"Hentschel, Rodolfo y otros. s/ apelación de sentencia contravencional".

C. 12.849/I

ACUERDO

En la ciudad de San Isidro, partido homónimo, Provincia de Buenos Aires, a los 12 días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunidos en acuerdo ordinario los Señores Jueces integrantes de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, Dres. Duilio Alberto Cámpora y Ernesto A. A. García Maañón, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de resolver los recursos de apelación interpuestos por las Defensas Particulares en la presente causa número **12.849** del registro interno de la secretaría de este Tribunal, caratulada "**HENTSCHEL, RODOLFO Y OTROS s/ APELACIÓN DE SENTENCIA CONTRAVENCIONAL**".

Practicado el sorteo que establece la ley, resultó que en la votación debía ser observarse el siguiente orden: **CÁMPORA Y GARCÍA MAAÑÓN**.

En el modo precedentemente dispuesto, los señores magistrados se abocaron al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por el Señor Defensor Particular de Rodolfo Ricardo Hentschel, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., Dr. Rodrigo Jorge Fernández Valle, y Mario Alberto Sigal en su propia representación, contra la sentencia dictada por la señora Jueza titular del Juzgado en lo Correccional Nro. 2 Departamental, Dra. María Emma Prada, que con fecha 16 de agosto de 2013, decidió declarar admisibles los recursos de apelación interpuestos, no hacer lugar a los planteos de prescripción, no hacer lugar a los planteos de nulidad, confirmar la sentencia dictada por el Juez titular del Juzgado de Faltas Nro. 2 de Vicente López en cuanto condenó a los imputados Hentschel, Pokorni y Tickay S.A., y confirmar la sentencia dictada por el Juez titular del Juzgado de faltas Nro. 2 de Vicente López, en cuanto condenó al imputado Sigal, en lo que aquí interesa, por infracción al art. 11 de la Ordenanza Municipal Nro. 24.993 (Código de Edificación).

II. En lo sustancial, los recurrentes centraron sus embates en la negativa de la Magistrada de la anterior instancia a considerar los argumentos brindados por cada uno de los imputados como ampliación de fundamentos de los recursos, el rechazo del planteo de prescripción de la acción contravencional, el rechazo del planteo de nulidad de la sentencia por fundamentación insuficiente, inobservancia del principio *in dubio pro reo* y, por último, la atipicidad de la infracción.

III. La sentenciante concedió a fs. 29/30vta. del incidente Nro. 1191, 28/29vta. del incidente Nro. 1198, 28/29vta. del incidente Nro. 1197 y 28/29vta. del incidente Nro. 1196, los recursos de apelación interpuestos por las Defensas, por ante esta Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental, de conformidad con lo normado en los arts. 21, 421, 439, 443 y ccdtes. CPP y 60 Decreto-Ley 8751/77, quedando radicadas las actuaciones por ante esta Sala, razón por la que encontrándose la causa en condiciones de ser resuelta, los señores Jueces decidieron plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Son admisibles los recursos interpuestos?

Segunda: ¿Es justa la sentencia apelada?

Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio A. Cámpora dijo:

Además de cumplir con los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición, los recursos abastecen los requisitos de impugnabilidad tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, puesto que se dirigen contra la sentencia revisoria de aquélla que pone fin al juicio de faltas y la Defensa se encuentra legitimada en tanto posee interés directo en el fondo del asunto, habiendo indicado los motivos de agravio y los fundamentos en que se sustenta su pretensión, a partir de los que hace una crítica razonada del auto en crisis (arts. 18, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 421, 439 *in fine*, 442 y 446 *a contrario sensu* CPP).

Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ernesto A. A. García Maañón dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 18, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 421, 439 *in fine*, 442 y 446 *a contrario sensu* CPP).

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio A. Cámpora dijo:

Antes de ingresar al tratamiento de los temas planteados por los recurrentes, he de recordar lo señalado en otros precedentes, en cuanto a que *"...lo que debe observarse y respetarse son todas las garantías constitucionales del proceso penal, pues no puede obviarse que la diferencia entre delitos y contravenciones obedece únicamente a criterios de política criminal que aconsejan deparar un trato punitivo de mayor intensidad a uno que otro, pero que no quitan el ineludible contenido materialmente penoso de las segundas, lo que impone extremar los cuidados al darles tratamiento jurisdiccional.*

`En nuestro país, progresivamente, las contravenciones han ido conquistando su pertenencia a lo penal y, con ello, a sus principios, en particular a su establecimiento por legislación en sentido formal, el juzgamiento por órganos jurisdiccionales y el respeto estricto de la defensa en juicio. En el ámbito capitalino se verifica el ejemplo más concreto y próximo, en que a lo contravencional se ha deparado un tratamiento jurisdiccional similar o incluso más garantizador que a lo penal.

`Existe en ocasiones un equívoco insalvable respecto a la naturaleza del derecho contravencional desde que es establecido por normas locales, lo que, comúnmente, ha llevado que lo interpretara como integrante del derecho administrativo, en función de la imposibilidad del legislador local de abordar cuestiones penales (conf. art. 75 inc. 12 CN).

`Sin embargo, el derecho contravencional es local no por ser administrativo, lo que negaría en principio la existencia de garantías en ese ámbito, sino que tiene naturaleza punitiva no quedando necesariamente reservada al legislador común -art. 75 inc. 12 CN- en función de la forma federal de Estado asumida en la CN -art. 1-, la que ha establecido formas secundarias y terciarias de Estado (Provincias y

Municipios -arts. 1, 5 y 121 CN-), reconociéndoles facultades legislativas -lo que incluye la punitiva-, pero con estricto respeto de los cánones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos (vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición; Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 177/179).” (causa nro. 12.082/I y 12.585/I, entre otras).

Esta aclaración obedece a que la añosa legislación concerniente al tema, preveía ya la aplicación supletoria de la reglas de los Códigos Penal y Procesal Penal (arts. 3 y 60 Decreto-Ley 8751/77).

No se me escapa que, sin embargo, las remisiones aludidas han sido interpretadas con un cariz distinto al que propondrá aquí. Pero no puede soslayarse la evolución que en materia de garantías y hermenéutica normativa ha operado, merced a la incorporación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y la construcción del bloque de constitucionalidad federal, a lo que se agrega la aplicación de las convenciones en las condiciones de su vigencia en el derecho interno.

Ello impone, en la actualidad, la aplicación de los principios constitucionales y convencionales propios del derecho penal, en especial y con carácter decisivo la garantía del *favor rei* o *in dubio pro reo*, como también las normas concernientes a la prescripción de la acción.

Con ese anticipo y con lo que explicaré de seguido, entiendo que corresponde revocar la sentencia en crisis.

Es doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la prescripción constituye el dispositivo realizador de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, razón por la que al caracterizarla estableció que se trataba de un instituto de orden público, que debe ser analizado de modo previo a cualquier otra cuestión pues cancela la posibilidad de materializar la pretensión punitiva y puede ser declarada aún de oficio (Fallos 275:241), pues se produce de pleno derecho por el mero transcurso del plazo pertinente (Fallos 305:1236).

Para arribar a la conclusión de que la acción contravencional no se encontraba prescripta se recurrió a dos argumentos: considerar la infracción de carácter permanente -trazando una analogía con los conceptos de delito permanente o continuo-, lo que había hecho que el plazo prescriptivo no comenzara a correr, por

no haber cesado; y, en segundo orden, que se habrían ejecutado una pluralidad de acciones.

La premisa fáctica se asentó en la consideración del momento ejecutivo del hecho configurativo de la infracción como aquél en que se constató su existencia labrando la correspondiente acta de comprobación, por indeterminación del momento en que efectivamente se llevaron a cabo los vanos sobre el que ahora es un muro medianero.

Estas circunstancias son las que permitieron arribar a la conclusión de la subsistencia de la acción penal.

En relación a la premisa jurídica, el parangón que se pretende establecer entre el concepto de delito permanente o continuo es inadecuada.

En rigor, media, a mi modesto entender, confusión entre delitos/infracción permanente y delito/infracción de resultado permanente.

El primero, que es el que se pretendió aplicar en la sentencia, se caracteriza porque para la configuración del acontecer típico, se requiere el mantenimiento de un estado consumativo. Se trata de delitos de mera actividad o falsa mera actividad (verbo resultativo que identifica una conducta y un resultado que le es inmanente) - pero nunca de resultado-, en que la realización del verbo requiere de la ejecución de otros actos parciales destinados a mantener determinado estado de cosas, como condición de realización del tipo. El ejemplo emblemático es la privación de libertad, que requiere de actos parciales distintos de aquél por el que se logra poner en cautiverio al sujeto, a fin de mantener ese estado.

El segundo, es aquel en que el resultado material supone una lesión tal del bien jurídico, que impedirá en lo sucesivo gozar de él. Se trata de delitos instantáneos en los que el resultado lisa y llanamente destruye de una vez y para siempre el bien jurídico. Claramente no puede establecerse un estado consumativo en estos casos y, el ejemplo emblemático pueden ser los delitos de homicidio o robo.

En el caso, es evidente que la infracción que se atribuye no es continua o permanente. Ineludiblemente, medió una confusión entre ambas categorías de infracciones -sea delictuales o contravencionales- por una sencilla razón: la apertura de un vano en un muro medianero no requiere de la realización de actos parciales para mantener un estado, porque sencillamente ese estado no se ha creado. El resultado implicó la ruptura de la medianera de una vez. Sostener que el

mantenimiento de la abertura equivale a una conducta de mantención de un estado, sería similar a predicar que el resultado sustractivo en un robo supone mantener el estado permanente e interruptivo de la prescripción ante la posibilidad latente que la *res furtiva* sea recuperada, sin importar el tiempo que ello conlleve.

De tal modo, en el caso, la infracción no es de carácter permanente sino instantáneo, como correctamente lo han consignado los recurrentes.

Un segundo argumento en este aspecto, que además no resulta definitorio, conforme lo expuesto, es el relativo a si fue necesario o no ejecutar un número indeterminado de conductas para lograr abrir las ventanas.

Sin embargo, la pluralidad de acciones parciales dirigidas a la producción del resultado nada quita ni pone a la consideración de la infracción como instantánea, ni transforma el hecho en una pluralidad infraccionaria.

La pluralidad de resultados, ni la multiplicidad de desvaloraciones típicas -de delitos o contravenciones-, no multiplican la infracción.

Lo cierto es que se trata de una única infracción, en tanto el factor final, como plan concreto, preveía la apertura de los vanos y el tipo contravencional que reprime los aventanamientos en muros medianeros admite pluralidad de acciones parciales dirigidas a la consecución de la empresa, de manera que nada se modifica con la afirmación de que *"[...] los aventanamientos se han llevado a cabo a partir de un específico trabajo que no resulta posible realizar en un único momento, sino que ha implicado la concreción de diversas y reiteradas acciones –pluralidad de actos-, todas las cuales fueron efectuadas con el mismo designio –generar las aberturas en la pared medianera-, provocando todas estas acciones, una misma lesión jurídica – vista al predio lindero- lo que implica afectar el libre goce de la propiedad al vecino, tal situación tuvo incidencia recién en el momento en que el lindero se instaló en predio continuo, denunciando la afectación al uso privado del inmueble.*

'Es por ello que no se puede otorgar razón a los recurrentes, ya que no se encuentra que las contravenciones comprobadas resulten ser equivalentes a un delito instantáneo, ya que la realización de los vanos, no ha implicado una única acción [...]' (sic), agregando que "[...] en el caso que los actuales propietarios no hayan procedido al aventanamiento, circunstancia no comprobada, lo cierto es que según los dichos de los mismos, casi todos han adquirido el respectivo inmueble con dichas ventanas realizadas [...]" "[...] En este sentido los actuales propietarios

debieron hacer cesar el estado antijurídico –aberturas realizadas en el muro medianero-, al tomar conocimiento de la oposición del vecino lindero, desestimándose con ello todo otro posible o probable consentimiento previo. Sin embargo, lo que es evidente es que no ha ocurrido lo señalado, por cuanto a la fecha continúan en infracción. Sostener lo opuesto, sería ilógico y contrario a derecho, por cuanto el propietario que entra en posesión del inmueble en estas condiciones, y que ha tomado conocimiento de la oposición del vecino lindero al afectan, con dicha omisión convalidaría el estado infraccionario, omitiendo toda acción debida para evitar que se mantengan los efectos perjudiciales, estando en su poder revertir este estado [...]” (sic).

La afirmación transcrita es ambigua y no puede determinarse a ciencia cierta si se ha pretendido darle tratamiento de unidad o pluralidad infraccionaria, lo que impone darle tratamiento como unidad jurídica para despejar toda duda.

Sin embargo, para terminar de integrar el razonamiento, ambos sentenciantes revierten la infracción, prevista de modo activo, en forma omisiva, que, reitero, no está descripta.

Es doctrina unánime que, los tipos omisivos son siempre circunstanciados, pues no constituyen un hacer sino un hacer distinto de lo debido en determinadas circunstancias, y que en los impropios no escritos se reclama una posición de garante como modo limitar el alcance de la prohibición.

Al efecto no se observa de donde surgiría la posición de garantía impositiva del deber de actuar.

Las fuentes de la posición de garantía son, para quienes aceptan la posibilidad de la comisión por omisión, la ley, el contrato, la conducta precedente y la relación con la fuente de peligro.

No existe ninguna de ellas que, en el caso, imponga ese deber, ni se explicó este aspectos sustancial de la cuestión.

De tal modo, esa forma de atribución se encuentra vedada.

De lo expuesto se sigue, como conclusión preliminar, que siendo una infracción instantánea y no pudiendo formularse una imputación en modalidad omisiva impropia, el plazo de la prescripción de la acción contravencional corrió y comenzó a hacerlo desde la medianoche del día en que se realizaron los vanos (art. 63 CP).

El punto es determinar cuando se cometió la infracción, y esto nos introduce en el análisis de la premisa fáctica.

En este sentido, el principal problema se presenta frente a la indeterminación del momento de comisión, lo que ha llevado, erróneamente en mi opinión, a que tanto el Juez de Faltas como la Jueza Correccional que ofició de órgano de Alzada pretendieran fijar el momento de comisión en el momento de comprobación.

No puede determinarse cuando colocaron las aberturas.

Pero la propia sentenciante hace referencia, como elemento probatorio, a una nota presentada por la administradora del consorcio que maneja el edificio, quien explica y sitúa la realización de los aventanamientos desde muy larga data, aún antes que muchos de los imputados adquirieran los inmuebles, siendo Sigal el único que las ejecutó, en el año 2009.

Como se observa, estos extremos que sitúan la ejecución de la infracción hace más de tres años, fueron reforzadas por los imputados en sus descargos y no controvertidas o fustigadas con ninguna evidencia.

Luego, la indeterminación en el momento de comisión, en rigor, no es tal, pues se sabe a ciencia cierta que datan de al menos dos años antes a la comprobación o más.

Y si alguna duda cupiera al respecto, favor rei, son anteriores.

De este modo, la construcción de la premisa fáctica no sólo no tiene andamiaje probatorio sino que contraviene garantías básicas del proceso, por lo que debe descartarse.

Delimitada así la construcción de las bases de la decisión, ahora sí se advierte que el plazo prescriptivo del art. 17 del Decreto-Ley 8751/77 es anual.

Con esto se aprecia a simple vista que el plazo prescriptivo había transcurrido holgadamente aún antes de formularse la denuncia que fomentara estas actuaciones, de manera que la acción está prescripta.

Siendo así, corresponde sobreseer a Rodolfo Ricardo Hentschel, Mario Alberto Sigal, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., cuyas demás condiciones obran en autos, por el hecho materia de juzgamiento, por encontrarse extinguida la acción contravencional (arts. 1, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const.Prov.; 63 CP; 1, 106 y 323 inc. 1 CPP; 3, 16 inc. c, 17 y 60 Decreto-Ley 8751/77).

Voto por la negativa.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ernesto A. A. García Maañón dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en todo cuanto decide, en tanto considero que “*El derecho previsto en el artículo 8.2.h [de la Convención Americana de Derechos Humanos] requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes*” (Inf. nº 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.137 del 18 de noviembre de 1997, cf. CSJN in re “Bramajo, Hernán Javier” B. 851. XXXI. Del 12 de septiembre de 1996, consid. 8º).

En ese sentido, entiendo que la garantía emanada del citado artículo de la Convención Americana, aplicable a la materia en trato en tanto expresión del poder punitivo estatal, requiere la disponibilidad de un doble conforme judicial, que debe ser satisfecho por esta Alzada en su carácter de superior tribunal departamental.

En la misma dirección, debe velarse en el caso bajo examen, por el cumplimiento de las restantes garantías constitucionales del proceso penal previstas en el bloque constitucional federal.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, y coincidiendo con mi colega en que la infracción imputada en el presente proceso es de carácter instantáneo, lo que implica que el plazo de la prescripción de la acción comenzó a correr desde el día en que se realizaron los vanos, y siendo que este evento -conforme los acertados argumentos vertidos en el voto precedente- se sitúa temporalmente hace más de tres años, el plazo prescriptivo previsto en el art. 17 del Decreto Ley 8751/77 se encuentra ampliamente excedido, razón por la cual, reitero, me pronunciare adhiriendo al voto del Dr. Cámpora que propuso revocar la sentencia en crisis y sobreseer a los imputados por encontrarse extinguida la acción, por sus mismos fundamentos (arts. 1, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const.Prov.; 63 CP; 1, 106 y 323 inc. 1 CPP; 3, 16 inc. c, 17 y 60 Decreto-Ley 8751/77).

Voto por la negativa.

A la cuarta cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Duilio A. Cámpora dijo:

Visto el modo en que han quedado resueltas las cuestiones precedentes, corresponde: I. Declarar admisibles los recursos de apelación interpuestos por el Señor Defensor Particular de Rodolfo Ricardo Hentschel, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., Dr. Rodrigo Jorge Fernández Valle, y Mario Alberto Sigal en su propia

representación, contra la sentencia dictada por la señora Jueza titular del Juzgado en lo Correccional Nro. 2 Departamental, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión primera (arts. 18, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 421, 439 *in fine*, 442 y 446 *a contrario sensu* CPP), II. Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos, revocar la sentencia en crisis en todo cuanto decide y sobreseer a Rodolfo Ricardo Hentschel, Mario Alberto Sigal, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., cuyas demás condiciones obran en autos, por el hecho materia de juzgamiento, por encontrarse extinguida la acción contravencional, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión segunda (arts. 1, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 63 CP; 1, 106 y 323 inc. 1 CPP; 3, 16 inc. c, 17 y 60 Decreto-Ley 8751/77).

Es mi voto.

A la misma cuestión planteada, el Señor Juez Dr. Ernesto A. A. García Maañón dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por sus mismos motivos y fundamentos (arts. 168 y 171 Const. Prov.; 106 CPP).

Es mi voto

Con lo que terminó el acuerdo, firmando los señores Jueces, ante mí, de lo que doy fe.

SENTENCIA

///Isidro, 12 de marzo de 2014.

AUTOS Y VISTOS:

Los de la presente causa Nro. **12.849/I** del registro interno de la secretaría de este Tribunal, caratulada **""HENTSCHEL, RODOLFO Y OTROS s/ APELACIÓN DE SENTENCIA CONTRAVENCIONAL""**;

Y CONSIDERANDO:

Los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso (art. 168 Const. Prov.), el Tribunal

RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLES los recursos de apelación interpuestos por el Señor Defensor Particular de Rodolfo Ricardo Hentschel, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., Dr. Rodrigo Jorge Fernández Valle, y Mario Alberto Sigal en su propia

representación, contra la sentencia dictada por la señora Jueza titular del Juzgado en lo Correccional Nro. 2 Departamental, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión primera del acuerdo que antecede (arts. 18, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 421, 439 *in fine*, 442 y 446 *a contrario sensu* CPP).

II. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuestos, **REVOCAR** la sentencia en crisis en todo cuanto decide y **SOBRESEER** a Rodolfo Ricardo Hentschel, Mario Alberto Sigal, Tomás Pedro Pokorni y Tickay S.A., cuyas demás condiciones obran en autos, por el hecho materia de juzgamiento, por encontrarse extinguida la acción contravencional, de conformidad con los motivos expuestos al tratar la cuestión segunda del acuerdo que antecede (arts. 1, 18, 19, 28, 31, 33 y 75 inc. 22 CN; 168 y 171 Const. Prov.; 63 CP; 1, 106 y 323 inc. 1 CPP; 3, 16 inc. c, 17 y 60 Decreto-Ley 8751/77).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO: DUILIO A. CÁMPORA- ERNESTO A.A. GARCÍA MAANÓN

Ante mí: BERNARDO HERMIDA LOZANO