

Expte. n° 3988 “Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 2– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Martínez, Horacio Daniel s/ art. 68 CC –apelación–’”

Buenos Aires, 3 de octubre de 2005

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. La defensa de Horacio Daniel Martínez interpuso recurso de queja (fs. 49/61) contra la decisión dictada el día 13 de mayo de 2005 (fs. 45/7) mediante la cual la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el fallo que revocó la sentencia absolutoria dictada en la instancia anterior y condenó al imputado a la pena de \$ 1.000 (mil pesos) de multa —cuya ejecución se dejó en suspenso— por considerarlo autor responsable del suministro de bebidas alcohólicas en las adyacencias del Club Atlético All Boys, momentos antes de disputarse un partido de fútbol (art. 68 del Código Contravencional).

2. En el recurso de queja el defensor oficial criticó la resolución de la Sala I que le denegó el acceso a este Tribunal y sostuvo los agravios que fundaron su recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, él consideró que la sentencia de Cámara en cuestión afectó: a) el principio de legalidad, por una supuesta interpretación analógica del contenido y alcance del tipo contravencional previsto por el art. 68 de la norma de fondo; b) el principio de lesividad, debido a que la conducta desplegada por su asistido no habría puesto en riesgo concreto al bien jurídico tutelado; y, c) el derecho de revisión de la condena o doble instancia, porque al haber sido condenado por jueces de la Cámara de Apelaciones, Martínez no contaría legalmente con la posibilidad de acceder a un recurso amplio para impugnar esa decisión.

3. El Fiscal General Adjunto, si bien coincidió en parte con la solución propuesta por la Cámara —según la cual los planteos efectuados se limitaban a meras discrepancias sobre la interpretación de normas infra-constitucionales—, solicitó la apertura del recurso al sólo efecto de

resguardar el derecho al doble conforme y el rechazo de los restantes agravios (fs. 68/70 vuelta).

Fundamentos

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. Martínez a fs. 49/61 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley n° 402) y contiene una crítica de la resolución que le denegara el recurso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, él es procedente.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad los agravios que sostuvo el recurrente son sustancialmente análogos a los que presentara la misma defensoría oficial en autos “Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 CC –apelación– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910/05, sentencia de este Tribunal del 05/08/2005.

Entiendo por lo tanto que la solución que debe darse a esta causa es la que consideré adecuada para aquella, precisamente porque las cuestiones que hoy se presentan ante el Tribunal —esta vez en queja— son muy semejantes a las discutidas en el expediente mencionado. No sólo son similares los agravios que sostiene el recurrente sino también el tipo contravencional imputado y la estrategia de defensa desplegada en las instancias de mérito. Más aún, también fue casi idéntico el trámite procesal de ambas causas en las que intervino la misma fiscalía, la misma defensoría y el mismo juzgado que —por argumentos centralmente iguales— absolvió a los imputados. Esta decisión fue revocada luego por la Sala I de la Cámara de Apelaciones sobre la base de un examen del caso también similar al practicado en Alberganti.

Tanto en ese juicio cuanto en el presente, la defensa se agravió, entre otros motivos, por la falta de un recurso judicial idóneo en el sistema legal contravencional local que asegurara la efectiva vigencia de la garantía del doble conforme, frente a una primera sentencia de condena dictada por la Sala I contra su defendido.

3. En mi voto en la causa “Alberganti” (que reiteré en “Ministerio Público –Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 2– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Sama, Javier Fernando s/ inf. Art. 56 CC –Apelación–’”, expte. n° 3892/05, sentencia del 05/08/2005) sostuve que “[l]a Ley n° 12 faculta al ministerio público a recurrir por vía de apelación la decisión absolutoria del juez de primera instancia, con lo cual habilita la posibilidad de una primera sentencia de condena en Cámara. En esta situación el condenado está privado de recurrir ante un tribunal de mérito, porque el sistema procesal contravencional (Ley n° 12), no prevé un

recurso ordinario o amplio ante otro órgano judicial para impugnar la sentencia de segunda instancia. En consecuencia, el recurso de inconstitucional ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53 de la Ley n° 12 y art. 27 de la Ley n° 402) es el único camino para la defensa. Como se ve, la estructura diseñada por la ley procesal contravencional, genera, en un caso como el de autos, la afectación a la *garantía de la defensa en juicio* y al *principio del doble conforme*. Y sólo por este agravio es parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad”.

Efectivamente, en razón del carácter represivo del derecho contravencional resulta obligatorio para el Estado asegurar al condenado el derecho a exigir una revisión amplia de su primera condena (en este caso, dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional). La defensa sostuvo adecuadamente su planteo sobre los arts. 10 y 13, inc. 3, de la CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, de la CN; art. 8, inc. 2, *h*, CADH; y art. 14, inc. 5, del PIDCP.

Por último, en el mismo sentido en el que lo hice en los precedentes de este Tribunal citados, también he de mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (particularmente en los considerandos 157/168) fijó pautas precisas acerca del contenido del derecho a la doble instancia —cuya efectiva vigencia en la Ciudad de Buenos Aires aquí se solicita—, que deben ser receptadas en el orden local.

4. Finalmente, en atención a lo expuesto y a la solución del caso que voy a proponer, entiendo que no existe sentencia definitiva respecto de los otros dos agravios articulados (legalidad y lesividad). En este sentido, el defensor podrá —eventualmente— traer esas otras cuestiones hasta este Tribunal al finalizar el re-examen de la sentencia condenatoria que deberá practicarse en este proceso como consecuencia de esta decisión.

5. Por lo tanto, a fin de evitar la lesión a la garantía constitucional de la doble instancia y —a su vez— mantener las funciones jurisdiccionales propias de cada tribunal que compone el Poder Judicial local, el TSJ debe: a) hacer lugar a la queja; b) declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad con relación a la garantía del doble conforme; y c) ordenar la remisión de la presente causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional a fin de que jueces distintos de aquellos que emitieron la sentencia resuelvan como tribunal de mérito —en el marco de sus competencias ordinarias— los restantes agravios de la defensa no examinados aquí (cf. punto 6 del voto del juez Julio B. J. Maier, al que adherí en “Masliah Sasson, Claudio s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Masliah Sasson, Claudio s/ infracción art. 71 CC’”, expte. n° 1541/02, sentencia del 01/11/02, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. IV, ps. 553 y ss.; y “Alberganti, Christian Adrián s/

art. 68 CC –apelación– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910/05, sentencia de este Tribunal del 05/08/2005).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja deducido ante este Tribunal cumple con los requisitos de lugar, tiempo y forma establecidos legalmente (art. 33, ley n° 402). En efecto, la presentación rebate de modo suficiente los argumentos brindados por la Sala I de la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad oportunamente planteado y, paralelamente, contiene una exposición clara y completa del proceso en el que se deduce y de los puntos de la decisión del tribunal *a quo* impugnados en el recurso denegado.

2. En primer lugar, me apresuro a señalar que, aún cuando el fallo de la Cámara que deniega el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no hubiera tenido explicación alguna que le sirva de fundamento o hubiera tenido una explicación ridícula o arbitraria, lo cierto es que el remedio para ello consiste sólo en pedirle al Tribunal Superior, competente en definitiva para tratar el recurso, que lo considere. En este sentido, es preciso remarcar que el examen de admisibilidad que efectúa el tribunal *a quo* ostenta carácter meramente provisional, puesto que el tribunal *ad quem* deberá ponderar, con carácter posterior, el acierto o desacierto del juicio formulado previamente con relación a la viabilidad del recurso intentado. Así, una vez articulada dicha solicitud por parte del defensor del Sr. Martínez a través de la queja bajo estudio no resta ya atender al planteo atinente a la pretendida lesión del *derecho de acceso a la jurisdicción y debido proceso legal* (cf. arts. 10 y 12, inc. 6, CCBA, arts. 1, 18 y 33, CN, y arts. 8 y 25, CADH; fs. 53) frente a la inexistencia de agravio alguno.

3. En segundo lugar, la sentencia condenatoria dictada por la Cámara ha dado fundamento suficiente acerca de la razón por la cual no está interesado, en el caso, el *principio de lesividad* (cf. art. 13, inc. 9, CCBA; fs. 55 vta./56). En efecto, la exigencia de que se configure un peligro concreto para el bien jurídico protegido por el tipo contravencional en cuestión ha sido corroborada por la Sala I de la Cámara con argumentos aptos y propios de la constatación que ha de llevar a cabo un tribunal de mérito en el campo relativo al Derecho contravencional; esto es, acentuando el carácter preventivo —carácter que no ha sido excluido del todo en el ámbito del Derecho penal— del tipo bajo análisis (cf. art. 68, ley n° 10 —CC entonces vigente— y art. 104, segundo párrafo, CC).

Por lo demás, el recurrente afirma que el tribunal sentenciante ha incurrido en una interpretación analógica al delimitar el concepto de "peligro" utilizado por la Sala I de la Cámara para comprobar la lesividad de la conducta imputada al Sr. Martínez (cf. arts. 18 y 75, inc. 22, CN y arts. 10 y

13, inc. 3, CCBA; fs. 53 vta./55 vuelta). He considerado ya que "la prohibición de la aplicación analógica significa la imposibilidad de extender la prohibición penal, por parentesco cercano, a acciones u omisiones no comprendidas claramente en la ley" (cf. mi voto en "Iván, Félix Jonás s/ art. 72 CC s/ recurso de inconstitucionalidad" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. II, ps. 210 y ss.), en una suerte de "creación pretoriana" no autorizada por el texto sujeto a interpretación (ver mi voto en "Andretta, Carlos Hugo s/ art. 41 CC s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], t. III, ps. 230 y siguientes). En este sentido, la discrepancia que expone el recurrente con relación a la interpretación de la ley común (infraconstitucional) no adquiere entidad suficiente para confirmar la existencia de una lesión al *principio de legalidad* (cf. mi voto en "Díaz Quintana, René s/ art. 74 CC –apelación– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3883/05, resolución del 08/06/05); máxime cuando los jueces de la Cámara no han estimado interpretar *analógicamente* la ley, sino, tan sólo, han elegido una interpretación plausible y razonable del término cuya intelección ha sido puesta en crisis por el recurrente.

En consecuencia, sólo cabe concluir que, con relación a los agravios atinentes a la posible lesión del principio de lesividad y del principio de legalidad, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por el tribunal *a quo*.

4. En tercer lugar, advierto que el recurrente, en principio, planteó con éxito ante este Tribunal un caso constitucional a tenor de la invocada lesión de la *defensa en juicio* y del *debido proceso* (cf. arts. 10 y 13, inc. 3, CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, CN y normas pertinentes del Derecho internacional de los derechos humanos; fs. 56 vta.) con relación a la imposibilidad por parte de su defendido de contar con una *doble conformidad judicial* con antelación a la imposición de una pena contravencional. En efecto, la defensa oficial del Sr. Martínez conectó, de manera seria y suficiente, las reglas constitucionales citadas con las constancias de la causa bajo estudio (cf. fs. 115 vta./119 vta., autos principales y fs. 56/60). Por lo demás, es claro que el recurso de inconstitucionalidad sobre este punto fue incorrectamente denegado por la Cámara actuante puesto que no es posible tachar de extemporánea la deducción del planteo bajo estudio por parte de la defensa del Sr. Martínez. En efecto, y tal como lo manifesté de modo reciente, "(...) en ocasión de contestar los agravios del apelante, el imputado no ostentaba aún el carácter de *condenado* y, consecuentemente, carecía de todo interés en —o bien, de toda posibilidad fáctico-jurídica de— recurrir la sentencia que así lo declarara" (cf. punto 1 de mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas n° 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Sama, Javier Fernando s/ infracción art. 56 CC —apelación", expte. n° 3892/05, resolución del 05/08/05). Por ello, en este aspecto parcial del recurso, la queja es procedente.

5. Sin embargo, y adentrándome ya en el estudio del recurso de inconstitucionalidad, no estoy de acuerdo en que deba arribarse al mismo resultado que expresé en las sentencias mencionadas por la Sra. jueza de trámite en su voto (cf. mi opinión en "Sama", ya citada, y en "Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 CC –apelación– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3910/05, sentencia del 05/08/05). Tal como lo manifesté en aquellas sentencias, la visión propia del Derecho comparado de la garantía de la *doble conformidad* (o del derecho del imputado de recurrir la condena o, de acuerdo con la expresión contenida en el art. 13, inc. 3, CCBA, la garantía de la doble instancia) excluye al que podríamos llamar "Derecho penal de menor cuantía" de la necesidad de observar esta regla (véase, a título de ejemplo, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio n° 7 [1984], art. 2, párrafo II). No obstante, el carácter privativo o limitativo de la libertad locomotiva de las penas que se decidían en aquellas sentencias me impulsó, básicamente, a conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y a otorgarle consecuencias.

Aquí se observa, en cambio, que la Sala I de la Cámara ha aplicado una multa, que la pena de multa ha sido la inferior posible en la escala (\$1.000) y, por último, que esa multa no es ejecutable, al menos por el momento, porque ha sido aplicada en forma condicional (CC ahora vigente, 46); al mismo tiempo, la sentencia no hace uso de otras obligaciones pasibles de imponer según la ley (CC, 46, II), por las consideraciones allí expuestas (cf. voto de la Sra. jueza Marum, voto al que adhiere el Sr. juez Saez Capel, fs. 105/107 vta., autos principales). De tal manera, por una parte se puede decir que el caso es nimio (*insignificante*) y, por la otra, que presenciamos un límite con relación a aquello que podemos llamar *sentencia definitiva*, puesto que la misma sentencia se declara no ejecutable y sólo será ejecutable en el futuro si sucede una condición que domina el autor. Al mismo tiempo, ello denota la inexistencia práctica del agravio necesario para posibilitar el recurso de inconstitucionalidad, o, cuando menos, su insignificancia, tal como fue expresado anteriormente.

Realmente parece desproporcionado, en un caso como éste en que la sentencia puede redimirse por el mero trascurso del tiempo —CC, 46, IV, "(...) la condena se tendrá por no pronunciada"—, exigir una doble conformidad para que ella se pueda ejecutar, posibilidad negada, al menos provisionalmente, por la misma sentencia. En todo caso, parece más racional que si se cumple la condición que permite la ejecución de esta resolución, esto es, si la sentencia deviene eventualmente definitiva, se trate el problema cuando se dicte la decisión única que abarque a una condena posterior (CP, 58 y CC, 10).

Ni siquiera bajo el aspecto del ingreso a un registro de contraventores —admonición que no guarda proporción con el derecho a la doble instancia— la sentencia recurrida parece *definitiva*, pues conforme al art. 50,

CC, interpretación a la luz de lo previsto por el art. 46, IV, CC, tal registro no es definitivo y caducará en un tiempo relativamente breve.

6. Por las razones esgrimidas en los párrafos precedentes, voto por admitir parcialmente la queja en torno al agravio atinente a la *doble conformidad*, rechazar el recurso de inconstitucionalidad sobre el punto y, por último, rechazar el recurso de queja en atención a los restantes agravios (*legalidad y lesividad*).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. A todo evento, conviene señalar que los agravios planteados en la presente queja son sustancialmente análogos a lo propuestos en los autos "*Alberganti, Chistian Adrián s/ art. 68 CC*" —citados por la jueza de trámite (pto. 2 de su voto)— y ello es así, aún cuando pretendan demostrarse sus posibles contrastes. En el caso, con independencia de que la ejecución de la condena fuera dejada en suspenso, ésta para bien o para mal, existe en el plano jurídico actual —eventualmente, podría surtir efectos contrarios al interés del imputado (ver art. 46 pto. 4 y 17 CC, ley n° 1472)— y es por tal motivo que el recurrente se considera agraviado —con razón o sin ella—, es decir, por la imposición de una sanción cuya aplicación encuentra incorrecta sobre la base de un exceso de la Cámara al haber revocado una sentencia absolutoria previa —excitada para aquello, por un recurso acusatorio—. En consecuencia, éste es el único momento procesal para revisar la violación constitucional que denuncia pues en una hipotética y futura intervención que pudiera caberle al Tribunal, éste no tendría competencia para pronunciarse nuevamente en tal asunto, sobre el cual habría operado la 'cosa juzgada', al menos, si quedase firme esta sentencia.

2. La queja satisface los requisitos formales de la especie y se dirige a atacar el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, no puede prosperar en tanto no presenta un caso constitucional que habilite su tratamiento. El núcleo de su argumentación reside en la discrepancia con una decisión de mérito de la Cámara —primera condena dictada en segunda instancia— en base a menciones genéricas vinculadas con la interpretación de preceptos sustantivos y adjetivos, desligados de motivos de impugnación constitucional propios de esta vía; entonces, no señala lesiones concretas y su relación con la causa, remitiéndonos al análisis del derecho común y a la valoración de las cuestiones de hecho y prueba, extremos éstos, ajenos al marco de su recurso (cf. el Tribunal en "*Labayru, Julia Elena y otros s/ queja por recurso inconstitucionalidad denegado*", expte. n° 1976/02, sentencia del 09/04/04).

3. Es preciso señalar que el agravio referido al principio de lesividad, no exhibe una argumentación capaz de rebatir las razones apuntadas por la Alzada pues la afectación al bien jurídico tutelado fue acreditada en virtud de la situación de riesgo 'cierto' que generó el suministro de bebidas alcohólicas a personas cuya posterior conducta no fue posible preverse. La sentencia posee fundamentos que aunque no le satisfagan al recurrente, resultan por demás suficientes. De modo que, la comprobación del grado de lesividad de la conducta fue competencia de los jueces de mérito, sin que en ésta pueda advertirse un análisis antojadizo o inexacto de las constancias del caso.

4. Lo mismo puede aseverarse respecto de la afectación del principio de legalidad. Concretamente, la Alzada entendió que el tipo contravencional establece con fines preventivo-generales una prohibición clara dentro de un ámbito espacio-temporal previamente fijado, en el cual, se pretende impedir normativamente el expendio de alcohol a los concurrentes de espectáculos, con inclusión de aquellos sujetos que permanecen en las adyacencias de las áreas previstas para la evacuación 'masiva' (perímetro), a efectos de sortear potenciales desmanes entre las diferentes parcialidades deportivas, grupos fanáticos de un mismo equipo o conjunto artístico. Tal interpretación no sólo resulta razonable, sino que además se encuentra suficientemente fundada.

5. La violación de la garantía de la *doble instancia*, es el resultado de una reflexión tardía pues tal planteo se introdujo recién con el recurso de inconstitucionalidad, omitiéndose toda referencia al contestar el traslado del recurso acusatorio que motivó la condena, momento en el cual tal afectación se presentó como posible (cf. el Tribunal, "*Consortio de propietarios edificio 86 (ex 78) nudo 2, barrio Soldati c/ Comisión Municipal de la Vivienda s/ ejecución de expensas s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*", expte. n° 1286/01, sentencia del 20/02/02). Además, no se agregaron argumentos novedosos con relación a la operatividad de las garantías constitucionales previstas para las contravenciones que permitan modificar mi opinión en ese aspecto: en el orden jurídico local no existe identidad entre la materia penal y contravencional, y en el ámbito de ésta última, la cuestión de la vigencia de la doble instancia se desenvuelve en un plano infraconstitucional (cf. mi voto en "Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 3– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Abalos, Oscar Adrián s/ art. 71 CC –Apelación–", expte. n° 1509, sentencia del 23/10/02).

Las razones que dejo expuestas resultan suficientes para rechazar la queja de fs. 49/61 y en virtud de su improcedencia, el depósito previsto en el art. 34 LPTSJ se hace exigible con la derrota (cf. mi voto en "Ministerio Público –Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC –apelación–'", expte. n° 3996/05, sentencia del 14/09/05).

Atento el resultado de la deliberación en esta causa, y a efectos de formar mayoría, dejo sentado que los motivos para resistir la queja hubieran bastado, del mismo modo, para rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Coincido con mi colega, la doctora Ana María Conde, en tanto concluye que la presente queja debe ser rechazada.

Los agravios planteados en el presente caso resultan sustancialmente análogos a los propuestos por la defensa en la causa "*Alberganti, Christian Adrián s/ art. 68 CC —apelación s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*", expte. n° 3910/05, sentencia del 5 de agosto próximo pasado.

2. El recurso de inconstitucionalidad no logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley de procedimientos ante este Tribunal en tanto se sustenta, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*.

La presentación efectuada por el Defensor Oficial —que se asienta sobre la presunta afectación de los principios de legalidad y lesividad—, padece de un defecto sustancial: no logra conectar argumentalmente sus quejas con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de normas que lesionen garantías constitucionales referidas directamente al caso (cf. este Tribunal *in re* "*Góngora Martínez, Omar Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo [art. 14, CCABA]*", expte. n° 3264/04, resolución del 23/05/03).

Así, la quejosa no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, más allá de efectuar alusiones genéricas a derechos y principios constitucionales, lo que dista de constituir el desarrollo consistente y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. En cuanto a la presunta violación de la garantía de la doble instancia bajo la forma del doble conforme, debo advertir que el agravio no ha sido interpuesto oportunamente, tal como lo sostiene la doctora Ana María Conde en el punto 5 de su voto.

A mayor abundamiento, considero que la alusión genérica a la garantía de la doble instancia reconocida en la Constitución local (art. 13.3), en mi concepto, no puede interpretarse como una argumentación suficiente para demostrar que la misma comprende la exigencia de la observancia del "doble conforme" en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoca un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio (cf. mi voto en la causa "*Alberganti*", ya citada).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente queja e intimar al señor Horacio D. Martínez a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley n° 402 (cf. mi voto en la causa “*Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional n° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczyk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ ley 255 -apelación*”, expte. n° 2266, sentencia del 16/7/03).

En atención a la deliberación mantenida en el acuerdo, y a los efectos de formar mayoría, dejo expresado que los argumentos desarrollados en mi voto para declarar inadmisibles la queja, bien pueden hacerse valer para rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los agravios planteados por la defensa resultan sustancialmente análogos a los tratados por este Tribunal *in re* “Alberganti, Christian Adrián s/art. 68 CC –apelación– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 3910/05, sentencia de este Tribunal del 05/08/2005.

2. Conforme sostuve en dicho precedente, corresponde dilucidar, en primer término, si los agravios que la defensa dirige contra la sentencia del *a quo*, pueden ser tratados en el marco de un recurso ante esta instancia, o si, por el contrario, examinarlos excede la competencia de este tribunal, en cuyo caso cobraría relevancia analizar si el derecho a recurrir ante un “juez o tribunal superior”, que la apelante funda en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14 inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 inc. 3° CCABA, y artículo 3 del Código Contravencional, impone abrir una vía procesal susceptible de tratar aquellas cuestiones a cuyo respecto ésta es insuficiente. Examinado el memorial de la defensa se advierte que invoca un caso constitucional alegando la violación de los principios de lesividad y legalidad (arts. 19 CN, 13.9 CCBA y 1 CC), pero no limita a ello sus agravios, ni tampoco a la interpretación de la ley aplicable, art. 104, segundo párrafo del CC, según ley n° 1472, sino que todo su planteo está erigido sobre una afirmación de hechos relativa a los atributos de aquellos a quienes suministró las bebidas y a sus conductas posteriores, reales o posibles, en particular al eventual destino que podrían haberle dado a esos artículos dichos adquirentes, base para establecer, a su vez, si la conducta del imputado generó en el caso concreto el peligro cierto que requiere el artículo 1 del CC. Esta es cuestión de hecho cuya elucidación no puede decirse que venga definitivamente dada por los jueces de grado, puesto que, aunque admitida en primera instancia, se convirtió en irrelevante para la

solución adoptada por la Cámara, y por su naturaleza excede la competencia que a este tribunal le ha sido conferida por el art. 113 de la CCBA en la reglamentación sancionada por ley n° 402.

3. Establecido que el recurso de inconstitucionalidad, en el marco que le dan la Constitución de la CABA y la reglamentación provista por la ley n° 402, es insuficiente para tratar los agravios presentados contra el contenido de la sentencia impugnada, cobra concreción el relativo a la frustración del derecho a recurrir esa sentencia condenatoria, que viene apoyado en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 13 inc. 3° CCABA, y artículo 3 del Código Contravencional. Ello así, puesto que no es dudoso que las planteadas son, habida cuenta de su impacto en la solución final de la causa, cuestiones relevantes, a la luz de la doctrina sentada en el precedente Herrera Ulloa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. El artículo 8.2.h de la CADDHH reza así: “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La CSJN, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, aunque en una integración que no subsiste, resolvió que dicha disposición no resulta aplicable a las contravenciones y a las faltas, habida cuenta de que el artículo citado se refiere tan sólo a los “delitos” (Fallos 323:1797). Este alcance de la Convención encuentra apoyo en una categorización de las conductas punibles que viene siendo empleada en el derecho interno de la generalidad de los países que ratificaron la CADDHH desde antes de su firma. Ello lleva, por aplicación del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que indica que “[...] un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, a otorgar al término “delito” un alcance acorde con ese generalizado empleo. Ello así, porque era y es el sentido corriente de las palabras y, asimismo, porque distinguir entre conductas según su gravedad es un temperamento acorde con el objeto y fin de la garantía que nos ocupa.

Haciendo un repaso breve de la situación actual, por ejemplo, el Código Penal de Guatemala distingue entre delitos y faltas, reglando estas últimas en el Libro Tercero (arts. 480 a 498) y sancionándolas con penas privativas de la libertad; del mismo modo Uruguay (arts. 360 a 366, Libro Tercero, Código Penal), Venezuela (arts. 485 a 547, Libro Tercero, Código Penal) y Nicaragua (arts. 553 a 564, Libro Tercero, Código Penal). Con las mismas características el Código Penal de Ecuador distingue entre

contravenciones y delitos (arts. 603 a 605, Libro Tercero). Chile, si bien no prevé penas privativas de la libertad para las faltas, también realiza esta distinción (arts. 494 a 501, Libro Tercero, Código Penal).

No es dudoso que la distinción trasciende nuestras fronteras. Era conocida por los redactores de la CADDHH, quienes, no obstante, optaron por referirse a “toda persona inculpada de delito”, y no a un universo de supuestos que comprendiera genéricamente a todas las categorías de conductas punibles (delito, contravención y falta), eligiendo a ese fin una categoría omnicomprensiva, o a un universo de conductas cuya comisión conllevara sanciones de índole penal, retributivas o privativas de libertad, ya fuese que el legislador las hubiera considerado delitos, contravenciones o faltas.

Tampoco cabe identificar los delitos como conductas sancionadas con prisión o, dicho de modo más genérico, como el universo de supuestos castigados con las penas privativas de la libertad. En efecto, son variados los estados que ratificaron la CADDHH¹ que tienen previstos en sus ordenamientos tipos contravencionales o de faltas cuya infracción genera la aplicación de verdaderas sanciones retributivas y limitativas de la libertad ambulatoria de los individuos, al igual que nuestro código contravencional. A modo de ejemplos, cabe mencionar los ordenamientos de países como Uruguay, Ecuador (dispone pena de arresto de 7 días en algunos casos), Guatemala (60 días), Nicaragua (3 meses), y Venezuela (30 días).

Este contexto muestra que, aún cuando la distinción entre contravención, falta y delito no responda a criterios universalmente aceptados, ni reciba un tratamiento idéntico en todas las legislaciones nacionales de los países que han ratificado la CADDHH, no es dudoso que esa distinción está generalizada y que la voz “delito”: a) no agota el universo de conductas a cuya comisión la ley enlaza una sanción penal, y ni siquiera comprende la totalidad de las conductas alcanzadas por penas privativas de la libertad, mas b) apunta a un ámbito de ilicitud de mayor entidad que el de las contravenciones o las faltas, a las cuales, universalmente, se identifica como conductas reprochables de menor gravedad.

En el caso de nuestro país, la distinción ha quedado directamente ligada al sistema federal. El Congreso ha escogido denominar delitos a las conductas definidas en el Código Penal que sanciona en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 75 inc. 12 de la CN, no obstante que ese artículo le da posibilidad de distinguir categorías. Las contravenciones han pasado, en ese marco, a ser descripciones de conductas antijurídicas que cada una de las entidades federadas, y eventualmente la Nación, identifican como dañosas de bienes jurídicos cuya tutela les cabe hacer separadamente.

Finalmente, razones prácticas explican que una garantía que impone dar mayor extensión y complejidad al proceso previsto por el art. 8 de la

¹ <http://www.cidh.org>, 26 de julio de 2005.

misma convención para una categoría mucho más amplia de supuestos quede reservada para aquellos casos que más lo justifican por la gravedad de su repercusión sobre el enjuiciado.

Lo dicho lleva a descartar una interpretación de la Convención que torne aplicable la garantía de la doble instancia a las faltas y contravenciones.

5. Descartado que la Convención imponga obligación de esta especie para el juzgamiento de las contravenciones previstas en el CC, similares consideraciones resultan de aplicación al PIDCyP, cuyo art. 14, además, somete el derecho al recurso “conforme a lo prescripto por la ley”, fórmula que parece otorgar una protección más débil.

Empero, ello no implica que la garantía no exista con apoyo en el derecho interno. El art. 13 inc. 3 de la CCBA dispone que “[l]a Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienden estrictamente a las siguientes reglas: [...] 3.- Rigen los principios de 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. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

Ciertamente, ese artículo no establece en qué consiste la “doble instancia” sino que la identifica por su nombre, lo que supone remitir a la Convención. Ello haría suponer que resultaría aplicable solamente al juzgamiento de delitos –ámbito contemplado en la Convención– para la época en que, cumpliendo con la manda del art. 129 de la CN, las competencias respectivas queden a cargo de las autoridades locales. Sin embargo, la cláusula transitoria duodécima, punto 5 *in fine*, dispone que “[l]a 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. Sancionado dicho Código o vencido el plazo fijado, que es improrrogable, todas las normas contravencionales quedarán derogadas”.

Vale destacar en el texto transcrito que a) el código específicamente contravencional debe prever garantías procesales, b) que dichas garantías deben comprender las aseguradas por la CN y la CCBA así como las de los “instrumentos mencionados en el inciso 22 del art. 75”. Por cierto, la mención de estos instrumentos trasunta una voluntad de poner énfasis en las garantías contempladas en los tratados, de los cuales la CADDHH es el que contiene las más características. Ello así, puesto que la sola mención de la CN, y aún su solo art. 5 en ausencia de menciones, bastaría para imponer su cumplimiento si el constituyente de nuestra Ciudad hubiera revelado

menor compromiso con estas seguridades de respeto por la dignidad humana. Más aún, no parece dudoso que la generalidad de las garantías contempladas en los tratados fueron desde antiguo reconocidas por la CN, con excepción de la garantía procesal que nos ocupa. Esta es propia de la Convención, y en verdad vino a oponerse, en el campo de los delitos, a la inexistencia genérica del derecho a la doble instancia entre los reconocidos por la CN (Fallos 310:122411; 318:1711 y 320:2145).

No hay duda de que si alguna razón puede justificar las menciones de la cláusula transitoria duodécima, que vengo de destacar, ella es la voluntad de rodear al supuesto contraventor de las garantías propias de un proceso en el que se dilucida si una persona ha cometido un delito. Aún así, a la luz de dicha cláusula no es ineludible la aplicación de la garantía de la doble instancia en el proceso contravencional, en tanto cabe leerla como dirigida a aplicar aquellas garantías a las que remite según el alcance que cada una de ellas tiene, es decir, que en el caso de la de la doble instancia podría suponerse limitada al juzgamiento de delitos o, lo que es lo mismo, no incluida entre las que tutelan al contraventor.

Empero, el legislador adoptó, en el art. 3 del Código Contravencional, una interpretación de la CCBA comprensiva de “todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados de Derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional (artículo 75, inc.22) en los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (artículo 31 de la Constitución Nacional) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”, circunstancia que torna inequívoca la aplicación de la doble instancia al proceso contravencional, toda vez que, una vez indicado que todos los principios, derechos y garantías son aplicables en él, no hay razón con base en el texto de la Convención que justifique apartarla, pues la voluntad del legislador local prevalece en la medida en que asegura una mayor extensión de aquello que se busca resguardar.

La circunstancia de que el legislador local, en la ley 12, no haya dotado al Ministerio Público Fiscal de la facultad de apelar la sentencia de cámara, aunque sí la de primera instancia, muestra que contempló al recurso de inconstitucionalidad como el resorte por cuyo medio quedaría preservada la garantía, toda vez que no puede verse en ese recorte de las potestades del fiscal la voluntad de evitar que el Tribunal Superior contribuyese a emitir interpretaciones acerca de la Constitución Nacional o de la CCBA, sino que la solución se acomoda a lo que fue la interpretación que la CSJN hizo de la garantía, por lo menos, hasta la causa “Girolodi” del 7 de abril de 1995. A su vez, en la causa “Girolodi” no adoptó una interpretación de la garantía que contemplase una apelación de alcance amplio como la que aquí persigue el recurrente sino que se limitó a establecer que una vez creada la Cámara Nacional de Casación Penal era ese tribunal y no la Corte o, visto desde otra mira, el recurso de casación y no el de la ley n° 4055 el que surtía como herramienta para tutelar la garantía, sobre todo luego de la

reforma del art. 280 CPCCN, circunstancia en base a la que la Corte justificó apartarse del criterio sentado en el precedente “Jáuregui” (Fallos 311:274), en el que sostuvo que el recurso extraordinario era idóneo para dar cumplimiento al derecho al recurso.

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó el criterio con arreglo al cual sólo un recurso accesible que permita “un examen integral de la decisión recurrida”, sin que dicha revisión pueda limitarse a aspectos formales y legales, cumple con lo previsto por el art. 8.2.h. de la CADH (*in re* “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de Julio de 2004).

Ciertamente, las conclusiones sentadas al comenzar este examen permitirían afirmar que, sin incumplir con la Convención pudo la Ciudad brindar un alcance menor a la garantía, o más exactamente que, tal cual la contempló el legislador local, la garantía tiene el alcance que permite la ley 12. Empero, más de una razón aconseja desechar este criterio. La diferencia temporal que existía entre el antiguo Código Contravencional, ley 10, y la ley 12, tres días, podía llevar a algún interprete a la conclusión de que la Legislatura quiso recortar con la segunda las garantías contempladas en la primera. Dicha interpretación, en mi opinión, no resultaba leal hacia un legislador que tres días antes asumió que la doble instancia regía como garantía suprallegal para el juzgamiento de las contravenciones. Hoy, dicha posibilidad quedó totalmente descartada, toda vez que la ley 1472, modificatoria de la ley 10 vino a proyectar luz, en cuanto, no sólo no desvirtúa la interpretación del antiguo art. 3, sino que otorgó aún más énfasis a lo que fue la voluntad del legislador declarando “operativos” todos los principios, derechos y garantías, contemplados tanto por el antiguo como por el nuevo art. 3 del CC. Por lo expuesto, todo sugiere que el legislador no quiso recortar las garantías contempladas en el CC, sino mantenerlas, toda vez que no confirió al fiscal la posibilidad de recurrir ante este tribunal; de modo que una primera sentencia condenatoria emitida por la segunda instancia podría ser siempre recurrida por el condenado, mientras vedó la posibilidad de obtener una primera condena ante este tribunal, al privar, como dije, de recurso al fiscal. Cuando ese sistema impugnativo fue introducido el 9 de marzo de 1998, era compatible con el derecho al recurso a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, toda vez que en “Girolodi” dicho Tribunal justificó su apartamiento del precedente “Jáuregui” en base a la sanción del artículo 280 CPCCN, en el año 1990. Así, toda vez que en el orden local no existe una disposición análoga al citado art. 280 CPCCN, el recurso de inconstitucionalidad pudo razonablemente ser considerado por el legislador, a la luz del panorama jurisprudencial imperante al tiempo de sanción de la ley comentada, como suficiente remedio a los fines de la garantía. A su vez, tampoco hay razones para creer que el legislador quiso garantizar la doble instancia con un alcance menor que el que le diere el desarrollo de su aplicación por los órganos del sistema interamericano, toda vez que, para la fecha de sanción del código procesal contravencional, no se

registraba la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció los alcances del derecho al recurso, según dije antes, el 2 de Julio de 2004 *in re* “Herrera Ulloa”. A la luz de lo expuesto, se justifica buscar los mecanismos para que la doble instancia en el ámbito de la Ciudad tenga el alcance que la CIDDHH le ha atribuido, colocando a esos fines las disposiciones de la ley 12 en el lugar que el legislador quiso darles: conjunto de reglas para instrumentar un bloque de garantías entre las cuales están tanto el derecho de defensa como la de la doble instancia.

Para finalizar esta cuestión, cabe tener en cuenta que, aunque no directamente aplicables al juzgamiento de las contravenciones, las leyes n° 1.287, del 25 de marzo de 2004, y n° 1.330, del 13 de mayo del mismo año, suponen también un criterio de cumplimiento con la garantía de la doble instancia, esta vez en una situación, la de los delitos cuyo juzgamiento por la justicia de la CABA prevé la ley local n° 597 y la ley nacional n° 25.752, a la cual son estrictamente aplicables las cláusulas contenidas en la CADDHH y el PIDCyP a las que me referí más arriba. En lo que aquí interesa, refuerzan el criterio sentado anteriormente, puesto que, ambas de fecha anterior al precedente Herrera Ulloa mantienen un mecanismo similar al de la ley 12 en materia contravencional, es decir, que puede inferirse de ellas que el legislador quiso dar en el proceso contravencional una extensión de la garantía de la doble instancia no menor que en materia de juzgamiento de delitos.

6. Ello sentado, estimo que el mecanismo procesal más adecuado para satisfacer la garantía procesal de doble instancia con el alcance que, según lo antedicho, quiso darle el legislador, es aquel que consideré adecuado en el precedente “Alberganti”, a saber encomendar a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito que trate el recurso de la defensa.

Tal como sostuve, la preservación de la garantía solamente puede desembocar en la flexibilización de alguna norma procesal. Por una parte, la satisfaría una ampliación del espectro de cuestiones que pueden ser resueltas por el TSJ. Esta solución tiene como ventaja la de reducir la extensión máxima del proceso, lo cual supone beneficios para ambas partes. Pero, extender la competencia del Tribunal hasta abarcar cuestiones que no podría abordar supone desnaturalizarlo. Remitir a la siguiente Sala el examen de los agravios de la defensa supone hacer que una de ellas revise lo que la otra dispuso, imponiendo, para la causa, una jerarquía no prevista en la ley de organización de la justicia. Empero, esta supraordinación de un pronunciamiento de una Sala al de la otra no implica alterar su posición como órganos permanentes del Poder Judicial. A su vez, el contenido de la revisión que debe efectuar la siguiente Sala en el pleito no difiere del que debe hacer habitualmente, en ejercicio de las competencias ordinarias que le asigna la ley. Por estas razones, estimo preferible, como adelanté, la

remisión a la Sala de la Cámara Contravencional que no intervino en el pleito.

7. Por lo expuesto, voto por declarar procedente el recurso de queja en cuanto a la violación de la garantía de la doble instancia y remitir el expediente a la Sala de la Cámara que no intervino en el pleito para que se pronuncie acerca de los agravios articulados por el recurrente contra la condena dictada por el *a quo*.

Por ello, oído el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve**

1. Declarar admisible la queja interpuesta a fs. 49/61 en cuanto invoca violación a la garantía de la doble instancia y rechazarla respecto de los restantes agravios de la defensa.

2. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad en relación con la garantía de la doble instancia.

3. Mandar se registre y notifique y, oportunamente, se devuelva esta queja junto con el expediente remitido a este Tribunal, a la Sala I de la Cámara Contravencional.