

Expte. n° 898 "Quintano, Héctor Eduardo s/ ley 255 —causa 658-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad"

Buenos Aires, 11 de julio de 2001

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. Acude en queja la defensora oficial de Héctor Eduardo Quintano ante el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional. Esa sentencia resolvió confirmar la de primera instancia que condenó al nombrado a la pena de trabajos de utilidad pública por el término de 5 días, a cumplirse en el Hospital Ramos Mejía de esta Ciudad, con la carga horaria de 4 horas por día, por considerarlo autor de la conducta prevista en el artículo 3° de la ley n° 255.

2. El Fiscal General de la Ciudad, al contestar la vista que le fuera conferida, opinó que la queja interpuesta debía ser rechazada (fs. 101/103 vuelta).

Fundamentos

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja de la defensora oficial de Héctor Eduardo Quintano reúne todos los requisitos formales externos para ser tratado por el Tribunal: fue presentado dentro del plazo previsto por la ley, ante quien corresponde, contra una sentencia definitiva, bajo la forma adecuada e incluye, además, copias de los actos fundamentales invocados en su escrito.

2. Respecto de los requisitos formales internos, el recurso de queja contiene un relato preciso de los hechos del proceso, así como una crítica fundada de la resolución que rechazó el recurso de inconstitucionalidad. En este último sentido, la defensora sostiene que la Cámara rechaza su recurso con argumentos relativos al fondo de los agravios planteados, contestándolos, y, al hacerlo, pretende ampliar los fundamentos de la sentencia impugnada e, implícitamente, defenderla. Por lo demás, señala que la resolución de rechazo utiliza clichés para no admitir el recurso —"no surge claramente expuesta la cuestión constitucional que se intenta introducir"— e, incluso, se contradice al dedicar varios párrafos para contestar los agravios constitucionales introducidos por el recurso.

3. Básicamente, la defensora oficial había planteado tres agravios en su recurso por inconstitucionalidad:

a) Violación del principio de legalidad, pues, según ella, la condena se sustenta en una ley penal en blanco (ley n° 255 sobre contravenciones de juego, art. 3), cuyo vacío no ha sido integrado por otra ley (ausencia de norma remitida y, con ello, de conducta prohibida).

b) Violación al derecho de defensa y a la garantía del debido proceso pues —sostuvo— la pena aplicada, distinta a la requerida por el ministerio público, no le permitió la defensa de un modo adecuado y constituyó una sorpresa en el fallo.

c) Violación al principio de lesividad, por considerar que la conducta imputada a su defendido no provocó lesión alguna.

4. Cualquiera que sea el acierto o defecto de la resolución que rechaza el recurso de inconstitucionalidad, lo cierto es que la quejosa tiene razón tan sólo parcialmente. No existe en el caso *ley penal en blanco* alguna comprometida. La sola lectura superficial de los tipos penales de la ley n° 255, en especial el art. 3, que funda la condena, permite verificarlo con evidencia. Todas las conductas son descriptas por la ley o por remisiones internas de ella misma y la autorización o licencia a la que se refiere la defensora constituye, en primer lugar, un supuesto de autorización administrativa, que excluye el deber de omitir. De tal manera, resulta manifiesto que el principio constitucional invocado —*legalidad* (CCBA, 13, inc. 3, y CN, 18)— no guarda relación alguna con el caso, ni está comprometido en él, ni la defensora, según la Cámara lo indica, logra vincular el principio constitucional citado con el dispositivo de la sentencia impugnada, esto es, no logra articular un caso constitucional.

Tampoco existe agravio constitucional específico en relación a la pena aplicada, pues fue la misma defensora la que, al criticar la pena de arresto elegida por el ministerio público en el requerimiento para el juicio, abrió la posibilidad de aplicación de otras penas previstas en el art. 11 del Código Contravencional. De tal manera, la defensora no puede argumentar sorpresa en la aplicación de una pena que ella tuvo como referencia legal para fundar su original pedido de nulidad del requerimiento de juicio, que contenía una pena diferente.

La defensora, en cambio, logra articular correctamente un caso constitucional en relación con el principio de *lesividad*, impuesto por el art. 1 del Código Contravencional. Ese principio responde a la limitación contenida en el inc. 9 del art. 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y del art. 19 de la Constitución Nacional (*principio de reserva*), según menciona la misma defensora. Tal como surge de la misma sentencia impugnada, la lesión sólo viene fundada en el "peligro cierto" para el patrimonio del Estado local por afectación de la posible recaudación de algún juego habilitado. El recurso critica, precisamente, este fundamento como criterio de aplicación del principio citado.

De todo ello se desprende que la queja triunfa parcialmente, en relación al último de los agravios estudiados, y así debe considerarlo el tribunal: corresponde abrir parcialmente el recurso de inconstitucionalidad deducido.

5. Tal como lo anticipamos, es correcto afirmar que el principio constitucional de *lesividad* (CCBA, art. 13, inc. 9, y CN, art. 19) integra el orden jurídico aplicable en la Ciudad de Buenos Aires. En síntesis, él reclama, como lo prevé la ley reglamentaria (CC, art. 1), la afectación real de algún bien jurídico por medio una acción u omisión, como requisito para que ella, en definitiva, sea punible. Afectar un bien jurídico significa, como lo prevé esa regla, dañar o constituir un peligro cierto para él. De otro modo, punir la acción u omisión que exteriormente coincide con una prohibición o un mandato de la ley, amenazado con pena, significaría castigar acciones *privadas* o *intrascendentes*; la aproximación a la definición legal sólo constituye un indicio de la ilegitimidad de la conducta.

Sentado el principio, el fundamento dado por la Cámara Contravencional para fundar su verificación en el caso, es directamente irracional. En primer lugar nadie ha verificado en el caso —ni pretendido hacerlo— que, conforme a ese fundamento, la Ciudad de Buenos Aires obtenga rentas de un "juego habilitado". En segundo lugar, aunque ello realmente sucediera, nadie ha verificado en el caso —ni pretendido hacerlo— que el hecho que aquí se atribuye compita con un juego habilitado, del que la Ciudad obtenga rentas, o reste recaudación a ese juego. En tercer lugar, la misma ley n° 255 amplía el sentido del principio de *lesividad* en su art. 8, al disponer que "no son punibles las prácticas que por su insignificancia o por hallarse incorporadas por la costumbre o la tradición no importen peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas" (*insignificancia*).

La regla es importante por dos motivos. Primero porque el caso se subsume en ella perfectamente: se trata ("la mosqueta") de un juego callejero que —no está verificado de manera alguna—, al parecer, se juega por mínimas cantidades de dinero. En segundo lugar, la regla es importante porque determina los bienes jurídicos cuya afectación es requerida por la ley: convivencia y patrimonio de las personas. Según se observa la sentencia impugnada no verificó la alteración de estos bienes jurídicos, no existe secuestro alguno de dinero o persona

alguna que se halla considerado afectada por la actividad imputada al Sr. Quintano. Tampoco el requerimiento de juicio pretendió verificar esos extremos. El argumento, citado por la Cámara, acerca de la afectación del patrimonio estatal o de la recaudación de un juego habilitado, no sólo es inconsistente fácticamente, sino que resulta de difícil subsunción en los bienes jurídicos que la misma ley, según se observó, menciona.

Conforme a ello, el recurso de inconstitucionalidad —admitido parcialmente— triunfa y la condena debe ser revocada. Según su propio fundamento, expuesto inmediatamente antes, y lo dispuesto por el art. 31, II, Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde, al mismo tiempo, absolver al condenado.

Las juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Adherimos al voto del Dr. Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero parcialmente al ilustrado voto de mi colega doctor Julio B. J. Maier, en cuanto propicia declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia del tribunal *a quo*, absolviendo al imputado Héctor Eduardo Quintano.

2. Acompaño, particularmente, los fundamentos que se desarrollan a partir del art. 8º de la ley nº 255, en tanto allí se dispone respecto de los juegos no autorizados que: “no son punibles las prácticas que por su *insignificancia* o por hallarse incorporadas por la costumbre o la tradición no importen peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas” (el destacado en bastardilla me pertenece).

3. Estimo, asimismo, que corresponde dar intervención en la presente causa a la Dirección General de Rentas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de que determine si la actividad por la que aquí se absuelve al imputado cae dentro del ámbito del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, el que si bien requiere “*habitualidad*” en el ejercicio a título oneroso de la actividad, permitiría aprehender la desplegada por el sujeto —sufra o no reproche contravencional—, en la medida que de las constancias de la causa —dictamen del señor Fiscal de Cámara de fs. 82 y ss., en particular punto V, fs. 85— se instruirían contra el mismo sujeto las causas nros. 60.579/99, 71.753/99 y 49.663/99, por infracción a las normas de juego.

4. Sobre el particular, calificada doctrina ha entendido que de tratarse de actividades ilícitas —que por ahora no es el supuesto verificado en el *sub examine*—, la tributación es improcedente, ya que corresponde, de forma lisa y llana, practicar el comiso de las utilidades resultantes de la realización de los actos penalizados.

De todos modos, la conclusión antes expresada no puede predicarse respecto del Impuesto sobre los Ingresos Brutos en el cual se grava el ejercicio habitual y a título oneroso de una actividad cualquiera fueren los resultados de la misma (rentable o deficitaria).

5. Dentro de la doctrina alemana, Albert Hensel señaló en su hora que: “justamente el principio de igualdad ante el impuesto impide que al deudor de un tributo se permita trasponer las puertas del Eldorado fiscal mediante la realización de actos prohibidos o contrarios a las buenas costumbres” (citado por Amilcar de Araújo Falcão, *El hecho generador de la obligación tributaria*, capítulo III: *Hecho económico de trascendencia jurídica*, parágrafo 24: *Imposición de las actividades ilícitas, criminosas o inmorales*, ps. 59 y ss., en particular p. 64, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964).

Por su parte, el jurista brasileño Amilcar de Araújo Falcão, al adscribir a la postura precedente, ha señalado: “He aquí un efecto que surge de la correcta identificación de la consistencia económica del hecho generador: la indiferencia para el derecho tributario de que

sea civil o penalmente ilícita la actividad en que se consustancie el hecho generador, no porque en aquella rama del derecho prevalezca un concepto ético distinto, sino porque el aspecto que interesa considerar para la tributación es el aspecto económico del hecho generador o su aptitud para servir de índice de capacidad contributiva" (v. ob. cit., capítulo III, parágrafo 24, p. 65).

Un importante exponente del pensamiento tributario nacional, el profesor Dino Jarach, señalaba: "En la doctrina alemana se ha debatido el problema de si el Estado podía gravar los actos ilícitos y cobrar impuestos a actividades contrarias a la moral y a las buenas costumbres. Un ejemplo típico es el impuesto que grava las actividades toleradas de prostitución. Es el ejemplo más grueso de un caso de esta naturaleza, de actividades al margen del derecho, apenas toleradas, pero por cierto no reconocidas como relaciones jurídicas que, sin embargo, están sometidas a gravamen. La doctrina jurídica en materia tributaria ha adoptado el lema del emperador Vespasiano ..., que el dinero no huele, de manera que se puede obtener de actividades limpias o sucias, porque el tributo no atiende a la licitud o ilicitud de las actividades económico-sociales, sino, simplemente, se adecúa a la capacidad contributiva a través de un criterio político de apreciación. Si el criterio político es, por ejemplo, el de gravar el resultado económico de todas las actividades humanas, resultaría contradictorio que las actividades ilícitas no pagasen tributos y se violarían otros principios constitucionales más importantes, como el principio de igualdad. Los que cumplen con las leyes pagarían los impuestos, y los que las violan, o actúan al margen del derecho con actividades poco limpias, o simplemente toleradas, o delictuosas, estarían exentos. Los que viven del lenocinio, del robo sistemático y profesional y de otras actividades de la misma naturaleza, como también los que contravienen las leyes del agio y de la especulación, no deben estar exentos del impuesto que grava los resultados de las actividades que son definidas por su contenido económico, y no por su licitud o ilicitud" (cfr. *Curso Superior de Derecho Tributario*, 2ª edición, capítulo VI: *Naturaleza e interpretación de las normas tributarias sustantivas*, parágrafo 4: *Relaciones entre Derecho Tributario material y Derecho Privado*, ps. 283 y ss., en particular ps. 285 y 286, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969).

Complementando la referencia, valga señalar que la expresión *non olet*, respecto del dinero, es atribuida al emperador romano Vespasiano, en respuesta a su hijo Tito que le sugería suprimir el impuesto creado sobre las cloacas o mingitorios públicos, los irónicamente llamados: *monumenta Vespasiani* o, simplemente, *vespasiani*.

Como lo recuerda Araújo Falcão: "De esta manera el emperador romano quiso significar que el dinero no tiene olor, importando esencialmente al Estado el uso que haga de sus tributos y no la circunstancia de que considere ridícula o repugnante la fuente de que procede. Claro está que en su versión actual las expresiones han perdido el contenido cínico de la anécdota, para impregnarse de elevado sentido ético, cual es el de procurar afectar igualmente la capacidad económica del contribuyente, sin falsos preconceptos o ingenuos pruritos de sentimentalismo ridículo en cuanto a la licitud de la actividad que constituya el hecho generador del tributo" (v. ob. cit., capítulo III, parágrafo 24, p. 65).

6. El criterio que aquí propicio coincide con el sustentado por la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, con referencia a la gravabilidad de las apuestas clandestinas por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, según resolución recaída en el expediente nº 2306-753311/96 y que diera lugar al Informe nº 30/01, con pronunciamiento de la Subdirección de Técnica Tributaria, del 4 de agosto de 2000 y vistos buenos de la Dirección de Técnica Tributaria, del 25 de agosto, y de la Dirección Provincial de Rentas, del 19 de octubre, en ambos casos, del año próximo pasado.

Así, entonces, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de queja, declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la anterior instancia, absolver al imputado y dar intervención a la Dirección General de Rentas para que resuelva si se ha perfeccionado en la especie el presupuesto de hecho del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, períodos involucrados, cuantificación de la deuda por capital, accesorios y multas.

Así lo voto.

El juez Guillermo A. Muñoz dijo:

Adhiero parcialmente al voto del Dr. Julio B. J. Maier con los alcances fijados en el voto del Dr. José Osvaldo Casás cuyo fundamento comparto.

Por ello, oído el Fiscal General de la Ciudad,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve**

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de queja deducido, **declarar mal denegado** el recurso de inconstitucionalidad en relación con el agravio vinculado con el principio de lesividad, revocar la sentencia de fs. 88/93 y absolver a Héctor Eduardo Quintano de todas las imputaciones que le dirigió el requerimiento de elevación a juicio, con costas a la caja estatal en caso de que las hubiere.

2. Mandar se registre, se notifique y oportunamente se remita, con el expediente principal, a la justicia contravencional.

Fdo.: Dr. Guillermo A. Muñoz (Presidente), Dra. Alicia E. Ruíz (Vicepresidenta), Dr. Julio B.J. Maier (Juez), Dr. José O. Casás (Juez), Dra. Ana María Conde (Jueza).