

**Expte. n° 1526 “Melillo, Carmen y Viera, Adrián s/ art. 72 — Apelación— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”**

**Buenos Aires,** 11 de septiembre de 2002

**Vistos:** los autos indicados en el epígrafe,

**resulta**

1. La causa se inicia por distintas actas contravencionales y denuncias efectuadas contra Carmen Melillo, mediante las cuales se le imputó la comisión de la conducta prevista en el artículo 72 del Código Contravencional (ruidos molestos), en su carácter de titular del local que funcionaba en la calle Honduras 5288.

Con fecha 17 de octubre de 2001 el fiscal en lo contravencional formuló el requerimiento de elevación a juicio y solicitó que, en su oportunidad, se le impusiera la pena de trabajos de utilidad pública por el término de 3 meses, más la clausura del local por el término de 30 días (fs. 102/105).

El 22 de noviembre de 2001 se llevó a cabo el juicio oral y público contra Carmen Melillo, quien resultó condenada por considerársela autora de la contravención prevista en el artículo 72 del Código Contravencional a la pena de apercibimiento y clausura del local por el término de 30 días, más costas (fs. 111/113). El juez apercibió a Melillo (fs. 114) y ordenó la clausura del local de la calle Honduras 5288, que se hizo efectiva el 26 de noviembre de 2001 (fs. 114 y 129).

El día 28 de noviembre de 2001 se presentó ante el juez en lo contravencional la Sra. Margarita Gabriela Andreoli de Paduano, quien alegó ser la titular del inmueble y haber rescindido el contrato de locación con la señora Melillo. Consecuentemente, requirió el levantamiento de la clausura impuesta (fs. 126).

El 30 de noviembre de 2001 Carmen Melillo y la defensora oficial, interinamente a cargo del asunto, anoticiaron al juez de que la condenada no se dedicaba más a la actividad comercial que desarrollaba al iniciarse las actuaciones en el local de la calle Honduras (fs. 133).

El fiscal, como consecuencia de la vista corrida por el juez, solicitó el rechazo de la petición formulada a fs. 126, por entender que de la documentación aportada no surge de manera fehaciente la titularidad del inmueble.

El Sr. Daniel Alberto Paduano presentó nueva documentación (fs. 157), y el Sr. Juez dio nueva vista al Sr. Fiscal, quien mantuvo sus argumentos e insistió en rechazar la petición (fs. 160).

El juez interviniente decidió rechazar el pedido de levantamiento de clausura solicitada por la Sra. Margarita Gabriela Andreoli de Paduano (fs. 161).

El día 17 de diciembre de 2001, el Sr. Daniel Paduano adjuntó más documentación y solicitó el levantamiento de la clausura (fs. 166). Ese mismo día el juez, sin haber corrido vista ni al fiscal ni a la defensa, dispuso pasar los autos a despacho (fs. 166) y acto seguido resolvió: 1) modificar la pena de clausura impuesta sobre el inmueble de la calle Honduras 5288, por la de arresto por el plazo de 5 días, a cumplirse en el Centro de Detención de Contraventores de esta ciudad; y 2) levantar la clausura impuesta sobre el inmueble en cuestión y disponer su inmediata entrega a la Sra. Margarita Gabriela Andreoli de Paduano (fs. 167). En esa misma fecha se hizo entrega del inmueble al Sr. Daniel Alberto Paduano (fs. 169).

2. Contra esa resolución el defensor oficial interpuso recurso de apelación (fs. 173/177).

El recurso fue concedido y elevado a la Cámara Contravencional. Cumplida la vista previa al fiscal de cámara, los integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional resolvieron con fecha 19 de marzo de 2001 confirmar parcialmente el punto I de la resolución que modificó la pena de clausura impuesta sobre el inmueble de la calle Honduras, por la de arresto, y modificar el término de duración del arresto al plazo de 3 días (fs. 190/192).

3. La defensa oficial interpuso contra esa resolución recurso de inconstitucionalidad (fs. 195/205). Denunció la “violación de las garantías de debido proceso y de defensa en juicio contenidos en el art. 18 de la Constitución nacional y artículo 13 inciso 3° de la C.C.B.A.”, en cuanto entendió que los jueces de la cámara efectuaron “una interpretación errada del derecho de defensa en juicio en perjuicio de los intereses de su asistida”.

También solicitó la declaración de extinción de la pena de clausura impuesta a Melillo, en los términos del artículo 30, inciso 4°, del Código Contravencional.

4. El recurso fue concedido por la Cámara “en relación con la presunta violación de las garantías de defensa en juicio y de debido proceso —art. 18 C.N. y art. 13 inc. 3 C.C.B.A.” (fs. 211/213).

5. Recibidas las actuaciones en el Tribunal Superior, se dispuso la vista al Fiscal General de la Ciudad, quien opinó que debía hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa y revocar el fallo

cuestionado con reenvío de la causa a la segunda instancia para que se dicte una sentencia conforme a derecho (fs. 219/222).

6. El Defensor General de la Ciudad amplió fundamentos a través del escrito obrante a fs. 223/230, aceptado por el Tribunal en los términos del art. 24 de la ley 21 (fs. 233).

## **Fundamentos**

### **La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:**

La decisión del juez de primera instancia de modificar la pena de clausura por la de arresto, luego parcialmente confirmada por la Cámara, lesiona diversas reglas establecidas por el art. 13, inc. 3, CCBA.

Tal como surge del relato que antecede, el juez, de oficio y sin sustanciación alguna, dispuso la modificación de la sanción en su oportunidad impuesta. Conforme lo establece el art. 13, inc. 3, CCBA, la sustitución prevista por el segundo párrafo del artículo 11, CC requiere: a) en virtud del principio acusatorio, la postulación necesaria por parte del Ministerio Público Fiscal, y b) como consecuencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio, la intervención también necesaria y correlativa de la defensa. Estas dos exigencias constitucionales no fueron respetadas en el trámite de la causa, de forma que se impuso una pena que priva al condenado de su libertad ambulatoria sin que éste haya tenido oportunidad de defenderse de una acusación que, paradójicamente, el fiscal no efectuó.

Cabe aclarar que estas dos exigencias han sido recibidas, como corresponde, por el Código Procesal Penal de la Nación, arts. 491, 508, I y cc., legislación supletoria para el caso según nuestra propia ley de procedimientos (LPC, 6).

No cumplir con las referidas exigencias constitucionales impidió, en el caso, debatir sobre la real existencia de las situaciones que habilitan, según la ley, a sustituir una pena por el arresto —no cumplir o quebrantar la pena individualizada—, en el momento procesal adecuado. Es antes de la decisión judicial que dispone sustituir una pena por otra que debe ocurrir un debate, no con posterioridad.

Lo expuesto es suficiente para revocar la sentencia de la Cámara (fs. 190/192) y, por ende, lo decidido por el juez interviniente a fs. 167 vuelta, punto 1).

### **El juez Julio B. J. Maier dijo:**

1. Para resolver correctamente el caso son necesarias varias precisiones, todas ellas referidas al exacto encuadramiento del proceso

contravencional, una de cuyas decisiones soporta el recurso interpuesto. El proceso contravencional de conocimiento finalizó con una sentencia de condena de primera instancia, que no fue recurrida (fs. 101/113), según se expone en el relato de la causa, y que, por lo tanto, quedó firme.

La sanción impuesta sólo fue cumplida parcialmente por la condenada, pues la comerciante condenada abandona, voluntariamente, el carácter de comerciante y rescinde el contrato de locación sobre el local.

El caso presenta, así, la crisis acerca de una resolución dictada en el curso de un procedimiento de ejecución de sentencia —entonces, no se trata de un proceso de conocimiento, pues la sentencia de ese procedimiento no fue recurrida y quedó firme, como antes se dijo—. La resolución criticada decide, conforme al CC, art. 11, II, sustituir la pena de clausura impuesta en la sentencia por la de arresto, según también se aclara en el relato de la causa. Esta decisión es pronunciada de oficio por el juez y sin sustanciación.

2. La protesta del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa tiene fundamento. La LPC (ley n° 12) no ha regulado el proceso de ejecución de la sentencia, razón por la cual es aplicable el CPP Nación, conforme a la delegación del art. 6, LPC. El CPP Nación, con el fin de reglamentar la garantía de defensa para el condenado y la vigencia del principio acusatorio aun en la ejecución —ambos principios recibidos en la CCBA, 13, 3—, prescribe, por una parte, la necesidad de que los incidentes de ejecución de la pena sean planteados por el ministerio fiscal o por el condenado (y su defensor), con lo cual regula el principio acusatorio, y, por la otra, la necesidad de oír a quien está situado como *parte contraria*, para tornar efectivo el derecho a ser oído (incidentes de ejecución de la pena: CPP Nación, arts. 491 y 508, I).

3. Según se observa, no sólo existe el caso constitucional planteado por la defensa, sino que, además, tiene razón el condenado al quejarse por la decisión que viene en recurso, que no ha sido obtenida sobre la base de un procedimiento acorde con los principios constitucionales enunciados.

Se trata, entonces, de la casación por defecto del procedimiento que conduce a la anulación no sólo de la decisión recurrida, sino también del procedimiento hasta el momento inicial del defecto que éste soporta (art. 471, CPP Nación, aplicable al caso según el art. 475, I).

4. Por tanto, propongo hacer lugar al recurso planteado, revocar lo decidido por la sentencia recurrida y anular el procedimiento hasta la decisión del juez contravencional dictada a fs. 167, incluida.

No coincido, en cambio, con la última parte del punto 3°, del dispositivo, en tanto la sentencia ordena la manera de proceder en el futuro a los jueces de mérito. No es ésta la misión crítica que la ley concede a los recursos, ni ese poder está comprendido en la facultad de decidir un recurso, concedida al Tribunal.

### **La jueza Ana M. Conde dijo:**

Si bien se recurre ante estos estrados el pronunciamiento de Cámara, la cuestión objeto del debate se centra, básicamente, en establecer si el magistrado de primera instancia se encontraba habilitado para sustituir la pena de clausura impuesta a la condenada en la sentencia de fs. 112 vta./113, de fecha 22 de noviembre de 2001, o si el dictado de un pronunciamiento de tal naturaleza requería de la previa sustanciación de un incidente, con intervención del Ministerio Público, pues de la suerte de tal cuestión se deriva la de este recurso.

Se enuncia en la última parte del artículo 11 del Código Contravencional que: *“...Cuando el contraventor o contraventora no cumpla o quebranta las penas individualizadas, el juez/a la sustituye por arresto. Puede cesar cuando el contraventor manifiesta su disposición a cumplir la pena, o el resto de ella”*. La norma, contenida en la disposición de fondo, tiene claras implicancias procesales y da cuenta de la peculiaridad del régimen contravencional, que, en comparación con el penal, admite una mayor flexibilidad en lo atinente a la ejecución de la pena. Ella no es la única diferencia existente entre ambos órdenes normativos en lo relativo a las sanciones; pues, mientras que en el código federal se establece la clase y el margen de aplicación de las sanciones correspondientes a cada hecho ilícito, en la norma contravencional no se prevé una concreta para cada tipo, sino que tanto su naturaleza como su gradación quedan sujetas al criterio final del juez, luego de formulado el requerimiento fiscal y escuchada la defensa.

Aún cuando el art. 6 del código procesal contravencional establece la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación en todo cuanto no se oponga a sus previsiones normativas, esa aplicación subsidiaria sólo corresponde cuando la cuestión debatida no tiene regulación propia, pues en tanto no se verifique tal circunstancia, debe darse preeminencia a la disposición específica contravencional, generada en el ámbito legislativo local, por sobre la nacional; ello siempre que la solución no vulnere las garantías constitucionales que rigen en la materia. La determinación de los supuestos en los que procede tal aplicación de la norma federal debe efectuarse con carácter restrictivo, pues ese temperamento es el que mejor contribuye a un adecuado respeto de la autonomía local [art. 6 de la CCBA].

El artículo 11 es una norma propia del régimen particular que impera en el orden contravencional y su texto impone al juez decidir la sustitución de la pena en caso de incumplimiento. Nada en su texto indica que, ante la verificación de alguno de los supuestos allí enunciados, no pueda el juez disponer la sustitución de oficio; tal como ocurre en el orden federal en los casos previstos en los artículos 318 y 333 del Código Procesal Penal de la Nación, en los que el magistrado cuenta con facultades para adoptar —con

sentido cautelar— directamente decisiones que pueden afectar la libertad ambulatoria del sujeto imputado.

Cabe señalar que, toda vez que el régimen contravencional está orientado, de modo preeminente, al resguardo de la convivencia entre los habitantes de la Ciudad, las cuestiones relativas al cumplimiento de las sanciones impuestas ante la verificación de infracciones a sus normas, interesa al orden público local y éste debe ser resguardado por el magistrado actuante, dentro del ámbito de sus competencias específicas, como la acordada en el artículo 11.

La extensión y aplicación del principio acusatorio consagrado en nuestra Constitución, debe ser valorada con sujeción a las circunstancias presentadas en cada caso y teniendo en mira los fundamentos de su consagración, por la que se procura que no haya ejercicio de la jurisdicción sin ejercicio de acción, que el juez no disponga de poder autónomo de impulsión de la acción. En el caso que nos ocupa ya ha mediado intervención fiscal en el sentido contemplado por la norma y se ha alcanzado un pronunciamiento dictado por un juez que ha actuado como un tercero imparcial, que ha impuesto una sanción en cuyo cumplimiento está interesado el orden público, tanto desde el punto de vista de la preservación de la convivencia social y de las relaciones de buena vecindad como desde el atinente al cumplimiento de los pronunciamientos judiciales, al respeto del *imperium* que la Constitución confiere a los magistrados. A ese interés público y al gobierno de la sociedad le interesa que el juez pueda adoptar medidas directas y concretas ante el incumplimiento de una sanción por él impuesta.

En autos se ha dictado una sentencia luego de tramitarse un proceso con sujeción a las garantías y principios que rigen nuestro sistema de juzgamiento en materia contravencional. Si bien podemos aplicar en esta materia pautas propias del procedimiento penal, no existe identidad plena entre ambas materias ni entre las regulaciones procesales y circunstancias de cumplimiento de las penas propias de uno y otro ámbito. De hecho, es claro que el esquema de control de cumplimiento de las sanciones del ámbito nacional difiere notoriamente del establecido en el orden local, pues allí existen jueces directamente encargados de dicha tarea, como son los magistrados de ejecución penal, figura inexistente en el esquema del poder judicial de la Ciudad.

Ni aún en la etapa de juzgamiento el código al que remite el artículo 6 de la norma procesal contravencional prevé una aplicación pura del sistema acusatorio; ya que cuando un juez no está de acuerdo con el sobreseimiento requerido por el fiscal, puede elevar las actuaciones en consulta a la Cámara, como lo prevé el artículo 348 del código procesal penal nacional y que si el tribunal de alzada entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno, precepto reiteradamente convalidado por la Cámara de Casación Penal, que ha

considerado que no se oponía a la garantía del debido proceso ni a la independencia funcional y orgánica del Ministerio Público nacional —cf. causas 1845, del 14-7-00; 1666, del 6-4-98; 1118, del 11-2-97, entre otras—.

Examinadas las constancias de autos surge que la Sra. Melillo guardó silencio en la audiencia sobre la existencia de un acuerdo rescisorio del vínculo locativo que autorizaba su explotación del local objeto de la clausura, que habría sido celebrado con anterioridad a tal acto procesal y que habría sido causa de su desocupación del inmueble, que se habría operado el día 8 de noviembre de 2001. Por tal circunstancia, cuando se hace efectiva la medida, se presenta en la causa la locadora —fs. 126/vta.— y de su presentación se corre traslado al Fiscal, quien —tanto a fs. 134 como a fs. 159, cuando obraba ya en autos la presentación de fs. 133 por la que la condenada también hiciera saber que ya no se dedicaba a la actividad que motivara la sanción— se limita a desconocer la eficacia de la documentación presentada, sin requerir medida alguna tendiente a verificar si se había dado en el caso alguna circunstancia que ameritara la sustitución de la pena, en los términos del último párrafo del artículo 11 de la ley contravencional; norma que —como lo señalara anteriormente— nada dice acerca de la necesidad de tramitar un incidente.

Sin perjuicio de ello, en el procedimiento que condujera al dictado del pronunciamiento del juez de primera instancia, objetado por la defensa, medió un error y este fue el de no correr traslado a la condenada de la documentación presentada por un tercero; pues el derecho a ser oído, como parte fundamental del derecho a la defensa en juicio, debe ser resguardado a ultranza, porque atañe a los principios basales de nuestro sistema constitucional y judicial. Es norma básica que si el contenido de una documentación habrá de utilizarse para adoptar una decisión que modifica la situación de un sujeto del proceso, éste debe tener una posibilidad clara, concreta y real de pronunciarse acerca de tal pieza y de lo que de ella se desprendería.

La confrontación de tales piezas no sólo hubiera dado base sólida a la decisión que debía adoptar el magistrado —cualquiera fuera su sentido— sino que habría redundado en beneficio de los principios de economía y celeridad en el trámite del proceso y habría evitado que nos encontráramos discutiendo esta cuestión luego de transcurridos varios meses.

Sin el cumplimiento de tan elemental recaudo no resulta razonable que se adoptara una decisión como la cuestionada, fundada en valoraciones de índole subjetiva que se asientan en presunciones cuyos indicios fundamentales no han sido corroborados adecuadamente.

En su mérito, voto porque se declare la nulidad de lo actuado a partir del pronunciamiento de fs. 167, punto 1), de fecha 17 de diciembre de 2001, inclusive, y que se remitan las actuaciones al magistrado que corresponda, a fin que ante él se efectúen los trámites indicados y se dicte un nuevo pronunciamiento.

**El juez José O. Casás dijo:**

Del relato del trámite de la causa que se efectúa en el “resulta”, surge que el juez de primera instancia resolvió de oficio y sin sustanciación, con fundamento en lo dispuesto por el último párrafo del art. 11 del Código Contravencional, modificar la pena de clausura impuesta sobre el inmueble sito en la calle Honduras 5288 por la de arresto.

La Cámara, si bien redujo los días de arresto, confirmó esta modificación de la pena.

El respeto a la garantía de defensa en juicio (art. 13 inc. 3, CCBA), imponía que el magistrado, previo a resolver la modificación de la pena, escuchara a la parte condenada en el marco del proceso de ejecución de sentencia. En este aspecto, los agravios esgrimidos por el Defensor Oficial contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Contravencional plantean un caso constitucional y deben prosperar.

Por las consideraciones expuestas, corresponde revocar la sentencia recurrida, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del pronunciamiento de fs. 167 inclusive, a excepción del levantamiento de la clausura, y disponer la remisión del expediente al juez que corresponda para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

**El juez Guillermo A. Muñoz dijo:**

Adhiero al voto del juez José O. Casás.

Por ello, por mayoría y habiendo dictaminado el Fiscal General,

**el Tribunal Superior de Justicia  
resuelve**

**1º) Hacer lugar** al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de la Cámara.

**2º) Declarar** la nulidad de lo decidido a fs. 167 punto 1º) y de lo actuado posteriormente en su consecuencia.

**3º) Devolver** el expediente a la Cámara para que lo remita al juez que corresponda, quien deberá proceder con arreglo a lo aquí decidido.

**4º) Mandar** se registre, se notifique y se cumpla.

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