

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

ACUERDO

La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los señores jueces doctores Daniel Carral y Ricardo Maidana (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, de conformidad con lo establecido en la Ac. 3975/2020 de la SCBA, procede al dictado de sentencia en el marco de la Causa N° 113217 caratulada “ASOCIACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/RECURSO DE CASACIÓN”, conforme al siguiente orden de votación: MAIDANA - CARRAL.

ANTECEDENTES

I. El 20 de diciembre de 2019 la Asociación Marplatense de Cannabicultores, representada por el Presidente de su Comisión, Gabriel Alejandro Díaz, con el patrocinio letrado del Dr. Franco Natalio Bertolini, presentó, en forma originaria, ante el Juzgado de Garantías n° 4 de Mar del Plata, acción de Hábeas Corpus colectivo y preventivo “en beneficio de las personas tenedoras de estupefacientes para consumo personal de la ciudad de Mar del Plata, cuya libertad ambulatoria se encuentra bajo amenaza actual e inminente, en virtud de las requisas sin orden judicial previa ni motivos suficientes y urgencia que las justifique, practicadas en la vía pública por la Policía Local y de la Provincia Buenos Aires, que tienen como consecuencia la aprehensión y traslado de los usuarios de droga a la dependencia policial” (fs. 3). Consideró irregulares esos procedimientos, motivados en criterios discriminatorios negativos (la apariencia o aspecto físico y la forma de vestir) que afectan a un amplio colectivo de personas en Mar del Plata, los que por realizarse sin ningún control judicial, constituyen una zona de ‘no derecho’ y crean un riesgo cierto de conductas abusivas más graves. Alegó su legitimación en los art. 18 y 43 CN; 7.6 CADH; 9.1 PIDCP; 5 ley 23.098 y 405 CPP. Acompañó reportes mensuales de

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%o8#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

seguridad, de enero a noviembre de 2019, elaborados por la Municipalidad de Mar del Plata a través del "Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito" y la Memoria en Materia de Estupefacientes del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires del año 2018, donde se constata que el 40,19% de las investigaciones fueron por tenencia para consumo personal; señalando su desajuste con la jurisprudencia de la CSJN en los casos "Bazterrica" (1986) y "Arriola" (2009). Solicitó se acoja la acción de **Hábeas Corpus** y se disponga el inmediato cese de las requisas y procedimientos irregulares por la Policía local y provincial, adecuando su proceder a la normativa procesal y constitucional establecida en la materia.

II. El 10 de diciembre de 2020, el Dr. Juan Francisco Tapia, Juez del Juzgado de Garantías nº 4 del Departamento Judicial Mar del Plata (causa HC-08-00-00003-19/00), luego de celebrar la audiencia del art. 412 CPP con los interesados y de producir prueba documental e informativa, resolvió: 1) Hacer lugar a la acción de Hábeas Corpus preventivo colectivo; 2) Ordenar a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad que en el Departamento Judicial Mar del Plata se abstengan de realizar la detención, en espacios públicos, de usuarios de sustancias estupefacientes, cuando las circunstancias del caso pongan de manifiesto que la tenencia es para consumo personal y la conducta se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (arts. 14 párrafo segundo ley 23.737; art. 151 y cctes CPP; caso "Arriola", CSJN), fijando pautas indicadoras para determinar cuándo una tenencia de sustancias es para consumo individual, conforme el instructivo elaborado por la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata. 3) Declarar -de oficio- la inconstitucionalidad del inciso "e" del art. 15 de la ley 13482 de la Provincia de Buenos Aires, en tanto faculta al personal policial a la detención de personas con el objeto de conocer su identidad, en razón de que dicha facultad vulnera la garantía primaria

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

libertad, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo (art. 7 n° Z 3 y 4, 8 n° 2 CADH; arts. 14 nros. 1 y 2, 17 inc. 1 P1DCyP; 16, 18 y 19 CN), siendo una facultad destinada a cumplir tareas administrativas que puede ejercerse actualmente por consulta informática a la Jefatura Departamental La Plata desde la vía pública, sin necesidad del traslado en condición de detenido a una dependencia policial.

4) Instar a la Policía provincial y demás fuerzas de seguridad que intervengan en el Departamento Judicial Mar del Plata que las requisas sin orden judicial deberán concretarse cuando concurren indicios vehementes de la comisión de un delito y razones de urgencia (art. 225 y cttes CPPBA) y que los cacheos y requisas deberán respetar la privacidad e integridad sexual de las personas, evitando prácticas invasivas, denigrantes o constitutivas de malos tratos y vejaciones (conf. arts. 1, 2, 3 y 13 de la Ley 26.743).

5) Exhortar a la Policía provincial y demás fuerzas de seguridad referidas a que en procedimientos relacionados con sujetos intoxicados por consumo de sustancias psicoactivas deberán aplicar las normas y principios imperantes en la Ley Nacional de Salud Mental nro. 26.657 y de las pautas que regula el Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos por Ley 26.934.

6) Rechazó la petición relativa a que la autoridad policial se abstenga de secuestrar las sustancias halladas, disponiendo que corresponderá al accionante promover en cada caso y ante la autoridad judicial la posibilidad de restitución, teniendo en consideración los casos previstos en la ley 27.350 de uso terapéutico de la planta de cannabis medicinal y su decreto reglamentario 883/2020.

III. El abogado de la Fiscalía de Estado, Dr. Luciano Ricci, interpuso recurso de apelación contra la resolución y el 27 de mayo de 2021, la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata (en causa n° HC-33941), hizo lugar al recurso y revocó el pronunciamiento del Juez de Garantías. Justificó el acogimiento del recurso en la falta de

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

determinación de las personas que presumiblemente serían afectadas, la ausencia de peligro cierto o amenaza actual a sus derechos, la falta de verificación de los supuestos de procedencia, tanto de la acción colectiva como de la inconstitucionalidad del art. 15 inc. "e" de la ley 13.482 y consideró que la decisión de primera instancia configuró un exceso en la función jurisdiccional al asumir funciones del Poder Ejecutivo.

IV. La decisión de la Alzada fue recurrida por el accionante mediante recurso de casación (presentación del 16/06/2021).

La causa ingresó a la Sala el 4/11/2021, se encuentra en estado de dictar sentencia, por lo que se dispone plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor juez doctor **Maidana** dijo:

La decisión impugnada fue dictada por la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata, que la integran los Dres. Pablo Martín Poggetto y Raúl Alberto Paolini, en la que revocó la resolución del Juez de Garantías nro. 4, Dr. Juan Francisco Tapia, que había hecho lugar a la acción de Hábeas Corpus preventivo colectivo, por lo que se trata de la primera decisión adversa para el actor y constituye uno de los supuestos de impugnabilidad objetiva previstos por el artículo 450 "in fine" del C.P.P., motivo por el cual el recurso de casación debe admitirse (arts. 20 inc. 1, 450 segundo párrafo c.c. y s.s. del C.P.P., 8, n 2, h de la CADH y 14 n 5 del PIDCYP).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

A la misma **primera** cuestión planteada el señor juez, doctor **CARRAL**, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la **segunda** cuestión planteada el señor juez doctor **MAIDANA** dijo:

I. Plantea el impugnante cinco motivos de agravio: 1) la extemporaneidad de la interposición del recurso de apelación por el abogado de la Fiscalía de Estado; 2) la errónea interpretación del art. 7 inc. 4 de la Ley provincial 13.928, en lo atinente a la homogeneidad de circunstancias del grupo de personas destinatarias de la acción de hábeas corpus; 3) la errónea interpretación del art. 3 inc. 1 de la Ley 23.098 referido a la amenaza actual de afectación del derecho a libertad ambulatoria; 4) la ausencia de un exceso en la función jurisdiccional; y 5) el rigor formal de la Alzada al desestimar admisibilidad de la intervención de la figura procesal de “Amigos del Tribunal”.

Señala que el grupo destinatario de la protección pretendida comparte la homogeneidad de circunstancias que habilita la acción colectiva en tanto, se trata de personas tenedoras de estupefacientes para consumo, que son privadas momentáneamente de su libertad ambulatoria, sin orden judicial y a las cuales no se les imputa ningún delito en función del criterio de oportunidad seguido por la Fiscalía de Estupefacientes del Depto. Judicial de Mar del Plata, conforme los fundamentos del fallo “Arriola” de la CSJN que declaró la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Indica que la homogeneidad de circunstancias, en sentido estricto, se da luego de la requisa sin orden judicial que tiene como resultado el hallazgo de la droga en

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

cantidades y circunstancias que se presume es destinada a consumo personal.

Indica que el Jefe de la Policía Departamental Comisario Marcozzi -en la audiencia del art. 412 CPP ante el Juzgado de Garantías nº 4-, reconoció expresamente que el protocolo de actuación de la policía en caso de hallar una persona en la vía pública con estupefacientes para consumo personal, es trasladarla a la comisaría al mero efecto de firmar el acta del procedimiento (fs. 78/vta. de los autos principales adjuntados digitalmente), sin notificar sus derechos en los términos del art. 60 CPP dado que no se consideran “aprehendidos”. Agregó que antes el sistema era manual y el acta se realizaba en el lugar de los hechos, pero desde el 02/03/2019 una resolución ministerial obliga al traslado a la comisaría para la confección de las actas, dado que el nuevo sistema funciona online.

Explicó que el Juez de Garantías solicitó mediante oficio al Ministerio de Seguridad provincial la resolución aludida, respondiendo esa dependencia el 20/01/2020 que “habiéndose realizado una compulsa en los registros pertinentes, con los datos aportados, no se ha constatado acto administrativo que guarde relación a lo solicitado” (fs. 97). Indica que la sentencia de grado revocada no prohíbe a las fuerzas de seguridad realizar procedimientos de prevención en la vía pública sino que una vez producido el “hallazgo” se abstengan de trasladar a la persona a la dependencia policial, considerando que en esos casos, según el instructivo de la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata, no se imputa ningún delito.

Por otra parte, cita el precedente de la CSJN en “Halabi” donde sostuvo que la acción colectiva estaba habilitada cuando *“pese a tratarse de derechos individuales, existe un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”*.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Como segunda crítica alega la errónea interpretación del art. 3 inc. 1 de la Ley 23.098 referido a la “*amenaza actual*” de afectación al derecho a la libertad ambulatoria. Entiende que la misma está “en próxima vía de ejecución” y es actual pues el segundo párrafo del art. 14 de la Ley 23.737 se encuentra vigente, a pesar de la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en el fallo “Arriola”. Agrega que el Instructivo elaborado en enero de 2015 por la Fiscalía de Estupefacientes (fs. 204/206), establece que no se trasladará ni a la persona ni a los testigos del procedimiento a la comisaría, destacando la falta de control judicial sobre estos procedimientos.

Señala que el CELS sostuvo que “... uno de los motivos que llevaron a la presentación del Habeas Corpus a raíz del cual se dio inicio a este proceso es, justamente, que la falta de adopción de medidas técnicas para la utilización del sistema integrado S.I.D. y S.I.M.P. llevó a que se produzcan traslados a la sede policial, en contra de la regla fijada por el punto 2 del Instructivo de la Unidad Funcional de Estupefacientes del Departamento Judicial de Mar del Plata” (fs 138 vta.). Asimismo dictaminó que “... si bien el espíritu de la resolución de la Unidad Funcional de Estupefacientes está en sintonía con lo establecido por la CSJN, en la práctica, el sistema integrado digital entre Ministerios, así como funciona en la actualidad, desnaturaliza la regla de mínima injerencia en la libertad ambulatoria de las personas y agrava su situación, al requerir su traslado a las comisarías para el llenado de las correspondientes actas” (fs 139). Concluye que “... resulta cuestionable que la falta de adopción de medidas técnicas o tecnológicas por parte del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires recaiga sobre quienes transitan por las calles de Mar del Plata y sean, potencialmente, sometidas a procedimientos policiales de estas características. En ese sentido, el efectivo traslado a una sede policial de quien, según los lineamientos del Fiscal General, no incurrió en delito,

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

presupone una evidente violación al derecho a la libertad ambulatoria de las personas (conf. arts. 18 y 75, inc. 22 CN y art. 7 CADH)” (fs 139 y vta.).

Explica que no se trata de “un caso concreto” en donde no se ha cumplido con lo ordenado por el M.P.F., sino que, tal como lo reconoció el Fiscal Favaro, durante el período noviembre 2018-noviembre 2019, el personal policial inició 4771 investigaciones penales preparatorias por tenencia para consumo personal que fueron automáticamente desestimadas por no afectar el bien jurídico protegido y que “en ciertas intervenciones policiales se forman actuaciones que no tienen control del Fiscal ni del Juez de Garantías” (fs.77 vta.).

Refiere que los procedimientos de prevención en la vía pública persisten, se siguen iniciando causas por tenencia para consumo personal y que precisamente mediante la acción de hábeas corpus se quiere evitar la discrecionalidad policial en estos casos, que hace temer que las restricciones a la libertad ambulatoria seguirán. La orden de abstención -dictada por el Juez de Garantías- de realizar detenciones (traslados a la comisaría a los fines de firmar el acta) por tenencia para consumo personal pretende dar certeza acerca de que las fuerzas de seguridad, luego del hallazgo, no procederán a trasladar persona alguna. En este contexto, señala que resulta completamente absurdo negar la existencia de una amenaza actual, bajo la sola esperanza de que sucesos como los 4771 constatados durante el período 11/2018 al 11/2019 no vuelvan a suceder.

Por último, la participación de los “Amigos del Tribunal”, fue expresamente consentida por la Fiscalía de Estado y no fue motivo de agravio en el recurso de apelación (art. 434 CPP), por lo que la decisión de la Alzada en torno a la desestimación por no cumplir con los recaudos fijados por la SCBA resulta de un excesivo rigor formal.

Requiere se acoja el recurso de casación y se deje sin efecto la decisión de la Alzada en lo que fuera materia de agravio.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

II. Por su parte, se presenta en esta Sede el CELS acompañando los argumentos críticos del impugnante contra la decisión de la Alzada departamental (presentación electrónica del 9/11/21).

El conocimiento del proceso se circunscribirá a los motivos de agravio consignados por el impugnante (art. 434 y ccs. del CPP; v. TCPBA, Sala I, c. 77.456 “Silva, Sergio Daniel s/ Recurso de Casación,” sent. del 8 de noviembre de 2016, reg. 949/16, entre otras).

El reclamo hecho en el recurso de casación, sobre la extemporaneidad de la interposición del recurso de apelación por la Fiscalía de Estado, no habrá de prosperar.

En efecto, no se observa que haya vencido el plazo para su presentación. Conforme la fecha de las notificaciones efectuadas por el *A-Quo* (11/12/20, fs. 305/312), el recurso de apelación fue interpuesto dentro de los cinco días (el 17/12/20, conf. fs. 313/316) en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 441 CPP.

Con relación a la crítica hecha al fallo de la Cámara de Apelación y Garantías sobre la participación del CELS, la CPM, la APDH y el CEDIR como “Amigos del Tribunal”, en la que desestimó por no cumplir con los recaudos fijados por la SCBA, con independencia de su regularidad, habrá de ser receptada pues no fue motivo de agravio en el recurso de apelación presentado por la Fiscalía de Estado (art. 434 CPP), por lo que la decisión adoptada desatiende el art. 434 del CPP.

En lo demás, el recurso también habrá de prosperar.

En contra de lo resuelto por los Jueces de Cámara, en el caso se presenta un supuesto de acción colectiva y preventiva.

La caracterización del derecho procesal penal como Derecho constitucional reformulado o reglamentado permite observar que la actividad estatal en este ámbito es regulada, lo que impone la traducción a la realidad cotidiana de la persecución penal de la protección necesaria de

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, según surge del art. 28 de la CN.

Por ello, junto a las garantías de Juicio Previo, Juez Natural, Inocencia y Defensa, la ley procesal reglamenta otras más específicas contenidas en la Ley Fundamental, como el remedio del Hábeas Corpus para las detenciones ilegítimas.

La ideología liberal y republicana es la que da pie a las limitaciones del poder penal del Estado, que retrocede frente a valores básicos de la personalidad humana, en el sentido de preferirlos a las metas propias de la persecución penal, estableciéndose exigencias formales y materiales para la privación de la libertad procesal, la orden escrita de la autoridad competente y las cárceles de seguridad y no de castigo, tornando responsable al Juez que autorice una medida excesiva, garantía enunciada en el art. 18 CN.

El derecho de Hábeas Corpus consiste en la posibilidad para cualquier persona –sistema de acción popular- de pretender que un Juez haga cesar la privación de la libertad o la amenaza actual de privación de libertad que arbitrariamente sufre una persona, pues no se funda en orden escrita de autoridad competente.

Es una garantía destinada a brindar la protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o ambulatoria, o bien que encuentra su libertad restringida, agravada o amenazada ilegalmente.

El fundamento constitucional radica en el art. 43 “4to. párrafo” y 18 de la CN, a partir de una interpretación teleológica y sistemática, sin perjuicio del aval resultante del art. 33 en cuanto a la vigencia de todas aquellas garantías que, aunque no estén enumeradas expresamente en la Constitución, conforman la esencia de un sistema político personalista, 7 inc. 6 de la Convención Americana de Derechos

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Humanos (conf. art. 75 inc. 22 CN) y 20 apartado 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

El art. 43 “4to. párrafo” de la CN dispone que cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de Hábeas Corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el Juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

El art. 7 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

El art. 20 apartado 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza a la libertad personal, podrá ejercer la garantía de Hábeas Corpus recurriendo ante cualquier Juez. Igualmente procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en de desaparición forzada de personas. La presentación no requerirá formalidad alguna podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aún sin mandato. El Juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente, hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Incurrirá en falta grave el Juez o funcionario que no cumpliera con las disposiciones precedentes.

Las reglas de carácter local, previstas en el art. 405 c.c. y s.s. del CPP, están destinadas a habilitar, con el mayor rendimiento y efectividad posible, el encauzamiento de este tipo de reclamos en pos de garantizar adecuadamente el acceso a la jurisdicción.

El instituto de Hábeas Corpus tiene, en consecuencia, por objeto resguardar la libertad ambulatoria de las personas mediante la implementación de un mecanismo de protección sencillo, rápido y operativo tendiente a consolidar, de modo efectivo y cierto, el reconocimiento del derecho acordado en tal sentido por nuestra Carta Fundamental y Provincial (arts. 43 C.N. y 20 inc. I de la Const. Pcial.).

Su naturaleza, objeto, esencia y características lo alzan, por lo expuesto, como un instituto jurídico con principios y reglas propias, que exige una reglamentación especial que, a diferencia de la específica que rige en el ámbito nacional (Ley 23.098), el legislador provincial la instituyó, metodológica y sistemáticamente, como un procedimiento especial en el Capítulo V del Código Procesal Penal de esta Provincia (arts. 405 al 420 de dicho plexo).

En su forma tradicional, la garantía del Hábeas Corpus tenía un carácter reparador, porque se aplicaba en aquellos casos en que una persona había sido privada de su libertad sin orden emanada de autoridad competente y mediante la intervención judicial se disponía la inmediata libertad de la persona detenida sin causa legal (art. 405 “1er. y 3er. párrafo” inc. 6 y art. 3 de la Ley 23.098).

Con el propósito de brindar una protección más amplia a la libertad física y ambulatoria de las personas, que se adecua plenamente a los fines personalistas de la Ley Fundamental, la aplicación de la garantía

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

constitucional fue extendida a otras hipótesis: el Hábeas Corpus preventivo, correctivo y restringido.

La habilitación del remedio por la norma local para los casos previstos constituye la reglamentación de la garantía con mayor rendimiento y efectividad persiguiendo el encauzamiento de este tipo de reclamos en pos de garantizar adecuadamente el acceso a la jurisdicción.

La competencia para entender en la presente acción de Hábeas Corpus, habrá de estar supeditada a la necesaria compatibilización de las cláusulas constitucionales y supranacionales transcriptas con las reglas de orden local.

Además de lo expuesto, el Hábeas Corpus exige el agotamiento de las diligencias necesarias para hacer efectiva su finalidad, que no puede ser otra que la cesación del acto lesivo, por lo que corresponde la intervención para resguardar su vigencia cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (*Fallos*: 323:4108).

Inclusive, en el marco de un Hábeas Corpus, cualquier Juez está facultado para declarar la inconstitucionalidad de un precepto determinado que, por arbitrariedad o ilegalidad, amenace el derecho a la libertad personal, aún de oficio, aunque lo que se inaplica es la ley, exclusivamente, respecto de un caso concreto y con efecto *inter partes*.

Esta característica básica que rige en nuestro sistema de control jurisdiccional difuso, es lo que impide que en análisis de la validez constitucional de una norma, eventualmente, se prescinda de "*una causa específica*" o que genere efectos "*erga omnes*", en tanto ningún magistrado tiene la potestad de derogar la legalidad normativa.

Sin embargo, esto no es un concepto absoluto ni estanco, y tal obstáculo se redefine si el proceso versa sobre una cláusula que se alega violatoria de derechos de incidencia de un colectivo, pues nuestra

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Constitución autoriza a cuestionar la inteligencia de una norma "por representación" de un grupo de personas, siempre que tengan un "interés común" y exista una "causa concreta" (cfr. doctrina de la CS en *fallos*: 329:4593, 332:111).

El Hábeas Corpus preventivo, reglamentado expresamente en el Código Procesal Penal (art. 405 primer párrafo), procede en los casos en que existe una amenaza sobre la libertad física o ambulatoria de una persona que, debido a su inminencia y seriedad, justifican la intervención judicial para evitar la comisión de un acto restrictivo carente de causa legal. Si mediante la garantía del habeas corpus se reparan los efectos de un acto ilegal, no existen impedimentos constitucionales para que aquella se extienda evitando la producción del acto y sus efectos (cfr. Badeni, G. "Instituciones de derecho constitucional", 1era. Ed., pág. 692, Ad-Hoc, 1997).

Además, la jurisprudencia lo reconoce como vía idónea para tutelar casos colectivos.

Ello en virtud de que no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones en cuestión. Así, en el fallo "Halabi", la Corte Nacional se refirió al amparo colectivo y expresó: "cabe señalar que la referida disposición constitucional (art. 43, CN) es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular...".

En el mismo sentido, el juez Fayt, en el fallo "Verbitsky" dijo: "... no se puede pasar por alto que la previsión del actual art. 43 de la CN contempla expresamente la figura del amparo colectivo. Y si bien no lo hace en forma expresa con el hábeas corpus colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio".

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Así, el Máximo Tribunal consideró que, sin perjuicio de la falta de legislación al respecto, esta clase de acción es operativa por la aplicación directa del art. 43 CN. Es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párr. 2º, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

A partir de dicha norma constitucional, se hizo una interpretación amplia de la vía y se dio origen al Hábeas Corpus colectivo como instrumento para tutelar derechos individuales homogéneos.

En efecto, en el primer precedente citado, la Corte delimitó tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; y señaló: “En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...”.

Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte.

Para la CSJN la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. Sostuvo que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, y consideró que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (cfr. consid. 19 de la sentencia “Halabi”).

La resolución de la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata (en causa nº HC-33941), que hizo lugar al recurso y revocó el pronunciamiento del Juez de Garantías, por la falta de determinación de las personas que presumiblemente serían afectadas, y la falta de verificación de los supuestos de procedencia de la acción colectiva, no se ajusta a derecho.

En efecto, no puede desconocerse que tal situación se presenta en el caso si se tiene en cuenta que el impugnante reclama la protección de un grupo abierto y al mismo tiempo limitado de individuos, constituido por aquellas personas que tendrían como común denominador, la característica compartida de resultar tenedores de sustancias estupefacientes destinadas a consumo personal y la conducta se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

De igual forma, en contra de lo que afirmaran los Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata, sobre la ausencia de peligro cierto o amenaza actual a sus derechos, dicha situación se constata no sólo por encontrarse aún vigente el tipo penal del art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737, en el que los funcionarios policiales

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

sustentan su actuación, sino que además, los datos aportados por el actor, con fuente en las estadísticas de la Municipalidad de Mar del Plata y el relevamiento de casos del Ministerio Público Fiscal (expuestos por los Fiscales Leandro Favaro y Daniela Ledesma en la audiencia del art. 412 CPP, fs. 77), consignadas por el Juez de Garantías (fs. 246/247), indican que en el lapso que fue de noviembre 2018 a noviembre 2019, se iniciaron 4771 investigaciones penales por tenencia de estupefacientes para consumo personal. Asimismo, el Observatorio de adicciones y consumos problemáticos de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, envió un informe sobre la judicialización de la tenencia de estupefacientes para el consumo personal, de donde surge que en el Departamento Judicial Mar del Plata en el año 2017 los procesos penales iniciados por tenencia para consumo personal representaron el 0,67% de las IPP iniciadas por infracción a la ley 23.737; mientras que en el 2018 se pasó al 40,19%, incrementándose en un 5.900% (fs. 120/121). Ello se complementa con la información aportada por el CELS, donde de un profuso relevamiento de diversas mediciones, se señala –en lo esencial- que “en la Provincia de Buenos Aires, la persecución policial de los delitos menores de la ley de drogas se intensificó a partir de la desfederalización de la ley en 2005. Los hechos delictuosos relacionados con las drogas registrados por las policías se triplicaron entre 2006 y 2019: pasaron de 10.127 en 2006 a 47.927 hechos relacionados con drogas en 2019, según el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC). Ello se refleja en un incremento de 213 puntos de la tasa de hechos delictuosos por drogas, registrados en la provincia de Buenos Aires, muy por encima de la tasa nacional. Desde la desfederalización, las causas iniciadas por delitos menores de la ley de drogas se quintuplicaron en la provincia de Buenos Aires: en 2006 fueron iniciadas unas 14 mil causas; en 2018, fueron 63.168”. Asimismo, “las detenciones a consumidores de drogas representan el centro de la

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

estrategia contra el narcotráfico. Según los datos oficiales del Ministerio Público Fiscal de la Provincia, entre 2015 y 2018, entre un cuarto y un tercio de las causas iniciadas por delitos de droga refiere a casos de tenencia para consumo. En el 2019 el 39.43% de las causas iniciadas en la provincia fueron por tenencia para consumo y en el 2020, con circulación restringida, el porcentaje es de un 24.6%” (p. 10/11 del documento adjunto el 9/11/21). Según “el Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito (CEAMED) de General Pueyrredón, en el año 2018, los eventos relacionados con la infracción a la ley de drogas fueron el segundo motivo identificado de intervención policial del comando de patrullas y la policía distrital en General Pueyrredón. Hubo un total de 499 procedimientos por infracción a la ley de drogas. Según esta misma fuente, durante noviembre de 2019, en 109 procedimientos realizados por la policía distrital, se incautaron 0,4 kg de marihuana y 0,017 kg. de cocaína, lo que arroja un promedio de 3,66 gramos de marihuana y 0,15 gramos de cocaína por procedimiento” (p. 12).

En este contexto, debe considerarse, como señaló el Juez de Garantías, que en 2015 la Fiscalía de Estupefacientes dictó un Instructivo para orientar la actividad policial en casos de que se procediera al secuestro de material estupefaciente para exclusivo consumo personal (habiendo hecho, incluso, una lista con las sustancias y las cantidades a tal fin), donde ordenó que "dicho procedimiento se realizará en el lugar del secuestro por lo que no se trasladará ni a la persona que tuviera la sustancia ni al testigo requerido para el mismo". Sin embargo, el Comisario Mayor Christian Marcozzi de la Jefatura Departamental, informó en la audiencia del art. 412 CPP que las personas interceptadas con droga para consumo personal eran trasladadas a la comisaría para labrar el acta de secuestro “porque por el nuevo sistema informático, que funciona online, esto se ha vuelto necesario” (fs. 78 vta.). Explicó que antes el sistema era manual y el acta se realizaba en el lugar del secuestro, pero desde el 2 de marzo de

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

2019 'las actas ya no se confeccionan en el escenario de los acontecimientos sino que hay que hacerlas en la propia dependencia policial. Señaló "que existe una resolución ministerial que obliga al traslado a la comisaría para la confección de las actas en general".

El Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, al responder el pedido de informes del Juez de Garantías, comunicó que no existe ningún acto administrativo que establezca la obligación de trasladar a las personas interceptadas en la vía pública con estupefacientes para el consumo personal (fs. 97).

En relación al acta que debía confeccionarse en la comisaría, el Juez razonablemente concluyó que se trataba del acta de secuestro, en tanto según el instructivo de la Fiscalía de Estupefacientes, a la persona a quien se encuentra en la vía pública en poder de estupefacientes para el consumo personal, no se le notifica los derechos del art. 60 CPP, en tanto no es considerada una persona aprehendida (fs. 276/277).

En el marco de asuntos individuales, tuve oportunidad de cotejar la figura descripta en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con los preceptos de la CN, habiendo declarado en reiteradas oportunidades la invalidez constitucional del tipo de tenencia de estupefacientes, como Juez de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías del departamento Judicial de Lomas de Zamora ("Yovino, Claudio" C. Nro. 653.348, del 01/06/06), aún antes de la doctrina sentada por la CSJN, 25/8/09 en "Arriola, Sebastián y otros s/Causa n2 9080", CSJN-Fallos; 332:1963; LL, 2009-E-468]. "A" 332:1963; y en el Tribunal de Casación como integrante de la Sala VI del Tribunal de Casación (en C 57187, entre otras).

"...La sujeción del Juez no puede ser del tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

Juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

El tipo penal previsto en la segunda parte del artículo 14 de la ley 23.737, tiene como antecedentes la ley 11.331, sancionada en el año 1926, que incorporó por primera vez en el Código Penal el tipo de tenencia de drogas (art. 204 "3er. párr."), la ley 17.567 del año 1968 se limitó a sancionar "al que sin estar autorizado tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal sustancias estupefacientes".

En el año 1973 por la ley 20.509 se derogó la 17.567 y se volvió al texto de la ley 11.331 y, en el año 1974, se sancionó la ley 20.771, cuyo artículo 6 es el antecedente inmediato del texto actual en análisis.

La legitimidad de la norma deriva de su vigencia, dimensión que hace referencia a la forma del acto y que depende de su conformidad con las normas formales sobre su producción (art. 75 inciso 12 CN).

Cuestión distinta sin embargo habrá de ser la validez propiamente dicha, la constitucionalidad de la ley, vinculada al significado o contenido que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos (Conf. Luigi Ferrajoli "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Editorial Trotta. Año 1997. P g. 874).

El artículo 14 en su segundo párrafo de la ley 23.737 establece que la pena ser de un mes a dos años de prisión cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

La acción típica consiste en una rigurosa conexión fáctica de disponibilidad entre el sujeto y la cosa, es decir la concreta y efectiva relación entre la persona que detenta y la cosa detentada, el estupefaciente debe haberse incorporado inequívocamente a la esfera de custodia del tenedor.

El bien jurídico que se protege en la figura es la salud pública que, como dimensión social, significa que se va mas allá de la mera suma de voluntades individuales pues se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas (Conf. Francisco Muñoz Conde "Derecho Penal". Parte especial, 12ed., Tirant Lo Blanc, Valencia, 1999, ps. 603 y ss.).

El problema es la difícil comprobación de la autoría y la causalidad por lo que, para evitarlo, se recurre a la construcción de los delitos de peligro abstracto que adelanta la barrera de protección ya que la simple puesta en peligro de la salud alcanza, no siendo necesaria que se pueda esperar la lesión del bien jurídico.

Se trata de los casos en que se incriminan conductas que no generan una situación de probabilidad de daño próximo, sino remoto, en los que las conductas prohibidas se refieren a eventuales perjuicios potenciales y peligros abstractos, motivando la cuestión si las acciones privadas sólo pueden ser objeto de restricción cuando medie peligro concreto para terceros o no.

No existen dudas de que la droga constituye un flagelo mundial en el que las víctimas de su adicción limitan la existencia de sus vidas y, en el mejor de los casos, se encuentran con su salud física y psicológica disminuidas, a lo que debe adunarse la existencia de una verdadera mafia económica y terrorista vinculada a su comercialización.

Existe una verdadera alarma social que reclama de los Estados políticas adecuadas para combatir el problema.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%o8#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

Corresponde examinar si el castigo penal del tenedor de estupefacientes para el consumo, tal como se halla tipificado en el "2do. párr." del artículo 14 de la ley 23.737, afecta algún derecho fundamental que limite y vincule al poder legislativo excluyendo o imponiendo determinados contenidos.

El llamado derecho penal "eficiente" (Conf. Winfried Hassemer "Crítica al Derecho Penal de Hoy". Ed. Ad-Hoc, año 1998, p g. 49) permite observar que la violencia, riesgo y amenaza constituyen fenómenos centrales de la percepción social y la seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico.

En la lucha contra el narcotráfico, se reclama que el derecho penal y el derecho procesal penal se adecuen a los requerimientos de una lucha efectiva, proceso que tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia; la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual y social por lo que el derecho penal no es entendido como protección de la libertad sino como un arsenal de lucha efectiva contra el delito y la represión de la violencia; el delincuente se convierte tendencialmente en enemigo y el derecho penal en "derecho penal del enemigo".

El destinatario de una opinión pública amenazada por la violencia es sobre todo el derecho penal del que se espera una ayuda efectiva y la garantía de la seguridad ciudadana; se utilizan como técnicas de represión, entre otras, la observación sistemática de autores (en vez de esclarecimiento de hechos punibles); la política criminal no opera como hace algún tiempo con la desincriminación y la atenuación de penas sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas; se concentra en los tipos y amenazas penales antes que en las consecuencias.

La respuesta no permite mantener la fidelidad en los principios del derecho penal sino en relajar su fuerza vinculante mediante la

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

reducción al mínimo de los presupuestos de la punibilidad utilizando los delitos de peligro abstracto cuyas consecuencias provocan déficit de ejecución específicos, produciendo m s agravaciones de penas y la asignación de un ámbito de efectos meramente simbólicos.

Se utiliza la ponderación de bienes para decidir los casos, que en nombre de la necesidad legítima la injerencia en derechos y principios que rigen como fundamento de nuestra cultura jurídica.

Con ello debe entenderse que no puede aspirarse a tener un derecho penal fuerte sin pagarse con principios logrados políticamente que, si son de ponderación en tiempos de necesidad, pierden su valor para nuestra cultura jurídica por lo que un derecho penal disponible y políticamente funcionalizado no puede conservar el lugar dentro del sistema total de control social.

Si sus principios son disponibles según el caso perder su fuerza de convicción normativa y su distancia moral frente al quebrantamiento del derecho.

De lo expuesto, aún cuando pueda opinarse de las ventajas en la lucha contra la droga mediante la represión de quien tiene sustancias para el consumo, más allá del grave problema que pueda significar y las indudables consecuencias sociales dañosas de su existencia, los derechos fundamentales que se encuentran en la base de nuestra cultura, cuyo logro tanto esfuerzo costó a la civilización, no pueden ser ponderados en aras de la eficiencia o la necesidad para justificar el relajamiento de sus contenidos, que inexorablemente habrá de afectar al Estado de Derecho.

El ámbito de autonomía individual, protegido jurídicamente por el artículo 19 de la Constitución Nacional, es comprensivo no sólo de la esfera doméstica, del círculo familiar y de amistad sino también

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

de otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas (fallos 306:1892, consid. 8).

Son las acciones privadas internas y externas que no interesan al orden y a la moral pública ni causan perjuicios a terceros, es decir que no afectan al bien común.

El caso en análisis, de tenencia de estupefacientes para consumo personal, se trata de una acción privada externa, cuando no interna, que debe ser tutelado por el precepto, pues no tiene consecuencias para la ,tica colectiva, por lo que se imponen límites a la actividad legislativa consistente en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.

No se ha demostrado que la conducta sancionada tenga consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general ni que el castigo sea un remedio eficiente para resolver el verdadero flagelo existente en torno a la drogadicción.

La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres responde a la concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan. (fallos, 308:1412).

En tal sentido, no se ha previsto como delito intentar suicidarse, emborracharse habitualmente, etc., a lo que forzosamente habrá de añadirse la condición de adicto a las drogas, consecuencia a la que inexorablemente según la ciencia médica conduce el consumo reiterado de estupefacientes, del que un estadio anterior es introducir drogas en el organismo y otro, todavía más lejano, la mera tenencia para el consumo personal.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%o8#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

Si no se castiga al suicida, al borracho, al drogadicto, menos se puede pretender hacerlo con el acto de intentar causarse la muerte, ingerir bebidas alcohólicas o tener drogas para consumir.

Lo contrario significa consagrar un derecho penal de autor, pretexto para el ejercicio del poder punitivo que debilita la vigencia del Estado de Derecho, creando tipos por las agencias legislativas cuyo contenido claramente es contrario al concepto de acción que surge de la ley fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos y legitimando una injerencia ilegal en el ámbito de la privacidad...".

A lo expuesto encuentro oportuno agregar que la concepción constitucional vigente prevé, como una de sus propuestas de diseño institucional, la defensa de una declaración de derechos individuales basada, principalmente, en la necesidad de proteger la autonomía de las personas, a las que se oponen las posiciones perfeccionistas o elitistas, en donde el Estado toma partido por alguna concepción del bien a la que favorece frente a otras alternativas a las que desalienta (por ejemplo en postura religiosa, ideas políticas, orientación sexual, etc.) (Conf. Roberto Gargarella "El contenido igualitario del constitucionalismo", en "Teoría y Crítica del Derecho Constitucional". Tomo 1. Democracia. Ed. Abeledo Perrot. Año 2010, pág. 8).

La propuesta de defensa de la protección de la autonomía de las personas significa que el Estado no puede utilizar su poder coercitivo con el objeto de desalentar o desalentar alguna peculiar visión sobre lo que es bueno.

Cada individuo debe ser respetado en sus reclamos más básicos, con independencia de lo que todos los demás piense al respecto. Cada persona debe concebirse como un fin en sí mismo, nadie puede ser sacrificado en nombre de ningún otro habitante o grupo.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

El filósofo John Rawls dice: " las personas deben ser consideradas como seres "separados" e "independientes" unos de otros y como formando parte indiferenciada de un todo, cuya situación puede quedar sujeta a cálculos de utilidad (Teoría de la Justicia, Harvar University Press, Cambridge, 1971).

El igualitarismo de la concepción se demuestra en el principio que afirma la igualdad moral entre las personas, el que nos dice que todos merecemos ser tratados con el mismo respeto, con independencia de cuáles sean nuestras creencias más íntimas y cuál sea nuestro modo de vida.

Se diferencia de las concepciones perfeccionistas y elitistas, al sostener que nadie más que el propio individuo debe ser el encargado de determinar de qué modo quiere vivir, qué ideas políticas profesar, qué moral sexual adoptar, qué preferencias estéticas sostener o, como en el caso, tener o no sustancias para el consumo personal.

La doctrina sentada por la CS -en Fallos "A." 332:1963-, impone resolver los casos análogos con atención del precedente dictado en la materia por los jueces de superior jerarquía. "La CSJN reiteradamente ha dicho que, aun cuando decide sólo las controversias que le son sometidas, los Jueces de las instancias inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias dictadas por ella en casos similares (Fallos 25:364) y que carecen de fundamento los pronunciamientos de tribunales inferiores que se apartan de sus precedentes sin aportar nuevas razones que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte, en su carácter de intérprete final de la Constitución Nacional (Fallos 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227, entre muchos otros).

"Asimismo la Corte IDH sostuvo que el artículo 7.3 de la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales pero que, en la práctica resultan irrazonables, o carentes

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%o8#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

de proporcionalidad y que la detención podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido (Cfr. “Gangaram Panday vs. Suriname”, sent. 21/01/1994, Cons. 47; “Niños de la calle (Villagrán Morales) vs. Guatemala” sent. 19/11/1999, Cons. 131; “López Alvarez vs. Honduras”, sent. 01/02/2006, Cons. 66; “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sent. 21/11/2007, Cons. 90; “Mendoza y otros vs. Argentina”, sent. 14/05/2013, Cons. 161).

La función del derecho penal como *ultima ratio* hace referencia al principio según el cual el Derecho penal (criminal) solamente debe intervenir cuando otros medios del control social que suponen una intervención menos intensa no son de aplicación, como por ejemplo las medidas administrativas de policía. Según este criterio, los instrumentos del Derecho penal “*solamente se pueden emplear cuando ninguna otra cosa sirve*” (Hassemer/Neumaann, en Nommos Kommentar, StGB, volumen I, 2 ed. 2005).

De la interpretación realizada en base a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la penalización de la tenencia simple de estupefacientes, surge la premisa según la cual el legislador está obligado a retirar una criminalización originariamente basada en una sospecha de peligrosidad, cuando la misma ha sido inequívocamente refutada.

Por lo expuesto, y en lo que fuera materia de agravio en el recurso de casación, no advierto exceso en la función jurisdiccional, en tanto el Juez de Garantías no emitió órdenes y pautas de actuación a las fuerzas policiales y de seguridad sino que **exigió el cumplimiento del instructivo elaborado el 02/01/15 por el Ministerio Publico Fiscal.**

En tal sentido, el Estado debe garantizar las libertades y derechos de todos los habitantes, pero también que las fuerzas de seguridad

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

actúen dentro de las normas legales que regulan su actuación.

Si bien el diseño y la aplicación de políticas públicas en seguridad es materia reservada a la esfera del Poder Ejecutivo, las mismas puedan ser controladas -a pedido de parte interesada- por el Poder Judicial, precisamente en resguardo del legítimo ejercicio de los derechos individuales y aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad que tiendan a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

Lo dispuesto por el Juez de Garantías en el punto 2 de la parte dispositiva, motivo de agravio en Casación, fue adoptado en el ámbito de la competencia jurisdiccional, previa celebración de audiencia con las partes, producción de prueba e informes de “Amigos del Tribunal” y se dirigió a velar por el resguardo de derechos fundamentales como libertad ambulatoria y ámbito de reserva de las personas tenedoras de estupefacientes para consumo personal.

Por ello es que corresponde a) declarar admisible el recurso de casación deducido por Gabriel Alejandro DIAZ, en su carácter de Presidente de la Comisión de la “Agrupación Marplatense de Cannabicultores Asociación Civil”, con el patrocinio letrado de Franco Natalio Bertolini; b) rechazar el reclamo de extemporaneidad del recurso de apelación de la Fiscalía de Estado en tanto observa el requisito temporal del art. 441 CPP; c) hacer lugar al recurso interpuesto, sin costas, y casar la decisión de la Sala 3 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata, en lo que fuera motivos de agravio, debiendo en consecuencia, restablecer parcialmente la decisión del Juez de Garantías nº 4 de Mar del Plata en torno a lo allí resuelto en los puntos 1 y 2 de la parte resolutive, es decir, en cuanto acogió la presente acción de habeas corpus y ordenó a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad que en el Departamento Judicial Mar del Plata,

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%o8#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	--

cumplir el instructivo elaborado por la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata; se abstengan de restringir la libertad, en espacios públicos, de usuarios de sustancias estupefacientes, cuando las circunstancias del caso pongan de manifiesto que la tenencia es para consumo personal y la conducta se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros (arts. 14 párrafo segundo ley 23.737; art. 151 y cttes CPPBA; caso Arriola, CSJN), fijando pautas indicadoras a fin de determinar cuándo una tenencia de sustancias es para consumo individual; y d) revocar la decisión mencionada en cuanto desestimó la intervención del CELS, la CPM, la APDH y el CEDIR como “Amigos del Tribunal” dado que no fue cuestionado por la Fiscalía de Estado en el recurso de apelación (arts. 18, 43 y 75 inc. 22 de la CN; 7 incs. 1 y 6 y 8.2.h C.A.D.H.; 9.1, 14.5, 17.1 y 17.2 del P.I.D.C.P.; 20 inc. 1 Constitución provincial; 20 inc. 1, 210, 405 y ss., 421, 450, 456, 530 y 531 CPP).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma segunda cuestión planteada el señor juez, doctor **Carra**, dijo:

Adhiero al voto del doctor Maidana, en igual sentido y por sus fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I. Declarar admisible el recurso de casación deducido por Gabriel Alejandro DIAZ, en su carácter de Presidente de la Comisión de la “Agrupación Marplatense de Cannabicultores Asociación Civil”, con el patrocinio letrado de Franco Natalio Bertolini.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES Tribunal de Casación Penal Sala I (Ley 11982)	%008#!+R"w=AEŠ AGRUPACIÓN MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ RECURSO DE CASACION Nº113217
--	---

II. Rechazar el reclamo de extemporaneidad del recurso de apelación de la Fiscalía de Estado en tanto observa el requisito temporal del art. 441 CPP.

III. Hacer lugar al recurso interpuesto, sin costas, y casar la decisión de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata (en causa nº HC-33941), en lo que fuera materia de agravio, debiendo en consecuencia, restablecer parcialmente la decisión del Juez de Garantías nº 4 de Mar del Plata en torno a lo allí resuelto en los puntos 1 y 2 de la parte resolutive, en cuanto **hace lugar a la acción de Hábeas Corpus y ordena** a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad en **el Departamento Judicial Mar del Plata, cumplir el instructivo elaborado por la Fiscalía de Estupefacientes Departamental**, que establece que en los casos en los que se proceda al secuestro de material estupefaciente que, por las circunstancias y su escasa cantidad, surja inequívocamente que la tenencia es para exclusivo consumo personal, NO se dispondrá medida restrictiva alguna de la libertad, debiendo observarse especialmente los puntos 2, 4 y 7 de la instrucción elaborada por el Ministerio Público Fiscal (arts. 14 párrafo segundo ley 23.737; art. 151 y cttes CPPBA; caso Arriola, CSJN).

IV. Revocar la decisión mencionada en cuanto desestimó la intervención del CELS, la CPM, la APDH y el CEDIR como “Amigos del Tribunal”.

Rigen los arts. 18, 43 y 75 inc. 22 de la CN; 7 incs. 1 y 6 y 8.2.h C.A.D.H.; 9.1, 14.5, 17.1 y 17.2 del P.I.D.C.P.; 20 inc. 1 Constitución provincial; 20 inc. 1, 210, 405 y ss., 421, 450, 456, 530 y 531 CPP.

Regístrese, comuníquese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase.