

Causa N° 20254-00-CC/2009 "D'Elía, Luis Ángel s/ infr. Art. 78 CC, obstrucción de la vía pública"

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 14 días del mes de mayo de 2010, se reúne la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Marcelo P. Vázquez, José Sáez Capel y Elizabeth A. Marum, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal de Grado, y mantenido por su par ante esta instancia, contra la sentencia dictada el 6/11/2009 por la Sra. titular del Juzgado PCyF N° 21, Dra. Cristina Beatriz Lara que, por los fundamentos obrantes a fs. 380/404, resolvió, en lo que a la impugnación bajo examen interesa, absolver a Luis Ángel D'Elía en orden al hecho por el que fuera acusado en la presente causa.

RESULTA

1. Que en el presente proceso se acusó a Luis Ángel D'Elía de haber organizado, sin dar aviso previo a la autoridad competente, una manifestación que, el 7/05/2009 entre las 10 y las 18 hs., recorrió la Av. Rivadavia de esta ciudad –desde la Av. Gral. Paz hasta el Congreso de la Nación para luego continuar, por Av. de Mayo, hasta la plaza de Mayo– impidiendo y obstaculizando en forma total la circulación de vehículos, como así también haber afectado intencionalmente el servicio público de transporte que debía circular por las avenidas Rivadavia, de Mayo y sus arterias transversales (conf. requerimiento de juicio obrante a fs. 75/9).

La conducta expuesta fue calificada jurídicamente por el acusador público como constitutiva de las contravenciones previstas en los arts. 78 (obstrucción de la vía pública) y 69 (afectar el funcionamiento de servicios públicos) del Código Contravencional (ley 1472) y, en virtud de esa

consideración, solicitó, por los fundamentos que expuso, la imposición de cinco mil pesos de multa y la sanción accesoria de instrucciones especiales consistentes en la asistencia a una actividad académica sobre derechos humanos, seguridad y justicia de esta ciudad.

2. Que, con posterioridad a la celebración de la audiencia de juicio los días 5/11/2009 y 6/11/2009, donde se produjo la prueba solicitada por las partes y se alegó acerca de cuál era el modo en que debía ser valorada, la Sra. Juez titular del Juzgado PCyF N° 21 resolvió absolver a Luis Ángel D'Elía por el hecho que resultó objeto de acusación (fs. 378).

Para sí decidir, tuvo presente que el 6 de mayo de 2009, el imputado en autos dio aviso al Sr. Ministro del Interior de la Nación, Cdor. Florencio Randazzo y al Sr. Secretario de Inteligencia del Estado Nacional, Dr. Héctor Icazuriaga, acerca de que se realizaría una marcha por la Avda. Rivadavia.

La Sra. Magistrada de grado tuvo por acreditada la materialidad del hecho que resultó objeto de acusación sobre la base de los testimonios producidos en la audiencia, de las declaraciones escritas realizadas por los Sres. Ministros del Estado Nacional así como los artículos, fotografías y filmaciones de los medios de prensa y de la fuerza de seguridad nacional.

Asimismo, tuvo por ocurrida la afectación al servicio público de transporte sobre la base de los informes de diversas líneas de colectivos y una empresa de Taxis.

Finalmente señaló que, el propio encartado admitió haber encabezado la marcha en las condiciones de tiempo y lugar que resultaron objeto de imputación.

En oportunidad de asignar calificación legal al hecho que tuvo por acreditado, señaló que Luis D'Elía incurrió en la prohibición establecida por el art. 78 CC aunque, desde la perspectiva analítica de la teoría del delito de la distinguida Magistrada, el autor se halló incurso en lo que dicha teoría denomina "*error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*". Dicho en términos más coloquiales, la Sra. Juez consideró que el Sr. D'Elía *pretendió cumplir con la exigencia de dar aviso previo*,

establecida en el art. 78 CC, *pero se equivocó* acerca del destinatario de la noticia, es decir acerca de quién resultaba ser la autoridad competente.

Ello así pues, a criterio de la Juez, la reglamentación que la Ciudad de Buenos Aires, a través de sus brazos Legislativo y Ejecutivo, efectuó sobre la cuestión referida al “*aviso previo*” (acerca de que se ejercerá el derecho constitucional de reunión y petición en la vía pública) “*resulta deficiente y confusa*” (fs. 397), arribó a dicha conclusión luego de un pormenorizado análisis de la normativa en cuestión (fs. 394 vta./397). La Sra. Juez no albergó dudas acerca de que la realización de cortes de calles o avenidas en el ámbito metropolitano debe ser anoticiada, única y exclusivamente, al Poder Ejecutivo local y no al Gobierno Nacional, conforme lo sostuviera el imputado.

En relación a Luis D’Elía, en ocasión de reflexionar acerca de si el error en que incurrió resultaba *vencible* o *invencible* (es decir, si con esfuerzo, se podía sortear o no), entendió que no resultaba una circunstancia relevante, toda vez que, aún en el caso de que el error hubiese resultado vencible, es decir, que el imputado hubiese podido informarse acerca de cuál resultaba ser la autoridad competente; igualmente, al no haberlo hecho, quedaba excluido el carácter *doloso* de su conducta (es decir el conocimiento y la voluntad de organizar una manifestación fuera del marco legal) y recordó que la prohibición en cuestión no castiga la conducta de impedir la circulación de vehículos por la vía pública por mera negligencia.

Finalmente, en lo atinente a la otra prohibición cuya infracción el acusador público imputó a D’Elía, es decir la prevista en el art. 69 de la ley 1472 (afectar el funcionamiento de servicios públicos), entendió la Magistrada que, toda vez que la prohibición castiga a quien afecta *intencionalmente* el funcionamiento de servicios públicos, resulta necesario que esa alteración sea *el objetivo principal del autor* y que ello no se verificó en el caso pues “*el actuar del Sr. D’Elía tuvo como fin en sí el de marchar por la Av. Rivadavia*” y la afectación del servicio público de transporte, si bien resultó una consecuencia necesaria del acontecimiento organizado por D’Elía, no fue su

objetivo principal y entonces consideró excluida su conducta del ámbito de lo prohibido por esta norma.

3. Que a fs. 408/18 se agrega el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal de grado contra la sentencia absolutoria referida en el párrafo anterior que sostiene la Sra. Fiscal ante esta Cámara mediante su dictamen de fs. 427.

La apelación bajo examen, en resumidas cuentas, se agravia por considerar que lejos de haber actuado en el error en que lo consideró incurso la Sra. Juez *a quo*, D'Elía “*actuó con plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta*” (fs. 408 vta.).

Para demostrar su convicción, el Sr. Fiscal parte de la premisa, sostenida por la mayoría de este Tribunal en el precedente “Dolmann, Francisco Alejandro; Montes, Roberto Andrés y otros s/ infr. art. 78 CC. apelación.”, N° 24093-00-00/07 del 27/03/2009, en cuanto a quo *el aviso previo a la autoridad competente con razonable anticipación*, establecido en el art. 78 CC como supuesto excluyente de la sanción, configura un elemento del tipo objetivo.

Luego de efectuar una reseña del precedente citado, el recurrente señala que ha quedado acreditado que “*no hubo aviso previo que posibilitara a la autoridad competente, en este caso, del a Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevar adelante los recaudos y ordenamientos necesarios previos a la realización de una marcha de características masivas de la organizada por el imputado*” (fs. 411)

Asimismo, el recurrente, propone una valoración de las declaraciones testimoniales producidas en la audiencia de debate poniendo énfasis en la declaración de algunos miembros de la fuerza de seguridad nacional que, a su criterio, darían cuenta de cierta improvisación, de recursos materiales y humanos, en los necesarios trabajos de contención, seguridad y atenuación de los efectos perniciosos de la movilización desarrollada el 7 de mayo del año pasado. Dicha improvisación la adjudica a la circunstancia de que no hubiese existido el aviso previo dirigido a la autoridad local con “razonable anticipación”. Destaca que “*el buen accionar de los efectivos policiales en cumplimiento de su deber no puede ser tomado como una*

eximente de responsabilidad en que incurrieron D'Elía y el resto de los manifestantes” (fs. 411 vta.).

Expone el recurrente los motivos por los cuales no pueden ser considerados el Sr. Ministro del Interior, Cdor. Florencio Randazzo, ni el Sr. Secretario de Inteligencia de la Nación, Dr. Héctor Icazuriaga, como la autoridad competente referidas por la norma e invita a este Tribunal a descreer que los Sres. Ministros de la nación hubiesen señalado al imputado que no tenía otro requisito que cumplir al respecto más que darles aviso a ellos, tal como afirmó el imputado. Del mismo modo, argumenta que el aviso efectuado a través de medios masivos de comunicación tampoco puede ser considerado como eximente de la configuración de la conducta prohibida.

En síntesis, afirma el recurrente, que no resulta posible asignar crédito al referido desconocimiento de D'Elía acerca cuál resulta ser la autoridad competente a la que corresponde formular el aviso previo, ello así debido a las continuas e históricas manifestaciones que según, el propio imputado, viene realizando hace años. Señala el recurrente que, a raíz de esa experiencia del imputado, y de sus contactos con autoridades públicas nacionales –donde además fue funcionario durante el año 2006-, provinciales y municipales, se ha mantenido continuamente informado de la realidad nacional política e institucional a partir de lo cual no puede resultar creíble la circunstancia que desconocía que debe ser la autoridad local aquella a la cual debe dar el aviso previo establecido por la norma en cuestión.

Para demostrar la mendacidad del imputado recuerda el recurrente que, al finalizar la audiencia, sostuvo D'Elía: *“jamás va a pedirle al jefe de gobierno local permiso para llevar adelante una marcha o protesta”* (acta de audiencia, fs. 377).

Finalmente, afirma el Fiscal, aún cuando se lo excuse, como se hizo, de cumplir con el requisito de aviso previo, quedó demostrado en la audiencia que el imputado no habría respetado las indicaciones que la policía federal efectuara el día de la movilización. Ello, a criterio del recurrente, exterioriza *“voluntariedad contraria a la norma”* (sic, fs. 417).

En lo atinente a la imputación referida a la infracción al art. 69 CC, el recurso de apelación reproduce los fundamentos vertidos por la Sra. magistrada de grado sobre la base de los cuales descartó su configuración para posteriormente dirigirles una breve crítica. Postula el recurrente, sobre la base de ejemplos teóricos elaborados por doctrinarios penales alemanes y españoles, que merecen el mismo trato los casos en los que el resultado es objeto de la “auténtica intención” del autor que aquellos otros en los que ellos aparecen como “consecuencias necesarias”. Señala que las finalidades perseguidas por el imputado, a su criterio erróneamente escindidas por la Magistrada de grado, “viven unidas por una situación de hecho ya determinada y asumidas en la voluntad del imputado” (fs. 418 vta.).

4. Que, a fs. 440, luego de que la asistencia técnica solicitara que no se conceda el recurso Fiscal (fs. 428), se agregó el acta que documenta la audiencia de conocimiento que mantuvieron los integrantes de este Tribunal con el imputado.

El Dr. Marcelo Pablo Vázquez dijo:

PRIMERA CUESTION

El recurso de apelación ha sido interpuesto fundadamente por el acusador público de primera instancia en la oportunidad prevista por el art. 50 ley 12, asimismo fue sostenido, en su oportunidad, por la Sra. Fiscal ante esta Cámara. Ello, lleva a afirmar que el mismo resulta formalmente procedente para estudiar los agravios que contiene.

Las objeciones efectuadas por el Sr. Defensor particular del imputado, Adrián Daniel Albor, a la procedencia del recurso no resultan atendibles. En efecto, para el eventual caso que este Tribunal hiciese lugar al recurso de apelación Fiscal y, de conformidad, dejase sin efecto la sentencia absolutoria y dictase nueva sentencia conforme a derecho, en ejercicio de la competencia conferida por el art. 51 ley 12, existe un recurso de apelación ordinario, tan amplio como el que aquí se estudiará, que autoriza la revisión de

dicha eventualidad. Dicho recurso aparece regulado en el art. 290 CPPCABA y resulta aplicable en virtud de la remisión que efectúa el art. 6 ley 12.

SEGUNDA CUESTION

Arriban a mi consideración los agravios contenidos en el recurso de apelación bajo examen dirigidos contra el punto resolutivo I de la sentencia cuyos fundamentos obran en la resolución de fs. 380/404 que decidió absolver a Luis Ángel D'Elía en orden al hecho que resultó objeto de acusación en los presentes actuados.

Recordemos que la acusación formulada en autos contra el Sr. Luis Ángel D'Elía consistió en haber organizado, sin dar aviso previo a la autoridad competente, una manifestación que, el 7/05/2009 entre las 10 y las 18 hs., recorrió la Av. Rivadavia de esta ciudad –desde la Av. Gral Paz hasta el Congreso de la Nación para luego continuar, por Av. de Mayo, hasta la plaza de Mayo- impidiendo y obstaculizando en forma total la circulación de vehículos, como así también haber afectado el servicio público de transporte.

Asimismo, debe tenerse presente que, tal como señala el recurso Fiscal que nos convoca, la Sra. Juez ninguna duda tuvo en tener por acreditada la materialidad del hecho imputado tal como se refirió en el párrafo anterior, sobre la base de los testimonios producidos en las audiencias así como de los artículos, fotografías y filmaciones de los medios de prensa y de la fuerza de seguridad nacional.

En rigor, aquí, la cuestión principal a dilucidar reside en si, tal como afirma la Sra. Juez de grado, resulta creíble que Luis Ángel D'Elía desconociera que la autoridad competente, a la que debió dar aviso acerca de que iba a organizar una manifestación masiva, era la propia de la jurisdicción donde ella iba a llevarse a cabo (es decir, el Gobierno de esta Ciudad) o si, por el contrario, ello resulta, entre otras cosas, un intento argumental del imputado para evitar la aplicación de la sanción prevista en el art. 78 CC.

A fin de realizar un análisis pormenorizado de la cuestión, no resulta ocioso que recuerde aquí y amplíe las consideraciones que expuse en el voto que suscribí, junto a la distinguida colega Elizabeth A. Marum, en el precedente “Dolmann, Francisco Alejandro; Montes, Roberto Andres y otros s/infr. art. 78 CC. apelación.”, n° 24093-00-00/07 resuelto el 27/03/2009, acerca de los requisitos que exige la prohibición contenida en dicho artículo para la procedencia de la sanción solicitada por la acusación pública. También, lo expuesto en la causa n° 40373-00-CC-08 caratulada “Wald, Julián; Vargas, Malvina Patricia y otros s/ inf. Art. 78 CC- Apelación”.

1. Acerca del derecho a la protesta social y a transitar libremente por el territorio de esta Ciudad.

Señala Roberto Gargarella que el derecho acostumbra a maltratar a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar. De esta manera, el derecho traiciona su postulado básico de tratar a todos como iguales. En ese esquema, se entiende que el derecho a protestar constituya para algunos “el primer derecho”; es decir, el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos (Gargarella, Roberto “El derecho de protesta: el primer derecho”, Editorial Ad Hoc, página 19 y ss.).

Sin adherir absolutamente a una visión tan apocalíptica, considero que el problema se acrecienta cuando varias de esas afirmaciones coinciden con la frustración tanto de quienes cortan una calle para protestar en reclamo de políticas sociales, o de aquellos que toman una fábrica para no perder su fuente de trabajo; cuanto de quien o quienes ven impedida la libre circulación como consecuencia del reclamo de los primeros o restringido su derecho de propiedad en caso de los segundos.

La respuesta del Estado, entonces, no es ni puede ser unidireccional, ya que de lo que se trata es propender al bien común o interés general. Entonces, la exigencia debe ser que el Estado atienda el reclamo de unos y disminuya la afectación de los derechos de los otros.

Ese es el equilibrio esperable en una sociedad justa y en el marco de una convivencia pacífica.

El Estado debe ser consiente que la insatisfacción de los derechos básicos, cuanto la desigualdad manifiesta, dispara muchos otros conflictos que aportan a la división de nuestra sociedad.

Así, emerge como un valor esencial el derecho a la libertad de expresión de expresión, que contiene al de protestar y al de criticar a las autoridades.

Ese valor es común a toda la sociedad, o dicho de otro modo, que la “protesta social” no es exclusiva de ningún sector. Como bien se señala, con la irrupción de nuevos actores sociales y la desarticulación del sindicalismo como principal agente de movilización, el “espacio público” (ruta, calle, hospital, fábrica, plaza, etcétera) es utilizado tanto por obreros clásicos, docentes, productores rurales, empleados estatales y del sector privado, desocupados organizados, universitarios, vecinos auto convocados, ambientalistas y diversas organizaciones, para hacer visible sus inquietudes y reclamos (Favaro y Aiziczon, “Al filo de la cornisa. La resistencia obrera en la fábrica Zanón, Neuquén”, IADE-Revista Realidad Económica N° 197, versión online).

Esas “nuevas” formas de protesta social llevadas a cabo por la extensa e incompleta lista de “nuevos” actores sociales, resultan más o menos tolerables (cuando no, más o menos “legales”) según la visión y situación de los restantes integrantes de la sociedad argentina.

Entonces, como primera conclusión, debo decir que hoy día no es sorpresa para cualquiera de nosotros convivir cotidianamente con piquetes, cortes de rutas o calles, cacerolazos, tomas, escraches, carpas y/o otras modalidades de protesta. De igual manera, que no todas las protestas y quienes las llevan a cabo generan idénticas antipatías como tampoco similares reacciones a través del derecho por parte del Estado.

Ahora bien, el respeto por la diversidad es un rasgo característico tan propio de la democracia, como lo es que en una democracia representativa el único modo con que cuentan los ciudadanos para cambiar el rumbo de las cosas es la de protestar y quejarse frente a las autoridades. Aún así, las consecuencias que el ejercicio de ese derecho provoquen a terceros, afectando otros derechos como el de transitar libremente, lejos de colisionar indefectiblemente pueden compatibilizarse. En otras, como señaláramos en los precedentes Dollman y Wald, en rigor no hay colisión de derechos fundamentales porque ese presunto conflicto se encuentra resuelto por la propia ley.

Es decir, no hay oposición absoluta entre estos derechos que deba ser resuelta priorizando uno por sobre el otro. Ese presunto conflicto debe encontrar solución en nuestro ordenamiento jurídico que se sienta sobre las bases del sistema constitucional y no corresponde volver a abandonarlo pues, tal como lo aprendió nuestra República en su carne propia, la ley fundamental es la primera y última garantía de una convivencia pacífica en la que cada ciudadano, o grupo de ellos, puede hacer valer intereses, que tantas veces se encuentran confrontando en nuestra compleja sociedad.

Las manifestaciones pacíficas y ordenadas en la vía pública que producen afectación en la circulación del tránsito, *por sí mismas* nunca podrían constituir contravención, pues el derecho de protesta se encuentra reconocido por nuestra Constitución como corolario del sistema democrático de gobierno adoptado.

La doctrina lo considera o bien implícitamente incluido en el art. 22 CN –interpretado contrario sensu– (Gonzalez, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina 1853-1860, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, La Ley, 2001, p.175; Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Ediar, 2002, p. 65), o uno de los derechos clásicos implícitos del art. 33 (Quiroga Lavié en); o bien como integrando el derecho de peticionar a las autoridades establecido en el art. 14 CN que asume los caracteres del de reunión cuando la petición se hace colectiva.

2. *El aviso previo a la autoridad competente como reglamentación razonable del derecho de protesta*

La propia ley contravencional, casi redundantemente, establece que “[e]l ejercicio regular de los derechos constitucionales no 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” (art. 78, ley 1472).

Esta última exigencia normativa funciona, en nuestra Ciudad, como reglamentación del ejercicio regular de tales derechos, de modo que la licitud o ilicitud de la conducta prevista en la primera parte de dicha norma está determinada por el modo en que se lleva a cabo el ejercicio del derecho.

En efecto, el derecho a la protesta, como cualquier otro, puede ser objeto de reglamentación razonable, con la finalidad de mantener el orden y la seguridad en el tránsito de personas y vehículos, como también para garantizar una convivencia social pacífica, objetivos que justifican e imponen la razonabilidad y regularidad de su ejercicio (art. 14 CN).

Así las cosas, la exigencia de *aviso previo a la autoridad competente* no implica el desprecio a un derecho –de petionar y de reunión- en pos de otro - libertad de circulación-, sino que se trata de una exigencia de sencillo cumplimiento y de grandes beneficios.

Adviértase que en aquellos países donde la legislación requiere *autorización previa*, se consideró constitucional dicha exigencia en tanto se limitara a analizar el tiempo, lugar y modo de realización de la protesta para la conservación del orden público; de modo tal, que sólo aquellos rechazos arbitrarios del permiso requerido se consideran lesivos de los derechos de reunión y libre expresión (“Cox v. New Hampshire” 312 U.S. 569). Por consiguiente, comparando lo citado precedentemente con los requisitos establecidos por el legislador local para dispensar de reproche contravencional a quien lleve a cabo la conducta tipificada, aparece razonable la exigencia del

mero aviso previo a los efectos de garantizar el orden público y de evitar la lesión de otros derechos de terceros, también garantizados por la Constitución Nacional y local.

En efecto, la CSJN ha dicho que no existen derechos absolutos en la Constitución Nacional (Fallos 304:319 y 1293; 312:318) y que todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución (Fallos 311:1439; 254:58), con los derechos de la comunidad (Fallos 253:134) y con los deberes que aquella establece (Fallos 304:1525).

Desde tal perspectiva, se observa que en relación a la norma en análisis, la reglamentación tiene por objeto asegurar el orden y la seguridad pública, y mucho más ampliamente, persigue la obtención del bien común o bienestar general de la población, pues apunta a que se recaben las medidas adecuadas para preservar la seguridad. De allí que tal exigencia de aviso previo a la autoridad competente es, por un lado razonable (por ser proporcionada a los fines que pretende obtener) y, por otro, ha sido la alternativa menos onerosa posible para el derecho que restringe, teniendo en cuenta que no exige ni siquiera una autorización de la autoridad competente, apenas un simple aviso (art. 28 CN).

Vale señalar que la doctrina del foro público admite exclusivamente regulaciones de tiempo, lugar y modo, pero nunca de contenido en tanto supondría el cercenamiento del derecho que se busca proteger.

Al respecto, se ha distinguido entre reuniones públicas en lugares cerrados y reuniones públicas en lugares abiertos, exigiéndose para la primeras un mero aviso a la policía (Doctrina de la Corte en los casos Moreno Dono - Fallos 196:644; 207:252-) y para las segundas autorización policial (Quiroga Lavie, Humberto, Derecho Constitucional, Depalma, 1987, p. 161). Sin embargo, el legislador ha optado por reglar del modo menos lesivo este derecho.

El aviso exigido debe ser complementado con la observancia a las indicaciones de la autoridad respecto al ordenamiento del espacio público. Siguiendo la doctrina doctrina norteamericana que equipara la vía o espacio público con “foro público”, en la inteligencia que justamente son las calles y

parques los lugares especialmente privilegiados para la expresión pública, y así ha sido utilizado desde tiempos inmemoriales (“Hague v. Cio”, US 496 [1939] y “Scneider v State” US 147 [1939], citados por Gargarella, Roberto, ob. Cit., página 27), el mero permiso garantiza el ejercicio del derecho y la facultad otorgada al Estado para “ordenar”, lejos de limitarlo, posibilita la compatibilización con otros de la que hablaba precedentemente.

Con lo expuesto, se advierte que la afirmación efectuada por el Sr. D’Elía al finalizar la audiencia de juicio en cuanto que “*jamás va a pedirle al jefe de gobierno local permiso para llevar adelante una marcha o protesta*” (fs. 377) se trata de una negativa a cumplir con aquello que ni siquiera la propia ley manda.

La negativa a dar aviso con suficiente antelación, como lo exige la norma, lejos de estar dirigido hacia el ocasional jefe de gobierno, afecta a la soberanía del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que a través de sus representantes, en el marco de un sistema republicano y representativo, se dio sus propias reglas.

La obligatoriedad de esas normas deriva de la circunstancia que el derecho es en sí mismo “un valor axiológico. Es decir, el Derecho no es bueno porque es Derecho, sino que es Derecho porque es bueno. Debemos, pues, acatamiento al Derecho porque el Derecho es un bien moral y ético. Esto significa, además, que el fundamento último del Derecho está en una esfera ajena al Derecho, la esfera de lo axiológico, fundada a su vez en la conciencia racional y en la libertad” (Cofré, J. O. “Sobre la naturaleza del discurso jurídico. Análisis fenomenológico”, Revista de derecho [Valdivia] de la Universidad Austral de Chile, Vol. I N° 1, diciembre 1990, pp. 19-34).

Por lo demás, no parece adecuado ni realista, reducir la cuestión a la afectación al derecho a la libre circulación, cuando otros derechos potencialmente pueden verse lesionados.

Qué argumento válido puede justificar la lesión al derecho a trabajar provocada a muchos ocasionales transeúntes, que en su mayoría no circulan en sus propios automóviles sino que lo hacen utilizando los servicios

públicos de transporte. En ese grupo, por lo general, se integran seres de todas las clases sociales.

Tampoco puede soslayarse la metodología utilizada. Cruzar la ciudad de contramano por la arteria que la atraviesa al medio en toda su extensión territorial, significa potenciar y multiplicar el perjuicio. Las consecuencias son diametralmente opuestas a las argumentadas, esto es que la afectación fue menor por la circunstancia de demorar alternativamente a quienes circularan por la zona en la que avanzaban las columnas de gente. El ejemplo más claro de la multiplicación de afectados surge claramente de los informes de las empresas de transporte.

La imposibilidad de facilitar al Estado la previsión de estas consecuencias mediante aviso previo suficiente y respeto por el ordenamiento de la protesta, concluye paralelamente en el desprecio por los derechos del resto de los ciudadanos de Buenos Aires, de todas las clases sociales incluyendo trabajadores y desocupados, propietarios de vehículos o usuarios de transporte público, y en la afectación al bien jurídico protegido.

En resumen, posibilitar la protesta mediante un cauce ordenado de la misma no implica restricción de derecho alguno sino un ejercicio legítimo del mismo que excluye la tipicidad. La inobservancia de la norma supone considerar, a los efectos de establecer responsabilidad contravencional, la existencia de vías alternativas idóneas de expresión que pudieron ser desechadas. Cuanto mayor sea la dificultad para hacer audible la voz o visible el reclamo, menor reproche puede ser formulado. En ese sentido, resulta esclarecedor lo señalado por el juez Brennan para defender el derecho de un grupo de manifestantes que eran acusados de bloquear el tránsito vehicular en la ciudad, en cuanto a que “los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para [expresar sus ideas] a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos” (“Aderley v. Florida”, 385 US 39 [1966], voto disidente; citado por Gargarella, Roberto, ob. cit. Página 31).

3. La autoridad competente a la que debe formularse el aviso previo y la cuestionada afirmación de que el Sr. Luis Angel D'Elía desconocía dicho extremo

Desde el año 1994, por imperio de la reforma constitucional, esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee facultades de legislación y jurisdicción y su Jefe de Gobierno es elegido directamente por el pueblo de esta Ciudad (art. 129 CN). Su primer Jefe de Gobierno asumió en el año 1996, hasta la actualidad, fue sucedido por mandatarios de diverso signo político de conformidad, como no podía ser de otro modo, con la forma republicana y representativa de Gobierno (art. 1 CCABA, art. 5 CN). La Convención Constituyente porteña nos dio nuestra carta fundamental el 1/10/1996, ella fundó nuestras instituciones legislativas y judiciales a fin de dar cumplimiento con el mandato de la Constitución Nacional.

En resumidas cuentas, hace alrededor de catorce años que esta Ciudad asumió la responsabilidad del ejercicio de su Gobierno autónomo establecido en la Constitución Nacional. Sin que sea esta la ocasión de hacer un balance del acontecimiento institucional en desarrollo (señalando las materias aún pendientes en el proceso autonómico), a muy pocos podrá admitírseles, seriamente ya, que todavía desconozcan que el Gobierno de esta Ciudad ejerce la autoridad sobre el territorio en que, además, se asienta la sede del Gobierno de la Nación.

No tengo dudas que a una persona con alto el nivel de instrucción, la participación institucional y la experiencia del Sr. Luis D'Elía es plenamente conciente que el Gobierno de la Ciudad resulta ser la autoridad competente para resolver las cuestiones no federales suscitadas en su territorio. Su afirmación ya citada en cuanto que “*jamás va a pedirle al jefe de gobierno local **permiso** para llevar adelante una marcha o protesta*”, confirma esta hipótesis.

En esa misma oportunidad, al culminar la audiencia, el ciudadano D'Elía afirmó que “*detrás de este debate jurídico hay un debate político*” que no creía que pueda ser resuelto por un Tribunal (fs. 377).

Polis, en griego πόλις, era la denominación dada a las ciudades estado de la antigua Grecia, ellas eran sus unidades políticas, sociales y económicas. Indudablemente, de la “cosa pública” que en ellas se suscitaba tenían incumbencia cada una de las instituciones existentes y sus ciudadanos. *Mutatis mutandi*, la institución judicial de esta Ciudad esta obligada, según sus procedimientos y con arreglo a la Constitución Nacional y a la suya propia, a aplicar las leyes dictadas por el Poder Legislativo que, junto a los ciudadanos, participan del gobierno de esta polis (art. 1 CCABA). En este sentido, el deber de aplicar la ley, es junto a tantos otros actos cotidianos que realizan los ciudadanos y visitantes de Buenos Aires, un acto político, en tanto concierne a la vida de esta comunidad, a esta *polis*. El reconocimiento de esta circunstancia, lejos de deslegitimar el acto de aplicación de la ley a los hechos comprobados, lo acomoda, honestamente, en su justa medida.

Complementariamente, es un deber cívico de todo ciudadano que respete las reglas de la Democracia, observar las leyes que gobiernan la vida en sociedad en tanto se adecuen a los principios constitucionales. El destinatario de ese respeto no es el Estado mismo, sino en forma mediata el pueblo que elige sus representantes. Todos los ciudadanos tenemos entonces el deber de respetar y defender la democracia, más allá de portar el derecho de peticionar ante las autoridades.

Tengo para mí que ni el aviso que el Sr. Luis Ángel D’Elía formulara a los Sres. Ministro del Interior de la Nación, Contador Florencio Randazzo, ni al Sr. Secretario de Inteligencia del Estado Nacional, Dr. Héctor Icazuriaga, cumplen con el requisito de estar dirigidos a la *autoridad competente de esta Ciudad* entendiéndolo por tal, como mínimo, a alguna de sus propias autoridades constituidas. Asimismo, por los motivos que expuse en párrafos anteriores, entiendo que no resulta posible dar crédito a lo afirmado por el Sr. Luis Ángel D’Elía en cuanto a que desconocía dicho extremo.

Esto no significa contradecir lo sostenido en el precedente “Wald” sobre la irrazonabilidad de la resolución 558/06 del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, o respecto a la virtualidad del aviso previo a la Policía Federal para dar por cumplida la exigencia legal. Tampoco sana la omisión, la realización en la jornada previa de una conferencia de prensa.

Con lo expuesto, y toda vez que la sentencia absolutoria reposa exclusivamente en la circunstancia del pretendido desconocimiento del imputado acerca de que las autoridades de esta Ciudad resultan ser aquellos competentes que refiere el art. 78 CC, entiendo que corresponde revocar la resolución en crisis y condenar a Luis Ángel D'Elía por el hecho que resulta objeto de acusación en los presentes actuados.

4. De la sanción a imponer al Sr. Luis Angel D'Elia

Teniendo, tal como lo expuse, por acreditado que el Sr. Luis Ángel D'Elía organizó una manifestación que, el 7/05/2009, recorrió las arterias principales de esta Ciudad obstaculizando en forma total la circulación de vehículos y afectando el servicio público de transporte, tal como fuera descripto en el requerimiento de juicio, sin dar aviso previo a la autoridad competente y encontrando tal conducta encuadre típico en el art. 78 CC, que por su especificidad en el caso desplaza a la pretendida aplicación del art. 69 CC, corresponde analizar la sanción a imponer.

En este sentido, la norma infringida establece que se debe imponer una sanción de 200\$ a 1000\$ o uno a cinco días de trabajos de utilidad pública.

El requerimiento de juicio formulado en autos solicitaba la imposición de *“la sanción principal de cinco (5) días de trabajo de utilidad pública y cinco mil (\$5000) pesos de multa de cumplimiento efectivo y la sanción accesoria de instrucciones especiales consistentes en la asistencia a una actividad académica sobre derechos humanos, seguridad y justicia de nuestra ciudad”*, asimismo cita artículos *“(arts. 78, 69, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29 y 39)”* (fs. 75/9).

Ahora bien, el artículo 27 CC, citado por el funcionario a cargo de la Fiscalía en ocasión de requerir de juicio, establece que *“sólo pueden acumularse como máximo una (1) sanción principal y dos (2) accesorias”*. A pesar de ello, solicitó el funcionario del Ministerio Público Fiscal la aplicación de dos penas principales: multa y trabajos de utilidad pública (art. 22) y una

accesoria: instrucciones especiales (art. 23 inc. 7). Excedía así el pedido la medida de lo legalmente posible.

En ocasión de formular su alegato, el Sr. Fiscal que concurrió al debate, atenuó su avidez punitiva solicitando la imposición de cinco mil pesos de multa más la instrucción especial de concurrir a una actividad académica de derechos humanos, seguridad y justicia de esta ciudad.

Sin perjuicio de lo expuesto, atento a que la sanción de trabajos de utilidad pública fue solicitada y corresponde su aplicación según lo dispuesto en el art. 78 CC, entiendo adecuado imponer su máximo en atención a la importancia de las avenidas y calles obstaculizadas, como así también la relevancia de los perjuicios ocasionados.

Asimismo, si tal como expuse en el punto 3 de mi voto, no albergo dudas acerca de que el Sr. Luis Ángel D'Elía no desconoce la institucionalización de esta Ciudad Autónoma ni las competencias judiciales y en materia de seguridad que ella detenta, entiendo estéril someterlo al curso solicitado por el Fiscal que actuó en el debate.

En mérito de las consideraciones expuestas VOTO por REVOCAR el punto I de la sentencia obrante a fs. 378, cuyos fundamentos obran a fs. 380/404, en cuanto resolvió absolver a Luis Ángel D'Elía y CONDENAR al imputado a la sanción de cinco (5) días de trabajos de utilidad pública en virtud de la conducta que resultó objeto de acusación en los presentes actuados.

El Dr. José Sáez Capel dijo:

PRIMERA CUESTION

En lo referido a la admisibilidad del recurso bajo examen, me adhiero a las consideraciones efectuadas al respecto por mi compañero de Sala, Dr. Marcelo Pablo Vázquez y entiendo que este Tribunal se encuentra autorizado a revisar la sentencia de la distinguida Juez Doña María Cristina Lara a la luz de los agravios que generó.

SEGUNDA CUESTION

Ingresando al análisis de los agravios propuestos por el recurso bajo examen debo recordar mi voto en el precedente “Dolmann, Francisco Alejandro; Montes, Roberto Andrés y otros s/infr. art. 78 CC apelación.”, n° 24093-00-00/07 del 27/03/2009. Es que nuestro orden constitucional reconoce a todo habitante la dignidad de su persona y la libertad de expresión que le es inherente, de poco serviría tal reconocimiento si no se le permite expresar su libertad de conciencia, lo que le concede también el derecho de reunión con quienes comparten sus posiciones a la vez que expresarlas públicamente. De tal forma que una manifestación – de naturaleza política - como la que aquí se trata - no es más que el ejercicio regular de derechos constitucionales e internacionales incorporados por el PIDH y el PIDESyC, lo que no puede ser cercenado por tipos contravencionales; ni es concebible su punición so pretexto de no dar noticia previa a una autoridad competente, autoridad que el tipo contravencional no determina y como bien refiere la señora Juez de Grado, debe ser reglamentada por el gobierno de la CABA, lo que a la fecha no ha acontecido. Por tal motivo no habré de entrar en el tema de si el aviso previo fue bien efectuado o si el procesado pudo obrar con error.

Pero si habré de señalar que la movilización de autos, tal como lo estableció la Sra. Juez, si bien produjo trastornos al tránsito vehicular, se desarrolló pacíficamente y fue acompañada en todo momento por la fuerza de seguridad federal, garantizando la seguridad de los propios manifestantes y el resto de los transeúntes. Y ello ha sido así, porque en términos generales, la protesta y las manifestaciones políticas en nuestro medio, en general no se desarrollan en forma violenta, hasta podría sostenerse que, existe una relación inversa entre violencia y organización, de forma que es menor la violencia cuando mayor es la organización, lo que resulta políticamente explicable, ya que, sus organizadores en nuestro medio no suelen incurrir en tácticas de violencia urbana, como sí puede verse en otros países, tales como Japón, Corea o Grecia.

El derecho a manifestarse constituye un derecho constitucional de segunda generación del artículo 14 bis y del Pacto de Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que como tales no consisten en una omisión por parte del Estado, sino de acciones, que como tales consisten en acciones positivas y obligaciones de hacer de los Estados Miembros.

Y en tanto la manifestación política se mantenga dentro de las vías normales, sin la comisión de delitos, no puede ser abarcada por el derecho penal y mucho menos por el incumplimiento de una obligación administrativa – dar aviso – sostener lo contrario importaría afirmar las pulsiones de un Estado de Policía, impropio de un Estado Democrático de Derecho.

Además la eventual vencibilidad de una tesis interpretativa del ordenamiento constitucional depende del encanto y de la consistencia de los argumentos que la sustentan. Cuando nos enfrentamos con significados, producto de diferentes posibilidades interpretativas del derecho constitucional, el que pretenda ser escogido tiene que ser el más razonable; debiendo estar basado en parámetros lógicos y susceptibles de ser empíricamente corroborables. Tales resultados, desde luego, deben ser más consistentes que otra propuesta interpretativa. En fin, el modo interpretativo escogido, debería servir razonablemente para hacer clarificar y también progresar nuestras deliberaciones (Hart, H.- *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1992).

En sentido semejante el Tribunal Constitucional Español, ha definido el derecho de reunión como un derecho subjetivo de ejercicio colectivo que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos, reconociendo que históricamente el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación. Dijo además el TCE que: el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en cuanto a su ejercicio que operan de modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo (TSC. Causa 85/1988 rta. 28/04/88).

En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, la libertad de expresión no parece que en principio pueda ser limitada por una previa notificación administrativa a la autoridad, sin que tal restricción no comporte una indebida lesión al núcleo fundamental de la Constitución (art. 1, 14, 28 y 33). Ciertamente es que los derechos constitucionales no son absolutos, empero parece ser cierto también que obstruir el derecho a la libertad de expresión, reunión y petición pacífica, pongan de manifiesto un estado de necesidad (no penal) extremo y casi terminal, en modo alguno condice con ningún interés público, máxime que una de las consecuencias pueda ser apta para vaciar de contenido el derecho a la libertad, en tanto dicho derecho se muestra como aglutinador y vehiculizador de otros derechos constitucionales de quienes se manifiestan, sin duda alguna, de innegable trascendencia para el desenvolvimiento de la institucionalidad republicana.

Pensar lo contrario, hubiera sido como, que al Cabildo de Buenos Aires, le hubiera tenido que notificar el abogado Joaquín Campana –casi un ignoto en nuestra historia – cuando el 5 de abril de 1811, acaudillando una riada de gauchos, indios, mulatos y orilleros provenientes de la campaña y de los entonces suburbios plebeyos de la ciudad se presentó en la Plaza de la Victoria (hoy Plaza de Mayo) en apoyo del coronel Cornelio Saavedra y los suyos.

Esa fue la primera real manifestación política de nuestra historia patria, manifestación, pueblada o como se la quiera llamar, que 134 años después tendría su expresión mayor en el 17 de octubre de 1945.

Tampoco, casi cinco años atrás, el técnico textil Juan Carlos Blumberg debió notificar a las autoridades del gobierno autónomo para las dos manifestaciones multitudinarias, portando velas como en una procesión, que efectuara en la Plaza de los dos Congresos y en plaza Lavalle.

Es que el reconocimiento de este derecho, ha de depender de la respuesta que se dé, acerca si el Estado democrático debe aceptar reclamos por vía no institucional, lo que parece antihistórico, en un país como Argentina, en el que la historia oficial siempre ha glorificado las acciones violentas y que

además, desde hace muchos años no conocía necesidades producidas por la violación de derechos sociales básicos.

Pues bien, en un Estado de derecho perfecto, habiendo vías institucionales para reclamar derechos, no es admisible optar por las vías no institucionales, pero cierto es además, que el nuestro no es un Estado perfecto que ponga en manos de sus habitantes todas las vías institucionales y eficaces para la efectividad de todos los derechos. Lo que sí resultaría inadmisibles es permitir tales actos en los términos del artículo 36 de la Constitución Federal, siendo además que los ciudadanos tenemos el derecho a que refiere el párrafo 4º del citado artículo, en concordancia con el artículo 21 primera parte ibídem.

Por los motivos expuestos, la movilización organizada por el Don Luis Ángel D'Elía no es antijurídica; la misma se ha mantenido dentro de los cauces institucionales, no habiendo sido más que el ejercicio regular del derecho constitucional del procesado, aunque ella hubiere sido masiva, y que por su número hubiere causado –como resulta lógico - molestias en la circulación de vehículos y transporte público.

En esa manifestación, se ejerció un derecho legítimo de peticionar, en un estricto marco constitucional, que como tal, no debe ser penalizado.

Por los motivos expuestos VOTO: por confirmar la absolución dictada en el punto I de la sentencia en crisis, en cuanto ha sido materia de recurso.

La Dra. Elizabeth A. Marum dijo:

PRIMERA CUESTION

Comparto las consideraciones efectuadas por el Sr. Juez de trámite, Dr. Marcelo Pablo Vázquez, referidas a la procedencia del recurso bajo examen.

SEGUNDA CUESTION

1. *La reglamentación de los derechos constitucionales de reunión y petición a las autoridades en el derecho contravencional.*

Tal como he señalado a partir de las primeras ocasiones en que he tenido la oportunidad de abocarme a la decisión de cuestiones como la que aquí nos convoca, considero que los derechos de reunión y petición a las autoridades, constitucionalmente reconocidos (arts. 14, 22 y 33, 75.22 CN), encuentran razonable reglamentación cuando se exige que, si ellos se ejercerán en la vía pública con la posible consecuencia de que se entorpecerá, en alguna medida, el tránsito vehicular, sus ejercitantes deben cumplir con la obligación de dar un aviso previo a la autoridad competente y, consecuentemente, cumplir las indicaciones de ella.

En efecto, ya en el mes de junio de 2004 he tenido ocasión de expedirme en el precedente “Duarte, Daniel Rubén s/ Infracción art. 41 CC” (Apelación, N° 094-00-CC/2004), del registro de este Tribunal, donde expuse en mi voto las consideraciones que aproximadamente cinco años después reiteraré en el precedente “Dolmann, Francisco Alejandro y otros s/inf. art. 78 CC”, del 27/3/09.

Así sostuve que, el art. 14 CN establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos allí señalados, *conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio*. Es decir que los derechos no son absolutos, sino relativos. Esta norma debe interpretarse conjuntamente con el art. 28 CN que establece que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio*.

En tal sentido, la CSJN ha dicho que no existen derechos absolutos en la Constitución Nacional (Fallos 304:319 y 1293; 312:318) y que todo derecho debe ser compatibilizado con los demás derechos enunciados en la Constitución (Fallos 311:1439; 254:58), con los derechos de la comunidad (Fallos 253:134) y con los deberes que aquella establece (Fallos 304:1525).

También sostuvo que “una ley reglamentaria de derechos no puede ni debe constitucionalmente alterar el derecho que está llamada a reglamentar, porque debe conservar incólume y en su integridad ese derecho, lo que vale decir que no debe ni puede degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte; ningún otro que este puede ser el alcance que los constituyentes han querido dar al artículo constitucional de que se trata (Fallos 98:50).

Siguiendo tales lineamientos, afirmé que el requerimiento de aviso previo a la realización de una manifestación en la vía pública no importa una reglamentación que elimine o altere los derechos de reunión y peticionar sino que, sin excluirlos, tiende a atenuar los efectos de su ejercicio. Entendí, que dicha exigencia resultaba un medio proporcional en relación al fin buscado, específicamente, el mantenimiento del orden y la seguridad en la vía pública y, más genéricamente, el bienestar general de la población que transita por esta ciudad.

Ello así pues, dicho aviso permite que se adopten las medidas necesarias para mitigar los efectos que el ejercicio del derecho en cuestión irroga al resto de la comunidad.

Asimismo, en ocasión que se reclamara la revisión judicial de la sentencia dictada *in re* Duarte, que vengo recordando, por parte del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, el Juez Julio Maier sostuvo, en sentido coincidente, que “*no parece irracional que el ejercicio del derecho de reunión esté reglamentado por la ley común (parlamentaria, competente para ello), mediante la exigencia de un aviso previo a la obstrucción del tránsito de vehículos o peatones y, menos aún, que la interpretación dada por la Cámara en el sentido de requerir cierta antelación del aviso (...), para que la autoridad disponga alguna forma de ordenamiento mientras dure el problema*” (del voto del Juez citado *in re* “Ministerio Público — Defensora Oficial Contravencional y de Faltas n° 6 — s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Duarte, Daniel Rubén s/ infracción art. 41 CC- apelación’”, expte TSJBA n° 3231/04, del 16/12/2004).

Sobre la base de la presente aclaración preliminar, procederé a analizar los agravios concretos, suscitados al representante del Ministerio Público Fiscal, por la resolución en crisis.

2. Agravio sustentado en la ausencia de aviso a la autoridad competente.

La Sra. Juez sentenciante ha tenido por acreditado, y no ha sido objeto de controversia, que el día 7 de mayo del año 2009, Luis Ángel D'Elía organizó una manifestación integrada por un grupo numeroso de personas (entre cuatro y cinco mil) que recorrió, entre las 10.00 hs. y las 18.00 hs., la avenida Rivadavia de esta ciudad, desde Av. General Paz hasta el Congreso de la Nación y continuó por la Av. de Mayo hasta la Plaza de Mayo, y con ello impidió, u obstaculizó de modo total, la circulación de vehículos afectando el funcionamiento del transporte público en cada una de las arterias por las que avanzaban los manifestantes.

Asimismo, tuvo por cierto que el día el 5 de mayo, es decir dos días antes de la realización de la marcha, D'Elía realizó una conferencia de prensa convocándola.

También consideró probado que el día anterior a la movilización, el imputado dio aviso de su realización al Sr. Ministro del Interior, Cdor. A Florencio Randazzo y al Sr. Secretario de Inteligencia, Dr. Héctor Icazuriaga.

La Sra. Juez *a quo* sustentó su convicción fáctica recién expuesta en las declaraciones testimoniales producidas durante la audiencia pública del 5/11/2009, los testimonios brindados mediante oficio por el Sr. Ministro de la Nación Florencio Randazzo y el Sr. Secretario de Inteligencia del Estado, Héctor Icazuriaga, la prueba documental agregada al expediente (entre la que destaca artículos periodísticos), los videos que se reprodujeron durante la audiencia, los informes de las líneas de colectivo 86, 113 y 213, lo informado por la empresa de radio taxi El Rey y los propios dichos de D'Elía.

Se agravia el Sr. Fiscal en el recurso bajo examen por considerar que no existió un aviso previo que posibilitara a la autoridad competente de la Ciudad Autónoma llevar adelante los recaudos y ordenamientos necesarios frente a una movilización de las características en cuestión.

Ante esta crítica contenida en el recurso de apelación debo recordar que, en el precedente “Wald, Julián; Vargas, Malvina Patricia y otros s/inf. art. 78 CC” (Apelación, N° 40373-00-CC-08), del 8/03/2010, sostuve que una presentación efectuada en dependencias de la policía federal argentina, anoticiando que se haría un corte el día siguiente, constituía un aviso previo suficiente a fin de cumplir el requisito que excluye el injusto previsto en el art. 78 CC. En dicha oportunidad -donde propicié la confirmación de la sentencia absolutoria de la imputación que se dirigiera a un grupo de vecinos del complejo habitacional denominado villa 31 y 31 bis que, el 19/11/2008, que cortaron la autopista Illia-, a diferencia de lo ocurrido en el hecho que resulta objeto de imputación en la presente causa, la fuerza de seguridad nacional había traspapelado la nota en cuestión sin que ello haya podido acarrear consecuencias negativas a los manifestantes frente a la ley prohibitiva.

En el caso aquí traído a estudio, la Sra. Juez de primera instancia, tuvo por acreditado que la policía federal argentina estaba anoticiada de la realización de la movilización que tuvo lugar el 7 de mayo del año pasado.

Así consideró que “[L]a *Dirección General de Operaciones* [de la Policía Federal Argentina] *informó* [a Eduardo Enrique Meta, comisario de la Seccional 44, jurisdicción donde tenía origen la marcha] *que el evento partiría de la General Paz en Liniers e iba hasta la zona céntrica*” (fs. 384, fundamentos de la sentencia). También, valoró como relevante que el oficial de dicha seccional, Gustavo A. Ghiglione, refirió que “*en esa oportunidad había una manifestación respecto de la cual le habían avisado días previos*” (fs. 385, fundamentos de la sentencia).

Asimismo, se desprende de la lectura de los fundamentos de la sentencia en crisis que la Sra. Magistrada de Grado tuvo por acreditado que, durante el transcurrir de la manifestación, las distintas jurisdicciones policiales anoticiadas, como se dijo, del evento, acompañaron la movilización y se fueron pasando la posta del control de la seguridad de las personas y los bienes de los vecinos de la ciudad y de los propios manifestantes. Es decir que, en el caso, el riesgo que busca conjurar la exigencia de *aviso previo a la*

autoridad competente se vio, en los hechos, disipado por la noticia que efectivamente existió a la fuerza de seguridad.

En efecto, téngase presente que, en virtud de la reforma introducida por el art. 1° de la Ley N° 26.288 (B.O. 7/9/2007) al art. 7 de la ley 24.588 quedó redactado, en lo que aquí interesa, de la siguiente forma: “(...) [E]l Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ejercerá las **funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El Gobierno nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**”. Desde tal perspectiva, no puede perderse de vista que el hecho objeto de reproche sucedió en mayo de 2009.

Asimismo, comparto en un todo lo afirmado en la pieza procesal impugnada en cuanto a que la Policía Federal Argentina debe acatar las órdenes impartidas por los funcionarios porteños en el ámbito de su competencia y por ende también en supuestos como el de autos.

Lo expuesto resulta relevante para recordar que, tal como sostuve en el precedente “Wald” (arriba citado), *“las manifestaciones pacíficas y ordenadas en la vía pública que producen afectación en la circulación del tránsito, por sí mismas no constituyen contravención, pues el derecho de reunión y el de protesta se encuentran reconocidos por nuestra constitución como corolario del sistema democrático”*.

Tampoco puede soslayarse que también se ha tenido por acreditado que D’Elía informó al Sr. Ministro del Interior de la Nación y al Sr. Secretario de Inteligencia del Estado Nacional, que realizaría una marcha de carácter multitudinario por Av. Rivadavia, en una reunión mantenida con ellos, como así también que los nombrados tomaron conocimiento de ella en la conferencia de prensa brindada por D’Elía de la que daban cuenta los medios de comunicación, todo lo cual surge de sus propias declaraciones testimoniales prestadas por oficio obrantes a fs. 211/12 y 210, respectivamente.

A partir de ello, no resulta desatinada la afirmación de la Sra. Juez *a quo* en cuanto a que *“en este contexto en el que coexiste en un mismo ámbito territorial un gobierno con facultades autónomas y una policía bajo la órbita del Gobierno Nacional, no parece descabellada la hipótesis abonada por la defensa en cuanto a que el imputado dio aviso previo el día 5 de mayo del corriente –o el 6 de mayo según se informa a fs. 211 y fs. 210, a quien él creía, por tener tradicionalmente a cargo la Policía Federal Argentina, la autoridad competente, esto es, el Sr. Ministro del Interior”* (fs. 398 vta., fundamentos de la sentencia).

Destácase que la norma exige “aviso previo a la autoridad competente”, más ella no ha sido debidamente reglamentada en orden a quien debe ser destinatario de dicho anoticiamiento, lo que ha generado, tal como señala la Sra. Jueza de grado, cierto desconcierto y confusión en torno al punto, todo lo cual impide que ello se revierta en perjuicio del imputado.

Por otra parte, y contrariamente a lo sucedido en el presente caso -en algún sentido similar a lo acontecido en el precedente “Wald”-, en el caso “Dolmann” (citado por el Sr. Fiscal) en ningún momento se había avisado, directa o indirectamente, con razonable anticipación, de la realización de aquellas marchas, para que se implementara un operativo preventivo tendiente disminuir la afectación de los ciudadanos que circulaban con sus vehículos por la arteria donde aquellos habrían de manifestarse.

A mayor abundamiento, es dable destacar que, tal como he resuelto en los fallos anteriormente citados, y reiteraré al inicio del presente, la exigencia de aviso previo acerca de que se realizará una manifestación en la vía pública resulta una reglamentación razonable del derecho de protesta, pues tiene por objetivo garantizar la seguridad de las personas y los bienes. De ese modo, dicho aviso no resulta ser un fin en sí mismo sino una herramienta tendiente al logro de esa meta superior.

En virtud de lo expuesto no resultaría razonable transformar al medio en fin y afirmar la presencia de injusto si, existiendo aviso, éste ha sido dado a una autoridad distinta de la ambigüamente prevista en la normativa cuando, dado el conocimiento que tuvo la policía federal, los fines que aquél busca lograr se cumplieron el 7 de mayo de 2009, al haberse tratado de una

movilización pacífica profesionalmente custodiada por la fuerza de seguridad nacional.

En síntesis entiendo que, sin perjuicio de que ni el Ministro del Interior ni el Secretario de Inteligencia de la Nación constituyen la “autoridad competente” a que se refiere el art. 78 CC, no pudiendo descartarse, por la razones dadas, la existencia de un error sobre el alcance de aquella previsión y, habiendo estado anoticiada la policía federal argentina con anterioridad a la realización de la movilización, entiendo que resulta ajustado a derecho lo decidido por la Sra. Jueza de grado, por lo que no corresponde acoger el agravio del recurso de apelación referido a la ausencia de aviso previo.

Por último, respecto a lo afirmado por el abogado particular de Luis D’Elía en su alegato acerca de que *“es la primera vez que le hacen un acta. La próxima vez va a hacer la papeleta pero no va a pedir permiso”* (según acta de debate, fs. 376), solo resta agregar, tal como he afirmado en anteriores ocasiones, que no resulta una exigencia legal la solicitud de permiso, pues el art. 78 CC ha optado por la alternativa menos onerosa posible para reglamentar el derecho constitucional de reunión, exigiendo solo el simple aviso.

3. Agravio basado en la violación de las indicaciones de la autoridad competente.

Analizada como fue la circunstancia referida al aviso previo de la movilización del día 7/05/2009, cobra dimensión un agravio subsidiario del Fiscal recurrente.

En efecto, el art. 78 CC no se conforma exclusivamente con que exista aviso, previo y razonablemente anticipado, a la *autoridad competente* sino que exige, además, que quienes ejercen el derecho constitucional de manifestarse deben respetar *“las indicaciones de ésta, si las hubiere, respecto al ordenamiento”*.

El acusador público afirma, en un planteo subsidiario al principal, que esta exigencia fue incumplida por el imputado D’Elía toda vez que, según

afirmó el comisario de la Seccional 44 de la Policía Federal, Eduardo Enrique Meta, solicitó personalmente al imputado que liberara un carril y éste le habría contestado “bueno, bueno” sin cumplir con lo solicitado.

Recuerda el recurrente que el imputado declaró en la audiencia de juicio que le hubiera gustado hacerlo pero que lo solicitado resultaba de cumplimiento imposible atento a la cantidad de personas presentes en la movilización. En sentido contrario a lo sostenido por D’Elía, aunque por los mismos motivos (“cantidad de personas”), el acusador considera que “*si no se lo hizo fue porque no se quiso, no porque no se pudo*” (fs. 416).

Ante el estado de la controversia argumental desplegada sobre este punto particular se advierte que el acusador no logra demostrar que el imputado sí contaba con la posibilidad de cumplir con la liberación de un carril de la Av. Rivadavia. Ello así pues, sobre una misma base fáctica, cada uno de los contradictores describe diferentes posibilidades, ninguna de las cuales ha logrado, en la audiencia, ser corroborada.

A mayor abundamiento, el Sr. defensor particular de D’Elía, en su alegato (según acta de debate, fs. 375 vta.), relativizó la certeza acerca de la circunstancia de que el imputado hubiese efectivamente podido atender, en el marco del inicio de la movilización, el requerimiento en cuestión.

Al respecto, se advierte que, por un lado, según surge de la prueba producida en la audiencia, varios policías declararon que no dieron directiva alguna durante la marcha (testimoniales de Ghiglione, Gabela y Mieres). Inclusive, el oficial Durán expresó que no tuvo contacto con ningún manifestante y que solo le dio indicaciones a un camión para que avance más rápido (fs. 350).

Por otro lado, y respecto de quienes sí dieron directivas, no se ha demostrado que hubieran sido deliberadamente incumplidas. Así, y en relación a la indicación de que se mantuviera un carril abierto, el Comisario Meta señaló que “*D’Elia no recuerda que contestó, si fue ‘bueno, bueno’. Cuando se acercó [Meta a D’Elía] estaba en la línea de formación con todos los medios en el medio, mucho ruido, fue muy rápido y escueto. No hay forma de tener un diálogo abierto. Uno le dice por donde va a ir, donde va a parar,*

que debe dejar una mano libre. Le hubiese gustado mantener un carril abierto. Pero era imposible” (según acta de debate fs. 344).

Asimismo, el Subcomisario Romero expresó, al prestar declaración, que al efectuar consulta le indicaron que debía, en lo posible, tratar de dejar un carril libre por mano, pero era imposible encauzarla por la cantidad de gente que venía por Rivadavia (fs. 347 vta.). Lo propio manifestó Del Papa, Subcomisario de policía, quien declaró que las directivas eran tratar de liberar la Avda. Rivadavia, pero que era prácticamente imposible por las características de la marcha (fs. 350 vta.).

En base a lo expuesto, entiendo que el recurrente no alcanza a armar certeza acerca de que D´Elía hubiese desobedecido las indicaciones dadas el 7/05/2009 por la fuerza de seguridad que acompañó a la movilización.

4. Agravio sustentado en la subsunción legal del hecho en los arts. 78 CC y 69 CC.

La conducta que resultó objeto de imputación en los presentes actuados y que aparece suficientemente resumida en el punto 2. del presente fue calificada por el acusador público de primera instancia, también como constitutiva del art. 69 CC.

Esta prohibición amenaza, en lo que aquí interesa, a quien afecte intencionalmente el funcionamiento de servicio público de transporte con sanción principal de hasta \$ 5.000 de multa o 10 días de arresto.

La Sra. Magistrada de Grado tampoco consideró configurada esta contravención por entender que, sobre la base de su redacción legislativa, se exige que la afectación sea “intencional”, es decir, que para la imposición de la sanción prevista se requiere que la afectación del servicio público - transporte en este caso-, haya sido el objetivo principal del autor. Tal circunstancia no ha sido, a su criterio, verificada en el caso dado que el objetivo principal de D´Elía fue manifestarse y no afectar el transporte

público, pues esto último habría sido, en el razonamiento de la Sra. Jueza, solamente una consecuencia necesaria del objetivo principal.

Ante esta instancia, reclama el acusador que merecen el mismo trato los casos en los que el resultado es objeto de la “auténtica intención” del autor que aquellos otros en los que ellos aparecen como “consecuencias necesarias”.

Ante la controversia expuesta entiendo que, por los motivos que se señalarán, también debe rechazarse el agravio introducido en este punto.

En efecto, la conducta objeto de acusación fue presentada por el Fiscal como abarcada por un concurso ideal de prohibiciones, la establecida en el art. 78 CC y la contenida en el art. 69 CC.

Al respecto, el Sr. defensor particular de D’Elía sostuvo, en ocasión de alegar, que este concurso debía resolverse sobre la base de la regla de la absorción, cuya aplicación implica que la prohibición contenida en el art. 69 CC queda absorbida por la contenida en el art. 78 CC (fs. 373, del acta de debate).

Ahora bien, no corresponde perder de vista que, tal como dejé constancia *supra*, las manifestaciones pacíficas y ordenadas en la vía pública que producen afectación en la circulación del tránsito, por sí mismas nunca podrían constituir contravención, pues el derecho de protesta se encuentra reconocido por nuestra Constitución como corolario del sistema democrático de gobierno adoptado.

Así las cosas, resulta vano el intento que realiza el Fiscal, para sortear la exclusión del injusto consistente en “*el ejercicio regular de los derechos constitucionales*” (expresamente aludida por el art. 78 CC), mediante la solicitud de aplicación de la redacción prohibitiva contenida en el art. 69 CC, que aunque no aluda expresamente a dicha premisa, impide ignorarla pues encuentra fuente en el propio ordenamiento jurídico constitucional.

Por los motivos expuestos Voto por confirmar la absolución dictada en la sentencia en crisis.

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas

Por las razones expuestas, en mérito al acuerdo que antecede, a las normas legales y antecedentes jurisprudenciales citados, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

CONFIRMAR, por la sentencia en crisis, obrante a fs. 378, cuyos fundamentos obran a fs. 380/404, en cuanto resolvió ABSOLVER a Luis Ángel D'Elía del hecho por el que fuera acusado calificado como infracción a los arts. 69 y 78 CC.

Regístrese, notifíquese con carácter urgente y devuélvase al Juzgado de origen, a sus efectos.