistema jurídico se pone en acción el principio participativo, cuando se eleva a la categoría de derecho la posibilidad de la diferencia y de la no discriminación. Ese es el valor fundamental del art. 11 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que obliga a la Ciudad a promover la remoción de obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la igualdad y la libertad, que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida social de la comunidad.

Las normas contravencionales, como todo el resto del ordenamiento jurídico local, deben adecuarse necesariamente a este plexo de valores y principios constitucionales que limitan cada una de las regulaciones específicas.

El art. 11 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ya citado, no admite segregaciones por razones de orientación sexual, en concordancia con lo preceptuado por el art. 37. La segregación importa separar, ocultar, desplazar, suprimir al otro de los ámbitos comunes, del espacio público y puede afectar la manifestación de identidades diversas. Por eso conceptos como los de espacio público, tranquilidad pública o moral pública adquieren una nueva semántica a la luz del marco normativo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que, a su vez, recepta y, aún avanza, respecto de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales (art. 10 CCBA).

6. Pero aún hay una perspectiva más desde la cual es posible preguntarse acerca del sentido de categorías tales como espacio público, tranquilidad pública y moral pública. La evaluación constitucional del art. 71 exige, también, "leer esa norma situada" en el mundo complejo y fragmentado de una gran ciudad en el año 2000.

El espacio público urbano no es homogéneo. Es complejo y diferenciado, atravesado por códigos culturales, múltiples tradiciones históricas, religiosas, artísticas, por estilos de vida y concepciones no coincidentes, de difícil articulación si se intenta preservar un modelo democrático.

El espacio público urbano está conformado y poblado por aquellos que viven y circulan por la ciudad. Es punto de encuentros y de desencuentros, lugar de expresión, de reunión, de manifestaciones existenciales diferentes, lo que lo convierte, inevitablemente, en un escenario conflictivo.

El uso del espacio público en una gran ciudad está sometido a una intensidad y a una diversidad de reclamos, demandas y exigencias difíciles de satisfacer pero que no pueden ser ignorados.

Del mismo modo la tranquilidad pública puede pensarse como un umbral mínimo y necesario para una convivencia que reconozca y garantice a toda persona la misma dignidad e igualdad, preservando sus diferencias (art.11, CCBA); un umbral flexible, poroso, en continuo acomodamiento, en tanto la sociedad procese de manera superadora las divergencias y las fricciones que en ella se produzcan.

Para que en una ciudad como Buenos Aires las reivindicaciones de grupos o individuos no generen rupturas insuperables ni dramáticas exclusiones es imprescindible crear una conciencia común de que el uso del espacio público y las alteraciones a la tranquilidad pública no pueden regularse desde una única visión del mundo ni de la moral sin poner en riesgo la organización democrática que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires impone.

Esta es la afectación constitucional en la que incurre el artículo 71 del Código Contravencional cuando conecta la alteración de la tranquilidad pública con la sanción de la conducta descrita en esa norma. Por las razones que ya fueron tratadas en los apartados anteriores de este voto la norma es manifiestamente inconstitucional.

Los argumentos que han sido considerados en este último apartado dejan en claro que el conflicto subyacente a la oferta y demanda de sexo en la vía pública no se resuelve con la punición prevista por el mencionado art. 71.

Como muchos otros de los conflictos que se manifiestan en una gran ciudad se combinan aquí cuestiones de origen muy variado: problemas sociales, discrepancias morales y religiosas, límites no compartidos en cuanto a la extensión de los derechos. Un sistema jurídico no siempre puede resolver tales situaciones por sí mismo. En cualquier caso sin embargo su intervención debe necesariamente respetar las garantías que la Constitución ha establecido. Y los jueces están obligados a declarar la inconstitucionalidad de toda norma que no satisfaga esta exigencia.

Por las razones expuestas voto por la inconstitucionalidad del art. 71 del Código Contravencional, por que se revoque la sentencia y por que se absuelva a Benito Martín León.

Por ello, y oído el Ministerio Público Fiscal, por mayoría

**el Tribunal Superior de Justicia  
resuelve:**

**1°. Rechazar** el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de Benito Martín León y **confirmar** la sentencia apelada en todas sus partes.

**2°. Mandar** se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal de origen para hacer efectiva la ejecución de la condena.

Fdo.: Dra. Conde – Dr. Muñoz – Dra. Ruiz – Dr. Casás – Dr. Maier