

## **TSJ CIUDAD DE BUENOS AIRES**

### **Expte. 1541 – “M S., C. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en M S., C. s/ infracción al Art. 71, CC” - 01/11/2002**

Buenos Aires, 1º de noviembre de 2002

Vistos: los autos indicados en el epígrafe, resulta

1. Los días 3/10/01 y 11/10/01 se llevó a cabo el juicio oral y público contra el Sr. C. M S., quien resultó absuelto en relación con el hecho punible previsto en el Art. 71 del CC, demandar sexo en la vía pública, sucedido el día 11/11/00 (fs. 59/66 autos principales).

Contra esa resolución el fiscal de juicio interpuso recurso de apelación (LPC, 50) (fs. 67/71).-

El recurso fue concedido y elevado a la Cámara Contravencional. Cumplida la vista previa al fiscal de cámara y contestado el traslado por parte de la defensa oficial, los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional, por mayoría, resolvieron, con fecha 27/02/02, revocar la sentencia de primera instancia y condenar al Sr. C. M S. como autor responsable de la conducta de demandar servicios sexuales en la vía pública, prevista en el artículo 71 del Código Contravencional, a la pena de multa solicitada por el fiscal al momento de alegar en la audiencia de juicio (fs. 105/111), multa de pesos mil (\$ 1000) equivalente a diez días multa de pesos cien (\$ 100) cada uno (fs. 62 vuelta).-

2. Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 115/145), por los siguientes motivos: a) violación al principio acusatorio, porque la Cámara excedió el límite impuesto por la plataforma fáctica base de la imputación fiscal; b) afectación al principio del juez imparcial, porque la conducta de los camaristas los convirtió en verdaderos acusadores; c) afectación al principio de congruencia y defensa en juicio, pues los camaristas, en su decisión, invocaron nuevos elementos fácticos no contenidos en el requerimiento fiscal y esta circunstancia impidió a la defensa producir la prueba necesaria para resistirlos; d) violación a la prohibición de la *reformatio in peius*, pues con la introducción tardía y de oficio de los nuevos elementos fácticos, sobre los cuales la Cámara sustenta la sentencia de condena, se agravó la situación del imputado; e)

afectación al principio de culpabilidad, toda vez que se reprocha a su defendido un grito que ha sido proferido por un tercero; f) arbitrariedad de sentencia, que divide en arbitrariedad fáctica, por cuanto la decisión se funda en circunstancias de hecho que no han sido invocadas por el fiscal en su requerimiento de elevación a juicio, aspecto que conduce también a la afectación al principio de inocencia, por cuanto el fallo condenatorio, "lejos de ser fundado, no resulta un desprendimiento racional de las pruebas aportadas..."; en arbitrariedad normativa, pues los camaristas han incurrido en una interpretación distorsiva de la norma, aseveración formulada a partir de considerar que existe una infracción a "la doctrina del sometimiento de los fallos de tribunales inferiores respecto de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en razón de la autoridad moral del órgano supremo", doctrina que traslada al acatamiento de la interpretación que fija la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (voto de mayoría) en la causa "León, Benito s/ Art. 71, CC"; y en arbitrariedad por falta de fundamentación de la pena, pues los Sres. Jueces de Cámara han condenado a su defendido sin fundamento alguno en relación a la pena impuesta, a través de una simple remisión a la pena solicitada por el fiscal en su alegato final, remisión que resulta absolutamente insuficiente como fundamento de la pena; g) afectación a la garantía de la doble instancia, que menciona según las convenciones regional y universal incorporadas a la CN y que contiene, en verdad, dos supuestos: I. la colisión constitucional entre el Art. 50, LPC (ley nº 12) y esa garantía, en tanto le permite recurrir al ministerio público la sentencia absolutoria; y II. el hecho de que la condena dictada por la Excma. Cámara (la primera condena) no le permita un recurso idóneo para el control de esa sentencia ante un tribunal superior; y, por último, h) la inconstitucionalidad del Art. 71, CC, conforme a los principios de legalidad, de taxatividad (mandato de certeza), de lesividad, de reserva y de razonabilidad.-

3. Al contestar el traslado, el fiscal de Cámara planteó la nulidad absoluta de la audiencia llevada a cabo por la Cámara y de todos los actos posteriores a ella, por aplicación directa del Art. 167, inc. 2, del CPPN, "toda vez que la Cámara de Apelaciones ha omitido notificar a esta Fiscalía de Cámara de la realización de la respectiva audiencia". Empero, luego no impugnó la sentencia de la Cámara que rechazó expresamente su punto de vista.-

Sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, la Fiscalía de Cámara opinó que debía declararse "admisible el recurso de inconstitucionalidad deducido en cuanto a la arbitrariedad fáctica de la sentencia puesta en crisis, no así respecto de la arbitrariedad normativa. Debiendo rechazarse por improcedente en relación a los

planteos de inconstitucionalidad del artículo 71 CC y arts. 50 y 51 de la LPC” (fs. 147/152).-

4. La Sala I de la Cámara Contravencional resolvió, por mayoría, rechazar por improcedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y rechazar por extemporáneo el pedido de nulidad de la audiencia de fs. 102 (fs. 155/162). El rechazo del recurso de inconstitucionalidad motivó la interposición de la queja ante el Tribunal Superior (fs. 80/115 expte. TSJ).-

5. Corrida la vista al Fiscal General de la Ciudad, él consideró que la queja resulta admisible, por cuanto el auto de rechazo no está fundado, ni se ocupa de los agravios esbozados por el recurrente. Sobre el fondo, el Fiscal General dictamina que se debe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa, pues la sentencia recurrida afecta, por una parte, garantías referidas al límite de decisión del tribunal que condenó (defensa en juicio, doble instancia, sistema acusatorio, motivo de la arbitrariedad de la sentencia), y, por la otra, el principio de culpabilidad; más allá de ello, la sentencia resulta arbitraria al no haber tratado el tribunal que la dicta las defensas invocadas por el recurrente. Por todo ello, el Fiscal General considera que se debe revocar la sentencia de la Sala I de la Cámara de fs. 105/111, autos principales, y devolver los actuados a ese tribunal para que se dicte una nueva sentencia conforme a derecho (fs. 139/142 vuelta).-

## **FUNDAMENTOS**

El juez Julio B. J. Maier dijo:

### **I. Sobre la admisibilidad de la queja:**

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado: fue interpuesto en el plazo oportuno, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley.-

En cuanto al contenido, la queja posee un relato de los hechos del proceso y una crítica fundada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad.-

2. La queja sólo es parcialmente admisible con respecto a las cuestiones constitucionales que a continuación se especifica.-

a) La afectación de la garantía de la doble instancia, consagrada en el art. 13, inc. 3, CCBA, y en el art. 75, inc. 22, CN.-

No corresponde expedirse, sin embargo, sobre la impugnación constitucional del art. 50, LPC —facultad otorgada al fiscal para recurrir la sentencia de primera instancia—, pues los agravios fueron introducidos por la defensa de forma tardía, esto es: omitió toda

referencia a ese agravio al contestar el traslado de la apelación interpuesta por el fiscal y sólo dedujo el recurso por inconstitucionalidad por ese motivo, una vez consentida la admisibilidad del recurso acusatorio, al conocer su desenlace.-

b) La violación al principio acusatorio, la afectación al principio del juez imparcial, la afectación al principio de congruencia y defensa en juicio, y la violación a la prohibición de la *reformatio in peius*, son todos agravios que tienen un único sustrato: el hecho de que la Cámara, al revisar la sentencia de absolución dictada por el juez de primera instancia, superó el marco de elementos traídos a juicio por el acusador, tanto en la acusación originaria, como en el recurso interpuesto por él. Incluso este hecho funda, como lo expone nuestro propio Fiscal, uno de los motivos por los que se considera arbitraria la sentencia. En tal sentido, estos agravios presentan un genuino caso constitucional.-

c) La vulneración del principio de culpabilidad, en tanto el recurrente discute si, conforme a este precepto, son imputables al autor actos de terceros o sucesos ocurridos en cierto tiempo, aspecto que también conforma un verdadero caso constitucional.-

d) La impugnación de la regla material aplicada al caso en la sentencia en crisis —art. 71, CC—, sobre la base de diversas cláusulas constitucionales, entre otras, la contenida en el art. 19, CN.-

e) La arbitrariedad con respecto a la determinación de la pena impuesta, sin fundamento propio de la sentencia —remisión a una petición del ministerio público—, aspecto que, al tratarse de jueces profesionales y permanentes, vulneraría una garantía constitucional, en todo caso implícita (cf. art. 33, CN).-

3. En cambio, la queja no presenta un verdadero caso constitucional cuando describe los demás agravios.-

Con respecto a la invocada arbitrariedad de la sentencia —en aspectos no comprendidos en la enumeración anterior—, tal como tiene dicho la Corte Suprema, la interpretación de dicha causal debe ser estricta: “La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (..), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 312:246, 389, 608, 1839, entre otros).-

En cuanto a la llamada "arbitrariedad normativa", la defensa no ha invocado ninguna regla constitucional que le imponga a los jueces el deber de acatar los fallos de este Tribunal.-

Por último, el agravio referido a la vulneración de la presunción de inocencia, sólo involucra -en la exposición de la defensa- cuestiones de hecho y prueba, aspectos que, en principio, son ajenos al objeto del recurso de inconstitucionalidad.-

## **II. Sobre las cuestiones constitucionales admitidas:**

1. Quedan sólo cinco cuestiones a resolver, conforme a la decisión sobre la apertura del recurso. En síntesis: aquella estrictamente referida a la carencia de un recurso idóneo para que el condenado por la Cámara pueda intentar un nuevo examen de la sentencia de mérito que lo condena, textualmente, la primera condena; aquella referida a la exorbitancia de la sentencia, que decide más que lo propuesto por el acusador; la exorbitancia de imputar a una persona actos llevados a cabo por otra persona o sucesos ocurridos una vez concluida la acción del autor (culpabilidad); aquella que consiste en la carencia de validez constitucional de la previsión legal aplicable (CC, 71); y la falta de fundamentación de la pena impuesta.-

I

2. Posiblemente por la menor importancia de las penas amenazadas, se ha opinado que la materia contravencional queda fuera de la exigencia impuesta por las convenciones universal (PDCyP de la O.N.U., 14, nº 5) y regional (CADH, 8, nº 2, h) sobre derechos humanos. Sin embargo, esta posición, cuando se refiere a la ley contravencional de la Ciudad, olvida dos aspectos esenciales para la decisión del punto: según el primero de ellos, el Derecho internacional de los derechos humanos se refiere a la pena estatal, esto es, a una institución característica del Derecho penal que concede al Estado la facultad de injerencia en derechos básicos de la persona humana (vida, libertad locomotiva, patrimonio, libertad de acción, laboral, etc.), con independencia de la manera según la cual el Derecho interno clasifica las distintas infracciones que son presupuesto de la pena (por ejemplo: delitos y contravenciones o crímenes, delitos y contravenciones); bajo el segundo aspecto, la CCBA, 13, inc. 3, ha refrendado específicamente la garantía mediante la exigencia positiva de la doble instancia como principio.-

3. En cambio, sobre esa misma cuestión, el recurrente no ha enfatizado acerca de la regla de nuestra propia Constitución local y su garantía de la doble instancia, antes citada, y ha fundado su agravio, básicamente, en el Derecho internacional de los derechos humanos,

cuyas previsiones, como la anticipada, gozan de jerarquía constitucional en nuestro país (CN, 75, inc. 22).-

4. Es muy posible que, en virtud de la insignificancia de la sanción amenazada o impuesta, el Derecho contravencional —conformado de cierta manera característica, según se verá (contravenciones de orden o Derecho administrativo sancionatorio)— deba quedar fuera de la exigencia prevista por las convenciones sobre derechos humanos, relativa a la posibilidad de recurrir la sentencia de condena ante un tribunal con poder para revocarla o reformarla en beneficio del inculpado. Pero, a tenor de que el nombre con el cual se conoce internamente a la infracción contravencional nada importante dice para incluir o excluir un caso dentro del concepto "... toda persona acusada de un delito tendrá derecho ...", utilizado por las convenciones internacionales para conceder la garantía del recurso contra la condena, para que ello suceda, en el sentido admitido por la doctrina expuesta, son necesarias ciertas condiciones, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos estatutos mencionados rotulan a estas garantías como "mínimas". Esas condiciones se vinculan directamente con el modo según el cual la ley trata a las infracciones llamadas contravencionales. Si, con apartamiento de aquello que es clásico para el Derecho penal, el Derecho contravencional carece de amenaza alguna para la libertad locomotiva de los infractores, privilegia soluciones reparatorias por sobre las represivas, incluye, al menos mediante la instancia necesaria para proceder, métodos judiciales semejantes o equivalentes a los del Derecho privado o a los del Derecho administrativo —al menos, excluye la acción oficial y obligatoria— y permite soluciones conforme al principio de autonomía de la voluntad, por citar algunas de esas condiciones o características, entonces será posible coincidir acerca de la insignificancia penal del caso. Esto es aquello que sucede, normalmente, cuando el Derecho contravencional ha sido transformado en un Derecho administrativo sancionatorio, en meras contravenciones de orden a la labor que la Administración desarrolla en procura del bienestar público; para dar un ejemplo, esto es aquello que sucede con las faltas en casi todas las jurisdicciones.-

Pero, en cambio, si el Derecho contravencional se edifica a imagen y semejanza del Derecho penal, pues, por ejemplo, contiene la posibilidad de una pena privativa de libertad (CC, 11, inc. 10, y art. 22), principal o por conversión, reconoce al Código penal como legislación supletoria (CC, 10), impone la persecución penal de oficio mediante órganos predispuestos por la organización judicial —en especial, la policía profesional encargada de reprimir los delitos—,

utiliza el Código procesal penal de modo supletorio a un reglamento procesal fácilmente reconocible como tal, esto es, como penal, por citar algunos ejemplos —que, incluso, son observables en el caso a decidir—, ello significa, básicamente, que cumple la misión de conceder al Estado, en este caso local, autorización y legitimación para proceder a reprimir el hecho sin atenerse de manera alguna a otra condición que su propia voluntad y capacidad persecutoria y para reaccionar con una pena: el Derecho contravencional se escapa así, a mi juicio, de un modelo relativo al ejercicio del poder de policía reconocido a la Administración por razones de convivencia social, sometido a ciertas condiciones, para pasar a ser, al igual que el CP en los crímenes o en los delitos, Derecho penal, limitado, pero, al fin y al cabo, represivo. Esto es aquello que sucede con el Derecho contravencional material y formal de la Ciudad de Buenos Aires (leyes nros. 10 y 12) y no hace falta demasiada información, ni perspicacia, para advertirlo: a la misma consecuencia arribé en mi voto del 24/10/2000 en la causa “León, Benito Martín”, n° 2. Aquí rige la sentencia popular que informa acerca de que “si se parece, debe ser, en principio, porque es”, afirmación que, traducida a lenguaje algo más jurídico, habla sobre una presunción —si bien rebatible— del carácter penal de la regulación respectiva.-

5. Si tengo razón en lo expuesto —cuestión por cierto dudosa, incluso para mí, sobre cuyo aserto sólo puedo dar buenos o malos fundamentos, pero no certezas acerca de su verdad o falsedad, algo que parece extraño a un juicio normativo—, entonces la regla de garantía citada se aplica también a nuestro juicio contravencional, pues resultan aplicables todas las garantías de nuestro sistema penal (ver fallo del TSJ, “León, Benito M.”, voto mío, n° 2, citado). En particular, esa garantía no requiere una “doble instancia” —doble grado de jurisdicción— como condición de validez de la organización judicial creada y su ley procesal —según parece creerlo, erróneamente, nuestro legislador constitucional local—, sino que, antes bien, reclama que el condenado tenga la posibilidad, regulada por el orden jurídico, de intentar un nuevo examen de su condena, que puede arrojar como resultado su revocación y reemplazo por la absolucón, su confirmación, en cuyo caso se ejecutará la pena impuesta, o su reforma por una condena con consecuencia más benigna para el recurrente, en cuyo caso ésta última será la pena ejecutable. Precisamente, éste es un caso paradigmático, pues el procedimiento contravencional regula la doble instancia (LPC, 50) y, sin embargo, en el caso de autos no cumple con la exigencia de conceder la facultad de recurrir al condenado. Se trata en el caso, según se observa, de su primera condena, pues antes había sido absuelto por el juez del primer debate y, en virtud del recurso del

acusador, resultó condenado por la Cámara. Es notoria la carencia de recurso para el condenado en la ley procesal, que no sea aquel que ha interpuesto su defensor (inconstitucionalidad).-

6. La próxima pregunta se refiere a la solución del caso y aquí resulta notoria la existencia de dos caminos posibles: el primero y más sencillo resulta ser la ampliación, para el caso, del recurso de inconstitucionalidad que reconoce esta falla, por conversión de ese recurso en uno ordinario y del Tribunal Superior en un tribunal de mérito; la segunda posibilidad estriba en conceder el caso a la otra Sala de la Cámara Contravencional, incluso integrada si fuera necesario, pues los jueces que ya decidieron no pueden intervenir en el control de su propia sentencia. De esta alternativa prefiero institucionalmente la segunda, no sólo porque conserva las tareas y funciones propias de ambos tribunales, la Cámara como tribunal de mérito y el Tribunal Superior como titular de un poder limitadísimo de revisión, por medio de un recurso extraordinario, sino, antes bien, porque el mismo Tribunal Superior ya ha aclarado que su competencia ha sido disciplinada por la misma Constitución y que ese límite no puede ser ampliado por las circunstancias de un caso particular y ni siquiera por ley formal, pero común (para ello se precisaría una nueva disposición constitucional).-

Empero, en razón de la solución que daremos a otro de los puntos de la consulta, la precisión anterior sólo tiene sentido teórico, según se observará fácilmente.-

## II

7. Como se dijo, el sustrato procesal que está en la base de una serie de agravios constitucionales de la defensa, fundados en principios básicos del proceso penal, reside en el exceso de poder en que ha incurrido la sentencia de la Cámara Contravencional en su sentencia, al ocuparse de circunstancias ajenas a la descripción del hecho punible efectuado en la acusación e, incluso, en el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria del juez del primer debate. Y creo que le asiste razón al recurrente, pues ninguna de las circunstancias sobre la base de las cuales la Cámara llega a sostener la afectación del bien jurídico tranquilidad pública —un grito obscuro de alguien que pasaba por la calle y la obstaculización parcial que para un vehículo de alquiler significó la detención del conductor condenado— está contenida en la acusación. Más allá de todos los principios enunciados por el recurrente, lo cierto es que el de congruencia —o, según prefiero llamarlo, de correlación entre la acusación y la sentencia— se ve lesionado en su versión más simple y admitida por todos, contenida

textualmente en el art. 401 del CPP Nación (*iura curia novit*), incluso aplicable por regla de remisión (LPC, 6): el tribunal de mérito sólo puede dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, pero no puede modificar en un ápice las circunstancias concretas contenidas en ella, que describen el hecho punible. Incluso, según se observa, conforme a esta regla el mismo recurso acusatorio no puede modificar esta plataforma básica.-

Con lo dicho basta, pues el principio aplicado deriva del de defensa (CN, 18) —constituye uno de sus elementos integrantes— y tiene en miras, precisamente, la necesidad de que los jueces de mérito no afirmen circunstancias acerca de cuya existencia tendrán que decidir en la sentencia (imparcialidad), razón de ser de la organización necesaria de otro órgano estatal, que cumpla las funciones de un acusador.-

Però la síntesis basta, también en un segundo sentido, conforme a lo anunciado en la última oración del número anterior.-

### III

8. Sobre el agravio referido a la lesión del principio de culpabilidad se verá después, bajo los nros. 9 a 12, cuál es la razón por la cual se produce el efecto por el que procede la protesta del recurrente, acompañada por nuestro propio Fiscal, que se centra, básicamente, en la constatación de que los acontecimientos fundantes de la afectación a la tranquilidad pública están ubicados fuera de la acción reprobada al autor (son comportamientos de otra persona ajena al hecho) o, incluso, por fuera del tiempo en el que esa acción transcurre (después de la intervención policial que pone fin al comportamiento prohibido del autor). Sucede que la distancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, mencionado para no incurrir en una lesión al principio de lesividad, hasta la acción prohibida o hasta el momento en que debió ocurrir la acción mandada es tan grande, que el acontecimiento se halla por fuera de esta última y es irreprochable al autor.-

### IV

9. En el caso "León, Benito Martín", resuelto el 24 de octubre de 2000, ya opiné acerca de la contrariedad del texto del art. 71 del CC con la Constitución local y con la nacional. No ha existido cambio alguno en el texto de la prohibición, ni yo, por otras razones, he variado mi criterio. Sintéticamente, para lograr que el voto se baste a sí mismo, diré que:

a) "ofertar" o "demandar" actividad sexual es, en principio, una acción privada, aunque sea realizada en sitio público (evidente en el ejemplo del cónyuge que demanda de su otro cónyuge esa actividad mientras pasean por una plaza), pues cabe distinguir entre intimidad y

privacidad, entre moral pública y privada, para arribar a la conclusión de que el texto de la prohibición no ofende la moral pública y sólo tiene capacidad de ofensa para una moral individual, razón por la cual ese texto, tal como está definido por la ley, lesiona el principio de reserva de la ley penal (CN, 19);

b) por ello, precisamente, la prostitución en sí, esto es, el hecho de ofrecer actividad sexual por dinero, no fue prohibida, históricamente, entre nosotros, ni por el Derecho internacional, sino que, por lo contrario, la legislación se ocupó de prohibir la "facilitación o promoción" de la prostitución, cuando se trata de menores (CP, 125 bis y ss.);

c) entonces, la búsqueda de actividad sexual en sí, que se produce irremediamente mediante oferta y demanda, no lesiona bien jurídico alguno capaz de conceder sustento a la prohibición, con lo cual prohibir esas acciones sólo puede expresar como sustento la condena de una moral individual determinada, que no se limita a su aplicación a sí misma, sino que se desarrolla en intolerancia mediante la pretensión de aplicación a otros o, de otra manera, consigue hallar otro bien jurídico al cual se refiere la prohibición; en la primera hipótesis, vuelve a lesionarse el llamado principio de lesividad (CC, 1), tributario de la reserva de la ley penal y limitado por ese mismo principio (CN, 19);

d) no es posible hallar otro bien jurídico protegido por la figura que prohíbe "demandar" u "ofrecer" actividad sexual, y constituye tan sólo una excusa el camino de la tranquilidad pública, que el legislador ha recorrido con la reforma del texto originario del art. 71, CC: en realidad, una serie de sucesos imaginables por estar adheridos a la oferta o demanda de actividad sexual en la vía pública, como la alteración o interrupción de las vías de comunicación (calles, paseos), los ruidos inoportunos o excesivos, las ofensas con palabras soeces, etc., son todos tipos de acciones ya prohibidos por la misma ley contravencional o, incluso, por la ley penal (exhibiciones obscenas) que desplaza a la contravencional (CC, 28).-

Pero, además, la referencia a la tranquilidad pública produce otro efecto del que estas condenas son un ejemplo característico, aun desde el ángulo de observación de los mismos recurrentes (culpabilidad). Tan lejos está el resultado presuntamente ilegítimo de la acción del autor —ofrecer o demandar actividad sexual— que él consiste en la acción de otros, quizás no punible —como la de frenar la marcha de un automóvil, obstaculizar la vía pública, expresar alegría o reprobación, aun con palabras inadecuadas, contemplar la escena—, pero seguramente extraña al agente e, incluso, posterior a la culminación de la acción por intervención de la autoridad y detención

del autor —según sucede en este caso conforme a la misma sentencia del tribunal de mérito (ver voto del Dr. Ventureira a fs. 28 de las actuaciones del TSJ)—. Esta distancia produce ciertos efectos contrarios a un Derecho penal liberal, como el que corresponde a un Estado de Derecho, que se autolimita a sí mismo (subsidiariedad) para evitar convertirse en un método de control propio de un Estado gendarme o policial. A ello se referirán los próximos números.-

10. Un problema que salta a la vista consiste en edificar, de esta manera, un “Derecho penal de autor”. La imaginación popular ha recurrido a palabras más crueles pero más descriptivas sobre el particular: se trata de un Derecho represivo por “portación de cara”. Ya la criminología ha establecido el carácter absolutamente selectivo del Derecho penal, que se aplica con enorme preferencia a quienes son más vulnerables a él (por no decir a los marginados, desfavorecidos o pobres) —palabras que no definen otra cosa que una discriminación ilegítima, que nos coloca en el umbral de la desigualdad ante la ley (CCBA, 11), cuyo principio (afirmado positivamente) es básico para definir el sistema republicano—, aun del Derecho penal respetuoso de las garantías individuales, como para dar un nuevo motivo de crítica certera fundado en que se persigue más a estereotipos humanos que a personas que desarrollan acciones prohibidas o que no realizan acciones mandadas por el orden jurídico. La lejanía del bien jurídico que se pretende proteger con la acción prohibida o mandada bajo amenaza penal —en este caso la tranquilidad pública—, utilizado sólo para evitar la fulminación de ilegitimidad que le depara a ese Derecho penal el principio de lesividad y ocultar esta “deshonra”, produce, precisamente, este efecto: transforma una acción prohibida o mandada en punible, sólo si suceden acontecimientos del todo desvinculados de la acción o inacción del autor e, incluso, posteriores a la finalización del comportamiento atribuible al autor. Esto es aquello que sucede en estos casos, pues la acción será punible o bien para reprimir a esos estereotipos humanos —travestis, homosexuales, prostitutas o prostitutos—, o bien para castigar a quienes demandan esa práctica sexual, con motivo de que a la moral individual de una factible mayoría de personas, tal práctica les resulte inmoral o amoral. No hay duda de que perturba a algunos la mendicidad o la pobreza en los espacios públicos; algunos comprenderán la necesidad de quien pide o duerme en esos espacios, otros se sentirán molestos, otros tolerarán esas acciones, pero ninguno de ellos tiene derecho a pedir que esas acciones sean castigadas con la justificación de la tranquilidad pública.-

11. Lo que sucede en estos casos, en verdad, es que no se reprime algo reprochable al autor o se le reprocha algo que, en sí mismo, no

consideramos punible, o no podemos considerar punible como comportamiento, con violación del principio de culpabilidad, propio también del Derecho penal de un Estado democrático (CN, 18 y 33; CCBA, 10). En definitiva, punimos sin finalidad alguna que pueda ser legitimada, pues, sintéticamente, no aplicamos la pena *quia peccatum est, ni ne peccetur*, para decirlo abreviadamente; sólo pretendemos erradicar una forma de conducir la vida por algunas personas, que no coincide con nuestra manera de vivir, mediante el uso de la pena estatal, regularmente mediante la marginación que brinda rápidamente la legitimación jurídica del encierro. No puedo olvidar que, en época de mis abuelos, sucedía algo parecido con las personas que presentaban alguna enfermedad mental, incluso leve, llamadas melancólicas, aun en formas de privación privada de la libertad.-

12. Por todo ello, según ya lo dijera en "León,...", citado, creo inaplicable como determinante de la fijación de una pena la figura del CC, 71. Si bien los defectos que encierra esa prohibición son genéricos, lo cierto es que aquí van referidos como fundamento de su inaplicabilidad al caso particular de que se trata.-

V

13. Por último, el recurrente ha acertado al protestar por la determinación de la pena sin fundamento alguno. Este es un vicio común —aquí más notable por la remisión lisa y llana— que no se observa sólo en tribunales contravencionales, sino que, aun con más frecuencia, en tribunales penales que imponen penas enormemente más severas. Los jueces no mencionan ni valoran las circunstancias concretas que sirvieron para medir la pena —elegir la clase de pena y, en su caso, la cantidad en las divisibles— sino que, a lo sumo, enuncian abstracciones o, como aquí sucede, dan razón a algún interviniente sin fundar su decisión. Ello determinaría el reenvío parcial del caso, al efecto de medir la pena por resolución fundada; sin embargo, en razón de la solución que implican los números anteriores, no vale la pena abundar en razones jurídicas de la descalificación ni en la razón del resultado anticipado.-

14. Si mi desarrollo del punto IV es acertado, no tiene sentido el reenvío, esto es, repetir el enjuiciamiento según los defectos procesales tratados y cabe, por lo tanto, ejercer competencia positiva y absolver al acusado, dispositivo que propongo.-

VI

15. Por lo demás, el cómputo que efectúa la Sra. jueza Alicia Ruiz, a cuyo voto me remito, es correcto y, si se asume de oficio la cuestión de la prescripción —extinción de la acción contravencional—, la

sentencia del Tribunal desemboca en la misma solución sentada al tratar los agravios del recurrente.-

El juez José O. Casás dijo:

En cuanto a la alegada violación de principios penales al fundar la Cámara su sentencia de condena en circunstancias que no habrían sido valoradas por el juez de grado, opino que la pretendida cuestión constitucional remite a la consideración de extremos de hecho, valoración y ponderación de la prueba que, por regla general, resulta propia de los magistrados de la causa y no habilita la vía extraordinaria ante este estrado (en sentido similar, ver mi voto en la causa n° 912 "Caballero, Jorge Alberto y otros s/ art. 71 CC s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", sentencia del 9 de agosto de 2001).-

En lo relativo a la prevención basada en la garantía constitucional de la doble instancia, efectuada por el Defensor Oficial al momento de contestar el traslado de la apelación y que no fue tratada en la sentencia de condena, entiendo que los jueces no están obligados a ponderar la totalidad de las cuestiones propuestas por las partes si no las consideran conducentes para la resolución del litigio y en todo caso, habría venido a importar una resolución contraria implícita desde que la condena se apoya en fundamentos diversos. Por lo demás, en lo que respecta a este agravio, opino que el ordenamiento procesal contravencional de la Ciudad satisface esa exigencia. En este aspecto me remito a lo expresado en la causa "Abalos, Oscar Adrián s/ art. 71 CC s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 1509, sentencia del 23 de octubre de 2002, cuyos fundamentos en tal sentido que resultan de mi voto y concordantes doy aquí por reproducidos.-

Tampoco se puede ignorar que en el orden federal, de acuerdo con la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina", sentencia de fecha 27 de junio de 2000 (Fallos 323:1787), se ha entendido que "la aplicación de los arts. 8°, inc. 2°, ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona 'inculpada de delito' o 'declarada culpable de delito' por lo que resultan ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones (art. 27, inc. 3°, Código Procesal Penal de la Nación) o infracciones administrativas.-

Finalmente, mal puede considerarse prescripta la acción contravencional, en tanto el pronunciamiento del *a quo* rechazando el recurso de inconstitucionalidad fue dictado con anterioridad a que transcurriera el plazo de un año que juega en la especie (v. en sentido concordante las conclusiones sustentadas por el Fiscal General de la Ciudad de Buenos Aires, doctor José Luis Mandalunis, en la causa n° 912-1 "Caballero, Jorge Alberto y otros s/ art. 71 CC s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/ incidente de prescripción", dictamen de fecha 30 de octubre de 2001).-

En virtud de las consideraciones precedentes, corresponde rechazar la queja interpuesta por la defensa oficial del Sr. M S.-

Así lo voto.-

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos formales para ser tratado, ya que ha sido interpuesto en el plazo oportuno, ante quien corresponde y con las formalidades impuestas por la ley.-

En cuanto a los requisitos materiales, la misma posee un relato pormenorizado de los hechos del proceso, y una crítica fundada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad.-

Por lo tanto, entiendo que la queja es admisible en virtud de los siguientes agravios constitucionales: a) la afectación de la garantía de la doble instancia (art. 13, inc.3, CCBA y art. 75, inc. 22, CN); b) la violación del principio acusatorio, la afectación al principio del juez imparcial, la afectación del principio de congruencia y defensa en juicio, y la violación de la prohibición de la *reformatio in peius*; c) la vulneración del principio de culpabilidad, d) la inconstitucionalidad del art. 71 del Código de Convivencia Urbana y; e) la arbitrariedad de la determinación de la pena impuesta, la cual estaría vulnerando lo establecido en los arts. 1, 17 y 18 de la Constitución Nacional.-

En lo referente a la alegada arbitrariedad de la sentencia, estimo que la misma no ha sido desarrollada correctamente, siendo por lo tanto una mera invocación ritual insuficiente para habilitar el recurso de inconstitucionalidad.-

2. Admitida la queja me encuentro en condiciones de expedirme sobre el fondo del asunto traído a conocimiento del Tribunal.-

Al expedirme en la causa "Andretta, Carlos Hugo s/ art. 71 —causa n° 648-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 811/00, resolución del 15/05/01, sostuve que "al tratarse la prescripción, en materia contravencional (penal en sentido material), de un presupuesto procesal que, por su

naturaleza, puede y debe ser analizado de oficio por el Tribunal (cfr. CSJN, Fallos 300:1102; 320:854), éste debe analizar, en la medida en que ello sea posible, si la acción se encuentra o no prescripta”.-

Con posterioridad, al resolver la causa "Caballero, Jorge Alberto y otros s/ art. 71 CC —causa 555-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad s/ incidente de prescripción”, expte. nº 912-1, resolución del 05/12/01, adherí al voto del Dr. Maier en el que se aclaró que “la competencia para decidir acerca de la extinción de la acción penal reside, en principio, en los jueces de mérito, en los jueces que deben dictar una decisión material sobre el asunto, porque la prescripción no es tan sólo un presupuesto procesal, (...) sino, antes bien, un presupuesto de la aplicación del poder penal del Estado, o si se quiere, un motivo que elimina la punibilidad de la acción”.-

En virtud de dichos argumentos corresponde en esta oportunidad, verificar si la acción contravencional se encuentra o no prescripta. Al respecto, el art. 31 del Código establece el plazo genérico de un año, y un plazo especial de 2 años para las contravenciones de tránsito. Conforme ese artículo, el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha de la comisión de la contravención o desde el momento en que cesó, si fuera continua. Por otro lado, la misma norma prescribe que el curso de la prescripción se suspende por la incomparecencia injustificada del presunto contraventor/a a las citaciones legalmente previstas y que la audiencia prevista por el art. 46 de la ley 12 interrumpe la prescripción de la acción.-

La audiencia de juicio celebrada en la presente causa, finalizó el día 11 de octubre de 2001 (fs. 8). Habiendo por lo tanto transcurrido al día de hoy más de un año, corresponde advertir de la prescripción de la acción contravencional y en ejercicio de la competencia positiva absolver al Sr. C. M S..-

En razón de la solución adoptada, no me expediré acerca de las restantes cuestiones.-

La jueza Ana M. Conde dijo:

I. El recurso de queja planteado en autos por la defensa cumple con los recaudos formales y materiales que la ley vigente exige como presupuestos para su admisibilidad y que autorizan a entrar en la consideración de las cuestiones planteadas por la defensa.-

II. Los fundamentos del recurso presentan argumentos vinculados con aspectos procesales, básicamente ligados a la garantía del debido proceso, y con cuestiones sustanciales, atinentes a la interpretación de la norma que establece el tipo contravencional en el que se encuadrara el juzgamiento de la conducta del imputado.-

Como lo expondré seguidamente, entiendo que el pronunciamiento de Cámara no constituye una sentencia válida, por lo que habré de centrarme en los aspectos que me llevan a tal conclusión y cuya verificación torna innecesaria la consideración de los restantes agravios.-

III. El recurrente sostiene que el tribunal *a quo* ha valorado, para fundar la condena en su contra, elementos que no fueron objeto de consideración en el requerimiento fiscal que fundara la acción.-

El análisis de los votos mayoritarios de la sentencia impugnada, que revocara la absolución a la que arribara el magistrado de primera instancia, permite corroborar la certeza de los dichos del imputado.-

Efectivamente, el primero de los votos funda la condena en que la detención inicial del vehículo del presunto contraventor provocó una alteración en el tránsito y que, luego, mientras el personal policial labraba el acta contravencional del caso, se escuchó un insulto seguido de bocinazo, proveniente de un tercero; circunstancias también ponderadas en el último voto, que integrara la mayoría. Tales elementos, que no estuvieron comprendidos en la acusación, resultaron determinantes para considerar alterada la tranquilidad pública y, por ello, para fundar la revocación del decisorio de primera instancia, aún cuando, en el caso del insulto y el bocinazo, corresponden a un momento posterior, el del procedimiento policial, que no puede considerarse comprendido dentro de la conducta reprochada por el tipo contravencional del artículo 71 del Código.-

Al no haber sido objeto de consideración en el requerimiento ni en los fundamentos de la apelación planteada por el Ministerio Público, titular de la acción, sino incorporados a partir del cotejo de la prueba fílmica hecho por los jueces en una audiencia de la que no participó el Fiscal, la focalización de los argumentos en tales elementos resultó sorpresiva para la defensa; que no contó con una oportunidad idónea para pronunciarse respecto de tales circunstancias; que, como tampoco fueron ponderadas por el magistrado de primera instancia, no han sido sometidas a la doble instancia de valoración que garantiza la constitución local [art. 13.3 CCBA].-

A lo expuesto se suma el hecho de verificar que en el pronunciamiento recurrido se soslayó el deber de fundar adecuadamente la pena impuesta, de conformidad a lo exigido en el artículo 24 del Código Contravencional y en el 48.6 del Código de Procedimientos, circunstancia que configura un supuesto de arbitrariedad; pues impide conocer cuáles fueron las valoraciones hechas por los magistrados respecto de los diversos parámetros que la ley les impone valorar -

v.gr. motivos; conducta anterior al hecho; circunstancias económicas, sociales y culturales; comportamiento posterior, etc.-

El criterio adoptado por los magistrados que integraran la mayoría en la anterior instancia ha generado, pues la afectación de las garantías de defensa en juicio y de doble instancia y la vigencia del sistema acusatorio, al tiempo que presenta defectos de fundamentación [arts. 13.3 de la CCBA y 18 de la CN], lo que resulta suficiente, en atención a lo dispuesto en el citado artículo 13.3 de la Constitución de la Ciudad, para declarar la nulidad del decisorio.-

IV. Ahora bien, declarada tal nulidad, y con carácter previo a determinar el temperamento a seguir de cara al dictado de un nuevo pronunciamiento, corresponde establecer si la acción se encuentra o no prescripta.-

El cómputo del plazo anual pautado en el artículo 31 de la ley 12 se inició el día de la comisión del hecho que motivara el trámite de este proceso; pero fue interrumpido por la celebración de la audiencia que finalizara el día 11 de octubre de 2001 [art. 46 de la ley 12]; fecha desde la que corresponde formular un nuevo cómputo del plazo cuyo término ya operó al día de la fecha.-

La admisión del recurso planteado por el imputado, en los términos indicados, determina que nunca se haya contado en el caso con un pronunciamiento condenatorio válido, por lo que el rechazo del recurso de inconstitucionalidad dispuesto por la cámara no podía tener efecto alguno sobre el curso de la prescripción.-

V. En mérito a lo expuesto, voto por que se declare la nulidad del pronunciamiento recurrido y por operada la prescripción de la acción contravencional, absolviendo al imputado de los cargos que contra él se formularan en este proceso.-

Por ello, habiendo dictaminado el Señor Fiscal General, por mayoría el Tribunal Superior de Justicia resuelve

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de queja deducido y, como consecuencia, absolver a C. M S.-
2. Mandar se registre, se notifique, se agregue copia al principal, que deberá devolverse a la Cámara Contravencional, y oportunamente, se archive.-

El juez Guillermo A. Muñoz no firma porque está en uso de licencia.-

Fdo.: Dra. Alicia E. Ruíz (Vicepresidente), Dr. Julio B.J. Maier (Juez), Dr. José O. Casás (Juez), Dra. Ana María Conde (Jueza).//-