



Poder Judicial de la Nación

# TCAS

## CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

21000050211187



TRIBUNAL: CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 1,  
SITO EN

FECHA DE RECEPCIÓN EN NOTIFICACIONES:

Sr.: DEFENSORIA PUBLICA OFICIAL ANTE LA  
CAMARA DE CASACION PENAL NRO. 2,  
TODARELLO GUILLERMO ARIEL  
Domicilio: 50000000075  
Tipo de Domicilio: Electrónico  
Carácter: Sin Asignación  
Observaciones Especiales: Sin Asignación

	3273/2017					S	N	N
N° ORDEN	EXPTE. N°	ZONA	FUERO	JUZGADO	SECRET.	COPIAS	PERSONAL	OBSERV.

Notifico a Ud. la resolución dictada en los autos:

Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL  
Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737

Según copia que se acompaña.

QUEDA UD DEBIDAMENTE NOTIFICADO

Buenos Aires, de diciembre de 2021.



Poder Judicial de la Nación

Fdo.: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA

En .....de.....de 2021, siendo horas .....

Me constituí en el domicilio sito en.....

.....

Y requerí la presencia de.....

y no encontrándose .....

fui atendido por: .....

.....

D.N.I; L.E; L.C; N°.....

Ni respondiendo persona alguna a mis llamados, requerí la presencia de un testigo quien manifiesta ser:

.....

.....

Acto seguido , e impuesto del motivo de mi presencia , le hice entrega de .....

procedí a fijar en el acceso de la vivienda una copia de la presente

FIRMADO ANTE MI PARA CONSTANCIA.-

**Registro Nro. 2303/21**

///Buenos Aires, a los 9 días del mes de diciembre de 2021, integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces doctores Daniel Antonio Petrone -Presidente-, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña -Vocales-, reunidos de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), para resolver en el presente legajo **FSA 3273/2017/T01/CFC1**, del registro de esta Sala, caratulado: "**Gago, Esteban Daniel y otro s/recurso de casación**", del que **RESULTA:**

1º) Que, en fecha 3 de diciembre de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, en lo que aquí interesa, resolvió: "**I.- POR UNANIMIDAD: RECHAZAR los planteos de nulidad articulados por la defensa. II.- POR MAYORÍA DE VOTOS: ABSOLVER a ESTEBAN DANIEL GAGO y RODOLFO GABRIEL LOPEZ, de las demás condiciones personales consignadas, del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes, por el que fueran acusados, dejando sin efecto toda restricción que les fuera impuesta, sin costas. Con la disidencia de la Dra. María Alejandra Cataldi, quién vota por la condena de ambos encausados -arts. 530 y 531 del CPPN-...**" (el resaltado corresponde al original).

Contra esa decisión, el señor Fiscal Federal interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por el tribunal a quo y mantenido ante esta instancia.

2º) Que el recurrente fundó su presentación en las previsiones de los artículos 456 y cctes. del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Luego de una reseña sobre la procedencia del

recurso y de un breve relato sobre los antecedentes del caso, el Fiscal General alegó que ha existido arbitrariedad por errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, en tanto el elemento objetivo del tipo imputado a los encartados se encuentra analizado y demostrado con la certeza necesaria al examinar la existencia de los hechos.

Con relación a ello, remarcó que la nota distintiva de los delitos de peligro abstracto (y que los diferencia, precisamente, de los delitos de peligro concreto) es que no requieren la producción de un peligro efectivo para el bien jurídico, sino que la peligrosidad de la conducta es la razón por la cual el legislador sanciona el comportamiento.

A su vez, destacó que el dolo típico del delito en cuestión requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo del injusto, es decir, saber y querer sembrar y cultivar plantas estupefacientes y guardar semillas, poniendo en movimiento el proceso causal en marcha con el propósito de lograr el fin propuesto, el que deviene como lógica consecuencia de la aplicación de los conocimientos y técnicas adquiridas con tal propósito.

Asimismo, destacó que el tribunal *a quo* fundó el voto mayoritario en lo prescripto por el art. 5, primer párrafo, de la Ley 23737, en tanto entendió equívocamente que el tipo exigía como condición de aplicabilidad la comprobación del destino ilegítimo; ignorando que, para la procedencia de las figuras previstas en los diferentes incisos de dicha norma, se requiere el destino ilegítimo o la ausencia de autorización, en forma disyuntiva.

Con relación a ello, recordó una vez más que la figura delictiva bajo examen constituye un delito de peligro abstracto, por cuanto el bien jurídico "*salud pública*" se pone en riesgo con la existencia misma de la plantación en cantidades y calidades suficientes como para que pueda ser



considerada un eslabón más del tráfico ilícito de estupefacientes, pues ese riesgo consiste justamente en que, sin las plantas o las materias primas, resultaría imposible la existencia de la droga.

A su vez, el recurrente recordó lo expuesto por el voto minoritario de la sentencia cuestionada, en cuanto a que la plantación de marihuana, la incautación de elementos de jardinería y los 2.500 gramos de hojas de *cannabis* disecándose dan cuenta por sí mismos de que su destino inexorablemente era la producción de estupefaciente, como así también que tal delito *"...no requiere la producción de un peligro efectivo y concreto para la lesión del bien jurídico tutelado en la norma mencionada, tal cual es la salud pública. En cuanto a la configuración de los elementos objetivos y subjetivos requeridos, tanto Gago como López aceptaron haber sembrado y cultivado plantas y plantines, como guardado semillas para producir la cannabis sativa, o sea, el estupefaciente. El elemento objetivo está así aceptado. En cuanto al elemento subjetivo del tipo penal, ambos imputados sabían lo que hacían y lo querían..."*.

Respecto de esto último, el Fiscal General también recordó que, si bien ambos imputados declararon que deseaban elaborar aceite de *cannabis* por su función medicinal, surge evidente de las conversaciones mantenidas por Gago que el nombrado era consciente de que no tenía autorización para sembrar, cultivar y guardar semillas de plantas de esa especie, que conocía la calidad de las mismas y que asumía el riesgo de hacerlo (con plena consciencia de que podría ir preso), sin perjuicio de lo cual ninguno de los encartados realizó algún intento para *"regularizar"* su situación; como así también que no sería su primer cultivo, aunque sí sería la primera vez que harían aceite, por lo que cabe preguntarse qué destino tuvieron las anteriores plantaciones de *cannabis*.



Por su parte, destacó que 58 plantas de *cannabis* sativa, 152 plantines y 442 semillas exceden ampliamente lo considerable para consumo personal, resaltando a su vez que no se halló ningún elemento que diera cuenta de que Gago y López consumían aceite por los serios problemas de salud que afirmaron tener y que tampoco se logró comprobar fehacientemente la existencia de dichas patologías y mucho menos que éstas se encontraran bajo el amparo de la ley 27350; destacando que, incluso en dicho supuesto, la norma de mención no autoriza a los particulares a sembrar, cultivar, producir, distribuir ni comercializar con dicha la planta ni con sus derivados.

Además, el recurrente indicó que tampoco se logró acreditar un estado de necesidad que, eventualmente, pudiera excluir la antijuridicidad, en tanto nada indicó que los canales que el Estado estableció para la adquisición del aceite fueran inaccesibles o que la salud de los supuestos destinatarios de la producción se encontrara en una situación de gravedad y urgencia tal que autorizara a prescindir de los instrumentos legales creados para la adquisición del medicamento.

Por otro lado, señaló que, aun cuando el delito ya se encuentra configurado con lo antes descripto, tampoco es real lo expuesto por el voto mayoritario en cuanto a que no existió trascendencia a terceros, en tanto el ámbito privado queda descartado por las cantidades secuestradas y por las comunicaciones que surgen de los teléfonos celulares incautados, destacando además que el invernadero era visible desde diferentes lugares y que en la finca funcionaba un hostel, por lo que sus huéspedes no sólo podían ver la estructura montada sino que tenían fácil acceso a las plantas en cuestión.

Por último, el recurrente señaló que, incluso si



los acusados hubiesen perseguido una finalidad altruista, resulta palmario que carecían de autorización legal y que, conociendo fehacientemente tal prohibición, igualmente llevaron adelante su empresa lícita, con trascendencia a terceros.

**3º)** Que, en la oportunidad prevista por los arts. 465 y 466 del CPPN, el Fiscal General ante esta CFCP realizó una presentación, mediante la cual efectuó un breve relato de los antecedentes del sumario, remitió a los argumentos del recurso de casación y destacó que la materialidad de los hechos y la intervención de los imputados en los mismos se encuentran debidamente acreditadas, por lo que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica.

Con relación a ello, señaló que el art. 5, inc. "a", de la ley 23737 establece dos hipótesis: por un lado, la que incrimina al que -sin autorización- siembra o cultiva plantas o guarda semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; y, por el otro, la que incrimina a quien realiza tales conductas legítimamente, pero le otorga un destino ilegítimo.

Destacó que, en el caso de autos, existe una inteligencia del tipo penal que no se corresponde con el texto y propósito del legislador, en tanto los encartados no tenían autorización para llevar a cabo las acciones mencionadas por el párrafo precedente y, si bien declararon que lo hacían para consumo personal y familiar, se ha acreditado que su conducta trascendía su esfera de intimidad e, incluso, que recibían solicitudes de terceros ajenos a su familia, más allá de que pudieran ser suministradas con fines medicinales o altruistas.

Con relación a ello, y respecto de uno de los argumentos de la sentencia recurrida, el señor Fiscal General



expuso que *"...no está previsto en la legislación argentina el uso legítimo sin autorización de [los elementos antes mencionados] sino que existe una reglamentación y órganos de control estatal que regulan y fiscalizan esa actividad. Si bien la ley 27.350 de investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados fue sancionada con posterioridad a la fecha de los hechos, no puede sostenerse [...] que su vigencia exija a los jueces que los elementos normativos de la ley penal 23.737 deban ser interpretados de manera "progresiva" o que, de algún modo, ello tenga influencia en la tipicidad o antijuridicidad de las conductas aquí reprochadas..."*.

Alegó que la actividad en cuestión, como cualquier otra que involucre la salud pública, se encuentra fiscalizada por las autoridades sanitarias que cuentan con idoneidad en la materia y que el legislador decidió mantener la prohibición de esta conducta en manos de los particulares, en las condiciones en que lo establece el inciso "a" del art. 5 ya mencionado.

A su vez, destacó que lo que aquí se encuentra en discusión no es si los imputados tenían un derecho a procurarse de cualquier modo una sustancia para beneficio de su salud, de sus familiares o por simple recreación, sino el hecho de que la tenían por fuera del control estatal ejercido sobre alimentos y medicamentos de cualquier naturaleza para poder suministrarla a terceros.

Por último, indicó que el dolo está completo con el conocimiento y la voluntad de sembrar, cultivar, guardar semillas, etc. y que no existe ningún problema de normatividad, ya que los encartados habrían llevado a cabo tales acciones sin autorización y sin los fines legítimos que la ley prevé.

4°) Que, en esa oportunidad, también efectuaron una





presentación los defensores públicos oficiales de los imputados, quienes solicitaron que se declare mal concedido el recurso de casación efectuado por el Ministerio Público Fiscal (MPF), alegando que el mismo resulta inadmisibile, pues pretende -mediante disconformidades interpretativas acerca de la valoración de la prueba- que la CFCP condene a Esteban Gago y Rodolfo López por un hecho por el cual el tribunal *a quo*, fundadamente, decidiera su absolución.

Con relación a ello, indicaron que el fallo "*Casal*" no brinda un derecho que abarca también a las partes acusadoras para obtener una revisión integral del fallo, sino que el objeto del recurso de casación es la sentencia del tribunal oral, y no los hechos del proceso ni la responsabilidad del imputado, por lo que la CFCP no puede sustituir al tribunal de mérito en el juicio, analizando los hechos y la prueba, ya que esa tarea le corresponde al órgano instituido para realizar el juicio oral, bajo las reglas del mismo -que no son las que rigen la tarea jurisdiccional de esta Alzada-.

No obstante, destacaron que, incluso en caso de que este tribunal entendiera que hubo arbitrariedad y que se aceptara que el texto del art. 456, inc. 2, del CPPN no impide la revisión integral de la sentencia por pedido del acusador público, ello no implica la facultad de esta judicatura para dictar una sentencia de mérito ni de hacer una nueva interpretación de los hechos y la prueba, remitiendo la causa al *a quo* para aplicar pena.

Además, destacaron que la impugnación intentada por el MPF no cumple con los requisitos del art. 463 del CPPN, ya que no está fundada ni logra rebatir los argumentos del *a quo* o demostrar cuáles serían los defectos lógicos del pronunciamiento atacado, sin advertirse tampoco cuestión federal alguna que habilite la jurisdicción de esta CFCP como



tribunal intermedio, conforme lo estableció el precedente "*Di Nunzio*" de la CSJN.

Por otro lado, y respecto del delito aquí analizado, indicaron que no puede concebirse la persecución de una conducta por el solo hecho de conformar el *status* de "*peligrosa*", obviando sus concretos efectos sobre los bienes jurídicos que se pretenden proteger, y que el tribunal *a quo* explicó cuál era la normativa aplicable al caso, como así también cuáles eran las cuestiones del tipo penal que debían ser constatadas para determinar si correspondía su reproche o no.

Asimismo, destacaron que los imputados no cultivaban o guardaban semillas "*para*" producir estupefacientes y recordaron que el voto mayoritario de la sentencia entendió que la inexistencia de dolo de tráfico impedía afirmar la tipicidad de la conducta.

Por su parte, señalaron que, si bien el recurrente alega que el hecho cuestionado afectó el bien jurídico protegido, en tanto trascendió a terceros, lo cierto es que ello no fue así, ya que el inmueble donde se ubicaba el hostel se encontraba muy distante del lugar en el que se practicaba el cultivo, y, además, no se acreditó que algún huésped hubiera advertido la actividad que allí se llevaba a cabo; la plantación sólo podía verse desde un lugar poco transitado por donde pasaba un sistema de riego; y las únicas personas que conocían acerca de tal actividad eran las que tenían la misma expectativa y finalidad de los encartados (es decir, la utilización del *cannabis* de modo medicinal).

En conclusión, los defensores señalaron que la sentencia no solamente ha abarcado los puntos cuestionados, sino que la decisión adoptada por la mayoría ha sido debidamente fundada en los hechos y en el derecho aplicable, por lo que el recurso del MPF sólo busca torcer el resultado



sobre la base de una mera discrepancia con lo decidido.

5°) Que, durante la etapa prevista por el art. 468 del mismo cuerpo legal, los defensores oficiales de López y Gago presentaron breves notas, oportunidad en la que reiteraron las manifestaciones efectuadas en su presentación anterior y agregaron que la "*disconformidad*" del MPF con la sentencia dictada se basa en la mera ilegalidad de la conducta de sembrar y/o cultivar cannabis, lo cual resulta errado.

En efecto, por un lado reiteraron que "*...si bien la ley de drogas prohíbe la siembra o la guarda de semillas, lo hace en tanto y en cuanto la actividad se realice 'para' producir estupefacientes...*", por lo que la decisión del tribunal *a quo* fue correcta, ya que las pruebas no permitieron demostrar que las plantas y semillas encontradas tuvieran por finalidad su comercialización y, por tanto, formaran la parte inicial de la cadena de tráfico.

Asimismo, afirmaron que se ha probado que el *cannabis* tenía por fin último su conversión en aceite medicinal y recordaron que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en la ley 23737 es la salud pública, destacando que, hace algunos años, se descubrió que la resina que contienen las plantas de *cannabis sativa* se emplea para la fabricación de un aceite con propiedades curativas -no perjudiciales para la salud-.

En ese orden, señalaron que las cualidades curativas de esa sustancia han sido reconocidas con la sanción de la ley 27350, que habilita el uso médico del aceite de *cannabis* en cuadros específicamente establecidos, mediante el cumplimiento de un específico protocolo y ante la prescripción de un especialista médico.

No obstante, afirmaron que esta situación ha generado una dificultad para el acceso oportuno a esta



particular medicina por parte de muchos destinatarios y que ha derivado en la práctica del autocultivo, pese a que la ley no lo autorizaba, ya que la norma estableció que se crearía un registro nacional de voluntarios para facilitar el acceso gratuito y oportuno al *cannabis* medicinal, pero que dicha medida no estaba regulada al momento en que se iniciaron estas actuaciones y mucho menos cuando los imputados decidieron cultivar esta particular planta con fines medicinales, por lo que no existía en ese entonces la posibilidad de registrar legalmente su accionar.

A su vez, recordaron que el 11 de noviembre de 2020 se dictó el Decreto 883/2020 que, en ocasión de reglamentar la ley 27350 mencionada, reconoció esta problemática y reguló específicamente la inscripción a un registro para aquellos usuarios particulares que realicen el autocultivo de *cannabis* para uso medicinal.

Además, indicaron que, recientemente, la Comisión de Estupefacientes de las Organización de las Naciones Unidas -siguiendo las recomendaciones que al respecto venía dando la Organización Mundial de la Salud (OMS)- votó por la eliminación del *cannabis* para uso médico de la categoría de drogas peligrosas.

Por último, solicitaron que se tengan en consideración las novedosas cuestiones invocadas, puesto que guardan directa relación con el tema en tratamiento, y manifestaron que los criterios abstractos sobre "*seguridad*" o "*salud pública*" no pueden anteponerse a derechos humanos básicos -tales como el derecho a la salud individual, entendido como el derecho a gozar del más amplio bienestar psicofísico posible y la autodeterminación en materia de tratamientos a seguir; el derecho a la intimidad y el derecho a no padecer injerencias arbitrarias-.

Finalmente, peticionaron que a la decisión que se



adopte se le otorgue efecto suspensivo y que sus consecuencias no operen sino hasta que se agote la vía recursiva; e hicieron reserva del caso federal.

6°) Superada dicha etapa procesal, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo correspondiente para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden de votación: Daniel Antonio Petrone, Diego G. Barroetaveña y Ana María Figueroa.

**El señor juez Daniel Antonio Petrone dijo:**

**I.** Liminarmente, cabe destacar que -contrariamente a lo señalado por la defensa- el recurso de casación interpuesto por el MPF resulta formalmente admisible, en tanto el recurrente ha invocado fundadamente la inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inciso 1°, del CPPN), el remedio se ha dirigido contra un pronunciamiento recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado ordenamiento legal y ha sido interpuesto por quien se encuentra legitimado para hacerlo (art. 458 del CPPN), con fundada invocación de las disposiciones que consideró erróneamente aplicadas (art. 463).

**II.** Sentado ello, habré de recordar que, según surge de los fundamentos de la sentencia recurrida, el tribunal de la instancia anterior tuvo por acreditado que *"... el 16 de marzo de 2017 el oficial Alejandro Gustavo Martínez personal de la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca, dependiente de la Policía de la Provincia de Jujuy, tomó conocimiento a través de una sujeto que no quiso identificarse, que en una finca denominada 'Los Terpenos', sita en el paraje El Calete, que dista a siete (7) kilómetros de la ciudad de Humahuaca, donde funciona el hostel 'La Casa de Calete' existía un invernadero donde se cultivaban plantas de Cannabis Sativa - Marihuana.*



En virtud de ello, se inició una investigación, con intervención de la Fiscalía Federal n° 2, logrando establecer, desde un cerro cercano al lugar y desde un canal de riego de la zona, la existencia de una estructura cubierta con polietileno transparente, tipo invernadero, en la cual se cultivaban plantas de la especie cannabis sativa.

También logró establecerse, mediante el uso de internet y de las redes sociales, que el dueño del mencionado hostel sería Esteban Daniel Gago y que una persona de sexo masculino de pelo canoso, luego identificada como Rodolfo Gabriel López sería el encargado del cuidado del invernadero en cuestión.

Como consecuencia, el Juez Federal n° 1 ordenó el allanamiento del lugar, el que se llevó a cabo por personal de la Policía de la Provincia el día 29 de marzo de 2017 a las 15:30 hs. en el domicilio denominado 'Finca Los Terpenos'-'Hostal La Casa de Calete', sito en el Paraje 'El Calete', distante a 6.73 Km. de la ciudad de Humahuaca y a 523 metros de la escuela Primaria El Calete, estableciéndose que el terreno mide aproximadamente 50 metros de largo por 40 metros de ancho, y que cuenta con una estructura de polietileno transparente sostenido por arcos de pvc color blanco, de 8 metros de largo, 3 de ancho y 2 metros de alto, que en su interior se encuentra dividida en dos parcelas 58 plantas de la especie cannabis, de diferentes tamaños, como así también que había 148 plantines y almácigos de la misma especie, los cuales se encontraban sembrados en envoltorios de polietileno color negro y contenidos en cajones de madera conectados a una bomba de agua.

Además se incautaron del interior de la estructura 2 regaderas, una pala, un pico, un machete, un rastrillo de mano, 2 rollos de manguera de irrigación a goteo, un rollo de hilo de lana de color rosado, una piola blanca, 23



precintos, 36 caños de pvc color blanco, un plástico transparente de 10 metros de largo por 6 metros de ancho aproximadamente, 62 bolsas medianas color negro para macetas, 80 bolsas grandes de color negro para macetas, 152 bolsas chicas de color negro para macetas, una bolsa plástica y un pote conteniendo 300 gramos de enraizador.

Continuando con el registro de la vivienda, se secuestraron de distintos ambientes: un teléfono celular marca Motorola color negro, 3 conservadores (dos blancos y un rojo) ubicados debajo de un mueble tipo bajo mesada, que contenían hojas tipo palmar secas, 1 tacho de leche en polvo "Nido" y un canasto, los cuales también contenían hojas tipo palmar secas, las que arrojaron un peso total de 2.405 gr., 2 tijeras de podar, 1 bolsa plástica color verde que contenía tres recipientes de confección artesanal con un total de 151 semillas de la especie Cannabis Sativa, de una caja de cartón 64 recipientes artesanales confeccionados con cuellos y tapas de botellas de plástico, dos revistas y un libro cuyas portadas refieren al cultivo de marihuana, un frasco de vidrio con vestigios de marihuana que se encontraba sobre la heladera junto a un elemento para picar marihuana de color marrón con resto de sustancia estupefaciente, una libreta de anotaciones y papeles varios, 15 recipientes similares artesanales realizados con tapas de botellas, una caja de madera con 442 semillas de la especie Cannabis Sativa, un frasco de vidrio con una flor en su interior-cogollo de la planta Marihuana-Cannabis Sativa; 4 plantines de la especie marihuana cannabis sativa y 3 retazos de media sombra de color celeste y blanco adaptado como toldo.

Asimismo, de la requisa personal efectuada a Esteban Daniel Gago, quien fue interceptado a hs. 18:04 en la intersección de un camino vecinal a bordo de una



*motocicleta, se logró incautarle un teléfono celular marca Samsung Galaxy J1 color negro y un recipiente artesanal con restos de sustancia estupefaciente [...].*

*La posterior pericia química determinó que las plantas incautadas se trataban de cannabis (marihuana) con una concentración de THC que varía entre 0,66% y 1,94%; que las semillas arrojaron 100% de capacidad germinativa y que el picador y los frascos con restos de sustancia vegetal, arrojaron resultado positivo para cannabis (marihuana)..."*

El hecho relatado fue atribuido por el MPF a Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, en calidad de coautores, calificándolo como constitutivo del delito de "siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes", previsto y sancionado por el art. 5º, inc. "a", de la ley 23737.

A su vez, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy resolvió, por mayoría, en lo que aquí interesa, absolver a los nombrados en orden a los delitos por los que fueran acusados, sin costas.

**III.** En primer lugar, la sentencia recordó que las actuaciones preventivas fueron iniciadas el 16 de marzo de 2017, a raíz de información brindada por un "mochilero", quien "...le refirió al Oficial Inspector Alejandro Gustavo Martínez que en el hostel La Casa de Calete - Finca Los Terpenos observó gran cantidad de plantas de marihuana ocultas dentro de una especie de invernadero, ubicado en Paraje El Calete a unos 8 km aproximadamente de Humahuaca...", destacando que "...[d]e las tareas investigativas desplegadas por personal de la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca se logró establecer que en el Paraje El Calete, ubicado a 7 km de la localidad de Humahuaca, existiría una plantación de marihuana protegido por un invernadero situado en Finca Los Terpeños, propiedad de Esteban Daniel Gago..."





Asimismo, se destacó que del acta de allanamiento respectiva surge que "...al ingresar al lugar se encontraba el señor *Rodolfo Gabriel López* y que en el terreno hay una casa y que en diagonal a esta hay una estructura de polietileno transparente y arcos de plástico color blanco, de aproximadamente 8 metros de largo, tres metros de ancho y dos metros de alto, que en su interior se encuentra dividido en dos parcelas plantas de la especie *cannabis*, de diferentes tamaños, plantines y almácigos que se encuentran sembrados en recipientes de polietileno en cajones de madera, cuenta con sistema de goteo con una red de mangueras conectadas a una bomba de agua..." y que "...(d)el invernadero, se secuestraron un total de 58 plantas grandes de *cannabis*, 148 plantines y almácigos de la misma especie, elementos de jardinería como 2 regaderas, una pala, un pico, un machete, un rastrillo, dos rollos de manguera tipo pvd, 3 rollos de manguera de irrigación por goteo, un rollo de hilo de lana, una piola blanca, 23 precintos, 36 caños de pvc, plástico transparente, 62 bolsas medianas color negro para macetas, 80 bolsas grandes de color negro para macetas, 152 bolsas chicas color negro para macetas, y bolsa plástica, un pote de 300 grs. de enraizador...", como así también que "...se incautaron 3 recipientes con hojas tipo palmar secas, 2 tijeras de podar, un teléfono celular marca *Motorolla*, un tarro de leche 'Nido' y un canasto con hojas de palmar secas, 3 recipientes de confección artesanal - cuello y tapa de botella plástica- que contenían un total de 151 semillas de la especie *cannabis sativa*; 64 recipientes artesanales realizados de cuello y tapa de botellas plásticas; 2 revistas alusivas al cultivo de *marihuana*, un frasco de vidrio con vestigios de sustancia estupefaciente *marihuana*, elemento utilizado para picar *marihuana* con restos de sustancia estupefaciente; 15 recipientes artesanales, 442



semillas de especie *cannabis sativa*; un libro alusivo al cultivo de marihuana, un frasco de vidrio que contiene una flor -cogoyo- de la planta de marihuana y 4 plantines de la especie *marihuana cannabis*...". Además, se destacó que, en dicha acta, "...(c)onsta también que Esteban Gago fue interceptado a las 18:04 hs. en intersección de un camino vecinal y ruta 9 cuando se trasladaba en una motocicleta marca Yamaha, secuestrándosele la suma de \$430, un celular Samsung y un recipiente artesanal con restos de sustancia estupefaciente...".

Por su parte, se tuvieron en cuenta, entre otros elementos, "...(l)a prueba de campo narcotest de fs. 53/66 realizada a las plantas incautadas, las cuales respondieron cromáticamente al color requerido para marihuana..."; "...las fotografías tomadas durante el allanamiento y croquis del lugar que obran a fs. 7177 en las cuales se pueden observar las plantas, plantines, los recipientes con hojas, plantines protegidos con toldos rayados, la plantación de plantas de *cannabis sativa* protegidos con plástico, formando una especie de invernadero, los recipientes artesanales, el frasco con la flor de marihuana, las semillas que se encontraban dentro de un cofre de madera..."; y "...(l)a pericia química de fs. 279/302 la cual concluye que las plantas sometidas a la pericia química se trataban de *cannabis* (marihuana) con una concentración de THC que varía entre 0,66% y 1,94%; que las semillas arrojaron 100% de capacidad germinativa y que el picador y los frascos con restos de sustancia vegetal, arrojaron resultado positivo para *cannabis* (marihuana)...".

A su vez, el tribunal a quo entendió que "...las testimoniales rendidas en el debate por los preventores Alejandro Gustavo Martínez, Mario Javier Mamani, Marcos Condori, Guillermo Alejandro Leñaño y Jimena Ariadna Toconas



resultan de total relevancia, para recrear el hecho que se ventila en autos, en tanto fueron quienes participaron de la investigación y estuvieron presentes a lo largo de todo el procedimiento. Sus testimonios fueron concordantes, coherentes y en nada contradictorios respecto a la existencia del invernadero en el cual había plantas de la especie *cannabis sativa* de distintos tamaños, plantines en macetas plásticas y almácigos, el cual contaba con un sistema de riego, además de herramientas de jardinería como pico, pala, rastrillo, machete entre otros. Hecho que por otro lado no fue desconocido por los acusados, quienes reconocieron haber tenido plantas de la especie *cannabis sativa*...".

Con relación a ello, la sentencia destacó que "...el oficial **Alejandro Martínez** [...] contó que [...] encontraron una estructura plástica que era la misma que pudieron ver [...] durante la investigación, y observó elementos y herramientas para el cultivo, como pala, pico, rastrillo, regadera, macetas. Contó al tribunal que también había bolsas plásticas para elaborar plantines, caños blancos de pvc, plantas de distintos tamaños y plantines, y que apenas ingresaron se podía sentir el olor de la marihuana, que a los 20 metros del invernadero se sentía el olor. Cuando ingresan se encuentran un hombre, quién dijo llamarse **Rodolfo Gabriel López**. Refirió que también participó de la requisita de la planta alta del hostel, colaborando con el oficial Prieto, que pudo ver que el personal encontró revistas y libros que hacían referencia al cultivo de marihuana. Recordó que las plantas se sacaron de raíz, se pusieron en bolsas y se sacaron muestras y se hicieron las pruebas de campo con reactivos que dieron positivo. El testigo reconoció que la persona que aparece en las fotos es la que ingresaba y salía del invernadero en la vigilancia y



el que estaba cuando allanaron. Dijo que entre el hostel y el invernadero había unos 25 metros. Cuando ingresan al allanamiento entran por el acceso principal, había una huella que llegaba al invernadero, que desde el ingreso no se observa el invernadero porque había plantas rodeando el invernadero..”.

Asimismo, se recordó el testimonio de Mario J. Mamani, quien declaró “...que desde el cerro se veía la casa, lo que era el invernadero de plástico y a una persona que deambulaba por la casa que en el allanamiento determinan que era López...”; que “...(s)e dirigieron al invernadero de 3m x 7m, con caños de pvc y plásticos transparentes, en cuyo interior había plantas y plantines que tenían el nombre de la variedad de la planta, los que fueron contabilizados. Refirió que luego se dirigieron a la vivienda que era de dos plantas, [...] que en otro recinto donde se fraccionaban las plantas, había una mesa, dos o tres conservadoras que contenían hojas y cogollos, había tijeras y hojas secas y que en la parte superior encontraron semillas en distintos recipientes, uno con 150 semillas aproximadamente, libros y revistas que hacían alusión al cultivo de la marihuana, que en otras habitaciones había sobres o potes plásticos con semillas donde figuraba la variedad...”; y que “...(s)e hizo el reactivo sobre las semillas y sobre las hojas y dio positivo a marihuana..”.

En igual sentido, se resaltó la declaración de Marcos Condori, quien refirió que “...prestaba servicios en la Dirección de Narcotráfico de Jujuy y lo convocaron ese día para hacer la requisa de la casa en Humahuaca en un lugar apartado, en un cerro, que llegaron en horas de la tarde, ingresaron al domicilio del señor y bajaron para el monte y tenía un invernadero con plantas de marihuana. Que después lo designaron para revisar la casa y secuestraron varios



*frascos chiquitos, semillas de cannabis, muchos cuadernos y revistas. También refirió que en la parte de abajo había hojas recortadas de marihuana, en un cajón, en el sector de la planta alta un frasco que tenía cogollos y en el invernadero plantas grandes, plantines y el sistema de riego...".*

Por otro lado, se valoraron los dichos de Guillermo Leño, quien declaró que *"...al llegar al lugar estaba el señor canoso en la parte de abajo del hostel, que lo detienen y él se va al invernadero directo para ver si eran plantas de marihuana, dando un grito de positivo. Refirió que antes de llegar sintió el olor muy fuerte y penetrante, y que allí había plantas y plantines que tenían en los tallos los nombres de las especies, que estaban en macetas negras y los plantines estaban en cajones tomateros y las plantas estaban muy grandes, que también encontraron elementos para la siembra y cultivo de marihuana, y que contaban con sistema de riego y enraizador que es un agro tóxico. Dijo que del registro del hostel que se realizó en presencia de los testigos y el señor había revistas de como cultivar marihuana, artesanías hechas con tapas de bebidas una de las cuales tenía semillas de marihuana, que también secuestraron celulares, que en una habitación sin puertas había unas conservadoras donde se estaban secando hojas de marihuana...".*

Además, se recordó que *"...**Jimena Ariadna Toconás** declaró [...] que ella se encargó de guardar lo que se iba secuestrando en bolsas, que las plantas se clasificaron por su tamaños que también había mangueras de riego, pala, rastrillo. Recordó que el invernadero estaba cerrado y adentro era más caliente y húmedo. Dijo que también observó la requisa de la vivienda, que le daban para guardar y había muchas tapitas artesanales y un cofrecito con semillas de*



*marihuana, revistas y libros relacionados con la marihuana, teléfonos celulares, un frasco con una flor de marihuana y un cuaderno o libreta con anotaciones. Que terminado el registro realizaron la prueba de campo de diferentes plantas y dieron positivo a la marihuana, secuestraron las semillas, las contabilizaron y ensobraron...".*

Por su parte, los jueces sentenciantes destacaron que la versión de los hechos dada por los preventores -en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo el procedimiento- se encuentra reforzada con la declaración del testigo civil **Iván Robinson [Á]ngel Tito**, quien refirió que *"...se dirigía a su trabajo en barrio La Merced de Humahuaca, que llegó una camioneta de la policía y lo llevaron a El Calete, donde pudo ver un invernadero y le dijeron que era una plantación de marihuana. Que primero vio que la policía ingresó y detuvo a un señor y se dirigen al invernadero, luego requisaron la casa. También dijo que el invernadero estaba cubierto de plástico que tenía 3 metros de largo por 1,50 metros de ancho, que allí había aproximadamente 70 plantas que dijeron que era marihuana, que algunas eran pequeñas y otras grandes, a su vez que algunas plantas estaban en cajones, otras más chicas en plástico y las más grandes estaban enterradas en la tierra. Que las plantas fueron sacadas y cortadas por la policía y que también se desarmó el invernadero. Dijo que lo hicieron ver una prueba de campo que tenían dos líquidos y le pusieron la hoja de la marihuana y se puso de color rojizo..."*.

En otro orden, el tribunal a quo tuvo por acreditado que *"...la plantación de especies de cannabis sativa pertenecía a Esteban Gago quien era el propietario del lugar y a Rodolfo López quien pudo ser visto durante la investigación dirigirse en varias oportunidades hacia el invernadero y trabajar en el lugar. Siendo López quien se*



*encontraban en el domicilio al momento del allanamiento, habiendo declarado los testigos de manera concordante que esta persona coincidía con aquella que habían visto durante la investigación...".*

*Con relación a ello, se destacó que "...Martínez recordó que en las fotografías y filmaciones se ve a un hombre que salía a la mañana del hostel y se metía en el invernadero y que era la misma persona que estaba cuando allanaron; Mamani dijo que desde el cerro se veía a una persona que deambulaba por la casa y que en el allanamiento determinaron que era López; Ramos relató que desde el cerro tenían una vista panorámica y que desde allí lo vio al señor López y observaron a Gago que despidió a una persona que se iba en moto...".*

*A su vez, respecto de la sustancia secuestrada, se resaltó que "...todos los testigos coincidieron que en el invernadero había plantas de marihuana de distintos tamaños, plantines en macetas y almácigos, todos ellos de la especie cannabis sativa, como así también semillas de la misma especie que se encontraron en distintos ambientes de la vivienda, y que sometidas a la prueba de campo narcotest arrojaron resultado positivo para marihuana. Lo que fue confirmado con la pericia química de fs. 279/302 que determinó que las plantas eran de la especie cannabis sativa (marihuana) con una concentración de THC que oscila entre 0,66% y 1,94%, como así también que las semillas eran de la misma especie y tenían 100% de capacidad germinativa...".*

**IV.** *En virtud de las pruebas reseñadas, el tribunal concluyó que "...aquella parte de la materialidad del hecho referida en el tipo penal del art. 5 inc a referida a la siembra, cultivo o guarda de semillas del art. 5 inc. [de] la ley 23.737 está probada. No existe déficit en la acreditación respecto de la existencia de un invernadero con*



plantas de la especie *cannabis sativa* como así también de semillas de la misma especie en la finca 'Los Terpenos' - 'Hostal La Casa de Calete' de propiedad de Esteban Gago, ubicada en el paraje El Calete, distante a 6,73 km de la ciudad de Humahuaca, siendo Rodolfo Gabriel López el encargado del cuidado de la plantación...".

No obstante ello, el voto mayoritario entendió que "...*(r)esulta más complejo definir si con este sustrato material, en este caso particular corresponde o no decidir una respuesta punitiva sobre los imputados...*", para lo cual deben interpelarse "...*cuestiones de la dogmática penal, de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que nos ayuden a definir si Gago y López deben o no responder ante la ley por su conducta...*".

A tal fin, en primer lugar, se cuestionó si la acción desplegada por Gago y López, al sembrar, cultivar y guardar semillas de *cannabis*, tenía destino ilegítimo, destacándose que "...*(l)a misma no puede estar desligada de la opción legislativa adoptada por la ley 23.737, cuyo cometido principal no fue otro que el de penalizar las conductas de tráfico de estupefacientes, alcanzando en los tipos penales concretos, desde el alfa al omega de las distintas fases que encadenadas conforman una secuencia de tráfico de sustancias prohibidas...*".

Por otro lado, se destacó que "...*(l)a segunda herramienta delimitadora está contenida, en carácter de segundo elemento normativo del tipo, en la expresión 'para producir o fabricar estupefacientes'...*", debiendo tener en cuenta para dicha valoración que "...*quien siembra o cultiva plantas de cannabis o guarda semillas, en la misma acción que despliega puede ser encontrada su significación individual y social, la que se liga con la calidad psicotrópica de esos elementos, o la aptitud de producirla*





*en el caso de las semillas. No es de ordinario necesario más apoyo probatorio que la propia característica del elemento peligroso, cuya significación está en principio fuera de debate. Generalmente, se tiene o manipula cannabis, en cualquiera de sus fases, en búsqueda de una actual o futura acción de sus principios activos sobre el sistema nervioso central, ya sea propio o de terceros...".*

*No obstante, el voto mayoritario entendió que, con la sanción de la ley 27350 en el ámbito nacional, el Estado ha abandonado una posición monista sobre la cannabis, ya que "...introduce un mensaje contrafáctico: la cannabis no siempre es mala, no siempre es droga. Porque hay utilizaciones de ella y de sus derivados que lejos de provocar dañosidad en la salud humana pueden protegerla, remitiendo algunas patologías, o calmando sus síntomas...".*

*En virtud de ello, los jueces a quo consideraron que los elementos normativos de la ley penal no pueden interpretarse de la misma manera en que se hacía antes de la sanción de la ley 27350, sino que, ahora, "...el análisis acerca del destino ilegítimo y la finalidad de producir o fabricar estupefacientes, debe ser desentrañado con otros recaudos y mayor precisión...".*

*En ese sentido, destacaron que, en este caso, de la prueba quedó claro que el propósito final de la plantación y la guarda de semillas era la extracción de aceite, sin perjuicio de lo cual "...debemos preguntarnos si el resultado lesivo de la acción, aún en ese plan, se produjo y en su caso a [qué] título le es imputable a los acusados. Esto es, si fue concretamente afectada la salud pública por la provocación de un peligr[o] abstracto y si los acusados deben responder por dolo...".*

*Ante ello, los jueces de la anterior instancia indicaron que "...podrá apuntarse como riesgo objetivo*



concreto el hecho que el inmueble funcionaba como hostel y que el vivero se encontraba relativamente cerca del casco municipal. Sin embargo no se acreditó que desde el inmueble edificado se podía ver el interior del vivero. Si se probó que podían verse las plantas desde el canal de riego, no así desde la casa. Igualmente a cargo del vivero no solo se encontraba Gago, sino López, lo que de la prueba surge que trataban de mantener este proyecto en su ámbito de privacidad, resguardándose de todo tercero que no participara de idéntica expectativa respecto a la finalidad de uso medicinal. En esas condiciones la producción de riesgo de peligro abstracto si ocurrió, fue mínima y no podría ser imputado a otro título que como modalidad culposa...".

Con relación a ello, señalaron que "...(r)especto de las plantas se acreditó un plan recoleto. El reproche, entonces igualmente podría ser sostenido bajo la examinación de si la conducta era o no imprudente, a pesar de todos los esfuerzos puestos para evitar que la misma se saliera de control. Pero para ello antes debiéramos tener conforme al principio de legalidad, la previsión del hecho bajo la forma de comisión culposa, variante que por no prevista en nuestro derecho resulta atípica...".

El tribunal recordó a su vez que, en el debate, Gago "...dijo que nunca pensaron que se les podía escapar de control y que podrían tener una causa penal...", destacando que "...(l)lamativamente también a ambos imputados les resultó doloroso ver como destruían las plantas de cannabis, lo que demuestra que el allanamiento los sorprendió completamente en tanto no consideraban que su accionar pudiera tener consecuencia alguna, en la medida que el cultivo de la cannabis estuviera destinada la producción de aceite medicinal. De nuevo, sus dichos encuentran sustento en los



*mensajes de texto y conversaciones extraídas del teléfono de Gago, las que dan cuenta de su interés en conseguir los productos necesarios para la fabricación del aceite, como así también en interiorizarse en el tema, al estar en contacto con gente que también producía esa sustancia [...]. Por el contrario, no existen mensajes que siquiera insinúen la posibilidad de que los acusados pudieran haber perseguido un fin ilícito con las plantas de cannabis..."*.

Por su parte, se destacó en la sentencia que las plantas estaban rotuladas según su especie, *"...lo que indica su clasificación para experimentación por su distinto uso medicinal y no para su uso recreativo en donde lo único que importa es la concentración de THC..."* y que *"...[u]bicados estos extremos en el modelo causal explicativo penal [...] tendríamos que admitir que Gago y López evidenciaron conforme a la prueba, que sobrestimaron su capacidad para neutralizar el resultado de peligro abstracto, escogiendo un ámbito privado para su experimentación y blindando la circulación de comunicaciones o sustancias que permitan avizorar siquiera la admisión de un eventual cambio de destino médico a de salud, a un destino de tráfico o de uso recreativo de la sustancia. Estaríamos en este caso y en esa teoría, frente a la culpa con representación o al máximo grado de la variante culposa que no satisface las exigencias del art. 5 de la ley 23.737..."*.

Con relación a ello, además, destacaron que *"...(s)i nos situáramos en el finalismo penal de Welzel, tendríamos que reconocer que a diferencia del causalismo penal en que la acción era ciega, en este modelo la acción se direcciona teleológicamente. La acción es vidente, es final. Y la dilucidación del sentido de la misma ocuparía toda la escena con el propósito de experimentación medicinal que desplazaría la modalidad dolosa..."*.



Por lo relatado, los jueces indicaron que no encontraban satisfechos, *"...ni la lesividad exigida por la contradicción de la acción con el bien jurídico protegido de la salud pública de la acción y del hecho, ni con los elementos normativos del tipo penal exigidos por el principio de legalidad cuyo correlato penal más estricto es el principio de tipicidad..."*, y que, para completar la valoración de la prueba sobre los elementos subjetivos del tipo, restaba valorar algunos aspectos del contexto en el que se desarrolló la acción, vinculados con el derecho a la salud como bien constitucionalmente tutelado.

En ese sentido, recordaron el criterio fijado por la CSJN en el fallo *"Arriola"*, que requiere que los jueces examinen las circunstancias del caso que se trata, a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejan peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros, lo cual nos lleva a dejar fuera del ámbito de punición aquellas conductas que no afecten el bien jurídico tutelado.

Además, destacaron que el derecho a la salud constituye uno de los derechos fundamentales; que, en el caso de autos, se ha probado el fin altruista que los encartados perseguían; y que, a pesar de la sanción de la ley 27350, la desidia del Estado en la implementación de dicha norma no puede recaer en las espaldas de los justiciables.

A la vez, indicaron que, *"...generada ya la legitimación de la expectativa, mediante la aceptación legislativa de los efectos benéficos en el uso medicinal de la cannabis y de sus aceites, con la sanción de ley 27.350, la prohibición penal queda definitivamente afectada por el mensaje dual, obligando al Estado a una velocidad de respuesta reglamentaria y regulatoria a riesgo de abrir una*



*ventana temporal, en donde su pretensión de manejo monopólico de la experimentación medicinal, y la provisión de medicina, pueda descontrolarse y ser cubierta de modo artesanal e irregular por la experimentación individual de aquellos que por sus circunstancias personales o familiares, y la entidad y urgencia de su expectativa en el uso, no alcancen a soportar impasibles el incierto tiempo de espera en la provisión oficial de la sustancia..."*.

Por su parte, destacaron que también debe tomarse en consideración el contexto en el que ocurrieron los hechos, para lo cual recordaron que, en la provincia de Jujuy, en fecha 10 de mayo de 2017, se sancionó la ley n° 6012 *"de investigación científica y uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados"*, por la cual se adhirió a la ley nacional; que, a partir de allí, mediante ley 6088, se creó en esa provincia la empresa pública *"Cannabis Avatara Sociedad del Estado"* (CANNAVA S.E.), que tiene por objeto llevar a cabo el cultivo de *cannabis* y sus derivados con fines científicos, medicinales y/o terapéuticos, entre otros; y que son hechos públicos y notorios los avances que Jujuy ha tenido en el área a partir de ese momento.

En tal sentido, señalaron que *"...las valoraciones sociales son dinámicas y modificables con el paso del tiempo. De esta manera, lo que una generación consideraba incorrecto puede ser valorado como correcto, o al revés. Por ello, [...] si solo se criminaliza una clase de conducta porque causa daño pero no es moralmente incorrecta, se estaría criminalizando algo que ésta bien..."*.

En virtud de todo lo expuesto, el voto mayoritario de la sentencia recurrida concluyó que *"...por abundante prueba plural y convergente se abonó en el debate la versión defensiva de los inculpados, que indica que las actividades objeto de este juicio, que los mismos desarrollaron*



*vinculadas a la guarda de semillas, a la siembra y al cultivo de la especie botánica de cannabis sativa estuvo destinada a la finalidad informada por los mismos, es decir a la obtención de aceite con propósitos de uso medicinal, en consecuencia no habiéndose abastecido en el caso prueba suficiente sobre el dolo, en sus distintos componentes, sobre la lesividad de la conducta en tanto requiere afectación de bienes jurídicos de terceros, habiéndose realizado una mensuración ajustada sobre los medios de pruebas con los que se cuenta, corresponde en este caso, y con estricto alcance a este caso y a la prueba que lo sostiene, absolver a los imputados del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes, por el que fueran acusados..”*

V. Sentado lo expuesto, y previo a analizar las cuestiones traídas por la parte recurrente, cabe recordar que el artículo 5 de la ley 23737 establece en su inciso “a” que: *“Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines”*.

Como puede advertirse de su redacción, mediante la frase *“para producir estupefacientes”*, la norma exige -para que se configure la figura penal- la concurrencia de una ultrafinalidad en la conducta del autor.

En ese orden, a los fines de determinar cuándo una sustancia puede ser considerada *“estupefaciente”*, el actual artículo 77 del Código Penal (CP), con la modificación efectuada por el art. 40 de la ley antes referida, dispone que *“[e]l término estupefacientes comprende los*



*estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional".*

Por lo tanto, si se tiene en cuenta que la norma de mención remite a un decreto del órgano administrativo para completar la conducta prevista por el tipo penal, puede afirmarse que se trata de una ley penal en blanco.

Con relación a ello, cabe traer a colación que, si bien históricamente se ha cuestionado si las leyes penales que remiten a otras normas -y, especialmente, las que remiten a normas de menor jerarquía-, podrían afectar el principio de legalidad, lo cierto es que, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido la constitucionalidad de este tipo de leyes.

En efecto, el máximo tribunal ha establecido que "*no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida...*" (Fallos 246:345).

Sentado ello, y volviendo al tipo penal bajo estudio, cabe efectuar algunas consideraciones respecto de las normas administrativas a las que remite el Código Penal a los fines de definir el término "*estupefacientes*".

En primer lugar, debe destacarse que, al momento de la comisión de los hechos imputados a López y Gago, se encontraba vigente -a los efectos establecidos por el art. 77 del CP- el listado de estupefacientes previsto por el Decreto 722/1991 (con las modificaciones del Decreto 69/2017).

Dicho listado incluía, en su Anexo I, las sustancias identificadas como "*Cannabis sativa (Cáñamo índico), sus resinas (Haschisch), sus aceites y sus semillas*"



(el resaltado corresponde a la presente).

Asimismo, con posterioridad, si bien el Decreto 560/19 derogó el régimen anterior y estableció una nueva lista -a los mismos efectos-, las sustancias referidas por el párrafo anterior fueron incluidas nuevamente en uno de los dos anexos previstos por la norma.

**VI.** Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, no puede perderse de vista que en el año 2017, se sancionó la ley 27350, de *"Investigación Médica y Científica"* para el *"Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados"*, la cual dispone en su artículo 1° que su objeto es *"...establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud"*.

En efecto, mediante el artículo 2 de dicha norma, se creó 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, explicitando el artículo 3 que los objetivos del programa son, entre otros, *"...d) 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..."*.

A su vez, en sus artículos 6 y 7, respectivamente, la norma de mención dispone que *"[1]a autoridad de aplicación tiene la facultad de realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales en el marco del programa, sea a través de la importación o de la producción por parte del Estado nacional. A tal fin, la autoridad de aplicación podrá*





*autorizar el cultivo de cannabis por parte del Conicet e INTA con fines de investigación médica y/o científica, así como para elaborar la sustancia para el tratamiento que suministrará el programa. En todos los casos, se priorizará y fomentará la producción a través de los laboratorios públicos nucleados en la ANLAP"; y que "[l]a Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa".*

*Asimismo, el artículo 8 de la ley establece la creación -en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación- de "...un registro nacional voluntario a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales".*

*Por último, en lo que aquí interesa, el artículo 10 prevé que "[e]l Estado nacional impulsará a través de los laboratorios de Producción Pública de Medicamentos nucleados en ANLAP, creada por la ley 27.113 y en cumplimiento de la ley 26.688, la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso exclusivamente medicinal, terapéutico y de investigación".*

*La ley mencionada fue reglamentada en primer término por el Decreto Reglamentario N° 738/17, dictado el 21 de septiembre de 2017, que dispuso -en lo aquí relevante-,*



que el CONICET y el INTA se encuentran autorizados para "...el cultivo de Cannabis con fines de investigación médica o científica para la elaboración de la sustancia que como medicamento sirva para proveer a quienes estuvieren incorporados al Programa..." (cfr. art. 6).

**VII.** Ahora bien, el 11 de noviembre de 2020, se dictó el Decreto N° 883/2020, que derogó el N° 738/17 y dispuso una nueva reglamentación para la ley 27350.

En efecto, en lo que aquí interesa, en las consideraciones de la nueva norma administrativa se dejó asentado lo siguiente:

*"Que a los fines de dar cumplimiento a las previsiones de la mencionada Ley [27350] se dictaron las normas reglamentarias necesarias para su efectiva implementación a través del Decreto N° 738/17.*

*Que en virtud de dicho Decreto, **el acceso al aceite de Cannabis y sus derivados es restrictivo**, porque solo pueden acceder a su uso quienes se incorporen a protocolos de investigación en epilepsia refractaria, **y económicamente excluyente**, atento el alto costo que implica su importación.*

*Que, además, el Régimen de Acceso por vía de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de Cannabis, aprobado por la Resolución de la ex-SECRETARÍA DE REGULACIÓN Y GESTIÓN SANITARIA N° 133/19 **requiere para su autorización la prescripción del tratamiento por médicos especialistas en Neurología o Neurología Infantil matriculados ante autoridad sanitaria competente, y solo en los casos de pacientes con epilepsia refractaria.***

*Que en otro orden, si bien en el artículo 8° de la mencionada Ley N° 27.350 se creó un registro nacional voluntario con el objeto de facilitar el acceso gratuito al aceite de Cannabis y sus derivados que la Ley en mención*



garantiza, aquel **no se encuentra operativo**.

Que esta situación, a su vez, **impide el adecuado control de calidad de derivados del Cannabis o supuestos derivados del mismo**, lo cual no solo **compromete la salud** de las usuarias y los usuarios sino que también **genera expectativas infundadas** promovidas por el simple afán de lucro.

Que **estas restricciones reglamentarias configuraron barreras al acceso oportuno del 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 redes y crearon organizaciones civiles que actualmente gozan no solo de **reconocimiento jurídico sino también de legitimación social**.

Que todo ello describe la situación particular en la que **las personas o las familias que atraviesan la enfermedad**, cuando tienen a su alcance la posibilidad de atenuar los dolores, **adoptan un rol activo, aun asumiendo el riesgo de ser condenadas por la normativa penal vigente**.

Que en el año 2018 expertos de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) recomendaron **'eliminar el cannabis y el aceite de cannabis de la Lista IV'**, la categoría más estrictamente controlada en la CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES. En tal sentido, señalaron que la Lista IV está integrada particularmente por **'sustancias dañinas y con beneficios médicos limitados'** y consideraron que **mantener el Cannabis 'en ese nivel de control restringiría gravemente el acceso y la investigación sobre posibles terapias derivadas de la planta'**.

Que **reglamentar adecuadamente el acceso al cultivo controlado de la planta de Cannabis, así como a sus**



*derivados, para fines de tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, implica cumplir el objeto de la Ley N° 27.350, de garantizar y promover el cuidado integral de la salud, y el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del Cannabis a toda persona que se incorpore al Programa, en las condiciones que se establezcan.*

*Que un Estado presente, en el que la Salud Pública es un eje prioritario, demanda **establecer las condiciones necesarias para que la accesibilidad de sustancias para su uso medicinal responda a estándares de calidad y seguridad sanitarios.***

*Que a los fines de proporcionar una respuesta equilibrada entre el derecho de acceso a la salud y la seguridad sanitaria, es que **la presente reglamentación establece un registro específico para usuarias y usuarios que cultivan Cannabis para fines medicinales, terapéuticos y/o paliativos, como así también promueve la creación de una red de laboratorios públicos y privados asociados que garanticen el control de los derivados producidos...*** (el resaltado corresponde a la presente).

Como puede advertirse de las consideraciones citadas, la nueva reglamentación valoró las deficiencias que, según el Poder Ejecutivo, habría presentado el sistema instaurado por el decreto vigente hasta ese entonces, teniendo especialmente en cuenta que las restricciones reglamentarias implementadas habrían configurado barreras para el acceso oportuno al aceite de *cannabis* y sus derivados por parte de la población; y que, en razón de ello, los usuarios habrían tenido que tomar un rol activo y llevar a cabo la práctica de autocultivo (creándose, a su vez, redes y organizaciones que ya gozaban de reconocimiento jurídico y legitimación social), asumiendo incluso el riesgo de ser condenados por la norma penal vigente.



A su vez, se tuvo en cuenta la recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de eliminar el *cannabis* y el aceite de *cannabis* de la categoría que incluye las "sustancias dañinas y con beneficios médicos limitados".

En consecuencia, la nueva norma reglamentaria dispuso, por un lado, en su artículo 3, que los objetivos del Programa Nacional antes mencionado comprenden -entre otros- el de "[i]mplementar medidas para **proveer en forma gratuita por parte del Estado**, derivados de la planta de *Cannabis* para aquellas y aquellos pacientes que cuenten con indicación médica con cobertura pública exclusiva. En caso contrario, la cobertura deberán brindarla las Obras Sociales y Agentes del Seguro de Salud del Sistema Nacional, las demás obras sociales y organismos que hagan sus veces creados o regidos por leyes nacionales, y las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, todo conforme la normativa vigente...".

A su vez, el artículo 6 establece nuevamente que, en el marco de esa reglamentación y a los fines de la investigación médica y/o científica, como así también de la producción, se autoriza al INTA y al CONICET al cultivo de *cannabis*.

Por último, en lo aquí relevante, el artículo 8 prevé que "[e]l Registro creado en el ámbito del MINISTERIO DE SALUD se denomina 'Registro del Programa de *Cannabis*' (REPROCANN). **El REPROCANN registrará, con el fin de emitir la correspondiente autorización, a los y las pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de *Cannabis* y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor. Los y las pacientes podrán inscribirse para obtener la autorización de cultivo para sí, a través de un o una familiar, una tercera persona o una organización civil autorizada por la Autoridad de**



**Aplicación.** Podrá inscribirse en el REPROCANN quien cuente con indicación médica y haya suscripto el consentimiento informado correspondiente, en las condiciones establecidas por el PROGRAMA. La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las jurisdicciones locales que hubieran adherido a la Ley N° 27.350 que lleven sus propios registros y expidan las autorizaciones correspondientes, debiendo informar las mismas al MINISTERIO DE SALUD..." (el resaltado corresponde a la presente).

**VIII.** Sentado cuanto precede, cabe recordar que, en la teoría de los recursos, es ineludible el principio que ordena que éstos sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean ulteriores a su interposición (cfr. Fallos 285:353, 310:819 y 315:584, entre muchos otros).

En la misma línea, es criterio de esta Cámara que sus decisiones deben atender a las circunstancias existentes al momento de su pronunciamiento, aunque sean distintas a las verificables en oportunidad de la interposición del recurso respectivo (cfr. causas FMZ 014282/2016/47/CFC009, caratulada "*Cantoni, Gabriela Cristian s/ incidente de excarcelación*", rta. 22/11/19, reg. 2068/19; FCT 10809/2018/1/CFC1, caratulada "*Ramírez Ramos, Carlos Germán s/ recurso de casación*", rta. 22/11/19, reg. 2068/19; FRO 009491/2013/T001/7/CFC004, caratulada "*Tabares, Darío Héctor Oscar s/ legajo de casación*", rta. 5/11/19, reg. 1981/19; CPE 16/2016/T02/42/CFC25, caratulada "*Tolos, Matías Sebastián s/ recurso de casación*", rta. 1/11/19, reg. 1968/19; todas ellas del registro de esta Sala, entre muchas otras; y causa FBB 31000615/2010/57/1/CFC41, caratulada "*Gauna, Miguel s/ recurso de casación*", rta. 29/8/19, reg. 1469/19, del registro de la Sala III, también entre otras).

**IX.** Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que



el nuevo decreto reglamentario de la ley 27350, dictado por el Poder Ejecutivo en el mes de noviembre de 2020, prevé la posibilidad de que los pacientes (que cuenten con indicación médica y hayan suscripto el consentimiento informado) obtengan una autorización para acceder a través del cultivo controlado a la planta de cannabis y sus derivados -como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor-, tanto para sí, como también a través de un familiar, una tercera persona o una organización civil autorizada por la autoridad de aplicación.

De tal modo, en el caso se presenta un supuesto en el que, al momento de resolver, se encuentra vigente una norma que no lo estaba al momento de la comisión del hecho.

Por lo tanto, resulta necesario evaluar si las conductas imputadas a Gago y López siguen siendo merecedoras de reproche penal.

En este sentido, es menester recordar que la sucesión de leyes en el derecho positivo argentino se encuentra regulada por el principio de la irretroactividad de aquéllas para regir relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su vigencia ("*tempus regit actum*"). Esta regla general, que se prescribe por los artículos 5 y 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el caso del derecho penal en particular, constituye un efecto obligado del principio de legalidad.

No obstante, la excepción a dicho principio se encuentra prescripta por el artículo 2 del CP, por la cual se establece: "*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al momento del pronunciamiento del fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna [...] En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*".



Por lo demás, la excepción mencionada, por encontrarse incorporada a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15, inc. 1º), tiene jerarquía constitucional en función de lo que prevé el artículo 75, inc. 22º de la Carta Magna.

En ese sentido, la comparación que debe efectuarse entre las leyes para establecer cuál es más benigna "*(e)s concreta porque debe referirse al caso que se juzga. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales, y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, las de inculpabilidad, etc.)...*" (Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 58).

En el mismo sentido, se ha expresado que hay consenso en sostener que esa determinación no puede hacerse en abstracto, sino que el órgano jurisdiccional (a quien específicamente le incumbe con exclusividad esa elección) tendrá que, en cada caso concreto, discriminar y establecer cuál es la ley más benigna en cada supuesto en particular.

En efecto, una nueva ley es más benigna no sólo cuando se desincrimina un hecho anteriormente castigado, se disminuye la pena con la cual se conmina el delito o se la reemplaza por otra especie de menor gravedad, sino también cuando se establecen modificaciones a las reglas generales referentes a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, a la inculpabilidad, a la tentativa, a la reincidencia, a las causas de extinción de la acción penal, etc.

X. Ahora bien, con relación a esta cuestión, no





puede perderse de vista la discusión que se ha generado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a lo largo de los años, en torno a si corresponde la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna -en el caso de las leyes penales en blanco- cuando la norma que ha sido modificada, y que resulta más favorecedora para el imputado en el caso concreto, es la norma complementaria.

No obstante, dicha discusión fue resuelta por la CSJN, al expedirse en el fallo "*Cristalux*" (Fallos: 329:1053), oportunidad en que modificó el criterio anteriormente sostenido en los precedentes "*Argenflora*" y "*Ayerza*" (Fallos: 320:763 y 321:824, respectivamente).

En efecto, en "*Cristalux*", nuestro máximo tribunal remitió -en lo pertinente- a la doctrina sentada en la disidencia del juez Petracchi en el precedente "*Ayerza*", oportunidad en la que señaló -con respecto a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna- que "*...no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de '...que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación' [...] se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios...*".

Asimismo, en esa oportunidad, el magistrado de mención indicó que "*...en el orden de las excepciones legítimas a la aplicación del principio en examen, los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -cuyo valor hermenéutico destaca el art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- sólo dan cuenta del supuesto de las leyes penales*



temporarias o de emergencia...".

Por su parte, destacó que *"...la retroactividad de la ley más benigna no resulta aplicable de modo indiscriminado en el campo de las leyes penales en blanco [sino que] se impone un estricto margen de razonabilidad en la determinación del grupo de excepciones posibles..."* y que *"... [e]n términos generales, lo determinante en estos casos es '...si el fin de protección del reglamento que ha sido violado se mantiene invariado"* (Tröndle, op. cit., núm. marg. 6). O bien, de modo más explícito, la aplicación retroactiva del nuevo reglamento resulta inadecuada *'...cuando la derogación no se propone permitir un espacio mayor de libertad de comportamiento, sino sólo otro en que se conforma de modo distinto lo que hasta entonces estaba permitido, p. ej., suprimiendo una limitación de velocidad, pero prescribiendo una medida de seguridad hasta entonces no requerida'* (Günther Jakobs, "Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación", trad. española de la 2a. ed. alemana a cargo de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1995, 4/71, pág. 121)..."

Por último, y respecto del caso bajo análisis en esa ocasión, concluyó que **"...la modificación legal examinada en estas actuaciones tuvo como consecuencia una considerable ampliación de la esfera de libertad de comportamiento [...] y la consiguiente revocación del concreto fin de protección al que respondía el sistema [...] fundado en el decreto 2581/64..."** por lo que **"...tal modificación cae, respecto de la conducta imputada [...], en el ámbito de aplicación directa de la regla de la retroactividad de la ley penal más benigna..."** (el resaltado corresponde a la presente).

Como puede advertirse, en el precedente "Cristalux", la CSJN -al remitir a la doctrina antes citada - entendió que, por un lado, que el principio de retroactividad



de la ley penal más benigna no debe ser aplicado de modo indiscriminado, sino que impone un estricto margen de razonabilidad; y, por otro, que -a los fines de evaluar su procedencia para supuestos como el que aquí se analiza-, cabe determinar si el fin de protección del reglamento que ha sido violado se mantiene invariado; o si, por el contrario, la modificación tuvo como consecuencia una ampliación de la esfera de libertad de comportamiento de los sujetos.

**XI.** En el caso bajo examen, como ya se expuso con anterioridad, las conductas de los encartados Gago y López fueron encuadradas bajo las previsiones del art. 5, inciso "a" de la ley 23737, que sanciona a quien -sin autorización o con destino ilegítimo- siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines.

Asimismo, también se recordó que, a los fines de definir el término "*estupefacientes*", el artículo 77 del CP (con las modificaciones del art. 40 de la ley 23737) remite a las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

Sentado ello, si bien en este caso la norma complementaria que completa la ley penal en blanco es el Decreto 560/19 (que incluye al aceite de *cannabis* en el listado de sustancias que se consideran estupefacientes), lo cierto es que no puede perderse de vista que el mismo órgano al que le corresponde emitir ese listado (es decir, el Poder Ejecutivo Nacional), ha emitido una autorización para que los particulares -bajo ciertas circunstancias- cultiven dicha sustancia.

En efecto, cabe reiterar una vez más que el artículo 8 del decreto de mención autoriza a los pacientes -que cuenten con indicación médica y que hayan suscripto el



consentimiento informado- a registrarse para obtener una autorización para sí o para terceros a los fines de acceder a través del cultivo controlado a la planta de *cannabis* y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor.

Por lo tanto, si bien las acciones de sembrar y/o cultivar *cannabis* no han sido desincriminadas, toda vez que siguen encontrándose tipificadas por el inciso "a" del artículo 5 de la ley 23737 (complementado por el Decreto 560/19), lo cierto es que, mediante la sanción del Decreto 883/20, el Poder Ejecutivo nacional (que, como se dijo, es el mismo órgano encargado de emitir el listado de sustancias consideradas estupefacientes) ha emitido una autorización para que dichas conductas puedan ser realizadas por ciertas personas, en determinadas circunstancias, a los fines de obtener aceite de *cannabis* para uso medicinal.

**XII.** Sentado ello, y volviendo al caso bajo estudio, cabe recordar que la materialidad de las conductas imputadas a Gago y López no se encuentra controvertida en autos.

Asimismo, surge del acta de debate que el propio representante del MPF ante la instancia anterior, en el momento de los alegatos, señaló que *"...[a]quí no se pone en duda la finalidad altruista en la producción de aceite de cannabis con fines medicinales, tampoco [se] discute los beneficios del aceite..."* pero *"...[s]i se cuestiona que los encartados no estaban autorizados para producir el aceite de cannabis y conociendo la prohibición hicieron esa producción y con trascendencia a terceros..."*, lo que *"...no puede ser una actividad permitida..."*.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo expuesto en la presente, y el modo en que los hechos fueron delimitados por la acusación al momento del debate, entiendo



que los mismos deben ser encuadrados en las previsiones del Decreto Reglamentario N° 883/2020, por lo que ya no resultan merecedores de reproche penal.

En efecto, como se expuso precedentemente, la sucesión de leyes en el derecho positivo argentino se encuentra regulada por el principio general de la irretroactividad de aquellas para regir relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su vigencia; y esta regla general -que se prescribe por el art. 2 del CP-, en el caso del derecho penal en particular, constituye un efecto del principio de legalidad (art. 18 CN).

En consecuencia, para aplicar una norma posterior a la que estaba vigente al momento de producirse los hechos que se juzgan, debe establecerse previamente qué normativa resulta más benigna como consecuencia de una excepcional ultra actividad de la ley, lo que se verifica en autos a partir del cotejo de las normas ya citadas, que imponen la aplicación del Decreto N° 883/2020 a las conductas de los encartados.

**XIII.** Sentado cuanto precede, no escapa al suscripto que el decreto de mención establece que los particulares que deseen cultivar *cannabis* deberán contar con indicación médica y suscribir un consentimiento informado, como así también solicitar una autorización a tal efecto.

Asimismo, en este caso, si bien se encuentra acreditado que Gago y López cultivaban a los fines de producir aceite para uso medicinal propio y de terceros, ninguno de ellos contaba con autorización.

Ahora bien, no debe perderse de vista que, tal como se ha mencionado en la presente y fue señalado por el tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, tanto la ley 27350 como sus decretos reglamentarios fueron sancionados con posterioridad al momento de los hechos aquí juzgados.



Por lo tanto, teniendo en cuenta que dichas normas no se encontraban vigentes al momento en que los imputados llevaron a cabo las conductas aquí juzgadas, entiendo que - sin perjuicio de que corresponda su aplicación retroactiva, en tanto resulta más beneficiosa para los imputados-, el pedido de autorización previsto por el Decreto 883/20 no resulta exigible a los encartados en esta oportunidad.

**XIV.** Por último, teniendo en cuenta que el examen de la cuestión analizada en este voto es previo al de cualquier otra, y que las conductas imputadas a López y Gago ya no resultan merecedoras de reproche penal, entiendo que deviene abstracto el tratamiento de los demás agravios traídos por la parte recurrente.

**XV.** En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del MPF, sin costas (artículos 456, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 532 del CPPN) y tener presente la reserva del caso federal.

Tal es mi voto.

**El señor juez Diego G. Barroetaveña dijo:**

Que por coincidir, en lo sustancial, con los fundamentos expuestos por el colega que nos precede en el orden de votación, doctor Daniel Antonio Petrone, adherimos a la solución propuesta.

En tal sentido, toda vez que por las particulares circunstancias que rodearon el hecho que fue oportunamente juzgado y sometido a inspección de esta Cámara, ahora, entendemos que el temperamento recurrido no contiene transgresiones o defectos lógicos, sino que, por lo contrario, se encuentra sustentado en las circunstancias comprobadas durante el juicio, las cuales no permitieron probar, con el grado de certeza que exige una sentencia condenatoria, la responsabilidad penal de Esteban Daniel Gago



y Rodolfo Ezequiel López en el hecho que se les imputa.

Vemos así que, de manera contraria a lo pretendido por la parte recurrente, la resolución del tribunal *a quo* se halla motivada y no resulta arbitraria al contar con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449 y 303:888).

La parte impugnadora únicamente exteriorizó divergencias de criterio con el razonamiento efectuado al ponderarse el plexo probatorio, pero de su compulsión, evaluación y análisis, de manera alguna surge un apartamiento a las reglas de la sana crítica racional y las máximas de la experiencia, sino que fue a partir de ellas que el tribunal sentenciador concluyó que *"(e)l plan que desarrollaron Gago y López fue diluir aceite de cannabis para su utilización con fines medicinales, y crema de cannabis a partir de los cogollos que esperaban cosechar de las plantas, en el caso del aceite, y de una pequeña porción de sus hojas, en el caso de la solución de uso tópico [...]"*.

Repárese en que el tribunal *a quo* efectuó un pormenorizado análisis de las declaraciones indagatorias de los imputados quienes explicaron que la plantación estaba destinada a la producción de aceite de *cannabis* para su propio consumo y el de sus familiares quienes padecían problemas de salud, y que sus dichos fueron corroborados con los testimonios de Alicia Casanova y Mariano Gago -madre y hermano del encausado Esteban Daniel Gago-; Gabriela Sosa -ex pareja del encausado Rodolfo Ezequiel López-; y Delia Barutta Patiño -bioquímica y farmacéutica-, así como también por los estudios médicos incorporados como prueba que dan cuenta de las dolencias que padecían los familiares de Gago y López.

Además, el tribunal de juicio hizo especial hincapié en las conversaciones telefónicas mantenidas entre



los imputados y otras personas de las que surge que el destino de la plantación de *cannabis sativa* era la producción de aceite medicinal.

Igualmente, explicó que *“(r)especto del frasco con restos de sustancia vegetal secuestrado a Gago durante su requisita, y la existencia de un rallador de marihuana y un frasco de vidrio también con vestigios de sustancia estupefaciente en el domicilio allanado, carece de relevancia en relación al hecho por el que fueron traídos a juicio los encartados porque al no haberse encontrado sustancia en picadura que implique una entidad de droga mensurable, pesable, no superamos lo indiciario, pero aun lo indiciario nos lleva a un ámbito que en el peor de los casos de haberse acreditado resultaría aplicable la doctrina del fallo Arriola. Más aún si se tiene en cuenta que no existe prueba que dé cuenta de la entrega a título gratuito u oneroso de estupefaciente, ni tampoco se secuestró sustancia alguna que no fuera para la producción del aceite. Quedando dicho secuestro como elementos para consumo personal, cubierto por la esfera de intimidad que encuentra amparo en el art. 19 de la CN [...]”*.

En definitiva, estimamos correcta la decisión del tribunal sentenciador que aplicó un temperamento liberatorio respecto de los encausados Gago y López.

Es que el estado de inocencia del que goza toda persona hasta el momento del dictado de una condena no es un estado que deba ser construido, sino que, por el contrario, el mismo debe ser destruido por la prueba de cargo aportada durante el proceso.

Que lo que se presenta en estos casos, en definitiva, no es otra cosa que *“(e)l particular estado del intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa*





*o negativa con relación a una determinada cuestión, debido a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan lo suficientemente explícitos o eficaces para determinar una opción convincente. Ocurre cuando los datos existentes son susceptibles de despertar razonamientos equívocos y disímiles, de suerte que se desencadena un contraste tal que no es posible afirmar que intelectivamente se ha obtenido el convencimiento pleno sobre alguna de las contingencias [...]" (cfrme. Jauchen, Eduardo M., "Derechos del Imputado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 110).*

Al respecto, encontramos oportuno recordar lo señalado por nuestro más alto Tribunal en cuanto la presunción de inocencia constitucional (art. 18 de la Carta Magna).

En tal dirección, indicó la Corte que *"(c)uando ese artículo dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme [...]" (Fallos: 321:3630).*

A lo expuesto precedentemente es menester agregar lo establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que expresamente establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En una formulación equivalente, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) determina que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.



Como directa consecuencia de la garantía constitucional en juego, la Corte Suprema ha dejado sin efecto decisiones que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad del acusado a partir de pruebas concordantes (Fallos: 329:5628, "Miguel"), habiéndose precisado, también, que en función del principio del *in dubio pro reo* cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza positiva (Fallos 339:1493 "Carrera").

Por su parte, en el caso "Cantoral Benavides", sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) sostuvo que: *"(E)l principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla [...]"*.

Lo que se sostiene, es que las contra-hipótesis a la acusación *"(p)revalecen con solo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aún sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria [...]"* (cfrme. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 151).

En suma, por tales razones, entendemos que debe rechazarse la impugnación interpuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En virtud de todo lo expuesto, proponemos al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 530 y 532 del CPPN).

Es nuestro voto.-



**La señora jueza doctora Ana María Figueroa dijo:**

**I)** Que, por los motivos que a continuación desarrollaré sobre las cuestiones traídas a control jurisdiccional de esta Cámara, considero corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 530 y 532 del CPPN).

**II)** Con relación a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, debe advertirse que el mismo satisface las exigencias de admisibilidad y fundamentación, al haberse introducido agravios de conformidad con los motivos previstos por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación en la condiciones del artículo 463 del mismo texto legal, y ha sido deducido contra uno de los pronunciamientos previstos en los artículos 457 y 458, por lo cual entiendo que corresponde dar respuesta a los planteos efectuados por la parte (arts. 465 y 468 del CPPN).

**III)** En lo que respecta a la cuestión de fondo traída a revisión jurisdiccional de esta Cámara, esto es, la arbitrariedad del fallo impugnado por el acusador público, concuerdo, tal como se explicitó en el voto del colega preopinante, en que el Tribunal Oral ha brindado un exhaustivo y completo análisis al conjunto de pruebas reunido en autos, que de modo fundado condujeron a afirmar la ausencia de responsabilidad penal de los acusados Esteban Daniel Gago y Rodolfo Ezequiel López, en orden al delito por el que fueran juzgados.

Al respecto, considero que el tribunal de juicio ha efectuado una fundada y razonable valoración de las constancias de la causa, y ha sustentado jurídicamente sus conclusiones, sobre la base de un plexo probatorio prudentemente valorado, en el que se analizaron, entre otros elementos, los informes de investigación desarrollados por



los preventores, las declaraciones testimoniales, los informes periciales, el hallazgo del material incautado y las declaraciones de los imputados.

Estas probanzas ponderadas por el tribunal de juicio, permitieron lógica, racional, legal y jurídicamente mantener y afirmar el estado de inocencia de Gago y López, en lo que hace al delito de cultivo de plantas y guarda de semillas para producir estupefacientes imputado.

En ese orden, no advierto quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por el juzgador que autoricen la tacha invalidante de la arbitrariedad.

Es que a partir del estudio del plexo probatorio del caso y de la sentencia recurrida, se concluye que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy ha emitido su decisión por un fallo que se encuentra debidamente motivado, que cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, lo que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 303:449; 303:888, entre otros), sin que las alegaciones del representante del Ministerio Público Fiscal logren conmover la convicción a la que arribó el *a quo*.

**IV)** Que, en el caso de marras, no se encuentra controvertida la materialidad del hecho, desde que los propios imputados reconocieron en el juicio que, en la locación y circunstancias referidas en el voto que inaugura este Acuerdo, desarrollaron actividades vinculadas a la siembra y cultivo de cannabis sativa y a la guarda de semillas de dicha especie botánica, destinadas a la finalidad de obtención de aceite con propósitos de uso medicinal para el propio consumo de los encartados y el de sus familiares, quienes padecían problemas de salud.

Asimismo, ello tampoco ha sido materia de agravio por parte del acusador público recurrente, quien enderezó su



impugnación en orden a la interpretación jurídica de tales hechos que efectuara el *a quo*, para decidir la absolución de Gago y López.

Así planteada la controversia de autos, habré de abocarme al examen de los motivos del decisorio recurrido, en cuanto a si, conforme las circunstancias del caso, la conducta desplegada por los imputados no debe ser encuadrada en el tipo penal previsto en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, tal como allí definiera el tribunal de previa intervención.

V) En primer término, en relación a la norma en análisis, debe señalarse que la ley 23737 contempla como bien jurídico preponderante cuya afectación sanciona, la salud pública. En ello es conteste la totalidad de la doctrina.

En efecto, D'Alessio sostiene que "[l]a salud pública es el bien jurídico esencialmente protegido por casi todas las disposiciones de esta ley, por cuanto las conductas vinculadas con el tráfico y con la posesión de drogas tóxicas representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado" (D'ALESSIO, Andrés J.; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado". T. III - Leyes Especiales Comentadas; 2da ed.; Buenos Aires; La Ley; 2010; pág. 1017).

En ese marco conceptual, deben analizarse las conductas prohibidas en los distintos apartados del art. 5 de la ley como una serie de acciones "en cascada" individualizadas en la norma, tendientes, todas ellas, a participar del tráfico de estupefacientes.

Se trata de un sistema de criminalización primaria adoptado por el legislador que procura evitar lagunas de



punibilidad, por lo que apunta a contemplar todos los eslabones de la cadena de la producción y tráfico, desde las conductas que al inicio de la misma podrían reputarse como meros actos preparatorios (siembra, cultivo, guarda de semillas), pero que en la lógica legislativa adoptada se reputan como parte integrante del tráfico de estupefacientes.

En tal sentido, sostiene D'Alessio que en el art. 5 de la ley 23737 *"se describen una variedad de conductas que se vinculan con el tráfico de estupefacientes pudiendo clasificársele como una ley compleja alternativa que hace reprimible cualquiera de los comportamientos allí previstos que -entre sí- deben considerarse en relación de especialidad. Estas figuras delictivas intentan atrapar todas las fases de la denominada cadena de tráfico, que van desde la guarda de semillas, la siembra, el cultivo y la producción, hasta el transporte y el almacenamiento, el comercio, la tenencia con esa finalidad y el suministro"* (D´ALESSIO, Andrés J.; Ob. Cit.; pág. 1023).

Señala el autor que las actividades descritas en el art. 5 *"llevan ínsitas una relación secuencial con actividades de comercialización. Comercializar la droga es la nota común mediata o inmediata, que liga a los actos englobados en los diversos tipos específicos de dicha norma, con la actividad genérica de la comercialización. El orden en que el legislador usa esos verbos no implica que se trate de actividades que carezcan de interrelación, sino que todas las enunciaciones específicas conllevan una meta que las articula: la comercialización ilegal de la droga; se trata en definitiva de actos, mediata o inmediatamente relacionados con el tráfico de drogas en una secuencia espacio-temporal"* (D´ALESSIO; ídem).

Análogamente, sostiene Cornejo que *"[e]l artículo 5º de la ley 23.737 a través de sus cinco incisos describe*



*distintas conductas típicas que configuran los delitos propios de una actividad ilícita a cuya síntesis abarcadora se le ha denominado tráfico de estupefacientes"; y que "[ú]nicamente concibiendo a los delitos de tráfico de estupefacientes como injustos de peligro abstracto, puede concebirse una tipificación como la propiciada por la ley de drogas" (CORNEJO, Abel; "Los delitos del tráfico de estupefacientes"; Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991, pág. 75).*

Establecido ello, y a efectos del abordaje de la cuestión debatida en el caso, debe analizarse la figura prevista en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, utilizando para ello las herramientas de la dogmática jurídico-penal que permiten la dilucidación conceptual de los distintos estratos analíticos de la teoría del delito.

Mediante dicho precepto se reprime con una pena de cuatro a quince años y multa a quien *"sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines"*.

Como puede verse, asiste razón al recurrente en su planteo referido a que la norma prevé que la conducta desplegada merecerá reproche cuando se realice *"sin autorización o con destino ilegítimo"*, en cualquiera de ambos supuestos, en forma disyuntiva.

Sin embargo, no es ese el punto central a analizar en el caso, sino aquel referido puntualmente a la concurrencia de los elementos objetivos y, más aún, del aspecto subjetivo de la conducta prevista en el art. 5, inc. "a" citado.

Señala D'Alessio que en dicho precepto *"se describen dos figuras penales que abarcan los primeros actos de la cadena de tráfico ilícito de drogas"*, en referencia a



la guarda de semillas y la siembra y el cultivo de plantas, en ambos casos para producir estupefacientes. *“Se trata en todos los casos de actos preparatorios punibles por constituir una de las actividades primigenias para la puesta en marcha de la cadena de tráfico”* (D´ALESSIO, Andrés J.; Ob. Cit.; pág. 1026).

Conviene aquí analizar en forma independiente las dos figuras típicas previstas en la norma, a fin de evaluar la subsunción en éstas de las conductas desplegadas por los imputados, tal como reclama el recurrente.

En cuanto al delito de siembra y cultivo de plantas, tales conductas deben tener como fin participar del tráfico de estupefacientes, en tanto se tratan de un eslabón de su cadena.

Es decir, se requiere un elemento específico en el aspecto subjetivo del tipo: esa finalidad especial -o mejor dicho, una ultrafinalidad exigida por la norma-.

Lo mismo debe reputarse para la figura de guarda de semillas y materias primas, conducta que, para constituir un eslabón de la cadena de tráfico de estupefacientes, debe contar con tal finalidad específica impuesta por el autor.

En este punto debemos detenernos a fin de caracterizar dogmáticamente en forma adecuada la norma en análisis.

La formulación del art. 5, inc. “a”, de la ley 23737 reprime las conductas de siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas **para producir o fabricar estupefacientes**.

De ello surge claramente que se requiere para su configuración un “plus” subjetivo más allá del dolo de siembra, cultivo o guarda. Se trata de una ultrafinalidad (*“para producir o fabricar estupefacientes”*) sin cuya concurrencia, las acciones descriptas -aún dolosas- no verán satisfecha la exigencia completa del aspecto subjetivo del





tipo penal en cuestión.

Así lo entiende la doctrina en forma extendida, en relación a las figuras típicas formuladas con esa técnica legislativa.

En tal sentido, sostiene Zaffaroni que *"[l]os elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización"* (ZAFFARONI, E. Raúl y otros; *"Derecho Penal. Parte General"*; 2da ed.; Buenos Aires; Ediar; 2002; pág. 542).

En relación a estas dos clases de elementos subjetivos distintos del dolo, destaca el autor que *"(a) unos son claras ultrafinalidades, es decir tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un para, con el fin de, con el propósito de, etc. (b) Otros son los elementos del ánimo, o sea, actitudes o expectativas del agente que acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos: la alevosía sería incompatible con la víctima en plena capacidad de defensa; el aprovechamiento del hurto calamitoso sería inconcebible sin la calamidad; etcétera"* (ZAFFARONI, E. Raúl y otros; Ob. Cit.; pág. 543).

La clasificación más corriente de los tipos penales con elementos subjetivos distintos del dolo se remonta a Mezger, y distingue entre delitos de intención (o de tendencia interna trascendente o sobrante), delitos de tendencia y delitos de expresión. En la primera categoría se requieren ultrafinalidades y en la segunda elementos de ánimo.

En sentido análogo, sostiene Righi que *"[m]ientras*



en la mayoría de los hechos punibles lo único relevante en el ámbito del tipo subjetivo es el dolo, algunos requieren la concurrencia de elementos subjetivos de la autoría, por lo que en esos casos la tipicidad subjetiva no se agota con el conocimiento por el autor del tipo objetivo, ya que se trata de delitos en los que la especial finalidad del autor resulta relevante para caracterizar el contenido de ilicitud de su comportamiento. La imputación subjetiva en esos casos incluye, además del dolo, ciertas intenciones o finalidades específicas del autor, como sucede, por ejemplo, con el tipo de rapto" (RIGHI, Esteban; "Derecho penal: parte general"; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 2014; págs. 225-226).

Destaca el autor que "[l]os especiales elementos subjetivos de la autoría forman parte del tipo subjetivo y por ello, al igual que el dolo, deben concurrir en el momento de comisión del hecho. Así, para la subsunción de la acción al tipo de rapto es preciso que el autor haya tenido la intención de menoscabar la integridad sexual (art. 130, párr. 1º, CPen.) en el momento en que se sustrajo o retuvo a la víctima. Por el contrario, ese tipo no quedó consumado si dicho propósito surgió con posterioridad. En otros casos, el elemento subjetivo de la autoría está previsto en un tipo dependiente, como sucede con la norma que aumenta la punibilidad del homicidio cometido para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro (art. 80, inc. 7º, CPen.), pues la subsunción del comportamiento a este tipo calificado requiere la concurrencia de alguno de esos propósitos, por lo que si fue otra la finalidad del autor, debe descartarse el tipo agravado y formularse imputación por homicidio simple (art. 79 CPen.)" (RIGHI, Esteban; ídem).

Completa Zaffaroni que estos son casos de tipos



penales asimétricos, cuyo aspecto subjetivo se encuentra hipertrofiado en relación al objetivo, dado que requieren otros elementos subjetivos además del dolo. Estos elementos "pueden ser de tendencia interna trascendente (ultrafinalidades, usualmente destacadas en los tipos legales con la preposición 'para' o 'con el fin de'), en los que no es necesario que la finalidad u objetivo ultratípico se obtenga. Por ello suelen llamarse también delitos cortados de resultado" (ZAFFARONI, E. Raúl; "Estructura básica del derecho penal"; 1ra ed.; Buenos Aires; Ediar; 2009; pág. 120).

Por lo expuesto, no caben dudas que el tipo penal previsto en el art. 5, inc. "a" de la ley 23737, se trata de una de aquellas figuras que requieren la concurrencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, en el caso, la ultrafinalidad "para producir o fabricar estupefacientes".

Tratándose de la figura por la que se juzgó a Gago y López en el presente caso -y cuya comisión por éstos plantea el recurrente-, debe señalarse que, conforme se encuentra acreditado en autos, las conductas desplegadas por éstos de siembra y cultivo de 58 plantas y 152 plantines de cannabis sativa, y la guarda de 442 semillas de la misma especie, tuvieron la ultrafinalidad de producir o fabricar aceite de cannabis para uso medicinal, tanto para uso propio como de terceras personas cercanas y familiares.

En tal sentido, me abocaré seguidamente a analizar si ello configura el delito previsto y reprimido en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, o si, por el contrario, la conducta desplegada por los imputados no encuentra subsunción en dicha norma, tal como resolvió el *a quo*.

**VI)** Establecida que fuera la caracterización del tipo penal previsto en el art. 5, inc. "a" de la ley 23737, y su exigencia -en forma concurrente al dolo de siembra,



cultivo y guarda- de la ultrafinalidad *“para producir o fabricar estupefacientes”*, resulta menester efectuar un análisis de tal previsión legal y sus implicancias.

Dicha evaluación debe realizarse con cuidada observancia del principio de legalidad, el cual contiene como una de sus manifestaciones trascendentes al principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, según el cual, en su primera acepción, *“no bast[a] que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible”* (ZAFFARONI, E. Raúl y otros; *“Derecho Penal. Parte General”*; 2da ed.; Buenos Aires; Ediar; 2002; pág. 116).

En cuanto a su faz referida a la interpretación de la ley, este principio *“se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización”* (ZAFFARONI, E. Raúl y otros; Ob. Cit.; pág. 119).

Cabe, asimismo, recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que las leyes deben interpretarse conforme a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador, sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el



ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa n° 4052").

Bajo tales premisas, en relación a la frase "*para producir o fabricar estupefacientes*" contenida en la formulación de la figura referida, puede afirmarse que si bien los verbos "producir" y "fabricar" no aparejan mayores dificultades interpretativas, el vocablo "estupefacientes" merece una particular consideración.

Al respecto, cabe señalar que por el art. 40 de la ley 23737 se modificó el último párrafo del art. 77 del Código Penal, quedando redactado su texto de la siguiente forma: "*El término estupefacientes comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional*".

De allí puede advertirse que el término "estupefacientes", a los efectos legales, quedó definido en dos facetas concurrentes: aquellas sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica; y que se incluyan en las listas que elabore y actualice el Poder Ejecutivo nacional.



En su comentario al art. 77 del CP, D'Alessio señala, en relación al párrafo referido a la voz "estupefacientes", que según dicha norma *"no toda sustancia que provoque dependencia será `estupefaciente` a los fines de la ley penal sino sólo la que se incluya en las listas referidas. La remisión efectuada por este artículo a las listas que elabore el Poder Ejecutivo convierte a la ley 23.737 en una ley penal en blanco, ya que para completar la definición de las conductas que ella prohíbe hay que recurrir a los decretos del Poder Ejecutivo que, como no constituyen ley formal, hacen que esta ley en blanco resulte de dudosa constitucionalidad"* (D'ALESSIO, Andrés José; *"Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado"*. T. I - Parte General; 2da ed.; Buenos Aires; La Ley; 2011; págs. 1134/1135).

Mucho se ha dicho sobre las leyes penales en blanco, en cuanto a la validez constitucional de su remisión a otras normas -leyes formales o normas de otra naturaleza-, y su posible afectación al principio de legalidad.

Un sector de la doctrina considera que tales normas son inconstitucionales, en tanto *"[d]esde el punto de vista formal la legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme el procedimiento que establece la propia Constitución"* (ZAFFARONI, E. Raúl; Ob. Cit.; pág. 112).

Resultan atendibles los motivos esgrimidos en tal sentido, por cuanto *"[l]a ley penal en blanco siempre fue sospechosa de lesividad al principio de legalidad formal y, además, abrió la puerta a la analogía y la aplicación retroactiva, (...) configura una clara vía de delegación de la potestad punitiva por parte del poder legislativo, y que*



*quiebra la cláusula de ultima ratio. Las únicas leyes penales en blanco cuya constitucionalidad es tolerable son las llamadas impropias, o sea, las que reenvían a otra norma emanada de la misma fuente" (ZAFFARONI, E. Raúl; Ob. Cit.; pág. 116).*

Sin embargo, la corriente de doctrina preponderante postula una mayor flexibilidad en relación a las leyes penales de esa clase, con base en la jurisprudencia del Alto Tribunal (Fallos 304:260 y 1678).

Así, sostiene D'Alessio que "[l]a Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez constitucional de esta técnica legislativa en ciertas materias que -por su peculiar naturaleza- comprenden situaciones fluctuantes que exigen una legislación de oportunidad que sólo está en condiciones de satisfacer la norma extra-penal, tal como acontece, por ejemplo, con las leyes penales cambiarias en donde se faculta a la administración a integrar aspectos del tipo" (D'ALESSIO, Andrés J.; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado". T. III - Leyes Especiales Comentadas; 2da ed.; Buenos Aires; La Ley; 2010; pág. 1020).

En relación a la ley 23737, sostiene el autor que "la exigencia de una ley en sentido formal para concretar cuál es la sustancia prohibida, se revelaría como un medio demasiado lento para mantener la actualización de las listas, teniendo en cuenta la permanente creación de estupefacientes producto de la constante evolución de la química y de la farmacología. (...) los tipos penales previstos por la ley 23.737 consagran tanto la conminación penal como la definición del delito y sólo se remiten a normas emanadas de otros órganos del Estado (decreto del Poder Ejecutivo) para definir el contenido y alcance del vocablo 'estupefacientes'" (D'ALESSIO, Andrés J.; ídem).



Concluye, por ello, que *“no se advierte que -en esta materia- la remisión a una norma de menor jerarquía afecte el principio de legalidad, ni vulnere el art. 76 de la Constitución Nacional que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, máxime cuando -al definir la propia ley la conducta prohibida- las listas elaboradas por el Poder Ejecutivo sólo cumplen la función de dotar de contenido un elemento normativo del tipo”* (D´ALESSIO, Andrés J.; ídem).

En ese punto, existe un debate doctrinario en cuanto a si la remisión a las listas que elabora la autoridad administrativa en orden a la descripción del objeto típico, es el de la ley penal en blanco o se trata de un elemento normativo del tipo.

En cualquier caso, cabe señalar que la Corte Suprema convalidó esta técnica legislativa, para una norma análoga a la aquí analizada, contenida en el anterior régimen legal de drogas, la ley 20771 (Fallos 304:260 y 1678).

Por lo expuesto, y a efectos de proseguir el análisis, es menester hacer referencia a la regulación de la autoridad administrativa en materia de sustancias estupefacientes, a fin de determinar si el objeto cuya producción y fabricación perseguía la ultrafinalidad de la conducta desplegada por los imputados -aceite de cannabis para uso medicinal-, se encuentra incluido entre aquellas sustancias prohibidas.

**VII)** Cabe aquí realizar un relevamiento de la evolución histórica de las normas administrativas referidas.

Por medio del Decreto-Ley 17818, de 1968, se estableció la regulación legal y determinación de las sustancias consideradas estupefacientes, incorporando a la norma las listas anexas de la Convención Única sobre Estupefacientes de Naciones Unidas, del año 1961.





Por Decreto 722/91 se actualizaron las Listas de Estupefacientes, Psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, a los efectos establecidos en el último párrafo del artículo 77 del Código Penal, con posteriores y sucesivas actualizaciones.

En 2019, mediante el Decreto 560/19, se derogó el régimen anterior y se estableció un nuevo listado de sustancias consideradas estupefacientes, agrupadas en sus dos anexos, el cual rige en la actualidad.

En el anexo I de dicha norma, se encuentran listadas en el orden nro. 165 las sustancias "Cannabis y resina de cannabis y extractos y tinturas de cannabis", con denominación química como "Cannabis sativa (Cáñamo índico), sus resinas (Haschisch), sus aceites y sus semillas".

Es decir, la autoridad administrativa distingue como elementos diferenciados la planta de cannabis, sus semillas, sus resinas y sus aceites, e incluye los cuatro objetos como sustancias "estupefacientes", en los términos del art. 77 del CP -y por ende, también a los efectos de la ley 23737-.

Ahora bien, cabe examinar si estos cuatro elementos pertenecientes a la especie cannabis sativa, no obstante su inclusión en el listado referido, ostentan el mismo status jurídico como sustancia estupefaciente.

Recordemos que, como se desarrollara precedentemente, para ser considerada "estupefaciente" en términos legales, una sustancia debe, en forma concurrente, estar incluida en los listados de la autoridad administrativa y, asimismo, ser susceptible de producir dependencia física o psíquica.

En ese punto, no debe soslayarse que una infinidad de sustancias y fármacos legales son susceptibles de producir dependencia física o psíquica -por caso, alcohol, tabaco,



ansiolíticos, antidepresivos, entre tantos otros-, y lo que los mantiene en su status legal es la valoración social que pesa sobre ellos y, en definitiva, la inclusión formal en los listados respectivos por parte del Estado.

Entonces, en el caso de autos, debe meritarse lo que ocurre en la actualidad en esas órbitas -valoración social, política del Estado- en relación a la sustancia por cuya ultrafinalidad de producción fueran incriminados Gago y López: el aceite de cannabis para uso medicinal.

**VIII)** En tal sentido, cabe remarcar que hace varios años en el país, como en el resto del mundo, se viene desplegando un debate acerca de las cualidades terapéuticas del aceite de cannabis para uso medicinal. Muchas personas y entidades afirman, con experiencia empírica probada, que resulta eficaz para tratar ciertas dolencias -epilepsia, daños neurológicos, dolores derivados de diversas patologías, entre otras- a las que la farmacología tradicional no alcanza a abordar y tratar con éxito, o bien ocasiona efectos secundarios negativos que se procuran evitar.

Como suele ocurrir, fueron especialmente las madres de los niños y niñas con patologías graves quienes se pusieron al frente del debate en nuestro país en torno a las benéficas cualidades terapéuticas del aceite de cannabis para uso medicinal, reclamando su legalización y regulación pública a efectos de poder acceder en forma irrestricta y sin consecuencias penales a una sustancia catalogada como "medicamento", en tanto según su experiencia, cumple eficazmente la función de atemperar los síntomas de tales dolencias y mejorar la calidad de vida de los pacientes.

Planteaba ese sector de pacientes y sus familiares que se hallaba en juego su derecho a la salud, de tutela constitucional y que el abordaje del aceite de cannabis para uso medicinal y su regulación se trataba de una cuestión de



salud pública, no de política de drogas.

Fue así que en nuestro país, desde el año 2000 se presentaron diversos proyectos de ley en tal sentido, proceso que culminó con la aprobación de la ley 27350 a principios de 2017.

Dicha norma, denominada de "investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados", dispone en su art. 1 el objeto de la ley, *"establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud"*.

A tales fines, en su art. 2 se crea 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, cuyos objetivos son, entre otros, *"...c) Establecer lineamientos y guías adecuadas de asistencia, tratamiento y accesibilidad; d) 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; e) Desarrollar evidencia científica sobre diferentes alternativas terapéuticas a problemas de salud, que no abordan los tratamientos médicos convencionales; f) Investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana; g) Comprobar la eficacia de la intervención estudiada, o recoger datos sobre sus propiedades y el impacto en el organismo humano; h) Establecer la eficacia para cada indicación terapéutica, que permita el uso adecuado y la universalización del acceso al tratamiento; (...) k) Proveer asesoramiento, cobertura adecuada y completo seguimiento del*



*tratamiento a la población afectada que participe del programa; 1) Contribuir a la capacitación continua de profesionales de la salud en todo lo referente al cuidado integral de las personas que presentan las patologías involucradas, a la mejora de su calidad de vida, y al uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”.*

Como puede advertirse, se trata de un cambio sustancial en la política del Estado en referencia al aceite de cannabis para uso medicinal; un reconocimiento público de sus cualidades terapéuticas frente a problemas de salud humanos que no abordan eficazmente los tratamientos médicos convencionales, y de la necesidad de garantizar el acceso al mismo a toda persona que lo requiera para el cuidado integral de su salud.

En tal sentido, por su art. 6 se faculta a la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud) a importar o producir por el Estado los insumos necesarios, incluyendo el cultivo público de cannabis.

Otro reconocimiento que realiza la ley es en relación a los pacientes que ya se encuentran bajo tratamiento con aceite de cannabis y sus derivados, autorizando a los particulares la importación de la sustancia, y garantizando la provisión gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa.

Cabe destacar especialmente lo dispuesto en el art. 8 de la ley, por el cual se crea un registro nacional a los fines de la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que ya sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23737.

De tal disposición no cabe sino concluir que el legislador -receptando el cambio de valoración social operado- ha modificado así la caracterización legal del



aceite de cannabis, dejando de concebirlo como "estupefaciente" para pasar a ser considerado una sustancia de uso terapéutico medicinal.

Tal extremo surge del debate parlamentario de la ley, sobre todo en el caso de la Cámara de Diputados, ya que en el Senado se votó sin debate el proyecto remitido por la Cámara Baja.

En la discusión del proyecto de norma por los diputados, fue unánime su adhesión por todos los bloques legislativos, con el único matiz diferencial relacionado a la autorización del autocultivo por los particulares a efectos de autoabastecerse del aceite de cannabis, o, en cambio, la posición a favor del monopolio del Estado en esa tarea de cultivo, producción y aprovisionamiento a los pacientes.

Ambas posturas se reflejaron en los dictámenes de mayoría y minoría de las comisiones parlamentarias intervinientes, prevaleciendo finalmente el criterio mayoritario que luego quedó plasmado en la ley, en cuanto al cultivo de cannabis, producción del aceite y suministro a los pacientes por parte del Estado.

Así, como síntesis de la postura mayoritaria, podemos citar las manifestaciones del miembro informante del dictamen de mayoría, diputado **Petri**: *"...ésta no es la primera vez que este cuerpo se aboca al tratamiento del cannabis para uso medicinal.*

*Esta discusión, al menos en el Congreso de la Nación, arrancó en el año 2003 cuando por primera vez se presentaba un proyecto que regulaba y establecía la eximición de pena en los supuestos de la utilización medicinal del cannabis.*

*Por ejemplo, tengo en mi poder la cantidad de proyectos que se presentaron en la Cámara de Diputados desde año 2003: son más de diez. En la gran mayoría de los casos*



se establecían modificaciones a la ley de estupefacientes - la 23.737-; en otros se modificaba el artículo 5° y, en otros supuestos, el artículo 15 de esa ley.

Se presentaron proyectos en 2005, 2008, 2010, 2013 y 2014 y todos compartían esta finalidad: impedir la aplicación de penas para aquellas personas que utilizaran al cannabis con fines medicinales.

En el año 1968 la República Argentina había sancionado la ley 17.818, y en su artículo 3° expresamente se establecía que quedaba prohibida la producción, fabricación, exportación, importación, comercio y uso de estupefacientes contenidos en la lista IV de la Convención Única sobre Estupefacientes del año 1961. En esa lista IV estaba el cannabis para uso medicinal.

Pero ese artículo tenía una dispensa y establecía expresamente que se exceptuaba a las cantidades estrictamente necesarias para la investigación médica y científica incluidas en los experimentos clínicos de estupefacientes.

¿Qué quiero decir con esto?, que desde 1968 el Estado nacional tenía en sus manos una herramienta poderosa a la hora de efectuar los estudios, el análisis y la investigación médica del uso del cannabis y de sus efectos en la salud de la población.

Es cierto que en el año 1968 todavía no existían estudios que dieran cuenta de la importancia del cannabis, por ejemplo, en patologías tales como la epilepsia refractaria y la fibromialgia para pacientes oncológicos o que tuviesen HIV sida o, por ejemplo, para pacientes que tuvieran algún otro tipo de patología en donde fuese recomendada la utilización del cannabis.

**Si bien en 1968 no existía este problema, en 2003 ya comenzaba a aparecer, y de eso da cuenta la cantidad de**



**proyectos que se presentaron desde esa oportunidad en el Congreso de la Nación** (el destacado me pertenece).

(...)Siempre sostuvimos que era necesaria una ley específica, porque a la hora de analizar la utilización del cannabis para uso medicinal, más allá de lo que establezca la ley de estupefacientes hay que discutir también el rol del Estado.

Digo esto porque lo que está en debate es el rol y la participación del Estado como garante y custodio de la salud pública. Tengamos en cuenta que **según sea el rol que asignemos al Estado -ya sea como persecutor de políticas criminales o como promotor de la salud- será la respuesta que daremos a la población que hoy necesita del cannabis para uso medicinal** (el destacado me pertenece).

(...)Siempre sostuvimos que no alcanza con un Estado que observa de lejos cómo los particulares y los pacientes resuelven individualmente su problema. No debemos olvidar que acá estamos hablando de salud pública y de cuidados paliativos a partir de la utilización del cannabis para uso medicinal.

(...)Por eso sostuvimos la necesidad de contar con un Estado protagonista. De eso se trata el despacho que tenemos en consideración. Queremos poner las cosas en su lugar, es decir, que el Estado ocupe el centro de la escena y que tenga el lugar que nunca debió perder ni dejar de ocupar a la hora de **garantizar la salud a todos y cada uno de los pacientes y sus familiares, que se han visto forzados a elaborar su propio aceite de cannabis** (el destacado me pertenece).

(...)Por lo tanto, desde el enfoque de lo que es la salud pública decidimos convocar a especialistas, que fueron concluyentes -tal como lo fue la ANMAT- sobre el uso del cannabis y el rol que debe desempeñar el Estado en la



*elaboración y producción de aceite de cannabis.*

*(...) A partir de este proyecto, quienes se incorporen al programa van a recibir un cuidado integral de la salud; van a contar con un Estado que les proporcione el aceite de cannabis; se va a informar y se va a hacer docencia con los médicos que muchas veces por falta de conocimiento se presentan como un obstáculo a la hora de prescribir la utilización del cannabis; se va a poner a disposición todo el sistema de salud a fin de facilitar la investigación y la evidencia científica respecto de los resultados positivos, pero también de los adversos, y finalmente se prevé que hasta tanto el Estado pueda elaborar y otorgar a todos y cada uno de los pacientes el cannabis para uso medicinal, tendrán la posibilidad de importar gratuitamente tanto el aceite como sus derivados”.*

En cuanto a la posición del otro grupo de diputados -que si bien concordaban con la legalización y regulación del uso de aceite de cannabis para uso medicinal, proponían una ley más amplia aún-, cabe citar a la miembro informante del dictamen de minoría que recogió más adhesiones, diputada **Gaillard**, quien señaló que “...este es un debate muy importante. Al respecto debo decirle al señor diputado preopinante que a principio de año las mamás se acercaron a plantear la necesidad de que tratemos este tema, contándonos los padecimientos que sufren día a día sus hijos, que tienen epilepsia refractaria y distintas clases de encefalopatías.

No estamos discutiendo algo nuevo; por el contrario, en el mundo ya se avanzó sobre esta problemática. Israel legalizó el uso medicinal del cannabis, y lo mismo han hecho Canadá, veinticinco Estados de los Estados Unidos, Chile, Uruguay, Colombia y México con distintas regulaciones.

Hoy nos abocamos al tratamiento de un marco





regulatorio para el uso medicinal del cannabis. Se ha afirmado que no corresponde hacerlo en el contexto de la ley de estupefacientes. Al respecto quiero decir al señor diputado Petri que, aunque está muy bien que dictemos un marco regulatorio, sucede que la mencionada ley actualmente penaliza a las madres que si no fuera por el cultivo no tendrían cómo garantizar a sus hijos el tratamiento con aceite de cannabis.

**Por lo tanto, resulta necesario que contemplemos una autorización para que las madres y los miles de pacientes que en nuestro país usan el cannabis para mejorar su calidad de vida puedan continuar con esa práctica sin quedar expuestos a la normativa penal.** De acuerdo con la ley de estupefacientes, una madre que cultiva y usa cannabis puede recibir una pena de cuatro a quince años de prisión. Luego, si esa madre se junta con otras para cultivar cannabis y extraer su aceite a fin de bajar la cantidad de convulsiones de su hijo, queda enmarcada en la figura de asociación ilícita (el destacado me pertenece).

A continuación, quiero referirme al dictamen de minoría que suscribimos desde la Comisión de Acción Social y Salud Pública, donde trabajamos en los más de quince proyectos presentados por diputados y diputadas de distintos bloques políticos. **Estamos ante un tema de salud; no de adicciones o drogas. Por eso creemos que el Estado debe garantizar el acceso al tratamiento** (el destacado me pertenece).

Nuestro dictamen tiene una mirada amplia respecto de esta problemática, pero desde la perspectiva de la salud. Es por ello que vemos con preocupación el dictamen del oficialismo, porque está planteado desde el punto de vista de la seguridad y no da, ni a las madres ni a los pacientes, una autorización para autocultivar.



*Si se me permite, quiero explicar la situación del cannabis en nuestro país. Hoy día no existen regulaciones y la ley de estupefacientes penaliza a la madre que cultiva para reducir la cantidad de convulsiones de su hijo: la considera una narcotraficante.*

*(...) Reitero que en la actualidad está penalizado el cultivo. No seamos hipócritas; muchas madres y pacientes que no tienen la posibilidad de cultivar acceden al aceite de cannabis gracias a los cultivadores, que también están penalizados. De hecho, dos de ellos fueron detenidos la semana pasada en la ciudad de Córdoba.*

*(...) Esta es la situación en nuestro país, señor presidente. El aceite importado sirve pero sólo para algunas patologías; más conocido como "Charlotte's web", es un aceite que sirve nada más que para algunos casos. Además, es necesario hacer un trámite ante la ANMAT -o sea, un trámite burocrático- para autorizar su ingreso al país. Es decir que permitiendo la importación no resolvemos el problema ni cubrimos las necesidades de las madres ni de los pacientes.*

*(...) nuestro dictamen propone la creación de un registro de pacientes y usuarios de cannabis medicinal previa presentación de historias clínicas y prescripciones médicas, para que estén autorizados a cultivarlo y no sean penalizados. Esto también falta en el dictamen de mayoría y nosotros queremos que se incorpore, porque si no se tiene en cuenta a las madres ni a los pacientes que cultivan, estos lo seguirán haciendo y el Estado los va a criminalizar.*

*(...)Dejemos de apegarnos a la sociedad científica, que muchas veces está orientada a las investigaciones que interesan a los laboratorios y no a lo que efectivamente hace bien a la población. Después de todo, estamos hablando de una planta.*

*Hay e-mails con distintas historias que llegaron a*



*los señores diputados. El Estado no puede abastecer la demanda. De esto se dieron cuenta en Canadá y por eso la corte de ese país determinó que se permita el autocultivo. El Estado solo no puede; en cambio, sí puede garantizar el testeo de la sustancia para certificar que sea seguro lo que se cultiva".*

Las expresiones citadas de ambos diputados permiten resumir las dos posiciones preponderantes sostenidas en el debate parlamentario de la ley.

Sólo cabe reseñar algunas opiniones de otros diputados, que a mi juicio resultan relevantes en relación al presente caso.

La diputada **Arenas** señaló que "[e]n nuestro país esto es fiscalizado por la ANMAT. Este organismo ha empezado a actuar sobre este tema en 2015, cuando tuvo que autorizar la importación del aceite de cannabis.

De acuerdo con lo que la ANMAT ha podido recabar a partir de la escasa información de que dispone, ha expresado que **en los casos de epilepsia refractaria** -existen más de cuarenta tipos de epilepsia- en los cuales una monodroga o la combinación de drogas existentes no han brindado una respuesta satisfactoria al paciente -y si se utiliza una dosis mayor que la indicada ella puede ser tóxica- **se ha logrado una mejoría en cuanto a la cantidad de convulsiones. Esta es la evidencia más importante que puede apreciarse en el informe emitido por la ANMAT** (el destacado me pertenece).

En lo relativo al dolor, la esclerosis múltiple y los síntomas que padece un paciente canceroso que ha sido tratado con politerapia y quimioterapia, **los efectos que se han comprobado son leves y permiten lograr una mejoría si se efectúa una combinación con otros medicamentos que se utilizan habitualmente"** (el destacado me pertenece).

Asimismo, la diputada **Banfi** expresó: "[n]os llevó



once meses esta gestión. Hablamos con los médicos, con las madres y con los pacientes. Discutimos entre todos nosotros para llegar a un acuerdo en común. Lo que nos pedían y nos siguen pidiendo es el marco legal para garantizar el tratamiento de las enfermedades, mejorar la calidad de vida y también para curar.

Cuando las mamás nos cuentan que sus hijos que padecen -por ejemplo- epilepsia refractaria hacen 300 convulsiones por día y que **a partir de las dosis de aceite de cannabis que les pueden dar pasan a tener una o tres por día, entonces, concluimos que es un medicamento que cura**" (el destacado me pertenece).

A su vez, la diputada **Álvarez Rodríguez** señaló que "[e]l doctor Aquiles Roncoroni -profesor emérito de la carrera de medicina de la Universidad de Buenos Aires- puntualizó que el Instituto de Medicina de la Academia de Ciencias de Nueva York, en un estudio encargado por la DEA en 1999, **señaló que el consumo del cannabis tiene un efecto paliativo del dolor y de las náuseas en enfermos crónicos, y las mismas aseveraciones las realizan los profesionales de nuestro país** (el destacado me pertenece).

Muchísimas familias argentinas están esperanzadas respecto de lo que vamos a votar hoy aquí, porque sus hijos están sobremedicados con productos legales de la poderosa industria farmacéutica. Me refiero a familias de niñas que sufren más de cien convulsiones diarias y que las veinte pastillas que les recetaron para cada día no resuelven su enfermedad y las empeoran en numerosas ocasiones.

Estas familias luchan para que las obras sociales y las prepagas les autoricen sus tratamientos y sus rehabilitaciones. Asimismo, han padecido tratamientos inconducentes. Por ello, llegaron al uso del cannabis como última opción después de probar otras medidas que fallaron.



***El aceite al que nos referimos es en muchos casos el que logra frenar el sufrimiento de sus hijos. Esas familias argentinas no quieren ir presas por cultivar estas plantas. De eso se trata la sesión que nos convoca hoy. Ellos esperan que el derecho argentino deje de considerarlas familias al margen de la ley"*** (el destacado me pertenece).

Cabe destacar que, al momento de su sanción, la ley 27350 cosechó una adhesión unánime en ambas Cámaras del Congreso. En Diputados fue votada en general en forma afirmativa por 221 legisladores de 222 presentes en la sesión. En la Cámara alta fue votada por los 58 senadores presentes.

En cuanto a la discusión parlamentaria entre los legisladores que propugnaban la autorización de la siembra y cultivo de cannabis por los particulares a efectos de autoabastecerse del aceite -a fin de desincriminar el autocultivo-, y de otra parte, aquellos que sostenían la necesidad de que tal actividad quedara en manos exclusivas del Estado -posición que finalmente prevaleció en la ley-, cabe destacar lo actuado por la administración en la reglamentación a la ley.

El Poder Ejecutivo dictó inicialmente el Decreto 738/2017 como reglamentación de la ley 27350. Posteriormente, en noviembre de 2020, por Decreto 883/2020 se derogó el anterior y estableció la nueva reglamentación.

Allí se evaluaron diversas falencias que presentaba el sistema de provisión de aceite de cannabis y derivados instituido por la ley 27350, vigente hasta el momento, tales como que *"...el acceso al aceite de Cannabis y sus derivados es restrictivo, porque solo pueden acceder a su uso quienes se incorporen a protocolos de investigación en epilepsia refractaria, y económicamente excluyente, atento el alto costo que implica su importación"*.



También, que *"...el Régimen de Acceso por vía de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de Cannabis (...) requiere para su autorización la prescripción del tratamiento por médicos especialistas en Neurología o Neurología Infantil matriculados ante autoridad sanitaria competente, y solo en los casos de pacientes con epilepsia refractaria"*.

Asimismo, se consignó que el registro nacional creado por el art. 8 de la ley para facilitar el acceso gratuito al aceite de Cannabis, no se encuentra operativo.

Se consideró en dicho Decreto que *"...estas restricciones reglamentarias configuraron barreras al acceso oportuno del 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 redes y crearon organizaciones civiles que actualmente gozan no solo de reconocimiento jurídico sino también de legitimación social"* (el destacado me pertenece).

También, que *"...todo ello describe la situación particular en la que las personas o las familias que atraviesan la enfermedad, cuando tienen a su alcance la posibilidad de atenuar los dolores, adoptan un rol activo, aun asumiendo el riesgo de ser condenadas por la normativa penal vigente"*.

En tal sentido, se expresó en dicha norma que *"reglamentar adecuadamente el acceso al cultivo controlado de la planta de Cannabis, así como a sus derivados, para fines de tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, implica cumplir el objeto de la Ley N° 27.350, de garantizar y promover el cuidado integral de la salud, y el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del*



*Cannabis a toda persona que se incorpore al Programa".*

Por tales motivos, el Poder Ejecutivo dispuso en la reglamentación del art. 8 de la ley que *"el 'Registro del Programa de Cannabis' registrará, con el fin de emitir la correspondiente autorización, a los y las pacientes que acceden a través del cultivo controlado a la planta de Cannabis y sus derivados, como tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor. Los y las pacientes podrán inscribirse para obtener la autorización de cultivo para sí, a través de un o una familiar, una tercera persona o una organización civil autorizada por la Autoridad de Aplicación"* (el destacado me pertenece).

Es decir, en razón de la reglamentación de la ley 27350, operada mediante Decreto 883/2020, quedó saldado el debate que se diera en la Cámara de diputados, dado que se autoriza el cultivo de cannabis por los particulares a efectos de realizar un tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor para los pacientes registrados. No sólo se permite el autocultivo, sino también por terceras personas autorizadas por la autoridad de aplicación.

**IX)** Conforme las constancias reseñadas, surge que el Estado nacional -tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo-, receptando un cambio previo en la valoración social, ha tomado el rumbo inequívoco de concebir el aceite de cannabis -y los derivados de esa especie en general, en tanto su uso coincida con ello- como una sustancia de uso terapéutico y medicinal, desechando su consideración como estupefaciente.

Ello resulta conteste con el significado de tal concepto. La Real Academia Española define el vocablo "medicamento" como: *"sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las*



secuelas de esta" ([www.rae.es](http://www.rae.es)).

Así, tal como he considerado precedentemente, la ley 27350 modificó el status jurídico del aceite de cannabis para uso medicinal y -sin perjuicio de su permanencia en el listado dispuesto en el anexo I del Decreto 560/19- lo excluyó de las sustancias prohibidas, lo que determina que a partir de su entrada en vigencia (a los ocho días de publicada en el B.O. el 29/03/2017) el aceite de cannabis para uso medicinal debe ser considerado sustancia lícita, y no alcanzada por las disposiciones de la ley 23737.

La posterior reglamentación de la ley - particularmente el vigente Decreto 883/2020- vino a reafirmar tal criterio y a despejar controversias en cuanto a su operatividad, sobre todo en relación al autocultivo, pero no introduce aspectos que modifiquen el escenario que la ley 27350 introdujo: el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, para garantizar y promover el cuidado integral de la salud.

Es decir que la norma que modificó la consideración estatal acerca del aceite de cannabis como medicamento y ya no como estupefaciente, fue la ley 27350.

En tal sentido, la ley 23737, en lo que respecta al aceite de cannabis para uso medicinal, pasa a ser una ley penal en blanco "impropia", con reenvío a otra norma emanada de la misma fuente: el Congreso nacional (conf. ZAFFARONI, E. Raúl; Ob. Cit.; pág. 116).

En orden a tal modificación legislativa, los preceptos normativos de allí emergentes resultan de aplicación retroactiva, en atención a la mayor benignidad de sus disposiciones.

Es que, como enseña Núñez, es más benigna la ley que, en el caso concreto, excluye la pena eliminando el hecho del catálogo de delitos, o le agrega a la figura delictiva





elementos nuevos, o le pone mayores exigencias para la persecución penal del hecho o favorece su extinción o amplía las causas de impunidad (NÚÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", T. I, Ed. Lerner, 1987; pág. 141).

Por su parte, señala Fontán Balestra que *"...cuando el Código Penal dice la ley más benigna, se refiere a una ley, en su totalidad; cuando ha querido resolver las cosas de otro modo, lo ha dicho expresamente. Así lo hace cuando formula la excepción para el cómputo de la prisión preventiva"* (FONTÁN BALESTRA, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Segunda Edición, Ed. Abeledo Perrot, 1990; págs. 298 y 300).

Debe recordarse que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna reviste carácter constitucional y convencional en nuestro sistema jurídico, conforme los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 11.2 DUDH; 9 CADH y 15.1 PIDCyP.

En razón de ese cambio de política del Estado, cabe concluir que si la conducta de siembra y cultivo de plantas de cannabis sativa y guarda de sus semillas, estaba orientada a la ultrafinalidad de producción de aceite de cannabis para uso medicinal, como se ha acreditado en el presente caso, ésta no resulta subsumible en el tipo penal previsto en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, por cuanto no se configura el elemento subjetivo distinto del dolo requerido por dicha figura -la ultrafinalidad "para producir o fabricar estupefacientes"-.

En tal sentido, las conductas desplegadas por Gago y López resultan subjetivamente atípicas del delito referido, por lo cual cabe afirmar lo resuelto por el *a quo* y rechazar en ese punto el remedio casatorio en examen.

No obsta a lo expuesto la falta de registro o autorización por parte de los imputados para sembrar y



cultivar plantas de cannabis con la finalidad de producir el aceite, por cuanto dicha omisión, en todo caso, podría eventualmente constituir una falta administrativa, mas no la comisión del delito previsto en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, desde que, como se ha analizado, no se encuentra presente el elemento subjetivo distinto del dolo requerido por tal figura.

Asimismo, tampoco podría exigirse la autorización legal a los imputados, en tanto, como señala el *a quo*, la ley 27350 se sancionó el mismo día que se llevaba a cabo el allanamiento a la finca propiedad de Gago.

Cabe destacar que la solución aquí propuesta no se vincula con el punto referido a la trascendencia a terceros de las conductas desplegadas por los imputados -tema que fuera tratado en el juicio y que se encuentra entre las cuestiones planteadas por el recurrente-, dado que tal circunstancia se relaciona con la tenencia de estupefacientes para consumo personal (art. 14 de la ley 23737) y su naturaleza de "acción privada" de acuerdo al art. 19 de la Constitución Nacional (conf. precedente "Arriola" de la CSJN, Fallos 332:1963).

En el presente caso, en cambio, se imputó a los encartados el delito previsto en el art. 5, inc. "a", de la ley 23737, concluyéndose aquí que, sin perjuicio de su trascendencia o no a terceros, las conductas de Gago y López resultan subjetivamente atípicas por no configurarse la ultrafinalidad requerida por la norma.

Lo verificable en la temática, es la evolución producida en los Estados de la región y el mundo, desde su función punitivista -"guerra a las drogas"- a legislaciones sobre la regulación del cannabis para uso medicinal, contemplando la cadena desde siembra hasta la producción controlada con fines terapéuticos, lo cual, como se expuso,



ya está normado en nuestro país.

En el caso sometido a control jurisdiccional no pudo probarse la ultrafinalidad requerida en el tipo, por lo que corresponde mantener la absolución de los imputados.

**IX)** De otra parte, en relación al agravio del recurrente referido a que la ley 27350 no se encontraba vigente al momento de los hechos -y más allá de la debida aplicación retroactiva de la ley penal más benigna que fuera desarrollada precedentemente, en cuanto a la posterior consideración del aceite de cannabis para uso medicinal como un "no estupefaciente"-, lo cierto es que tampoco se configuró *ex ante* el peligro para el bien jurídico "salud pública" contemplado en la ley 23737, con lo cual no se verifica la lesividad requerida por la función conglobante del tipo objetivo.

En tal sentido, debe destacarse que la formulación de la tipicidad objetiva debe excluir de su ámbito de prohibición los supuestos en los que no existe conflictividad, ya que de no verificarse tal conflictividad como carácter del pragma típico, resulta improcedente e inaceptable cualquier ejercicio del poder punitivo, conforme lo normado en el art. 19 de la CN.

Al respecto, sostiene Zaffaroni que "[1]a tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto {conflictividad}, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente (dominabilidad). Por decirlo de otro modo: mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. Los conflictos penalizados sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que no existe



*conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien. (...) No sería admisible para la elemental racionalidad de cualquier decisión judicial, que se considerase prohibida una acción que no lesiona a otro; tampoco es racional afirmar que está prohibida una acción que otra norma ordena o considerar que una norma prohíbe lo que otra fomenta” (ZAFFARONI, E. Raúl; Ob. Cit., pág. 485).*

Así, debe señalarse que la conducta desplegada por Gago y López, conforme la prueba rendida en el juicio, consistió en la siembra y cultivo de cannabis sativa y la guarda de semillas de dicha especie botánica, destinadas a la finalidad de obtención de aceite con propósitos de uso medicinal, para el propio consumo de los encartados y el de sus familiares, quienes padecían problemas de salud.

Puede advertirse, entonces, que el bien jurídico “salud pública” no sólo no estaba puesto en peligro mediante sus conductas, sino que, por el contrario, se hallaba así fomentado -por medio de la producción de una sustancia con cualidades terapéuticas y medicinales- el ejercicio del derecho a la salud, tutelado en nuestra Constitución Nacional en los arts. 18, 33, 41 y 42, así como también en diversos Tratados Internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7 y 10.1) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.iv).

Al respecto, cabe destacar que en su Opinión Consultiva nro. 17, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- estableció que los derechos a la salud y a la educación son pilares fundamentales “para garantizar el disfrute de una vida digna” (Corte I.D.H., *Condición*



*Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002).

En el caso "Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay", el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consideró que el derecho a la vida implica el acceso a condiciones que posibiliten una existencia digna, relacionada con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo dispuesto en el art. 26, ambos de la CADH; y de los arts. 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador y las disposiciones pertinentes del Convenio Nro. 169 de la OIT (párr. 163).

En cuanto los hechos de ese caso, la Corte entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos (Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005).

Cabe resaltar la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la integridad personal que desarrolló la Corte IDH en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina", donde dispuso que en casos de personas en situación de vulnerabilidad, resulta imperativo tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo (Corte I.D.H., *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia del 31 de agosto de 2012).

Asimismo, en el caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile" la Corte IDH abordó la justiciabilidad directa del derecho a la Salud, como un derecho autónomo protegido por el



art. 26 de la CADH, lo cual deriva en su exigibilidad, y estableció sus contenidos mínimos, que deben ser garantizados por los estados.

Afirmó allí que en situaciones de urgencia, el derecho a la salud genera obligaciones de carácter inmediato, que *“consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”* (Corte I.D.H., *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Sentencia del 14 de mayo de 2019).

En resumen, resulta indudable que el derecho a la salud constituye un derecho humano, con tutela constitucional y convencional, por lo que se impone el deber de garantía al Estado, y su ejercicio por los particulares se encuentra dentro del ámbito de protección de dicha garantía.

Podemos afirmar entonces que, en el caso en estudio, mediante sus conductas, los imputados no ponían en riesgo la salud (pública), sino que propendían a su resguardo y ejercicio efectivo, por medio del acto de autoprocursarse (para sí y para terceros familiares) un elemento conducente a mejorar su estado de salud -el aceite de cannabis-.

En tal inteligencia, debe señalarse que no se verifica en el caso la lesividad que requiere la tipicidad objetiva por mandato constitucional (art. 19 CN).

Concordamos con Zaffaroni que *“[e]n cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva”* (ZAFFARONI, E. Raúl; Ob. Cit., pág. 492).

En consecuencia, por tales motivos, las conductas desplegadas por Gago y López resultan objetivamente atípicas del delito previsto en el art. 5, inc. “a”, de la ley 23737, por lo cual cabe también por ello afirmar lo resuelto por el



a quo y rechazar el remedio casatorio en examen.

**X)** Por las razones expuestas, voto por **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 530 y 532 del CPPN).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

**I. RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por el representante del MPF, sin costas (arts. 456, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 532 del CPPN).

**II. TENER PRESENTE** la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Daniel Antonio Petrone, Ana María Figueroa y Diego G. Barroetaveña. Ante mí: Walter Daniel Magnone.

