

INTERPONEN ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Señores/as Jueces/zas de Tribunal Superior de Justicia:

Hugo Omar Seleme, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, abogado, titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, investigador de CONICET, con el patrocinio letrado de la Dra. Nathalie Mousist, Número de Matrícula xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, constituyendo domicilio procesal a todos los fines en xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, antes S.S me presento y digo:

I. OBJETO

Que vengo por la presente a promover acción declarativa de inconstitucionalidad contra la Provincia de Córdoba, con domicilio en la calle Rosario de Santa Fe 650 de la ciudad de Córdoba, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la indeterminación de la pena máxima a que se refiere el artículo 17 1er párrafo 2da parte del Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba (ley provincial 10.326) que regula el concurso de contravenciones.

La indeterminación de la pena máxima para el caso de concursos entre infracciones amenaza en forma manifiestamente ilegal y arbitraria, mi derecho a que las penas de las que puedo resultar pasible se encuentren previamente establecidas por la ley, derecho que se sigue del principio de legalidad de las penas (Art. 42 de la Constitución de Córdoba, Artículo 18 de la Constitución Nacional, Art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 11 Declaración Universal De Derechos Humanos, Art. 7 y Art 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 2 de la Ley de Seguridad Pública de la Provincia de Córdoba), y mi derecho a que la ley establezca límites a la potestad de imponer penas del estado acorde a los derechos de inviolabilidad de la vida, de la dignidad y de la integridad física y moral, y a la no confiscatoriedad (Art. 4, Art. 19, Art. 42 y Art. 67 de la Constitución de Córdoba, Art. 14 y 18 de la Constitución Nacional, Art. 1 y Art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 3, Art. 5 y Art. 9 de Declaración Universal De Derechos Humanos, Art. 4 y Art. 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La presentación de esta acción se funda en el artículo 165 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que establece entre las competencias del Tribunal Superior de

Justicia Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno de las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controvierta en caso concreto por parte interesada. Del mismo modo legisla la acción declarativa de inconstitucionalidad la ley orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Por su parte, el artículo 413 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia establece que el que ostente un interés legítimo puede entablar acción a fin de hacer cesar un estado de incertidumbre, que le causa perjuicio sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, aún sin lesión actual.

II. DERECHO. FUNDAMENTOS DE LA PRETENCIÓN

Desde que el objeto de la acción aquí planteada es el control directo de constitucionalidad a través del planteo de una "pura" cuestión de constitucionalidad (Actuaciones remitidas por la Cámara de Acusación en autos 'Acción de amparo presentada por el concejal Armando José Conterno - solicita avocación directa (per saltum)) paso a presentar los fundamentos jurídicos de la amenaza manifiesta e ilegal a mis derechos.

La incertidumbre sobre el quantum de la pena máxima para el caso de los concursos regulados en el artículo 17 del Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba amenaza mis derechos desde que no es posible determinar en base a la ley cuál es el límite a la imposición de penas. Quien se halle en este estado tendrá una clara dificultad a la hora de efectuar un pronóstico futuro. Esta incertidumbre también dificulta la actividad de los jueces en la aplicación de la normativa aquí referida.

La incertidumbre sobre el alcance de la norma en cuestión afecta tanto a quienes deban aplicarla, como a quienes les resulte aplicable, como quienes deban controlar su correcta aplicación. Tal situación nos priva de una respuesta correcta a la pregunta sobre cuál es la pena máxima a la que se refiere el artículo 17 del Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba y cuyo límite no debe superar la suma de los máximos en los concursos de contravenciones. El artículo 17 dispone en su primer párrafo que *“cuando mediare concurso de varios hechos independientes de infracciones reprimidas con una misma especie de pena principal, la sanción a imponerse tendrá como máximo la suma resultante de la acumulación de los máximos de las sanciones correspondientes a las*

infracciones concurrentes. Sin embargo, esta suma no podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate”.

La incertidumbre que amenaza mis derechos es la falta de determinación del máximo aplicable a la sanción a imponerse en el caso del concurso de contravenciones. Esta incertidumbre me impide realizar un pronóstico de eficaz y certero acerca del “*quantum*” de pena que podría recibir en caso de cometer dos o más infracciones. Aún cuando la intención del legislador ha sido que en el caso de los concursos de contravenciones la sanción a imponerse tenga un máximo que es resultado de la suma de los máximos de las penas de las infracciones concurrentes y, por otra parte, que este máximo no supere el máximo legal de la especie de pena que se trate, el máximo legal de las diferentes especies de penas principales se encuentra indeterminado. Todas las especies de pena principales (arresto, multa y trabajo comunitario) contempladas en el Código de Convivencia Ciudadana poseen el límite máximo indeterminado. De tal modo no puedo conocer con antelación a través de la ley cuál es el máximo de pena que puedo recibir en el caso de cometer infracciones concurrentes.

Esta incertidumbre para el caso concreto del concurso de infracciones regulado en el artículo 17 supone que como ciudadano comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de la norma no pueda conocer desde el momento de entrada en vigencia del Código de Convivencia con cuánta cantidad de pena de arresto, multa o trabajo comunitario pueden sancionarme. Podría determinar la cantidad de pena que podría recibir como máximo, máximo resultante de la suma de los máximos de cada sanción concurrente, si considero casos genéricos (Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales / Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin). Por ejemplo, si considero el caso genérico de concurrencia entre el artículo 51 (Molestias a personas en sitios públicos) que prevé una pena de hasta 3 días de arresto y el artículo 62 (actos discriminatorios) que prevé una pena de hasta 15 de arresto, se sigue que la sanción a imponerse no puede superar los 18 días de arresto (límite que surge de sumar el máximo de 3 días de arresto del artículo 51 y los 15 días de arresto del artículo 62). Sin embargo, los casos genéricos en los que puedan quedar abarcadas todas mis acciones futuras son indeterminados de modo que no puedo conocer desde la entra en vigencia del Código de Convivencia qué cantidad de pena de arresto, para continuar con el ejemplo, podría recibir en el futuro.

Aunque pueda determinar el resultado de la suma de los máximos en algunos casos genéricos de concurrencia de infracciones, la segunda parte del primer párrafo del artículo 17 el legislador ha querido establecer otro límite. Este límite es un máximo que no puede superar la suma de los máximos de penas en los casos genéricos. Este límite no sólo debe estar determinado en la ley sino que además es una garantía frente a penas excesivas que comprometen mis derechos a la vida, dignidad, integridad física y moral, y la propiedad. Este límite, que el legislador identifica con el máximo legal de cada especie de pena, no se encuentra vinculado a la culpabilidad o gravedad del hecho, sino que se trata de un límite a la actuación del estado. No responde a la pregunta ¿cuánto castigo merezco por determinada infracción? sino ¿de cuánta libertad, tiempo o dinero puede privarme el estado en ejercicio de su poder de policía sin comprometer de modo arbitrario mi vida, dignidad, integridad física y moral?

La regulación de los concursos de infracciones del artículo 17 es análoga a las reglas del concurso real de delitos que prevé el Código Penal. Aquel Código de fondo regula en los artículos 55 y 56 el concurso real de delitos. El primero de ellos, el artículo 55, establece que: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor **y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión**”.

En este artículo podemos advertir dos cuestiones. Por un lado, que regula el supuesto de concurrencia entre hechos independientes castigados con una misma especie de pena del mismo modo que lo hace el artículo 17 primer párrafo del código de convivencia para el caso de contravenciones. El artículo 55 del Código Penal establece que la pena aplicable en los concursos tendrá como máximo la suma de las penas máximas aplicables a los diversos hechos. Del mismo modo el artículo 17 del Código de Convivencia establece que la pena aplicable al concurso tendrá como máximo la suma de las penas máximas aplicable a cada infracción. Luego el artículo 55 del Código Penal establece que la suma de los máximos de cada infracción no podrá superar un segundo límite. Llamaré a este límite **pena máxima**. Lo mismo hace el Código de Convivencia cuando establece que la suma de los máximos de cada infracción no podrá superar la pena máxima prevista para cada especie de pena. Pero mientras el Código Penal establece que la pena máxima es de 50 años de reclusión o prisión (límite que es objeto

de desacuerdos jurídicos) el Código de Convivencia mantiene indeterminada cuál es la pena máxima para cada especie de pena. De este modo el legislador, probablemente como consecuencia de un error, dejó indeterminada la pena máxima que él mismo establece como límite a la suma de los máximos de las infracciones concurrentes.

Desde que el legislador reconoce que la suma de los máximos de las infracciones concurrentes tendrá un límite, pena máxima, consistente en máximo legal de la especie de pena de que se trate, reconoce mi derecho a que en el caso de violar dos o más infracciones en el futuro nunca sea castigado más allá de ese límite. Sin embargo, el máximo legal de cada especie de pena (arresto artículo 33, multa artículo 29, trabajo comunitario artículo 28) se encuentra indeterminado. Es esta indeterminación la que amenaza, por un lado, mi derecho la pena máxima se encuentre determinada en la ley, y por otro lado, mi derecho a no ser castigado más allá de ese límite de modo que el castigo comprometa de manera arbitraria mi derecho a la vida, dignidad, integridad física y moral, y no confiscatoriedad de la propiedad.

La pena máxima es una garantía para el ciudadano en orden a determinar cuál es el máximo legal de pena que puede sufrir en caso de cometer dos o más infracciones en el que deban aplicarse las reglas del concurso; y es también una barrera a la potestad punitiva estatal, por medio de la cual se establece hasta dónde puede llegar la coacción estatal no arbitraria. La pena máxima como doble garantía excluye dos tipos de arbitrariedades. Por un lado, la arbitrariedad que supone que el juez de falta no decida en base a la ley qué pena aplicará en el caso de concurso de infracciones sino en base a razones que no son accesibles a los ciudadanos. Por otro lado, la arbitrariedad que supone la aplicación de penas que excedan los límites legalmente establecidos a la coacción estatal y comprometan el derecho a la vida, la dignidad, integridad física y moral, y a la no confiscatoriedad. En consecuencia la indeterminación de la pena máxima para el caso de los concursos no sólo contradice el propio artículo 17 sino el objeto mismo del Código de Convivencia establecido en el artículo 1 que consiste en “el resguardo de las condiciones que aseguren la convivencia social y el respeto al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución y las leyes”.

Por su parte el segundo párrafo del artículo 17 establece que “*cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas de diversa especie se aplicará la*

sanción más gravosa, de acuerdo al orden fijado en el artículo 22 de este Código, y ella podrá agravarse hasta en un cincuenta por ciento (50%). En ningún caso la acumulación obstará la imposición de las penas accesorias”. La indeterminación de la pena máxima afecta a este segundo párrafo dado que en el caso de hechos independientes reprimidos con penas de diversa especie, en primer lugar debe identificarse la especie más grave conforme al orden de prelación establecido en el artículo 22. Pero una vez determinada la especie más grave resulta aplicable el primer párrafo en orden a determinar el quantum de la sanción aplicable. De este modo la indeterminación de la pena máxima afecta tanto el concurso de infracciones sancionadas con la misma especie de pena como el concurso de infracciones sancionadas con diferente especie de penas dado que el párrafo segundo nos brinda un método para dirimir entre especies de penas y pero no para dirimir el quantum de pena que resultará aplicable.

La indeterminación de la pena máxima en el caso de los concursos se presenta como consecuencia de la falta de determinación de la pena máxima para cada especie de pena:

El caso de la multa

La pena de multa ha sido regulada en el artículo 29 donde se establece que el valor de cada unidad de multa es equivalente al 10% del salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha de la imposición de la sanción. Sin embargo, esta disposición no da cuenta del límite de unidades de multas con las que puede ser sancionado un infractor. La ausencia de una pena máxima de multa para el caso de los concursos amenaza mi derecho a la no confiscatoriedad de mi patrimonio y todos los derechos que podrían resultar afectados como consecuencia de la pérdida de un porcentaje desproporcionado de mi patrimonio.

La amenaza a mis derechos constitucionalmente protegidos se evidencia si se tiene en cuenta por ejemplo que el Código establece sanciones de multa que llegan a equivaler al 400% del salario mínimo vital y móvil. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 105 segundo párrafo que sanciona la conducción peligrosa. Si, por ejemplo, esta infracción concurriera con otras de igual gravedad no puede dejar de concluirse que la indeterminación de una pena máxima habilita la aplicación de multas confiscatorias. Pero en este punto resulta relevante el hecho de que resulta imposible para mí conocer

con anterioridad cuál será la pena de multa con la que podría ser sancionado en caso de concurso.

El caso del trabajo comunitario:

Esta especie de pena ha sido regulada en el artículo 28 donde se establece el límite diario de horas de trabajo comunitario. Aunque se establece que el día de trabajo comunitario no podrá superar las 4 horas, no se regula un límite de días de trabajo comunitario. A los fines de determinar la pena máxima a que se refiere el artículo 17 la limitación de la jornada de trabajo comunitario no aporta certidumbre desde que las penas de esta especie se encuentran estipuladas en días y no existe una pena máxima de días de trabajo comunitario. En consecuencia, no puedo determinar con cuántos días de trabajo comunitario podría ser sancionado en el caso de concurrencia de infracciones.

El caso del arresto:

Aquí hay una distinción respecto de las otras especies de penas. El artículo 33 que regula la pena de arresto establece que *“el arresto no superará los 3 días”*. En principio podríamos identificar estos 3 días como el máximo legal de la especie de pena que limitaría la sanción a aplicarse en el caso de concurso de contravenciones. Sin embargo, la segunda parte del artículo 33 elimina ese límite cuando reza *“salvo disposición en contrario del presente Código”*. Aunque la primera parte del artículo revela la intención del legislador de establecer una pena máxima de arresto, la segunda contradice este propósito y elimina la existencia de una pena máxima. Ello es así dado que la pena máxima debe constituir un límite absoluto a la potestad coactiva del estado. La introducción en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 33 de una fórmula legal que relativiza el límite deja al código sin una pena máxima de arresto para el caso de los concursos.

La indeterminación de las penas máximas para el caso de los concursos pone en duda la constitucionalidad del Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba desde que esa situación entra en contradicción con las exigencias de la Constitución Provincial. En virtud del principio de supremacía constitucional establecido del artículo 161 de la Constitución de Córdoba *“Los tribunales y juzgados de la Provincia, en el ejercicio de sus funciones, aplican esta Constitución y los tratados interprovinciales como la ley suprema, respecto de las leyes que haya sancionado o sancione la Legislatura”*.

También debe contraponerse esta falta de determinación a la Constitución Nacional. A ella y a los instrumentos protectores de los Derechos Humanos remite el artículo 18 de la Constitución Provincial cuando dispone que *"Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen"*.

La indeterminación de la pena máxima para el supuesto de los concursos viola el principio de legalidad de las penas consagrado en nuestra Constitución Provincial y Nacional. El principio de legalidad funciona como límite al poder punitivo del Estado del que se sigue el derecho de los ciudadanos a que las penas se encuentren determinadas en la ley. En el caso concreto tal derecho se traduciría en la determinación en el Código de Convivencia de la pena máxima para el caso de los concursos.

En un Estado de Derecho, al que debe adecuarse la política de seguridad provincial (artículo 2 ley de seguridad pública), la actuación del Estado debe ser previsible, tal previsibilidad se sigue del hecho de que los límites de su actuación se encuentran establecidos en la ley. Como ciudadano tengo derecho a conocer a través de la ley ¿de cuánta libertad y propiedad puede privarme el estado? Esta previsibilidad en la actuación Estatal, se logra con el acabado cumplimiento del mandato de certeza. De modo que si la ley no puede responder estos interrogantes, tampoco podemos decir, siguiendo un razonamiento lógico, que vivimos en un Estado de Derecho. Dado que la existencia de un Estado de Derecho supone que la actuación del Estado mismo encuentra límites en la ley, en el supuesto de concurso entre contravenciones tal límite no está previsto por la ley. La violación del principio de legalidad de las penas compromete la seguridad jurídica. Para dar cumplimiento a tal principio el Estado debe establecer por medio de la ley la conducta que reprocha, el castigo y el quantum del castigo.

Una de las maneras de dar cumplimiento al mandato de certeza de modo que vea comprometido el principio de legalidad de las penas es de la codificación. La codificación como técnica legislativa presenta las diferentes normas como un sistema coherente y completo. El Código de Convivencia y su antecedente (Código de Faltas, ley 8431) suplieron la falta de certeza que suponían los edictos policiales. Estos edictos eran dictados por el Jefe de Policía y tipificaban diferentes conductas. La dispersión de

los edictos generaba incertidumbre en los ciudadanos y en los aplicadores dada la dificultad para conocer la totalidad de los edictos y resolver las contradicciones y lagunas normativas. Sin embargo, el legislador de 1994 y el del 2015 advirtieron los beneficios, en términos de certeza, de contar con un código que agrupe las figuras contravencionales. La existencia de un código promueve el mandato de certeza dado sistematiza de modo coherente y completo las normas que rigen en el ámbito contravencional. La codificación conlleva ventajas para el caso de los concursos entre infracciones desde que permite unificar criterios sobre cómo tratar la concurrencia de infracciones de modo análogo a como lo hace el Código Penal. Sin embargo, el propósito del legislador de evitar lagunas normativas a través de la técnica legislativa de la codificación ha quedado frustrado en el caso del artículo 17 dado que regula la pena máxima para el caso de los concursos de infracciones pero tal pena máxima queda indeterminada.

No es objeto de esta acción cuestionar el mérito o la conveniencia de la política adoptada por la legislatura. Por el contrario considero oportuno el reconocimiento del derecho a una pena máxima para el caso de concursos que hace el código en el artículo 17 primer párrafo última parte. En este punto vale la pena introducir una distinción a los fines de resaltar que la indeterminación de la pena máxima para el caso de los concursos constituye materia judicializable conforme al estándar adoptado por este tribunal. Corresponde distinguir las lagunas axiológicas de las lagunas normativas (Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales / Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin). Las lagunas axiológicas se configuran cuando el legislador omite una propiedad relevante que se cree que debería haber incluido. Tal sería el caso si el legislador hubiese omitido la pena máxima como límite máximo a la suma de los máximos de las sanciones concurrentes. Si este fuera el tipo de laguna que amenaza mis derechos estaría cuestionando la conveniencia y oportunidad de la regulación de los concursos en el Código de Convivencia. Por el contrario, las lagunas normativas suponen la falta de respuesta normativa a uno o más casos regulados por el sistema legal bajo análisis. Tal es el caso de la laguna normativa que amenaza mis derechos. El legislador ha regulado la pena máxima para el caso de concursos de contravenciones, y ha reconocido mi derecho a no ser castigado más allá de ese máximo. Pero el legislador ha dejado sin determinar la consecuencia normativa para cada caso, es decir para cada pena, al dejar indeterminado el quantum de la pena

máxima para cada especie de pena. Puesto con un ejemplo, el legislador ha dejado indeterminada la consecuencia normativa aplicable a la suma de máximos de infracciones que de cómo resultado 2 o 15 días de arresto, ¿se encuentra la aplicación de dos días de arresto permitida y la de 15 días prohibida conforme a la pena máxima? Distinto sería el caso si el legislador hubiese omitido la segunda parte del primer párrafo del artículo 17. Estaríamos frente a una laguna axiológica y que el tribunal se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de esta ausencia supondría invadir el ámbito de decisión política que es competencia del poder legislativo (The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers, 17 Suffolk U. L. Rev. 881, 1983).

Esta laguna normativa que es consecuencia de la indeterminación de la pena máxima establecida por el Código para el caso de los concursos de infracciones no puede ser interpretada de otro modo que un error del legislador. Un error contrario a la intención del legislador de regular las infracciones contravencionales en un único cuerpo normativo que promueva la coherencia y completitud. Por ello este error resulta análogo al tipo de error sobre el que se pronunció este Tribunal en "ZABALA, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p.s.a. de Homicidio calificado -Recurso de Casación-" (Expte. "Z", 3/2001)", en donde se sostuvo lo siguiente "Resulta al caso aplicable la denominada regla de la clara equivocación, conforme a la cual *"sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara -tan clara que no queda abierta a una cuestión racional"*, en cuyo caso *"la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable"*.

Tampoco es objeto de esta acción cuestionar el procedimiento por el que la legislatura convirtió en ley el Código de Convivencia. Por el contrario la falta de determinación de la pena máxima para el caso de los concursos exige un análisis sobre un aspecto sustancial del Código, a saber, el límite a la potestad punitiva del estado provincial fijado por la ley como medio para garantizar los derechos que la Constitución Provincial me reconoce. No es objeto de esta acción que el tribunal efectúe un análisis sobre la actividad llevada a cabo por la legislatura, sino que lo haga sobre aspectos sustanciales de lo legislado.

Constituye objeto de esta acción que el Tribunal Superior de Justicia decida sobre la amenaza a mis derechos constitucionalmente reconocidos como consecuencia de la

indeterminación legal de la pena máxima para el caso de los concursos entre contravenciones.

El derecho a una pena máxima para el caso de los concursos surge del mismo artículo 17 primer párrafo segunda parte cuando establece “Sin embargo, esta suma no podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate”. A través de esta norma el estado provincial se ata las manos así mismo prohibiendo la aplicación de penas que excedan ese máximo. Esta prohibición se traduce en un derecho de todos los ciudadanos a no ser penados en el caso de los concursos con penas que excedan ese límite. Dicho de otro modo, los ciudadanos comprendidos dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la norma tenemos un derecho reconocido por el Código de Convivencia a que el estado se abstenga de aplicar penas que excedan ese máximo (Hohfeld, W., 1919, *Fundamental Legal Conceptions*, W. Cook (ed.), New Haven: Yale University Press; Dworkin, R., 1984, “Rights as Trumps”, in Waldron 1984, pp. 153–67). Es este derecho el que se encuentra amenazado toda vez que sus límites se encuentran indeterminados.

Por otra parte la Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 42 reconoce el derecho a una pena privativa de la libertad máxima y el derecho a que tal límite se encuentre establecido en la ley para el caso de la privación de la libertad durante el proceso penal. El artículo 42 de la Constitución provincial reza “*La privación de la libertad durante el proceso tiene carácter excepcional, sólo puede ordenarse en los límites de esta Constitución, y siempre que no exceda el término máximo que fija la ley*”. Si el máximo de privación de la libertad durante el proceso penal debe estar fijado por la ley con mayor razón debe estarlo en el caso de la privación de la libertad para la pena contravencional. Ello dado que existen más razones para establecer el máximo de la pena privativa de la libertad en el ámbito contravencional. Estas razones están dadas por el hecho de que en el ámbito del derecho contravencional las acciones castigadas y los bienes jurídicos protegidos son de menor envergadura que en el proceso penal. Por lo tanto existen más razones en el ámbito contravencional que en el ámbito del proceso penal para aplicar dichas exigencias.

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo XXV establece que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según **las formas establecidas por leyes preexistentes**”. Por su parte la Declaración Universal De Derechos Humanos establece en su artículo 11 que “nadie será condenado

por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Por otra parte cuando la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece en su artículo 7 el derecho a la Libertad Personal insta que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y **en las condiciones fijadas de antemano** por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. En el artículo 9 que consagra el principio de legalidad y de retroactividad establece que “**nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito**”. Tales derechos son protegidos por la Constitución de la Provincia de Córdoba que en su artículo 18 establece que “Todas las personas en la Provincia gozan de los derechos y garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados por la República reconocen, y están sujetos a los deberes y restricciones que imponen”.

El Código de Convivencia, al no establecer cuál es el máximo legal de pena con el que puede ser sancionado un contraventor en el supuesto donde sean aplicables las reglas del concurso de infracciones, amenaza mi derecho a la vida, derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y moral, y el derecho de no confiscatoriedad. También pone en vilo el principio de humanidad de las penas. Esta amenaza a mis derechos es una consecuencia de la inexistencia de un límite claro al poder punitivo estatal en el caso de los concursos. La inexistencia de esta barrera institucional deja tales derechos en manos del actuar discrecional de los jueces competentes en la materia.

El derecho a la vida lo encontramos consagrado en el artículo 4 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que reza “*La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona, son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.*”. En consonancia con esto, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece en la parte pertinente “*(...) quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas*” sumado ello a la derogación de la pena de muerte en el Código de Justicia Militar. Por su parte, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo 1° dice “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*” y lo mismo expresa el artículo 3° de la Declaración Universal de derechos

Humanos. Por último, la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 4°.1) establece que *“Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”* y en su artículo 4°.3) establece en relación a la pena de muerte que *“No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”*.

El derecho a la vida se encuentra amenazado desde que la indeterminación de un barrera al poder punitivo estatal constituida por la fijación de las penas máximas para los concursos deja en mano del estado la posibilidad de imponer penas que interfieran en la auto-realización del individuo, ya que no hay certeza alguna sobre el tiempo que podrá pasar arrestado o del tiempo que podría durar la realización del trabajo comunitario, impidiéndome dicha situación la libre planificación y realización de un plan de vida personal. Afectando de este modo el derecho a la vida. La ausencia de un límite en el máximo de las penas podría llevar al Estado a imponerlas penas que por su duración interfieran en la posibilidad de auto-realización del individuo, dicha situación su libre planificación y de esta manera su derecho a la vida.

El derecho a la dignidad de la persona lo encontramos receptado también en el artículo 4 de la Constitución Provincial. Luego el artículo 18 de la Constitución nacional prohíbe toda clase de tormentos y azotes y la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 5 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, el artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en la parte pertinente menciona *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, prohibiéndolo en igual sentido la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en su artículo 16. Nuevamente la prohibición de imponer este tipo de penas arbitrarias que comprometen la dignidad de la persona se garantiza a través de la creación de barreras institucionales al poder punitivo estatal. La pena de arresto, trabajo comunitario y multa más allá de estas barreras comprometen la dignidad de la persona. Una de las barreras que garantiza el derecho a la dignidad es el derecho que me reconoce el artículo 17 primer párrafo segunda parte a una pena máxima para el caso de los concursos. La indeterminación del quantum de esa pena debilita la barrera a quien debe abstenerse de aplicar penas que por exceder los máximos comprometen el derecho a dignidad y, en consecuencia, tal derecho se encuentra amenazado.

El Derecho a la Integridad Física y Moral reconocido en el artículo 4 de la Constitución Provincial también está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5 que dice “*toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”. La pena máxima para el caso de los concursos constituye una barrera a la imposición de penas que comprometan la integridad física y moral de los ciudadanos. La indeterminación del este máximo, en consecuencia, pone bajo amenaza mi derecho a no ser pasible de penas que comprometan mi integridad física y moral.

El derecho a la no Confiscatoriedad, receptado en el artículo 14 de la Constitución Nacional que establece que todos los habitantes de la Nación pueden usar y disponer de su propiedad, como el artículo 17 del mismo ordenamiento y 67 de la Constitución Provincial que expresan que la propiedad es inviolable, implica que la aplicación de penas patrimoniales, como es el caso de la multa, debe reconocer un límite. Este límite se encuentra indeterminado en el caso de concurrencia de infracciones constitucionales y por lo tanto mi derecho de propiedad se encuentra amenazado, es decir, expuesto a interferencias consistente en la aplicación de multas confiscatorias.

Estos derechos además de ser relevantes para establecer los límites *cuantitativos* de las penas, son también importantes para saber si *cualitativamente* la propia manifestación de la coerción penal es constitucional. Además, estos principios permiten establecer la inconstitucionalidad de manifestaciones que si bien en principio son lícitas por su particular regulación, sufren cambios cualitativos que las hacen ilícitas, por ejemplo la pena pecuniaria que se transforma en confiscación como lo es la multa que no posee máximo establecido.

III. REQUISITOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Dado el carácter excepcional de la intervención originaria y exclusiva del Tribunal Superior de Justicia corresponde presentar de modo justificado el cumplimiento de los requisitos formales de la acción declarativa de inconstitucionalidad:

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Que conforme a lo expuesto, el Dr. Hugo Omar Seleme se encuentra dentro del grupo de ciudadanos destinatarios del Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de

Córdoba. Así el Código en su artículo 2 establece que *se aplica a las infracciones que en él se tipifican y que sean cometidas en el territorio de la Provincia de Córdoba*. De tal manera el demandante ostenta un interés jurídico, personal y directo por la incertidumbre que le genera la ausencia de una pena máxima para el caso de los concursos de contravenciones regulados en el artículo 17 del Código de Convivencia. Pero la ausencia de una pena máxima para el caso de los concursos de contravenciones supone la inexistencia de un límite a las penas que puede aplicar el estado provincial y por lo tanto compromete el derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral del demandante.

Aunque el ámbito de aplicación del Código de Convivencia es amplio en relación al ámbito de aplicación de otras leyes cuya constitucionalidad ha sido cuestionada a través de esta acción, alego la amenaza de un daño diferenciado del que podría sufrir cualquier ciudadano por esta mera calidad dado que soy destinatario de la norma en cuestión (Casos "United States v. Richardson"; "Schlesinger v. Reservists", "Committee to Stop the War"- 1974. Caso "Frothingham vs. Mellon" (262, U.S., 447-1923),"United States vs. Richardson", (418, U.S., 166-1974). GHUNTER, Constitutional law, p. 1544 y ss.; BIANCHI, Alberto Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, Bs.As. 1992, p. 128). La amplitud del ámbito de aplicación del Código de Convivencia no excluye la existencia de un interés diferenciado entre quien resulta destinatario de la norma y la de los ciudadanos en general como garantes de las instituciones. Este interés no es otro que el cumplimiento del mandato de certeza para el caso de los concursos entre contravenciones y la existencia de un límite al poder punitivo del estado provincial que garantice la protección del derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral del demandante como destinatario de la normativa en cuestión.

Adicionalmente, puede delimitarse el ámbito de aplicación del Código de Convivencia excluyendo a aquellos ciudadanos que por revestir determinadas características carecen de la culpabilidad necesaria para resultar sujetos responsables por la violación de las normas del Código. Tal es el caso de los ciudadanos inimputables previstos en el artículo 9 del Código de Convivencia. De tal modo puede diferenciarse por un lado la totalidad de ciudadanos que habitan o transitan por el territorio de la provincia de Córdoba de aquellos ciudadano que habitan o transitan por el territorio de la provincia y además resultan imputables por ser mayores y no estar comprendidos en las causales de inimputabilidad previstas en el artículo 34 del Código Penal- a las que remite el artículo

9 del Código de Convivencia-. El demandante forma parte de este segundo grupo, es decir, habita en el territorio de la provincia de Córdoba y no está abarcado en alguna de las causales de inimputabilidad. De lo que se sigue que el Dr.Hugo Omar Seleme se encuentra dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la ley cuestionada. Por tal motivo cabe distinguir el interés del demandante en las resultas de este litigio del interés indirecto que comparten quienes sólo pueden esgrimir un rol político-institucional o como controladores sociales (Alberti, Huber Oscar y otros c/ provincia de Córdoba - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad).

Así debe diferenciarse el caso de quien sólo esgrime su condición de ciudadano como condición suficiente para la legitimación y el caso del demandante que no sólo recurre la calidad de ciudadano sino que además hace uso de esta acción en orden a prevenir una afectación concreta de un interés distinto al que tienen todos los ciudadanos (Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires in re "Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad" fallo del diecisiete de abril de mil novecientos noventa (E.D. t. 137:349)). El demandante tiene un interés personal y directo y no uno meramente consultivo sino que opone un interés personal (Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa). Ello es así desde que el accionante se encuentra dentro del en el ámbito subjetivo de aplicación de la ley cuestionada. Distinto sería el caso de quien guiado por un interés meramente consultivo pretende que el tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas pero encontrándose fuera del ámbito de aplicación del Código de Convivencia. Tal sería el caso de los diputados o senadores nacionales por la provincia de Córdoba que tienen inmunidad de arresto y por tanto se encuentran fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la norma (artículo 68 y 69 de la Constitución Nacional).

Por otra parte, el interés del accionante es un interés jurídico desde que el estado de incertidumbre sobre la pena máxima en el caso de los concursos de contravenciones compromete el derecho del demandante a que el estado provincial se abstenga de aplicar penas arbitrarias por superar los máximos y no estar establecidas con anterioridad en la ley. De tal modo las normas cuestionadas tienen la eficacia para intervenir en los intereses jurídicamente tutelados del accionante.

2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Que entablo la presente acción en contra de la Provincia de Córdoba en razón de que la demandada reúne una serie de condiciones que la hacen apta para integrar el polo pasivo de la litis, toda vez que es parte sustancial de la relación jurídica traída a debate.

En primer término, debe hacerse notar que el Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, mediante Ley N° 10.326, dispuso sancionar el denominado Código de Convivencia Ciudadana. El art. 119 de dicha ley, establece que la autoridad competente para conocer y juzgar las infracciones cometidas en el territorio de la Provincia de Córdoba son los ayudantes fiscales y –donde no los hubiere- los Jueces de Paz Legos de Campaña del lugar donde se cometió la infracción.

Por su parte, el capítulo II de la Ley N° 10.327 introduce modificaciones a la Ley N° 7.826, Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, incorporando como función expresa de los ayudantes fiscales la de *“Conocer y juzgar administrativamente las faltas cuya competencia le atribuye el Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba”*.

En este sentido es necesario destacar que atento al artículo 63 y siguientes de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley N° 7.826), los ayudantes fiscales desempeñan su tarea dentro del ámbito de este organismo, dependiendo jerárquicamente del Fiscal General de la Provincia.

A tenor de lo dispuesto por dicha ley, el Ministerio Público Fiscal es parte integrante del Poder Judicial, con autonomía orgánica respecto de los demás poderes. Sin embargo, nuestro sistema legal y constitucional no le acuerda a este organismo una personalidad jurídica propia e individual que permita afirmar que se trata de una persona jurídica diferente del Estado provincial.

Más allá de las disquisiciones relativas a su organización administrativa y descentralización orgánica funcional, la carencia de una personalidad jurídica propia y autónoma que le permita al Ministerio Público Fiscal adquirir derechos y contraer obligaciones e, incluso, estar en juicio como parte demandada, conduce de modo indubitable a la conclusión de que la Provincia de Córdoba, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional, teleológica y ética.

Por otra parte en caso de que el tribunal declare la inconstitucionalidad de la falta de determinación de la pena máxima para el caso de concursos entre contravenciones la

declaración tendría efectos que alcanzarían a la Provincia de Córdoba. Esta sentencia importaría que la provincia de Córdoba se vea obligada a abstenerse de aplicar penas mayores a los máximos en el caso de los concursos.

Por otro lado el derecho a una pena máxima consagrado en el artículo 17 del Código de Convivencia implica la obligación del Estado Provincial de abstenerse de aplicar penas que superen el máximo. Es esta relación la que de modo análogo se presenta en este caso. En ejercicio de tal derecho demando a quien tiene la obligación de ajustar su actuación a la ley.

En conclusión, es la Provincia de Córdoba quien de modo directo los derechos constitucionales de mi persona no por su actividad legislativa defectuosa, sino, a través de la aplicación del Código de Convivencia Ciudadana sin los límites legalmente requeridos, a través de un organismo que, más allá de sus competencias públicas conferidas por el ordenamiento, no tiene personería jurídica propia, de lo que se deduce que el Estado Provincial es quien integra, de modo exclusivo, la relación jurídica sustancial que da base a la presente acción.

3. ACTUALIDAD DE LA LESIÓN

La acción declarativa se constituye como una herramienta judicial de carácter preventivo, cuya finalidad es declarar la inconstitucionalidad de la normativa que amenaza derechos constitucionalmente protegidos. La naturaleza preventiva de esta acción ha sido reconocida explícitamente en el antecedente “Conterno” (“ACCION DE AMPARO PRESENTADA POR EL CONCEJAL ARMANDO JOSE CONTERNO”).

La naturaleza preventiva de la acción también se sigue del hecho de que otra exigencia para la interposición de la acción es la no disponibilidad de otro medio procesal. Pero si se excluyese la naturaleza preventiva de la acción sólo procedería en caso de haberse consumado el daño. Sin embargo, una vez consumado el daño el ordenamiento jurídico ya cuenta con otros medios procesales para demandar su reparación y por lo tanto faltaría una de las condiciones necesarias para su aplicación. De modo que la acción declarativa de inconstitucionalidad devendría ilusoria por no resultar aplicable a ningún caso.

Por otra parte el Código Procesal Civil de la Provincia al regular esta la acción declarativa de certeza en su artículo 413 establece en su parte final “(...) aún sin lesión actual”. Dado que la acción declarativa de inconstitucionalidad puede ser calificada como una especie de la categoría más general acción declarativa de certeza participa de su naturaleza preventiva. Por el contrario, si se requiriese la acreditación de un daño actual, se estaría desvirtuando la finalidad de la acción toda vez que lo que ella persigue es obtener certeza frente a un estado que puede producir perjuicio, precisamente por su incertidumbre.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido en el caso *“Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”*. En el caso el Procurador General de la Nación ha hecho lo propio en su dictamen estableciendo que *“...es necesario recordar que el Tribunal ha establecido que, siempre que la petición no tenga un carácter simplemente consultivo, no importa una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuya ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye una causa en los términos de la Ley Fundamenta”*.

Lo anterior habilita esta presentación de carácter preventivo desde que el Código de Convivencia Ciudadana ley 10.236 entrará en vigencia a partir del 1° de Abril. Sin embargo, mis derechos constitucionalmente protegidos se encuentran amenazados por la indeterminación de la pena máxima para el caso de los concursos entre contravenciones.

4. NO DISPONIBILIDAD DE OTRO MEDIO PROCESAL

La posibilidad de utilizar esta acción, queda sujeta a que no pueda emplearse una acción reparadora del daño u otro tipo, es decir, que si dispusiese de otro medio procesal para hacer valer mis derechos quedaría vedado el uso de esta acción declarativa de inconstitucionalidad. Este requisito se sigue del carácter excepcional de la acción declarativa de inconstitucionalidad. No se sigue esta exigibilidad del carácter subsidiario desde que esta acción no posee tal naturaleza. En este sentido, al decir de Aguilar Caravia, “la acción subsidiaria es aquella que suple o refuerza a otra principal y este no es el caso de la acción bajo estudio pues ella es autónoma, es la única de carácter preventivo, le basta que exista un interés legítimo a tutelar”.

Desde que esta presentación reviste el carácter de preventiva dado que mis derechos se encuentran amenazados de daño por la normativa cuestionada no tengo disponible una acción reparadora del daño. Por otra parte dado que los derechos amenazados no colapsan en la libertad ambulatoria tampoco se encuentra disponible el habeas corpus preventivo como un medio procesal alternativo. Finalmente, también queda excluida la alternativa de un amparo preventivo dado que aquí se ventila una cuestión de "puro" derecho constitucional. La acción de amparo participa de la naturaleza preventiva de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pero mientras que en ésta el objeto de la acción es el control directo de constitucionalidad a través del planteo de una "pura" cuestión de constitucionalidad, en la acción de amparo, en cambio, el control de constitucionalidad no es sólo preventivo, sino que también puede ser reparador y su procedencia se vincula directamente con un "acto" u "omisión", que con los caracteres de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Sólo de modo excepcional podrá admitirse una acción de amparo incoada directamente contra una ley operativa o autoaplicativa, cuando de los efectos inmediatos de la misma pueda derivarse un gravamen para un derecho o garantía constitucional (T.S.J., en pleno, "Acción de Amparo interpuesta por José Martín Carabajal y otros contra Ley 8575- Recurso de casación e inconstitucionalidad, S. n° 121, 15/10/99, Sala Penal)

IV. RESERVA DEL CASO FEDERAL

En consideración de lo expuesto, y para el supuesto de que V.Sa. no hiciera lugar al planteo interpuesto, introducimos el caso federal y hacemos reserva de ocurrir ante la CSJN por la vía que autoriza el artículo 14 de la ley 48, por violación de los derechos constitucionales mencionados ut supra.

X.-AUTORIZACIONES:

Solicitamos se autorice a los Dres. Romina Frontalini Rekers, Matias Molina, Fransisco di Santo, Nadia Garayo, Pamela Güemes, y a Alina Dutto, Tristán Reyna y María Luisa Renna a tomar vista del expediente, extraer copias, desglosar documental, diligenciar oficios y cédulas, dejar nota y a realizar toda otra diligencia que fuera necesaria para el trámite del mismo.

XI.- PETITORIO:

Por todo lo expuesto, a V.S. solicitamos:

1. Se nos tenga por presentados, por parte y por constituido el domicilio a los fines procesales.
2. Se tenga por ofrecida la prueba.
3. Se tenga por formulada la reserva del caso federal efectuada.
4. Tengan presentes las autorizaciones conferidas.
5. Oportunamente, se dicte sentencia, haciendo lugar a la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

Proveer de conformidad, que

SERÁ JUSTICIA.