



Mar del Plata, 10 de diciembre de 2020.

VISTO

El contenido de las presentes actuaciones “Agrupación Marplatense de Cannabicultores s/ Habeas Corpus”, registradas bajo el nro. 37-19.

Y CONSIDERANDO.

1. Presentación de Habeas Corpus Preventivo Colectivo.

1.1. El día 20 de diciembre de 2019 se presentó Gabriel Alejandro Díaz, Presidente de la Comisión de la “Agrupación Marplatense de Cannabicultores Asociación Civil”, con el patrocinio letrado del abogado Franco Natalio Bertolini, articulando *“hábeas corpus preventivo y colectivo en beneficio de las personas tenedoras de estupefacientes para consumo personal en la ciudad de Mar del Plata que se encuentren bajo amenaza actual e inminente a su libertad ambulatoria, en virtud de las requisas sin orden judicial previa ni motivos suficientes y la urgencia que la sustituya, practicadas en la vía pública por parte de la Policía local y de la Provincia de Buenos Aires, que tienen como consecuencia la aprehensión y el traslado a la dependencia policial”*.

El fundamento legal que se le da a la presentación radica en los arts. 18 y 43 CN; 7.6 CADH; 9.1 PIDCP; 3 inc. 1 Ley 23.098 y arts. 405 y cttes del CPPBA.

1.2. Se indica en la acción interpuesta: *“nuestro propósito es encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas (libertad ambulatoria, intimidad, dignidad, propiedad) y el ‘interés social’ de perseguir el narcotráfico. Buscamos soluciones consensuadas, basadas en la ley y así dotar de legalidad, profesionalidad, seguridad y legitimidad a la actuación policial”*.

En la presentación se requirió la realización de una audiencia *“a los fines de procurar un espacio de diálogo para la búsqueda de soluciones*

de forma conjunta con las respectivas autoridades”.

1.3. Se cita como antecedente un Habeas Corpus colectivo presentado en el Departamento Judicial de Necochea con intervención del querido Mario Alberto Juliano *“a favor de los jóvenes que circulaban por la vía pública y que eran sometidos sin ningún motivo a interceptaciones, cacheos y requisas personales con el objeto de secuestrar ínfimas cantidades de sustancias estupefacientes (principalmente marihuana); sustancias que por su cantidad están indudablemente destinadas al consumo personal”*. No se identifica el número de proceso ni el órgano judicial ante el cual se sustanció dicha acción legal.

Se indica que, en ese precedente, con el fin de procurar un espacio de diálogo para la búsqueda conjunta de soluciones, se convocó a una audiencia a la que asistieron las autoridades policiales, la Sra. Fiscal General, el Sr. Defensor General, el titular de la UFI Drogas y los integrantes de las Comisiones de Seguridad de los Consejos Deliberantes de Necochea, Lobería y San Cayetano.

Se afirma en la presentación: *“Pasado un tiempo de la misma, se comprobó que los procedimientos policiales ilegales habían cesado y se procedió a desistir de la acción”*.

Se cita una entrevista al juez Mario Juliano, en la que explica los motivos del desistimiento de la acción: *“II. Es preciso recordar que al momento de la interposición del hábeas corpus (julio de 2019) el Departamento Judicial Necochea (compuesto por Necochea, Lobería y San Cayetano) era el que mayor porcentaje de causas por tenencia de estupefacientes para consumo personal registraba en toda la provincia, de acuerdo a estadísticas oficiales de la Procuración General, la totalidad de las cuales resultaban archivadas, generando un dispendio material y humano incalculable.*



Tal como habíamos señalado en nuestra presentación inicial, en el primer semestre de 2019 se habían realizado unos 600 procedimientos policiales relacionados con drogas, 85% de los cuales habían correspondido a tenencia para consumo personal, siendo que la casi totalidad de los mismos estaban relacionados con marihuana, que las personas interceptadas tenían un promedio de 25 años de edad y que el promedio de sustancias secuestradas era de 4 gramos.

Recordamos que en esa misma presentación solicitábamos la realización de una audiencia entre las partes interesadas, ya que no era nuestro propósito "...la búsqueda de sanciones ni medidas imperativas...", sino que buscábamos "...soluciones consensuadas basadas en la ley y la razón que guíen el necesario proceder policial adecuado al estado de derecho y una sociedad democrática e inclusiva".

III. Luego de una serie de contingencias procesales, pudimos llegar a la audiencia solicitada, donde las partes expusimos nuestras respectivas posiciones. Pero debo confesar que, a mi juicio, fue determinante la espontánea intervención del Jefe de Policía Departamental, el Comisario Inspector Jorge Mastropiero, quien, palabras más, palabras menos, dijo que la Policía estaba dispuesta a revisar sus actos ya que su objetivo principal era servir a la comunidad.

Las palabras del Jefe Departamental detonaron en mis prejuicios y preconceptos, y abrieron una instancia de conversaciones informales que desembocaron en la decisión que hoy estoy adoptando.

IV. Vueltos a consultar el desempeño policial desde aquél entonces hasta la fecha en el Sistema Informático del Ministerio Público (que registra la totalidad de los procedimientos policiales por todo tipo de delitos, entre otras cosas) resulta que cesaron en forma completa y absoluta los procedimientos sobre tenencia de estupefacientes para

consumo personal.

Esta situación (el cese de procedimientos policiales sobre usuarios de sustancias estupefacientes) me genera una gran satisfacción, despojada de cualquier cálculo en términos de vencedores o vencidos. Estoy convencido que aquí hemos ganado todos y que hoy tenemos una sociedad un poco mejor. (radioutopia.com.ar/necochea-desistieron-el-habeas-corporus-por-hostigamiento-policial-a-usuarios-de-cannabis-por-haber-desaparecido-el-peligro-de-lesion).

1.4. Se menciona en la presentación el contenido de los reportes mensuales de seguridad elaborados por el “Centro Municipal de Análisis Estratégico del Delito” (CEMAED), correspondientes a los meses Enero a Noviembre de 2019.

En la página 92 de la “Memoria en Materia de Estupefacientes del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires” se advierte que en el año 2018 se iniciaron 1418 investigaciones de las cuales 659 fueron por tenencia para consumo personal (1,5 por día), lo que representa el mayor tipo penal involucrado con el 40,19%.

Se afirma que “surge a todas luces una clara y discriminatoria persecución policial a un grupo de jóvenes que son interceptados en los eventos masivos, por su apariencia física, por su aspecto o sus vestimentas. No de otra manera el personal policial podría saber que esas personas portan entre sus prendas o dentro de sus billeteras o mochilas las pequeñas cantidades de estupefacientes que se les incautan”.

Se agrega: “si bien la tenencia de estupefacientes para consumo personal aún se encuentra penada por ley (artículo 14.2 de la ley 23.737) debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en 1986 (caso ‘Bazterrica’) que la persecución penal de usuarios de drogas es inconstitucional. Esta doctrina fue ratificada por



la Corte en 2009 en el caso 'Arriola'. Ninguna de esas requisas personales que ponemos en evidencia se originan en una orden judicial previa, ni se justificaron en motivos de necesidad o urgencia que la sustituyera. Todo lo dicho hasta aquí nos demuestra que nos encontramos frente a procedimientos irregulares (cuando no ilegales), motivados en criterios discriminatorios negativos (la apariencia o aspecto físico y la forma de vestir) que afectan a un amplio colectivo de personas de nuestra ciudad (arts. 225 y 294.5 CPP) y al realizarse sin ningún control judicial, constituyen una zona de no derecho y crean un riesgo cierto de que aparezcan conductas abusivas más graves e incluso trágicas”.

1.5. En la formulación de la acción se solicita se fije una audiencia a tenor del art. 412 CPP “para que comparezcan las personas interesadas en procura de un espacio de diálogo para la búsqueda conjunta de soluciones”.

Se propone también el diseño de un protocolo de actuación que permita establecer las circunstancias indicativas de que la tenencia es para consumo personal, la fijación de una cantidad máxima no judicializable, la no aprehensión de consumidores y la restitución de la sustancia estupefaciente encontrada al usuario.

2. Audiencia Pública.

2.1. Presentada la acción se **designó audiencia** para que concurren las personas interesadas en el objeto del presente Habeas Corpus, a efectos de *promover el diálogo democrático entre los distintos actores institucionales y las organizaciones de la sociedad civil*, en **procura de consensos y protocolos de actuación** que permitan, por un lado, el pleno ejercicio de los derechos individuales de las personas usuarias de sustancias que la ley denomina "estupefacientes", conforme lo

resuelto por la CSJN en el pronunciamiento "Arriola" (A. 891. XLIV, rta. 28 de agosto de 2009) y por el otro, la racional persecución penal de aquellas conductas predefinidas como delito (art. 412 CPPBA).

El 26 de diciembre de 2019 se llevó adelante la audiencia pública.

Se invitó a participar al accionante, al Fiscal General Departamental, a los Fiscales integrantes de la Fiscalía de Estupefacientes, a la Sra. Defensora General y a la Fiscalía de Estado.

También se invitó a intervenir a las autoridades de la Jefatura Departamental de Seguridad, Delegación General de Prevención y Represión del Narcotráfico Región Atlántica de la Policía de Provincia de Buenos Aires, así como a las autoridades de la Policía Federal.

Finalmente, a efectos de ampliar el diálogo y atendiendo a las distintas mesas de trabajo temáticas realizadas en el ámbito del Municipio local, se convocó al titular de la Secretaría de Seguridad de la Municipalidad de General Pueyrredón, a la Presidenta de la Comisión de Calidad de Vida y Salud Pública del Honorable Consejo Deliberante, Concejala Marina Santoro y a la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del mismo cuerpo, Concejala Verónica Lagos.

Participaron de la audiencia:

- El accionante, Alejandro Gabriel Diaz, junto al abogado Franco Bertolini.
- Los agentes fiscales Leandro Favaro y Daniela Ledesma.
- Luciano Ricci por la Fiscalía de Estado.
- Las concejalas Marina Santoro y Verónica Lagos.
- El comisario mayor Christian Marcozzi por la Jefatura Departamental.
- El comisario mayor José Luis Segovia por la DDI.
- El abogado Sergio Hernán Letizia y el subcomisario Javier Cabría por la Policía Federal.



- El comisario inspector Christian Daniel por la Jefatura de Comando.
- El comisario mayor Mariano Laure por Drogas Ilícitas.

2.2. En primer término, hizo uso de la palabra el abogado Bertolini, con el objeto de exponer las líneas principales de la acción intentada. Hizo mención a los operativos en los que se interceptan personas con pequeñas cantidades de drogas y a las violaciones de derechos que se generan el marco de aquellos. Expresó que con la llegada del verano, la implementación del operativo sol y la realización de espectáculos de diversa índole es posible inferir que se incrementarán estas detenciones. Remarcó la necesidad de conocer protocolos de actuaciones, conocer los motivos de las requisas que se practican, saber con qué criterios la Fiscalía de Estupefacientes evalúa un hecho como delito y conocer qué se hace con las sustancias secuestradas.-

2.3. A continuación intervino el agente Fiscal Leandro Favaro, quien estimó oportuno diferenciar diversas situaciones: por un lado el consumo en la vía pública; por otro los secuestros practicados para la “estadística”; en otro sentido los controles viales y finalmente las intervenciones en domicilios particulares. Destacó que en ciertas intervenciones policiales se forman actuaciones que *no tienen control del Fiscal ni del Juez*. Son causas que se desestiman al radicarse en la Fiscalía. Con relación a los ingresos a espectáculos públicos, expresó que la gran mayoría de procedimientos se hacen con *orden de servicio* de la Jefatura Departamental, y generalmente su ejecución queda a cargo de Drogas Ilícitas. Consideró que sería absurdo peticionar que no se realicen requisas en controles de espectáculos (canchas, fiestas electrónicas, etc.). Por otra parte, estimó que exigirle a la policía que siga haciendo estadística mediante el secuestro de droga para

consumo personal en la vía pública es *un dislate*. Hizo referencia a que entre noviembre de 2018 y noviembre de 2019 se formaron 4771 causas de tenencia para consumo personal. Este incremento en el número de causas se debió a que desde 2018 la Procuración exigió el *ingreso formal de esas causas* al sistema.

2.4. La agente fiscal Daniela Ledesma indicó que desde la Procuración de la SCBA se requirió a las Fiscalías temáticas en estupefacientes que carguen las causas de tenencia para consumo con número de Investigación Penal Preparatoria, es decir que se les de *ingreso formal* al sistema de registro de procesos penales en trámite. Ello pese a que esas causas son sistemáticamente archivadas, luego que se ingresan los datos de las personas involucradas en los procedimientos. Destacó que esa carga genera un *desgaste innecesario* de recursos materiales y humanos. Expresó que la interceptación de personas con estupefacientes para consumo personal es perjudicial, dado que confunde las estadísticas y genera un desgaste innecesario. Recordó que en enero de 2015 ella misma confeccionó un instructivo para el personal policial, que indicaba *qué hacer* en los casos de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este documento le ordena al personal policial tener reactivos y balanzas en el lugar del procedimiento y que las actas sean confeccionadas en el lugar del secuestro, *evitando el traslado del tenedor de las sustancias o de los testigos a la comisaría*. En el lugar se labraba acta de secuestro, con indicación del pesaje y de los datos personales del involucrado. A la persona no se le notificaba el art. 60 del CPPBA. Las actas con los sobres (con los estupefacientes) debían ser remitidas a la UFI para su registro. En ese momento se hacía un acta con una registración interna pero no se formaba IPP. Se tomaban recaudos para que la droga efectivamente fuese quemada.



Por otra parte, les Fiscales explicaron que existen parámetros para determinar a partir de qué cantidad de secuestro se considera que la finalidad de la tenencia estaba orientada al consumo personal: marihuana (hasta 50 gramos), cocaína (10 g cortada 5 pura), plantas (hasta 3). **Aclararon que desde 2015 no ha habido aprehendidos ni procesados por tenencia de estupefacientes para consumo personal** (el Fiscal Favaro mencionó **sólo un caso en el que hubo un allanamiento** por 40 plantas de cannabis).

El agente fiscal Favaro insistió entonces en la necesidad de distinguir los controles en espectáculos públicos, necesarios y habilitados, de las intervenciones policiales realizadas en la vía pública para “hacer estadística”. Destacó la necesidad de articular mecanismos para evitar la arbitrariedad.

2.5. Hizo uso de la palabra la concejala Verónica Lagos, quien narró distintas acciones realizadas en el Honorable Concejo Deliberante de General Pueyrredón en procura de aportar soluciones a la problemática del cannabis medicinal. Comentó el caso de las mujeres organizadas con el objetivo de utilizar marihuana medicinal para tratar a hijos enfermos. Explicó que se armaron mesas de trabajo, en las que se relevaron diversos estudios y se analizaron estadísticas en la materia. Indicó que en todas partes surgía la problemática de madres que se veían impulsadas a la clandestinidad con riesgo de sufrir detenciones. Expresó que desde el bloque que integran con la concejala Marina Santoro adhirieron a la ley nacional 27350 que autoriza el uso medicinal de la planta de cannabis y trabajaron en una ordenanza que contempla la posibilidad de que el Municipio participe en la cuestión con un rol protagónico, la que todavía se encuentra en estudio.

2.6. La concejala Marina Laura Santoro consideró muy importante

que el Poder legislativo sea parte del proceso de tratamiento de estas políticas públicas. Celebró la convocatoria del juzgado, al igual que la interposición del Habeas Corpus. Propuso tratar estos problemas desde una perspectiva de Derechos Humanos y de Salud Pública. Expresó su voluntad de ponerse a disposición de todos los actores para continuar trabajando este tema.

2.7. En la audiencia, el suscripto consultó a los presentes acerca de si hubo algún cambio con relación a la política de *no traslado a las comisarías* en casos de tenencia de drogas para consumo personal.

Sobre el punto, el comisario Marcozzi respondió que en este tipo de casos no notifican de los derechos en los términos del art. 60 CPPBA a las personas interceptadas porque no se las considera “aprehendidos”. Admitió que actualmente se traslada a la persona a la comisaría para formalizar el acta porque por el nuevo sistema informático, que funciona “on line”, esto se ha vuelto necesario. En esta línea, se hizo referencia a que antes el sistema era manual, y el acta se realizaba en el lugar de los hechos, pero desde el 2 de marzo de 2019 las actas ya no se confeccionan en el escenario de los acontecimientos sino que hay que hacerlas en la propia dependencia policial.

Ante la sugerencia de la fiscalía y el juzgado de garantías para que las actas se continúen realizando en el lugar del hecho y no en las comisarías, el funcionario respondió que el problema es que **existe una resolución ministerial que obliga al traslado a la comisaría para la confección de las actas, en general.**

Se intercambiaron ideas y opiniones entre todas las personas presentes en la audiencia.

Luego de lo conversado, el comisario Marcozzi **afirmó que a partir del día de la audiencia “no se van a realizar traslados a la comisaria para la firma de actas”.**



De modo que la utilidad de la discusión democrática que se produjo entre todas las partes intervinientes en la audiencia pública derivó en el compromiso asumido verbalmente por el funcionario policial de referencia.

3. Argumentos jurídicos aportados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) Regional Mar del Plata y el Centro Encuentro Desarrollo Integración Regional (CEDIR).

En relación con los protocolos de actuación vigentes en materia de procedimientos policiales respecto de usuarios de sustancias calificadas en la ley como estupefacientes, se convocó en carácter de amigos del juzgado (*amicus curiae*) a la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) y al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en virtud de la reconocida trayectoria de dichos organismos en el tratamiento respetuoso de los Derechos Humanos en las cuestiones aquí ventiladas, para la elaboración de un dictamen sobre la adecuación de tales protocolos a los postulados del pronunciamiento “Arriola” de la CSJN y de la doctrina emergente en la materia.

Asimismo, el accionante presentó como amigo del juzgado (*amicus curiae*), en forma conjunta, a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) Regional Mar del Plata y a la Asociación Civil Centro Desarrollo Integración Regional (CEDIR).

3.1. Argumentos jurídicos aportados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

El Centro de Estudios Legales y Sociales, representado por su Directora Ejecutiva Paula Litvachky y por la Coordinadora del Equipo

de Políticas de Seguridad y Violencia Institucional Victoria Darraidou, con el patrocinio letrado de Agustina Lloret, participa del proceso en calidad de “*amicus curiae*”. El 12 de junio de 2020 presentó argumentos jurídicos tendientes a contribuir a la discusión.

En primer lugar, el CELS indicó que, en el marco del trabajo policial en el que se podría dar lugar a la aplicación de esta resolución, pueden darse dos situaciones posibles:

- por un lado, la detención y requisa sin orden judicial a personas que se encuentren consumiendo estupefacientes en la vía pública, lo que implicaría un escenario de flagrancia.
- por otro lado, también podrían darse circunstancias en las que no exista consumo flagrante de la sustancia, lo que debería regirse por ciertas reglas que vale la pena recordar para ajustar el accionar policial, cuyo cumplimiento debe promoverse y exigirse a los fines de evitar detenciones y requisas arbitrarias, así como otras posibles violaciones a los derechos humanos.

Recordó el CELS que en la Provincia de Buenos Aires, la facultad policial de detención sin orden judicial – que funciona como presupuesto necesario para proceder a una requisa personal – aparece reglada por el Código Procesal Penal. El art. 153 establece que los efectivos y auxiliares policiales deberán aprehender sin orden judicial a aquella persona que intente un delito en el momento de disponerse a cometerlo (inc. 1); a quien se fugare, estando legalmente detenido (inc. 2); en supuestos en que exista semiplena prueba o indicios vehementes de la comisión de un delito y motivos bastantes para sospechar de que participó en su comisión, medie urgencia y existan peligros procesales (inc. 3); y, por último, a quien sea sorprendido en flagrancia cometiendo un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad (inc. 4).



Que este cuadro situacional se completa con lo previsto en el art. 154 CPP, que define la “*flagrancia*”, como aquello que ocurre cuando “... *el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar de un delito.*”

El CELS alertó que el problema central en materia de facultades policiales de detención y requisa sin orden judicial se da cuando los efectivos policiales avanzan sobre los derechos fundamentales de las personas sobre la base de una flexibilización en sus criterios de intervención sin ajustar su conducta a las situaciones establecidas en las leyes. Esto es, a escenarios distintos a los estrictamente vinculados al comienzo de ejecución de un delito.

Expresó que la Corte IDH ha dicho en su sentencia del caso *Bulacio v. Argentina* que, si bien “... *reconoce la existencia de la facultad, e incluso, la obligación del Estado de ‘garantizar su seguridad y mantener el orden público’, (...)* el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho ...” (Párrafo 124). Concretamente, en lo que hace a las facultades policiales de detención, “... *existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal) ...*” (Párrafo 125). Que cuando los efectivos policiales avanzan sobre la libertad ambulatoria de las personas sin que medien circunstancias objetivas

que resulten indicativas de que se está ante la comisión de un delito concreto, se estará ante una detención arbitraria, violatoria de derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 18 y 75, inc. 22, C.N.).

Destacó el CELS que cuando los efectivos policiales omiten detallar los motivos o circunstancias objetivas que los llevaron a detener a alguien sin orden judicial, se obstaculiza en gran medida el ejercicio del control judicial posterior. La Corte IDH estableció en el fallo citado que el control judicial constituye una *“... medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad (...), tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad.”* (Párrafo 129).

El CELS observó que la posibilidad de poner en discusión la legalidad o ilegalidad de una detención policial surge, generalmente, cuando a esta le siguió una requisita personal sin orden judicial de la que se obtuvo un resultado positivo o exitoso. Y aún en estos últimos casos, esta discusión es infructuosa, en la medida en que el hallazgo de evidencia constitutiva de delito, obstaculiza toda posibilidad de problematizar el procedimiento policial de origen. Esto, que tiene estricta vinculación a la discusión que nos convoca, implicaría el hallazgo de estupefacientes en poder de la persona cuando esta no se encontraba en situación de flagrante consumo en la vía pública. Entonces, lo que se registra a través de las prácticas, es que el resultado positivo del procedimiento tiende a generar que en instancias judiciales se convalide la actuación policial desde su origen. Cuando esto ocurre, no suele haber un



análisis sobre los motivos consignados en las actas, o su falta de explicitación por los efectivos policiales.

Por todos estos argumentos, el CELS consideró imprescindible que se exija el cumplimiento de los criterios fijados para proceder a la detención sin orden judicial de las personas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, lo que incluye el deber que pesa sobre el personal policial de consignar con el mayor nivel de detalle y precisión aquellas circunstancias que motivaron su intervención en primer lugar, para que sea posible un control judicial efectivo.

Finalmente, el CELS estimó que no resulta menor que los representantes del Ministerio Público Fiscal y los Jueces de Garantías del Departamento Judicial de Mar Del Plata que intervengan en el control de procedimientos policiales asuman la responsabilidad de analizar la legalidad o ilegalidad de las detenciones sin orden judicial que llegan a su conocimiento sobre la base de los criterios antes desarrollados.

El CELS recordó que la facultad policial de detención sin orden judicial aparece complementada por la circunstancia descrita en el inciso “c” del art. 15 de la Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Buenos Aires N° 13.482. Allí se indica que los efectivos policiales podrán limitar la libertad ambulatoria de las personas: *“Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que la acredita.”*

Que en 2012, el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires dictó la resolución nro. 2279/2012 por la cual se propuso afinar los criterios de intervención policial a la hora de detener personas sin orden judicial con fines identificatorios *“...con el objeto de menguar la posible vaguedad del texto legal...”*. Esta decisión también estuvo fundada en el respeto a los derechos fundamentales de las personas

reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, así como el precedente *Bulacio v. Argentina* de la Corte IDH.

El CELS interpretó que de este instrumento se extraen una serie de principios para una intervención policial respetuosa de los derechos humanos, cuyo conocimiento y cumplimiento resulta imprescindible impulsar y sostener. Así, la detención con fines identificatorios de la persona será excepcional. Una vez decidida, esta deberá adecuarse a los parámetros de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, mínima duración, respeto irrestricto a la ley y a los derechos humanos.

En su dictamen, el CELS evaluó que estos principios tienen un punto de contacto con la resolución de la Unidad Funcional de Estupefacientes que aquí se discute, ya que cuando el efectivo policial se encuentre ante una situación excepcional que amerite la identificación de la persona, podrá utilizar todos los medios materiales y tecnológicos disponibles para generar el menor impacto en los derechos fundamentales de las personas. Concretamente, se valoró el punto IV. a) del Protocolo que establece: *“La identificación podrá realizarse a través de la exhibición de DNI, cédula de identidad, pasaporte, certificado de documento en trámite, carnet de conducir, carnet de obra social, acta judicial o cualquier otro documento que acredite identidad. Asimismo, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles a tal fin.”*

Estimó el CELS que si bien este protocolo funciona como buen antecedente teórico para ajustar o afinar los términos en los que habrán de desplegar sus tareas las fuerzas policiales, se desconoce por completo el alcance de su efectividad o si siquiera fue aplicado en mayor o menor medida por el personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Si bien no pareciera plausible que una detención por



averiguación de identidad derive en una requisita personal sin orden judicial, sería de utilidad conocer si existe información que indique lo contrario. Para esto, el CELS entendió relevante que el juzgado solicite al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y al Ministerio Público Fiscal que informen cuántos de los procedimientos desarrollados en el territorio comprendido por el Departamento Judicial de Mar del Plata en los que se secuestraron estupefacientes y luego se formó I.P.P. (sin perjuicio de que estas fueran luego archivadas), iniciaron como detenciones con fines de identificación.

En cuanto a las requisas personales, el Centro de Estudios Legales y Sociales consideró que deben tenerse en cuenta las reglas fijadas por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Así, al igual que en el caso de las detenciones, la regla es que las requisas personales se practiquen “...*siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta, en su cuerpo, cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida se la invitará a exhibir el objeto de que se trate.*” (art. 225 CPP). La excepción para llevar adelante esta medida está prevista en el art. 294 del mismo Código y será ante urgencias y con inmediato aviso al Juez o al Tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal.

El CELS consideró que hay un aspecto de esta facultad policial que debe ser resaltada a la hora de delinear el despliegue policial al que refiere el protocolo de la Unidad Especial de Estupefacientes, que es la prohibición de que las requisas sean de carácter vejatorio. La requisita es un procedimiento muy común de las fuerzas de seguridad para el hallazgo de pruebas incriminatorias ante un delito flagrante, una sospecha objetiva debidamente justificada o un procedimiento de rutina aplicado sobre población en encierro para el control de elementos no autorizados. No obstante, la requisita constituye también una situación

en la que se pueden producir violaciones de derechos si el procedimiento no está debidamente justificado o si vulnera la integridad física y psicológica de las personas bajo el pretexto de garantizar la seguridad. Cuando se pone en tensión la facultad de acción en pos de garantizar la seguridad con las garantías fundamentales de las personas, debemos recordar que la facultad policial no es un derecho/deber irrestricto o ilimitado.

El CELS agregó:

- que la prueba existente, predominantemente relativa a personas detenidas de modo permanente en comisarías y establecimientos penitenciarios, evidencia la regularidad de requisas vejatorias, que constituyen una modalidad de violencia institucional (en los términos de la ley de la provincia de Buenos Aires 14.687).
- que las prácticas constatadas a nivel nacional refieren requisas vaginales o anales invasivas o efectuadas por personal no autorizado (las requisas en partes íntimas solo pueden ser implementadas por personal médico), flexiones y sentadillas (en particular a mujeres embarazadas), desnudo total, exposición prolongada a temperaturas extremas (frío o calor) y/o a la intemperie, exposición a personal que no debiera estar presente, o en espacios que carecen de privacidad, higiene, cantidad inadecuada de testigos autorizados, humillación verbal durante la requisa, requisa efectuada por personal de sexo distinto a la persona detenida, o sin respetar su preferencia de orientación sexual en el caso de la población trans. En particular, en los procedimientos relativos a drogas, se identificaron en expedientes y entrevistas casos de desnudos totales y en la vía pública, traslados a establecimientos ilegales (como hoteles



transitorios), agresiones verbales durante la requisa, ausencia de testigos imparciales, revisiones íntimas efectuadas por personal policial.

Por esos motivos, el CELS consideró propicio controlar y regular estas prácticas de acuerdo a los estándares internacionales, así como tener en cuenta los manuales y protocolos existentes, citando como ejemplo el manual para requisas a personas trans en cárceles federales diseñado por la Defensoría General de La Nación.

En igual sentido, estimó indispensable que el Poder Ejecutivo Provincial arbitre todas las medidas tecnológicas que estén a su alcance para cumplir con lo resuelto por el Fiscal General Marplatense, pero, además, para garantizar el efectivo y pleno goce de los derechos a la dignidad y a la intimidad de las personas (art. 11 CADH; y art. 17 PIDCyP), así como el derecho a la no discriminación e igualdad ante la ley (art. 19 C.N.; arts. 1.2. y 24 CADH; y arts. 3 y 26 PIDCyP).

Otra cuestión que el CELS consideró que merece ser abordada en miras a mejorar el protocolo dictado por la Unidad Fiscal de Estupefacientes, es la importancia de receptar aquellas reglas vinculadas a los colectivos vulnerables que, por el momento, aparecen omitidas por completo.

En este punto el CELS estimó que resulta fundamental pensar en las interseccionalidades que pueden darse sobre trabajadoras sexuales, personas trans y jóvenes en situación de calle, que son el principal foco de detención policial según destacan las estadísticas y la información relevada en entrevistas a funcionarios judiciales, plasmada en el último informe anual. Además, migrantes, usuarios del sistema de salud mental, y los niños, niñas y adolescentes, son colectivos específicos que deben ser tenidos en cuenta a la hora establecer pautas de intervención.

Que se debe respetar la privacidad y la integridad sexual de las personas. En este sentido, el personal de las fuerzas siempre deberá priorizar las técnicas disuasivas y preventivas y en ningún caso podrán realizar la evaluación de riesgo en la salud de la persona afectada. Esto último quedará exclusivamente a cargo del sistema de salud.

En lo que respecta al colectivo de personas trans, el CELS consideró importante destacar que los contextos de detención se dan con un exacerbado uso de la violencia a través de requisas anales y la desnudez forzada en la vía pública al momento de las aprehensiones policiales. Estas prácticas están completamente normalizadas y suelen ser avaladas por el sistema de justicia.

En su presentación, el CELS recordó que la República Argentina sancionó en el año 2012 la ley n° 26.743 de Identidad de Género. Esta normativa implica un reconocimiento formal de derechos para personas trans y travestis, y representa un marco para el desarrollo de políticas públicas que habiliten y garanticen el acceso integral a derechos sin discriminación alguna. Es por ello que a la hora de establecer un protocolo de intervención policial deben extenderse pautas específicas que protejan los derechos de las personas trans y travestis.

Por otra parte, el CELS abordó algunas cuestiones vinculadas a la implementación de la regla fijada en su punto 2, que establece que no se trasladará ni a la persona ni a los testigos del procedimiento a la comisaría sino que el procedimiento se hará en el lugar del secuestro, que es el mismo lugar donde se labrará el acta correspondiente.

Que en 2007 el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires dictó una resolución por la que se buscó implementar un software denominado “Sistema de Información Delictual” (S.I.D.). Entre sus considerandos, estableció que “... dicho aplicativo constituye una herramienta indispensable para sistematizar el registro de denuncias,



de actas de procedimientos, la confección de diligencias a la justicia, el cálculo estadístico, como así también la integración con otros sistemas y bases de datos actuales de esta jurisdicción, tales como capturas, secuestros varios, automotores, entre otros...".

Que posteriormente, a fines de noviembre de 2019, el mismo Ministerio de Seguridad dictó la resolución 1496/2019 por la que aprobó el convenio específico nro. 3 con el Ministerio Público para la integración de los sistemas S.I.D. y el denominado "S.I.M.P." (Sistema Informático del Ministerio Público). De la cláusula primera del convenio surge que este tiene por objeto *"establecer las condiciones técnicas en las que se llevará a cabo la integración"* entre los sistemas. Luego, en la cláusula cuarta se estableció que *"las partes adoptarán las medidas técnicas que resulten necesarias para garantizar que la integración informática se erija en todo momento como un instrumento eficaz para alcanzar sus objetivos de política criminal."*

Sostuvo el CELS que uno de los motivos que llevó a la presentación del Hábeas Corpus a raíz del cual se dio inicio a este proceso es, justamente, que la falta de adopción de medidas técnicas para la utilización de este sistema integrado llevó a que se produzcan traslados a la sede policial, en contra de la regla fijada por el punto 2 de la resolución de la Unidad Funcional de Estupefacientes del Departamento Judicial de Mar del Plata.

Que el Fiscal General de Mar del Plata definió, como parte de su política criminal, tratar con ciertos recaudos aquellos casos de detención por hechos vinculados a la tenencia de estupefacientes cuando, por sus cantidades y circunstancias, se presume que responde al consumo personal. Para estos supuestos, decidió definir su propio margen de actuación, bajo el principio de criterio de oportunidad y, consecuentemente, fijar pautas de acción para que las fuerzas

policiales regulen el ejercicio de sus facultades en esos contextos.

Afirmó el CELS que este tratamiento responde a la idea de que las conductas allí descritas no son consideradas jurídico-penalmente relevantes, lo que incluso se confirma por el hecho de que una vez ingresada la I.P.P. a la fiscalía de turno, ésta sea archivada. Evaluó que esta postura coincide plenamente con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Arriola*” del 2009.

El CELS 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.

Estimó que en este contexto, 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, sometidos a procedimientos policiales de estas características. En ese sentido, concluye que el efectivo traslado a una sede policial de quien, según los lineamientos del Fiscal General, no incurrió en delito, **presupone una evidente violación al derecho a la libertad ambulatoria de las personas** (Conf. arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Afirmó el CELS que es imprescindible tener en cuenta, para un correcto análisis de la situación, lo fijado por la Corte IDH en otro de los precedentes en los que declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la realización de detenciones arbitrarias. Se trata



del caso *Torres Millacura v. Argentina*. Allí, la Corte IDH sostuvo que *“... El artículo 7 de la Convención consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.”* (Párrafo 71).

Que en consonancia con esto, los estándares más importantes en materia de detenciones policiales fijados por la Corte IDH aparecen plasmados en los párrafos 76 y 77 de la sentencia antes mencionada. Así, del primer párrafo surge la definición de que cualquier detención, aun aquellas que se consideren o sostengan como meras *“demoras”* en virtud de su brevedad, constituye una privación de libertad, por lo que su realización debe estar ajustada a la letra de la CADH y de las leyes internas. En cuanto al párrafo 77, este agrega que *“... el artículo 7.3 de la Convención Americana establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”; y que, “ ... la Corte ha establecido en otras oportunidades que: nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”*

Sobre esto último, afirmó el CELS que, a partir de los lineamientos fijados por la Fiscalía General en el punto 2 de su resolución, el traslado al establecimiento policial deviene irrazonable, imprevisible y falta de proporcionalidad, aun cuando repose en la falta de medios

técnicos que permitan compatibilizar aquella resolución con el posterior convenio inter-ministerios.

El CELS consideró imprescindible que se arbitren todos los medios tecnológicos o artesanales, como ser planillas escritas cuya información luego sea volcada por el propio personal policial interviniente en los sistemas informáticos instalados en las computadoras de las comisarías, para garantizar el efectivo cumplimiento del principio de mínima injerencia en la libertad ambulatoria en los supuestos que el Fiscal General estableció como amparados por su resolución.

Dictaminó el CELS que la importancia de resolver esta incompatibilidad radica en que dejar de lado la observancia de las reglas que rigen la facultad policial para detener y requisar sin orden judicial, favorece escenarios de arbitrariedad, discrecionalidad, discriminación y abuso policial. Así lo dijo la Corte IDH en el precedente *“Torres Millacura v. Argentina”* de 2011, en los párrafos 69 y 70. En este último dijo que: *“... con la finalidad de mantener la seguridad y el orden público, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”*.

El CELS destacó la necesidad de desarrollar políticas de drogas con un enfoque alternativo al prohibicionismo. Afirmó que la *“guerra contra el narcotráfico”* tiene en el mundo sobradas evidencias sobre su



capacidad de reproducir violencias y afectaciones a derechos humanos y sobre su ineficacia para disminuir los consumos de sustancias ilegalizadas y desactivar las estructuras comerciales y criminales del narcotráfico.

Recordó el CELS que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace más de diez años sentenció que la criminalización y punición de la tenencia para consumo personal es inconstitucional; puso en evidencia la necesidad de reorientar la política criminal, y dejar de detener a consumidores con la falsa premisa de que ello permite ascender en la investigación de organizaciones más complejas; y además, señaló que la criminalización del consumo representa un obstáculo en el acceso a la salud para les consumidores problemáticos. De esta manera el fallo evidenció los defectos de los que adolece el enfoque prohibicionista y exhortó a generar políticas de drogas alternativas.

El CELS destacó que con el aval de la *“guerra contra el narcotráfico”*, la ley de drogas es utilizada como una herramienta para desplegar un control poblacional que recae sobre sectores específicos. Así, la criminalización de usuaries se extiende centralmente sobre jóvenes de sectores populares, mujeres y personas trans que ejercen la prostitución en la calle, personas en situación de calle, como poblaciones objetivo de la persecución policial. Estas detenciones pueden darse en casos de flagrancia, pero también imperan las que se dan como actuaciones de prevención que no son más que formas de enmascarar detenciones arbitrarias con un claro sesgo de selectividad penal.

Finalmente el CELS evaluó que la resolución propuesta por la Unidad Funcional de Estupefacientes representa un ejemplo de iniciativa alternativa al modelo prohibicionista extremo, por ello resulta fundamental que la operativización de un sistema unificado y digital de

carga de datos - que también resulta una acción clave en términos de política criminal- no entorpezca el espíritu de efectivizar la regla de mínima injerencia y limitación a la libertad ambulatoria de las personas con tenencia para consumo personal de estupefacientes.

3.3. Argumentos jurídicos aportados por la Comisión Provincial por la Memoria (CPM).

Adolfo Peirez Esquivel y Roberto Felix Cipriano Garcia, Presidente y Secretario respectivamente de la Comisión Provincial por la Memoria, en su carácter de Mecanismo Local de Prevención de la Tortura, conforme lo previsto en el artículo 22, inciso h, de la ley nacional 26.827 que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, con el patrocinio letrado del Coordinador del Área de Justicia y de Seguridad Democrática de la CPM, Dr. Rodrigo Pomares, se presentaron con fecha 24 de julio de 2020 como "*amicus curiae*" con el fin de brindar argumentos de relevancia para el desarrollo de la presente causa y su posterior sentencia.

Destacó la CPM que la lucha contra el narcotráfico en tanto "batalla o combate contra las drogas" en un aspecto y "flagelo" en otro, se instituyó así, en objetivo prioritario de los esfuerzos gubernamentales, que se comunicaron a la población por medio de un concepto que permite una pluralidad de significados, y por tanto ambiguo, vago y sumamente variable.

Que de tal manera, por una parte se propusieron políticas públicas represivas y prohibicionistas para contrarrestar la denominada "cuestión narco", y por el otro se naturalizaban las consecuencias de esta problemática, deshistorizando las particularidades y condiciones del fenómeno



utilizando el término “flagelo” que remite a una situación de castigo o penalidad indiscernible, y no a una problemática social compleja, aunque pasible de ser investigada, estudiada y diagnosticada rigurosamente.

Afirmó la CPM que la “cuestión narco” entonces, remite -y actualiza permanentemente- a un peligro imponderable (el flagelo), habilita una “guerra” difusa contra un enemigo nunca concreto e identificable (las drogas), pero que también se constituye en una máquina traductora del paradigma prohibicionista y represivo para sustentar, argumentar y comunicar toda clase de acciones de gobierno, desde la “declaración de emergencia en seguridad pública” a través de un decreto del PEN, hasta el auspicio institucional claramente transnacional”.

Que la cuestión narco remite a un Estado sin capacidad de dar respuesta (“...satisfactoria a las demandas sociales de mayor seguridad”), por ello, la situación configurada se impone como apremiante y crítica (la CSJN, mediante acordada No 28/15 ha brindado un claro panorama de la acuciante situación en la que se encuentra la sociedad argentina, la que se traduce en un verdadero estado de emergencia en seguridad, se cita en los considerandos del decreto No 228/16), lo que habilita, casi naturalmente, en la economía discursiva del argumento, la “necesaria y categórica” respuesta que asume el paradigma represivo y prohibicionista como política eficaz, aún cuando dicho abordaje se encuentra bajo serios cuestionamientos a nivel internacional.

Agregó la CPM que la “emergencia de la seguridad pública” se transforma así en causa y efecto de nuevas técnicas de investigación destinadas a las fuerzas de seguridad y modificaciones procedimentales al Código Procesal Penal.

Consideró que la “emergencia de la seguridad pública” declarada por

medio del Decreto N° 228/16, se justificó mediante la apelación a elementos y conceptos que se refuerzan entre sí, diagramando una manera circular de presentar la problemática que se buscaba contrarrestar, a partir de lo que se denominó “cuestión narco”. Afirmó la CPM que los actores institucionales y de la sociedad civil que auspician este tipo de políticas para abordar la problemática de las drogas encuentran (y refuerzan) entre ellos mismos la confirmación de la “acuciante situación” y de una “realidad apremiante”, en las definiciones operacionales que establecen acerca del fenómeno. En este sentido, destacó que el “Consejo de Seguridad Interior” integrado por representantes del gobierno nacional, las provincias, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires y miembros de las fuerzas policiales y de seguridad, aprobó por unanimidad en la reunión del 17 de diciembre de 2015 declarar la “emergencia de seguridad pública”.

Subrayó la CPM que los actos denunciados en la acción de habeas corpus interpuesta constituyen prácticas ilegales e ilegítimas que lesionan, restringen, alteran y amenazan con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los derechos humanos de las personas usuarias de drogas o tenedoras de estupefacientes para consumo personal.

Destacó la CPM que los hechos denunciados por los accionantes, y que justifican plenamente la acción de habeas corpus preventivo y colectivo interpuesta, han sido suficientemente documentados en los informes de organismos como la CPM, CELS y otras organizaciones de la sociedad civil, pero también por los órganos internacionales que velan por el cumplimiento de los tratados que la República Argentina ha ratificado y tienen jerarquía constitucional. De tal manera, las detenciones arbitrarias llevadas adelante por las fuerzas de seguridad y policiales de acuerdo a ciertos perfilamientos (aparición física, aspecto o vestimenta, rasgos particulares transformados en estereotipos),



detenciones sin orden ni control judicial, persecución sistemática a usuarios o tenedores de estupefacientes para uso personal y un dispendio ingente de recursos valiosos de diversos dispositivos y órganos estatales orientados exclusivamente a perseguir a usuarios y en transformar cada actuación de la policía en la vía pública en una investigación formal, constituyen el corolario de una política criminal y represiva justificada exclusivamente en el paradigma prohibicionista y de “guerra contra las drogas”.

Recordó la CPM que el Comité de Derechos Humanos difundió en agosto de 2016 las “Observaciones Finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina”, donde reiteró su preocupación por las “detenciones para averiguación” (Parr. 17): “El comité reitera su preocupación por la normativa y prácticas de la policía para detener a personas con el objeto de averiguar su identidad sin orden judicial anterior y por un largo período de tiempo, sin que la persona detenida sea llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer control judicial (art. 9)” y luego insta al Estado parte (a) “tomar todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas, con el fin de combatir eficazmente las detenciones no vinculadas a la comisión de un delito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto.” (Parr. 18).

Remarcó la CPM que dadas las amplias facultades de las policías y las fuerzas de seguridad para detener personas con criterios discriminatorios o ciertos perfilamientos (apariencia física, aspecto o vestimenta, rasgos particulares transformados en estereotipos), y las recomendaciones que ha realizado al Estado argentino el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, se impone la necesidad de que se diseñe un consistente protocolo de actuación para las policías y fuerzas de seguridad.

Indicó que el protocolo debe tener como objetivo consolidar patrones prácticos de referencia para orientar la conducta funcional de los miembros de las fuerzas de seguridad y policiales cuando deban interactuar con personas usuarias de drogas o que sufran algún tipo de consumo problemático, de acuerdo a un enfoque de derechos humanos, con perspectiva de género y que reconozca como prioritario el abordaje de la salud de las personas involucradas y el modelo de reducción de daños, según las perspectivas incorporadas por la Ley de Salud Mental N° 26.657 y de creación del Plan para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP), N° 26.934.

Recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Arriola” dispuso: “Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”. Además, en el momento de decidir el alcance, características y propósitos de la intervención de las fuerzas de seguridad y policiales sobre personas usuarias de drogas, y que sufren consumo problemático de sustancias, es determinante tener presente que la declaración de inconstitucionalidad resuelta por la CSJN, tiene como fundamento proteger la privacidad de las personas adultas para decidir cuál es su conducta y en el caso, si desean tener o consumir drogas. De tal manera, el criterio fijado consiste en lo siguiente:

- a) Cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea sin que el Estado pueda intervenir en ese ámbito (Art 19 CN);
- b) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no



ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad;

- c) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes o derechos de terceros.

Afirmó la CPM que es crucial que se ubique a las personas en el centro de las preocupaciones y problemáticas a abordar a través del protocolo que se diseña, y no se desplacen los esfuerzos a orientar medidas y acciones centradas en los estupefacientes y las formas de objetivizar sustancias, elementos y rasgos característicos del uso de drogas.

Que entre los principios a considerar para estructurar, organizar y definir la intervención de las fuerzas de seguridad y policiales, deben señalarse:

- Principio “pro homine”. Considerado como estándar de interpretación por la CSJN en el Fallo “Arriola” (Cons. 23°): “De acuerdo con el artículo 5° del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así, cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido”.
- Principio de “Lesividad”. También mencionado por la CSJN en el fallo “Arriola” (Considerando 20°), cuando se refutan los argumentos que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que éste se transforme en autor o participe de una gama innominada de delitos, por contradecir el

estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

- Principio de “Proporcionalidad”. Es necesario establecer una relación adecuada y respetuosa de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos entre la limitación que se impondrá al ejercicio de los derechos y a la intangibilidad de las garantías con la necesidad de preservar bienes jurídicos colectivos (bien común, orden público, utilidad pública, salubridad pública e intereses nacionales) (Considerando 21°, fallo “Arriola”, CSJN).
- Principio de “Razonabilidad”. Es necesario que los medios que se establezcan para la consecución de los fines dispuestos no frustren los objetivos perseguidos, ni resulten en consecuencias más graves por su utilización, y tampoco generen nuevos problemas que los que deba atenderse.
- Principio de “Necesidad”. La intervención que se establezca debe ser estrictamente necesaria para el desarrollo eficaz de las tareas desplegadas, de acuerdo a los objetivos establecidos.
- Principio de “Mínima Intervención”. La intervención desplegada debe ser discreta, respetuosa y estrictamente encuadrada en la legislación vigente. De acuerdo a este principio debe interpretarse y valorarse como excepcionalísima la posibilidad de realizar una requisita personal, lo que sólo será posible de acuerdo al temperamento del órgano judicial competente, debidamente notificado y enterado de la situación, por parte de las policías o fuerzas de seguridad.
- Principio de “Mínima Duración”. La intervención desplegada debe extenderse durante el mínimo tiempo requerido para cumplir con los propósitos establecidos y no podrá extenderse



bajo ningún motivo para justificar otras medidas, acciones o tareas que supongan limitaciones a los derechos y garantías de las personas involucradas. Este principio debe tenerse presente e interpretarse como un límite concreto a la posibilidad de que se traslade a las personas a dependencias policiales o de fuerzas de seguridad. El traslado de personas interceptadas en la vía pública a comisarías u otras dependencias implica en sí misma una afectación de derechos (por los aciagos marcos que suelen configurarse en esas circunstancias para la vigencia de los derechos humanos y las gravísimas condiciones de detención que se verifican en los ámbitos de encierro) que debe evitarse por todos los medios posibles.

En opinión de la CPM el procedimiento que se establezca en el protocolo de actuación policial debe considerar las previsiones de:

- la Ley 13.482 (Unificación de las Normas de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires).
- ley 13.982 (Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, que incorporó el “Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley”, aprobado por la Resolución 34/169 de las Naciones Unidas).
- ley 26.743 de Identidad de Género.
- leyes 26.657 de Salud Mental y 26.934 de Creación del Plan para el Abordaje de los Consumos Problemáticos (Plan IACOP)

En igual sentido subrayó la CPM que deberían atenderse especialmente las recomendaciones que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria realizó al Gobierno de la Argentina en su informe acerca de su misión al país en el mes de mayo de 2017, y las medidas del Comité contra la Tortura en sus *“Observaciones finales sobre el quinto y sexto*

informe conjunto periódico de Argentina”, a través de las cuales insta al Estado a tomar medidas para contrarrestar la violencia policial y las detenciones y malos tratos por motivos de discriminación.

Por último, la CPM consideró relevantes las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su informe (distribuido el 10/07/15; A/HRC/30/36) al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde analiza cuestiones relacionadas con la detención en el contexto de la fiscalización de las drogas y con las protestas pacíficas y la detención arbitraria, y pone de relieve la necesidad de remedios jurídicos contra la detención arbitraria, como norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos.

3.4. Argumentos jurídicos presentados por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) – Regional Mar del Plata y la Asociación Civil Centro Encuentro Desarrollo Integración Regional (CEDIR).-

María Susana Nudelman, presidenta de la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) – Regional Mar del Plata y Andrés Murad, presidente de la Asociación Civil Centro Encuentro Desarrollo Integración Regional (CEDIR), ambos con el patrocinio letrado del abogado Marcos Adrián Bouzas, se presentaron con fecha 14 de julio de 2020 en carácter de *amicus curiae* a instancias del accionante, con el objeto de presentar argumentos que estimaron relevantes para la resolución del Habeas Corpus.

Luego de describir la situación de los barrios populares de la ciudad de Mar del Plata, destacaron que “las medidas cada vez más punitivas, asociadas con la arbitrariedad, la ineficacia y una imposición violenta de la ley, contribuyen aún más a estigmatizar a los jóvenes pobres y al



aumento de la violencia”.

Afirmaron que el consumo problemático es una temática que requiere de una respuesta por parte del sistema asistencial y sanitario y no del punitivo. Que vincular a los jóvenes al sistema penal implica alejarlos aún más de posibilidades educativas, formativas, laborales y/o recreativas, reforzando la identificación negativa de los mismos por parte de la sociedad.

Finalmente, consideraron que resulta esencial generar actuaciones en las políticas gubernamentales contra el crimen organizado, para que éstas no impliquen una violación de los Derechos Humanos en la población. Destacaron que en las últimas décadas se ha avanzado en las discusiones regionales y globales que cuestionan las actuales políticas de drogas, notando que las mismas generan un importante impacto negativo en materia de Derechos Humanos.

4. Prueba producida.

4.1. Se incorporó al legajo el instructivo elaborado el día 2 de enero de 2015 por la agente fiscal Daniela Ledesma, en cumplimiento a lo dispuesto en el punto 3 de la Instrucción General nro. 05/14 que sigue las políticas institucionales fijadas oportunamente por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a través del documento: “*Estrategia de implementación de la ley 26.052*”, por entonces a cargo en forma exclusiva de la Fiscalía de Estupefacientes, destinado a orientar la actividad policial en caso de que se proceda al secuestro de material que, por las circunstancias y su escasa cantidad, surja inequívocamente que su tenencia es para exclusivo consumo personal.

Se indica en dicho protocolo:

“1. El personal abocado a tareas de prevención en relación a la Ley

23.737 deberá contar con reactivos y balanza a fin de determinar cualitativa y cuantitativamente el material secuestrado.

En caso que de dicha circunstancia surja de forma imprevista, cada dependencia deberá tener a disposición una guardia a fin de acercarse al lugar del secuestro los elementos mencionados.

2. 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.

3. Se labrará un "acta de secuestro" en el que consignará:

a. lugar.

b. fecha.

c. personal abocado al operativo y características del mismo.

d. circunstancias del secuestro de la sustancia.

e. resultados del test de orientación y pesaje.

f. datos personales completos de la persona a la que se le secuestre el material infractorio.

g. datos personales de la persona que oficie como testigo.

h. disposición del material en sobre cerrado firmado por todos los intervinientes, referenciado y adjuntado al acta.

4. A la persona en cuyo poder se haya encontrado material infractorio no se lo notificará del art. 60 CPPBA (causa n° 9080 "Arriola, Sebastián y otros", CSJN 25/08/2009).

5. La misma será notificada de la existencia de las estructuras públicas que tienen por fin la debida orientación de quienes resulten víctimas de este tipo de adicciones: Subsecretaría de Salud Mental y de Adicciones de la Provincia de Buenos Aires (CPA) y Servicio Municipal de Atención de Adicciones (SEMDA), lo que también será consignado en el acta.

6. Las actas de secuestros con los respectivos sobres conteniendo la sustancia estupefaciente será remitida a la Fiscalía temática al



siguiente día hábil, quién llevará un registro sobre los mismos.

7. Lo dicho anteriormente no exime al personal policial de realizar la correspondiente comunicación a la Fiscalía en forma inmediata y telefónica a fin de determinar el procedimiento a seguir en cada uno de los casos particulares”.

En el instructivo se acompaña una tabla orientada a clarificar las cantidades marco para distinguir indiciariamente la tenencia para consumo personal de la tenencia para suministro a terceros.

Se indica en ese archivo anexo:

- Marihuana (hojas, semillas y flores). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 50 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 50 gramos.
- Marihuana (plantas). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 3 plantas.
- Clorhidrato de cocaína. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 5 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos.
- Pasta base, “paco”, “crack”, pasta cruda, cualquier derivado de la producción de cocaína apto para fumar o inhalar. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 10 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos.

- MDMA, METH (éxtasis, síntesis de éxtasis). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 0,5 gramos o 3 pastillas. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 3 pastillas.
- Anfetaminas. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 3 gramos o 5 pastillas. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos o 5 pastillas.
- LSD. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 0,150 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: cualquier cantidad de sustancia que contenga hasta 0,150 gramos de LSD.
- Barbitúricos. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 20 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 20 gramos.
- Opioides. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta equivalente a 1 gramo de morfina. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta equivalente a 1 gramo de morfina.



4.2. Tomando en consideración lo expresado en la audiencia en cuanto al cambio de política que ahora obliga al traslado a la Comisaría de aquellas personas que sean detectadas con material considerado “estupefaciente para tenencia personal” con el objeto de confeccionar las actas de procedimiento, solicité al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires la resolución de marzo de 2019, por la cual se ordena la informatización de las actas policiales (arts. 405, 413 y concordantes del CPPBA).”

Ana María Lafforgue, Jefa de Departamento de la Dirección de Despacho, Protocolo, Registro y Mesa de Entradas del Ministerio de Seguridad, respondió: “habiéndose realizado una compulsa en los registros pertinentes, con los datos aportados, no se ha constatado acto administrativo que guarde relación a lo solicitado” (p. 97).

4.3. Se libró oficio al Ministerio de Seguridad y al Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires para que informen cuántos de los procedimientos desarrollados en el territorio comprendido por el Departamento Judicial de Mar del Plata en los que se secuestraron estupefacientes y se formó I.P.P., iniciaron como detenciones con fines de identificación.

En igual sentido, se requirió información al Ministerio de Seguridad para que informe la cantidad total de personas aprehendidas por las policías provinciales por delitos de drogas en el Departamento Judicial de Mar del Plata en 2018 y 2019, y especifique el subuniverso de personas detenidas por consumo en la misma jurisdicción y para los mismos años.

El comisario mayor Diego Diaz Aguirre, Director de Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas y Crimen Organizado de Mar del Plata informó el 15 de septiembre de

2020 que: “conforme el Instructivo General nro. 05/14 emitido por la Fiscalía General de Cámaras y Garantías en lo Penal de Mar del Plata no se realizan detenciones con el fin de identificación” (p. 235)

Además, el funcionario indicó: “el procedimiento llevado a cabo en caso de encontrarse la persona poseyendo material estupefaciente para consumo (pocas cantidades) es labrar acta en el lugar, acompañada con pesaje y reactivo, la cual es rubricada por el interceptado, no conduciendo en ningún momento a [la] dependencia la persona, como así tampoco se lo notifica de la formación de causa (art. 60 CPPBA), secuestrando [la] sustancia y notificándose [en el] momento de los lugares adecuados para la trata de adicciones”.

En relación a la cantidad de personas aprehendidas, se respondió: “esta delegación no realizó aprehensiones por consumo, no obstante se efectuaron 3 aprehensiones (todas ellas durante el año 2018) en las cuales se iniciaron actuaciones penales en razón de secuestrar material estupefaciente, los cuales a continuación se detallan:

- Fecha 28/01/2018 SIMOLYN, Nicolás, secuestro de marihuana y cocaína, alojado en Unidad Penal 44 de Batán.
- Fecha 12/2/2018 BELLORIN GARCIA, Omar, secuestro de marihuana, quetamina y cocaína, alojado Unidad Penal 44 Batán.
- Fecha 28/11/2018 GIL, Matías Adrián, secuestro de marihuana y cocaína, libertad a tenor del art. 161 CPP.

Actuaciones estas que fueron avaladas y ordenadas por la Fiscalía de Estupefacientes de ésta ciudad en razón a la cantidad de material estupefaciente secuestrado en cada caso”.

Finalmente, Francisco Pont Vergés, Secretario de Política Criminal, Coordinación Fiscal e Instrucción Penal de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, respondió



el 21 de agosto de 2020: “no contamos en ésta Procuración con la información solicitada, toda vez que no forma se trata (sic) de una variable que se releve por sistema” (p. 231).

5. Admisibilidad del Habeas Corpus preventivo colectivo.

5.1. Acción colectiva.

La presente acción ha sido deducida como Habeas Corpus Colectivo por Gabriel Alejandro Díaz, presidente de la Comisión de la Agrupación Marplatense de Cannabicultores Asociación Civil.

Participo de la opinión que ha desarrollado Gargarella en punto a que los jueces “no sólo **se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades, sino que además poseen una diversidad de herramientas a su disposición, capaces de facilitar esa tarea y hacerlo de un modo respetuoso de la autoridad democrática**, asumiendo un rol protagónico del diálogo democrático” (Gargarella, Roberto “Justicia y Derechos Sociales: lo que no dice el argumento democrático” en “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Tomo 2, p. 969, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008).

Tengo para mi que la función jurisdiccional **no puede legitimar la profundización** de lo que Rivera Beiras denomina “**la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría**”, por lo que debe promoverse una instancia judicial que sirva para **disminuir los efectos negativos del sistema penal y hacer penetrar en ella los principios del garantismo penal** (Rivera Beiras, Iñaki “La cárcel y el sistema penal”, p. 66, Cuadernos de Criminología 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005)

En esta línea de acción, el 3 de mayo de 2005 se generó un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, al emitir sentencia en el fallo “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus” (causa V. 856. XXXVIII)

Más allá de las múltiples cuestiones de interés emergentes de dicho pronunciamiento, deseo destacar a los fines de la presente acción, que aquel precedente significó **el reconocimiento expreso de que el modelo procesal clásico fallaba**, en razón de encontrarse previsto en forma restringida para el análisis de situaciones individuales, que aún en caso de ser reparadas por vía judicial, **no lograba la finalidad de modificar estructuralmente coyunturas violatorias de derechos fundamentales.**

Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento citado: *“16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el Hábeas Corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párr. 2, 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 a acotar su tutela sino para privilegiarla”.-*

5.2. Litigio estratégico.

La herramienta legal utilizada por la Agrupación Marplatense de Cannabicultores (Habeas Corpus Colectivo) nos presenta un escenario de **litigio estratégico**, clave en los sistemas modernos de administración de justicia, de modo que los objetivos alcanzados van más allá de los cambios logrados a través de las disputas entre particulares, pues **crea una nueva visibilidad para los grupos humanos menos favorecidos así como estimula la búsqueda de la realización del derecho**; en este sentido, las movilizaciones logran en



el plano público un reconocimiento, pues los casos emblemáticos permiten fijar posiciones, romper paradigmas y alcanzar soluciones para colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad (*“El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”*, Ana Milena Coral Díaz, Beatriz Londoño Toro y Lina Marcela Muñoz Avila, Universitas, Bogotá, Colombia, N° 121: 49-76, julio-diciembre de 2010)

En este sentido, es fundamental el aporte que en nuestro país ha brindado el **Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)**, que al incorporar la idea de litigio mediante distintas causas judiciales, permitió **develar y exponer patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan los derechos humanos**. Pero también generar una herramienta útil para promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se activa a partir del reclamo de los grupos afectados (*“La lucha por el Derecho. Litigio estratégico y Derechos Humanos”*, CELS, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008).

El Juzgado de Garantías a mi **cargo ya ha admitido la herramienta del litigio estratégico mediante Habeas Corpus colectivo en anteriores acciones judiciales.**

Menciono en ese sentido, tres precedentes de relevancia: causa nro. 1925/2008 “Habeas Corpus colectivo interpuesto por la Defensoría General en relación a los internos alojados en la Unidad Penal 44 de Batán” resuelta el 15 de septiembre de 2008; causa nro. 5/2014 “Comisión Provincial por la Memoria s/ Habeas Corpus Colectivo”, resuelta el 27 de julio de 2014; causa nro. 61/2015 “Habeas Corpus colectivo articulado por la Defensora General Dra. Cecilia Boeri a favor de la población carcelaria alojada en el complejo penitenciario Batán”, resuelta el 30 de diciembre de 2015

5.3. Parámetros para una acción colectiva.

A partir del reconocimiento del Hábeas Corpus preventivo planteado de manera colectiva como forma de proteger los derechos básicos de las personas usuarias de sustancias calificadas por la ley como “estupefacientes”, la pregunta subsiguiente es ¿en qué supuestos la privación de libertad reúne las características de una violación de incidencia colectiva en los términos del art. 43 CN?

Cristian Courtis brinda **dos parámetros útiles para identificar las situaciones que demandan remedios colectivos: la indivisibilidad del remedio y las razones de escala** (Courtis, Cristian “El caso ‘Verbitsky’. ¿Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?, “Colapso del sistema carcelario, CELS, siglo XXI editores, Buenos Aires, 2005).

La indivisibilidad del remedio está dada por el **beneficio colectivo a un grupo de personas, no admitiendo su distribución en partes**, lo que en el caso que nos ocupa se plasma en forma evidente: establecer estándares predeterminados para el respetuoso tratamiento de las personas usuarias de sustancias conlleva **resultados positivos para todo el grupo de consumidores que se encuentra expuesto a la discrecionalidad y al abuso policial**.

Las razones de escala se configuran cuando **la solución individual resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones *ad hoc* a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva**.

Este parámetro también aparece plasmado en la situación traída a conocimiento, dada la pretensión de modificar **aspectos vinculados al ejercicio de los derechos y a las restricciones de la libertad ambulatoria** para un conjunto de la población.



A estos parámetros podríamos agregar un **tercer elemento que justifica la admisibilidad de la vía articulada**: existen serias razones de **economía procesal** que hacen preferible tratar la cuestión del trato de la policía con los usuarios de sustancias **en una misma acción**.

Este argumento fue debidamente expuesto por Emilio García Méndez y Laura Musa, en su carácter de Presidente y Vicepresidente de la Fundación Sur respectivamente, al interponer un Habeas Corpus colectivo a favor de menores privados de su libertad, remarcándose en dicha oportunidad que “por un lado, dado el carácter colectivo del remedio solicitado, corresponde que la orden judicial dirigida al Poder Ejecutivo para dar solución a la cuestión planteada **provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad de la situación**; por otro lado, dada la gravedad y urgencia de la situación denunciada, **la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto, así como la existencia de decisiones contradictorias**” (*causa n° 7537 caratulada “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación, resuelta el 11.12.2007 por la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal*).

En consecuencia, **estimo admisible la Acción de Habeas Corpus colectivo preventivo** con relación a la regulación de estándares de legalidad sobre los procedimientos policiales en materia de tenencia de estupefacientes orientados al consumo personal en el Departamento Judicial Mar del Plata.

6. Delimitación del objeto del Hábeas Corpus.

6.1. El “problema de la droga”.

El paradigma básico sobre el cual se construyó “*el problema de la droga*” fue el del prohibicionismo, es decir el **control social punitivo de**

determinadas sustancias que ingresan en la categoría “estupefacientes” con el objeto de prohibir su cultivo, comercialización y consumo.

Ese paradigma convencional tiene su génesis el 9 de marzo de 1909 con la Conferencia de Shangai Contra el Opio, primer paso para controlar el fenómeno de las drogas.

Rafael Pardo remarca que **el régimen convencional presenta una serie de anomalías**, varias de las cuales se vinculan con el sistema penal:

- La clasificación de drogas prohibidas incluye sustancias que tienen usos no psicoactivos y no incluye otras que sí los tienen.
- Enfatiza en la prohibición de sustancias de origen vegetal y descuida aquellas de fabricación química.
- Criminaliza los usos médicos y terapéuticos de sustancias prohibidas.
- La racionalidad de la política basada en atacar la oferta y dismantelar la producción en la fuente para elevar el precio al consumidor no funciona.
- La política policial internacional de perseguir a los jefes de los grupos de traficantes, extraditarlos y aplicarles máximas penas, destruyendo las multinacionales de crimen organizado dedicadas al narcotráfico no ha resuelto el problema. La cabeza de una organización es reemplazada por otra persona o por otra organización criminal.
- La militarización como fórmula para combatir las mafias y la producción se ha mostrado ineficaz en donde se ha aplicado.
- La amenaza de la extradición y de las penas extremas de prisión por tráfico de drogas no ha disuadido a otros



delincuentes para que no sigan el camino de los ya extraditados y condenados.

- La política de negociación de penas para desvertebrar organizaciones criminales tampoco ha desmontado la capacidad de generar nuevas mafias.

(Pardo, Rafael “Nueve anomalías sobre el paradigma convencional y dos propuestas de nuevos caminos”, p. 16 en “Drogas y prohibición”, AAVV, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2010).

Con lucidez, apunta Gabriel Miró Miquel que **la política criminal adoptada frente al consumo y comercio de drogas fue y es parte del propio problema**. El análisis del problema de la droga debe incluir no sólo las características farmacológicas de las sustancias concretas consumidas, sino también su definición socio-cultural, el lugar y los modos en que las sustancias se consumen, así como los aspectos sanitarios de su uso. Se trata de poner en el foco no sólo la sustancia en sí, sino también al propio sujeto consumidor y al contexto sociocultural en que se da ese consumo (Miró Miquel, Gabriel “La política criminal del problema droga. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas” pp. 304/305, en “Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas”, AAVV, Anthropos, Barcelona, 2005).

El llamado “*problema de la droga*” ha sido uno de los hechos sociales que más han marcado la realidad penal y penitenciaria de nuestro país en las últimas décadas.

A pesar de la primacía del régimen de prohibición, cada día mas ciudades, provincias y países han adoptado sistemas penales que no castigan a quienes poseen sustancias para su propio consumo.

En todo caso, coincidimos con Tokatlian en que una buena política

antidrogas no pasa por castigar a más individuos y grupos, sino **por reconocer a los más perjudicados y vulnerables y apuntar a su protección**. Es cierto que sancionar y aumentar penas parece ofrecer dividendos electorales, mientras que prevenir y sanar no genera resultados equivalentes. Tan cierto como que invertir esa dinámica resulta primordial (Tokatlian, Juan Gabriel “Qué hacer con las drogas. Una mirada progresista sobre un tema habitualmente abordado desde el oportunismo político y los intereses creados”, p. 140 siglo XXI editores, Buenos Aires, 2017)

6.2. Consecuencias de la Ley 26.052 en la Provincia de Buenos Aires.

La cuestión asume particular relevancia en la provincia de Buenos Aires en los últimos quince años, a partir de la sanción en 2005 de la ley 26.052 vulgarmente conocida como ley de desfederalización de los delitos de comercio de estupefacientes al menudeo.

Ello incluye la persecución penal de los delitos asociados a la tenencia de estupefacientes (art. 14 ley 23.737).

Las consecuencias derivadas de esta decisión política se han plasmado en una profundización de la preexistente situación de hacinamiento en cárceles de varones y en un aumento exponencial de la prisionización de mujeres cis y personas trans y travestis.

Como anota Bombini, por más que la ley referida apunte a casos de menor entidad relativa, a partir de la fórmula legal “*dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor*”, caracterizados como casos de menudeo o microtráfico de estupefacientes, la penalidad abstracta prevista por la ley se ha mantenido igual a los de mayor gravedad, que mantienen la competencia federal, tornando más visible el problema de proporcionalidad penal que se ha denunciado en Latinoamérica para el



modelo prohibicionista en esta materia (Bombini, Gabriel “Políticas de drogas, tensiones judiciales y castigo penal. Actitudes de la justicia penal en la aplicación de la ley de desfederalización de drogas prohibidas. Estudios de casos en la ciudad de Mar del Plata”, p. 534, en AAVV “El imperio de castigar. Contribuciones desde la sociología de la justicia penal”, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020).

Es oportuno entonces recordar que las distintas acciones típicas que describe el art. 5 de la ley 23.737 parten de una pena mínima de cuatro (4) años de prisión, lo que impide dejar en suspenso la aplicación de la pena, sin perjuicio de algunas respuestas marginales de actores judiciales que han declarado la inconstitucionalidad del mínimo en casos concretos de absurda desproporcionalidad.

En 2006 la provincia de Buenos Aires tenía una tasa de prisionización de 139 personas cada cien mil habitantes. Quince años después, la provincia ha alcanzado el récord histórico de 336 personas detenidas cada cien mil habitantes.

La gravedad de las condiciones de encierro ha provocado repetidas declaraciones de *emergencia penitenciaria* por las autoridades políticas y los más altos tribunales locales –Suprema Corte de Justicia y Tribunal de Casación Penal-, los que han definido la situación como una *grave crisis humanitaria*.

Un par de semanas antes que la presente acción de Habeas Corpus fuera interpuesta, la Suprema Corte de Buenos Aires dispuso, mediante Resolución 3341, del 11 de diciembre de 2019, adoptar una serie de medidas frente a lo que denominó un panorama “insostenible”, que “atenta contra la vida y la integridad física de las personas que se encuentran alojadas en comisarías en todo el territorio provincial al hallarse, producto de tal hacinamiento, en una situación latente de riesgo, dadas las gravosas condiciones de detención informadas”.

El 20 de agosto de 2020, la Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires emitió un comunicado denunciando el fracaso absoluto de la política de desfederalización.

Luego de describir la situación general de encierro, la entidad sostuvo:

“En este contexto, urge definir políticas claras a nivel provincial, que permitan paliar la actual coyuntura. La Red entiende que una de ellas es derogar la ley de adhesión que la provincia promulgó para asumir competencia en la represión del narco-menudeo (ley 13.392, del 2/12/2005).

En efecto, la persecución de los vendedores de droga al menudeo, determinó la disposición de cuantiosos recursos humanos y materiales, con destino a un objetivo que resultó fracasado por insostenible e ineficaz.

FRACASADO, en tanto los cuantiosos recursos utilizados para la llamada “lucha contra el narcotráfico” no generó ninguna mejora respecto de la situación precedente. Pese a que gran cantidad de agentes policiales, empleados, funcionario y fiscales hayan sido destinados específicamente a esta tarea en toda la provincia, no se advierte la disminución del problema que han venido a resolver: se han gastado muchos recursos sin verificar el cumplimiento de objetivo alguno.

*En la justicia penal se produjo una saturación. Según un Informe de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sólo durante el año 2018, se iniciaron más de sesenta mil (63.198) investigaciones penales preparatorias. De ellas, más de un 65 % resultó por delitos de microtráfico de estupefacientes, y **más del 33% estaba referida a simples tenencias o tenencias para consumo personal.***

Las consecuencias en el sistema de justicia penal provincial son



visibles: a) Incremento significativo del caudal de trabajo –y el nivel de conflictividad– de los organismos del Poder Judicial y de los Ministerios Públicos, especialmente en la primera etapa del proceso; b) Realización de pericias toxicológicas, que se dilatan por falta de recursos en los laboratorios; c) Aumento del número de audiencias en la instancia oral y el tiempo y los recursos que destinan los distintos actores a tal fin; d) Sobrecarga de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal del conjunto de departamentos judiciales, en particular, de aquellas del Conurbano, y del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

INSOSTENIBLE, porque la aprehensión de los vendedores de pequeñas cantidades de droga ya ha generado un masivo encarcelamiento a nivel provincial.

A la fecha de implementación de la ley de desfederalización, la Provincia de Buenos Aires ya había sido denunciada por violación a derechos humanos por sobrepoblación y hacinamiento ante organismos internacionales; por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había observado la deficiencia en la actuación de los poderes públicos locales.

Sin embargo, en aquel momento se optó por asumir las competencias en esta materia, profundizando en la actualidad la situación de sobrepoblación y hacinamiento carcelario, cuya tasa de detención actual es record histórico con 336 personas detenidas cada 100.000 habitantes, cuando en 2006 era de 139 cada 100.000. Hoy, se repiten las declaraciones de emergencia penitenciaria por las autoridades políticas y los más altos tribunales locales –Suprema Corte de Justicia y Tribunal de Casación Penal– definen la situación como una grave crisis

humanitaria.

Según los datos del Registro Único de Detenidos de la Provincia de Buenos Aires (RUD) al 31/12/2019, de un total de más de cincuenta y ocho mil personas privadas de libertad (58.300) bajo distintas modalidades, más de ocho mil (8.113) lo estaban por delitos relacionados a la ley de estupefacientes, alcanzando el 13,9. Según el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal (SNEEP) a fines del año 2018, se ubicaba como la tercera modalidad delictiva de encierro con 5.626 menciones, sólo superada por los delitos de robo y tentativa de robo (18.480) y los homicidios dolosos (5.749). (...)

INEFICAZ, desde que estos cuantiosos gastos derivados a reprimir al narcotráfico nunca podrán tener éxito, pues apuntan al sector más fungible de la actividad.

El hecho de que la detención masiva de personas no haya derivado en una mejora de la situación, responde a un mal enfoque político criminal del problema:

- a. El confinamiento de vendedores al menudeo ataca al sector más fungible del mercado ilegal: los vendedores son personas sin preparación, ubicados en el último eslabón de la cadena delictiva, por tanto su “neutralización” –detención– no afecta la estructura de la organización, y su reposición como recurso humano es muy sencilla, por la escasa preparación requerida y su fácil reclutamiento en un contexto de precariedad económica.*
- b. Estas características del fenómeno predicen la necesidad de conducir las investigaciones hacia las instancias superiores de la organización; por el contrario, la prisionización masiva de sujetos implicados en el narcomenudeo, protagonizado*



por una jurisdicción local que no puede –por ser de competencia federal– ir contra las cabezas de las organizaciones, resulta un instrumento manifiestamente inidóneo para desarticular estas bandas criminales.

En pocas palabras; focalizar el problema del narcotráfico en la persecución de micro-vendedores callejeros, representa una política criminal fracasada (carente de resultados positivos verificados), insostenible (por los cuantiosos e infructuosos costos que representa para una provincia en crisis económica) e ineficaz (pues nunca la persecución del último eslabón de las bandas narco-criminales puede dismantelar su organización), que debe ser reenviada a la competencia federal, única autorizada a realizar investigaciones inter-jurisdiccionales que permitan atacar a la cúspide de este tipo de organizaciones.”

<https://reddejueces.com/deteniendo-microvendedores-no-se-ataca-al-narcotrafico-declaracion-de-la-red/>

El diagnóstico describe el fracaso de esta opción político-criminal.

En la misma dirección se expresan Darraidou, García Acevedo y Tufro, al señalar que la política de desfederalización ha significado una concentración de recursos de seguridad y penales para la detención de personas que llevan entre sus pertenencias **poquísimos gramos de estupefacientes, sin afectar las dinámicas delictivas**. La consecuencia fue convertir en escenarios sospechosos situaciones como las reuniones de jóvenes en plazas o esquinas, manejar una moto, el trabajo ambulante o el trabajo sexual. De modo tal que “la guerra contra el narcotráfico” se convirtió en la provincia de Buenos Aires en una nueva herramienta para potenciar viejas prácticas policiales, sin una sola evidencia de su utilidad para bajar los niveles de consumo o reducir la violencia

(Darraidou, Victoria, García Acevedo, Marina y Tufro, Manuel “A pesar de los 30 años de la ley 23.737 de drogas. Desventuras y añoranzas”. Revista de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 23,)

6.3. Tenencia de sustancias para consumo personal.

De todo ese universo de cuestiones que concita el “*problema sobre las drogas*”, **se habrá de delimitar los alcances de esta resolución a la situación descrita por el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.** Sobre esta última variante *-el uso de las sustancias-* se ha formulado la presente acción.

La constitucionalidad del art. 14, 2do párrafo, de la ley 23.737 generó un intenso debate doctrinario y jurisprudencial en torno al alcance del derecho a la intimidad en aquellos casos en los que la sustancia incautada en poder de cada persona era para un uso personal (art. 19 CN).

En términos de Roxin, el trasfondo de la penalización de cada tenencia de droga es quizá la idea de que de esa manera se puede luchar contra la criminalidad organizada que domina el mercado internacional de las drogas. Pero para ello no resulta adecuado, desde el punto de vista de la eficiencia, criminalizar a unos tres o cuatro millones de consumidores ocasionales de productos derivados de la cannabis y tal penalización, a causa de su desproporción, tampoco puede ser considerada un medio legítimo en un Estado de Derecho (Roxin, Claus, “*Los delitos de tenencia*”, en “*Delitos de posesión o tenencia*”, AAVV, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 155).

En la mirada de Falcone, Conti y Simaz, una concepción del bien jurídico basada en la libertad del ciudadano no puede separar la idea de bien de la facultad de disposición que tiene el titular de él. En un



Estado de derecho democrático, la posesión de drogas **pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas**. Por el contrario, cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor **resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecta la salud de otros consumidores, resultará atípica** (Falcone, Roberto, Conti, Néstor y Simaz, Alexis "Derecho Penal y tráfico de drogas", p. 226, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011).

A nivel de la jurisprudencia, es conocida la doctrina emergente de "Bazterrica" [CSJN, 29/8/86, Fallos 308:1392] y "Capalbo" [CSJN, 29.8.86, Fallos 208:1468] que, hace ya *más de tres décadas atrás*, consideró inconstitucional sancionar penalmente la tenencia de drogas para uso personal, por conculcar el art. 19 CN, al invadir la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

Esa doctrina fue abandonada por el mismo tribunal en el precedente "Montalvo", resuelto en los albores de la década del noventa [Fallos 313:1333], criterio que se consolidara en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal (*sala 1era, causa 402 "Echaide, Ariel y otro s/ ley 23.737" rta. 8.5.1995; sala 2da, causa 410 "Medina, César s/ recurso de casación" rta. 13.6.95; sala 3era, causa 418 "Silvera, Silva, Jos, s/ recurso casación", rta. 5.5.95 y sala 4ta, causa 167 "Cejas, Daniel s/ recurso casación", rta. 18.5.95*).

Aún durante la vigencia de la doctrina emanada de *Montalvo*, estimé que debía *analizarse en cada caso concreto* si la conducta atribuida a los imputados de esta clase de acciones constituía delito. Este criterio fue fijado desde la primera causa en la que me tocó expedir como juez de garantías (causa nro. 24 "G.M, s/ infracción ley 23.737", resuelta el 4.10.2007, IPP 237.264/2007)

Remarqué en dicha oportunidad:

- Que se deben armonizar las normas vigentes como un sistema coherente y razonable, que permita justificar las decisiones judiciales no sólo por la simple aplicación de la lógica y la mera repetición de las palabras de la ley, sino también por la **afirmación material del sistema de derechos que nuestro orden positivo regula** (*voto del doctor Portela en causa nro. 136 "Goytino, Néstor y otros s/ infracción ley 23.737", Tribunal Oral Criminal Federal Mar del Plata, resuelta el 25 de agosto de 1995, La Ley 1996-A, 732*).
- Que el juicio de tipicidad no se agota a través de la verificación de exacta correspondencia entre el comportamiento del sujeto y la descripción genérica y abstracta de conductas contenidas en el tipo penal. En el nivel de la tipicidad, además del juicio de adecuación, debe analizarse si ha mediado **afectación del bien jurídico tutelado** (*Fernández, Gonzalo "Bien jurídico y sistema del delito", pp. 158/162, editorial Bdef, Buenos Aires, 2004*).
- Que se ha sostenido en este punto que "no hay conducta típica sin que el bien jurídico que la norma proteja **haya sido lesionado o al menos puesto en peligro**. No puede admitirse la afectación presuntiva '*juris et de jure*', habrá que ver en cada caso concreto si hubo puesta en peligro de lo que la ley tiende a proteger" (*CNCC, "Bernasconi, Marcelo", 28/9/87, LL, 1987-E, 211*).
- Que en este sentido se ha pronunciado el juez Favarotto in re "Taglioni", al afirmar que si se le asigna al bien jurídico la capacidad limitativa de la potestad punitiva del estado, **el bien jurídico tiene que estar de alguna manera afectado** (*Cámara Apelación y Garantías de Mar del Plata, Sala Tercera, c. 11.573 "Taglioni, Julián", resuelta el 5 de marzo de 2007, Reg. 7-S*).



- Que para tener por configurado el principio de lesividad, esa afectación del bien jurídico que el derecho penal intenta proteger debe resultar significativa, ya que **desaparece la conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie o que implican la mera asunción de un riesgo por parte del sujeto pasivo**. En este sentido, se recordó que: *"El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni indirecta a la salud individual, aunque sí de forma mediata o indirecta, sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas para poder afectar a la salud de un número indeterminado de personas. Por ello, a lo sumo, puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad. De esta manera lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social y no la posible lesión de la salud individual"* (Falcone, Roberto - Capparelli, Facundo *"Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal"*, p. 57, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002).
- Que el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que **en los tipos de peligro siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real** (Zaffaroni, Eugenio -Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro *"Derecho Penal. Parte General"*. pp. 461/465, Ediar, Buenos Aires, 2000)
- Que este criterio ha sido claramente expuesto por el juez Madina en el mismo pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones Departamental al subrayar que **los delitos de peligro exigen adoptar una posición muy restrictiva en orden a los fundamentos de la punibilidad, a fin de salvar la dudosa constitucionalidad que los mismos encierran**, ello en la medida que adelantan la punibilidad, poniendo seriamente en

riesgo el principio de lesividad propio de un derecho penal respetuoso de un estado de derecho (*"Taglioni, Julián", cit*).

- Que no puede considerarse legítima una restricción estatal por la mera prohibición contenida en la ley penal, porque si fuera aceptada aun en los casos en que no se verifica la afectación al bien jurídico en que se fundamenta la punibilidad de ese tipo de hechos, **se habilitaría la intervención punitiva excediendo el marco de interpretación restrictiva de justificación a la intromisión estatal en los derechos individuales** (c. 23.552 "T., S. s/sobreseimiento" - CNCyC FED - Sala II - resuelta 09/05/2006).
- Que desde esta óptica, resulta **constitucionalmente exigible atender al contexto en que se verificó la tenencia de la droga destinada al uso personal**, para determinar si la actividad concreta que se analiza puede reputarse representativa del riesgo para la salud pública que se atribuyó a la conducta descrita en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.

En 2009 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró **inconstitucional el tipo penal previsto en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737**, por medio del cual se castiga la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por considerar que conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales (*"Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080", A.891. XLIV, resuelta 25.8.2009*).

Entre los fundamentos principales del pronunciamiento se destaca:

- Que los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución



Nacional de 1853, entre ellos **el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada.**

- Que también el **principio de dignidad del hombre**, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en "Bazterrica", por **cuanto tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente.** De este modo, parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y "Montalvo", respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.
- Que **el derecho internacional** también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en **evitar su revictimización a través del acceso a la justicia** (artículo 25 de la Convención Americana). Que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.
- Que aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que **impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a**

la peligrosidad. La jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas (*CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005*).

- Que **ninguna de las convenciones** internacionales suscriptas por la Argentina para castigar el tráfico de estupefacientes, **la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.**
- Que **la referida decisión en modo alguno implica "legalizar la droga"**, al punto que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero: aquello que se impugna es un sistema normativo que criminaliza conductas que -realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Un sector doctrinario señaló que la decisión del tribunal resulta *especialmente elusiva* en un aspecto crucial, cual es la *definición mas precisa del significado de "daño a terceros"* (Gargarella, Roberto "Arriola según la Corte: un modesto y bienvenido avance", Revista Jurídica Digital El Dial, DC11B1).

En lo personal, me inclino por la lectura propuesta por Marcelo Alegre: **interpretar "Arriola" en clave expansiva de la protección de la autonomía personal.** La pista para ello aparece en el considerando 10, que reivindica el fallo Bazterrica, **aunque adhiriendo a las razones del voto de Petracchi**, que como sabemos fundamenta una lectura amplia y contundente del artículo 19 CN. (Alegre, Marcelo "Arriola, Bazterrica y la igualdad democrática", ps. 121-139, Revista Lecciones y Ensayos nro. 89, 2011)



En esa propuesta, **las normas que penalizan la tenencia para consumo son inconstitucionales por violentar el ideal de la igualdad democrática**. Ello tiene dos consecuencias. En relación a los individuos, rechazar todo intento de subordinar a grupos o personas al arbitrio de otros grupos o personas. En relación al estado, exigir que su accionar evite colocar a las personas en una relación de humillación, indefensión o sumisión frente a la autoridad pública (Alegro, Marcelo, op. cit., p. 126).

Todos los votos de Arriola (con excepción del de Argibay) reafirman la concepción amplia de autonomía que excede la mera privacidad. Ello implica que el carácter ostensible del consumo es intrascendente mientras no implique una imposición u hostigamiento (es oportuno recordar que Arriola fue detenido en la vía pública).

Desde esta óptica, la eventual afirmación de un riesgo de daño a terceros debería ponderar:

- I. la existencia concreta de un sujeto que sea autónomo del inculpatado.
- II. la posibilidad cierta que ese tercer sujeto sufra un daño en su salud.
- III. la conexión causal entre la acción del consumidor y la afectación a la salud de ese tercero para responsabilizar jurídicamente al tenedor de las sustancias estupefacientes por el daño ocasionado.

Estas pautas rigen para los casos judicializados. Lo que se **pretende en esta acción es aportar parámetros objetivos para la vinculación del agente policial con cada ciudadano usuario de sustancias en el espacio público**.

Hace ya **más de once años** que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso "Arriola".

Sin embargo, en estos once años el Congreso de la Nación **no ha**

derogado la figura legal, pese a ser declarada contraria a nuestro sistema convencional y constitucional por la Corte Suprema de Justicia.

La consecuencia de ello resulta previsible: **se habilita un espacio de discrecionalidad para la agencia policial en la primera fase del proceso de criminalización secundaria**. Un proceso que no podrá finalizar en una pena legal, pero que permite a través de esa intervención arbitraria, selectiva y profundamente violenta, el ejercicio de un sistema penal paralelo a los cauces institucionales.

Insisto en este concepto central. Hasta tanto nuestro legislador nacional no derogue el dispositivo legal que permite la persecución penal de los usuarios de sustancias, **los riesgos de la respuesta punitiva permanecerán latentes**, más allá de los acotados ámbitos de intervención de los actores judiciales.-

Traigo a colación “Arriola” en éste punto:

“Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, ‘Los Derechos en Serio’, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y este es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre



derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respecto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.” (punto 32 de la sentencia).

Ahora bien, si la ley no es reformada, lo que permanece en ese espacio de discrecionalidad **es la selectividad en los criterios policiales para la detención de personas.**

Ivanna Myszkowski reconstruye desde un recorrido etnográfico la criminalización del consumo en los barrios populares de Rosario. La autora documenta **cómo según el sector social o ubicación, la intervención policial será sinónimo de criminalización o detención.** Los testimonios recabados permiten a la autora identificar una práctica habitual: la policía actúa en la mayoría de los casos sin consultar previamente a ningún funcionario judicial; la justificación de los procedimientos guardan relación directa con estereotipos, es decir una lista de términos y expresiones derivadas del genérico término “actitud sospechosa”. (“*Los sospechosos de siempre*”, p. en AAVV “*Que el narco no te tape el bosque. La maquinaria prohibicionista en Rosario y la región*”).

En su Informe Anual 2019, el CELS afirma que la “guerra contra el narcotráfico” aparece entonces como **una encarnación de la selectividad penal**, es decir, se vuelve una guerra contra los pobres y se convierte a la vez en el nuevo paraguas bajo el cual se toleran o promueven abusos policiales y judiciales. (<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2019/12/Guerra-contra-el-narcotrafico-guerra-contra-les-pobres.pdf>).

Fernando Soriano lo explica con otros términos: **son los perejiles los que hacen funcionar la ley de drogas**. Los perejiles son generalmente pobres. El eslabón más débil, trofeos para los guerreros de las drogas que les sirven para completar los casilleros fríos de la estadística.

“El destino de la marihuana está decretado. Los usuarios la seguirán fumando. Los cultivadores continuarán tirando semillas, cultivando y colaborando con los niños epilépticos y con la lucha versus el narcotráfico. Serán cada vez más hasta que un día ya no tenga sentido perseguirlos y alguien se dará cuenta de que lo mejor es acompañarlos y, en el mejor de los casos, cuidarlos” (Soriano, Fernando “Marihuana. La historia. De Manuel Belgrano a las copas cannábicas”, pp. 412 ss, Planeta, Buenos Aires, 2017)

Ese día llegará cuando el Congreso de la Nación retome los postulados de “Arriola” y derogue la sanción penal para la tenencia de sustancias para consumo personal, clausurando el espacio aún vigente para la discrecionalidad y selectividad policial.

Hubo avances y retrocesos en la materia. Emilio Ruchansky recuerda que, en el 2012, en un plenario de un congreso argentino para analizar un proyecto de despenalización, Raúl Eugenio Zaffaroni -todavía juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, sintetizó los efectos de esta política sobre sus supuestos objetivos:

“Un problema de salud, como cualquier otro problema, tiene su propia naturaleza y, cuando queremos resolver un problema sacándolo de lo que es su naturaleza y asignándole una naturaleza artificial -como es la penal- naturalmente no resolvemos el problema y después de cuarenta años nos damos cuenta de que no lo hemos resuelto. Y esto a costa de muchos,



muchos muertos”

(Ruchansky, Emilio “Un mundo con drogas”, p. 20, Debate, Buenos Aires, 2015).

De lo que se trata entonces en esta acción es de contribuir con algunos parámetros y reglas para **construir un marco de actuación de las fuerzas de seguridad en relación con los usuarios de sustancias que resulte respetuoso de los Derechos Humanos**, en particular el derecho a la dignidad, el principio pro homine y la protección de los ámbitos de autonomía personal, evitando que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas sobre sus proyectos de vida.

7. Marco regulatorio de la actuación policial.

7.1. Situaciones posibles.

En la presentación de sus argumentos jurídicos, el CELS indica que, en el marco del trabajo policial al que podría dar lugar la aplicación de esta resolución, pueden darse dos situaciones posibles:

- por un lado, la detención y requisa sin orden judicial a personas que se encuentren consumiendo estupefacientes en la vía pública, lo que implicaría un escenario de flagrancia.
- por otro lado, también podrían darse circunstancias en los que no exista consumo flagrante de la sustancia, lo que debería regirse por ciertas reglas que vale la pena recordar para ajustar el accionar policial, cuyo cumplimiento debe promoverse y exigirse a los fines de evitar detenciones y requisas arbitrarias, así como otras posibles violaciones a los derechos humanos.

Comparto esa mirada que ordena las situaciones que deberían regularse con relación al objeto de la presente acción. Voy a agregar un tercer escenario:

- la intervención policial en sujetos intoxicados en el espacio

público. Es decir, se plantea aquí una hipótesis diferente a la de quién se encuentra consumiendo en forma recreativa. Esta tercera situación que contemplo comprende la forma de vinculación del funcionario estatal con la persona consumidora cuando se evidencia un consumo problemático. Entiendo por consumo problemático aquél que empieza a tener consecuencias negativas en la salud y que causa efectos perjudiciales tanto en los aspectos de la vida de la persona como en otros aspectos relacionados con los individuos, las familias, los amigos y la sociedad.

7.2. Detención sin orden judicial de personas que se encuentren consumiendo estupefacientes en la vía pública en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros.

Como se sostiene a lo largo de la presente resolución, la hipótesis que aquí se analiza es aquélla que describe el caso “Arriola”.

El máximo tribunal nacional ha considerado que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, **cuando la conducta se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros**. De este modo, condiciona la inconstitucionalidad de la punición a que la conducta **no conlleve un peligro concreto o un daño**.

En ese mismo pronunciamiento, la Corte se ocupó de indicar expresamente que ello **no implicaba una legalización del uso de sustancias**.

De modo tal que la primer conclusión que se deriva de ese pronunciamiento es la **irrazonabilidad de disponer una medida de**



coerción real (aprehensión, detención, prisión preventiva) **a los supuestos fácticos que no podrán generar una sanción penal.**

En este punto, se ha generado un debate en la presente acción de Habeas Corpus sobre el cambio en las rutinas policiales en el Departamento Judicial Mar del Plata.

Cuando en 2015 la Fiscalía de Estupefacientes dictó el Instructivo que orientó la actividad policial en casos de que se proceda al secuestro de material para exclusivo consumo personal, 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, se ha verificado en el desarrollo de la presente acción que la agencia policial ha retomado la práctica rutinaria de trasladar a los usuarios de sustancias a las comisarías, *“para formalizar el acta”*.

En la audiencia pública, el entonces comisario mayor Christian Marcozzi admitió que *“actualmente se traslada a la persona a la comisaría para formalizar el acta porque por el nuevo sistema informático, que funciona on line, esto se ha vuelto necesario”*. Aclaró que antes el sistema era manual, y el acta se realizaba en el lugar de los hechos, pero desde el 2 de marzo de 2019 las actas ya no se confeccionan en el escenario de los acontecimientos sino que hay que hacerlas en la propia dependencia policial.

Ante la sugerencia de la fiscalía y el juzgado de garantías en la propia audiencia para que las actas se continúen realizando en el lugar del hecho y no en las comisarías, el funcionario policial respondió que *“el problema es que existe una resolución ministerial que obliga al traslado a la comisaría para la confección de las actas, en general”*.

Sin embargo, se pudo constatar que esa afirmación no tiene respaldo institucional.

El juzgado requirió al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires la remisión de la resolución de referencia y se nos indicó que la misma no existe.

Tal vez eso explica que ante lo dialogado en la audiencia, el propio Marcozzi se haya comprometido a que a partir del día de la audiencia “no se van a realizar traslados a la comisaría para la firma de actas”.

Si la resolución del ministerio existiera, Marcozzi no podría dejar de aplicarla por su propia voluntad, sino a través de una orden judicial que se lo ordene.

Por otra parte ¿a qué acta se refiere el funcionario policial? ¿Qué instrumento público es el que justifica los traslados a una comisaría?

No es el acta de notificación de los derechos, el conocido instrumento que la práctica judicial bonaerense denomina como “artículo 60” por la referencia a la norma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

El artículo 60 del CPPBA impone a la autoridad que intervenga desde el primer momento de la detención o desde la primer diligencia practicada con el imputado, a informarle las garantías mínimas que le asisten.

Sin embargo, por imperio de “Arriola” **al tenedor de sustancias para uso personal no se le puede imputar delito alguno.**

Por ese motivo, en el Instructivo de la Fiscalía de Estupedacientes ordena expresamente:

4. “A la persona en cuyo poder se haya encontrado material infractorio no se le notificará del art. 60 del CPPBA (causa nº 9080 ‘Arriola, Sebastián y otros’, CSJN 25/8/2009).

De modo tal que el acta a la que aludió el jefe departamental en la audiencia como justificación para el traslado a la dependencia policial es **el acta de secuestro.**



Y es una práctica de rutina que el acta de secuestro se labre en el escenario de los acontecimientos, a mano y en forma artesanal. Más aún si la Fiscalía temática en la materia así lo ordena.

Aclarado este punto, **me interesa reflexionar sobre lo que implica el traslado de un usuario de sustancias a una comisaría.**

En primer lugar, **se trata de una detención.**

No es una conducta voluntaria, sino un traslado coactivo que parte de la orden de una autoridad. En la medida que se pretende labrar un acta y hacerla rubricar al particular como condición de validez del instrumento, si el ciudadano/a se opone a concurrir a la **comisaría va a ser trasladado por la fuerza pública.** Es decir en un móvil policial.

Ello implica una detención.

Implica una detención en la medida que se pierde la libertad locomotiva mediante una orden coactiva de una autoridad.

La Corte IDH ha señalado que **una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a la libertad física de la persona** y, por lo tanto, toda limitación a la misma debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención (Caso “Torres Millacura y otros v. Argentina”, párrafo 76, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de agosto de 2011).

En la presentación de sus argumentos jurídicos en ésta acción, el CELS aportó datos que evidencian la persistencia de las detenciones a consumidores en el Departamento Judicial Mar del Plata. Esos datos coinciden con la información oficial documentada en el punto 4.3 de ésta resolución.

Explica Esteban Rodríguez Alzueta que la **detención abre un**

paréntesis en la vida cotidiana, saca de la historia a quién la padece. Interrumpe el cotidiano para con-moverlo y para volverlos extraños también. Una rutina hecha con historias, que abreva en las trayectorias biográficas. No se detiene al boleo, sino siempre a las mismas personas, que forman parte de determinadas categorías sociales. No porque se tenga un problema personal con ellos, sino porque en eso consiste el trabajo policial: detener el tiempo para las personas, chequearlas, testearlas, interrogarlas, cachearlas, requisarlas (Rodríguez Alzueta, Esteban, *“Yuta. El verdugueo policial desde la perspectiva juvenil”*, pp. 152 ss, La Plata, Malisia, 2020).

En segundo lugar, **se trata de una detención arbitraria**. En efecto, cuando los efectivos policiales avanzan sobre la libertad ambulatoria de las personas **sin que medien circunstancias objetivas que resulten indicativas de que se está ante la comisión de un delito concreto, se estará ante una detención arbitraria**, violatoria de derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 18 y 75, inc. 22, C.N.).

En la provincia de Buenos Aires, la facultad policial de detención sin orden judicial aparece regulada en el art. 153 del ordenamiento adjetivo.

“Artículo 153.- (Texto según Ley 13260) Aprehensión. Los funcionarios y auxiliares de la Policía a instancia propia o del Fiscal, deberá aprehender:

1.- A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad.

2.- Al que fugare, estando legalmente detenido.

3.- Cuando en el supuesto del artículo 151, se tratase de una



situación de urgencia y hubiere peligro de que con la demora el imputado eluda la acción de la justicia.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, en el acto será informado quien pueda promoverla. Si no presentare la denuncia inmediatamente, el aprehendido será puesto en libertad”.

Esa norma se complementa con la definición de flagrancia que propone el artículo siguiente.

“Artículo 154. *Flagrancia.*- *Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito.*

De ese modo, **la detención de un usuario en los casos en que no constituye delito, implica una detención arbitraria.**

El Estado argentino ha reconocido ante la CIDH en forma reciente que la denominada “guerra contra las drogas” ha justificado prácticas policiales violatorias de derechos individuales. En los ampliamente conocidos casos Fernández Prieto – Tumbeiro, la CIDH remarcó:

“26. En su reconocimiento de responsabilidad internacional, suscrito el 4 de marzo de 2020, el Estado aceptó la totalidad de las conclusiones establecidas por la Comisión en su Informe de Fondo, lo cual incluye las concernientes a que las detenciones de los señores Fernandez Prieto y Tumbeiro se enmarcaron en un contexto general de detenciones practicadas sin orden judicial ni supuestos de flagrancia en Argentina. En el mismo orden, en su escrito de alegatos finales de 18 de junio de 2020, el Estado reconoció que este ‘caso constituye un emblema de

*lo que se conoció en nuestro país, durante la década del 90, como el olfato policial, que implicaba actuaciones policiales descontroladas, incentivadas por políticas de seguridad pública basadas en operativos de prevención discrecionales, sin investigación ni inteligencia previa y por ello profundamente ineficientes'. Asimismo, el Estado puntualizó que **'este tipo de prácticas policiales fueron promovidas por políticas de seguridad que se definían bajo el paradigma de la llamada 'guerra contra las drogas' y que además resultaban amparadas por un inadecuado o inexistente control judicial'**".*

(Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Sentencia de 1 de septiembre de 2020).

Esa admisión de responsabilidad conllevó para el Estado argentino, como **medida de satisfacción, la garantía de no repetición**, con el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención (párrafos 128 a 123).

En consecuencia, el Estado argentino debe **promover procedimientos policiales que no resulten violatorios del derecho a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminación**.

En tercer lugar, una detención arbitraria **abre un universo de contingencias que habilitan las violencias policiales**.

Si la persona se resiste a ser trasladado a una dependencia policial por estar fumando un cigarrillo de marihuana en la vía pública, se ponen en juego formas de interacción que habrán de estar mediadas por la violencia y por una relación asimétrica de poder por parte de quienes se encuentran uniformados y armados



En términos de Fabien Jobard, **la colocación de las esposas ya implica un rito de degradación**, que manifiesta el traslado a otro orden de lo social. El detenido, aprehendido en el *espacio urbano*, pasa al *territorio policial*. Las esposas con la herencia histórica de las tecnologías de control de los cuerpos que las precedieron y a las cuales quisieron suceder: la cadena de los condenados atando en procesión hacia el presidio (Jobard, Fabien “Abusos policiales, La fuerza pública y sus usos”, p. 72. Prometeo libros, Buenos Aires, 2011).

Repertorios que van desde el ataque al cuerpo de quién se opone a la autoridad al riesgo del empleo de armas de fuego para hacer cumplir una orden.

Como explica Alejandro Corda, el contacto con las agencias del sistema penal, ya sea durante el tiempo breve de la detención policial o por el hecho de tener un proceso penal abierto, impacta de múltiples formas que van desde abusos de las fuerzas de seguridad o el estigma para la obtención de un trabajo o documentación (Corda, Alejandro “La estrategia fallida. Encarcelamiento por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina”, p. 39, Intercambios Asociación Civil, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016).

Para el caso, este Departamento Judicial conserva la memoria del inexplicable homicidio de un joven de sólo diecisiete años que cometió la osadía de querer escaparse de un control policial luego de comprar marihuana para consumo personal. Alguien que no hubiera sido condenado por delito alguno y que fue ejecutado. La memoria de historias como la de Federico Taja impone un cambio de paradigma (IPP 01-1673-2011).

En consecuencia **el traslado de un usuario de sustancias desde el espacio público a una dependencia policial implica una detención**

arbitraria que abre un espacio a la violencia policial.

El control judicial exigido en el pronunciamiento Fernández Prieto-Tumbeiro **impone que se ordene 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 de un usuario de sustancias** que la ley define como “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** (art. 14 párrafo segundo ley 23.737, caso Arriola, CSJN).

Comparto con Fusero que las fórmulas vagas que acuden como ejemplos a la “escasa cantidad”, “demás circunstancias del caso” o “condiciones personales” implican **una irreconciliable contradicción con principios elementales del derecho penal, como el máxima taxatividad interpretativa de los tipos penales** y dejan abierta la posibilidad de arbitrariedad interpretativa de las agencias punitivas, con riesgo de extorsiones policiales y violencia institucional (Fusero, Mariano “Conceptos básicos para un cambio de paradigma posible en las políticas de drogas”, pps 51/52, publicado en Revista de la Asociación Pensamiento Penal, 2016)

Por ese motivo, estimo esencial **establecer pautas objetivas que sirvan de indicador para determinar cuándo una tenencia de sustancias es para consumo individual.**

En ese sentido, habrá de tomarse como guía el instructivo elaborado por la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata, que detalla con precisión los distintos escenarios fácticos (ver punto 4.1 de esta resolución).



8. Inconstitucionalidad de las detenciones en averiguación de identidad.

El 30 de junio de 2008 declaré la inconstitucionalidad de la facultad policial para detener personas en averiguación de identidad en el marco de una acción de Habeas Corpus preventivo (G, L.O. s/ Habeas Corpus, Registro 1576 del JG4 MdP).

Entiendo **necesario reiterar aquellos fundamentos, en relación a la posibilidad que el traslado de un usuario/a de sustancias a una comisaría intente justificarse a partir del empleo de esta potestad.**

Si bien el comisario mayor Diego Diaz Aguirre, Director de Delegación Departamental de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas y Crimen Organizado de Mar del Plata informó que: “conforme el Instructivo General nro. 05/14 emitido por la Fiscalía General de Cámaras y Garantías en lo Penal de Mar del Plata no se realizan detenciones con el fin de identificación” (p. 235), lo cierto es que **la Instrucción General 5/14 no contiene ninguna restricción en ese sentido.**

8.1. La policía como agencia de control jurídico-penal.

La policía, junto a la jurisdicción penal y las instituciones penitenciarias son las instancias previstas en el orden constitucional de los Estados de derecho para ejercer el control punitivo.

Al decir de Sain *“la sustantiva diferencia entre la policía y las restantes agencias de criminalización secundaria reside en que aquélla configura la instancia primera y principal del proceso de selección criminalizante. Las agencias judiciales y penitenciarias se limitan apenas a administrar aquellos casos y personas que fueron criminalizados efectivamente por las policías, convirtiendo así a éstas, en una de las principales agencias de control social”* (Sain, Marcelo “El leviatán azul. Policía y política en la

Argentina”, pp. 115, siglo XXI, Buenos Aires, 2008).

Explica Recasens I Brunet que “*el objeto-policía desarrolla **una función simbólica** que se expresa como lucha contra el crimen, y **una función real** consistente en actuar como mecanismo de control y de regulación social en el marco y bajo la dependencia teórica del estado, mediante una preeminencia sustentada en un mandato que permite el uso y aplicación de la fuerza-violencia como coacción directa y legítima (...) El «complejo policial» funciona a la vez como aparato del estado (función visible) y como sistema polivalente (función oculta) y por ello tiene un doble registro de lectura: como instrumento del poder y como ente-poder en sí mismo*” (Amadeu Recasens I Brunet “La seguridad, el sistema de justicia criminal y la justicia” en “Sistema Penal y Problemas Sociales”, Roberto Bergalli Coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ver del mismo autor “Enfoques histórico-ideológicos sobre el concepto de aparato policial” en Revista Criminología Crítica y Control Social nro. 1, editorial Juris, Rosario, 1993).

En el marco de esas **funciones reales** que operan como mecanismo de control, la institución policial desarrolla una serie de técnicas de intervención que han sido colocadas bajo la finalidad de la “**prevención del delito**”.

Sozzo incluye en esta categoría dos modalidades de acción: por un lado, **la presencia y vigilancia en el espacio público** y por el otro la **detención policial de personas sin orden judicial**. En esta segunda modalidad, se ha destacado la inicialmente llamada “*detención por averiguación de domicilio*”, luego denominada “*detención por averiguación de antecedentes*” y actualmente designada “*detención por averiguación de identidad*” (ver Sozzo, Máximo “Pericia sobre normas y prácticas aplicables en relación con la detención de personas” incorporada al Caso Bulacio Vs Argentina, Corte IDH. sentencia de 18



de septiembre de 2003. Serie C N° 100).

Estos mecanismos, originados en el método “Bertillon” de identificación de criminales y sospechosos, forman parte de **una lógica estatal de control de grupos poblacionales que ha sido denominada “actuarial”**: el sistema penal ya no presta atención a los individuos (a su culpa o a sus posibilidades de reinserción) sino que se ocupa de las técnicas de identificación clasificación y manejo de grupos poblacionales, según niveles asignados de peligrosidad (Feeley y Simon “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, pp. 185 ss, citado por Anitua, Gabriel Ignacio “¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones”, en “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J.Maier, pp. 512ss y en Revista Digital Pensamiento Penal).

Recuerda Anitua que **ha sido el discurso positivista el gran defensor de la identificación y del carnet de identidad**, en el marco de un modelo orientado al control excluyente y disciplinario: *“el control <excluyente> es asumido a partir de una extraña <inclusión> que no pasa por el reconocimiento de una identidad individual , ni por la satisfacción de necesidades vitales. Como en los Estados absolutistas o los regímenes totalitarios, tener una <etiqueta> facilita el control y la persecución.”* (Anitua, Gabriel Ignacio “¡Identifíquese!...” cit. , pp. 517ss).

Ese discurso positivista concentraría su atención inicialmente en identificar a quienes **eran vistos como un peligro para el orden social, extendiéndose luego a la totalidad de la población** (sobre el desarrollo histórico de los mecanismos de identificación policial, ver García Ferrari, Mercedes “Una marca peor que el fuego. Los cocheros de la ciudad de Buenos Aires y la resistencia al retrato de identificación” en “La ley de los profanos. Delito, justicia y cultura en Buenos Aires”

Lila Caimari, comp., Fondo de Cultura Económica de Argentina, BsAs, 2007).-

En ese contexto, se ha remarcado que el fundamento de la autorización legal para que la policía ejerza funciones tendientes a la verificación de la identidad de una persona finca en un *“aparente principio de **defensa social** y se sostiene en el supuesto de que una persona que haya cometido un delito o una contravención en el pasado resulta peligrosa en el presente o futuro. Bajo este esquema las personas no son juzgadas por sus actos, sino que por sus posibles conductas en función de una historia de vida construida y registrada en los antecedentes policiales”*. (Tiscornia, Sofía, Eilbaum, Lucía y Lekerman Vanina “Detenciones por Averiguación de Identidad. Argumentos para la Discusión sobre sus Usos y Abusos” en “Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires”, editado por CELS y CED, p. 42).

En definitiva, *“la criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales ejerzan un formidable control configurador positivo de la vida social, que en ningún momento pasa por las agencias judiciales o jurídicas: la detención de sospechosos, de cualquier persona para identificarla o porque le llama la atención, la detención por supuestas contravenciones, el registro de las personas identificadas y detenidas, la vigilancia de lugares de reunión y de espectáculos, de espacios abiertos, el registro de la información recogida en la tarea de vigilancia (...), constituyen un conjunto de atribuciones que puede ejercerse de modo tan arbitrario como desregulado, y que proporcionan un poder muchísimo mayor y enormemente más significativo que el de la reducida criminalización secundaria. Sin duda que este poder configurador positivo es el verdadero poder político del sistema penal”*. (Zaffaroni – Alagia – Slokar



“Derecho Penal. Parte General”, p. 12, Ediar, Buenos Aires, 2000).

8.2. Génesis histórica del art. 9 de la ley 12.155.

El debate legislativo en derredor de la facultad policial de detener personas sin orden judicial tiene su génesis en un suceso de violencia policial del año 1991, por todos conocidos como el “caso Bulacio”.

Hasta comienzos de la década de los 90, la Policía Federal tenía la capacidad de detener por un término de 24 horas a personas que no portaran su credencial de identidad.

Los antecedentes del denominado “caso Bulacio”, que culminó en el fallecimiento del joven Walter Bulacio en la comisaría 35ta de la Policía Federal Argentina, generaron reformas orientadas a regular normativamente ciertas actividades y facultades policiales.

En particular, se puso en crisis las facultades derivadas del decreto-ley 333/58, que contemplaba en su redacción originaria que “son facultades de la Policía Federal para el cumplimiento de sus funciones: detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesaria conocer sus antecedentes” (art. 5 inc. 1).

Las alternativas propuestas en la discusión parlamentaria transitaron por el intento de abolir la cláusula de verificación de identidad (propuesta del diputado Lázara), limitarla temporalmente en 4 horas (propuesta del diputado Cortese) o restringirla a 10 horas, siendo ésta la opción finalmente aprobada en el Congreso Nacional. (*Fuentes, Claudio “La inevitable “mano dura”: sociedad civil y violencia policial en Argentina y Chile”, Revista de Ciencia Política, Volumen XXIV, N° 2, p 21, Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2004*)

La ley 23950, promulgada en 1991, implicó el diseño de un conjunto de controles formales sobre la facultad policial de detención de personas

para su identificación.

En la Provincia de Buenos Aires, el primer Reglamento de la Policía de la Provincia de Buenos Aires de 1880 autorizaba a los miembros de la fuerza policial a arrestar sin autorización judicial a los vagos, ebrios y sospechosos durante un período de tiempo de hasta ocho días.

Como explica Sain *“cien años mas tarde, el tiempo de detención posible de una persona sin orden judicial era menor, pero la impronta social disciplinante de dicha facultad se mantuvo. De acuerdo con la Orgánica de la Policía Bonaerense de 1980, los miembros de ésta estaban habilitados a detener a toda persona de quien, a su criterio, fuese necesario conocer los ‘antecedentes y medios de vida’, en circunstancias que lo justificaran o cuando se negase a identificarse, no pudiendo extenderse dicha detención por un tiempo mayor a las veinticuatro horas”* (Sain, Marcelo “Política, policía y delito. La red bonaerense”, p. 50, Claves para Todos, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004).

Dentro del **proceso de reestructuración de la policía acontecido en el año 1998**, caracterizado por criterios de *diferenciación funcional, desagregación organizacional y descentralización del mando operacional*, la ley 12155 estableció un conjunto de principios básicos de actuación policial tendientes a fijar las bases normativas del control del desempeño policial y, en particular, del uso de la fuerza por parte de los uniformados (Sain, Marcelo “Política...” cit. p. 68)

En éste contexto se sustituyó la detención sin orden judicial por averiguación de antecedentes (coloquialmente denominada “Doble A”) por la detención con fines identificatorios.

El actual art. 9 de la ley 12.155 establece que

“el personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos:



- a) En cumplimiento de orden emanada de autoridad judicial competente;
- b) Cuando se trate de alguno de los supuestos prescriptos por el Código Procesal Penal o la Ley Contravencional de aplicación al caso.
- c) ***Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que la acredita***”.

Este tercer supuesto, configura un caso de detención de personas sin orden judicial en base a lo que se ha denominado la “Averiguación de Identidad”.

Es decir, ha sido a partir de la constatación efectiva de abusos policiales y de ejercicio de violencia durante la privación de libertad de las personas sometidas a éste procedimiento que han surgido las reformas normativas posteriormente operadas.

Sobre esta facultad de detención por averiguación de identidad, la Excma. Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata ha tenido oportunidad de expedirse, remarcando que ***“deben limitarse dichas facultades policiales, por cuanto la averiguación de identidad no constituye una carta en blanco para que la policía prive de libertad a cualquier ciudadano que les resulte sospechoso, ya que ello constituye un agravio para el Estado de Derecho y una injerencia arbitraria y abusiva en la intimidad de las personas [art. 7 inc. 3ero CADH; art. 17 inc. 1 PIDCyP]”*** (CAyG MdP, Sala 2da c. 10852 “Wekesser, Martín s/ incidente de nulidad”, rta. 4.10.2006, reg. 246, voto del señor juez Marcelo Madina al que adhieren los señores jueces Reinaldo Fortunato y Walter Dominella).

En consecuencia, siguiendo el criterio emanado del Tribunal de Alzada, estimo que **corresponde analizar si la regulación legal y la**

ejecución programática de esta facultad evidencia una posible conculcación de garantías constitucionales, lesivas del Estado de Derecho.

Tengo para mí que el Poder Judicial **debe extremar los recaudos para evitar la profundización del denominado “sistema penal paralelo”,** el que al decir de Zaffaroni, debido a las escasas garantías que lo rodean, dado su pretendido carácter no penal o administrativo *“lo transforma en un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración en ámbitos de la privacidad, etc [...]tiene incluso más importancia práctica que el código penal, puesto que penetra ámbitos en los que aquél por lo general no puede penetrar (espectáculos públicos, de crítica social, religiosa, de reunión, etc)”* (Sistemas penales y derechos humanos, Buenos Aires, ILANUD- Desalma, 1984, pag. 81-82).

Por esos motivos es que la redacción y aplicación de ésta norma **implica una violación a los principios constitucionales de libertad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley y judicialidad.**

Comparto la postura de Lucila Larrandart, al señalar que esta norma *“da lugar a violaciones del derecho a la libertad y de la prohibición de arresto sin orden judicial. La policía hace un uso arbitrario de tal facultad, los únicos supuestos en los cuales podría llegar a justificarse una detención de esta clase sería cuando se la utilizara en vinculación con una denuncia o con un procedimiento policial en curso. Sin embargo, se la utiliza diariamente, cuando cualquier persona –sobre todo si cumple con el <estereotipo> se encuentra en la calle o en cualquier lugar público, sin motivo alguno”* (Larrandart, Lucila en “Avance policial y justicia selectiva”, Nueva Sociedad, Nro. 112, Marzo-Abril 1991, pp. 136-143).



8.3. Detención para cumplir actividades burocráticas de control social: la identificación de los ciudadanos. Violación a la garantía primaria libertad. Violación a la presunción de inocencia.

En un Estado de Derecho, la libertad debe ser la regla y su restricción, la excepción.

La libertad ambulatoria constituye una garantía primaria, resguardada por la garantía secundaria de que goza el imputado “estado de inocencia” (arts. 14, 18 CN).

De este modo, la detención de personas constituye una restricción de la libertad física que sólo puede convalidarse dentro de **precisos parámetros** para que la coerción no se torne una conducta ilegítima.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido **el derecho a la libertad de las personas sometidas a proceso**, remarcando la ilicitud de apelar a fórmulas genéricas en torno a la posibilidad por parte de los imputados de eludir la acción de la Justicia (“Cacciatore” CSJN-Fallos, 307:549; “Estévez” Fallos CSJN- 320:2105; Trusso CSJN-Fallos 327:954), la invalidez de la creación legislativa de categorías de delitos inexcusables (“Nápoli, Erika Elizabeth”CSJN-Fallos, 321:3630) y la inconveniencia de analizar en etapas anticipadas del proceso si habrá de concurrir una condena de efectivo cumplimiento (“Gotelli”, CSJN-Fallos, 316:1934)

Asimismo, en los últimos años se ha diseñado una consolidada jurisprudencia que le asigna a este derecho a la libertad durante el proceso una **raíz constitucional** (“Barbará, Rodrigo Rui”, CNCrimyCorr, Sala I, 10/11/03, LL 2004-A-304; “Macchieraldo, Ana María”, CNCP, Sala II, 22/11/04, LL 2005-B-206; “Arredondo, Cristian” CNCP, Sala III, rta. 22.12.2004).

En consecuencia, se hace palmaria la **evidente contradicción**, que ya fuera advertida por Oscar Blando: por un lado, *estrictas medidas y*

resguardos impuestos por las Constituciones Nacionales y Provinciales, así como por la doctrina y jurisprudencia procesal para la restricción de libertad de los imputados de delitos; y por otro lado, la vigencia de normas que permiten detener a personas que no han cometido delito sin aquellos recaudos (Blando, Oscar “Detención policial por averiguación de antecedentes,” p. 131, Juris, Rosario, 1995).

Dicho en otros términos, si en cada proceso iniciado por la comisión de un delito, deben brindarse razones autónomas que justifiquen la detención cautelar de un inocente, **resulta inadmisibile que en actuaciones administrativas motivadas en funciones de control social se habilite una privación de libertad durante el procedimiento que conlleva la culminación de dicho trámite.**

Las contradicciones apuntadas se hacen aún más visibles si se advierte, por ejemplo, que en determinadas provincias se han vedado por completo las facultades policiales para detener por averiguación de identidad. Para el caso, el art. 24 de la Constitución de La Rioja enuncia: **“Queda prohibida la detención por averiguación de antecedentes”**.

La facultad policial contenida en el inciso tercero del art. 9no de la ley 13482 conculca el derecho constitucional a la libertad ambulatoria al admitir la posibilidad de privar de su libertad a las personas hasta tanto el ineficaz aparato burocrático del Estado determine su identidad, sin que exista delito, falta o contravención que justifique la injerencia.

En todo caso, **constituye una carga del Estado implementar las tecnologías adecuadas**, que en los tiempos de la globalización e intercomunicación informática están a su alcance, **que en forma veloz y efectiva permitan establecer la identidad de un sujeto**, a través de una constatación inmediata en la vía pública, que implique una demora mínima a los particulares que no lleven consigo un documento



identificadorio.

Ya en el año 1990, durante la discusión parlamentaria que motivó la sanción de la ley 23950, los diputados Cortese y Di Caprio sostuvieron: *“métodos modernos de identificación demuestran que, en el estado actual de la técnica policial y con los elementos con que ya cuenta –y sin perjuicio de las positivas mejoras que puedan introducirse en el futuro- el término de cuatro horas establecido en el proyecto satisface las necesidades policiales a los fines de la prevención del delito y al mismo tiempo preserva los derechos individuales de no estar detenido sin causa”* (Trámite Parlamentario, Nro. 44, 28/6/1990, p. 1966) .

Si hace **treinta años**, ya se había instalado en el Congreso Nacional la existencia de mecanismos para acelerar el trámite identificadorio a un término máximo de cuatro horas, el desarrollo tecnológico ulterior impone una celeridad aún mayor, que implique una demora mínima en la vía pública.

En agosto de 1996 se inauguró la nueva sede de la Superintendencia de Policía Científica, dedicada a desarrollar toda la actividad documentaria y pericial de la PFA, contando con sistemas computarizados de registro y búsqueda papiloscópica que permitirían conformar archivos por medio del escaneado informático de las fichas dactilares, de modo que la sola obtención de una huella dactilar permite dar de forma instantánea con la persona que se busca, sus datos biográficos y biométricos (Tiscornia – Eilbaum y Lekerman *“Detenciones...”* cit, p. 46/7).

De igual modo, en el año 1999 el periódico Clarín publicó una nota bajo el título: *“Averiguación de antecedentes sin pasar por las comisarías”*, donde se informa que *“la Secretaría de Seguridad llamará a licitación para equipar a la Policía Federal con nuevo sistema informático que permitirá controlar los datos de las personas –y hasta sus huellas*

digitales- en pocos segundos". Se especifica en el artículo que el personal policial desde los propios patrulleros "podrán chequear los antecedentes de las personas directamente en la calle y en tiempo real, sin necesidad de llevar a los sospechosos a la comisaría" (Edición del lunes 24.05.1999, en internet: www.clarin.com/diario/1999/05/24/e-03601d.htm).

En consecuencia, **la no implementación de esos mecanismos pese a existir las posibilidades técnicas de hacerlo, no puede conllevar la conculcación de garantías fundamentales.**

Ya en 2008 en el caso 'G, L.O. s/ Habeas Corpus' [Registro 1576 del JG4 MdP] la información recabada puso en evidencia la existencia en el ámbito del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, un adecuado sistema informático que permite determinar, en fracción de segundos, la eventual existencia de impedimentos legales respecto de una persona determinada. Los datos aportados por el Licenciado Luis Alberto Ivanovich Director Operativo de Comunicaciones del Ministerio de Seguridad y el Capitán Gabriel Martín, Jefe del Departamento Pericias y Análisis Electrónico, verificaron esos extremos (p. 117/8 de dicho Habeas Corpus).

Además de lo expuesto, la prueba documental incorporada a dicho expediente (p. 125), reproduce información periodística que da cuenta que la nueva tecnología "Morpho Rad ID", incorporada hace más de una década al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, la que **al momento de esa acción de Habeas Corpus había permitido identificar de manera instantánea, en la vía pública, a personas en general**, habiéndose procesado la información de 300 personas, sin que arrojara algún resultado de importancia.

En consecuencia, **existiendo posibilidades informáticas para que el trámite administrativo sea cumplido en forma inmediata mediante**



una comunicación telefónica que genere un rastreo informático de los datos requeridos, resulta desproporcional, irrazonable e injustificado que se utilicen mecanismos basados en prácticas rutinarias y burocráticas, tales como el traslado de las personas a una comisaría, su ingreso en condición de detenido, su ubicación en un calabozo y especialmente, su privación de libertad durante largas horas

La regulación legal apuntada no sólo viola la garantía primaria apuntada, sino también **la garantía secundaria “presunción de inocencia”, la que se subvierte en un “estado de sospecha” indefinido**, que convierte a todos los ciudadanos en sospechosos de registrar impedimentos legales (pedidos de captura, órdenes de detención, etc), **habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario**. (Blando, Oscar “Detención...” cit, pp. 145/147).

8.4. Las “circunstancias que razonablemente justifiquen” conocer la identidad de una persona. Afectación a las garantías de igualdad ante la ley y razonabilidad. Detención sin orden judicial

Se ha remarcado que la policía conforma la principal agencia de criminalización secundaria, y por ello cuenta con una amplia **capacidad discrecional** para administrar sus decisiones.

Si bien la selectividad es estructural y no hay sistema penal en el mundo cuya regla general no sea la criminalización secundaria en razón de la vulnerabilidad del candidato, como explica Zaffaroni, lo cierto es que **debe promoverse que esa característica estructural no alcance grados y modalidades aberrantes** (Zaffaroni – Alagia – Slokar “Derecho Penal. Parte General”, p. 12, Ediar, Buenos Aires, 2000).

El texto legal implica una fórmula vaga y carente de contenido, que deja un margen evidente para la arbitrariedad y desigualdad ante la ley.

Explican Tiscornia, Eilbaum y Lekerman que “ *‘las circunstancias que razonablemente justifiquen’* conocer la identidad de una persona a la que hace referencia la ley, permiten inferir que las mismas quedan sujetas, por un lado, al ya conocido ‘olfato policial’ y la capacidad de detectar conductas y personas ‘sospechadas’ y por otro lado, a demandas coyunturales -muchas veces provenientes de los medios de comunicación o de grupos vecinales o sociales acotados- sobre ‘la necesidad de vigilar y/o neutralizar a grupos determinados, aunque estos no representen amenaza cierta para la seguridad urbana, por ejemplo, inmigrantes, jóvenes reunidos en las esquinas o plazas públicas, prostitutas, etc.’” (Tiscornia - Eilbaum, y Lekerman, “Detenciones...” p. 46/7).

De este modo, el amplio poder discrecional de la instituciones policiales debe ser acotado a través de un programa penal que sirva como marco de contención a los abusos y excesos cometidos desde el Estado.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado en diversos pronunciamientos que nadie puede ser “*privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)*” [Corte IDH, Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C n° 16, párr 47; en igual sentido Corte IDH , Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C n° 35, párr 43].

Alberto Bovino ha interpretado las consecuencias de esta decisión para nuestro derecho son evidentes ya que **el art. 18 de nuestra Constitución Nacional dispone que nadie puede ser ‘arrestado**



sino en virtud de orden escrita de autoridad competente', no existiendo en nuestro texto constitucional la excepción de la flagrancia. Agrega Bovino: *“De allí que, como principio general, en nuestro país la detención de toda persona requiere, de manera necesaria, la ‘orden escrita de autoridad competente’, que debe ser obtenida con todas las formalidades previstas en la leyes procesales. En cualquier otro caso, la detención es, en principio, ilegítima, a menos que se trate de verdaderos supuestos de urgencia, definidos de manera estricta, y de aplicación efectivamente excepcional, que justifiquen inequívocamente la detención y que además estén previstos por la ley en sentido formal. Por ello, el legislador está obligado a definir todo supuesto de excepción a la detención sin orden y sólo para los casos de flagrancia, de modo estrictamente restrictivo y excepcional. Los tribunales, por su parte, tienen el deber de aplicar las reglas legales respectivas de la manera más limitada posible. De otro modo, los órganos estatales violarían la exigencia impuesta por el art. 7 n° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* (Bovino, Alberto “El fallo ‘Suárez Rosero’” en “Justicia Penal y Derechos Humanos”, pp. 9 ss, Del Puerto, Buenos Aires, 2005).

8.5. Detención de personas que poseen su documento de identidad. Transformación de los motivos de la detención: de la “averiguación de identidad” legal a la “averiguación de antecedentes” real. Violación al principio de legalidad.

He señalado mi posición en punto a que constituye una flagrante violación a garantías constitucionales la detención de una persona para conocer su identidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, el análisis sobre el uso que la fuerza policial asigna a esta facultad, evidencia que las detenciones fundadas

en la norma cuestionada, en realidad **se justifican en motivos distintos a los enunciados en la ley.**

En efecto, explica Sozzo que la “*detención por averiguación de identidad creada por la reforma legal viene a tener entonces como ‘conditio sine qua non’ que la persona no acredite ‘fehacientemente su identidad’ lo que en el diseño de los legisladores se pensaba como una herramienta para limitar los casos en lo que se procediera esta privación temporaria de la libertad ambulatoria*” (Sozzo, Máximo “Pericia...” cit., p. 822).

Si bien la regulación legal ha modificado la denominación de la detención anteriormente llamada para la “*averiguación de antecedentes*” a la actual “*averiguación de la identidad*”, el caso ‘G, L.O. s/ Habeas Corpus’ [Registro 1576 del JG4 MdP], puso de manifiesto que, aún cuando el particular posea credencial identificatoria, igualmente es privado de su libertad, ya que es necesario conocer si existe impedimento legal alguno a su respecto.

Esto indica que, **en la práctica, la detención de personas en base al inciso 3ero del art. 9 de la ley 12155 se lleva a cabo para determinar si el sujeto registra antecedentes penales.**

En opinión de Sagüés, “*una detención por <averiguación de antecedentes> carece de todo sustento constitucional. Si una persona lleva su documento de identidad, y no está comprometida en un delito concreto, detenerla sin más para estudiar más tarde si alguna autoridad lo requiere penalmente, importa un arresto arbitrario e inconstitucional, en virtud del estado de presunción de inocencia- por más que esa detención esté autorizada por una ley. En el caso argentino, cabe agregar que el art. 18 de la Constitución determina que nadie será arrestado sino en virtud de <orden escrita de autoridad competente>.*

Lo correcto, pues, es que primero se exhiba la orden detención y



en virtud de ella el sujeto quede preso. Lo absurdo, es que se lo detenga primero, para averiguar después si hay o no orden de arresto. (Sagüés, Néstor Pedro “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina”, en revista *Ius et Praxis*, volumen 5, número 1, p. 217, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1999). **Pero además, este mecanismo es utilizado en la práctica para subvertir principios básicos del proceso penal.**

Resulta por todos conocido que, en el marco de una investigación por la eventual comisión de un delito, la detención de personas sospechadas de su intervención en un hecho típico, resulta sólo procedente en virtud de orden judicial competente o ante un supuesto de flagrancia (arts. 151, 153 y 154 CPPBA).

Sin embargo, las circunstancias fácticas constatadas en este proceso, y el propio contenido de algunos protocolos de actuación acompañados por los titulares de algunas Comisaríaes locales, permiten concluir que la facultad conferida al personal policial a través del art. 15 de la ley 13482 **en la práctica funciona como un mecanismo para sortear la exigencia legal de orden judicial de detención en casos donde no hay delito flagrante alguno.**

Esta subversión de dicha facultad, que según lo informado por los propios funcionarios policiales parecería ser avalada por algunos Agentes Fiscales, procura que durante el período de tiempo en que la persona permanece detenida, se reúnan elementos de prueba suficientes para requerir su detención ante la autoridad judicial respectiva.

Es decir se alteran e invierten los principios vigentes en el ordenamiento adjetivo que exigen reunir indicios vehementes de la intervención de una persona en un delito para luego requerir su detención y se la detiene alegando una averiguación de identidad

inexistente (en el caso 'G, L.O. s/ Habeas Corpus' [Registro 1576 del JG4 MdP] el accionante llevaba consigo su DNI) para luego buscar pruebas que permitan continuar con la detención vencido el período de doce horas previsto en la ley 13482.

8.6. Detención sin posibilidad de comunicar su situación de privación de libertad. Violación a estándares internacionales en materia de condiciones de detención.

En aquella acción de Habeas Corpus pude comprobar que L.O.G. permaneció privado de su libertad **sin brindársele la posibilidad de comunicar su situación de detención a ninguna persona de su confianza.**

En principio, la propia ley 13.482 en su artículo 16 establece que

“Toda persona privada de libertad debe ser informada por el personal policial responsable de su detención, inmediatamente y en forma que le sea comprensible la razón concreta de la privación de su libertad, así como de los derechos que le asisten:

a) a guardar silencio, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen

b) a no manifestarse contra sí mismo, y a no confesarse culpable.

c) a comunicarse en forma inmediata con un familiar o allegado, a fin de informarle el hecho de su detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

d) a designar un abogado y a solicitar su presencia inmediata para su asistencia en diligencias policiales y/o judiciales que correspondieren.

e) a que se realice un reconocimiento médico que verifique su estado psicofísico al momento de la privación de su libertad y, en su caso, a recibir en forma inmediata asistencia médica si fuese necesario“

Los datos recabados en aquel proceso, permitieron concluir que



durante las ocho horas que el accionante estuvo privado de su libertad para “conocer su identidad”, **se omitió brindarle la posibilidad de informar las causas de su detención a un familiar o allegado.**

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en la materia: “El detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo la custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda” (Corte IDH. Caso Bulacio Vs Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100).

8.7. Detención sin comunicación de las circunstancias y motivos de dicha medida al juzgado de garantías en turno. Violación al principio de judicialidad.

Ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de la detención, es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad”* (Caso Bulacio vs Argentina, Corte IDH, párr. 128).

Del mismo modo, sostuvo *“Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado”* (CIDH, Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 84 y caso Castillo Petruzzi y otros, párr. 108)

Según Coriolano, las cifras del *“viejo y lamentable instituto de la doble A en la Provincia de Buenos Aires son de difícil acceso. Hay casi nulo o muy poco conocimiento de las autoridades judiciales; es una de las mayores oportunidades para la aplicación de torturas u otro tipo de tratos crueles; no se puede conocer si las personas que han sido detenidas son o no las mismas”* (Coriolano, Mario exposición en el Seminario Internacional de Posgrado “Derechos Humanos: sistemas de protección”, en www.defensapublica.org.ar).

En la investigación desarrollada por Sofía Caravelos, se pone en evidencia que **no hay un registro en el poder judicial de estas prácticas**: *“es significativo que los pasillos de la Procuración General de la Corte, que en la Provincia de Buenos Aires es el órgano que revela los datos referidos a la actividad jurisdiccional (cantidad de denuncias recibidas, cantidad de detenidos en procesos judiciales, tipo de procesos judiciales discriminados por delitos, cantidad de sentencias, etc), nos encontramos con que las detenciones policiales no era incluidas en ningún apartado (...)los partes que, parcializados y a destiempo remite la agencia ejecutiva al Juez de Garantías, a la Defensoría en turno o acaso a la Fiscalía, terminan perdidos en la vorágine de las urgencias que se califican de mayor gravedad”* (Caravelos, Sofía “Documentos por favor. La policía en las calles” en “La criminalización de la protesta social”, p. 112, ediciones grupo la grieta, La Plata, 2004)

Además, se remarca en la citada investigación que este instituto se utiliza en muchos casos con consentimiento judicial para efectuar la detención por la presunta participación en hechos delictivos cuando todavía no hay pruebas para detener.

Los datos de la realidad ponen de manifiesto que no existe posibilidad real alguna que los órganos judiciales controlen las *“razones que*



justifiquen” la decisión administrativa de detener a una persona para conocer su identidad, como tampoco puede controlar el modo en que se cumple esa detención.

La razón es obvia: la agencia policial comunica a los operadores judiciales la detención una vez que la persona ya se encuentra en libertad.

8.8. Declaración de inconstitucionalidad. Justificación.

Propone Ferrajoli llevar adelante un control sobre las normas en un triple nivel: **vigencia, validez y eficacia**. La vigencia de una norma se vincula a su aspecto formal, derivada de la regularidad del acto administrativo de su sanción. La validez de una ley conlleva un análisis sobre su legitimidad jurídica sustancial, que se vincula al contenido de esas normas, el cuál debe adecuarse a principios constitucionales relativos a los derechos humanos, la igualdad y la estricta legalidad penal. Finalmente, se valorará la eficacia de una norma respecto a las normas de rango inferior al suyo (Ferrajoli, Luigi *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*, p. 359, Trotta, Madrid, tercera edición, 1998).

Siguiendo esta concepción, las contradicciones de la ley bajo análisis con fundamentales garantías constitucionales -conforme fuera analizado en cada uno de los puntos precedentes-, determinan **la invalidez de la norma** que habilita la detención de personas al sólo efecto de conocer su identidad, debiéndose declarar la inconstitucionalidad de dicha ley.

La mayoría de la doctrina nacional se pronuncia a favor de la declaración de inconstitucionalidad de oficio (ver al respecto el interesante trabajo de de Patricio Maraniello *“Declaración de inconstitucionalidad de oficio”*, Librería del Jurista, Buenos Aires, 2008).

El vicio de inconstitucionalidad del que puede adolecer cualquier norma o comportamiento estatal puede darse tanto al momento de su incorporación al ordenamiento jurídico como **posteriormente**, verificándose ésta segunda alternativa en dos supuestos: **cuando han cambiado las situaciones fácticas tenidas en cuenta al momento de sancionarse la norma** o cuando ha cambiado la Carta Magna y la norma anterior no es compatible con el nuevo diseño constitucional (Toricelli, Maximiliano “El sistema de control constitucional argentino”, Lexis Nexis, Desalma, Buenos Aires, 2002).

Aún reconociendo el avance que han implicado tanto la sanción de la ley 13482 -en tanto estableció recortes a las facultades policiales para privar a una persona de su libertad por averiguación de identidad- como la doctrina emanada de la CIDH a partir del caso “Bulacio” –que se trasladó a pronunciamientos de tribunales locales imponiendo un estricto control judicial al modo de ejecución de dichas facultades (caso “Wekkeser” ya citado), lo cierto es que en la actualidad han cambiado las situaciones fácticas, **ya que es posible determinar la identidad de una persona mediante una comunicación telefónica en la vía pública que genere una respuesta inmediata.**

Concluyo, en consecuencia, que si bien el Estado conserva la facultad de identificar a las personas, el uso que debe darse a dicha facultad en un Estado constitucional y democrático de derecho **en modo alguno permite convalidar que se prive de la libertad a las personas para realizar la diligencia burocrática de su identificación**, máxime cuando la práctica evidencia que el uso de dicha facultad se emplea en forma selectiva y arbitraria, sin comunicación al órgano judicial que debería tomar conocimiento, y sin brindarle la posibilidad al demorado de comunicarse con una persona de su confianza (‘G, L.O. s/ Habeas Corpus’ [Registro 1576 del JG4 MdP],.



De este modo, competirá al Estado la implementación de mecanismos eficientes, que ya tiene a su alcance y que debe ejecutar en forma coordinada, de modo que permitan identificar a quienes no cuenten con la documentación respectiva, **a través de procedimientos de inmediato resultado en lugares públicos que no conlleven la privación de libertad de las personas.**

Antes que el suscripto, ya el Juzgado de Instrucción de la 13era Nominación de Rosario declaró la inconstitucionalidad del art. 10 inc. B) de la ley Órgánica de la Policía Provincial 7395. De igual modo, con la anterior redacción asignada a la facultad en la ciudad de Buenos Aires, el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción del Dr. Marcelo Faimberg, en una causa de habeas corpus a favor de Oscar Coria, declaró la inconstitucionalidad del art. 5 inc. 1 del dec-ley 333/58 Ley orgánica Policía Federal, en razón de entenderse que la norma afectaba la garantía del art. 18 por cuanto atribuye a funcionarios dependientes del poder administrador una facultad que la CN ha reservado en forma exclusiva a los jueces (ambos pronunciamientos citados por Oscar Blando en la obra citada, pp. 154/5).

En el año 2012, el estado provincial ha admitido que esa norma debe interpretarse protegiendo los derechos fundamentales de las personas, en particular el principio de igualdad ante la ley, la garantía primaria a la libertad y los principios de razonabilidad, legalidad y control judicial (resolución del expediente administrativo nº 21.100-562.495/12 del Ministerio de Justicia y Seguridad de Buenos Aires, a cargo del entonces ministro Ricardo Casal).

Como consecuencia de ello, en el Anexo I a dicho acto administrativo incluyó un Protocolo de actuación de las policías de la Provincia de Buenos Aires para su intervención en los casos de averiguación de identidad.

En ese protocolo se indica que dicha facultad legal debe ser utilizada sólo de modo excepcional y siempre adecuándose a los parámetros de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, mínima duración, respeto irrestricto a la ley y los derechos humanos.

En cuanto al procedimiento, se indica que *“la autoridad policial deberá en primer término procurar la identificación en el lugar en que se encontrare la persona, solicitando la documentación que permita acreditarla. Si la persona resulta identificada, estará vedada la posibilidad de traslado con fundamento en ésta causal. La identificación podrá realizarse a través de la exhibición de DNI, cédula de identidad, pasaporte, certificado de documento en trámite, carnet de conducir carnet de obra social o cualquier otro documento que acredite identidad. Asimismo, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles a tal fin.”*

Sin embargo, una cuestión es el plano del *deber ser* normativo y otra muy diferente la del *universo de los hechos*.

Dos años después de dictado ese Protocolo, pude comprobar personalmente **su desconocimiento absoluto y la consiguiente falta de aplicación por la Policía de la Provincia de Buenos Aires** en las “Jornadas de Capacitación en Derechos Humanos”, dirigidas a funcionarios policiales del Comando de Prevención Comunitaria, desarrolladas los días 3 y 10 de septiembre de 2014, organizadas por la Secretaría de Seguridad, Justicia Municipal y Control de la Municipalidad de General Pueyrredón en conjunto con la Dirección para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de dicha comuna, en la que me tocó intervenir como disertante junto al Dr. Gabriel Bombini.

El Informe Anual 2015 del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria documenta la **continuidad del uso ilegítimo**



de esta facultad policial:

*“Detenciones por averiguación de identidad. Como venimos sosteniendo en los diferentes informes anuales, las detenciones sin orden judicial organizan gran parte del trabajo cotidiano de la institución policial. Las hemos descripto como inconstitucionales, en tanto ilegales y arbitrarias. Ilegales por no cumplir con los requisitos impuestos en el plano constitucional; arbitrarias si, a pesar de respetarlos en lo formal, resultan ilegítimas por representar un abuso de poder. Más allá del plano normativo, este conjunto de prácticas limitan la libertad de circulación y se desarrollan según un patrón de discriminación clasista y etario. Constituyen muchas veces la condición de posibilidad para el despliegue de otras violaciones a los derechos humanos aún mas graves. Durante las inspecciones a comisarías realizadas por ésta Comisión **se ha identificado la persistencia de esta práctica, más allá de iniciativas tales como el Protocolo creado por el Ministro de Seguridad durante el año 2012.**” (p. 64).*

Más recientemente, el Informe Anual 2019 del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria reitera la denuncia del uso discrecional del instituto de la detención para averiguación de identidad, en el marco de dispositivos de saturación policial (p. 346).

En consecuencia, es un imperativo para la jurisdicción remarcar el carácter ilegítimo de determinadas normas, por su invalidez con el contenido de esenciales garantías constitucionales, con el objeto que en el marco de un verdadero estado de derecho, dichas disposiciones sean derogadas por quien tiene facultad para ello.

En definitiva, siguiendo a Perfecto Andrés Ibáñez, concluyo que *“la función judicial debe estar orientada a la realización de los valores constitucionales, en particular los de libertad, justicia e igualdad; y en general, a dar satisfacción a las exigencias de principio representadas por los derechos fundamentales y las libertades públicas”* (Ibáñez, Perfecto Andrés “En torno a la jurisdicción”, p. 54, Del Puerto, Buenos Aires, 2007)

9. Requisitos sin orden judicial.

9.1. Estándares para la realización de una requisita sin orden judicial.

Otra de las cuestiones centrales de la presente acción de Habeas Corpus transita por el control judicial de las requisitas sin orden.

La requisita sin orden judicial tiene dos características centrales en cuanto a los presupuestos de su admisibilidad:

- por un lado, **una exigencia genérica**, que es idéntica para todos los casos de requisitas: la concurrencia de **motivos suficientes** para presumir que la persona oculta, en su cuerpo, cosas **relacionadas con un delito** (art. 225 CPPBA).
- por otra parte, **un requisito específico**, que es propio de esta modalidad intrusiva cuando se ejecuta sin autorización de un juez: la existencia de **razones de urgencia** que justifiquen prescindir del control jurisdiccional previo, su autorización judicial y la motivación de dicha decisión (art. 294 inciso 5to CPPBA).

Respecto de la primer exigencia, cabría preguntarse *¿qué se entiende por “motivos suficientes”?*

Langer asimila este requisito al **concepto de indicios**, entendidos éstos como datos de los cuales, mediante una operación lógica, se puede inferir la existencia de otros hechos (Langer, Máximo *“La requisita*



personal en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Nueva Doctrina Penal 1996/A, p. 243).

Para Carrió, este concepto implicaba la concurrencia de “motivos en serio. O sea **motivos previos y no generados mágicamente en función del éxito de la propia requisita**” (*Carrio, Alejandro “Requisitas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards Light”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 5, nro. 1, Buenos Aires, 2000, p. 32/3).*

Si bien debe admitirse que la infinita variedad de circunstancias de hecho ha impedido establecer pautas rígidas para determinar la existencia de “motivos suficientes”, lo cierto es que **esos motivos han sido satisfechos cuando concurrieron tareas de inteligencia previas o situaciones de flagrancia**, mientras que se han anulado procedimientos que respondieron al aspecto personal del requisado, a su lugar de origen, a su presencia en cierto sitio, a supuestos de “merodeo” o a otras pautas que constituyen parámetros objetivos que razonablemente lleven a hacer excepción a derechos constitucionales (*Bertelotti, Mariano “La requisita personal” en “Garantías constitucionales en la investigación penal”, AAVV, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 58).*

Por su parte, el requisito **de urgencia** se vincula con cuestiones de seguridad personal (de la policía o de testigos) o probatorias (posibilidad de descubrir pruebas que ante la demora a la espera de la respectiva orden judicial pudieran desaparecer (*Leif Guardia, Diego “El requisito de la urgencia para la requisita personal sin orden judicial”, en “La injerencia en los derechos fundamentales del imputado”, Tomo II, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2006, p. 227 ss.*)

Por su parte, conforme lo contempla el art. 226 del CPPBA **el secuestro sin orden judicial puede ser delegado en la policía en**

casos urgentes, en la forma prescripta por el art. 219 CPPBA para los registros, lo que implica que deben **reunirse motivos para presumir que lo que se pretende incautar se trata de cosas relacionadas con el delito.**

Se ha dicho al respecto que *“no puede razonablemente fundarse una medida coercitiva accesoria como la requisa personal, **sobre la base de una única inferencia extraída de un único dato observado, a su vez, por un solo funcionario policial, sin ningún otro elemento objetivo adicional, inequívocamente corroborante y demostrativo de la deducción efectuada.** Si bien aquella observación puede resultar de interés, como hipótesis de trabajo o punto de partida para la investigación sobre la posible comercialización de estupefacientes, no logra satisfacer la exigencia de motivos suficientes para disponer, una medida limitativa de la esfera de intimidad, descartándose incluso luego, toda otra actividad pesquisitiva. De modo que, el sólo hecho de visualizar –el sargento L.- al ahora imputado CMV., cuando en el interior del bar denominado ‘Ricardito’ entregaba a otro sujeto -no identificado- un envoltorio a cambio de dinero, **sin ningún otro elemento o dato objetivo, no alcanza para sospechar fundadamente la comisión de delito y habilitar la intromisión en el ámbito mencionado”** (voto del Dr. Ricardo Favarotto en causa nro. 13817, Sala Tercera, Cámara de Apelación y Garantías de Mar del Plata, junio 2008).*

Finalmente, es oportuno recordar que **ninguna requisa sin indicios vehementes de la comisión de un delito ni razones de urgencia puede legitimarse por su resultado.**

Ese estándar ha sido fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al **cuestionar decisiones sobre la validez de requisas apoyadas en argumentos de naturaleza consecuencialista**, es decir



que convalidaron la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, sin tomar en consideración si el procedimiento se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos (*Casos “Fernández Prieto y Tumbeiro”, cit., párrafo 74*).

9.2. Rol auxiliar de la policía

En el marco de esta acción de Habeas Corpus, me parece esencial recordar estos principios porque lo contrario implicaría una grave alteración de los roles que deben existir en el proceso penal: **la acción penal se ejerce exclusivamente por el Ministerio Público Fiscal** (art. 6 CPPBA), que es quien **dirige a la policía en función judicial y practica la investigación penal preparatoria** (arts. 56 y 59 CPPBA).

Es que la dirección efectiva de la investigación por el Fiscal, permite que “la actividad pesquisitiva **se adecue a criterios objetivos**, al procurar y asegurar la producción de elementos de convicción de cargo como de descargo, revalorizando la idea de que a la sociedad le interesa tanto la condena del culpable como la absolución del inocente. La sujeción de la policía al Ministerio Público le obliga a comunicar inmediatamente los delitos de acción pública que lleguen a su conocimiento. Ello le permite **controlar tanto lo investigado como lo no investigado** al decir de Gössel. En este sentido, la subordinación de la policía al Ministerio Público debe **reforzar la vinculación legal en el uso de la fuerza contra los ciudadanos**, como dice Luigi Ferrajoli” (*Falcone, Roberto – Madina, Marcelo “El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires”, 2da edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 33*).

Ello implica afianzar lo que Binder denomina **el carácter de institución bifronte del Ministerio Público**: con una cara mira al *mundo* policial y

con la otra cara al *mundo* judicial, cumpliendo una función de *punte*, de interfase entre estos dos mundos que tienen sus reglas, sus costumbres y hasta sus propios valores (*Binder, Alberto "Política Criminal. De la formulación a la praxis", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 176*)

Es central que los funcionarios policiales **incorporen en su cultura** organizacional su rol de auxiliar del Ministerio Público Fiscal, descartando la autonomía de la **vigilancia policial y seguimiento de personas, fuera de los casos de flagrancia, todo ello sujeto a controles externos y a pautas objetivas sobre la legalidad de sus actos.**

9.3. Requisitos sobre mujeres y colectivo trans

Otra cuestión esencial transita por el modo de ejecución de las requisas sobre mujeres e integrantes del colectivo trans travesti.

Malacalza, Jaureguiberry y Caravelos han realizado una investigación de campo que evidenció modalidades de requisas que utilizan la desnudez forzosa y el tacto anal realizada en la vía pública, conductas acompañadas de insultos y/o agravios en la identidad de género autopercibida y la utilización del nombre de varón en los trámites judiciales.

"En estos procesos de detención la cantidad de mujeres trans y travestis aprehendidas es considerablemente mayor que las que finalmente resultan vinculadas a una causa judicial. Las requisas policiales son grupales y la mayoría de ellas son llevadas en los patrulleros a la dependencia policial donde se labran las actuaciones. Durante ese trayecto lxs funcionarios policiales las extorsionan ofreciéndoles, a cambio de dinero, modificar el tipo penal. Se establece



entonces, la posibilidad de pasar de la figura más grave - tenencia con fines de comercialización- a la figura más débil- la detención por averiguación de identidad que puede utilizar el funcionario policial para justificar la sustracción de una persona y su traslado a la Comisaría. En el medio quedan las figuras de contravención por escándalo en la vía pública; o la tenencia simple de estupefacientes o el delito de exhibición obscena. De acuerdo al resultado de esta extorsión se establece quién queda o no vinculada a la causa, por qué cantidad de sustancia y las actuaciones que se agregan al expediente”

(Malacalza, Laurana, Jaureguiberry, Inés y Caravelos, Sofía “Narcotravestis: procesos de criminalización de mueres trans y travestis por el delito de venta de estupefacientes” en Revista Cuestiones Criminales. Año 2, Nº 3, Junio 2019, www.lesic.com)

El punto de partida entonces debe implicar la obligación de respetar la privacidad y la integridad sexual de las personas, evitando prácticas invasivas, denigrantes o constitutivas de malos tratos y vejaciones.

En el ya citado caso Fernández Prieto – Tumbeiro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que la requisita en ningún caso puede resultar desproporcionada y **tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad** (párrafo 109).

Es interesante en este aspecto la referencia que propone el CELS en relación al protocolo y manual para requisas a personas trans en cárceles federales confeccionado por la Defensoría General de la Nación.

Dicho instrumento fue elaborado en el marco de una acción de habeas

corpus colectivo impulsada por la Defensoría General de la Nación desde su Programa contra la Violencia Institucional y sus comisiones de Cárceles y sobre Temáticas de Género, denunciando el carácter vejatorio de las requisas a las que se sometía a esa población al ingresar en las Unidades 28 y 29 del SPF (<https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/55-programas-y-comisiones/comision-sobre-tematicas-de-genero/2410-se-homologo-guia-para-regular-las-requisas-a-personas-trans>).

Si bien *son diferentes los marcos de actuación en un contexto de encierro*, existen pautas en común a considerar:

- a. la prohibición de desnudos íntegros o parciales;
- b. la consulta a la persona involucrada respecto a la preferencia sobre la identidad de género de la persona que hará el examen.
- c. la progresiva implementación de medios tecnológicos que permitan detectar la presencia de sustancias prohibidas.

Deviene esencial tomar en consideración las interseccionalidades que puedan darse sobre trabajadoras sexuales, personas trans y jóvenes en situación de calle, grupos vulnerables a las detenciones policiales, conforme se documenta en el Informe Anual del CELS 2019.

Sobre este punto, explica Lucía Inés Coppá que uno de los aspectos más importantes de las perspectivas feministas en criminología es el desarrollo de nuevas líneas de investigación en relación a la revisión epistemológica de la noción de género, así como su vinculación y asociación con dimensiones tales como la raza, la clase, la etnicidad y la orientación sexual (Coppá, Lucía Inés “Feminismo y penalidad como heterotopía”, en Suplemento Especial de la Revista Cuestiones Criminales, Cuadernos de Investigación, nro. 2, Septiembre 2019, p. 30, Universidad Nacional de Quilmes, www.lesyc.com).

Esto cobra especial importancia en Mar del Plata, donde se conjugan



dos dimensiones concretas de especial vulnerabilidad: orientación sexual y migración.

En efecto, una de las consecuencias de la ley 26.052 a nivel local ha sido un aumento exponencial de la población trans-travesti detenida, siendo en su vasta mayoría de nacionalidad extranjera (Los datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena [SNEEP] de 2018 dan cuenta que el 53% de las personas trans detenidas en el SPB son extranjeras).

En cuanto a la **identificación** de las personas trans-travestis en las actas de secuestro, es oportuno recordar los parámetros que el suscripto fijara en el precedente “Saya Barrionuevo” del año 2014 registrado bajo el nro. 3258-14.

Recordé en esa oportunidad que el artículo 12 de la ley 26.743 al establecer el Trato Digno como un principio fundante de la ley de identidad de género, ordena que *“deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su sólo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”*.

Por ese motivo, ordené que en lo sucesivo se identifique en el proceso a la imputada conforme la identidad de género adoptada, modificando la carátula y restantes datos emergentes de los registros informáticos, en plena conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 2, 3 y 13 de la Ley 26.743.

En consecuencia, corresponde exhortar a las fuerzas de seguridad a la identificación de las personas trans en las respectivas actas de secuestro de material considerado estupefaciente, en plena conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 2, 3 y 13 de la Ley 26.743.

9.4. Pedido de restitución de sustancias secuestradas.

Finalmente, corresponde dar respuesta al pedido del accionante de restitución de las sustancias secuestradas a los usuarios.

En primer término, he recordado que en “Arriola” la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado expresamente que **la no aplicación de una sanción penal por ser inconstitucional no significa legalizar la conducta que le dio origen a la decisión.**

Es en el ámbito del Congreso de la Nación donde debe darse la discusión en torno a la despenalización y/o legalización del uso de determinadas sustancias. No en una acción judicial de Habeas Corpus orientada a evitar detenciones arbitrarias.

En segundo lugar, no es admisible resolver judicialmente y en forma previa a cada secuestro el destino de los materiales incautados. Debe promoverse en cada caso y ante los fiscales y jueces que intervengan en las actuaciones respectivas la posibilidad de restitución de sustancias secuestradas, teniendo especialmente en consideración los supuestos previstos en la ley 27.350 de uso terapéutico de la planta de cannabis medicinal y su decreto reglamentario 883/2020.



10. Intervenciones policiales con personas intoxicadas en el espacio público.

La intoxicación por drogas es definida como un estado de alteración importante del nivel de conciencia, de las funciones vitales y del comportamiento que se produce como resultado de la administración de una sustancia psicoactiva en dosis excesivas (Organización Mundial de la Salud, Glosario de términos de alcohol y drogas, Ginebra, 1994).

Es un desafío **pensar la respuesta estatal en relación al uso problemático de psicoactivos como una esfera de competencia exclusiva de la salud pública.**

Enseña Daniel Russo que la intervención adecuada de un funcionario policial sobre una persona intoxicada por consumo de sustancias constituye una oportunidad valiosísima, similar a la noción de “minuto de oro” en la asistencia de un infarto de corazón.

“La contención de la situación, el trato respetuoso hacia quién está transitando esa instancia crítica y la derivación a la asistencia médica, puede constituir la última escena de sufrimiento en la vida del sujeto y el primer paso hacia la transformación de su biografía, por tanto la acción poicial no puede ni debe circunscribirse a la matriz punitiva” (Russo, Daniel “Intervención policial en sujetos intoxicados” en “Un libro sobre Drogas”, p. 298, El gato y la caja, Buenos Aires, 2017).

En ese sentido, es oportuno traer a colación la **Guía para el manejo de las situaciones de riesgo por intoxicación y abstinencia de sustancias psicoactivas**, elaboradas por la Sedronar en 2013.

En el referido documento se indica:

- que el uso problemático de sustancias puede ser entendido y

abordado como un problema de salud pública;

- que las adicciones pueden ser entendidas como enfermedades o bien como conductas que afectan a la salud y no como desviaciones morales o transgresiones;
- que la imagen estereotipada del usuario de estupefacientes como individuo peligroso y las conductas disfuncionales y frustrantes que resultan del uso indebido de estas sustancias pueden llevar a actitudes moralistas y agresivas para sus cuidadores.
- Que la intervención de la fuerza pública en situaciones de riesgo vinculadas al uso de sustancias sirve a los objetivos de preservar la salud y de garantizar la asistencia médica de los individuos afectados.

Frente al hallazgo de una persona intoxicada, la respuesta estatal no puede resultar la vía punitiva.

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado **arbitraria una detención fundada en una situación de ebriedad** dado que *“es más una condición transitoria de una persona, que una conducta. Esta Corte ya ha considerado que el ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características o condiciones personales del agente y no del hecho cometido ‘sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”* (Caso Acosta Martínez y otros v. Argentina, párrafo 85, resuelta el 31 de agosto de 2020, con expresa referencia al Caso Fermín Ramírez v. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005).

En consecuencia, corresponde exhortar a la Policía de la Provincia de



Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad que actúen en el Departamento Judicial Mar del Plata que las intervenciones realizadas por situaciones de intoxicación con sustancias en el espacio público sean canalizadas a través del artículo 4 de la Ley Nacional de Salud Mental nº 26.657 y de las pautas que regula el Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos por Ley 26.934

11. Conclusiones.

La presente acción no resuelve una multiplicidad de cuestiones adicionales vinculadas al “problema de las drogas”. No podría hacerlo, tanto por la propia delimitación del objeto de una acción de habeas corpus, como por cuestiones que exceden a la competencia de este órgano judicial. Pero tampoco podría hacerlo por la variedad de aspectos sociales, políticos, culturales y sanitarios que implica la temática.

En ese sentido, el aporte que puede proponerse desde el activismo judicial en clave de Derechos Humanos es **intentar reducir los ámbitos propicios para el ejercicio de violencia institucional en la materia.**

El protocolo diseñado por la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata en 2015 ha sido un hito en la materia. El contenido de la presente resolución complementa aquél instructivo, fortalecido por los argumentos jurídicos aportados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos – Regional Mar del Plata (APDH) y la Asociación Civil Centro Encuentro Desarrollo Integración Regional (CEDIR).

El carácter contramayoritario del Poder Judicial, integrado por miembros que no somos elegidos por el voto popular, impide el diseño

de políticas públicas. Lo que sí se puede hacer es controlar que una política pública se ajuste a los estándares de convencionalidad y constitucionalidad que delimitan el horizonte de un Estado de Derecho. El debate sobre las consecuencias que genera la ley 23.737 en la criminalización de las poblaciones vulnerables **está pendiente en el Congreso de la Nación desde que se resolvió el caso Arriola.**

Hasta tanto la discusión central se lleva a cabo, suenan más vigentes que nunca las palabras de Kofi Annan:

“Creo que las drogas han destruido muchas vidas, pero las malas políticas de los gobiernos han destruido muchas más. Para una persona joven, tener antecedentes penales por un delito menor de drogas puede constituir una amenaza mucho mayor a su bienestar que un uso ocasional de drogas. Lo que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha llamado ‘consecuencias imprevistas’ de nuestras políticas durante los últimos cincuenta años incluye el encarcelamiento generalizado y la creación de un enorme mercado negro internacional y delictivo que alimenta la violencia, la corrupción y la inestabilidad.

Lamentablemente, el de las políticas de drogas nunca ha sido un ámbito en el que las decisiones se basen en la evidencia y la eficacia. Con demasiada frecuencia, parece que lo que imperan son argumentos ideológicos. Sin embargo, la intención original de las políticas de drogas, según la Convención Única sobre Estupefacientes de la ONU, era proteger ‘la salud física y moral de la humanidad’. Debemos reorientar las políticas hacia ese objetivo”.

(Kofi Annan, Séptimo Secretario General de las Naciones Unidas [1997-2006] y premio Nobel de la Paz [2001]. Prólogo de la Guía



sobre políticas públicas del Consorcio Internacional de Políticas sobre Drogas).

Por los fundamentos desarrollados en la presente acción de Habeas Corpus es que

RESUELVO:

1. Hacer lugar a la presente acción de Habeas Corpus preventivo colectivo interpuesto por Gabriel Díaz en su carácter de Presidente de la Agrupación Marplatense de Cannabicultores, con el patrocinio letrado de Franco Natalio Bertolini (arts. 405 y cttes CPPBA)

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 usuaries de sustancias que la ley define como 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).

A los fines de establecer pautas objetivas que sirvan de indicador para determinar cuando una tenencia de sustancias es para consumo individual, se replica el instructivo elaborado por la Fiscalía de Estupefacientes de Mar del Plata:

- Marihuana (hojas, semillas y flores). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 50 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 50 gramos.

- Marihuana (plantas). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 3 plantas.
- Clorhidrato de cocaína. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 5 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos.
- Pasta base, “paco”, “crack”, pasta cruda, cualquier derivado de la producción de cocaína apto para fumar o inhalar. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 10 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos.
- MDMA, METH (éxtasis, síntesis de éxtasis). Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 0,5 gramos o 3 pastillas. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 3 pastillas.
- Anfetaminas. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 3 gramos o 5 pastillas. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 10 gramos o 5 pastillas.
- LSD. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 0,150 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el



estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: cualquier cantidad de sustancia que contenga hasta 0,150 gramos de LSD.

- Barbitúricos. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta 20 gramos. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta 20 gramos.
- Opioides. Cantidad de estupefaciente puro considerado para consumo personal: hasta equivalente a 1 gramo de morfina. Cantidad total de cualquier combinación de sustancias en que aparezca el estupefaciente en cualquier proporción considerado para consumo personal: hasta equivalente a 1 gramo de morfina.

3. Declarar la inconstitucionalidad del inciso “c” 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 libertad, los principios de igualdad ante la ley, de razonabilidad, legalidad y control judicial efectivo (art. 7 n° 2, 3 y 4, 8 n° 2 CADH; arts. 14 incs. 1 y 2, 17 inc. 1 PIDCyP; 16, 18 y 19 CN), siendo una facultad destinada a cumplir tareas administrativas que puede ejercerse actualmente por una mera consulta informática a la Jefatura Departamental La Plata desde la vía pública, resuelta en pocos minutos, opción ésta que no conlleva el traslado en condición de detenido a una dependencia policial, con la consecuente privación de libertad.

4. Instar a la Policía de la Provincia de Buenos Aires 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 ctes CPPBA).

Los cacheos y requisas deberán respetar la privacidad y la integridad sexual de las personas, evitando prácticas invasivas, denigrantes o constitutivas de malos tratos y vejaciones.

En particular deberá cumplirse con las siguientes pautas:

- a. la prohibición de desnudos íntegros o parciales;
- b. la consulta a la persona involucrada respecto a la preferencia sobre la identidad de género de la persona que hará el examen.
- c. la progresiva implementación de medios tecnológicos que permitan detectar la presencia de sustancias prohibidas.

En idéntico sentido se deberá proceder a la identificación de las personas trans-travestis en las respectivas actas de secuestro de material respetando su identidad autopercibida, en plena conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 2, 3 y 13 de la Ley 26.743.

5. Exhortar a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad que intervengan en el Departamento Judicial Mar del Plata 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. Hacer saber al accionante que deberá promoverse en cada caso y ante los fiscales y jueces que intervengan en las actuaciones respectivas la posibilidad de restitución de sustancias secuestradas, teniendo especialmente 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.**

Regístrese y notifíquese al accionante, Fiscalía de Estupefacientes, Defensoría General, Fiscalía de Estado, Policía de la Provincia de Buenos Aires, Policía Federal, Gendarmería Nacional. Remítase copia de lo resuelto a las organizaciones de Derechos Humanos que aportaron argumentos jurídicos para la resolución de la presente acción.

Juan Tapia.
Juez de Garantías.

Federico Wacker Schroder.
Secretario.