



JUZGADO DE IRA INSTANCIA EN LO PENAL CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N°10 SECRETARIA N°19
<PER> Y OTROS SOBRE 5 A - CULTIVO DE PLANTAS / GUARDA DE SEMILLAS / PRECURSORES QUÍMICOS O
CUALQUIER OTRA SUSTANCIA PARA PRODUCIR ESTUPEFACIENTES

Número: <NUM_CUIJ>

CUIJ: <NUM_CUIJ>

Actuación Nro: <NUM_ACTUACIÓN>

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Declara la nulidad del procedimiento policial y dispone sobreseimiento (artículos 77, 79, 80, 81 y 82 del Código Procesal Penal -en adelante, CPP- 13.1 y 13.3 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -en adelante, CCABA- 18, 19 y 75 inciso 22 Constitución Nacional -en adelante, CN-) - Realiza análisis situado respecto del cultivo del Cannabis (leyes 23.737, 27.350 y 27.669).

Buenos Aires, 27 de febrero de 2023.

ANTECEDENTES

El presente caso se inició el día <FECHA_HECHO>, en virtud de un incendio en el galpón ubicado en la calle <DIRECCIÓN>, de esta Ciudad, oportunidad en la cual personal de Bomberos del Destacamento Vélez Sarsfield a cargo del Teniente <PER> (LP <TEXTO_ANONIMIZAR>), intervino en un primer término, logrando apagar el fuego producido por lo que habría sido una contingencia eléctrica en un extractor.

De esta manera, luego de que se hubiera controlado el incendio, los Oficiales <PER> y <PER> de la Policía de la Ciudad, ingresaron al galpón afectado debido a que el personal de Bomberos manifestó haber hallado dinero en efectivo. Precisamente, un monto total de \$293.710 (doscientos noventa y tres mil setecientos diez pesos).

A esta altura, cabe aclarar, que previo al ingreso del personal policial al domicilio, ya se encontraban en el lugar —quien se habría identificado como el inquilino del lugar— <PER>, y sus dos amigos, <PER> y <PER>, a los cuales se los identificó mediante sus datos personales, manifestando aquellos —al personal policial—, que poseían una tienda de Grow Shop, en donde vendían productos relacionados con el cultivo y que utilizaban el depósito ubicado en el lugar a los fines de guardar mercadería.

Al ingresar al galpón, en el primer piso, el personal policial halló 25 (veinticinco) macetas con plantas quemadas, 41 (cuarenta y uno) macetas con plantines y 83 (ochenta y tres)

esquejes, todas ellas de marihuana. Además hallaron 1 (uno) paquete de color negro con inscripción “OCB” que contenía papel ultra fino.

Ante ello, los Sres. <PER> y <PER> manifestaron ser pacientes medicinales pertenecientes al REPROCANN, presentando los siguientes certificados:

El señor <PER> presentó la autorización para cultivo controlado y transporte con fecha de alta 11 de diciembre de 2021 y vencimiento 11 de diciembre de 2022;

El señor <PER> presentó la autorización para cultivo controlado y transporte con fecha de alta 1 de diciembre de 2021 y vencimiento 1 de diciembre de 2022;

El señor <PER> presentó la correspondiente solicitud de inscripción al REPROCANN con fecha 11 de diciembre de 2022.

Finalmente, luego de dicho procedimiento, el personal policial actuante realizó consulta con la Fiscalía de turno quien, interiorizada de los pormenores del caso, dispuso labrar actuaciones por infracción a la Ley 23.737 procediendo al secuestro de las macetas, plantines y esquejes.

Los análisis químicos de las plantas secuestradas, a excepción de las quemadas, dieron positivo para marihuana.

Al realizar un análisis del caso, el señor Fiscal solicitó que declare la incompetencia en razón de la materia en favor del Fuero Federal, ya que entendió que la conducta llevada a cabo por los acusados <PER>, <PER> y <PER> se encuadraba en el delito previsto y reprimido por el art. 5 inc. a) de la Ley 23737, y que aquel, no se encuentra transferido a esta Justicia Local en ninguno de los convenios efectuados entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la CABA.

Además, consideró que la cantidad de plantas de marihuana que se hallaban en el lugar, en modo alguno, podía entenderse como un cultivo destinado exclusivamente para consumo personal, por lo que correspondía declinar la competencia en tanto que esta Justicia Local carece de la misma para investigar el hecho en análisis.

ARGUMENTOS

1. Nulidad del procedimiento policial

Esta investigación penal se inició a partir de un acto nulo que fue el procedimiento policial sin orden judicial previa que ordenara a dicha fuerza a ingresar al domicilio que el Sr. <PER> alquilaba.

El presente procedimiento, como bien señalé en los antecedentes de esta resolución, se inició en virtud de un incendio en el galpón de la calle <DIRECCION>, de esta Ciudad, por lo que habría sido una contingencia eléctrica en un extractor. En un primer momento, intervino personal de Bomberos del Destacamento Vélez Sarsfield a cargo del Teniente <PER> (LP <TEXTO_ANONIMIZAR>), quienes lograron sofocar el incendio, y luego, asistieron los Oficiales <PER> y <PER> de la Policía de la Ciudad quienes fueron alertados por frecuencia radial de la Comisaría.

Posteriormente, se hicieron presente los acusados, quienes le señalaron al personal policial ser dueños de un Grow Shop en donde vendían productos relacionados con el cultivo y que utilizaban el depósito ubicado en ese lugar a los fines de guardar mercadería.

Ahora bien, en lo que respecta a dicho procedimiento, si bien fueron contradictorias las declaraciones testimoniales llevadas a cabo tanto por el Oficial <PER> como por el Oficial <PER>, acerca del motivo del ingreso al domicilio una vez sofocado el fuego, en ambas situaciones explicadas por personal policial, no surge la urgencia que justificara el ingreso al domicilio sin la orden de allanamiento.

En ese sentido, el Oficial <PER> no ha explicado un motivo claro que haya generado la necesidad del ingreso al domicilio, sino que sólo se ajustó a relatar que los acusados le manifestaron que ellos tenían un Grow Shop y que utilizaban el depósito a los fines de guardar mercadería, y además, que el personal de bomberos había encontrado dinero en efectivo, específicamente \$293.710 (doscientos noventa y tres mil setecientos diez pesos). Luego de lo cual, comenzó a relatar el procedimiento llevado a cabo una vez dentro del domicilio del Sr. <PER>.

Por su parte, el Oficial <PER> señaló en su declaración testimonial *“(...) debido a que dicho personal de Bomberos manifestó haber hallado dinero en efectivo (...)”,* y que aquel *“(...) se encontraba en el primer piso, en una habitación en donde se encontraban macetas con plantas quemadas (...)”*.

En efecto, el motivo por el cual los oficiales decidieron entrometerse en el espacio de intimidad de la casa alquilada por <PER>, ni ha sido justificado ni resulta razonable conforme

las previsiones del art. 93 del CPP que faculta, ante determinadas circunstancias que no se verificaron en el caso, a actuar, por la urgencia, sin la orden judicial.

Lo cierto es que la situación de urgencia en la que se pudiesen haber encontrado los oficiales con el incendio del galpón, no solo no era tal sino que además no fue ni siquiera alegada, puesto que el fuego ya había sido controlado y apagado con éxito por los bomberos, además que los acusados se encontraban junto al personal policial.

Incluso, el motivo alegado, de que los bomberos dijeron haber encontrado dinero en efectivo, tampoco se puede entender como una situación urgente que faculte al personal policial a ingresar a un domicilio sin una autorización judicial previa.

Véase, además, que la comunicación con la Fiscalía de turno ha sido luego allanar el domicilio, sin orden judicial y hallar las plantas, plantines y esquejes de marihuana y dinero en efectivo que fue devuelto inmediatamente a su dueño, el señor <PER>.

En esta línea, se ha expresado la Cámara de Apelaciones de este Fuero al señalar que *“(...) el artículo 86 del Código Procesal Penal de la Ciudad habilita la actuación autónoma de las fuerzas de seguridad (dando cuenta inmediatamente al/a fiscal) “en casos de urgencia y siempre que sea necesario para preservar la integridad física, la libertad o los bienes de las personas o la prueba de los hechos y en casos de flagrancia. En el caso de autos, no se daba ninguno de los presupuestos que permitía la actuación autónoma de las fuerzas de seguridad, y por ende, se requería una orden de allanamiento para realizar el registro del dormitorio del imputado, pues estando demorado el acusado, la situación se encontraba ya bajo control. La detención del imputado puso fin a toda urgencia excepcionalmente habilitante para la práctica de una actuación autónoma de la policía **sin orden** judicial en los términos del artículo 108 del citado código de procedimiento penal. Entonces, sólo en los casos de urgencia la policía está facultada para actuar en forma autónoma y registrar un domicilio **sin orden** judicial, lo que no ocurrió en el caso de autos, por lo que el procedimiento deviene nulo por haberse vulnerado las normas de carácter constitucional mencionadas (art. 18 CN y 13.8 CCABA).”* (Rta. 07/03/2014, Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, Causa Nro.: 0032914-02-00-12. Autos: R., H. Sala III. Del voto de la Dra. Silvina Manes con adhesión de Dr. Sergio Delgado (Dr. Jorge A. Franza en disidencia parcial).

En el caso en particular, advierto que la presencia policial en el lugar no obedeció a una denuncia sobre la comisión de un presunto ilícito que hubiesen estado cometiendo los

acusados, sino que fue por un incendio en el domicilio de aquel, que llevó a la intervención urgente de los Bomberos, en primer término, y de los oficiales de la Policía de la Ciudad, en segundo.

Es en esa oportunidad fue que se hallaron las plantas de marihuana, sin que se hubiese ordenado por parte del Ministerio Público Fiscal la realización de alguna diligencia investigativa. Lo anterior implicó que, sin haber sido mandados al efecto, los funcionarios policiales dieron inicio, de forma autónoma, a una serie de diligencias investigativas que implicaron un registro completo del inmueble del acusado y que culminaron con el levantamiento de la evidencia presuntamente incriminatoria en relación al delito de cultivo y cosecha de especies vegetales del género cannabis.

La jurisprudencia nacional se expidió en ese sentido cuando explicó que *“(…) no había motivos de urgencia que habiliten el acto y, ante la falta de la autorización, se verifica una clara violación a lo establecido en el citado artículo y a las garantías constitucionales que emanan del artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que los funcionarios policiales se excedieron en sus atribuciones legales. Pudieron haber adoptado medidas tales como la consulta con el juzgado, dar intervención a la fiscalía o la implementación de una consigna.”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 6 CCC 37450/2019/1/CA1 P., D. I. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 42 - rta. 14/11/2019).

En esta línea, tampoco surge de las actuaciones policiales que en la intromisión de los oficiales haya existido previo consentimiento del inquilino de la propiedad, <PER>, ni de sus dos amigos, <PER> y <PER>.

En el acta circunstanciada y en las posteriores declaraciones de los oficiales no se consignó ni siquiera en forma genérica que se informaron pormenores del registro pretendido a <PER>, como así tampoco, nada dice de los motivos, ni cómo habrían sido explicados y, en particular, del derecho a negarse al procedimiento.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado en el precedente *“Vega”* (Fallo: 316:2464 considerando 5°) que *“la ausencia de objeciones por parte del interesado a la inspección domiciliaria que pretendió llevar a cabo el personal policial, no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse*

expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización”.

Ello me permite concluir que el acceso se apartó del artículo 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de este modo la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

Por lo expuesto, corresponde que declare la nulidad del procedimiento policial realizado el pasado <FECHA> y todo lo actuado en consecuencia, todo ello conforme lo establecido por los artículos 77, 79, 80, 81, 82 y 128 CPP, a la luz del art. 13, incs. 1° y 3 CCABA, en función de los artículos 18, 19 y arts. 8. 2. g) y 8.3 CADH, 14.3 PIDCyP, en función del art. 75 inc. 22 CN.

2. Análisis situado respecto del cultivo del Cannabis (leyes 23.737, 27.350 y 27.669).

La cuestión del control jurisdiccional de avanzar con la criminalización de la situación hallada amerita un análisis especial.

La Fiscalía entiende que debe investigarse la conducta en los términos del art. 5 inc. a) de Ley 23737, que prevé: “(...) *Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación;*(...)”.

En esa línea, aclaró en su pedido, que difícilmente se podría entender que las plantas de marihuana halladas fuesen con el objetivo de un cultivo destinado exclusivamente para consumo personal de los acusados, solo especulando sobre la cantidad de macetas encontradas.

Ahora bien, no comparto la visión de la Fiscalía dado que no hay constancias en la causa que siquiera aporten indicios de una ultraintención de los acusados de comercializar las plantas de cannabis, o bien dicho, lo producido por cada una de ellas.

Lo cierto es que el personal policial actuante ha secuestrado, además de las plantas, una caja de “OCB” con papel ultrafino, y dinero en efectivo con un monto total de \$293.710 (doscientos noventa y tres mil setecientos diez pesos), que fue devuelto al Sr. <PER> al momento de los hechos lo que demuestra que no había hipótesis de ilicitud respecto de su origen.

Toda la situación de tiempo, modo y lugar en que se dieron los hechos obligan a mirar la cuestión a la luz de las leyes 27.350 y 27.669 y el impacto que estas tienen respecto de la ley 23.737

Ello así, porque no está controvertido que lo que se encontró es un espacio dedicado al cultivo de cannabis, donde dos de las tres personas que reconocieron como propio el emprendimiento, mostraron la habilitación que tenían al respecto expedida por el Registro del Programa Cannabis (REPROCANN), es decir estaban autorizados para el cultivo, siembra y cuidado de cannabis a los fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos; y el tercero de ellos acreditó haber dado inicio al trámite.

Cabe aclarar que la situación de que las credenciales exhibidas se encontraban vencidas desde diciembre pasado, no hace que desaparezca el hecho de que <PER> y <PER>, contaban con la habilitación previa por parte del estado para tener lo que les fue encontrado, tanto en lo relativo a la actividad comercial como en lo que hace a la posibilidad de tener un cultivo de cannabis.

El derecho penal no debe intervenir más en este tipo de conductas, ya que el dominio de esta situación ha quedado en el marco de las autoridades administrativas de salud, y en todo caso, deberá ordenarse dentro de las facultades propias del ámbito de regulación administrativa.

Para explicarme mejor, con el objeto de demostrar la inaplicabilidad de la ley 23.737 a este tipo de casos, recorro a explicitar la evolución legislativa en materia de producción, comercialización y distribución de derivados del cannabis con fines medicinales.

Por un lado, en 1987, en pleno auge de las políticas internacionales de la guerra contra las drogas, se sancionó la ley 23.737.

Allí se pena la tenencia de material que sea considerado estupefaciente conforme el listado que integra como anexo a esa ley donde hay muchas sustancias, entre las cuales se incluyó a la marihuana.

En el artículo quinto se abarca la punición a las distintas etapas que hacen a la cadena productiva del comercio de estupefacientes, mencionando la siembra y cultivo (5° inc. "a"), producción, fabricación o extracción (5° inc. "b"), hasta el comercio, distribución o entrega a título oneroso e incluso gratuito (5° incs. "c", "d" y "e").

El bien jurídico que se tiene por afectado por las conductas previstas en dicha ley es la salud pública, sin perjuicio de lo cual, ya en aquel momento, se dejaba aclarado que el castigo

se aplicaría a quienes realicen estas acciones típicas “sin autorización o con destino ilegítimo”, ello porque muchas de las sustancias incluidas en la ley forman parte de la industria de cuidado de la salud, pero la marihuana no estaba reconocida entre estas últimas.

Pasadas casi tres décadas desde la promulgación de esa norma y dentro del ámbito de la salud pública, recientemente el estado argentino, entre otros, ha iniciado un proceso de políticas de promoción de la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud, con regulación de las etapas productivas vinculadas al cultivo, producción y comercialización del cannabis.

Así, en marzo de 2017, el Congreso Nacional sancionó la ley 27.350 donde se incentiva el emprendimiento de acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud (art. 3° inc. “a”), la promoción de medidas de concientización dirigidas a la ciudadanía (art. 3° inc. “b”); garantizar el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorpore al programa, en las condiciones que establezca la reglamentación (art. 3° inc. “d”), y desarrollar evidencia científica sobre el empleo terapéutico y medicinal de la planta de cannabis y sus derivados (art. 3° incs. “e”, “f”, “g” y “h”).

En otras palabras, tras los avances científicos que demostraron propiedades medicinales del cannabis, el estado desplegó inequívocamente políticas públicas de salud propendiendo al desarrollo científico y estableció el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso medicinal de la planta de cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales”, en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación.

En noviembre de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el decreto 883/20 que reglamentó precisamente la ley 27.350. Sobre esto, la Corte Suprema ya reconoció que “la evidencia sobre la efectividad del aceite de cannabis para tratar diversas enfermedades y, en particular, la epilepsia refractaria, fue uno de los motivos de la sanción de la ley 27.350” (“CSJ 417/2018/CS1.B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo, Fallos: 344:2868).

Entre los argumentos de la sanción de la ley se explicita que las *“restricciones reglamentarias configuraron barreras al acceso oportuno de cannabis por parte de la población y como respuesta a ello, un núcleo significativo de usuarias y usuarios han decidido satisfacer su propia demanda de aceite de cannabis a través de las prácticas de autocultivo, y*

con el tiempo se fueron organizando en redes y crearon organizaciones civiles que actualmente gozan no sólo de reconocimiento jurídico sino también de legitimación social”.

A su vez, se creó en el ámbito del Ministerio de Salud el REPROCANN, que es un registro a través del cual se emiten autorizaciones para que los pacientes que reciben indicación médica como tratamiento medicinal, terapéutico o paliativo del dolor, puedan cultivar de forma controlada a la planta de cannabis y sus derivados.

En resumen, el Estado argentino fue avanzando en la regulación de la cadena productiva del cannabis con fines medicinales, por lo tanto aquellas personas que participan de la producción con destino medicinal o terapéutico se encuentran amparados por las leyes 27.350 y 27.669 y sus respectivos reglamentos y disposiciones de las autoridades competentes. Sus incumplimientos pueden dar lugar, según lo detalla la propia ley 27.669, a infracciones administrativas, pero no a la acción penal.

Es muy clara la ley 27.669. en su artículo 3 cuando expresamente, establece que *“En tanto, los cultivos autorizados dentro del marco regulatorio habilitado para la investigación médica y científica de uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados previstos en la ley 27.350 y el cannabis psicoactivo y derivados, contemplados en los artículos 1º, 8º, 12 y 25 de la presente, siempre que cuenten con la debida autorización estatal previa, no se considerarán estupefacientes a los fines de la ley penal.”* (el destacado me pertenece), resulta derogatorio de la tenencia y uso de cannabis en las mismas circunstancias presentadas en este caso, dentro de las prohibiciones de la 23.737.

Este marco regulatorio de nuestro país va en línea con la tendencia mundial respecto, no sólo de la abrumadora prueba científica que se ha dado con relación a los beneficios para la salud que se obtienen de la planta, sino también respecto del fracaso que significó en términos individuales y comunitarios la criminalización de la tenencia de esta sustancia.

En el 2018 la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomendó “eliminar el cannabis y el aceite de cannabis de la Lista IV”, la categoría más estrictamente controlada en la Convención única sobre estupefacientes de 1961. Dijeron que la Lista IV está compuesta por “sustancias dañinas y con beneficios médicos limitados” y que mantener el cannabis “en ese nivel de control restringiría gravemente el acceso y la investigación sobre posibles terapias derivadas de la planta” (CFCP - Sala I FSA 3273/2017/TO1/CFC1, “Gago, Esteban Daniel y otro s/recurso de casación”, rta. 9/12/2021).

Por lo contundentemente gráfico que resulta quiero terminar con la mención de un hecho de público y notorio conocimiento, me refiero al hecho de que, nada menos que los Estados Unidos de América, gendarme indiscutido de la implementación global de “la guerra contra las drogas”, el año pasado indultó a todas las personas condenadas por tenencia de marihuana.

Al respecto, su Presidente refirió *“nadie debería estar en la cárcel solo por usar o poseer marihuana. Enviar a personas a la cárcel por poseer marihuana ha trastornado demasiadas vidas... Los antecedentes penales por posesión de marihuana también han impuesto barreras innecesarias para el empleo, la vivienda y las oportunidades educativas. Y aunque las personas blancas, negras y morenas usan marihuana a tasas similares, las personas negras y morenas han sido arrestadas, procesadas y condenadas en tasas desproporcionadas. Hoy anuncio tres medidas que tomaré para poner fin a este enfoque fallido ... anuncio un perdón de todos los delitos federales anteriores de posesión simple de marihuana ... Mi acción ayudará a aliviar las consecuencias colaterales que surgen de estas condenas ... Así como nadie debería estar en una prisión federal únicamente por posesión de marihuana, nadie debería estar en una cárcel local o prisión estatal por esa razón ... Demasiadas vidas han sido trastornadas debido a nuestro enfoque fallido sobre la marihuana. Es hora de corregir estos errores.”* (el destacado me pertenece) (ver en inglés <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/10/06/statement-from-president-biden-on-marijuana-reform/>).

En definitiva, el hecho de que se hayan encontrado y luego, de forma contraria a la ley, secuestrado 41 macetas con plantines y 83 macetas con esquejes de marihuana, a personas que mostraron estar habilitadas según el REPROCANN, es un tema en el que el estado debe intervenir es su faz administrativa y no penal.

Por todo ello, **DECIDO**

1. DECLARAR LA NULIDAD del procedimiento policial realizado el pasado <FECHA_HECHO> en el galpón ubicado en la calle <DIRECCION>, de esta Ciudad y todo lo actuado con posterioridad y, consecuentemente, **SOBRESEER** a <PER>, **DNI** <NUM_DNI>, <PER>, **DNI** <NUM_DNI> y <PER>, **DNI** <NUM_DNI> (artículos 77, 79, 80, 81, 82 y 128 CPP; art. 13, incs. 1º y 3 CCABA, en función de los artículos 18, 19 y arts. 8. 2. g) y 8.3 CADH, 14.3 PIDCyP, en función del art. 75 inc. 22 CN).

2. NOTIFICAR a las partes, **COMUNICAR** y **DEVOLVER** el caso a la Fiscalía.

PALABRAS CLAVE: resolucion_definitiva nulidad procedimiento hace_lugar