

HC-33941. "ASOCIACION MARPLATENSE DE CANNABICULTORES S/ HABEAS CORPUS" .

Mar del Plata, 27 de mayo de 2021.

AUTOS Y VISTOS:

Los de la presente causa de trámite por ante la Sala Tercera de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental, registrados bajo el n° HC-33941, y de cuyas constancias,

RESULTA:

1. Que el Sr. Juez de Garantías departamental, Juan F. Tapia, resolvió hacer lugar a la presente acción de habeas corpus preventivo colectivo interpuesta por Gabriel Díaz en su carácter de Presidente de la Agrupación Marplatense de Cannabicultores, con el patrocinio letrado de Franco Natalio Bertolini.

En razón de ello ordenó a la Policía de la Provincia de Buenos Aires y demás fuerzas de seguridad que en el Departamento Judicial Mar del Plata, bajo las múltiples pautas que enumeró, se abstengan de realizar detenciones, en espacios públicos, de usuarios 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).

Asimismo, declaró 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 la identidad, en razón de que dicha facultad vulnera la garantía primaria de 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.

Además, instó 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 cttes CPPBA). Señalando que 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; bajo las pautas que precisa en el auto.

También exhortó 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

Por último, hizo saber a la parte accionante que deberá promover en cada caso y ante les 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.

2. Que contra ese pronunciamiento interpuso recurso de apelación el letrado Luciano Ricci en representación de la Fiscalía de Estado, parte oportunamente convocada e interviniente en autos en la instancia de origen.

Entiende el recurrente que la sentencia que critica no resulta una derivación razonada del derecho vigente dado que posee un déficit en su origen toda vez que la transversalidad de las cuestiones resueltas en el presente expediente implican temáticas propias del ámbito de las políticas públicas, y por tanto exceden el acotado margen de la jurisdicción punitiva. Ergo, no es el a quo quien tiene la función de utilizar una sentencia para generar políticas públicas en materia de salud, seguridad o contra la violencia institucional. En este marco considera que la resolución de la instancia no se ajusta a la legalidad imperante.

Ingresando a precisar la crítica que realiza, puntualiza que la accionante, Agrupación Marplatense de Cannabicultores Asociación Civil, no tiene incumbencia en cuestiones relacionadas con el orden público o el sistema de prevención y menos aún para cuestionar el accionar policial en la eventual amenaza a la libertad ambulatoria de ciudadanos ante posibles controles. Consecuentemente la presentante carece de legitimación activa en el caso suscitado.

En otro orden señala que emerge del auto de origen la existencia subyacente de un conflicto de poderes y la gravedad institucional consecuente derivada de tal circunstancia. Puntualiza que el Juez, en el sistema de control difuso de constitucionalidad que existe en nuestro ámbito, solo posee la atribución de efectuar ese análisis en el caso concreto. En autos, el a quo excede tal su jurisdicción creando un potencial conflicto de poderes pues su decisión se proyecta a supuestos que nunca fueron sometidos a su conocimiento al punto de neutralizar la aplicación de una ley formalmente dictada. Aquí vislumbra el recurrente un caso de gravedad institucional, al punto de entender que se compromete la división de poderes. Acompaña criterios jurisprudenciales sobre el tópico en cuestión.

Expresa también que la declaración de inconstitucionalidad, además, debe ser la última herramienta del sistema y ello tiene como fin no provocar lesiones en el sistema republicano de gobierno que conlleva el respeto a la división de poderes. Trae respecto del tema jurisprudencia.

Especifica en el orden de ideas desarrollado que el presente habeas corpus colectivo preventivo no contiene una real amenaza actual e inminente de la libertad ambulatoria, no justificándose de ningún modo la declaración de inconstitucionalidad resuelta por el sentenciante de grado.

Como última crítica al auto recurrido manifiesta en cuanto a que, en caso de quedar firme el mismo, afectaría el derecho a la igualdad en razón de validarse un o tratamiento distinto a ciudadanos de otros departamentos judiciales, dado que el auto de origen se circunscribe a Mar del Plata.

Con todo requiere que esta Alzada haga lugar al recurso impetrado, revocando el auto de la instancia.

En una presentación independiente al escrito recursivo, y una vez radicado el expediente en esta Sala, el apelante presentó un escrito solicitando, en lo que aquí interesa, que el Tribunal fije la audiencia de informe oral prevista en el artículo 447 del CPP.

#### CONSIDERANDO:

1. Que en primer lugar se impone precisar que las audiencias normadas en el artículo 447 del CPP deben ser requeridas en el momento procesal indicado en el artículo 442 del mismo cuerpo legal.

En atención a que la solicitud del recurrente no se ajusta a la mencionada manda procesal, la misma no resulta procedente.

2. Afirmado lo que antecede, cabe adentrarse en el examen de los reparos a la procedencia del habeas corpus colectivo entablado y a la forma como ha sido decidido en la presente causa.

La acción de habeas corpus opera como garantía de derechos constitucionales a favor de una persona cuando de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal (CN, 43; Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 20).

Así la doctrina lo define como una garantía constitucional destinada a brindar protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien se las encuentra restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente. Por su intermedio, se procede a examinar judicialmente la situación jurídica o de hecho de la persona afectada real o potencialmente, en su libertad y se dispone, en caso de ser ilegal o arbitraria la privación, el cese inmediato de aquellos actos que la lesiona o perturban” (Cfr. Gregorio Badeni “Tratado de Derecho Constitucional T II, Pág. 878, La Ley,2004).

Para tratar la admisibilidad del remedio intentado hay que analizar los presupuestos requeridos: en favor de quién es peticionada, cuál es la acción arbitraria o ilegal denunciada, y en qué consiste la afrenta seria e inminente que conculca el derecho a la libertad.

En primer término y en relación al alcance colectivo de la acción, la petición de habeas corpus se ha dirigido en favor personas que podrían ver restringida su libertad en procedimientos policiales en la vía o espacios públicos, y que tendrían como común denominador, la característica compartida de resultar tenedores de sustancias estupefacientes.

Es cierto que la CSJN, como nuestro máximo tribunal provincial, bajo ciertos recaudos inherentes a cada vía, reconoce la disponibilidad de acciones judiciales, en ocasiones de posible expansión colectiva, orientadas a atender los derechos de las personas privadas de su libertad, por vía del habeas corpus, del amparo, de la acción originaria de inconstitucionalidad o incluso articulando determinadas pretensiones procesal administrativas (cfr. arts. 43, Const. nac.; 15, 20 incs. 1, ter. párr. y 2, 161 inc. 1, 166 y conchs. Const. prov.; CSJN Fallos: 332: 2544; doctr. causas P. 103.299, sent. de 23-VII-2008; I. 72.427, resol. de 26-II-2013; P. 107.609 y acumuladas P. 107.610 y P. 108.200; sent. de 26-II-2013).

De inicio, ese grupo de personas destinatarias de la acción no sólo debe estar determinado o ser determinable, sino que además, la recta configuración del caso colectivo exige la observancia de otros presupuestos, como por ejemplo, que la pretensión deducida, para su progreso con arreglo a

derecho, no dependa de la consideración puntual de condiciones particulares, sino compartir por homogeneidad de circunstancias de idéntica afectación al derecho invocado y en atención a los cuales la tutela judicial puede ser otorgada por medio de una sentencia de alcance colectivo (SCJBA, P-133682 "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ queja en causa Nro. 102.555 y su acumulada Nro. 102.558).

Pues bien, las respuestas más relevantes dadas por el juez a las reclamaciones deducidas en este habeas corpus han obviado que, tras la similitud de circunstancias apreciables en la superficie del asunto dadas las notas compartidas antes indicadas (pertenencia al universo de poseedores de sustancias estupefacientes en la vía pública), salta a la vista la presencia de una cantidad de diversidades posibles entre cada suceso donde el personal policial en cumplimiento de sus deberes legales deba proceder a la interceptación de una persona en la vía pública, reveladoras, no ya de una igualdad de situaciones, sino de un complejo de estados, asentados en distintas peculiaridades que por ende adolecen de la suficiente mencionada homogeneidad (arg. analóg., art. 7 inc. 4, ley 13.928, con sus reformas).

Por ello, al margen de ciertas guías orientadoras, el Sr Juez a quo –para completar su razonamiento- incluyó un listado de tipo de drogas y la cantidad, en peso o unidades, en donde estableció límites de adecuación típica, ampliando indebidamente sus límites jurisdiccionales.

Recapitulando, no se advierte entonces en el caso -ex ante de una futura casuística concreta-, un universo de personas que reúnan tales afectaciones al derecho a su libertad, pues aquella sola enunciación, es decir ser poseedores en la vía pública de sustancias estupefacientes destinadas a consumo personal, resulta una abstracción indeterminable.

Por mucho que la problemática incorporada al proceso posea una dimensión colectiva y exhiba aspectos comunicables a los miembros del grupo, carece de la condición suficiente destacada en el párrafo anterior para habilitar una resolución como la ahora recurrida. Siendo así, el tipo de enfoque colectivo asignado al presente habeas corpus ha sido fruto de afirmaciones dogmáticas, y sólo en apariencia aproximan esta causa a la decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), "Rivera Vaca" (Fallos: 332:22544), o por la Suprema Corte de Justicia Provincial (P103.299), entre otras donde resultó admisible.

No obstante y aún si se superara tal obstáculo de la inexistencia del universo preestablecido como destinatario del remedio elegido, emerge claramente que no se encuentra tampoco acreditada la amenaza grave e inminente del derecho a la libertad ambulatoria. En efecto, para que proceda un habeas corpus de modalidad preventiva se requiere que el atentado a la libertad esté decidido y en próxima "vía de ejecución" (pues los simples actos preparatorios no son, en principio –al menos- suficientes); y que la amenaza sea cierta, no conjetural o presuntiva. En tal sentido ya en antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa "Codovilla, Victorio" (Fallos, t. 216, pp. 459 y 460, sent. del 20/4/1950), expresó que se requiere la demostración de la positiva existencia de la amenaza o restricción a la libertad.

En definitiva, el resolutorio presenta un inconveniente de congruencia analítica de infranqueable superación: la posibilidad de conocer con antelación al desarrollo de cualquier intervención de la autoridad competente, que una o más personas circulando por lugares públicos, poseyendo material estupefaciente -en una cantidad compatible con la determinada para consumo personal- vean limitada o amenazada de manera actual su libertad ambulatoria (Véase también c.13064-0/20 "Ferraro, M y ots. s/ Habeas Corpus", 17/08/20, Cám. Apelaciones en lo Penal, CABA").

Como fácilmente puede advertirse tal contingencia universal resulta de inasequible verificación o concreción previa, y de producirse el supuesto fáctico denunciado, existen protocolos del Ministerio Público Fiscal para actuar en consecuencia, como el propio Magistrado reconoce, y en caso de labrar obrados, con el debido control jurisdiccional competente al suceso.

Así, sin más, el presente no resulta uno de aquéllos supuestos donde es posible actuar en modo preventivo difuso en favor de un estamento determinado, haciéndose lugar al recurso interpuesto y revocándose en consecuencia la resolución que ha hecho lugar a la acción de habeas corpus impetrada (CPP, 405 primer párrafo, a contrario).

3. Sin perjuicio que con lo antedicho la suerte del presente se encuentra resuelta, es dable realizar ciertas consideraciones y para ello comenzaremos a señalar que, en consecuencia, tampoco correspondía abrir juicio sobre la constitucionalidad de la norma prevista en el inc. "c" del artículo 15 de la ley 13482.

Es de notar que los fundamentos del sentenciante de grado se acercan más a un posicionamiento ideológico y de análisis en el plano de la doctrina, que a determinar la afrenta que engendraría tal norma con la carta magna.

Esto, sin remarcar que la declaración de inconstitucionalidad no ha sido declarada en un caso sino a supuestos indeterminados, futuros y abstractos, lo que importaría una derogación de la norma.

Hay que especificar que la ley 13482, dictada por el Congreso provincial, en su artículo 15 expresa "El personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos:... 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 acredite".

En tal sentido debe señalarse que en nuestro departamento judicial, tal como lo expresó en la plural audiencia efectuada en la instancia la Sra. Agente Fiscal Daniela Ledesma - titular de la Fiscalía Temática de Estupefacientes junto al Dr. Leandro Favaro -, existe un instructivo-protocolo que establece pautas dirigidas a la policía para que, dentro de los márgenes allí señalados, actúen en caso de desarrollarse procedimientos donde se evidencie la intervención a sujetos y se constate que poseen estupefacientes claramente destinados para consumo personal.

Pero, si algún yerro pueda emerger en un caso concreto en la apreciación por parte de los funcionarios policiales de los estándares legales exigidos, es de notar que, el propio artículo de cita ordena, que de existir una privación de libertad la misma debe ser comunicada inmediatamente a la autoridad judicial competente. Con esta exigencia se logra neutralizar cualquier eventual actuar arbitrario que pueda engendrar el desarrollo de la labor policial al respecto.

4. No puede dejar de advertirse que el pronunciamiento importa gravedad institucional.

Efectivamente nos encontramos ante el estándar expuesto dado que la cuestión, tal como fue diagramada por el sentenciante de grado, excede a las partes del proceso. Además, surgen razones institucionales suficientes en el sentido que en el auto impugnado subyace un eventual conflicto de poderes, ello toda vez que engendra una clara invasión respecto de la zona de reserva de actuación de los otros poderes, implicando el quebrantamiento del principio de

separación, inherente a la forma republicana de gobierno (ver, por todos, CSJN "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ Estado Nacional" F 319:371).

En este sentido debe apuntarse que el a quo exhorbita su función jurisdiccional. Ello se evidencia cuando asume facultades propias del Poder Ejecutivo y, en ese contexto, emite órdenes de carácter general a las fuerzas policiales y de seguridad cuya actuación se desarrolle en el futuro para el departamento Judicial Mar del Plata. Pero, también se advierte cuando actúa como una suerte de legislador estableciendo pautas de cara al futuro y con características de universalidad. Tal proceder no se adecua a la manda del artículo 23 y cctes. del CPP; y conlleva a un compromiso en las relaciones entre las instituciones básicas el sistema republicano de gobierno.

5. La figura procesal conocida como "Amigo del Tribunal", en el ámbito de nuestra provincia fue introducida por la ley 14.736.

En esta norma se enmarca su actuación y, tal como se interpreta claramente de la misma, está prevista sólo ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sin hacer explícita la posibilidad de presentarse ante instancias judiciales jerárquicamente inferiores. En este sentido el Máximo Tribunal, mediante el Acuerdo SCJBA 3977 del 3/6/2020, estableció las pautas pertinentes para su operatividad, tal como la citada ley lo ordenaba.

Sin perjuicio de ello, si hipotéticamente se pudiera superar tal valladar legal, la aceptación de tal carácter debe ser ante la espontánea y previa solicitud del presentante, analizada su legitimación, personería y que los argumentos de carácter jurídico, técnico o científico que pretende ofrecer son "...relativos al tema en debate..." (Art. 2 de la Ley 14.736).

Muy por el contrario en el caso de marras la participación de los amigos del tribunal fue por selección e invitación del señor juez a quo, lo que no se ajusta en las respectivas y pertinentes pautas legales previamente establecidas.

6. Que, por último, esta Alzada también debe señalar que el lenguaje utilizado por el Juez de la instancia en algunos pasajes del pronunciamiento impugnado no se ajusta a lo normado procesalmente, por lo que se exhorta a que en lo sucesivo se adecue a lo establecido en el artículo 99 primer párrafo del CPP, a fin de evitar las consecuencias allí expresadas.

Por todo ello, este Tribunal resuelve: 1. No hacer lugar, por improcedente, a la audiencia requerida por el apelante; 2. Revocar el pronunciamiento dictado en autos por el Sr. Juez de Garantías departamental, Juan F. Tapia, en cuanto resolvió hacer lugar a la 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. Todo ello, en cuanto fuera materia de recurso de apelación el letrado Luciano Ricci en representación de la Fiscalía de Estado. Rigen los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 168 y 171 de la Constit. de la Pcia. de Bs. As.; 1, 15, 21, 23, 106, 405 a contrario, 421, 434, 439, 440 y ccdtes. del CPP.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.