

///la ciudad de Necochea, a los 15 días del mes de diciembre de 2008 se reúne la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, en Acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "Q.L.J.. **Infracción art. 1° ley 11.748 y 8° D.Ley 490/98", c.P. 4643"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo de ley, resultó del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Señores Jueces Doctores Hugo Alejandro Locio, Fabián Marcelo Loiza, Marcela Fabiana Almeida.-

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1.- ¿Son inconstitucionales los artículos 1° de la ley 11.748 y 8° del Decreto Ley 490/98?

2.-¿Es justa la sentencia de fs. 48/51vta.?

3.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOCIO DIJO:

Que a fs. 48/51vta. el Sr. Juez a cargo del Juzgado Correccional, Dr. Alfredo Pablo Noel, dictó sentencia condenando a L.J.Q., al pago de multa de pesos diez mil (\$ 10.000), como autor responsable de la infracción a los artículos 1 de la ley 11.748 y 8 del Decreto 490/98.-

A fs. 53/55vta. interpone recurso de apelación la Defensa Oficial, recurso que es concedido a fs. 56.-

En primer lugar el apelante se agravia de lo resuelto por el a quo al decir "condenando a L.J.Q.,...como autor responsable de la infracción a los arts. 1 de la ley 11.748 y 8 del Decreto 490/98 al pago de multa de pesos Diez Mil (\$ 10.000).-"

Sostiene que a fs. 1vta. luce que el menor J.M. supuestamente "habría tirado una bebida verde alcohólica al piso al momento de ser identificado, en este sentido el órgano de prevención no es el "perito técnico" habilitado para determinar si la supuesta bebida es alcohólica o no.-"

Agrega que tampoco se probó mínimamente que esa supuesta bebida alcohólica haya sido proporcionada por el dueño del local. En este sentido no existe prueba alguna en la presente que acredite la realización del tipo contravencional imputado.-"

Expresa que el art. 8 de Decreto 490/98 es inconstitucional reseñando un fallo de esta Cámara Departamental "H.,S.M. s/Inf. Art. 8 Dec. 490/98 Reg. 48 (S) 2003", que así lo declara.-"

Corresponde por una cuestión de orden ingresar al análisis de la inconstitucionalidad planteada por la defensa del artículo 8 del Dec. 490/98.-"

Pretende la Defensa además de atacar el monto de la multa impuesta al que entiende excesivo, se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 11.748 y del artículo 8 del decreto 490/98, correspondiendo en consecuencia por una cuestión de orden ingresar al tratamiento de la constitucionalidad de las normas mencionadas.-"

Dichos artículos hacen referencia a la prohibición en todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires de la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de dieciocho años de edad de bebidas alcohólicas, se consuman dentro o fuera del local, como asimismo al consumo de bebidas de tal naturaleza procedentes de venta, expendio o suministro llevado a cabo fuera del lugar de consumo (art. 1 de la ley 11.748), y a la prohibición en los establecimientos o locales mencionados en el artículo 1° de admitir la concurrencia simultanea de personas menores y mayores de 18 años de edad (art. 8 del decreto 890/98).-

Atento ello el planteo debe rechazarse por los fundamentos que seguidamente pasaré a analizar.-

Los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establecen que las Provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, dándose sus propias instituciones y rigiéndose por ellas, debiendo cada uno de los Estados dictar para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.-

En la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1891, formulado por los doctores Rivarola, Matienzo y Piñero, se dice que "...la potestad de legislar implica la de hacer efectivas con sanciones penales, ciertas disposiciones legales para cuyo cumplimiento no hay otro medio coercitivo. Si las provincias tienen tal

potestad dentro de los límites de la soberanía respectiva y el Congreso la de dictar el Código Penal, este es, la de ser la única fuente legítima de autoridad en la imposición de penas, la potestad de aquéllas quedaría reducida a algo así como una jurisdicción sin imperium...".-

En ese entendimiento las autoridades locales como consecuencia del poder de policía que les está reservado, tienen la legítima facultad de crear contravenciones, a fin de sancionar la violación de las normas dictadas en el ejercicio de dicha función administrativa.-

Como señala el maestro Soler "...la división de poderes entre Nación y Provincia determina como consecuencia inevitable, la facultad de policía de esos poderes, ya que, otorgado o reservado un poder, lleva como necesaria implicancia la facultad de adoptar los medios para ponerlo en práctica y cuando ese poder se ejerza sancionando una prohibición, la conminación será el medio natural.-

De ese principio se deduce la facultad de la Nación o de las provincias para crear "figuras sancionadoras" de contravenciones, como consecuencia de los poderes respectivos. Desde ese punto de vista, la 'facultad de imponer penas' será Nacional o Provincial según sea el poder o facultad que esas penas tutelan, un poder delegado en la nación o reservado por las provincias..." (Derecho Penal Argentino, Tomo I, Edición 1994 pág. 299/300).-

Si bien en la obra citada (VII, Conclusiones pág. 305) se expone acerca de las restricciones y/o limitaciones a la legislación local en esta materia, expresándose que:

"...los poderes de las provincias no derivan, pues de una autorización del Congreso, sino de la Constitución, pero de la Constitución derivan también las razones y fundamentos que marcan la extensión de esos poderes y su límite racional, aunque no cuantitativo..."-.

Ahora bien, no advirtiéndolo con relación a los artículos 1° de la ley 11.748 y 8 del Dec. Ley 890/98 estén comprendidos dentro de las restricciones y límites racionales establecidos por la doctrina y jurisprudencia (cf. Soler op. cit. T 1 pág. 305/306) no corresponde hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad.-

Voto por la negativa.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

I.- Disiento parcialmente con el voto del colega preopinante.-

Por una cuestión de orden lógico ingresaré en primer término al análisis de la inconstitucionalidad planteada por la defensa respecto del artículo 8 del Dec. 490/98.-

En tal sentido puede afirmarse que si bien el Estado está facultado para ejercer el poder de policía y por ende para dictar normas como la ley 11.582, que en su artículo 9° prescribe que *"Sin perjuicio de las demás atribuciones conferidas a los municipios, corresponderá al Poder Ejecutivo fijar los horarios nocturnos en que funcionarán los establecimientos de esparcimiento tales como locales bailables, salas de juego, espectáculo*

públicos, bares, confiterías y otros sitios públicos"; ello no conlleva a que el P.E. pueda crear reglas incriminatorias.-

Los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional, 10 y 25 de la Constitución Provincial, 9 de la CADH y 15 PIDCyP exigen que la conducta incriminada se encuentre prevista en una ley previa anterior al hecho del proceso, debiendo darse a la expresión "ley" un sentido estricto, no siéndolo en el caso un decreto del Poder Ejecutivo (art. 8 y 19 decreto 490/98) que ha sido dictado excediendo los límites de la delegación legal que sólo faculta al dictado de una norma que regule los horarios de cierre de los comercios que expendan bebidas alcohólicas (art. 9° de la ley 11.582).-

En el caso concreto el a quo sanciona a L.J.Q. con una pena de multa de \$ 10.000 por reenvío de tal decreto, a la ley 11.748, lo que contraría los principios constitucionales enunciados.

Tal como ha sostenido invariablemente la Corte Nacional *"Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca"* (Fallos: 191:245; donde el destacado me pertenece).-

Los jueces tenemos pues el deber de velar por la supremacía de la Constitución, declarando la inaplicabilidad de aquellas normas que no se ajusten a los

principios contenidos en el artículo 31 de la Ley Fundamental. Si bien, claro está, los Magistrados debemos resolver únicamente las cuestiones que son planteadas por las partes, a nosotros corresponde aplicar las normas jurídicas que se subordinen a la Constitución Nacional.-

En consecuencia corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del art. 8 del decreto provincial 490/98.-

Lo expuesto en relación al tipo contravencional referido a la presencia de menores y mayores en un mismo ámbito.-

En cuanto al artículo 1° de la ley 11.748 adhiero al voto del preopinante.-

En consecuencia, voto por la negativa respecto del artículo 1° de la ley 11.748 y por la afirmativa en relación al artículo 8 del Dec. ley 490/98.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA

DOCTORA ALMEIDA DIJO:

Voto en igual sentido que el Doctor Loiza por análogos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOCIO DIJO:

En cuanto a la infracción derivada de "...la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de dieciocho (18) años de edad, de bebidas alcohólicas de cualquier tipo y graduación, en cualquier hora del día..." conforme art. 1 de la ley 11.748, cabe analizar que examinada el acta de infracción no puede seguirse la conclusión a la que arriba el a quo.-

Ello básicamente por no existir constancias probatorias suficientes que así lo afirmen.-

La existencia de alcohol en la bebida que al parecer, poseía el menor consta en el acta en cuestión, sin que se haya constatado mediante un simple análisis químico, previo secuestro del líquido contenido (arg. Art. 116 DL 8031/73), la veracidad de la afirmación.-

El valor probatorio del acta no puede extenderse a cuestiones de hecho que requieren una constatación técnica. Se trata nada menos que de determinar la existencia del llamado alcohol etílico en una bebida, es decir aquel compuesto orgánico que contiene el grupo hidroxilo unido a un radical alifático o a alguno de sus derivados y cuya molécula tiene dos átomos de carbono (conf. Diccionario Real Academia Española, 22ª edición).-

Salvando las distancias los recaudos deben ser análogos a los procedimientos de secuestro de estupefacientes o de alimentos presuntamente en mal estado, casos en los cuales tampoco el sentido del olfato -aún volcado a un instrumento público- puede resultar el único elemento para determinar objetivamente la condición del tipo contravencional.-

En conclusión en el caso resultaba *"necesario y/o conveniente una pericia para acreditar la culpabilidad"* (textual art. 135 DL 8031/73) puesto que no puede resultar único elemento incriminante el olfato del numerario policial, sin otra técnica corroborante.-

El hecho de haberse volcado el líquido no impedía de hecho la constatación que propugno pues bien hubiera

bastado efectuarla respecto del vaso continente, en el que seguramente existirían restos.-

No efectuada la constatación técnica no queda sino la absolución del imputado por la falta prevista en el art. 1° ley 11748.-

En síntesis, no obstante que de acuerdo al artículo 134 del Dec. Ley 8031/73 "el acta de constatación policial o labrada por los funcionarios legalmente autorizados hará fe de las afirmaciones en ella contenidas", el acta de referencia sólo hace fe, en el caso, de una apreciación subjetiva de la autoridad policial interviniente, que no ha sido corroborada, por lo que carece de entidad probatoria (art. 136 del Dec. ley 8031/73).-

En consecuencia voto por la NEGATIVA.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

Voto en igual sentido por análogos fundamentos.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA

DOCTORA ALMEIDA DIJO:

Voto en igual sentido por análogos fundamentos.-

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOCIO DIJO:

Atento como han sido resueltas las cuestiones anteriores corresponde por mayoría declarar la inconstitucionalidad de los artículos 8 y 19 del Decreto 490/98 (arts. 1, 18 y 28 de la Constitución Nacional); por unanimidad no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1° de la ley 11.748

(arts. 121, 122 y 123 de la C.N.; 5 de la Const. Provincial) y por unanimidad revocar la sentencia de fs. 48/52 que condena a L.J.Q. como autor responsable de la infracción a los artículos 8 del decreto 490/98 y 1° de la ley 11.748, a la pena de diez (10) días de clausura y al pago de multa de pesos diez mil (\$ 10.000.-), absolviéndolo, sin costas (arts. cit., 136, 149 del Dec. ley 8031/73).-
Así lo voto.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR LOIZA DIJO:

Voto en igual sentido por los mismos fundamentos.-

A LA MISMA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZA

DOCTORA ALMEIDA DIJO:

Voto en igual sentido por los mismos fundamentos.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, de diciembre de 2008.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido:

Por mayoría, que corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 8 y 19 del decreto 490/98 (arts. 1, 18 y 28 de la Constitución Nacional).

Por unanimidad, que no corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 11.748 (arts. 121, 122 y 123 de la C.N.; 5 de la Const. Provincial).-

Por unanimidad, que corresponde absolver a L.J.Q. de la Infracción a los arts. 1° de la ley 11.748 y 8 del Decreto ley 490/98, sin costas (arts. 136, 149 del Dec. ley 8031/73).-

POR ELLO: Artículos citados y fundamentos del acuerdo que antecede el Tribunal **RESUELVE:** I) Por mayoría declarar la inconstitucionalidad de los arts. 8 y 19 del decreto 490/98 (arts. 1, 18 y 28 de la Constitución Nacional).-

II) Por unanimidad no hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 11.748 (arts. 121, 122 y 123 de la C.N.; 5 de la Const. Provincial).-

III) Por unanimidad, revocar la sentencia de fs. 48/52 que condena a L.J.Q. como autor responsable de la infracción a los arts. 1 de la ley 11.748 y 8 del Decreto ley 490/98 al pago de multa de pesos diez mil (\$ 10.000) art. 3 ley 11.748 por reenvío del art. 19 del Dec. 490/98, **ABSOLVIENDOLO**, sin costas (arts. citados; 136, 144/145, 149 del Dec. ley 8031/73).-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-