

El (ab)uso del espacio público en la Ciudad de Bs. As.·

Por **Gonzalo Segundo**

RUA.

"Pensar, analizar, inventar (me escribió también) no son actos anómalos, son la normal respiración de la inteligencia. Glorificar el ocasional cumplimiento de esa función, atesorar antiguos y ajenos pensamientos, recordar con incrédulo estupor que el doctor universalis pensó, es confesar nuestra languidez o nuestra barbarie. Todo hombre debe ser capaz de todas las ideas y entiendo que en el porvenir lo será" ("Pierre Menard, autor del Quijote", en "Ficciones", de Jorge Luis Borges).

1.- INTRODUCCIÓN.

I. Desde que se reconociera la autonomía de la Ciudad de Bs. As. con la reforma constitucional de 1994, se abrió un camino para los habitantes de esta urbe, nunca antes transitado, el de reconocerse como ciudadanos con intereses personales y políticos que van mucho más allá de los intereses del Estado Nacional. Asimismo, como corolario de esa autonomía se derivó la necesidad de determinar sus propias autoridades y que éstas regularan aspectos que tienen que ver con intereses propios y materias sobre las que mantienen facultades locales al no haber sido delegadas al Gobierno Nacional.

Entre estas últimas podemos mencionar la regulación de todo lo atinente a la normal convivencia de los habitantes y al correcto uso del espacio público, a través de un Código Contravencional que determinara qué conductas iban a ser consideradas como infracciones y, como contrapartida de ello, cuándo el Estado iba a poder utilizar el poder punitivo.

En síntesis, a partir del reconocimiento de la autonomía de la Ciudad se abrió la puerta, entre otras cosas, al volumen de poder punitivo por parte del Estado local. Cabe recordar que, tal como lo ha sostenido Zaffaroni en todas sus obras, el derecho contravencional no es otra cosa que derecho penal de menor cuantía, que tiene que ver con problemas eminentemente locales y que su ordenamiento resulta ser de menor valor que el penal.¹

· Agradezco la colaboración en la recopilación de diverso material y en la discusión final que gentilmente tuvieron sobre las ideas aquí trabajadas a Jorge Ignacio Boerr, Claudio Ricardo Silvestri, Juan Manuel Neumann y Verónica Fernández de Cuevas.

El presente trabajo fue expuesto en las Jornadas sobre "La nueva legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", dictadas el 29 y 30 de noviembre de 2004 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UBA, previo a la entrada en vigencia de la ley 1472 que reformara el Código Contravencional.

¹ Zaffaroni, Eugenio, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Ediar, 1988, Tomo I, pág. 243 y sig. Allí puntualmente expresó que "el derecho contravencional no es más ni menos que una rama del Derecho

II. Empero, fuera de ello, habrá de convenirse que el derecho contravencional se encontrará imbuido de todas las garantías establecidas para el derecho penal. Es decir, el Estado no podrá vulnerar garantías para lograr la determinación de los hechos. Es claro que ésta fue una elección del constituyente originario local al prefijar las garantías penales al derecho contravencional expresamente en su art. 13 de la citada carta,² en franca consonancia con las enseñanzas que la Corte nos dejara en el recordado fallo Mouviel, en el cual especificó que “...las simples contravenciones resultan ser uno de los principales instrumentos de que se valen los gobiernos dictatoriales para sofocar la libertad”.³

En esa línea de ideas, el legislador al diseñar la ley 10 –Código Contravencional- tuvo en mira las bases preestablecidas por el constituyente originario, preocupándose no solo por la existencia de un daño o peligro cierto en cada tipo contravencional (art. 1ro. del C.C.), sino también por establecer un sistema que, antes que criminalizar, bregara por la integración de todos los habitantes de esta Ciudad, atendiendo a los conflictos propios de esta población pero otorgando a los operadores del sistema herramientas que permitieran definitivamente la solución del conflicto e intentando traspasar a la víctima del mero rol de actor de reparto en el que quedó estacada desde hace varios siglos, a brindarle la oportunidad de cubrir nuevamente un rol protagónico al momento de definir la respuesta estatal.

Penal, del cual está diferenciado tan solo por su menor cuantía y su tipicidad orientada hacia la normal convivencia de una población determinada”. En igual sentido, en su versión dogmática más moderna, diferenció al derecho penal del contravencional solo en su faz cuantitativa, aclarando que de allí no debe deducirse necesariamente que las contravenciones siempre deban tener una pena menor que la mínima de la especie de que se trate en el código penal. Concluye que “se trata de un orden de menor gravedad y no de una menor gravedad en cada caso” (conf. Zaffaroni, Slokar, Alagia, Derecho Penal, Pte. General, Ed. Ediar, 2000, pág. 172).

El carácter de derecho penal que reviste el derecho contravencional también fue reconocido por nuestro más Alto Tribunal, al establecer que “...si bien esta clase de contravenciones constituye, en algunos casos, verdaderos pequeños delitos comunes a los cuales podrían aplicárseles los principios generales de la legislación nacional, más frecuentemente ofrecen características especiales determinadas por las costumbres de cada localidad” (Fallos 191:245).

² El artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Bs. As. establece como garantías para todo proceso contravencional las siguientes: legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad, exigencia de orden de juez para disponer un allanamiento o una detención, deber de informar los motivos de una detención, prohibición de recibirle declaración al imputado en sede policial, de comunicarlo y la erradicación de supuestos de peligrosidad sin delito, entre otras.

Cabe consignar que en esa norma se encuentran aglutinadas garantías eminentemente procesales con garantías de fondo, como ser la exigencia de lesividad como prerequisite para la tipicidad de una conducta, el rechazo a la peligrosidad sin delito, etc. Tales garantías resultarán operativas a los efectos de la correcta interpretación de los tipos contravencionales y el consiguiente control del volumen del poder punitivo estatal.

³ Fallos 237:657, citado en Vazquez, Marcelo y Aboso, Gustavo, Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. B de F., Montevideo – Buenos Aires, 1999, pág. 6.

No en vano se lo denominó Código de Convivencia. El citado cuerpo normativo tenía la difícil misión de erradicar los anteriores edictos policiales,⁴ a la vez que debía lograr materializar normas que permitieran ordenar los contactos sociales entre los habitantes de la urbe, de modo de generar pautas claras sobre los riesgos permitidos, que redunden en una sociedad más tolerante.⁵

En cuanto a las herramientas a las que hiciéramos alusión, he de resaltar el sistema moderno de penas que se había establecido, brindándole al Juez -o eventualmente al Fiscal en los casos en que acordara un Juicio abreviado- un decálogo de penas que van desde el mero apercibimiento hasta la pena de arresto.⁶ Esto originó que, a diferencia de nuestro actual ordenamiento penal en el que no se logra la solución de ningún conflicto -sino tan solo en determinados casos se obtiene el congelamiento del conflicto durante la ejecución de la pena, para volver a reeditarse una vez que la pena se agota⁷-, se le brinde a los operadores del sistema la posibilidad de dar una solución al contradictorio, a través de sanciones que tienen que ver con métodos alternativos de modalidad de penas.

Asimismo, a través de la efectiva vigencia del sistema acusatorio y de los institutos de la mediación y auto-composición, la víctima intervenía activamente en la solución legal a la problemática que ésta tenía. De este modo, se evitaba la conocida

⁴ En el que se sancionaban infinidad de conductas sin existencia de daño alguno, castigándose aspectos que tienen que ver con la personalidad y acciones que solo redundan en preferencias personales (vgr. Vagancia habitual, mendicidad), erigiéndose el Estado como uno eminentemente perfeccionista y violando, de ese modo, la garantía constitucional que prohíbe el derecho penal de autor.

Conforme surge del principio milliano del daño, “el único fin por el cual es justificable, que la humanidad individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección” (“Sobre la libertad”, pág. 37). Fuera de esos casos, no resulta válida toda injerencia estatal sobre las conductas de los particulares.

⁵ Es que precisamente para poder imputar un resultado disvalioso a una persona, se erige la teoría de la imputación objetiva, que requiere como soporte la normativización de los contactos sociales, de modo de, por decirlo con palabras de Gunther Jakobs “imputar aquellas desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol” (“La imputación objetiva en derecho penal”, traducido por Manuel Cancio Meliá, Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 21).

⁶ El art. 11 del Código Contravencional (ley 10) establece como penas las de apercibimiento, caución de no ofender, multa, reparación, prohibición de concurrencia, clausura, inhabilitación, instrucciones especiales, trabajos de utilidad pública y arresto. Sobre éstas, el juez puede escoger uno o algunas de ellas que le resulten la o las apropiadas para la solución del conflicto –con algunas limitaciones normativas en su elección–.

Por el contrario en el nuevo código contravencional (ley 1472), solo se puede aplicar como pena principal la de multa, arresto o trabajos de utilidad pública, a la que se puede aditar en forma accesoria –pero no sustituir como principal–, las penas de clausura, inhabilitación comiso, prohibición de concurrencia, reparación del daño, interdicción de cercanía e instrucciones especiales (conf. arts. 22 y 23).

⁷ Zaffaroni, de acuerdo a su postura agnóstica actual sobre el fin de la pena penal, expresa que “El poder punitivo no resuelve los conflictos porque deja a una parte (la víctima) fuera de su modelo. Como máximo puede aspirar a suspenderlos, dejando que el tiempo los disuelva, lo que dista mucho de ser una solución, pues la suspensión fija el conflicto (lo petrifica) y la dinámica social, que continúa su curso, lo erosiona hasta disolverlo” (conf. ob. cit., pág. 5)

victimización que sufre la víctima en el proceso penal, que ocurre a diario en el sistema procesal nacional.⁸

Tras un letargo de varios siglos, que incluso la revolución francesa no solo no logró despertar sino que justificó,⁹ la víctima comenzaba a dar nuevamente sus primeros pasos en esta Ciudad desde que el sistema acusatorio puro dejara paso a otras formas de enjuiciamiento menos participativas para su rol.¹⁰ Asimismo, cuando la pena comenzaba a tener un fin casi “altruista”, estos fines parecen, en algún punto, quedarse a mitad de camino.

Tan claro era el mensaje del constituyente en ese sentido, que –tal como recalcaríamos- se le atribuyó las mismas garantías al contraventor que a quien comete un delito,¹¹ dando un marcado discurso acotante del poder punitivo, lo que representa dar menor preeminencia a la búsqueda de la verdad real en pos de las garantías y una menor incidencia en la actividad oficiosa.¹²

⁸ Es cierto que se ha mantenido en el nuevo código los institutos de la conciliación, autocomposición y mediación (conf. art. 41 de la ley 1472), pero, fuera de esos casos, no se le ha brindado a la víctima otra posible intervención en la fijación de las penas. Ya no puede incidir activamente en su fijación, habiéndose excluido como pena principal la de reparación del daño.

⁹ Bovino señala que el discurso iluminista que se consolidó en la revolución francesa, no atacó la base del poder penal centrado en la persecución penal pública. Y ello se debió a que “la garantía de la legalidad apareció, en ese momento histórico, como un límite suficiente a la intervención penal del Estado. Esta ilusión produjo un efecto concreto: impedir que se llegara a poner en discusión la base misma del problema” (Conf. Alberto Bovino, “Problemas del derecho procesal penal contemporáneo”, Ed. Del Puerto, 1988, pág. 78).

¹⁰ Los procesos penales que se configuraban en Grecia y en la Roma republicana tenían una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. En estos procesos, al tener la propia víctima el ejercicio de la acción penal, su rol era trascendental y, tenía la libre facultad para arribar a un acuerdo con el imputado. Pero cuando esos primeros procesos acusatorios puros se les aditan elementos ajenos a su propia esencia, se le quita lugar a la víctima, que ve perder su lugar en manos de un funcionario desinteresado. De allí que Luigi Ferrajoli, al realizar una feroz crítica sobre los actuales sistemas procesales, afirme que “si el proceso mixto de tipo francés e italiano ... es un monstruo, no lo es menos el proceso anglosajón, también fruto de una unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Porque en efecto, es completamente absurda la figura de un acusador público no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales sean merecedoras de persecución o también de predeterminar la medida de la pena negociando con el imputado.” (conf. “Derecho razón” Ed. Trotta, Madrid, 1998, pág. 569).

¹¹ En lo personal considero un acierto de parte del constituyente invertir al derecho contravencional de todas las garantías prefijadas para el derecho penal, evitando así la minimización del discurso represivo sobre tales conductas (conf. Zaffaroni, ob. cit., pág. 172).

¹² A mayor incidencia de las garantías, menor será la búsqueda de la verdad real, siendo ésta una más acorde a las del tipo consensuado. Asimismo, la efectiva vigencia de un sistema acusatorio, en alguna medida, implica un límite a la persecución penal (si bien sigue siendo un límite determinado por un órgano público –MPF., sobre el cual la víctima no tiene mayor incidencia- es un avance sobre un sistema mixto, en el cual el Juez no tiene contornos claros en su función).

En este tipo de procesos, “la averiguación de la verdad como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede, hasta tolerarla eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual, que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto del Estado de Derecho” (conf. Maier, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, Ed. Hammurabi, 1989, Tomo 1 b., pág. 433).

III. Empero, ya sea que en algo se fracasó o no, lo cierto es que hoy nos encontramos en las vísperas de la vigencia del nuevo código, con proyectos de ley que, desde el ejecutivo, intentan modificar algunas de las cláusulas que tienen que ver con la correcta utilización del espacio público. Esta modificación, en vez de implicar un avance en el tercer milenio, conducen francamente hacia un retroceso, adoptándose nuevamente un sistema arcaico de penas, que en nada favorecen hacia el acercamiento a la meta que oportunamente se fijara: el bregar por una pacífica convivencia de la población con métodos y penas alternativas para la solución del conflicto y criminalizando nuevas conductas que, de antaño, resultaban lícitas desde la faz penal, lo que atenta contra la finalidad de “última ratio” que posee todo el ordenamiento penal.

He de hacer notar que en este nuevo ordenamiento son varias las normas que se han integrado a la parte especial donde se tipifican las figuras contravencionales. Y en muchas de ellas se tiende a criminalizar conductas propias de los sectores menos favorecidos, logrando de ese modo tender más a la marginalidad que a la integración de esos sectores que son claramente captados por la criminalización secundaria, ya sea por su vulnerabilidad como así también por la fácil captación de parte de las agencias policiales.¹³

Por otro lado, también se observa fácilmente del nuevo digesto contravencional para la Ciudad la proliferación de figuras de peligro, siendo una de las armas principalmente elegidas para casos en que la sociedad exige seguridad y una mal entendida efectividad del sistema.¹⁴

IV. No obstante las críticas que le formulo a la nueva ley contravencional que, en breve, entrará a regir entre todos nosotros, el panorama no es apocalíptico ni mucho menos. Creo firmemente que de la reforma contravencional, a pesar de las críticas genéricas que he efectuado, en algunas normas se deja traslucir una suerte de

¹³ Se tratan de claros conceptos de Zaffaroni, a través de los cuales intenta explicar que en atención a la inmensidad del programa penal, las agencias policiales deben optar o seleccionar qué conductas perseguirán –criminalización secundaria- en virtud de su limitada capacidad operativa. Es por estas circunstancias que “el poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas...” (conf. ob. cit., pág. 8 y sigs.).

¹⁴ Tal como señalaba Patricia Ziffer, en el artículo “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, frente a fenómenos de violencia creciente el legislador tradicionalmente ha respondido a los reclamos sociales con normas del tipo de peligro. Ello por cuanto “ante la necesidad de demostrar ejecutividad y de lograr condenas rápidas se recurre a tipos penales de prueba más sencilla, en los que basta con acreditar que alguien tenía una cosa para calificar a esa conducta como peligrosa para los bienes jurídicos. De ese modo se evita la comprobación de una vinculación real y directa con aquello que verdaderamente se está reprimiendo: la posibilidad de que se geste una finalidad delictiva”. (en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, nro. 3, pág. 336).

contención del poder punitivo que deberemos advertir y que hoy intento dar los primeros pasos para desentrañar tal espíritu.¹⁵

La misión de los operadores del sistema, en especial los jueces quienes resolverán ante cada contradictorio, será pues, contener el volumen de poder punitivo que no sea acorde a las garantías constitucionalmente preestablecidas. Habrá que eliminar toda forma de sistema contravencional subterráneo –en el sentido de la aplicación de medidas cautelares como anticipo de pena,¹⁶ casos de abusos de los operadores de las propias agencias ejecutivas del sistema u otros similares-¹⁷ e intentar desde la constitución misma arribar a una correcta interpretación del poder punitivo y, por consiguiente, encontrar el preciso límite de aplicación de las normas.¹⁸

En síntesis, dar los primeros pasos hacia una correcta limitación constitucionalmente válida de las normas que punen el mal uso del espacio público es hoy mi desafío y, en un plazo muy cercano, el de todos los operadores del sistema, sin quedarnos, como dijera Borges en la cita que encabeza este trabajo, en antiguos pensamientos atesorados que muestren nuestra languidez o barbarie.

Tal vez que los edictos policiales hayan estado enquistados en nuestra legislación por tanto tiempo y que hayan sido derogados recién hace pocos años son clara pauta de cómo la languidez y barbarie dominaron, hasta hace poco tiempo, el centro de nuestra escena jurídica. No permitamos que ello conspire contra su definitivo destierro y contra toda práctica que intente minimizar el discurso acotante del poder punitivo, con la sola excusa de encontrar en el derecho contravencional una suerte de un mero derecho administrativo sancionador.

Solo resta por mencionar en esta introducción -valorativa de la reforma contravencional-, dejar asentado que el motivo que me llevó a trabajar sobre el uso del

¹⁵ Entre ellas, deseo destacar de la Parte General, la regulación de la suspensión del proceso a prueba (art. 45), la facultad de aplicar una condena en suspenso (art. 46) y la potestad de eximir de sanción, “siempre que el imputado no registre condena contravencional anterior, cuando existía alguna circunstancia de atenuación, y por ello la sanción mínima a aplicar resulte demasiado severa” (art. 47).

¹⁶ En ese sentido me expedí, remarcando el riesgo de transformar una cautelar en una pena, cada vez que me tocó intervenir al no convalidar medidas cautelares, desde la causa caratulada “De Luca s. Art. 51 del CC.”, registrada bajo el nro. 1 del Juzgado Contravencional y de Faltas nro. 6, del que soy titular.

¹⁷ Sobre el concepto de sistema penal subterráneo, conf. Zaffaroni, ob. Cit., pág. 13.

¹⁸ El sentar esas bases, a los efectos de interpretar las normas inferiores desde los principios constitucionales acotantes del poder punitivo dándole a éstos un alcance unívoco, nos permitirá arribar a una concepción de la Constitución como una convención o práctica social; tal como lo explica Carlos Nino, como una suerte de construcción de una Catedral a lo largo de un extenso período de tiempo, de modo de concatenar nuestras decisiones con las anteriormente adoptadas. De ese modo, la decisión del juez será concebida como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto hecho constitucional (Carlos Nino, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, 2da. Reimpresión, 2002, pags. 63 y 67), limitándose la libre discreción judicial (Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, pág. 130).

espacio público radica en la incidencia que tiene hoy día no solo en la convivencia cotidiana de los habitantes de la Ciudad, sino también en quienes encuentran allí -en algunas de las figuras que trataré-, el único lugar para realizar actividades que tienen que ver con su propia subsistencia.

Por ello, a partir de ahora me centraré brevemente en el análisis de algunas de las figuras que representan los mayores conflictos en la Ciudad, a saber: oferta y demanda de sexo, ruidos molestos, actividades lucrativas, obstrucción de la vía pública y cuida coches.

Intentaré desentrañar cuál debe ser la interpretación correcta, partiendo desde una visión integradora de la Constitución,¹⁹ Comencemos la tarea.

2.- OFERTA Y DEMANDA DE SEXO EN LA VIA PÚBLICA.

La problemática que gira en torno a la sanción de la oferta y demanda de sexo en la vía pública ameritaría que la ponencia se quede de por sí circunscripta al presente punto, el cual seguramente será desarrollado en forma solvente por Javier De la Fuente. Pero por tal circunstancia y por la mayor amplitud que intento abordar con el presente trabajo, me contendré de anclar mi estudio en este tópico.

No obstante ello, no habré de disimular la real gravitación que tiene la presente figura en el uso del espacio público hoy día, y la gran cantidad de argumentos que se utilizan –o se intentan utilizar- para la criminalización del ejercicio de una actividad lícita como es la prostitución,²⁰ cuando ésta es efectuada en la vía pública.

¹⁹ Posicionándose desde el liberalismo igualitario, Ronald Dworkin pregona una visión integradora de la Constitución. En su obra “El imperio de la ley”, se apoya en una concepción interpretativa del derecho como integridad. La idea es que es valioso como principio que las decisiones judiciales se muestren como derivados de un esquema coherente de principios, de modo de reconocernos como una comunidad de principios (Conf. Ronald Dworkin, “El imperio de la ley”, Ed. Gedisa, págs. 132, 166 y sigs.), aunque claro está, en atención a la tarea herculeana que representa al juez encontrar la decisión correcta, en la práctica no resulta sencillo arribar a esa decisión integradora del derecho (conf. Dworkin, “Los derechos en serio”, ob. cit., pág. 208).

Si bien la tesis dworkiniana se sustentó en un sistema de precedentes como lo es el common law, cierto es que podría validamente ser apoyado en el sistema continental europeo en el principio de legalidad –de modo que las decisiones puedan ser predecibles y los particulares puedan a su vez motivarse correctamente en las normas- y en el principio de igualdad a los efectos de que a todos se les aplique la ley en idéntico sentido.

²⁰ Tal como lo deja al descubierto el Dr. Julio Maier, en su voto en el leading case “León, Benito por art. 71 del Código Contravencional”, del 24-10-00, registrada en el Tribunal Superior de Justicia, bajo el nro. 245/00, la prostitución no es un delito. “Lo que sí es un delito es la facilitación o promoción de la prostitución de una persona” (de su considerando cuarto).

Agregando a lo expresado por Maier en el voto citado, que la ley 12.331 (profilaxis antivenérea) solo reprime a quien regentea la prostitución, más no a quien la ejerce, al prohibir el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución (art. 15) y quienes la sostengan, administren o regenteen (art. 17).

Es que sobre el ejercicio de la prostitución el Estado no puede interferir, puesto que se trata de acciones que, al no ocasionar un daño a terceros, quedan amparadas por el principio de reserva contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional, quedando sólo sobre éstas, la posibilidad de reprobadas desde el plano moral.

Sin embargo no es tan claro, desde un primer análisis, que el Estado nunca pueda interferir contra la oferta o demanda de sexo en la vía pública. Habrá que determinar cuándo el Estado puede legítimamente aplicar el derecho penal local sobre éstas conductas y cuándo no.

En la ley 10 se sanciona en el art. 71, al que oferte o demande sexo en la vía pública, siempre que se afectara el bien jurídico tutelado, el cual consiste en la tranquilidad pública.

Tal vez ante la escasez de sanciones sobre la presente figura y con el fin de disuadir este tipo de actividades, el legislador realizó sobre esta norma una de las modificaciones más gravitantes sobre el actual Código Contravencional.²¹ En pos de tal fin, modificó incluso el bien jurídico que se intentaba tutelar: mientras que antes protegía la tranquilidad pública, ahora brega por el correcto uso del espacio público, a la vez que estableció una zona “roja”, a los efectos de reglamentar su ejercicio.

Pero para poder dar meridiana luz sobre la correcta interpretación de la figura que ahora analizo²² y sobre las conductas que se subsumen en la norma, es preciso poder responder a los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el daño que provoca

²¹ El artículo 81 del nuevo código contravencional establece lo siguiente: “Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos. Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado con 1 a 5 días de trabajo de utilidad pública o multa de 200 a 400 pesos. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales. En las contravenciones referidas en el párrafo precedente, la autoridad preventora solo puede proceder al inicio de actuaciones por decisión de un representante del ministerio público fiscal”.

Asimismo, se estableció como cláusula transitoria que: “Hasta tanto se apruebe la autorización a la que se hace referencia en el artículo 81, no se permite la oferta y demanda ostensible de servicios de carácter sexual en espacios públicos localizados frente a viviendas, establecimientos educativos o templos o en sus adyacencias. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales. Se entiende por adyacencias una distancia menor a doscientos metros de las localizaciones descriptas precedentemente. En las contravenciones referidas en el párrafo precedente la autoridad preventora sólo podrá proceder al inicio de actuaciones por decisión de un representante del ministerio público fiscal”.

²² Cabe recordar la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto a que las normas se reputan válidas y que tienen una presunción de legitimidad. En tal sentido, habrá que buscar la interpretación correcta de la norma, descartándose la posible inconstitucionalidad de por sí del tipo analizado (conf. en tal sentido, causa 68/2004, “G, E.M. s. Art. 71 CC”, de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas, que fuera resuelta el 28 de abril de 2004; y causa 69/2004, “Torres, Ingrid s. Art. 71 CC., de la Sala II del mismo tribunal, que fuera resuelta el 13 de mayo de 2004).

la oferta y demanda de sexo en la vía pública? ¿Qué se pretende tutelar con la norma? ¿Resulta ser una figura constitucionalmente válida?

a.- El bien jurídico como forma de interpretación de las normas.

De una primera lectura, la futura reforma pareciera haberse decidido a dar mayor tutela al espacio público y, por consiguiente, a aumentar el volumen de poder punitivo. Ya no exige para su correcta tipificación la afectación a la tranquilidad pública como bien jurídico sino que el abuso del espacio público será suficiente. De ese modo, pareciera el legislador estar más preocupado por la reglamentación del espacio público que por la afectación a la tranquilidad pública. Veremos luego si, efectivamente, ello es así.

Es sabido que en un estado penal liberal no cualquier interés puede ser objeto de tutela a través de su materialización como bien jurídico, sino que éste “solo deberá amparar condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social siendo preciso que tengan una importancia fundamental”²³. Con esto, el Estado tiende a prohibir conductas, en pos de tutelar ciertos bienes que considera trascendentales.

El derecho penal es un sistema de control social, de los mas fuertes,²⁴ pero dentro de un estado de derecho tiene limites en su poder punitivo: no podrá sancionar conductas sin la previa exigencia de un daño, y ese daño debe ser exclusivamente el tutelado por el bien jurídico.

En ese sentido el bien jurídico tutelado no cumple la función de materializar todo interés estatal, puesto que si ello fuese así no tendría ninguna utilidad ni serviría como límite. El bien jurídico debe limitarse a tutelar los bienes que se encuentren de algún modo determinados en la constitución y contra acciones que efectivamente lo dañen. Esto ultimo no es otra cosa que el daño al que hacia referencia Mill en su obra “On liberty”, como forma de contener el poder del estado frente a los individuos y en busca de su presencia en esta figura iremos. Su determinación nos llevara a concluir sobre la validez de la aplicación de la norma en un caso concreto y su ausencia nos hará concluir sobre su invalidez.

²³ Conf. Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Pte. General, Barcelona, 4ta.edición, pág. 92.

²⁴ Si bien la moral y la ética también resultan ser, en algún punto, sistemas de control social, cierto es que no pueden ser amparados por el derecho penal intereses meramente morales (conf. Mir Puig, ob. Cit., pág. 91). En ese sentido intentaremos precisar a través de la teoría Milliana qué requiere un Estado liberal para poder sancionar a sus habitantes.

b.- La exigencia del principio del daño.

A pesar de las visibles contradicciones entre varias de sus obras, Stuart Mill plasmó en el citado libro la piedra basal del derecho penal liberal aunque, habrá también que reconocerlo, la delimitación de sus postulados puede resultar un tanto imprecisa y confusa.²⁵ Clara prueba de ello surge del fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Bs. As., en los autos “León, Benito por oferta de sexo en la vía pública”, en la que, tanto los votos de la mayoría como los de la minoría sostienen la postura de un derecho penal liberal basado en el daño, pero –sin embargo- arriban a distintas conclusiones.²⁶

Stuart Mill intentó, a través de su teoría, limitar el arbitrio estatal, en una época en la que la tendencia del estado a avasallar la esfera de libertades de los ciudadanos era cada vez más notoria. Para ello elaboró el principio del daño, el que surge en forma palmaria del siguiente párrafo: *“el único fin por el cual es justificable, que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección”*, para luego afirmar que *“su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente”*.²⁷

Su principio de la exigencia de un daño para la interferencia estatal en las actividades de los individuos resulta muy claro, erigiendo como pauta la autonomía

²⁵ A la pregunta de qué entendemos por daño, surgen ciertos interrogantes y su falta de precisión es la que provoca que, en determinados casos, se pueda invocar a Mill para limitar el poder penal o para justificar la reacción estatal. Tan es así que Ronald Dworkin, específicamente asentó que la teoría milliana, en términos generales, incluso ha servido mejor a los conservadores que a los liberales (conf. “Tomando los derechos en serio”, Ed. Ariel, España, 2002, pág. 372). De allí se puede fácilmente colegir que la noción de daño resulta ser algo imprecisa y vaga (Tal es la también la opinión de Martín Farrell, en “El derecho liberal”, Ed. Abeledo Perrot, 2002, pág. 147).

Por otro lado, los intentos de limitar su alcance a través de la noción de interés o derecho nos lleva a definiciones tautológicas, que en nada solucionan su indeterminación. Asimismo, de la obra de Stuart Mill se encuentra con facilidad un error metodológico –justificado por la época en que lo elaboró– consistente en considerar moralmente correcta o dejar fuera del plano de la moral a toda acción auto referente. Pero en realidad ello era innecesario como forma de evitar la injerencia estatal sobre las conductas de los particulares, puesto que la falta de daño era el límite requerido para que todo individuo pueda desarrollar libremente sus planes de vida escogidos.

²⁶ El fallo es de fecha 24-10-00 y se encuentra registrado bajo el expte. Nro. 245/00 “León, Benito s. Recurso de inconstitucionalidad. Los Dres. José Casas, Ana María Conde, por la mayoría, basándose en el derecho penal liberal sostuvieron que la presencia del daño consistía en el uso abusivo del espacio público, requiriendo el contenido económico de la prestación. Concluyen que ejercer la prostitución en la vía pública altera la tranquilidad pública, que es el bien jurídico tutelado. Por el contrario, los Dres. Julio Maier y Alicia Ruiz, por la minoría, sostuvieron, en base a la misma teoría política, que no había en el caso daño computable, puesto que el ofertar o demandar sexo no altera la tranquilidad pública ni derechos de otros. Lo que eventualmente altera la tranquilidad pública con ese ejercicio puede consistir en obstrucción de la vía pública, ruidos molestos u otras circunstancias que ya se encuentra prohibidas. Concluye que la norma resulta ser ineficaz para los fines que se propone.

²⁷ Conf. Pág. 37 de la obra citada.

–aunque no mencione tal término en forma expresa- y rechazando toda suerte de paternalismo o perfeccionismo como forma de sancionar.²⁸

Pero para hablar de daño, Mill lo limita al daño no consentido, puesto que cuando existe una “participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos” descarta también la interferencia estatal.²⁹

También descarta la presencia del daño en otros supuestos en que éste resulte indirecto o menor. No se puede admitir como daño que permita la interferencia estatal aquél que esté únicamente basado en nuestras propias preferencias personales.³⁰ Éstos, al igual que los daños consentidos no son suficientes para la intervención estatal. El principio de la autonomía ingresa en ese sector con toda su fuerza.³¹

Pero la presencia del daño no era una pauta suficiente para Mill a los efectos de permitir la interferencia estatal en la autonomía de los individuos. Exigía, asimismo, que la reacción estatal no sea más perjudicial que si ésta no hubiese existido. Es allí, tal como lo afirma Farrell, que en la obra “on liberty” se advierte un “utilitarismo subsidiario”³², que se aplica en aquellos casos en los cuales se ocasiona un daño a terceros.

La existencia de un daño a terceros es una condición necesaria del ejercicio de la coerción legal, pero no suficiente; una vez establecida la existencia del daño a un tercero, la coerción solo se ejerce aplicando el cálculo de utilidad ¿produce

²⁸ Estas últimas, referidas a acciones estatales paternalistas las deja para aquellos individuos que no gozan de la madurez de sus facultades mentales (conf. Pág. 38).

²⁹ Conf. Pág. 40.

³⁰ El iusfilósofo Carlos Nino hace referencia al derecho a la privacidad como aquel ámbito en el cual el Estado no puede interferir con las acciones de los particulares por no afectar a terceros, tal como está contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Expresa que “esas acciones son privadas no en el sentido que no son o no deben ser accesibles al conocimiento público sino en el sentido de que si violentan exigencias morales solo lo hacen con las que derivan de ideales de una moral privada, personal o autoreferente; tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos hacia los demás, sino al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente” (Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, 2002, pág 304).

Asimismo, como advierte que casi toda acción repercute de alguna manera en los demás, descarta cuatro clases de daños que no pueden computarse como justificativo para interferir con la autonomía de un individuo: “a) el que es insignificante comparado con la centralidad que tiene la acción para el plan de vida del agente; b) el que se produce no directamente por la acción en cuestión sino por la interposición de otra acción voluntaria; c) el que se produce gracias a la intolerancia del dañado, y d) el que se produce por la propia interferencia del Estado.” (conf. ob. cit., pág. 307).

³¹ Sobre las preferencias personales solo podemos emitir nuestros juicios desfavorables. Estos “son los únicos a los que debe estar sujeta una persona por aquella parte de su conducta y carácter que se refiere a su propio bien, pero que no afecta a los intereses de los demás en sus relaciones con él. Los actos perjudiciales para los demás requieren un tratamiento totalmente diferente” (pág. 123 y sig.).

³² Conf. Martín Farrell, “El derecho liberal”, Ed. Astrea, 2002, pág. 182.

el sancionar más felicidad que el no sancionar? Es el interrogante que el legislador deberá formularse.

Por último, y a modo de una escueta síntesis, Mill concluye que solo el Estado debe interferir ante daños directos y positivos³³, considerando fuera de la moral a toda conducta que sea considerada como acto autoreferente.³⁴

Las bases del principio milliano que evitan la interferencia estatal y materializan los principios de un liberalismo no deficitario en el plano de la autonomía personal fueron declarados por el constituyente originario en la cláusula 19 de nuestra Carta Magna.³⁵ Sentado ello, habrá que analizar qué daños, eventualmente, puede ocasionar la oferta y demanda de sexo en la vía pública.

c.- Análisis de los posibles daños que podría traer aparejada la oferta de sexo en la vía pública.

No está puesto en duda la existencia del derecho de reunión, de realización de acciones permitidas por no dañar a terceros y que, en nuestra actual conformación social la prostitución es una de ellas³⁶, pero el Estado tiene el derecho también de reglamentar el ejercicio de toda conducta, aún las lícitas, a los efectos de evitar posibles daños a terceros que podrían derivarse de su uso abusivo.³⁷

Igualmente surge el interrogante, desde la moral, respecto de si un estado liberal debe prohibir la prostitución. Y es claro que solo lo puede hacer cuando se encuentren menores en dicho ejercicio –puesto que sobre ellos, tal como lo remarcáramos no cabe hablar de autonomía y si de cierto paternalismo-. Pero no debiera prohibirla cuando es realizada entre dos adultos que consientan. En estos casos no hay daño posible y resultan ser conductas realizadas dentro del plan de vida de cada individuo siempre que se realicen en privado. Pero, aquí surge la pregunta respecto de qué daño puede generar cuando su oferta es en lugar público.

Sobre esta cuestión varios son los daños posibles que se suelen invocar, y a continuación los analizaremos.

³³ Ello por cuanto resulta más limitada la presencia de deberes negativos que de positivos.

³⁴ Conf. Farell, ob. cit., pág. 180.

³⁵ Conf. Carlos Nino, ob. cit., pág. 316 y sigs.

³⁶ Tal como lo hiciéramos saber en la nota 20, del texto de la ley 12.331 surge en forma clara que el ejercicio individual de la prostitución no está penado.

³⁷ En ese sentido, también es claro que la venta ambulante es una conducta esencialmente lícita, pero al ser reglamentada, toda infracción contra la forma en que el Estado la autoriza a realizar, la convierte en ilícita.

c.1.- La desvalorización de las propiedades cercanas e los lugares donde habitualmente se ofertan o demandan servicios sexuales.

c.1.1.- Como es sabido, en nuestra Ciudad de Bs. As., el barrio de Palermo, entre otras, ha sido elegida por los trabajadoras/es del sexo como uno de los epicentros para su actividad, con las consiguientes molestias para los vecinos, ante la falta de una delimitación de una zona roja en donde se puede realizar tal lícita actividad. En ese sentido, uno de los agravios que se debiera analizar es la posible desvalorización de la propiedad que sufren los propietarios de las fincas de la zona donde se asientan quienes ofertan sexo.

Empero encuentro una serie de argumentos que me mueven a considerar que ese daño no puede ser computable a la luz de la teoría milliana, asentada en nuestro artículo 19 de la Constitución, como principio de reserva.

En primer lugar, cabe destacar que si disminuye el valor de la propiedad –cuestión que, claro está, podrá afectar los planes de vida de los habitantes de la zona afectada- no será por causa del ejercicio de la prostitución en si, sino que será imputable exclusivamente a la falta de expectativas del resto de los habitantes de la Ciudad de adquirir una vivienda en esa zona. El principio del daño exige que “la propia conducta interferida debe ser dañosa y no alguna consecuencia posterior que se siga de ella. Si la legislación penal va a interferir con la conducta A, estará justificada en hacerlo solo si A misma es dañosa, no si B lo es y B, de alguna manera, se encuentra vinculada a A”.³⁸

Así como el ejercicio de la prostitución en si es una preferencia personal ajena a la injerencia estatal, el descenso en la demanda en la adquisición de casas en esa zona, no será otra cosa que una de las consecuencias directas de nuestra propia preferencia personal, contraria a vivir en las cercanías de donde se realiza esta clase de actividad, y ello no puede serle atribuido a quienes ejercen la prostitución en la zona.

Habilitar la injerencia estatal en esos casos implica permitir la acción estatal ante cada consecuencia directa de nuestras propias preferencias personales en contra de una minoría, por lo general discriminada por los planes de vida escogidos en contra de la mayoría. Claro ejemplo de ello surge del siguiente ejemplo: si

³⁸ Conf. Farrell, “El derecho liberal”, ob. Cit., pág. 157.

habitualmente se reúnen personas de raza negra, en las inmediaciones de una plaza o en la calle en una zona próxima a viviendas habitadas por personas de raza blanca, posiblemente esto pudiera desvalorizar la propiedad en ese barrio; ello, si se trata de un país con graves problemas de discriminación e integración. Más ese daño no podría ser imputable a las personas de raza negra que se limitan a poner un punto de encuentro, sino que se trata precisamente de una de las tantas consecuencias directas de las preferencias personales de los individuos o de su propia forma de discriminar de parte del resto de la población. Un daño así no puede ser considerado directo de la actividad desplegada por aquellos. Y precisamente por eso, no puede ser un argumento suficiente para permitir la injerencia estatal.

c.1.2.- Por otro lado, si aún fuese equivocado este argumento, aparecen distintas motivaciones de segundo y tercer orden que me hacen descartar a este daño como uno de los computables.

Si se creyera que el daño es igualmente imputable a la acción de quienes ofertan sexo, éste sería atribuible, en el peor de los casos, a todos los que en forma genérica deciden instalarse en la zona a lucrar con su cuerpo, y no a una persona en particular. En tal sentido, he de advertir que no existe aún un gremio que nucleé a los trabajadores del sexo y determine las zonas a ocupar, sino que son decisiones individuales, libres, no agrupadas y adoptadas en forma particular.

De modo que, para determinar si la conducta de un individuo que ejerce la prostitución frente a un domicilio, puede provocar un daño computable a la luz de la teoría milliana plasmada en nuestra carta magna, habrá que precisar si efectivamente esa conducta individual puede disminuir el valor de la propiedad. Y la respuesta es no.

Reconozco que, tal como me lo hiciera saber el Dr. Martín Farrell, en un encuentro de la Maestría de la Universidad de Palermo, el daño podía ser explicado a la luz de la teoría del error en matemática moral de Parfit, en el sentido que si bien una acción no generaba daño, debía computarse el resultado de la totalidad de las conductas realizadas en forma individual –sin un previo acuerdo común- para luego imputar a todas ellas por el daño finalmente irrogado.

Creo, en lo personal, que puede constituir un error trabajar con la teoría de Parfit en el principio de autonomía de Mill.³⁹ Parfit, tal como surge del caso dado, es

³⁹ Es que las posturas de Parfit y de Mill son esencialmente contradictorias. Parfit parte de una concepción ética utilitarista que está dispuesta a pasar por alto a la autonomía. (Ello queda de resalto en el texto “El dilema del utilitarismo: entre la máquina de Nozick y la droga de Parfit”, publicado en

un utilitarista que prioriza lo bueno sobre lo moralmente correcto. Y más allá de la discusión siempre abierta entre deontologismo y consecuencialismo, cierto es que, tal como Farrell lo enseña en su libro “el derecho liberal”, el principio del daño de Mill no resulta ser utilitarista.⁴⁰ Es por ello que no puede valerse de una teoría ética utilitarista para computar un daño, puesto que en ese caso no estaríamos aplicado la teoría de la autonomía de Mill, sino una nueva versión de su obra, pero ajena a él.

Tal como lo dejamos asentado en los capítulos precedentes, Mill tan solo utiliza al utilitarismo en forma más que tangencial. Lo emplea solo como forma de limitar el daño, más no como forma de ampliar los supuestos de daño que habilitan la injerencia estatal. En tal sentido parte desde una concepción en que al ser la autonomía un meta valor, solo se deberá analizar qué genera mayor autonomía como principio correcto –analizado individualmente-, sin que esto, claro está, lo ubique como un deontologista.

Creo que sería un error sostener que Mill partió de un utilitarismo que busca la mayor autonomía, en el sentido de maximizar el mayor número de dicho bien en forma aritmética, porque si ello fuera así debería autorizarse al Estado, por ejemplo, a la detención de individuos pertenecientes a una minoría que no generan daños computables, si ello redundaba en beneficio de una mayor cantidad de personas que se sientan afectados producto de su propia intolerancia. Y en el caso de las personas de raza negra que comentara, debiera siempre concluirse en la presencia del daño, puesto que la penalización en el caso logra más autonomía que si no existiese (al penalizarse la presencia de las personas de raza negra se evitará la disminución del valor de la propiedad en la zona, y esto influirá indirectamente en que éstos puedan mantener sus planes de vida y su autonomía, tal como la tenían diseñada), priorizando la solución de autonomía según la cantidad de personas que se vean afectadas con una u otra solución. Nada más alejado a los planteos de Mill. De

“Ética en las relaciones internas e internacionales”, Ed. Gedisa, pág. 108, en donde Farrell plantea como posible objeción a Parfit el ataque a la autonomía.). Por el contrario, solo el principio de reserva y autonomía del individuo en toda acción que no afecte a terceros es el contemplado en nuestra carta magna.

Precisamente Mill utiliza a la autonomía como forma de evitar cálculos utilitarios que justifiquen una intromisión estatal.

⁴⁰ Cabe transcribir dos párrafos del libro “El derecho liberal” de Farrell, que demuestran que On liberty no parte desde el utilitarismo: “El utilitarista debería favorecer cualquier interferencia con la libertad, siempre que ella produjera el mayor bien; ciertamente no debería favorecer una prohibición absoluta de ciertos tipos de interferencias antes de investigar el bien que la interferencia misma puede causar. El énfasis utilitarista en alcanzar el bien implica que debemos hacer aquello que tenga mejores resultados, incluso si esto abarca la introducción del paternalismo ... es difícil sostener que lo bueno es la felicidad” (pág. 184).

ser así, no habría límites claros contra toda injerencia estatal sobre las conductas de las minorías.

Por todo ello, descarto este contra argumento, y sostengo que los principios millianos parten desde una concepción que se basa en “razones relativas y consecuencialistas, que intentan maximizar la autonomía de cada agente”⁴¹, aplicando postulados utilitaristas al único efecto de limitar la injerencia estatal en casos en que se ha demostrado previamente la presencia de un daño computable. Aunque comparto la idea respecto de que resultaría un error adaptar e intentar etiquetar una teoría que no partió de postulados claramente utilitaristas.

c.1.3.- Por último, como argumento de tercer orden, debo mencionar que si bien Mill hacía referencia a todo daño, sin distinción de clases, el derecho contravencional y el penal si hacen distingo. Estas ramas del derecho presentan la cualidad de presentar un carácter fragmentario y de actuar como “última ratio” a la solución de conflictos. Es decir, solo intervendrán ante los casos más graves. Y siguiendo a Zaffaroni debemos concluir que el pragma típico no es una mera descripción de las conductas prohibidas sino que se exige que presenten lesividad, interpretando ésta de acuerdo al bien jurídico tutelado.⁴² Solo será computable el daño que el legislador haya tutelado. En tal sentido, la desvalorización de la propiedad no ha sido tenido en mira por el legislador penal, razón por la cual, de haber existido, resultaría un daño irrelevante para el derecho penal. Amén que de existir solo podría serle imputado al Estado ante la falta de una correcta reglamentación del ejercicio de la oferta y demanda de sexo en la vía pública.

Pasemos pues a analizar otro daño posible.

c.2.- posible afectación a menores.

El Estado debe tutelar la integridad sexual de los menores, tanto de hechos como de observar aspectos obscenos que no se condicen con la edad de éstos. Pero también habrá de convenirse que si la oferta de sexo en la vía pública se hace a través de exhibiciones obscenas estaremos hablando de otra clase de daño que da lugar al delito de exhibiciones obscenas precisamente, contemplado en el art. 129 del Código Penal.

⁴¹ Conf. Martín Farrell, “Autonomía y consencuencias”, en “Democracia deliberativa y derechos humanos”, autores varios, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 84.

⁴² Conf. Zaffaroni, Slokar, Alagia, ob. cit., pág. 461.

Igualmente, amén de no ser el daño en si tenido en cuenta por el legislador –razón por la que doy por reproducidos los argumentos asentados en el acápite c.1.3-, cierto es que de haberlo sido, habría que probar en cada hecho si algún menor estuvo en contacto con la situación, a los efectos de la subsunción legal de la conducta en la norma.⁴³

c.3.- La afectación a la tranquilidad pública.

La importancia de analizar si la oferta o demanda de sexo en la vía pública genera un daño en la tranquilidad pública radica en haber sido el tutelado por la norma contravencional aún hoy vigente. Pero debemos aún determinar cómo se podrá afectar con esa acción la tranquilidad pública.

En primer lugar habrá que descartar que, por el solo hecho de ofertar sexo en la vía pública, se provoque una afectación a la tranquilidad pública. Esta actividad de por si, de generar un daño, será producto de la propia intolerancia del afectado⁴⁴ –hago referencia a la tolerancia desde la teoría liberal de los valores y no desde la postura de la neutralidad, en la que la tolerancia no juega papel alguno-⁴⁵. Ese daño no puede ser computable, puesto que se trata de una preferencia personal de cómo ejercer sus planes de vida. No puede el Estado interferir en las actividades de un individuo por considerarlos moralmente incorrectos y que afecten a la sensibilidad de quienes no comparten esos planes de vida.

Es claro entonces que, para que el Estado puede interferir estas actividades se exige algo más: el daño no será ya por el hecho de ofertar sexo, sino de cómo se lo oferta. El espacio público puede ser reglamentado a fin de evitar que el abuso de uno perjudique a un tercero en su utilización. Y, en tal sentido, si yo oferto sexo sin afectar la actividad de terceros, no podremos hablar de la generación de un daño. Pero si lo hago a los gritos, tocando bocina en forma insistente para el caso del demandante, desviando el tránsito, parándome en el medio de la calle, realizando

⁴³ Así como considero que el consumo de estupefacientes genera un daño computable que va más allá de las preferencias personales únicamente en los casos en que el consumo es en público y a la vista de menores de edad o de terceras personas que pueden verse afectados en su salud por, verbigracia, inhalar el humo, en el caso de la oferta de sexo resulta exactamente igual. Habrá que determinar en cada caso en concreto cómo se provocó el daño que la norma pretendía evitar.

⁴⁴ Nino afirma que “no pueden computarse para determinar esa afectación los perjuicios que sufren por adoptar actitudes intolerantes o planes de vida que incluyen la ausencia de ciertos comportamientos de los demás sobre la base de su presunto disvalor y no por la mera interferencia con las propias acciones del individuo.” (ob. cit., pág. 307).

⁴⁵ Conf. Martín Farrell, “Privacidad, autonomía y tolerancia”, Ed. Hammurabi, 2000, pág. 205.

actos de alto contenido erótico, o algo similar, si podremos hablar de un daño más allá de las preferencias personales.⁴⁶ En estos casos, la actividad genera una afectación a la tranquilidad pública⁴⁷ consistente en molestar el sueño de los vecinos, el entorpecer el tránsito en la zona, afectar la tranquilidad de quienes no quieren observar tales hechos, máxime si hay menores en el caso, etc.

De no sostener esta postura, debiera llegarse a la conclusión, so riesgo de perder coherencia en los planteos, que si una persona le ofrece a su pareja mantener relaciones sexuales, haciendo el ofrecimiento en la vía pública, esto de por si genera un daño y cabe la interferencia estatal sobre tal conducta.⁴⁸ Y no parece ser esa una interpretación correcta de la norma.

En síntesis, tal como ha sido tutelado el bien jurídico, habrá que probar tales extremos para tener por acreditado el daño necesario para que, a la luz de la teoría milliana, el Estado puede interferir sobre las conductas de los particulares.

c.4.- El uso abusivo del espacio público.

Con la sanción de la ley 1472 se ha determinado una zona para ofertar o demandar sexo en la vía pública, que no podrá realizarse a menos de doscientos metros de viviendas, y a la vez, tal como lo remarcáramos, se ha transformado el bien jurídico tutelado por el que guía el presente acápite. Empero esto solo –ejercicio fuera de la zona permitida- de por si no lo considera suficiente para tener por probado el daño; exige además, para su correcta adecuación al tipo, que la oferta de sexo se

⁴⁶ En un sentido crítico Julio Maier, en el precedente León, Benito menciona que “si en cambio constituyen daños a terceros y por lo tanto podrían ser objeto de prohibición, los ruidos, escándalos o perturbaciones del tránsito o del espacio público en general que tengan lugar con motivo de la oferta o de la demanda de los llamados servicios sexuales, prácticas que, conviene recordarlo, también pueden ser ejecutadas de forma tal que no perturben a terceros con ruidos o desordenes en la circulación. De hecho, si son objeto de prohibición en nuestro sistema jurídico. Muchas de las acciones que en ocasión de la oferta o demanda de sexo implican un daño a terceros están abarcadas ya por otros tipos contravencionales”, entre los que menciona la obstrucción de la vía pública, los ruidos molestos o las exhibiciones obscenas. Concluye que la prohibición de la oferta de sexo en si no persigue la protección de la tranquilidad pública, por cuanto el art. 71 del CC. “imputa un resultado dañoso a la acción más alejada de una misma cadena causal”. “En realidad el daño, de suceder, estaría causado por otras acciones voluntarias que pueden estar relacionadas, desde el punto de vista causal, con ese daño, pero que de modo abstracto, no necesariamente están vinculadas con la actividad prohibida y cuando lo están, el vínculo del daño con la acción prohibida es remoto y meramente circunstancial” (del considerando 4to. de su voto). En el considerando 4to. del voto de la Dra. Ruiz se advierte una línea similar.

⁴⁷ Si bien de las versiones taquigráficas no hay univocidad sobre qué entender por el bien jurídico tranquilidad pública, resalto lo destacado por el legislador Eduardo Jozami, quien manifestó la intención de buscar alguna salida para sortear “las molestias que más ostensiblemente estaban siendo señaladas por los vecinos; que se evitara el escándalo en la calle, las exhibiciones obscenas, la concentración de la gente, los ruidos en la vía pública” (conf. versión taquigráfica nro. 9, pág. 28).

⁴⁸ Del voto de la Jueza Ana María Conde, más precisamente de su considerando segundo, en el precedente “León, Benito”, se desprende que no se exige en la figura la connotación comercial sobre la oferta o demanda de sexo en la vía pública.

haga en forma ostensible, descartando como forma de calificarlo la vestimenta, los modales y/o la apariencia.

De la reforma se erigen varias conclusiones.

En primer lugar, el Estado tiene la facultad de reglamentar toda actividad lícita y aquí ha utilizado tal potestad. De modo que, antes de determinar una zona roja podía existir responsabilidad del Estado por los daños indirectos originados por la falta de reglamentación en su ejercicio.

En segundo lugar, de la letra de la norma se desprende que el propio legislador exige para tener por acreditado el daño algo más que el mero ofertar o demandar sexo; añade que se lo haga en forma ostensible, definiéndolo como algo distinto a la vestimenta, apariencia o modales. Es claro entonces que las exigencias que hicieramos en el punto anterior sobre la correcta interpretación del actual art. 71 de la ley 10 han sido mantenidas en forma expresa en la ley 1472, en la que el legislador dejó a salvo que el daño computable debe ser distinto al que pueda causar la realización de la actividad por la propia intolerancia del dañado. Y en ese sentido la vestimenta, la apariencia o los modales tampoco pueden provocar daño alguno, a no ser, claro está, que sea un caso de falta de vestimenta que de lugar al delito de exhibiciones obscenas al que antes hicieramos referencia.

Es decir, el Estado puede reglamentar las actividades, regular el uso del espacio público y prohibir toda actividad que resulte un abuso del espacio que todos tenemos derecho a gozar. Pero ese daño no puede generarse en forma colectiva sino individualmente, no siendo computable aquél que se genere por el solo reproche moral que se pueda realizar sobre la prostitución en si. En este sentido, es clara la postura de Maier en el precedente antes citado “León, Benito”, al que citara en la nota nro. 26, la que doy en este acto por reproducida.

Contrariamente a ello, en la actualidad existe un proyecto de ley en la legislatura porteña –aún no tratado- que intenta realizar una trascendente modificación al art. 81 de la ley 1472 derogando a su vez la cláusula transitoria que se refiere a la creación de una “zona roja”. En el citado proyecto se penaliza a “quien con trascendencia a terceros ofrezca o demande servicios de carácter sexual para si o para otra persona en todo espacio público”, aumentando las penas en arresto de 3 a 15 días o multa de \$ 200 a \$ 2.000.

Aunque pudiera parecer que la norma tiende –al derogar la creación de una zona roja- a evitar la criminalización de toda oferta o demanda de sexo que se realice fuera de la zona permitida, de los fundamentos se advierte que el sentido del texto va en una dirección contraria. Se pretende sancionar a todo aquel que oferte o demande sexo en la vía pública, sin otra exigencia, porque se considera que esta conducta, de por sí, atenta contra la convivencia y provoca escándalo y molestias a los vecinos.

Sobre este proyecto, a efectos de no ser reiterativo, solo debo remarcar nuevamente la exigencia del principio del daño en un estado liberal y que, como corolario de ello, el Estado no puede interferir en las conductas de los particulares con normas que tengan que ver con un derecho penal de autor, ni con aquellas en las que solo se sancione la realización de conductas sin exigir la comprobación de un daño computable, con las características y alcance que el iusfilósofo argentino Carlos Nino le diera al principio de reserva. Por ello, a pesar de los fundamentos que surgen del proyecto de reforma,⁴⁹ para criminalizar la oferta o demanda de sexo se exigirá

⁴⁹ A continuación transcribo los fundamentos del proyecto de reforma al art. 81 de la ley 1472 y de derogación de la cláusula transitoria.

Fundamentos: “El artículo 81 de este nuevo código contravencional pena la oferta y demanda de sexo en la vía pública cuando es ostensible y si se encuentra en la proximidad de viviendas, establecimientos educativos o espacios públicos. Sostengo que la prostitución debería estar penada en la vía pública, indiferentemente del lugar en donde se realice.

La prostitución en sí, como hecho privado, no puede ser considerada delito. El art. 19 de la Constitución Nacional es claro, se trata de acciones privadas. Cuando alguien comercia con su cuerpo en un marco de intimidad su actividad se encuentra dentro de un derecho constitucional, pero debe ser sancionada en cuanto afecte “el orden y la moral pública”. Esta es la clave de la discusión.

La vida en sociedad exige normas mínimas de convivencia que aseguren y garanticen los derechos de cada uno de sus integrantes, sin desmedro de los derechos de los demás. Se trata de asegurar el derecho de los vecinos de transitar y vivir en la ciudad sin ver afectados sus más caros e íntimos sentimientos. La figura no es la prostitución sino la oferta y demanda de sexo en la vía pública que atenta contra la convivencia y provoca escándalo y molestias a los vecinos.

El crecimiento de la prostitución en Buenos Aires, estuvo dado hasta ahora por la disposición del artículo 71 del actual Código Contravencional que si bien considera como falta la oferta y demanda de sexo en espacios públicos, que es la contravención en sí misma, al estar titulada esa norma “Alteración de la tranquilidad pública”, la justicia porteña requirió para la aplicación de sanciones por la oferta y demanda de sexo, que se produzca la conducta del título es decir la alteración del orden público, cuando debería bastar la mera oferta y demanda en los espacios públicos.

No obstante siguiendo la línea del Código próximo a entrar en vigencia, este proyecto termina incluso por empeorar la situación actual, ya que ya no se pena la prostitución cuando altere la tranquilidad pública sino que solo es sancionada cuando se produzca de manera ostensible en la proximidad de viviendas, templos o escuelas. En definitiva, está permitido alterar la tranquilidad pública lejos de viviendas o escuelas.

Por otra parte, la vaguedad del término “proximidad” no delimita taxativamente donde se puede ejercer la prostitución, encaminando la oferta y demanda de sexo en nuestra Ciudad a la desregulación y libertad de ejercicio absoluto. Si la gran mayoría de los vecinos de la sociedad porteña veía sus derechos afectados por la legislación actual, el nuevo Código no hará más que empeorar en esta materia. Además la norma contiene una contradicción que resulta ser un despropósito, pues se pena la demanda cuando es ostensible pero se determina que no procede la contravención en base apariencia, vestimenta o modales, entonces cabe preguntarse ¿qué otra forma existe de hacer

indefectiblemente un daño provocado no por la propia intolerancia de quien rechaza desde un plano moral el ejercicio de la prostitución, requiriéndose que, de algún modo distinto a la oferta o demanda en si, afecte a terceras personas como se expusiera en los apartados anteriores.

d.- Síntesis.

Tal como ha quedado plasmado, para que se afecte el bien jurídico tutelado en el nuevo Código Contravencional se exige no solo que se oferte o demande sexo en la vía pública fuera de los ámbitos permitidos: es necesario que se lo haga en forma ostensible de modo de afectar el correcto uso del espacio público. Y ello, tendrá una directa vinculación con la exigencia de que el uso abusivo del espacio público impida el ejercicio que otros quieran hacer de él. Por consiguiente, el volumen del poder punitivo estatal solo podrá interferir con las acciones particulares, en los casos en que, tal como ocurría con anterioridad a la reforma, se provoque una afectación a la tranquilidad pública por el uso abusivo del espacio público, que se concrete a modo de lesión en vgr. la normal circulación del tránsito, el descanso de los habitantes de la zona, etc.

Este principio acotante del poder punitivo quedó al descubierto al exigirse el grado con que se debe ejercer la oferta de sexo en lugares no permitidos para que sea subsumible en la norma: se exige que sea ostensible, no criminalizando por la sola vestimenta o apariencia, sino por el daño al espacio público que tal acción pueda provocar, razón por la cual, casi como una forma tautológica, la norma nos obliga a buscar una afectación que tenga que ver con la tranquilidad pública o la imposibilidad de realizar acciones en ese espacio, que no tengan que ver con la propia intolerancia del dañado, o con el reproche moral sobre ese tipo de ejercicio sexual. Tal es la interpretación correcta que se base en el principio de reserva y autonomía de los individuos sobre acciones que no dañen a terceros, que Mill estableciera y que, el derecho liberal, adoptara como piedra fundamental del derecho penal.

ostensible la oferta de sexo? Por la vía del absurdo, y siguiendo la redacción del artículo que se pretende modificar parecería que la forma de hacer ostensible el acto sería, por ejemplo, usando un megáfono.
Por otra parte la cláusula transitoria que se propicia derogar termina reglamentando el establecimiento de las zonas rojas lo cual también resulta una forma de discriminación que terminará atentando disputas territoriales entre quienes están dedicados al ejercicio de la actividad sexual”.

3.- RUIDOS MOLESTOS.

La figura contravencional de ruidos molestos, en cuanto a su núcleo, no trajo aparejadas mayores modificaciones en la reciente reforma, excluyéndose de la norma como resultado típico el de perturbar la convivencia.⁵⁰ Quizás su mayor innovación tenga que ver con lo regulado en el segundo y tercer párrafo: en el que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en forma expresa⁵¹ y se analiza un supuesto especial de atipicidad en determinados supuestos de ruidos provocado por el ensayo o la práctica de música.⁵²

Más allá de eso, la norma mantiene la problemática en lo que respecta a la posible afectación al principio de legalidad. Habrá que delinear, entonces, el alcance de qué se entiende por “ruido molesto que afecte la normal tolerancia”, para la correcta interpretación de la norma en estudio, a los efectos de poder determinar si se trata de una norma “vaga” que afecta su validez o si su enunciado es correcto, a la luz de lo normado por el art. 18 de la Constitución Nacional. Esta problemática que fuera abordada por el Tribunal Superior de Justicia en el precedente “Iwan”, no fue zanjada con la actual reforma al código.⁵³

Intentaré abordar el tema, dando algunas conclusiones personales sobre tales aspectos, de modo de brindar una interpretación acorde a los postulados de todo estado de derecho.

A.- El principio de legalidad y su relación con la figura contravencional.

a.1. Introducción.

⁵⁰ Aunque esta exclusión no parece traer aparejada mayores consecuencias, puesto que la convivencia estaría incluida dentro del concepto más amplio de tranquilidad pública

⁵¹ Por otro lado, el artículo 13 establece genéricamente la responsabilidad de las personas jurídicas. Expresa lo siguiente: “Responsabilidad de la persona de existencia ideal. Cuando una contravención se comete en ocasión del desarrollo de actividades realizadas en nombre, al amparo o en beneficio de una persona de existencia ideal, esta es pasible de las sanciones que establece este Código cuya aplicación fuere procedente, sin perjuicio de la responsabilidad de los autores materiales”.

⁵² En la ley 10, el art. 72 establece: “Ruidos molestos: Perturbar el descanso, la convivencia o la tranquilidad pública mediante ruidos que por su volumen, reiteración o persistencia, excedan la normal tolerancia”. El art. 82 de la ley 1472 reza: “Ruidos molestos. Quien perturba el descanso o la tranquilidad pública mediante ruidos que por su volumen, reiteración o persistencia excedan la normal tolerancia es sancionado con 1 a 5 días de trabajo de utilidad pública o multa de 200 a 1000 pesos. Cuando la conducta se realiza en nombre, al amparo, en beneficio o con autorización de una persona de existencia ideal o del titular de una explotación o actividad se sanciona a éstos con multa de 600 a 10.000 pesos. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de faltas, no constituye contravención el ensayo o práctica de música fuera de los horarios de descanso siempre que se utilicen dispositivos de amortiguación del sonido de los instrumentos o equipos, cuando ello fuera necesario. Admite culpa. Acción dependiente de instancia privada.”

⁵³ Conf. expte. 358/00 “Iwan, Félix Jonás s. Art. 72 del Código Contravencional s. Recurso de inconstitucionalidad”, del 9 de agosto de 2000.

Es sabido que la dogmática penal, esto es, la construcción de un sistema de formulación uniforme para la decisión y resolución de los casos penales que se sometan a estudio, tiende a lograr la predeterminación de las decisiones judiciales. Tal es su finalidad.

Sin ella, la suerte de un estado social y democrático de derecho perdería sentido, puesto que los ciudadanos quedarían a merced de la libre decisión de los jueces.⁵⁴ Es que, desde ese prisma, el derecho penal y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución de cruda lucha contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que, intervienen en un conflicto penal.⁵⁵

Empero, tal cerrojo a la arbitrariedad de los gobernantes y sus órganos de decisión, no es suficiente para lograr una correcta contención y reducción del poder punitivo.⁵⁶ Ya antes de ello, los principios limitadores del derecho penal cobran mayor protagonismo. Me refiero a los principios de culpabilidad, necesidad del derecho penal, dignidad de las personas, reserva y legalidad.⁵⁷

Precisamente, ese último principio, originado en la frase latina de Feuerbach⁵⁸, que, en un primer momento, estaba emparentado con la teoría de la prevención general negativa de la pena, y que luego se abrió paso, desligándose de la misma⁵⁹, resulta ser, quizás, el arma más letal contra toda arbitrariedad estatal, puesto que logra una correcta división de poderes –no permitiendo al juez colocarse en

⁵⁴ Precisamente Ronald Dworkin, a través de su liberalismo igualitario de la integridad evita la libre decisión judicial, al interpretar a la constitución como una práctica social continua y una suerte de suma de principios, de los que el juez debe extraer “la” decisión correcta en cada caso, aún en los denominados “casos difíciles. De ese modo, se puede arribar a la demostración del error judicial (“Los derechos en serio”, ob. cit., pág. 130 y 176). Correlativamente con ello, sin una visión integral del derecho, el principio de legalidad entra en crisis puesto que, ante la diversidad de criterios interpretativos que no siguen parámetro alguno, el particular no tiene manera de motivar su conducta en la norma, y la ley previa pasa a ser una mera manifestación de principios.

⁵⁵ Conf. Winfried Hassemer, “Críticas al derecho penal de hoy”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 20.

⁵⁶ En su nueva obra, Zaffaroni, Slokar y Alagia conceptualizan al derecho penal como la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contienen y reducen el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho, (Derecho Penal, Pte. General, Ediar, Bs. As., 2000, pág. 4.

⁵⁷ Un buen desarrollo de tales principios propios de un estado de derecho podemos encontrar en Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, 4ta. Ed., Barcelona, 1996, pág. 71.

⁵⁸ Me refiero al aforismo “nullum crimen nulla poena sine lege penal”.

⁵⁹ Aconsejamos sobre ello, la lectura de Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, parágrafo 3. Esto no implica enrolarnos en su teoría unificadora preventiva, aunque no la observamos con desagrado (pág. 95).

situación de legislador- y proporciona una suerte de aviso previo al ciudadano, para que se lo pueda juzgar por una infracción a una norma.

Y es más aún, sirve como puente de enlace entre la dogmática penal y los delitos o contravenciones en particular.⁶⁰ Si bien entendemos que ambas materias son partes de una misma rama del saber, el estudio de las normas de la parte especial no ha tenido la misma evolución que la dogmática en si. Ello es fácil de observar: el estancamiento que, hasta hace pocos años, existía en el estudio de los delitos en particular es una clara prueba de ello.⁶¹ Uno también podría mencionar como clara diferenciación hecha por los operadores del saber jurídico, su diferente estudio en materias compartimentadas establecido en las altas casas de estudio⁶². Cabe destacar que, a nuestro criterio, idéntico letargo se observa en el estudio del derecho procesal penal.⁶³

Nótese que se trata de un puente que une la dogmática con la parte especial, en cuanto a la interpretación de todos los tipos penales, exigiendo una predeterminación legal y cierta de la punibilidad.

a.2.- Su alcance.

Como es sabido, el principio de legalidad en materia penal impide, en cierta medida, la arbitrariedad estatal al requerir el dictado previo de una norma prohibitiva para su posterior aplicación, de modo que un individuo no pueda ser castigado por las conductas realizadas con anterioridad a la sanción de una ley.

⁶⁰ Así lo hicimos saber en el trabajo realizado con Verónica Fernández de Cuevas, titulado “El concepto de arma impropia ¿es un límite suficiente para salvaguardar el principio de legalidad? A propósito de la agravante del robo con armas”, que aún no ha sido editado.

⁶¹ Hasta la aparición de la obra “Derecho Penal, Pte. Especial” (Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1999) del Dr. Edgardo Donna, uno debía recurrir a obras que habían sido redactadas hace más de treinta años de efectuada su primera edición, con la consiguiente desactualización de las mismas y su orientación causalista, dejada por la doctrina dominante desde la aparición de la tesis finalista de Welzel. Luego de tal aporte, como una suerte de modelo a imitar, son varias las obras que, en la actualidad se están desarrollando siguiendo esa directriz.

⁶² Si bien en el actual plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires ello no ocurre, puesto que tanto la parte general, especial y procesal está incluido en el mismo programa curricular, ello no es así, por ejemplo, en la Universidad de Palermo -de la que soy titular de cátedra-, en la cual ambas materias se encuentran diferenciadas. Con esto no trato de realizar una crítica hacia uno u otro plan de estudios, sino que, tal vez, su estudio diferenciado, haya aumentado esta diferenciación entre una y otra.

⁶³ Quizás a ello debamos que, al reformarse en el año 1992 nuestro código de procedimiento penal, se haya echado mano a un proyecto similar al Código Italiano de 1930, en vez de adoptar un sistema acusatorio más acorde con nuestro modelo constitucional. Un desarrollo sobre tal aspecto puede encontrarse en Gonzalo Rua, “Acusación y sistema acusatorio. El voto del Dr. Maier, en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Bs. As., reabrió la discusión”, en Revista de Ciencias Penales Contemporáneas, a cargo del Dr. Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2, nro. 3.

El principio de legalidad, vigente en nuestra Constitución Nacional, más precisamente en sus arts. 18 y 19, y art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴, presenta cuatro reglas muy precisas, entre las que debemos destacar, en relación al tópico aquí trabajado, la determinación legal de la punibilidad o ley cierta y, como la contra cara de la misma moneda, la prohibición de analogía. Entonces, nuestra Constitución de neto corte liberal no solo exige la existencia de una ley previa a la conducta, sino que también le impone al legislador que la norma la dicte de la manera más precisa posible, no permitiendo al juez asumir funciones legislativas ante una norma “vaga”, esto es aplicándola en forma analógica.

Correlativamente con ello –como anticipáramos-, se exige de los jueces que dicten sus condenas con clara sujeción a la ley escrita y que, su interpretación no se amplíe en perjuicio del afectado (como prohibición de analogía)⁶⁵ Así, como lo interpreta Zaffaroni, la máxima taxatividad interpretativa dependerá de la máxima taxatividad legal del legislador al definir lo punible.⁶⁶

Centrados tales conceptos y requisitos en cuanto a la exigencia y alcance –dentro de un estado de derecho- del principio de legalidad y su corolario, determinación legal cierta de lo punible, cabe introducirnos al meollo de la cuestión. En la tocante que ahora nos proponemos está precisamente la aplicación del principio de legalidad al tipo penal contemplado en el art. 82 del nuevo código contravencional, en cuanto a la correcta determinación de la normal tolerancia, aspecto que ha tenido en vilo a gran parte de la jurisprudencia y que, es pasible de interpretaciones por demás dispares.⁶⁷ Hacia allí se dirige nuestro aporte.

a.3.- ¿Qué se entiende por “normal tolerancia”? ¿es un elemento que puede ser objetivizado? Problemas relacionados con el lenguaje.

⁶⁴ Incorporados a nuestra Carta Magna, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

⁶⁵ Winfried Hassemer “Fundamentos del Derecho Penal”, pág. 314.

⁶⁶ Zaffaroni, Slokar, Alagia, ob. cit., pág. 104.

⁶⁷ Del citado fallo “Iwan” se advierten dos formas totalmente opuestas de interpretar qué se entiende por normal tolerancia. Por un lado, del voto del Dr. Guillermo Muñoz, surge que el elemento normal tolerancia no requiere ajustarse a los parámetros de la ordenanza 39.025, siendo suficiente con que se ajuste al parámetro o término medio de la sociedad. Aunque me pregunto yo, cómo determinar ese parámetro. Nada más indefinido e impreciso. Por el otro lado, del voto del Dr. Julio Maier se advierte una línea en sentido opuesto, puesto que erige a la citada normativa como la que determina el parámetro regular por el cual medir el volumen del ruido y su tolerancia. Esta postura, como luego sentaré me parece la correcta.

I. Es sabido que, en virtud de las imprecisiones propias del lenguaje, el principio de legalidad no puede dar una solución prolija a toda norma. La interpretación y la analogía se encuentran en conflicto permanente sobre los contornos de su imprecisa frontera. Y, en algunos casos, no nos queda otra alternativa que aprender a convivir con la falta de precisión sobre algunas figuras, en atención a la imposibilidad de la propia técnica legislativa,⁶⁸ producto de la propia vaguedad del sentido lingüístico.

Es cierto que los delitos culposos tienen una indeterminación mayor de lo punible⁶⁹. La violación al deber de cuidado resulta ser un elemento normativo que será rellenado en cada situación en particular. No contrario a ello, en los delitos dolosos que presentan elementos normativos, también nos encontraremos con cierta indeterminación legal, menor que los culposos, pero no por ello puede ser obviada. La

⁶⁸ Se advierte con facilidad cómo las figuras culposas son los prototipos de casos de imposibilidad de la técnica legislativa y de cierta indeterminación legal de lo punible que el legislador no logra una mayor precisión.

A diferencia de los delitos dolosos en los que la conducta prohibida se encuentra determinada por la finalidad del autor, en los culposos se ha dicho, casi con unanimidad, que lo prohibido –violación al deber de cuidado– se encuentra en principio indeterminado. En esta clase de ilícitos, la finalidad que movió al sujeto activo a actuar resulta irrelevante a los fines de la concreta individualización, marcando una diferencia substancial entre la técnica legislativa utilizada para sancionar las conductas prohibidas en uno y otro caso.

Por el contrario, la individualización de la conducta prohibida en los ilícitos culposos, se centra en el mal planeamiento de la causalidad, lo que origina la causación de un resultado lesivo. El fundamento de punibilidad radica en que el autor ha demostrado una actitud de menosprecio hacia bienes jurídicos de terceros (Righi, Esteban- Fernández, Alberto, Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1996, p. 272).

Esa indeterminación que presenta en su génesis toda norma culposa, hace que se las considere como tipos penales abiertos (Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, traducido por Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 157, entre otros), necesitados de una norma de cuidado que los complete o los cierre (Zaffaroni, ob. cit, p. 523). Se trata de una “determinación en dos etapas”, cumpliéndose ambas en el plano de la tipicidad (Zaffaroni, “Tratado de Derecho Penal, Ed. Ediar, 1988, t. III, p. 388).

Pero tal situación resulta inevitable porque es imposible abarcar todas las formas de lesionar un bien jurídico a través de un obrar culposo. Es por ello que la norma penal debe ser completada a través de normas generales que nos sirvan como indicio o referencia para determinar cuál era la conducta debida en la situación en que se encontraba el sujeto activo y cuál la prohibida por ser imprudente o negligente. Cómo delimitar sino en una norma única todos los deberes de cuidado que nos competen en cada encuentro social? Por ello, siendo un problema de indisoluble técnica legislativa, el principio de legalidad quedará suficientemente salvaguardado, siempre que se pueda fijar ex –ante la determinación de lo punible.

Agudamente, Terragni explica que la situación no cambia en caso que la norma sancione al que matare a otro por culpa –tal como lo hacía el proyecto de 1979 (Zaffaroni, Eugenio, Arnedo, Miguel Digesto de Codificación Penal Argentina, Ed. A-Z, Bs. As., 1996, t VII, p. 313)-, puesto que continúa indeterminado cuándo se obra en forma culposa, amén de lo artificioso de la redacción (Terragni, Marco Antonio, El delito culposo, Ruzinzal Culzoni, Bs. As., 1998, p. 62).

Por el contrario, Gunther Jakobs, concluye que los tipos imprudentes no son tipos abiertos, y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. Tanto en uno como en otro, afirma, el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante en concreto a partir de la prohibición de causar (Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, traducción de la 2da. edición alemana, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 388). Su postura se centra en su concepción funcionalista sistémica, en la que realiza una leve distinción entre delitos dolosos y culposos, centrada en que ambas son formas de evitabilidad, en el dolo hay conocimiento del peligro que genera la acción, mientras que en el culposo solo hay cognoscibilidad.

⁶⁹ Conf. Sancinetti, Marcelo, Teoría del delito y disvalor de acción, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1991, pág. 275

función interpretativa resultará crucial, en uno y otro caso, para reducir la indeterminación de lo punible al menor grado posible.

Tal situación deviene inevitable. Si bien se han trazado ciertos métodos interpretativos de las normas para que los jueces den razón de sus fallos⁷⁰, y cumplir con el fin de la dogmática, de lograr predecibilidad en las decisiones judiciales, el derecho colisionará indefectiblemente con el alcance amplio del lenguaje, al no existir un meta valor interpretativo.⁷¹

Los límites son borrosos entre una interpretación válida y otra prohibida, pero a ellos hay que recurrir, tanto en los tipos dolosos como en los culposos, precisamente por esa pequeña pero tolerable indeterminación legal de las normas.

En definitiva en uno y otro caso, lo crucial será la existencia de baremos que nos permitan afirmar ex-ante en cada situación, cuál es la conducta debida. Si ello se logra, el principio de legalidad mantendrá su vigencia en la norma, y la misma será válida.⁷²

Caso contrario, de quedar en manos de cada intérprete, en forma libre, la determinación de qué entender por “normal tolerancia”, habremos dejado estéril una de las herramientas básicas para limitar el poder punitivo. Y la anarquía pasará a gobernar nuestra práctica judicial. En esos casos, quedarán trastocadas las dos funciones concretas que tiene el principio de legalidad: el lograr la **división de poderes**, evitando que el juez se convierta en legislador⁷³; y el de dar un **aviso previo** al ciudadano de lo que se considera delito pasarán a ser postulados inertes como forma de contención a la fuerza estatal. De ese modo, el principio de legalidad también abandonará su función de fomentar **los principios de libertad e igualdad**.⁷⁴

II. Sentado ello, y plasmadas las conclusiones que acarrearía una libre interpretación de las normas, resta por determinar cómo limitar el elemento normativo de la normal tolerancia y si ello es viable.

⁷⁰ Un buen desarrollo de los métodos de interpretación se advierte en Cueto Rúa, Julio César, “Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, pág. 135.

⁷¹ Conf. Hassemmer, ob. cit., pág. 40.

⁷² Es que sin una predeterminación legal previo a los hechos, el principio de legalidad no tiene casi aplicación práctica. Por ello, tal como lo remarcáramos en notas anteriores, la interpretación de Dworkin sobre el derecho como integración zanja la cuestión.

⁷³ Con el consiguiente perjuicio que genera que la determinación de lo punible sea fijado ex post por un órgano contra mayoritario, como lo es la figura del juez.

⁷⁴ Tales principios son protegidos por el principio de legalidad. El **primero** porque al determinarse qué está prohibido, deja asegurado a los habitantes una esfera de libertad reconocida por nuestra Constitución en el art. 19 de la CN.. El **segundo** queda también asegurado porque deja a todas las personas en un pie de igualdad frente al ius puniendi.

Dentro del tipo objetivo de una norma penal, nos encontramos con elementos descriptivos –aquellos que pueden conocerse a través de los sentidos- y normativos –aquellos en los que predomina una valoración y que, por ende, no pueden ser percibidos solo mediante los sentidos-⁷⁵. Que si bien éstos últimos requieren una valoración judicial, cierto es que no se admite una valoración personal (subjetiva) del juez, sino que se debe partir de la existencia de una valoración ético-social, a las que el juez está subordinado.⁷⁶ Tal es el caso del concepto de “ruidos molestos”, el cual para su correcta limitación requiere algo más que una mera y libre interpretación judicial.

Por ello, la circunstancia de que “normal tolerancia” sea un elemento normativo no implica entenderlo como una suerte de cheque al portador del juez que toque en suerte intervenir, que, como adelantara, interpretado de ese modo, desnaturalizaría la función de la dogmática penal; las decisiones judiciales ya no serían predecibles.

Su interpretación deberá ceñirse a lo que esta sociedad entiende por ello, con el objeto de reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la concreta configuración del hecho que se prohíbe.

Para responder tal interrogante, y llegar, en definitiva, a la verificación de la hipótesis de trabajo, no debemos pasar por alto que el límite entre la prohibición de analogía –regla derivada del principio de legalidad- y la interpretación de una norma dentro del marco permitido, es exiguo. Si bien es cierto que las conclusiones entre una y otra actividad son antónimas, en el primer caso la aplicación inconstitucional de una norma, mientras que en el segundo una interpretación válida, cierto es que es difícil trazar dicha frontera de una manera que no sea, si se quiere, borrosa.⁷⁷

Pero en la actual conformación social, el legislador ha sido lo suficientemente claro en determinar las limitaciones sobre el máximo nivel de ruido

⁷⁵ Enrique Bacigalupo, Derecho Penal Parte General, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pàg. 226).

⁷⁶ Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal, Pte. General, 4ta. Ed., trad. Por José Luis Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 116.

⁷⁷ Hassemer aclara que interpretación y analogía son estructuralmente idénticas. Así concluye que “...desaparece la posibilidad de poner un límite a la interpretación con ayuda de la prohibición de analogía. Ese límite no existe; el juez puede disponer de él, se lo debe colocar a si mismo. Aquello que es interpretación prohibida no puede ser determinado fuera de la interpretación, y quien critica a la jurisprudencia en ciertos casos como demasiado amplia no hace más que confrontar su comprensión de la interpretación adecuada del texto con la ajena. La prohibición de analogía no es un límite fijo de la interpretación, ... es tan solo un argumento”, el cual “tiene que ser suficiente, porque no se puede tener más”. (Crítica al derecho penal de hoy, Traducción de Patricia Ziffer, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 40).

tolerado. Precisamente en la ordenanza 39.025,⁷⁸ se ha establecido la regulación sobre el nivel de ruido permitido, atendiendo a diversas circunstancias, días y horarios.

Con esto no se estarán fijando los alcances de una ley penal en blanco, sino que se tratará de un tipo contravencional –penal de menor cuantía- abierto⁷⁹, que ha sido complementado por el legislador con otra norma secundaria. Y tal será un límite infranqueable que el poder punitivo no podrá vulnerar, y que se observa en infinidad de elementos normativos de diversos tipos penales.⁸⁰

De modo que el elemento normativo no podrá desatender la normativa hoy vigente⁸¹ y tal deberá ser el límite para los operadores del sistema. Fuera de esos

⁷⁸ Más precisamente de su sección quinta se establece en cuarenta y cinco decibeles el límite de ruido tolerado, variando según los horarios y los lugares.

⁷⁹ No se podrá objetar a la norma de vaga por falta de determinación de lo prohibido. No se trata de una ley penal en blanco que delega el marco de lo punible remitiéndose a la reglamentación de cada actividad social, sino que las mismas servirán solo como mero indicio o marco de referencia de cuál era la conducta debida.

⁸⁰ Claro ejemplo de ello se advierte de la discusión jurisprudencial que giró en torno a si el antiguo artículo 128 del Código Penal que reprimía a quien realizare exhibiciones obscenas era una norma constitucional o si, por el contrario, resultaba ser un enunciado vago que violaba el principio de legalidad, ante la falta de certeza de lo penalmente prohibido. A favor de la constitucionalidad falló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente Musotto (Fallos 310:1909). En sentido contrario, se advierte el voto del Dr. Campos en el Fallo “L” de la Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal, publicado en la separata del boletín nro. 3 de jurisprudencia de 1985.

Empero se debe hacer una salvedad. En el precedente fallado por la Corte, a diferencia de la figura de ruidos molestos, no había manera de fijar el elemento normativo, a través de disposiciones que cerraran el tipo. Es por ello que, a fin de sostener la constitucionalidad de la figura (cuestión que podría debatirse) debieron remitirse a pautas culturales medias.

⁸¹ Otro inconveniente adicional sobre la interpretación del tipo –aunque no relacionado precisamente con el principio de legalidad ni con los límites constitucionales- se da con respecto a la confluencia entre el tipo contravencional aquí analizado y el tipo de faltas contemplado en el art. 1.3.3. de la ley 451, que sanciona al titular o responsable del establecimiento o inmueble desde el que se produzcan ruidos por encima de los niveles permitidos con multa de \$ 200 a \$ 5.000 y/o clausura y/o inhabilitación de hasta diez días. Si bien su delimitación con faltas no es el objeto de esta ponencia, cabe trazar someramente una línea de distinción a tener en cuenta.

Sobre tal aspecto, considero que en un sistema acusatorio como el que impera en la Ciudad corresponde al Fiscal realizar la interpretación sobre cómo entablar la acción y bajo que régimen hacerlo –faltas o contravencional-. Entiendo que se trata de una determinación que debe reposar en los fiscales -habida cuenta de los diferentes procedimientos que tienen en faltas y en contravencional-, que como dueños de la acción deberán analizar el mérito y la conveniencia de uno u otro. Sobre la misma el juez recién podrá analizar la viabilidad de la acción al momento de dictar su fallo o ante un contradictorio entre las partes, pero nunca antes. Caso contrario, de inmiscuirse en el mérito de la acusación podría resultar desventajoso para la defensa, puesto que en caso de entablarse en forma incorrecta una vez abierto el debate, la acción ya no podrá ser enderezada por el principio de preclusión de etapas procesales. Así lo hice saber en numerosos fallos, entre los que puedo mencionar la causa nro. 60/04 del registro del Juzgado Contravencional y de Faltas nro. 6, a mi cargo, en la que expresé que “si la fiscalía entiende que no se configura contravención alguna y, por ende, no impulsa la investigación y la acción contravencional, no corresponde al suscripto inmiscuirse y analizar las consideraciones, fundamentos y criterios de actuación de la representante del MPF, debiendo accederse a la declaración de incompetencia y remisión solicitadas.” Hecha esta salvedad, se advierte cierta tendencia en el Ministerio Público Fiscal en hacer la distinción según trascienda o no al espacio público. Solo si ello ocurre, consideran, se habrá afectado el bien jurídico tutelado y la acción contravencional será aplicada. Empero, creo que ese criterio puede ser objetado. En primer lugar, la afectación a la tranquilidad pública se da en todos los casos en que el ruido afecta a un tercero, puesto que el mismo, siempre que sea por encima de los decibeles que establece la ordenanza citada, estará impidiendo el uso del espacio de un particular. Siendo ello así, en atención al principio establecido en el art. 10mo. de la ley 451, ante la posible doble sunsunción de la conducta, la ley contravencional desplazará a la de faltas, lo que, por otro lado,

límites, los fines del principio de legalidad –necesidad de advertencia previa y certeza de lo punible- quedarán definitivamente olvidados. La determinación de la ley previa pasará a ser una ficción, puesto que será cada juez quien, ex post facto, fijará el alcance de la ley, trastocando el sentido de ley previa que erigió el constituyente como límite al poder punitivo.

B.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tal como asentara en las primeras líneas de este apartado, en la figura de ruidos molestos se ha establecido un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. No solo se ha legislado en esta figura, sino que esta herramienta punitiva se advierte también en forma expresa en el tipo de colocar o arrojar sustancias insalubres o cosas dañinas en lugares públicos y, en la parte general, en el artículo 13 de la ley 1472.

No obstante la importancia y la trascendencia del presente cambio, no se advierte de la discusión parlamentaria un mayor tratamiento sobre las ventajas y desventajas de esta casuística de responsabilidad.

En el presente trabajo solo precisaré que al haber el legislador efectuado una clara opción de igualar el derecho contravencional con el derecho penal, en cuanto a las garantías se refiere, el análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no podrá obviar tamaña equiparación. Se deberá abandonar el principio *societas delinquere non potest*, y las sanciones administrativas, estableciéndose idénticas garantías que en el derecho penal y la transformación del principio de culpabilidad en atribuidad como uno de los presupuestos de punibilidad requeridos para arribar a una sanción sobre una persona jurídica.⁸² Empero el tratamiento que exige su discusión excede el marco de la presente ponencia y el fin que tuve en mira al escoger el tema de mi exposición, razón por la cual dejaré sentado tan solo el planteo como disparador de futuras discusiones.

juega en beneficio de la totalidad de las partes en el proceso, ya que a través de la homologación y autocomposición pueden arribar a la solución del conflicto que los une, armas que no se encuentran reguladas en el proceso de faltas. Esto último, entiendo, deberá ser una guía a tener en cuenta para la determinación de la ley aplicable, de modo de escoger la ley que resulta más beneficioso para ambas partes y que permite cumplir la misión del poder judicial: resolver conflictos sociales con herramientas aptas para ese noble fin. Tal directriz también deberá ser aplicada ante cada caso de superposición de figuras contravencionales y de faltas, dando por reproducidos estos someros argumentos ante cada caso similar al presente.

⁸² Conf. Righi, Esteban, “Los delitos económicos”, Ed. Ad-Hoc, 2000, pág. 123.

4.- ACTIVIDADES LUCRATIVAS.

a. Introducción.

La ampliación del poder punitivo que trajo aparejada la reforma íntegra de la ley 10 se advierte con facilidad en la presente figura, en la que se sanciona el realizar actividades lucrativas no autorizadas en espacio público o fuera de los ámbitos pre-establecidos.⁸³

La venta ambulante ha pasado de ser una mera infracción administrativa a una norma de derecho penal de menor cuantía, lo que provocaría en la sociedad, por ende, una mayor estigmatización sobre la conducta disvaliosa.⁸⁴

En ese sentido, el derecho contravencional resulta ser el punto medio del segmento de coerción estatal, estando en uno de sus extremos el derecho penal en sentido estricto y, del otro lado, el derecho de faltas que, si bien debe sujetarse a las garantías establecidas en el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad⁸⁵, es claro que algunas garantías se encuentran morigeradas.⁸⁶ De ese modo, el legislador le ha dado

⁸³ Las normas que se refieren a las actividades lucrativas en la ley 1472 son las siguientes: Art. 83 Usar indebidamente el espacio público. Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado con multa de 200 a 600 pesos. Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado con multa de 5.000 a 30.000 pesos. No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria.

Art. 84 Ocupar la vía pública. Quien ocupa la vía pública en ejercicio de una actividad lucrativa excediendo las medidas autorizadas o el permiso de uso de las aceras es sancionado con multa de 400 a 2000 pesos.

⁸⁴ Así como una condena penal, para con su infractor, tiene actualmente en la sociedad una mayor estigmatización que una sanción por la infracción a una contravención, la estigmatización que genera ésta es mayor que la originada por la sanción de una mera falta administrativa, por tratarse del mero grado de reproche estatal. Esta circunstancia que acoto en la presente nota no se trata de un aporte valorativo, sino descriptivo de cómo es tratado o visto en la actual conformación social el infractor de una norma de cada uno de los ordenamientos invocados.

⁸⁵ Así lo establece nuestra Carta Magna, en su cláusula transitoria XII, al expresar que: “La primera Legislatura de la Ciudad, dentro de los tres meses de constituida, sancionará un Código Contravencional que contenga las disposiciones de fondo en la materia y las procesales de ésta y de faltas, con estricta observancia de los principios consagrados en la Constitución Nacional, los instrumentos mencionados en el inciso 22 del artículo 75 de la misma y en el presente texto.”

⁸⁶ Ello se advierte no solo de los supuestos de responsabilidad objetiva como forma de reproche (art. 4to de la ley 451), sino también de la morigeración que presenta el sistema acusatorio en faltas, al dejar a criterio del Ministerio Público Fiscal su actuación o no en la audiencia de juzgamiento y en la defensa no obligatoria. Así, ha sido entendido por el Tribunal Superior de Justicia, entre otros, en el precedente “Transporte 22 de septiembre s. Recurso de queja”, registrada bajo el nro. 141/99 y resuelta el 29 de diciembre de 1999. Una opinión muy fuerte en ese sentido surge del voto del Dr. Guillermo Muñoz, al expresar en el precedente antes citado “León, Benito por art. 71 CC”, al expresar que: “La adopción de una u otra herramienta normativa debe tener en cuenta no solo la conducta a reprimir sino también el tipo de sanciones a aplicar y los sujetos destinatarios de las prohibiciones y mandatos. La articulación de esos tres elementos indicará, en cada caso, qué régimen jurídico (penal o administrativo) resulta conveniente para enmarcar a potestad punitiva. Claro ejemplo de ello lo es la ley 451 que al aprobar el Código de Faltas partió de principios más afines al derecho administrativo”

a la venta ambulante sin autorización o fuera de los permisos concedidos un mayor reproche.⁸⁷

Y en esa línea de mayor poder punitivo se erige la escala penal escogida por el legislador estableciendo una multa de doscientos a seiscientos pesos en los casos de actividades lucrativas sin autorización y de cuatrocientos a dos mil en aquellos casos en que se exceden las medidas autorizadas.⁸⁸

b. Venta ambulante de baratijas.

Resulta claro que, ante la evidente tensión que existe en la Ciudad de Bs. As., en lo que respecta al conflicto entre vendedores ambulantes y comerciantes, se ha dado preeminencia a la posición de los segundos por sobre los primeros, creando la presente figura contravencional.

No obstante la solución de política criminal a la que arribara el legislador local –aumento del poder punitivo- también se advierte que no quiso dejar en situación de vulnerabilidad a quienes encuentran en la vía pública el único medio de subsistencia. Expresamente se dejó fuera del tipo a la “venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria”.⁸⁹

⁸⁷ La relación de subsidiariedad entre el derecho de faltas y el derecho contravencional surge claro del texto del artículo 10mo. de la ley 451, en cuanto establece que la tipicidad de una falta queda desplazada por la tipicidad sobre una norma contravencional.

Sobre los posibles conflictos de subsunción entre la figura contravencional y la ley de faltas, me remito a los argumentos tratados en la figura de ruidos molestos para la determinación de la competencia.

Independientemente de ello, y de que sea el Fiscal quien tenga la responsabilidad del ejercicio de la acción y la conveniencia de ejercerla en uno u otro proceso, cierto es que, deberá dar intervención al Juez de garantías para su materialización, a los efectos de que éste pueda tomar control de la legalidad del proceso y controlar sobre las cautelares que hubiesen sido impuestas. En caso de que el Fiscal desplace la acción contravencional por la de faltas, sin el previo control sobre alguna cautelar impuesta, el resultado será la nulidad de los elementos habidos en la cautelar, ante los diferentes sistemas procedimentales con que ambos cuentan. Así lo resolvieron ambas salas de la Cámara Contravencional y de Faltas (conf. de la Sala I, el fallo “Arrelucea Castillo, Victor s. Infracción al art. 41 CC.” y de la Sala II “Paredes Lopez por art. 41 CC.”, del 10 de febrero de 2004.

Por otro lado, tal como dijéramos, así como el derecho penal tiene una mayor estigmatización que el derecho contravencional, éste lo tiene con respecto al régimen de faltas. Empero esa supuesta mayor gravedad que tiene uno con respecto al otro –de acuerdo a cómo fueron ubicados en el segmento de coerción estatal que delineáramos- no debiera traer aparejada la consecuencia paradójica de llevarnos a la minimización jurídica discursiva de los ordenamientos de menor rigor estatal (conf. Zaffaroni, ob. cit., pág. 169, al referirse a la relación del derecho contravencional y el derecho penal).

⁸⁸ Resulta llamativo que la escala penal fijada para quien tiene algún tipo de autorización pero que se excede de ella sea sensiblemente superior a la fijada para quien ni siquiera tiene autorización. Amén de ello, los montos fijados en la figura contemplada en el art. 83 del nuevo código contravencional parecieran resultar excesivos en atención a la precariedad en la que se suelen realizar las actividades lucrativas sin autorización.

⁸⁹ Conf. art. 83 último párrafo de la ley 1472.

De haber incluido dentro del pragma típico a estos casos, los hubiera dejado en una clara desprotección que, en poco tiempo, posiblemente hubiera sido aprovechado por las agencias estatales para su criminalización secundaria, ante la precariedad de la actividad y su exposición pública.⁹⁰

Por ello, el legislador dividió las aguas y acotó el alcance del poder punitivo ya desde la tipicidad, al excluir los casos de venta ambulante que tienen en mira la mera subsistencia.

Pero surge un nuevo interrogante: ¿cómo distinguir los casos que son de venta ambulante para la subsistencia de los que no lo son? Cuál es el límite entre uno y otro y si el mismo tiene que ver con un determinado monto dinerario son algunos de los interrogantes que nos deja la redacción de la nueva norma. Y nuevamente el inconveniente se genera acerca de la vaguedad de la norma y su posible afectación al principio de legalidad.

Resulta importante recordar que el principio de legalidad no sólo afecta a los tipos delictivos (de la Parte Especial) sino que alcanza a todos los estratos de la teoría de la imputación (de la Parte General).

Más allá de esta paridad que ostentan ante el principio de legalidad las disposiciones generales de la teoría de la imputación y los tipos penales, no debe suponerse que las exigencias emergentes de tal principio son equivalentes en ambos casos.⁹¹

La situación es distinta cuando la vaguedad recae en una norma acotante del poder punitivo –ya sea una causa de justificación o una causa expresa de atipicidad o de limitación del alcance de una norma-. En estos casos, tal como lo dejara asentado en un trabajo anterior,⁹² parte de la doctrina considera que las justificaciones del ámbito de la antijuridicidad o de cualquier norma que reduzca el poder punitivo están -en ocasiones- exceptuadas de la prohibición de generalización o

⁹⁰ Conf. Zaffaroni, ob. cit., págs.6/13.

⁹¹ Jakobs –por ejemplo- plantea una diferencia entre ambas partes del derecho penal. Específicamente expresa que “...*El intento de medir por el mismo rasero la teoría general de la imputación y los tipos delictivos de la Parte Especial, a la vista de las excepciones inevitables a la prohibición de generalización en la teoría de la imputación, hace que se deshaga el principio de legalidad. Pero no solo la presencia de lagunas en las prescripciones legales de la imputación en la Parte General, sino también su imprecisión máxima, en ocasiones, hace necesario distinguir entre la teoría de la imputación de la Parte General y los tipos delictivos de la parte especial;...*”. (Derecho Penal, Pte. General, traducido por Joaquín Cuello Contreras, 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 107).

⁹² Me refiero al trabajo que hiciera con Lisandro Pellegrini, que aún se encuentra sin editar y que tituláramos “Lineamientos del requisito falta de provocación suficiente en la legítima defensa”, en el que asentáramos estas directrices para distinguir el alcance del principio de legalidad en la parte general y en la parte especial..

analogía.⁹³ Esta excepción no solo permite reconocer causas de justificación no escritas, sino también interpretar en forma amplia los supuestos de no punibilidad. Limitar una causa de atipicidad o de justificación escrita es tornar reprochables, los supuestos que, sin dicha limitación, estarían permitidos.

Por ello, la falta de precisión de qué se entiende por baratijas no provocará la inconstitucionalidad de la norma –al ser un elemento acotante del poder punitivo- sino por el contrario, deberá inducir a los operadores del sistema a la búsqueda de la interpretación lo más amplia posible de dicho supuesto –sin escaparnos del texto legal-, aunque, claro está, ello no eliminará su difícil delimitación.

Quien intenta su propia subsistencia realizando actividades lucrativas precarias no debe ser penalizado y a eso tiene que tender la norma. Para determinarlo habrá que acudir a criterios normativos y sociológicos, que deberán atender la situación socio económica del presunto contraventor.

Llevar el peligro cierto a esta figura y probarlo será el desafío que la población pone en los hombros de los Fiscales para poder llevar adelante la acción contravencional. Pero que quede claro que conforme lo establece la Constitución y el art. 1ro. del anterior código contravencional y del nuevo, se exige, al menos, la existencia de peligro cierto, quedando para el proceso de faltas, en donde ello no es exigible, las acciones que no sobrepasen tal umbral.⁹⁴

c. Crítica al proyecto de reforma de ley.

Actualmente se encuentra en la legislatura porteña un proyecto de reforma al art. 83 de la ley 1472 que deroga el tercer párrafo del citado artículo referido a la atipicidad de las actividades lucrativas que, sin implicar una competencia desleal con los comerciantes, tienen por fin la mera subsistencia individual.⁹⁵

⁹³ Roxin, considera que "...las causas de justificación (...) no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho; y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico." (Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Tomo I, pág. 157/8). En una situación similar a la anterior se encuentra Enrique Bacigalupo (ob. cit., pág 137 y ss).

⁹⁴ Claro que, previo a toda remisión a la Unidad de Controladores de Faltas para su juzgamiento, se deberá dar intervención al Juez en toda causa que se encuentre vigente alguna medida cautelar, tal como lo asentáramos en la nota nro. 87.

⁹⁵ En los fundamentos se menciona lo siguiente: "Con relación al artículo 83 sobre el uso indebido del espacio público que tiene vinculación directa con la venta ambulante que más que ambulante es venta ilegal y quienes ejercen la actividad enarbolan, a título de incansable pretexto la falta de trabajo. Se trata de una excusa que en

Entendemos que por las consideraciones que venimos sosteniendo tal criterio no sería el acertado.

Nótese que el proyecto de reforma transformaría a la nueva figura de modo tal que tendería a perseguir a las clases sociales más necesitadas, pero que constitucionalmente interpretada, no debería captar en el sistema de criminalización primaria los casos en que no se advierta un peligro cierto, por falta de conflictividad en el tipo.

En ese sentido, la mención hecha por el legislador en la norma acotando el poder punitivo a determinados casos, se enrola en la línea de la dogmática moderna que tiende a anticipar en el tipo el tratamiento de las causas de no punibilidad⁹⁶ que surgen de los distintos estratos de la teoría del delito.⁹⁷ Es que, de no existir esta cláusula limitativa del tipo –es más aún, de ser derogada por el proyecto de reforma–, su análisis deberá efectuarse necesariamente dentro del marco de las causas de justificación, a los efectos de percibir o descartar la presencia de la justificante de un estado de necesidad, que podría darse en los casos en que la venta ambulante resulte ser el único medio de subsistencia del individuo, sin que tenga otros recursos a su alcance; ello siempre que no provoque una competencia desleal con los comerciantes. Estos supuestos están fuera del marco de tensión entre comerciantes y vendedores

modo alguno justifica la ilegitimidad de sus obstinados comportamientos. Si el desempleo sirviese para convalidar esas extemporáneas conductas contravencionales, por fuerza habría que habilitar todos los espacios públicos de la metrópoli para que los desempleados pudiesen paliar sus necesidades. Pero la modificación que propicio apunta a un aspecto en el que la norma aprobada marca una fuerte contradicción que resulta necesario remediar, dado que si bien en principio el artículo sanciona la venta ilegal y luego agrava la sanción para las organizaciones que son verdaderas pseudo mafias que afectan a quienes ejercer legalmente el comercio.

Sin embargo proponemos eliminar una serie de exenciones que de no eliminarse producirán nuevas dificultades interpretativas así, para despenalizar se habla de “ambulatoriedad” en la vía pública o transportes públicos, es decir el movimiento continuo de quien ejerce la venta, lo cual no es garantía de que el vendedor se establezca en un lugar fijo y se mueva cuando las circunstancias así lo aconsejen. Se incorporó el término “baratijas” que lleva a la necesidad de una interpretación judicial que aclare el concepto de qué baratijas son eximibles de sanción y que cosas no lo serán.

En el mismo orden se despenalizó la venta de objetos de mera subsistencia, lo que en realidad es un eufemismo, porque toda venta, de cualquier objeto, tiene por finalidad el lucro para la subsistencia de quien la está realizando. Tampoco compartimos las exenciones a ciertos artesanos porque la ocupación del espacio público afecta a la generalidad y entre los artesanos también hay organizaciones que regentan puestos de venta de estos objetos, ocupando arbitrariamente los espacios de todos.”

⁹⁶ Entendida no como casos de excusas absolutorias, sino como forma genérica de mencionar a todos aquellos supuestos que –ya sea por atipicidad, presencia de causa de justificación o de inculpabilidad– quedan fuera de captación de la dogmática actual.

⁹⁷ La teoría de la imputación objetiva, en tal sentido, ha sido uno de los elementos que más incidencia ha tenido en esa línea, al ingresar sobre distintos aspectos que, sin ella, eran tratadas en otros estratos posteriores a la tipicidad. No en vano Schunemann en el Congreso Internacional de Derecho Penal llevado a cabo en la UBA. en el año 1996, calificara a la teoría de la imputación objetiva como un pulpo gigante de innumerables tentáculos habida cuenta de su inusual amplitud que abarca cada vez más ámbitos de aplicación (conf. Bernd Scunemann, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, publicado en “Teorías actuales en el derecho penal”, Ad-Hoc, 1997, pág. 220)..

ambulantes que motivara a la creación de la norma. Empero, de momento, el legislador ha sido determinante al no criminalizar esas conductas por falta de daño, tomándolas con una actividad permitida y, por ende, no típica, en el marco de la Ciudad.

d. Su relación con la figura de obstrucción en la vía pública.

Con anterioridad a la reforma que hoy comentamos y que aún no ha comenzado a regir en la Ciudad de Bs. As., los supuestos de venta ambulante –no contemplados como una contravención específica en la ley 10- en muchos casos eran captados por el sistema contravencional a través de la norma de obstrucción en la vía pública que se encuentra contemplada en el art. 41.⁹⁸

En estos casos se consideraba que la conducta se adecuaba al tipo por cuanto, más allá de la finalidad tenida en miras por el vendedor ambulante, se había obstruido el libre paso o circulación de personas en la vereda, siempre que el tamaño de los puestos ambulantes así lo determinase. También era subsumible en el tipo la conducta de algunos comerciantes que utilizaban la vereda como forma de ampliar el ámbito de su local, sin contar con la autorización para ello.⁹⁹ Tal circunstancia hace que tanto a la venta ambulante como a la obstrucción de la vía pública se les haya dado un tratamiento cercano.

Por ello, la sanción en el nuevo código contravencional como figuras independientes de la obstrucción de la vía pública, las de uso indebido del espacio público y la de ocupar la vía pública, originó que la nueva figura que contempla la “obstrucción de la vía pública” sufriera una pequeña reforma, derogándose de la norma y resultando por ende atípica la mera obstrucción de la vereda o del tránsito peatonal,¹⁰⁰ excepción hecha de los casos en que ese resultado sea subsumible en las nuevas figuras antes apuntadas.

⁹⁸ Art. 41 de la ley 10: “Obstrucción de la vía pública. Impedir u obstaculizar la circulación de personas o vehículos por la vía pública o espacios públicos, salvo que sea en ejercicio de un derecho constitucional, y se haya dado previo aviso a la autoridad competente”.

⁹⁹ Ello siempre y cuando la obstrucción de la vía pública fuera al menos parcial (la acción típica es la de impedir –total- u obstaculizar –parcial, pero con cierta duración en el tiempo, de modo de generar algún tipo de lesividad-). Ello por cuanto de acuerdo con el principio de lesividad sustentado en el art. 1ro. del Código Contravencional, para que ambas conductas resulten típicas, se requiere que generen un daño o peligro cierto en el bien jurídico tutelado, esto es, la libre circulación ya sea vehicular o peatonal.

¹⁰⁰ El art. 78 del nuevo código contravencional expresamente dispone: “Obstrucción de la vía pública. Quien impide u obstaculiza la circulación de vehículos por la vía pública o espacios públicos, es sancionado con 1 a 5 días de trabajos de utilidad pública o multa de 200 a 1000 pesos. El ejercicio regular de los derechos constitucionales no

Por ello, actualmente solo quedará alcanzado por el presente tipo contravencional, la obstrucción total o parcial de la vía pública,¹⁰¹ siempre que la figura no quede desplazada por la figura penal contemplada en el art. 194 del Código Penal, de la que se diferencia por la mayor lesividad que genera la figura penal.¹⁰²

5.- CUIDA COCHES.

a. Introducción.

Me ha parecido oportuno el tratamiento y la delimitación del correcto alcance en la presente figura contravencional, en atención a que se trata de una actividad que se observa a diario en la Ciudad de Bs. As. y que su ejercicio, en definitiva, va en desmedro del uso del espacio público de quien quiere estacionar su vehículo, sin intención de abonar retribución alguna por un cuidado no solicitado ni voluntariamente consentido.

La ley 1472, amén de alguna modificación meramente literal de la norma, no ha realizado mayores variaciones más allá de la fijación de una escala penal determinada y de tipificar como agravante la organización de la actividad, lo que denota el interés del legislador por combatir las mafias que se suelen establecer en lo que rodea al cuidado de los vehículos en la vía pública y la “toma” de determinadas calles para lucrar con la actividad.¹⁰³

Es claro que están excluidos del tipo aquellos que gozan de alguna concesión sobre estacionamientos en la Ciudad. Fuera de esos casos, en zonas de libre estacionamiento, se advierte una fuerte iniciativa de parte de las autoridades de

constituye contravención. A tal fin deberá, con razonable anticipación, darse aviso a la autoridad competente, debiendo respetarse las indicaciones de ésta, si las hubiere, respecto al ordenamiento”.

¹⁰¹ Sobre esta norma, en la actualidad, también hay un proyecto de ley que reformaría el art. 78 al siguiente texto: “Obstrucción de la vía pública. Quien impide u obstaculice la circulación de vehículos y o transeúntes por la vía pública, salvo que sea en ejercicio de un derecho constitucional y se haya obtenido autorización de la autoridad competente, es sancionado con 2 a 10 días de arresto o multa de 200 a 1000 pesos. La sanción se eleva al doble cuando la conducta provoque embotellamientos, aglomeraciones o tumultos de tránsito y/o cuando el contraventor utilice elementos que dificulten su individualización, y/o tenga en su poder objetos contundentes o elementos destinados inequívocamente a ejercer violencia.”.

¹⁰² Las mayores diferencias entre la figura contravencional de obstrucción en la vía pública y la contemplada en el art. 194 del Código Penal, radican en la finalidad y en la graduación del daño. Así, mientras que en el tipo contravencional el entorpecimiento se da como consecuencia de un accionar y no como finalidad, en el tipo penal la acción va dirigida –dolo directo- a entorpecer el tránsito como único o excluyente propósito. El grado de entorpecimiento será otra forma de distinguir ambas acciones. Es por ello que en las causas seguidas por manifestaciones públicas fueran abordadas desde el plano del derecho penal, no siendo un caso abordable desde la óptica contravencional.

¹⁰³ El art. 79 establece: “Cuidar coches sin autorización legal. Quien exige retribución por el estacionamiento o cuidado de vehículos en la vía pública sin autorización legal, es sancionado con 1 a 2 días de trabajo de utilidad pública o multa de 200 a 400 pesos. Cuando exista previa organización la sanción se eleva al doble para el organizador”.

la Ciudad de Bs. As. en otorgar autorizaciones para el cuidado de vehículos a quien se registre previamente en planillas que se habilitarían al efecto.¹⁰⁴ En tal sentido, ya ha habido algunas pruebas piloto sobre su implementación.¹⁰⁵

Puede discutirse acerca del acierto o error del Estado local en otorgar autorizaciones legales para los cuida-coches que previamente se registren. Normativizar una actividad que ya se encuentra enraizada en nuestra actual conformación social pudiera parecer “ab initio” un acierto del legislador, a los efectos de permitir a todo individuo la realización de la actividad y evitar que su ejercicio sea usufructuado por las citadas mafias. Y desde ese punto de vista –actividad que por los usos y costumbres ha devenido en una práctica habitual-,¹⁰⁶ habrá que determinar si penalizar a quien no se inscriba o no tenga asignado legalmente un lugar para cuidar vehículos, por el solo hecho de no estar registrado, es una decisión político criminalmente correcta y si tal interpretación se puede derivar del tipo contravencional.

Entonces para concluir si efectivamente el Estado debe reglamentarla, habrá que determinar previamente si esa interpretación es correcta. Así, si la acción típica reprimida es la de “exigir” una retribución por el cuidado de un vehículo, la falta de autorización de quien ofrece cuidar vehículos que fueran dejados en la vía pública no transformará su mera solicitud en exigencia. Su conducta continuará siendo legítima. Fuera de esos casos, por más que el Estado local pueda brindar autorización para cuidar coches en la vía pública, si el pago del servicio a quien se encuentra registrado, se hace a resultas de una previa intimación o exigencia y no en forma voluntaria, la conducta quedará atrapada por la norma contemplada en el nuevo art. 79 de la ley 1472 de la Ciudad.

Por ello, en los casos en que el sujeto activo solo solicite sin una previa exigencia, la comprobación de la autorización o su ausencia para realizar la actividad

¹⁰⁴ Tal como surge de la página web palermonline.com.ar habría en la actualidad dos proyectos tratándose en la legislatura. Uno presentado por la diputada Sandra Bergenfeld, en el que se propone la creación de un registro de identificación de los cuidacoche, en la que podrían ingresar personas mayores de 18 años de edad, que sean nativos o naturalizados argentinos, con al menos un año de residencia en la Ciudad de Buenos Aires y que no hayan sido condenados con sentencia firme por delitos contra la propiedad o contra la vida no excarcelables. A quienes se registren se los identificaría con un chaleco y con una credencial y podrían ofrecer el cuidado de vehículos, quedando a voluntad de los particulares la retribución o no por la tarea desempeñada.

¹⁰⁵ Me refiero a las experiencias labradas con motivo del torneo ATP de tenis celebrado entre el pasado 14 al 22 de febrero del corriente año, en el Buenos Aires Lawn Tennis y a las pruebas realizadas en la Costanera Sur.

¹⁰⁶ ¿Quién puede dudar que, actualmente, en la Ciudad de Bs. As., en las zonas de mayor circulación en los días de semana durante la noche y en todo el fin de semana, se puede observar la presencia de los denominados “trapitos” que ofrecen el cuidado de vehículos?.

de cuidar vehículos será irrelevante a los fines de la correcta tipificación de la conducta, habida cuenta de la falta de realización de la acción típica.

A modo de conclusión parcial, en la actividad de cuida coches, la exigencia de una previa autorización en nada hará variar la posible adecuación de la conducta a la norma, siendo lo relevante la realización o no de la acción típica de exigir. Empero su reglamentación, en algún punto, pudiera ser una herramienta de disuasión sobre las mafias que se suelen afincar en la organización de actividades fuera de un marco legal, de modo de legalizar la actividad, más no en lo referido a la tocante de la determinación legal de la punibilidad.

Sentado ello, habrá pues que delimitar las acciones de solicitar y exigir, para la correcta adecuación del tipo.

b. Diferencias entre las acciones de exigir y solicitar.

Tal como asentáramos en el apartado anterior, la norma solo reprime a aquel que exige una contraprestación por el cuidado de un vehículo dejado en la vía pública, quedando fuera del tipo la mera solicitud u ofrecimiento de un servicio de cuidado.¹⁰⁷

Por exigir se entiende demandar imperiosamente, esto es obrar caprichosamente, despóticamente¹⁰⁸, sin intentar obtener el libre consentimiento del receptor. De la lectura de la norma se advierte que se trata de una figura de peligro que no requiere para su consumación que la exigencia de sus frutos, esto es, que se logre la retribución exigida. Con la sola exigencia el tipo queda consumado.

¹⁰⁷ Ya en el debate parlamentario del art. 42 bis incorporado a la ley 10 por la ley 204 se advierte claramente la distinción entre solicitud y exigencia, quedando solo la segunda de las acciones nombradas inmersa en el tipo objetivo. De la discusión en el cuerpo de legisladores de la ciudad surge que el legislador Fernández Gaido, entre otros, expresó que “hay que distinguir dos situaciones: el pago voluntario del ciudadano –que se hace como gratificación a alguien que estuvo cuidando un vehículo-, y el pago exigido de antemano...” Asimismo sostuvo el entonces legislador Anibal Ibarra que “a nadie se le puede ocurrir intentar sancionar o perseguir cuando uno entrega una propina, entrega dinero, a cambio de algo que aceptó que se realizara. Esto, más allá de las formas y los modos, nunca podría ser materia de restricción legal o de sanción legislativa.” Asimismo del debate parlamentario de la ley 1472 también se observa la opinión de numerosos legisladores que hicieron la misma salvedad, habiéndose discutido incluso en el recinto, la posibilidad de agregar al tipo la mención de una exigencia en forma extorsiva, de modo de disipar toda duda sobre el alcance de la norma. Aunque esa postura no haya tenido acogida favorable, la sola mención de la exigencia como acción típica, deja fuera del tipo la acción de solicitar.

¹⁰⁸ Si bien referido al delito de exacciones ilegales, tal es el concepto que utiliza el Dr. Edgardo Donna, en “Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 349, el cual resulta aplicable a la presente figura al ser la misma acción típica la requerida.

Por el contrario, por solicitar entendemos a toda acción dirigida hacia un tercero, en el cual se ofrece un servicio a cambio de una retribución, buscando el libre consentimiento de éste para la efectiva realización del servicio ofrecido.

Las diferencias conceptuales entre el mero “solicitar” y el “exigir” son claras. Sin embargo, en la práctica esa diferencia se diluye, siendo difícil escindir uno de otro caso, puesto que, por lo general, el cuida coches actúa sugiriendo más no exigiendo en forma expresa.¹⁰⁹ Tal inconveniente probatorio queda de manifiesto en toda figura penal que cambie su calificación según cuál sea la actitud del sujeto activo. Claro ejemplo de ello se advierte, vgr., en la difícil delimitación de los contornos de hecho entre las figuras de cohecho y concusión que aún hoy mantienen en vilo a la doctrina argentina.¹¹⁰

Ya Francesco Carrara, con suma agudeza, hacía notar las dificultades prácticas de distinguir una solicitud de una exigencia. Expresaba, referido al cohecho – que bien puede ser traspasados sus pensamientos al análisis de la figura de cuida coches-, lo siguiente: “Mientras se configure el caso simple y obvio, todo parece fácil; pero no siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular para decirle: “O me das cien pesos o te hago poner preso”, o bien “O me das cien pesos o dicto una sentencia en tu contra”. Estos medios son demasiado bruscos, y por esto son precisamente los más raros. El empleado venal no pide, sino que da a entender que recibiría; no amenaza, pero hace que se tema su poder. Entonces el particular comprende y teme, y ofrece el dinero”.¹¹¹

Pero la diferencia entre una y otra (exigir y solicitar), a pesar de su límite borroso, hoy resulta trascendental: en un caso habrá una conducta típica y en el restante la atipicidad.

Sin embargo, a través de indicios se puede intentar desentrañar en los casos concretos si la conducta del sujeto activo fue una exigencia o no. Para ello es fundamental determinar si el sujeto pasivo ha dado en forma libre y voluntaria su consentimiento, o si por el contrario, éste estuvo viciado por las exigencias del requerimiento del sujeto activo. Creo que en algún punto, en atención a la posición

¹⁰⁹ Tal apreciación fue graficada por Jorge Boerr en una charla en el Juzgado Contravencional nro. 6, en la cual me demostró –con destacados recursos actorales- cómo una misma frase de solicitud podía transformarse en una exigencia o no de acuerdo a la expresión de su rostro.

¹¹⁰ De un mero repaso por los autores más tradicionales se advierte la diferente postura que tienen al intentar encontrar el impreciso límite entre uno y otro. Y ello queda a descubierto en el precedente “Wowe”, en el que tanto el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción interviniente como la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional que intervino consideró que el imputado había intentado arribar a un acuerdo, mientras que sobre los mismos hechos, el Tribunal Oral en lo Criminal interviniente y la Cámara Nacional de Casación Penal entendieron que en el caso había habido una exigencia de parte del sujeto activo.

¹¹¹ Conf. Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogota, 1998, Tomo 7, pág. 120 y sig. Esta referencia es fácilmente trasladable a la figura de cuida coches.

desigual en que pueden encontrarse las partes –entre el que cuida el auto en la vía pública y el que deja estacionado su vehículo, quedando éste desprotegido y expuesto a los posibles daños que pudiera ocasionar aquél, como venganza de la falta de pago-, pueden resultar aplicables los parámetros dados por el Dr. Enrique Petracchi, en el precedente “Fiorentino”,¹¹² para determinar si hubo un consentimiento válido. Me refiero a ciertos parámetros objetivos tales como un consentimiento anterior al pedido de retribución, que sea expreso, obtenido sin violencia o intimidación y con la previa posibilidad de negarlo.

Otro dato fáctico a tener en cuenta como indicio para deslindar la exigencia de las solicitudes es el relativo a que el monto de la retribución haya quedado a la libre determinación del tenedor del vehículo –para el caso de solicitud libremente aceptada-, como así también determinar cuál es el beneficio que el consentimiento le trae aparejado al titular del vehículo. Si se trata de una zona donde se cometen una gran cantidad de ilícitos de o sobre vehículos, éste será un elemento adicional para considerar que se trató de una solicitud libremente consentida por el sujeto pasivo. Por el contrario, si la zona se encuentra sumamente iluminada y con un bajo riesgo de delincuencia, será un indicio a tener en cuenta para descartar la libertad que tuvo el sujeto pasivo al consentir.¹¹³

Que quede claro, todos estos criterios serán sólo indicios a tener en cuenta para poder vencer el principio de raigambre constitucional “in dubio pro reo”.

Pero si bien el libre consentimiento del tenedor del vehículo será suficiente, ante la existencia de un acuerdo de partes, para arribar a la atipicidad de la conducta, el consentimiento viciado de aquél no será suficiente, de por sí, para considerar que el sujeto activo exigió y no solicitó una remuneración. La creencia

¹¹² En el citado precedente, el Dr. Petracchi, expresó en el considerando 8vo. que para admitir un consentimiento válido en situaciones de desigualdad de las partes (en el caso referido a permitir el ingreso de oficiales policiales al domicilio sin orden de allanamiento), debía ser expreso y anterior al ingreso, sin mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negarlo. (conf. Fallos 307:1772).

¹¹³ Sobre la distinción entre el exigir y el solicitar propios de las figuras de exacciones ilegales y cohecho (arts. 266 y 256 del Código Penal) que traen la misma temática que la presente figura, Javier De Luca, como forma de distinguir cuando había habido un libre acuerdo utiliza como indicio la “presencia o no de un perjuicio para el particular”. Si no aparece, hay un acuerdo igualitario y sin consentimiento viciado por el temor (“Cohecho y concusión”, en L.L. 1999-E, pág. 341). Si bien siempre consideré sumamente interesante y novedosa la línea argumental seguida por De Luca, creo que el indicio para determinar la libertad del acuerdo o consentimiento –y que en el tipo comentado determinaría la conducta típica o atípica del cuida coches- no deberá partir desde el perjuicio que pueda sufrir la supuesta víctima, sino de los beneficios que puede obtener con su libre consentimiento. Si el beneficio es la seguridad del vehículo en una zona altamente peligrosa habrá que partir de un libre consentimiento. Y cuanto más insegura sea la zona, más margen queda para el consentimiento válido. Pero que quede claro, se trata tan solo de un mero método indiciario.

errónea del sujeto pasivo –y el consiguiente consentimiento viciado- respecto de la exigencia remuneratoria de quien se encuentra cuidando vehículos en la vía pública no es suficiente para transformar en ilícita la conducta del cuidador. El aspecto subjetivo de la supuesta víctima no puede incidir en el análisis de la conducta efectivamente desplegada por el autor. El reproche que sobre éste cabe no tendrá influencia en factores externos, como puede ser la falsa suposición de la víctima. El reproche solo descansará sobre lo efectivamente realizado por el autor, a los efectos de salvaguardar el principio de culpabilidad. El disvalor de acción es quien gobierna el derecho penal liberal y en esta figura debe ser interpretado de ese modo.

c. El proyecto de reforma de la presente figura. El principio del daño.

Con posterioridad a la sanción del Código Contravencional a través de la ley 1472, tal como venimos remarcando, surgieron numerosos proyectos de reforma a algunas de las disposiciones legisladas. Sobre la presente, se estaría impulsando una reforma que tendería a transformar la acción típica de exigir en una mera solicitud.¹¹⁴

Pero más allá de la dificultad probatoria que presenta en la práctica la figura de cuida coches –que fuera remarcado en el acápite anterior- debemos preguntarnos si puede validamente el Estado sancionar la mera solicitud de una retribución por el servicio de cuidar vehículos dejados en la vía pública en una época en la que reina la inseguridad. Y concomitantemente con ello, cuál es el daño que se irroga con la conducta citada.

Siguiendo los lineamientos del principio milliano del daño, el Estado no puede interferir con la autonomía de los individuos, cuando con su conducta no generen un daño.¹¹⁵ En el caso en que el cuida coches solo solicite una retribución – haya o no acuerdo posterior- no puede irrogar daño alguno con su conducta. Y ello fue puesto de manifiesto, tal como lo asentáramos en la nota nro. 107, en su debate parlamentario. Sobre un ofrecimiento efectuado a la contraparte, ésta tiene la libre determinación de decidir aceptando o rechazando el acuerdo. Si lo acepta, de haber

¹¹⁴ Si bien aún no ha ingresado a la legislatura porteña como proyecto de ley, en distintos medios periodísticos se hecho mención sobre las intenciones de tipificar como acción típica la mera solicitud. En tal sentido, se puede consultar una nota del diario Clarín, del pasado 20 de octubre de 2004. Asimismo, de la página web palermonline.com.ar se desprende la opinión del Subsecretario de Seguridad Urbana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Enrique Carelli, quien pregonaba la transformación de la acción típica de exigir en solicitar. Refirió en una nota allí publicada lo siguiente: “Debe decir, en vez de exigir dinero, solicitar dinero por cuidado de un auto, porque de esa manera ya no se tiene que probar la exigencia, sino solamente el hecho de que ese señor pide plata por algo que está prohibido, en una zona determinada”

¹¹⁵ Conf. lo ya señalado en la nota 27.

un daño, se trataría de uno consentido; de rechazarlo, no ha habido con el mero ofrecimiento daño alguno.

Si la norma tiende a tutelar el uso libre del espacio público, en lo que respecta a los particulares que se ven afectados con exigencias remunerativas ilegales, cuando éste da su consentimiento libremente para el cuidado del vehículo, el Estado no puede interferir en tal acuerdo sin violar el principio constitucional de privacidad, sustentado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Y es más aún, sobre una conducta realizada por dos personas adultas que prestan libremente su consentimiento, con conocimiento de ello, aún si desatendiéramos al principio de reserva, a través de las reglas de la imputación objetiva, debiera reconocerse que si lo que se tutelaba era la libre circulación y libertad de quien estaciona su vehículo en la vía pública, el aporte de la “víctima” en el hecho, dando su consentimiento será un aporte relevante en el contacto social, que provocará la falta de tipicidad de la conducta del cuida coches. En ese sentido estaríamos ante un claro caso en que el propio comportamiento de la víctima es el que fundamente que a él se le impute la consecuencia lesiva.¹¹⁶

Es que, al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles.¹¹⁷ Nótese que estos casos conocidos a través de la teoría de la imputación objetiva como supuestos de competencia de la víctima, no son otra cosa que un anticipo del análisis que en la teoría del delito, se realizaba como casos de consentimiento de la víctima, que provocaban la justificación de la conducta, siempre que se tratara de bienes individuales y renunciables.

Tales son los motivos por los cuales la mera solicitud de brindar un servicio de cuidado de coches no puede ser una pauta suficiente para criminalizarla. Habrá que poner ante esa conducta el freno del principio de reserva y autonomía de los individuos de modo de evitar la criminalización de las clases más desaventajadas que ofrecen sus pocos recursos para subsistir, sin generar riesgos ni daños con su

¹¹⁶ Esta situación si es explicada desde el marco de la teoría de la imputación objetiva deberíamos encuadrarla como un caso de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, en el cual “alguien no se pone dolosamente en peligro a si mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo”, siendo un caso que queda excluido del juicio de tipicidad (conf. Roxin, Claus, ob. cit., pág. 393 y sigs.).

¹¹⁷ Conf. Gunther Jakobs, “La imputación objetiva en derecho penal”, Ad-Hoc, 1996, pág. 36.

conducta cuando está encaminada a lograr un acuerdo de voluntades. O visto desde el otro lado de la relación, si A quiere realizar un donativo por el cuidado que B hizo de su vehículo, el Estado no puede sancionar a B por aceptarlo. Si esto no fuera así, entonces A –al que se le da el papel de víctima- debiera ser entendido como participe de la causación de su propia lesión.

6.- CONCLUSIONES.

Como intenté exponer, la reforma integral al código contravencional a través del dictado de la ley 1472 tiende más hacia la criminalización de conductas que a la solución de conflictos, Ha derogado el decálogo de penas brindando a los operadores del sistema menos posibilidades para lograr la solución de los conflictos que se le presentan, aunque también hay que remarcarlo, dejó algunas herramientas importantes hacia la resurrección de la víctima en el proceso penal.

A su vez se advierte de la integridad del texto la multiplicidad de normas contravencionales que, en muchos de los casos, no parece ser un acierto su inclusión, y que, en su gran mayoría, tienden hacia la criminalización de los sectores menos aventajados.

Empero, habrá de convenirse que la correcta interpretación de los tipos contravencionales debe hacerse desde la perspectiva constitucional, sitiando a todas las normas desde los principios acotantes del poder punitivo para, desde allí, observar cuál es su verdadero alcance. Tal es la misión del juez en el sistema acusatorio: contener el volumen irracional de poder punitivo que se aleje de los principios limitadores de la coerción estatal y, en lo posible, evitar el poder punitivo subterráneo en un procedimiento en el cual aún descansan ciertas prácticas propias del anterior sistema de edictos policiales que, pareciera, por la extensa tradición cultural cuesta aún desterrar.

No es tarea sencilla el erosionar definitivamente esas prácticas que, como producto de nuestra languidez o barbarie, hasta hace pocos años atrás se encontraban vigentes en el sistema de edictos y que aún hoy se encuentran enquistadas dentro del procedimiento de determinadas agencias estatales, siendo que

el fuero contravencional fue siempre el escogido como sitial ideal para la proliferación de normas penales de autor y sin exigencia de lesión.¹¹⁸

Así, en la problemática que tiene que ver con el uso del espacio público en la Ciudad de Bs. As., para poder precisar el alcance de las normas habrá que poner especial énfasis, al principio del daño o privacidad –el que configura la piedra basal del derecho penal liberal- y al de legalidad, entre otros.

El poder punitivo no debiera llegar a los casos en que se oferte o demande sexo sin afectar de algún modo los derechos de terceros con conductas que trasciendan a la del mero ofrecimiento. Con respecto a la figura de ruidos molestos, el control punitivo deberá poner especial énfasis en el principio de legalidad, de modo de evitar interpretaciones amplias y subjetivas que lo lesionen en su corolario de ley cierta o determinación legal de la punibilidad, impidiendo que los particulares puedan efectivamente motivarse en las normas.

Del mismo modo, el poder penal no debiera llegar a aquellos supuestos en que la venta ambulante se realiza por personas carenciadas que encuentran en tal actividad el único medio de subsistencia.

Por último, también deberá contenerse la coerción estatal en los casos en que el particular voluntariamente consienta el pago de una retribución por el servicio de cuidado de los vehículos que se estacionan en la vía pública. No habrá en tales condiciones daño computable que permita la injerencia estatal contra los actos de los particulares.

En síntesis, el análisis que aquí expongo en la presente ponencia se trata de los primeros pasos en el desafío que hoy incumbe a todos los operadores del sistema, consistente en limitar el alcance correcto de las normas contravencionales, y no convertirnos en simples disparadores de un sistema que, incorrectamente interpretado, podría favorecer la criminalización de quienes encuentran en la vía pública la única forma de subsistir, sin que de ese modo, se pueda brindar una solución a los conflictos sociales que son fácilmente perceptibles en nuestra Ciudad.

¹¹⁸ Gustavo Vitale remarca la proliferación de normas que son claros ejemplos de derecho penal de autor en las faltas y contravenciones, en su artículo “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”, en “Teorías actuales en el derecho penal”, Ad. Hoc, 1997, pág. 84 y sig.