



Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

3273/2017 Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: GAGO, ESTEBAN DANIEL Y OTRO s/INFRACCION LEY 23.737

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, a los 3 días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunidos los señores jueces del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, doctores María Alejandra Cataldi, Abel Fleming y Mario Héctor Juárez Almaraz, bajo la presidencia del último de los nombrados, y con la asistencia del secretario doctor Efraín Ase, a fin de dictar sentencia en la **causa n° FSA 3273/2017/TO1 caratulada: “GAGO, ESTEBAN DANIEL y LOPEZ, RODOLFO GABRIEL S/INFRACCION LEY 23.737”**, en la que se encuentra imputado **Esteban Daniel Gago** – argentino, DNI n° 26.523.095, de 41 años de edad, nacido el 7 de mayo de 1078 en C.A.B.A, con instrucción, licenciado en turismo, soltero, hijo de Horacio Gago y Alicia Noemí Casanova, con domicilio en Ruta n° 73, km 7 Humahuaca, prov. de Jujuy- y **Rodolfo Gabriel López** –argentino, DNI n° 20.784.654, de 50 años de edad, nacido el 13 de abril de 1969 en Córdoba, soltero, con instrucción, artista plástico, hijo de Carlos López y Marta Lidia Díaz, con domicilio en calle Rodríguez Peña n° 2163, dpto.. 4 “B”, Alta Córdoba, Córdoba Capital.

Intervinieron como representante del Ministerio Público Fiscal los doctores Federico Aníbal Zurueta y Julieta Paola Souilhe, y por la defensa de ambos imputados los Defensores Oficiales, Dres. Andrés Esteban Reynoso y Matías Gutiérrez Perea.

**RESULTA:**

**I.- El hecho motivo de la acusación.**





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Que según requisitoria de elevación de la causa a juicio obrante a fs. 371/381 vta., en el que la fiscalía imputó a Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López el 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 23.737”, la presente causa se inició el día 17/03/2017 por personal de la Dirección General de Narcotráfico de la Policía de la Provincia de Jujuy que, por intermedio de la Brigada de Narcotráfico de la ciudad de Humahuaca, tomó conocimiento de que en una finca denominada “Los Terpenos”, sita en el paraje “El Calete”, a siete (7) kilómetros de la ciudad de Humahuaca, donde funciona un Hostal con el nombre “La Casa de Calete” existía un invernadero, donde se cultivaban plantas de Cannabis Sativa-Marihuana.

Iniciadas las investigaciones, con intervención de esta Fiscalía Federal a mi cargo, desde una loma, se pudo comprobar la existencia del predio en cuestión y del invernadero, el que presentaba unas medidas aproximadas de 8 mts. de largo por 3 mts. de ancho y dos de altura. Asimismo, mediante el uso de internet y de las redes sociales, se estableció que ESTEBAN DANIEL GAGO, con domicilio en la ciudad de Humahuaca, sería el dueño del mencionado Hostal y que una persona de sexo masculino, sería el encargado del cuidado del invernadero en cuestión.

Que las actuaciones preventivas encontraron apoyo en tareas de inteligencia del personal policial, filmaciones y fotografías obtenidas.

Que ante lo expuesto, a requerimiento de la prevención, ésta Fiscalía solicitó Orden de Allanamiento sobre 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

metros de la escuela Primaria El Calete, la que fue librada por V.S. a fs. 33/34 y efectivizada en fecha 29/03/2017.

Llevado a cabo el allanamiento, siendo hs. 15:30 aproximadamente, se irrumpió en el domicilio, encontrándose en ese momento el señor Rodolfo Gabriel López. Se inició el registro de la propiedad, encontrándose una parcela de terreno de aproximadamente 50 metros de largo por 40 metros de ancho, una estructura edilicia de una planta, en diagonal a la vivienda se advirtió una estructura de polietileno transparente y arcos de plástico color blanco, estructura con dimensión de 8 metros de largo, 3 de ancho y 2 metros de alto, en su interior se encontraron divididas en dos parcelas plantas de la especie cannabis, de diferentes tamaños, como así también 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. A continuación se retiró la cubierta de plástico y se extrajeron las plantas, siendo clasificadas por su tamaño, contabilizándose un total de 58 plantas grandes y 148 plantines; en el interior de la estructura se encontraron (2) regaderas, elementos de jardinería, (1) pala, (1) pico, (1) machete, (1) rastrillo de mano, (2) rollos de manguera de irrigación a goteo, (1) rollo de hilo de lana de color rosado, (1) piola blanca, (23) precintos, (36) caños de pvc color blanco-sostén esqueleto de la estructura del invernadero-, (1) plástico transparente cuyas dimensiones oscilan los 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, (1) bolsa plástica y (1) pote conteniendo 300 gramos de enraizador.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Continuando con la medida, se registró el interior de la estructura edilicia, iniciando con la habitación principal de la planta baja secuestrando (03) conservadores (dos blancos y un rojo) ubicados debajo de un mueble (bajo mesada), los cuales contenían hojas tipo palmar secas, (2) tijeras para podar, en el mismo lugar se encontró (01) teléfono celular marca Motorola color negro, el cual fue hallado sobre un microondas, (01) tacho de leche Nido y un canasto, ambos conteniendo hojas tipo palmar secas, sobre la mesada se encontró (01) bolsa plástica color verde, la cual contenía en su interior tres recipientes de confección artesanal con un total de 151 semillas de la especie Cannabis Sativa. Se continuo con el registro de otra habitación más pequeña, identificada como habitación N° 2, secuestrándose 64 recipientes artesanales confeccionados a través de la reutilización de cuellos y tapas de botellas de plástico, los cuales se encontraban en una caja de cartón. De la habitación identificada con el N° 5, se encontraron dos revistas cuya portada refiere al cultivo de Marihuana, un frasco de vidrio con vestigios de sustancia estupefaciente marihuana que se encontraba sobre la heladera junto a un elemento para picar marihuana de color marrón con resto de sustancia estupefaciente y desde una pared se procedió al secuestro de una libreta de anotaciones y papeles varios. De la habitación N° 6, se procedió al secuestro de (15) recipientes similares a los hallados en la habitación N° 2. De la habitación N° 7, se secuestró una caja de madera que se encontraba en una repisa con (442) semillas de la especie Cannabis Sativa. En el momento que se realizaba el procedimiento la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca hizo comparecer a Esteban Daniel Gago quien fue interceptado a hs. 18:04 en la intersección de un camino vecinal a bordo de una motocicleta, a quien se le explicó las medidas ordenadas por el Juzgado Federal N°1 y se realizó una requisita personal, secuestrándose la suma de 430 pesos argentinos, (01) teléfono





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

celular marca Samsung Galaxy J1 color negro, (01) recipiente artesanal conteniendo restos de sustancia estupefaciente. Continuando con la requisa de las habitaciones, de la identificada con el N°8 se secuestró un libro cuya portada hace alusión al cultivo de la marihuana; de la habitación identificada con el N° 10, se secuestró un frasco de vidrio con una flor en su interior-cogollo de la planta Marihuana-Cannabis Sativa; de la habitación N° 12, se secuestraron (04) plantines de la especie marihuana cannabis sativa y (03) retazos de media sombra de color celeste y blanco adaptado como toldo; se tomó muestra de las 13 bolsas plásticas y del contenido del frasco, las cuales se sometieron a las pruebas orientadoras de campo, obteniéndose en todos los casos resultado positivo para marihuana cannabis sativa.

Con el fin de preservar y resguardar los elementos incautados se procedió a ponerlos en bolsas de plástico e identificarlos con fajas de acuerdo al siguiente detalle: las 158 plantas compuestas por raíces e hijas tipo palmares, que arrojaron resultado positivo para marihuana –cannabis sativa, fueron introducidas en trece bolsas distribuida de la siguiente manera: en la bolsa N°1 las enumeradas del 1 al 5 con un peso de 6.360 kg., en la bolsa N° 2 del 6 al 10 con un peso de 5.680 kg., en la bolsa N°3 del 11 al 15 con un peso de 8.675 kg., en la bolsa N°4 del 16 al 20 con un peso de 2.770kg., en la bolsa N°5 del 21al 25 con un peso de 8.445 kg., en la bolsa N°6 del 26 al 30 con un peso de 6.370kg., en la bolsa N°7 del 31 al 35 con un peso de 6.370 kg., en la bolsa N°8 del 36 al 40 con un peso de 4.455 kg., en la bolsa N°9 del 41 al 45 con un peso de 7.985 kg., en la bolsa N°10 del 46 al 50 con un peso de 4.250 kg., en la bolsa N°11 del 51 al 55 con un peso de6.510kg., en la bolsa N°12 del 56 al 58 con un peso de 3.475kg., en la bolsa N°13 se introdujeron la totalidad de hojas secas encontradas en el interior del inmueble, las cuales arrojaron resultado positivo





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

para Marihuana-Cannabis Sativa con un peso total de 2.405 kg.. Por su parte, los 152 plantines compuestos por raíces y hojas de tipos palmares, que arrojaron resultado positivo para marihuana cannabis sativa, fueron introducidos en 15 bolsas distribuidos de la siguiente manera: en la bolsa N° 01-A los enumerados del 1 al 10, en la bolsa N°2- A del 11 al 20, en la bolsa N°3-A del 21 al 30, en la bolsa N°4-A el 31 al 40, en la bolsa N°5-A del 41 al 50, en la bolsa N°6-A del 51 al 60, en la bolsa N°7-A del 61 al 70, en la bolsa N°8-A del 71 al 80, en la bolsa N°9-A del 81 al 90, en la bolsa N°10-A del 91 al 100, en la bolsa11-A del 91 al 110, en la bolsa N°12-A del 111 al 120, en la bolsa N°13-A del 121 al 130, en la bolsa N°13-A del 121 al 130, en la bolsa N°14-A del 131 al 140, en la bolsa N°15.A del 141 al 152; en una bolsa de polietileno identificada con el N° 16-A, se introdujeron 62 bolsas tamaño mediano de color negro (maceteros), 80 bolsas de tamaño grande de color negro (maceteros), 152 bolsas tamaño chico color negro (macetero), polvo blanco enraizador y pote de color anaranjado peso total 300 gramos, 23 precintos blancos, un rollo de lana color fucsia, una cinta métrica metálica, una piola de color blanco; en una bolsa de Polietileno identificada con el N°17-A, con faja de secuestro: (01) pala, (01) un pico, (01) rastrillo de mano, (01) machete, en una bolsa e polietileno identificada con el N°18-A: con faja de secuestro: (02) rollos de manguera tipo PVC de color negro; en una bolsa de polietileno identificada con el N°19-A, con faja de secuestro (36) caños de material PVC de color blanco; en una bolsa de polietileno identificada con el N°20-A: en una bolsa de polietileno de color verde (03) tela tipo mosqueteras de metal, (03) medias sombras de color celeste y blanca; en una bolsa de polietileno identificada con el N°21-A, en una bolsa de polietileno color verde (01) un rollo de plástico tipo polietileno traslúcido, utilizado para cobertura de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

invernadero, de 10 metros de largo por 3 metros de ancho; en una bolsa de polietileno identificada con el N°22-A: (02) regadores plásticos y un rollo de manguera de riego a goteo. En relación al sector “B”, en sobre 1B se introdujeron muestras para la dirección de Criminalista (dos semillas sobre A y sobre B muestras de sustancias estupefaciente halladas en el interior de una frasco en habitación N°10 y 13 muestras enumeradas del 1) al 13); en un sobre identificado como 2B, se introdujeron (04) frascos, tres de ellos con vestigios de sustancia estupefaciente, y uno conteniendo una flor-cogollo de la especie Marihuana Cannabis Sativa; en un sobre identificado como 3B, se introdujeron dos tijeras; en un sobre identificado como 4B, se introdujo un teléfono celular, secuestrado en requisa al señor Esteban Daniel Gago, en sobre identificado como 5B, se introdujo un teléfono celular hallado en habitación N°1, en un sobre identificado como 6B, se introdujo (01) caja de madera con semillas y (03) recipientes conteniendo semillas también; en un sobre identificado como 7B, se introdujo (02) revistas y (01) libro, en un sobre identificado como 8B, se introdujeron libreta de anotaciones, una boleta de luz y papeles varios, en un sobre identificado como 9B, se introdujeron recipientes artesanales confeccionados a partir de la reutilización del cuello y tapas de botellas plásticas. Con respecto al pesaje final de la sustancia, la misma arrojó un peso total de (69,745 kgs.) sesenta y nueve mil setecientos cuarenta y cinco gramos de sustancia estupefaciente Marihuana Cannabis Sativa (cfr. fs. 43/52 y vta.).

### **II. Los alegatos.**

a) Al momento de alegar sobre el mérito de la prueba, en la instancia del artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación, el fiscal, doctor Federico Aníbal Zurueta, dice que en el alegato de apertura la defensa expresó que no discutirá la existencia y materialidad de los hechos por lo que los





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

evaluará sucintamente. Así tuvo por recreado el hecho con las testimoniales rendidas en el debate. Refirió que en las filmaciones y fotografías se aprecia la existencia de una estructura importante para la siembra o cultivo de plantas de cannabis, destacando que se secuestraron 58 plantas, 152 plantines en estado natural, macetas, 4 frascos con sustancia, 442 semillas, un picador, tres recipientes plásticos con vestigios de vegetal, 3 frascos con sustancia vegetal y un frasco con un cogollo.

Adujo que las semillas tenían un 100% de capacidad germinativa, tal como quedó acreditado en la causa con las fotos, filmaciones, la orden de allanamiento y el acta de allanamiento, el croquis del lugar, acta y planilla de secuestro, el narcotest y la pericia química. Dijo que también quedó acreditado con las testimoniales del personal policial, porque todos ellos en diferentes momentos y circunstancias corroboran este hecho; al igual que el testigo civil Tito. Dijo que esas circunstancias también fueron ratificadas por los encartados, tanto en la instrucción, como en el debate.

Refirió que el imputado Esteban Gago no negó la existencia de la plantación y que López hizo un detalle de las plantas y como era el cuidado de las mismas, destacando que no negaron la existencia de los hechos, en concordancia con su defensor. Por todo lo cual tuvo por acreditado objetivamente los hechos. Respecto de la calificación legal del requerimiento de elevación a juicio, dijo que el término sembrar, cultivar y guardar semillas, supone almacenarlas con aptitud germinativa al 100%, señalando que se trata de un delito de peligro abstracto, que no requiere de la producción de un peligro efectivo para vulnerar el bien jurídico protegido.

Dijo que la Corte Suprema de Justicia dijo que los delitos de peligro abstracto son constitucionales.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Respecto a los elementos del tipo adujo que está acreditado el elemento objetivo, ya que está reconocido por los imputados y el defensor; y que el elemento subjetivo es el dolo es saber que se está realizando el injusto, esto es saber y querer sembrar, cultivar y guardar semillas para la producción de estupefacientes. Cita fallo de la CFCP, resaltando que en ellos no se le exige la efectiva comprobación de los fines de comercialización, que carece de importancia si hubo una ultra intención de tráfico o de comercialización porque la salud pública se pone en riesgo con la existencia de la plantación. Dijo que sin las materias primas sería imposible la existencia de la producción. Cita fallo de la Cámara Federal de Gral. Roca y sostuvo que el dolo está en la siembra, cultivo y guarda de semillas sabiendo que se puede producir estupefacientes, pero que no requiere la vinculación al tráfico.

Alegó que el dolo es cuando el autor carece de autorización y conoce de la aptitud de la planta para producir estupefacientes y que no se exige otro elemento intencional y que el art. 5 inc. "a" se configura cuando las plantas y las semillas se encuentran en condiciones de afectar el bien jurídico protegido. Sostuvo que Gago y López eran conocedores de la materia y sabían qué cultivaban y qué semillas guardaban, que explicaron cómo era el cultivo y el cuidado de las plantas. Dijo que los dos imputados tenían basto conocimiento de la materia. Que las testigos Sosa y Baruta Patiño fueron contundentes en que tenían basto conocimiento en la materia.

Adujo que Gago declaró que no pensó que esto lo llevaría a un problema penal, pero que se le fue de las manos y que de los mensajes de texto de los celulares se desprende el conocimiento de la ilegalidad, que Gago era consciente del riesgo, de la ilegalidad y de la cantidad.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

También refirió que Gago dijo que el cultivo era muy privado, familiar y muy de él, pero que también dijo que sabía que el invernadero se veía de la loma y refirió que ese cultivo se realizaba en el mismo predio donde funcionaba un hostel. Que los testigos Toconás y Leaño fueron claros que desde el hostel se veía el invernadero y que ello se observa en las fotografías, que el invernadero se veía desde la loma y el testigo Martínez dijo que desde donde vieron el invernadero era desde un sendero donde transitaba gente y turistas.

También analizó los dichos del testigo Ramos y dijo que Carlos declaró que del canal de riesgo hasta el invernadero había 10 metros y se veía qué clase de plantas había y que eso acredita que su conducta no era desarrollada en su ámbito de privacidad.

Alegó que se secuestraron 58 plantas, 152 plantines, 452 semillas y que esa cantidad no puede pasar desapercibida para el análisis de los hechos, destacando la declaración de López respecto a la cantidad de plantas y el cuidado que necesitaban, como así también los dichos de la testigos Baruta Patiño respecto de la cantidad de cogollos que tiene una planta, y señaló que López dijo que las plantas tenían 8 meses y se pregunta si las plantas no fueran aptas para la producción de aceite, cuáles eran los fines del cultivo. Porque ambos imputados dijeron que la plantación era para producir aceite medicinal para ellos y su familia pero que la madre de Gago, Casanova, dijo que consumía aceite de cannabis desde hacía un año de manera diaria, pero que antes de eso nunca había consumido, que tomaba 4 gotas diarias en forma sublingual y que compraba el aceite en farmacia por lo que sostuvo que la testigo Casanova no era destinataria del aceite que producía su hijo.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

También analizó los dichos de la testigo Adriana Quiroga respecto de la adecuación de las dosis porque tenía consecuencias la sobre dosificación y que el aceite podría tener un efecto psicoactivo si se sometía al calor.

Tuvo por acreditado que trascendió a terceras personas, que esto no era exclusivamente para ellos y su familia y destaca el mensaje de fs. 328 vta., y que Valenzuela reconoció en el debate, el número de celular que figura en esa conversación. Por lo que consideró acreditado con la certeza necesaria, que la conducta de los encartados trascendía a terceras personas. Y que Gago dijo que estaban haciendo medicinas para que llegara al pueblo. Dijo que no hay indicios que los imputados estaban en algún estado de necesidad que los haya llevado a realizar esa conducta, que ninguna de las patologías de los encausados o sus familiares eran patologías terminales. Que Casanova, Valenzuela y Baruta Patiño dijeron que era fácil conseguir el aceite, y que López dijo que durante su detención, de 1 año, no consumió aceite de cannabis, por lo que no se está ante un estado de necesidad.

Adujo que la ley 27.350 no puede aplicársele a estos hechos, que fue sancionada con posterioridad y que solo faculta al estado y no promueve el cultivo particular.

Tuvo por acreditado en el debate el hecho objetivo y también el elemento subjetivo, y dijo que no se pone en duda la finalidad altruista en la producción de aceite de cannabis con fines medicinales, y que tampoco se discuten los beneficios del aceite, pero sí se cuestiona que los encartados no estaban autorizados para producir el aceite de cannabis y que conociendo la prohibición hicieron esa producción, con trascendencia a terceros, como a la madre de Valenzuela. Y que esa no puede ser una actividad permitida, destacando los dichos de la testigo Quiroga en cuanto al peligro en el exceso de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

las dosis y que se puede transformar en una sustancia psicoactiva, por lo que sostuvo que tiene que ser una actividad necesariamente controlada y regulada, y esa fue la finalidad de la sanción de la ley 27.350.

Asimismo, hizo mención a la declaración de la testigo Baruta Patiño, quién dijo que la ley es perfecta, pero que no se aplica, por lo que sostuvo que no se puede cultivar libremente y que si hay un déficit en la operatividad de la ley, los fiscales no pueden palear el actuar deficitario del estado.

En conclusión tuvo por acreditado el hecho, la calificación legal y la responsabilidad penal de ambos imputados, y solicitó se condene a ambos imputados a la pena de 5 años de prisión por considerarlos autores penalmente responsables del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes, previsto en el art. 5º inc. “a” de la ley 23.737, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, conforme el art. 12 del CP. y las costas del juicio.

b) A su turno, el Defensor Oficial de Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, planteó la nulidad del procedimiento por hechos que se descubrieron en el debate.

Dijo que en el alegato de apertura reconocieron que había un cultivo en la propiedad de Gago.

Planteó la nulidad del procedimiento, porque en el acta de allanamiento hay una información y en el debate tenemos otra información. Refirió que el testigo Martínez dijo que estaba actuando como un “sacha” agente encubierto ya que estaba de civil y se hacía amigo de la gente, señalando que Martínez obtiene información de la gente, a través del engaño porque no les decía cómo utilizaría la información. Refiere que el acta dice que hubo una





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

denuncia y que Martínez dijo que lo engañó, y que una cosa es la denuncia de un huésped y otra es engañar a una persona y sacarle información.

Asimismo refirió que no hay compra legal de información, que Martínez no guardó ninguna referencia del hippie y que el anonimato es para resguardar a una persona que dio información, pero tiene que haber datos, y que en la presente causa hubo engaño para obtener esa información, dice que debe haber habido alguna negociación pero que no se sabe. Adujo que ello es lesivo para la defensa y que en el acta se hace referencia a un denunciante.

Adujo que apartarse de las formas, es lesivo para la defensa, ya que no puede defenderse porque hubiesen buscado a ese huésped para saber cómo fue que dio esa información. Dijo que Martínez refirió que recibió esa información y se la dio a Mamani, y le informan al Ministerio Público Fiscal, pero ya tenían fotos, por lo que fueron al lugar sin autorización del MPF, que además estaban dentro de la propiedad de Gago cuando tomaron las fotografías. Porque si del canal de riego al invernadero había 10 metros y Ramos sacó la foto a 4 metros, estaba dentro de la propiedad de Gago.

Adujo que el Ministerio Público Fiscal da instrucciones con la apropiación de la información y con las fotos, destacando que el Ministerio Público Fiscal dio instrucciones de que no violen la propiedad privada y que esa recomendación posterior es porque ya habían ingresado a la propiedad de Gago, por escalamiento.

Alegó que hubo injerencias ilegales desde el inicio por lo que plantea la nulidad. Dijo que es ilegal la manera de adquirir información, circunstancia esta que los priva de aportar la prueba de como dio la información; y que no se determinó cómo se inició la causa. Que no se determinó si los indicios son ilegales y el MPF avanza.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Sostuvo que en un terreno con un hostel, goza de las garantías de los art 18 y 19 de la CN, y tras analizar los dichos del testigo Carlos, pide la nulidad del procedimiento por violación al derecho de defensa y el debido proceso legal y pide se declare la nulidad del procedimiento y de todos los actos consecuentes. Pide la absolución de sus asistidos.

Adujo que la pretensión penal de la fiscalía afecta el derecho de defensa porque entiende que el delito se agota en la siembra, cultivo y guarda de semillas, careciendo de interés para la fiscalía la ultra finalidad, sosteniendo que no dijo cuál era la ultra intención de producir estupefacientes, porque no lo hubo, porque el cultivo era para medicina en su círculo íntimo, y que eso surge de la privacidad, que los huéspedes del hostel no tenían por qué saber de la existencia del invernadero. Destacó que a Gago y López los une el dolor personal, que Gago perdió un hijo, la madre de López atraviesa un cáncer, la madre de Gago una artritis y el hermano de Gago su dolencia en la espalda. Asimismo, hace referencia a la testigo Baruta Patiño y de los padecimientos de sus hijos, y sostuvo que esto no es materia justiciable.

Dijo que en el requerimiento de elevación a juicio se mencionan plantas de estupefacientes pero que eso no hay, que el orden jurídico actual está más cerca de los fallos Arriola y Bazterrica, y que la política de criminalidad ha evolucionado y los delitos de peligro abstracto están desapareciendo. Y que en este tipo hay que merituar el daño.

Hizo referencia a los dichos del testigo Valenzuela respecto de cómo conseguía el aceite, y señala que la fiscalía habla de cantidad exorbitante. También destaca que el testigo Leño tenía conocimiento de la finalidad de producción de aceite medicinal ya que tenía conocimiento de la fundación Cana, española, y que el día que rompieron las plantas se estaba dictando la ley





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

27.350, y que no se puede saber la cantidad de flores que había porque rompieron las plantas, destacando que no todas eran de la misma especie.

Aduce que el análisis del tipo tiene que ser completo y no parcial porque se afecta el derecho de defensa. Dice que la fiscalía pidió 5 años de prisión sin fundamentación, sin mencionar los agravantes y atenuantes.

Para el caso de condena pide se aplique el mínimo de la pena pero del último párrafo del art 5° de la ley 23.737 porque entiende que la causa encuadra en las previsiones del fallo Arriola, porque no se iba a producir estupefacientes.

Pide la absolución de sus asistidos.

Hace reserva del caso federal.

c) Corrida vista al Ministerio Público Fiscal de la nulidad articulada, dijo que la misma debe ser rechazada porque la defensa se refiere a dichos de Martínez, que éste no dijo, refiriendo que Martínez declaró que estaba realizando tareas de policía y que una persona le informó de una supuesta plantación de marihuana, que no hubo engaño, ni robo de información, que Martínez cumplía tareas comunes de prevención, y que a partir de datos inexactos la Defensa llega a una conclusión conjetural.

Y respecto del segundo argumento de que hubo una injerencia en la propiedad de Gago, refiere que también se funda en conjeturas porque la defensa dice que si Ramos vio el invernadero a 4 metros entonces estaba dentro de la propiedad de Gago, pero que eso es totalmente conjetural y sin sustento probatorio. Sostiene que no se demostró la injerencia en la propiedad privada, por lo que solicita el rechazo de la nulidad.

### **III. La declaración de los imputados:**





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Ante el tribunal, en la oportunidad del art. 378 del CPPN, **Esteban Daniel Gago** dijo que en la quebrada de Humahuaca tuvo situaciones dolorosas como la muerte de su hijo en el año 2.011, a causa de lo cual se separó y tuvo problemas familiares. Que no tuvo dudas del cultivo que estaba haciendo en su ámbito privado y familiar, que jamás pensó que tendría esta situación. Dijo que el 24 de marzo ingresó alguien a su finca porque desde una loma no se podía ver, que nunca salió nadie con nada.

Declaró que el cultivo de cannabis es anual, que hay que cuidarla para extraer la resina para producir el aceite. Que a los pocos días de fallecer su hijo, le dolían todas las partes de la cabeza y todos se sentían doloridos, que ello lo fue perjudicando y tenía poca relación con su familia, que empezó a investigar sobre el cannabis medicinal para mitigar los dolores, que no tenía otra intención. Dijo que él estaba trabajando en su actividad y que nunca tuvieron otra intención, que lo hicieron con amor para resolver sus problemas de salud, que nunca expusieron a nadie.

Refirió que el personal que estaba a cargo del allanamiento desconocía lo que habían encontrado, que les preguntaron qué hacían y le decían que estaban comercializando.

Declaró que solo tenían las plantas y que no saben cómo llegó la información a la policía porque la finca es de 11 hectáreas y el lugar estaba al medio por una cuestión de privacidad para no molestar a nadie, que nunca hubo nada que los comprometiera, que era muy privado.

Dijo que eran plantas de distintas sepas, que fueron a un seminario en el hotel Termas de Reyes donde hablaron médicos, que estuvieron en la investigación de las enfermedades que podían curar y mitigar el dolor. Que él usa el cannabis como medicina, y que esa información que tenía lo ayudaría a





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

su hermano que tiene un problema de salud y consume cannabis medicinal, para que le cesara el dolor en la columna. Quería mejorar el tratamiento a su hermano. Declaró que lo hacía para él, su hermano y su madre que tiene un problema en la rodilla, y que para hacer un tratamiento anual se necesitan muchas plantas ya que del cogollo se extrae el aceite.

Explicó que tenían seleccionadas las plantas por cepas.

Dijo que tienen derecho a curarse con las plantas, que tienen derecho a elegir sobre la salud, que los medicamentos no les hacían bien.

Por su parte **Rodolfo Gabriel López** declaró que él planta y que el cultivo de cannabis era para su medicina, que era su materia prima para elaborar el aceite, para la salud de su familia, de él y su mamá. Relató que tuvo un accidente en moto y lo operaron ocho veces y sufrió mucho dolor. Que fue una situación dramática, los analgésicos le dañaban el riñón, hígado y el estómago, y la medicación era de por vida, por ello decidió medicarse con cannabis.

Declaró que él se informó al respecto, por internet, que empezó a consumir cannabis por su salud y para cuidar sus órganos, y que tuvo buenos resultados, que está caminando.

Contó que perdió un hueso y le fue injertado, que durante cuatro años fue intervenido quirúrgicamente y que el cannabis fue bueno para su vida.

También refirió que su madre fue diagnosticada de cáncer y la convenció de consumir cannabis, que ella estaba muy deteriorada y con el cannabis el tumor dejó de crecer y tiene buen semblante.

Relató que ellos decidieron que esa era su medicina, que su madre siente que esta medicina es importante en su vida y en el allanamiento destruyeron su medicina. Dijo que es experto cultivador, que las plantas estaban





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

en un lugar muy privado, que las plantas son anuales y reciben mucho cuidado, para tener una medicina de calidad, que son frágiles y por eso se cultivan muchas.

Explicó que el cultivo tiene un período de 9 meses, que las plantas macho se sacan, la mitad se morirán por plagas, y que para lograr tener una planta en 9 meses hay que cuidarla mucho. Que tenían varias sepas porque el aceite se hace con la flor, el cogollo y las características dependen de la sepa. Declaró que se saben las características que tiene cada una de las cepas, que había 60 plantas grandes y con eso tenían aceite para 6 personas durante un año, explicando que el aceite no se lo puede hacer todo junto, que no se puede sembrar antes de tiempo. Que se plantan todas juntas para poder seguir el tratamiento, que de una planta se sacan 100 o 200 gramos de cogollo, que 100 gramos de cogollo son 10 gramos de resina y esto es para un mes de tratamiento por persona.

Refirió que los plantines eran para el próximo año, para no discontinuar, que era la medicina para el próximo año, y que faltaba la elaboración del aceite que era su medicina.

Declaró que cuando estuvo detenido, estuvo postrado en cama y con muchos dolores.

Dijo que no lo niega porque con una simple planta se puede hacer medicina, que no había intención de otros fines, que era su medicina.

A preguntas de la Defensa, dijo que las artesanías que había las hizo él porque es artista plástico, que las fabrica con material reciclado, que son tapas de botella, para poner el bicarbonato.

A preguntas de la Fiscalía, declaró que el aceite se extrae del cogollo, que las hojas pueden ser descarte o sirven para hacer pomadas de uso





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

tópico, que ya habían tenido otra cosecha, ya que él consumía. Que vivió en la finca un año antes de la detención.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **I.- Las nulidades.**

Previo a adentrarnos en el análisis sobre la existencia del hecho, la autoría y la responsabilidad respecto de aquellos, debemos avocarnos a tratar la nulidad articulada por la Defensa Oficial.

1.- Previo a toda consideración resulta oportuno recordar que en materia de nulidades, la regla en principio es la estabilidad y conservación de los actos procesales. No procede declarar una nulidad por la nulidad misma, dado que el fin de este remedio procesal no es satisfacer intereses formales, que impliquen un exceso ritual incompatible con el buen servicio de justicia.

Y en esa línea, sólo cabe pronunciarse por la anulación de actuaciones, si los actos cuestionados afectan o colisionan normas constitucionales tendientes a resguardar la vigencia de los derechos fundamentales de una persona, entre ellos el debido proceso y la defensa en juicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha especificado que *“la nulidad procesal requiere un perjuicio para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés formal del cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma”* (CS. Fallos 324:1564, entre otros).

La declaración de invalidez apunta a subsanar un perjuicio efectivo que derive del acto inválido, sin que resulte suficiente, en consecuencia, la alegación genérica a la violación al derecho de defensa.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Es requisito insalvable la demostración del perjuicio por la parte que solicita la nulidad, aun cuando se aduzcan nulidades de carácter absoluto. Quien invoca violaciones de garantías constitucionales debe demostrar el concreto detrimento que podría generar a su parte el presunto vicio, toda vez que la declaración de tal gravedad no puede permitirse sea hecha en puro interés de la ley, cuando no ha causado efectos perniciosos para los interesados (C.S.J.N, A.248 XXIV).

Sentado ello, resulta medular analizar si se presentan o no en concreto los vicios invocados y si corresponde, en consecuencia, declarar nulos los actos impugnados, o por el contrario, mantener su virtualidad jurídica por haberse realizado de conformidad a las normas que regulan el proceso.

Dicho esto, corresponde adentrarnos al tratamiento concreto de la nulidad planteada a fin de analizar si se afectó o no una garantía constitucional a los acusados durante el procedimiento.

2.- Sentado ello, y analizado el planteo nulidicente se adelanta que el mismo no tendrá cabida favorable por los fundamentos que a continuación se exponen.

En primer lugar se tiene en cuenta tal como refiere el señor Fiscal que la defensa funda su planteo en meras conjeturas y suposiciones, sin demostrar siquiera el agravio concreto que le provocó a sus asistidos el procedimiento.

En efecto, la defensa funda su planteo en meras hipótesis que en nada se condicen con la prueba rendida en el debate y la incorporada a la causa.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Resulta pertinente efectuar una breve referencia de ciertas constancias de la causa que resultan relevantes para la correcta dilucidación del presente caso.

La investigación que nos ocupa reconoce su génesis el día 16 de marzo de 2017 cuando el oficial Inspector Alejandro G. Martínez vía telefónica informa al Comisario Mario Javier Mamani, Sub Director de la Dirección General de Narcotráfico del Dpto. Dr. Manuel Belgrano sobre información obtenida por parte de un mochilero, identificado como una persona de sexo masculino, de unos 30 años de edad, de tez blanca, con barba tupida, ropa de color clara, pantalón tipo bahiano y una gran mochila de color rojo, quien refirió que pasó la noche en el hostel “La casa de Calete – Finca Los Terpenos” en donde observó que había una gran cantidad de plantas de marihuana ocultas dentro de una especie de invernadero, y que esta persona mencionó que el lugar es en Paraje El Calete, a unos 8 km aproximadamente de la ciudad de Humahuaca (fs. 2). Asimismo consta que el comisario Mamani ordenó que se realice una vigilancia en cercanías al hostel “La Casa de Calete” a efectos de corroborar la información obtenida; y que siendo las 18:00 hs. Martínez informó vía telefónica que sería positivo el dato obtenido, que obtuvieron fotografías que demuestran la veracidad de lo informado, como así también que el personal pudo sentir fuerte olor a marihuana en la zona. Además se hizo constar que el 17 de marzo de 2017 a las 10:00 hs. se comunicaron con la Fiscalía Federal n° 2 quien ordenó se profundice la investigación a efectos de determinar los propietarios o cultivadores de las plantas de marihuana.

A partir de allí, y ya contando con autorización del fiscal en turno, se dio inicio a la investigación. Para ello se designó el personal policial que





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

tendría que concurrir al lugar a realizar vigilancias para obtener información, lo que estuvo a cargo de Alejandro Martínez, Javier L. Carlos y Angel P. Ramos.

Los preventores tomaron fotografías del lugar, las que constan a fs. 23 y 25/27 en las cuales se puede observar una estructura cubierta con polietileno transparente, situada a escasos metros de una edificación que cuenta con techo color rojo. Además consta a fs. 7/10 que los preventores obtuvieron información del hostel “La Casa de Calete” en la red social "Facebook” y que en las fotos de la página se puede a Estaban Gago y a Rodolfo López.

Con los datos obtenidos, en fecha 29 de marzo de 2017 (fs. 29) la Dirección General de Narcotráfico remitió a la fiscalía Federal nº 2 el sumario prevencional con toda la información recabada y solicitó se libre orden de allanamiento de finca “Los Terpenos”.

Por otro lado, las testimoniales rendidas en debate por los preventores lograron recrear el procedimiento desde el momento en que se conoció la *notitia criminis*, hasta el allanamiento realizado en el inmueble propiedad de Esteban Gago.

En ese sentido, los testigos Alejandro G. Martínez y Mario J. Mamani fueron contestes en cuanto a la forma en que se obtuvo la información y la modalidad en que se llevó adelante la investigación.

Particularmente el testigo **Martínez**, relató en forma precisa cómo tomó conocimiento de la existencia de la plantación de cannabis sativa, refiriendo que como oficial de la brigada de narcotráfico de Humahuaca su tarea es de calle, que tiene que hacer recorridos de calle y se encuentra con





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

personas con las cuales conversa en búsqueda de información y que cuando hacen tarea de búsqueda de información se visten de civil. En lo que hace a la presente causa, dijo que se encontró con una persona en proximidades al monumento a la Independencia, que era un “mochilero” tipo “hippie”, que entraron en confianza y éste le comentó que había dormido en un hostel en El Calete, en donde había visto un invernadero y plantas de marihuana, recordando que al querer profundizar en el tema, el sujeto se vio intimidado y no brindó más información. Asimismo relató que le comentó a su jefe el comisario Mamani quien le dijo que se comunicaría con la fiscalía y le ordenó que realizara una vigilancia discreta en el lugar y recabara información. Dijo que él fue a El Calete junto con el oficial Ramos y que desde un lugar en altura pudieron ver una estructura plástica, manifestando que previo a eso se comunicaron con gente de narcotráfico y que el oficial Carlos tenía un terreno en El Calete y reconocía la finca.

Relató el testigo que desde el camino solo se veía la casa, por lo que tuvieron que subir por un camino a una quebrada, que siguieron un sendero y desde allí se veía la estructura plástica. Explicó que como El Calete es zona de cultivo, se hacen canales de riego, los cuales son mantenidos y utilizados por la gente, y que desde el canal de riego se veía esa estructura.

Asimismo dijo que las instrucciones las recibió de la fiscalía a través de Mario Mamani, que él fue a la mañana y a la tarde a hacer vigilancias, y que luego fue comisionado Carlos junto a Soruco. Recordó que fueron al lugar por una finca que no está dividida por cerco, y que por un canal de riego que atraviesa la finca se ve la estructura y el hostel.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Por su parte, el testigo **Mario J. Mamani** en sentido concordante relató que la investigación se inició por información brindada por personal de narcotráfico de Humahuaca y como él estaba de jefe interino de la Dirección de Narcotráfico de Jujuy, Martínez le dio la información que había obtenido a través de un particular, de que en la localidad de El Calete había una plantación de marihuana, y que en virtud de ello comisionó al oficial Leño para que informe al fiscal y le ordenaron profundizar la investigación haciendo filmaciones, fotos y recabar mayor información.

Además recordó que él participó de unas filmaciones que se hicieron desde un cerro, cruzando el camino vecinal, porque desde allí se veía la casa y el invernadero de plástico.

La forma en que Martínez obtuvo la información de la existencia del invernadero con plantas de marihuana, se obtuvo en cumplimiento de sus funciones y dentro del marco legal que lo habilita para ello, ya que justamente su tarea era realizar recorridos de calle con la finalidad de obtener información útil en la prevención general del delito.

La circunstancia de que para dicha tarea Martínez se encontrara vestido de civil no torna ilegal su accionar, ni muchos menos puede confundirse con la figura del agente encubierto, tal como pretende la defensa, quien tal como lo refiere el art. 3 de la ley 27.319 es quien, con autorización judicial, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Acá, Martínez realizaba las tareas típicas de las fuerzas de seguridad de lucha contra la delincuencia en general, tarea para la cual las unidades policiales y de la fuerza de seguridad se desempeñan en móviles identificados y vistiendo uniforme, o en móviles no identificados y con vestimenta de civil. Los primeros normalmente revistan do en unidades cuya función incluye la prevención de los ilícitos. Los segundos en unidades o grupos más orientados a la investigación y represión de los ilícitos. En esta tarea la recolección básica de información en la medida en que no se realice mediante invasiones intrusivas en el ámbito de libertad de las personas, no necesariamente debe conllevar la declamación de la condición policial. La aseveración de la defensa que el funcionario policial obró como agente encubierto haciéndose pasar por hippie, o la incredulidad a cerca de la transferencia voluntaria de información del mochilero al funcionario no encuentran apoyo en la prueba. Lo que informa el policía Martínez es que luego de conversar con este sujeto no identificado y luego de entrar en confianza este le participó de la existencia de un invernadero con plantas de marihuana en un hostel ubicado en El Calete en donde dijo que pernocto, y que al querer profundizar la información él mismo se mostró como intimidado cerrándose a entregar más detalles. En el debate al ser interrogado el testigo sobre esta cuestión justificó haberse detenido en las preguntas y no haber requerido identidad a los fines de no poner en riesgo la información, ya que una insistencia o el hecho de darse a conocer como funcionario podía provocar ese resultado. Por ello la información fue proporcionada sin ninguna compulsión, como de propia voluntad de quien la entrega y sin que en ello se advierta ilegalidad alguna.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Tampoco puede pretender la defensa que las fotografías y videos que tomó Martínez el día 16 de marzo de 2017 implican una actuación autónoma prohibida de la fuerza de prevención, en tanto solo se trató de una medida tendiente a verificar mínimamente el dato obtenido en la vía pública. Para lograrla no fue afectada la libertad negativa de persona alguna. No se probó que las fotografías hayan sido tomadas mediante invasión de la propiedad de los imputados ni mediante una afectación al ámbito de intimidad. Tal zona de reserva se delimita mediante dispositivos de exclusión de la visibilidad que pueden tener terceros ubicados en sitios públicos o de acceso público. Esta corroboración mínima de un dato proporcionado por una persona que no fue posible identificar, resultaba indispensable a los fines de determinar el carácter de la información para activar los dispositivos previstos en el Libro II, Título I, arts. 77 y ss del CPPN. Es que para activar un inicio de investigación en cualquiera de los cuatro supuestos del art. 77 lo que mínimamente debe despejarse es la posibilidad de existencia de hipótesis delictiva dado que de ello se derivara precisamente la inacción o la activación de los mecanismos previstos en dicho título. Ante la falta de identidad de la fuente de información y el riesgo en la pérdida de información relevante en caso de haberse pretendido obtenerla, es que el funcionario policial decidió bien tratar de adunar al dato anónimo alguna mínima corroboración que justifique la puesta en conocimiento del Ministerio Público Fiscal. Al haber logrado ello desde un sitio de acceso público como lo es el canal de riego que transitan una cantidad de personas beneficiarias del agua de regadío, se ubicó Martínez en una posición habilitada por el derecho, al tiempo que no cubierta por la expectativa de privacidad de los investigados, que frente al tránsito inveterado de personas por dicha veda del canal, no habían adoptado ninguna de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

protección visual encontrándose abierta la observación a todos aquellos que recorrieran la vera de esa acequia o canal.

Decimos, la mínima tarea de afianzamiento de una noticia anónima no sólo era legal sino obligada. Si así no fuera, la policía y la fiscalía tendrían que abrir sumarios por cada noticia que recibieran, lo que abarrotaría al Estado de trabajo de manera injustificada.

En cuanto al argumento expuesto por la defensa de que el procedimiento sería nulo porque los preventores habrían ingresado de manera clandestina a la propiedad de su asistido para recabar información, lo cierto es que de la prueba colectada en autos ha quedado también acreditado que los preventores pudieron observar la existencia de una estructura tipo invernadero cubierta con polietileno transparente desde un cerro por el cual ascendieron en busca de mayor visibilidad.

En ese sentido los testimonios de Martínez y Mamani, prueban que con el fin de profundizar la investigación, tuvieron que subir a un cerro, atravesando un sendero, desde donde pudieron ver una estructura de plástico transparente; y en el caso de Martínez que también realizó vigilancias desde un canal de riego, y que desde allí pudo ver de cerca el invernadero y las plantas de marihuana.

En igual sentido, los testigos Angel Pascual Ramos, Guillermo Alejandro Leño y Javier Luis Carlos, coincidieron en que realizaron vigilancias desde un canal de riego, y que el mismo sería de uso de la gente del lugar.

Así el testigo **Angel Ramos** declaró que fue comisionado para hacer tareas en El Calete donde encontró una plantación de marihuana, que le dijeron que tomara fotografías e hiciera filmaciones. Que para ello, ingresó por





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

un canal de riego, en donde hay un sendero desde donde se observa un vivero tapado con plástico y que se podía sentir un olor similar al de marihuana.

Relató que después fue comisionado para hacer vigilancia desde un lugar más alejado, y que para ello utilizaron un desvío realizado con la finalidad de sacar áridos, que es al costado del cerro, que se ven dos senderos y por allí subieron a la parte alta del cerro, dijo que era alto y se podía ver todo, el techo rojo, el río y el vivero. Dijo que estaba con Soruco, y que había una entrada donde llega al canal de riego, que había un sendero al costado del canal, el cual no está cercado.

Por su parte, **Guillermo A. Leño** dijo que prestaba servicios en la Brigada de Narcotráfico de S.S. de Jujuy, que Mamani le informa que un “hippie” o “mochilero” le informó a personal de Humahuaca que habría un invernadero con plantas de marihuana en esa ciudad, y le piden a él que trabaje en el caso porque el personal de esa localidad no tenía experiencia. También contó que informó a la fiscalía y que los autorizarn a iniciar la investigación, y que un día fue a hacer vigilancia con su jefe, que subieron un cerro alto que estaba frente a la finca “El Perteno” desde donde observaron el invernadero, que con el zoom de una cámara Sony 95x pudieron ver el interior del invernadero que tenía un plástico transparente.

Dijo que el oficial Soruco tenía una finca en el lugar, que llegaron a esa finca para poder subir y buscar un buen ángulo para filmar. Asimismo declaró que averiguó en internet a quien pertenecía la finca “Los pertenos”, la cual tenía una página de turismo de aventura, y que dieron con el invernadero por el canal de riego que es de acceso público y que la finca no tenía límite perimetral.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

En coincidencia el oficial **Javier L. Carlos** declaró que es funcionario policial y que en el año 2017 se desempeñaba en la Brigada de Narcotráfico de Humahuaca, que el oficial Martínez tomó conocimiento que había plantaciones de cannabis sativa. Que realizaron una investigación, que él fue en dos o tres oportunidades por el canal de riego desde donde veían un invernadero con plantas de marihuana, que entre el canal y el invernadero hay 10 metros aproximadamente. Dijo que fue con el oficial Martínez y Ramos, que también fueron Soruco y Ramos.

Declaró que su padre tiene un terreno en El Calete, ubicado a 1 km de distancia del invernadero, y recordó que a la montaña fueron por una quebrada y escalaron, y que por el canal de riego transita toda la gente del lugar.

Refirió que por el canal de riego ingresó una sola vez con Martínez y Ramos, y que desde allí se podía ver qué tipo de plantas había en el invernadero, y que del invernadero al canal de riego hay 10 metros aproximadamente.

Si bien los testimonios de Ramos y Carlos difieren en cuanto a la distancia que había entre el canal de riego y el invernadero, refiriendo el primero de los nombrados que el vivero estaba a 4 metros aproximadamente del canal de riego en tanto Carlos dijo 10 metros, lo cierto es que todos los testigos, Carlos, Ramos y Martínez coincidieron en que por el canal de riego había un sendero a través del cual circulaba gente. Incluso algunos recordaron que las fincas no estaban cercadas y que se trataba de un lugar público. Lo que demuestra que los preventores para realizar la investigación no ingresaron de manera clandestina por propiedad privada, sino que utilizaron senderos frecuentados por la gente del lugar.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Erróneamente la defensa sostiene que si el testigo Carlos dijo que el canal estaba a 10 metros del invernadero y Ramos refirió que estaban a 4 metros entonces Ramos necesariamente se encontraba dentro de la propiedad de Gago. Pero esto no fue lo que declaró Ramos, quien fue claro al declarar que ingresó por un canal de riego, que hay un sendero y allí se observa un vivero tapado con plástico y graba un video, refiriendo que el vivero estaba a 4 metros del canal de riego. De ello se desprende que ambos testigos difieren solo en el cálculo aproximado que separa el cauce de agua con el vivero, diferencia que por lo demás carece de relevancia ya que todos los preventores sin excepción refirieron que observaron el invernadero desde el canal de riego.

Además, al no estar delimitada la finca de Gago difícilmente pueda invocar la defensa la afectación de un derecho de propiedad –que por lo demás no encuentra amparo en el derecho penal- , cuando no obra constancia alguna en el expediente que el inmueble se hubiera encontrado delimitado, al menos en algún sector, con el fin justamente de resguardar su derecho. Por el contrario los testigos Martínez, Ramos, Leño y Carlos fueron precisos y concordantes al referir que al costado del canal de agua había un sendero de uso público, habiendo referido que no había cerco pero sí que el invernadero estaba protegido por malezas.

Entendemos que en el planteo de la Defensa se confunde el derecho a la privacidad con la protección de la intimidad respecto del derecho de propiedad. La propiedad protege el patrimonio, la privacidad protege el principio de reserva y la intimidad protege la libertad en sentido negativo. Podemos advertir la existencia de esta errónea conceptualización reparando en la insistencia con que fueron interrogados los policías respecto a si desde algún camino vecinal o municipal podían acceder directamente al canal de riego, o si





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

para hacerlo debían trasponer alguna propiedad privada. En la forma en que fueron formuladas las preguntas, y por el tenor de las respuestas, este extremo no quedó del todo dilucidado pero cualquiera hubiere sido la respuesta, aun para el caso que para acceder al canal de riego y a su senda lateral debieron los policías transitar campo traviesa por algún fundo rural, no por ello puede concluirse en que fue afectado el derecho fundamental de la intimidad, la que protege la soberanía en el interior del domicilio, la morada, los papeles privados, las conversaciones telefónicas, etc.

El derecho de propiedad o la posesión, en la extensión en que ésta se verifica en ámbitos rurales, encuentra protección frente a su turbación, despojo, alteración de límite, deslindes, con otra rama del derecho ubicada en la órbita de los procesos privados.

De todo ello, se desprende, que el planteo defensorista no es más que un intento de hacer caer el procedimiento valiéndose para ello de hipótesis formuladas sin ningún sustento probatorio ni mención de un agravio concreto que justificara su planteo, pretendiendo negar las facultades de prevención que reposan en las fuerzas de seguridad, conforme lo prescriben los arts. 183 y 184 del Código Procesal Penal de la Nación, para casos de delitos de acción pública.

En definitiva, el análisis de las constancias reseñadas nos lleva a afirmar, tal como sostuvo el señor Fiscal que la prevención actuó de conformidad a las facultades conferidas por los arts. 183 del CPPN.

Recuérdese que el art. 183 literalmente dice: “La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores,





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación...”.

En tanto, el art. 186 del código de rito, en su primer párrafo “contiene los dos deberes que, coetáneamente, deben cumplir los preventores, al tener noticia de la comisión de un supuesto delito: comunicación inmediata y documentación de la actividad en orden a la pesquisa. La demora en la transmisión no configura causal invalidante, salvo que dicha irregularidad genere falencias en la adquisición y control de pruebas (CF San Martín, J.A., t.1933-I, pág. 199, pese a que la resolución fue dictada durante la vigencia del Código Anterior, el temperamento resulta inobjetable)” (D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación Anotado, Comentado, Concordado. Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Tomo 1, pag. 390).

Ciertamente, la policía y las fuerzas de seguridad deben investigar, ya sea de oficio, por denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, los preventores notificados de un ilícito o por las tareas de inteligencia realizadas, se hallan autorizados para detener a su presunto autor a fin de individualizarlos y proceder a su requisa.

Una postura contraria conduciría a ignorar la legitimidad de lo actuado en prevención de delitos, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del funcionamiento policial en el ejercicio de sus funciones específicas.-

Al respecto, la jurisprudencia de nuestros tribunales nos dice: “... las labores de averiguación, pesquisa, etc. genéricamente denominadas “tareas de inteligencia” realizadas por la policía, más que una aceptable técnica de investigación, constituyen una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forma parte integrante de las funciones que





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en los arts. 183 y 184 del CPPN...” (Garay, Pedro, sentencia de fecha 8/10/2002, CNCrim. y Correc. Sala V; “Romero Saucedo, Carlos, sentencia de fecha 3/3/1995, CNCP Sala III, Causa 227).

En el caso que nos ocupa, los artículos arriba referidos habilitan ampliamente la actuación de la policía para la prevención del delito, no solo autorizando sino obligando a la fuerza de seguridad a realizar tareas de inteligencia tendientes a obtener información respecto a la posible comisión de hechos delictivos.

Investigar, es efectuar diligencias para descubrir una cosa. Cabe entonces deducir razonablemente que la Policía no sólo puede sino que debe hacerlo frente a la *notitia criminis* recibida. Es que tiene la obligación de disponer las medidas necesarias para investigar y descubrir a los responsables de los hechos puestos en su conocimiento.

En el marco de esa prerrogativa puede llevar adelante investigaciones, recolectar indicios precisando los hechos, señalado a los imputados, coleccionar declaraciones testimoniales. Estas prerrogativas, como es obvio, no implican en modo alguno un detrimento a la potestad judicial de dirección de la investigación.

En cumplimiento de las tareas propias de la prevención el personal de la Policía de la Provincia, Dirección de Narcotráfico, se encontraba avalado por la normativa legal a cumplir todos los actos que detalla el art. 184.

“...las tareas de investigación son, por definición, inherentes a la función policial contando además, con expreso reconocimiento legislativo (art. 183 del CPPN).





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Por lo demás, es dable advertir que la defensas no señalan en concreto cual fue la afectación concreta al debido proceso legal y al derecho de defensa ocasionadas por la actividad de la policía, toda vez que se limitó a esbozar de manera vaga y genérica, con meras conjeturas una supuesta vulneración de la ley, habida cuenta de que no se ha especificado en forma precisa ningún perjuicio ni se ha indicado prueba alguna que dé sustento a sus argumentos.

La propia C.S.J.N. admite expresamente el valor de la investigación instruida por la norma del art. 183 ss y ccs. del C.P.P.N., dándoles el carácter de “prevenciones sumarias”, de lo que no surge vulneración alguna al ejercicio del derecho de defensa.-

Es por ello que cabe citar lo que tiene dicho la jurisprudencia nacional, más precisamente la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 4859 “Alanis, Julio Alberto s/ recurso de casación”, reg. 199/04, del 23/4/2004, en el sentido de que: “...en virtud del principio de trascendencia una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa; por consiguiente tanto en el caso de una nulidad relativa como de una nulidad absoluta es menester la demostración de un perjuicio real y concreto” (cfr. CSJN Fallos 323:929).-

Es decir, no surgen elementos suficientes que indiquen que se está en presencia de una vulneración de las garantías constitucionales, reiteramos, el dato que dio inicio a la investigación fue facilitado por un sujeto a un policía en ocasión de realizar recorridos de calle en la ciudad de Humahuaca.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

La vigencia del texto aludido y la actividad de la policía en la instancia preliminar, de ninguna manera subvierten el ejercicio de la contradicción probatoria que ostenta el imputado, en una clara aplicación de un aspecto del dispositivo constitucional reflejado en el art. 18. Esto es así, desde que puede replicar su entidad una vez abierta formalmente la instrucción o en la etapa de sustanciación del plenario.

La defensa no explica en su argumentación que tipo de vulneración se produjo en autos, ni frente a quien, tampoco determina quien se vio privado de ejercer su defensa o sufrió la afectación de sus derechos, ni señala qué actos de los que se han realizados son irreproducibles –o definitivos- o de palmaria irregularidad.

En efecto las aseveraciones de que en autos existió una vulneración del derecho de defensa, resulta tan ampulosa como teórica, toda vez que no se indican en concreto los derechos de los que se habría privado a los acusados en estas actuaciones.

Cabe concluir entonces que por la ausencia de todo perjuicio, por no haber afectación alguna del derecho constitucional del art. 18; por no haberse violentado el derecho de defensa y por carecer de interés jurídico la declaración de nulidad del procedimiento, corresponder rechazar la nulidad planteada.

**II.-** Habiéndonos pronunciado por la improcedencia de la nulidad articulada, corresponde pasar a analizar las siguientes cuestiones:

- 1) *¿Existió el hecho imputado y son autores responsables del mismo los acusados?*
- 2) *En su caso, ¿qué calificación legal les corresponde?*





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

3) *En su caso, ¿qué pena corresponde aplicarles y qué debe resolverse sobre las costas?*

### **1.- a) La materialidad del hecho.**

Conforme los elementos de prueba producidos, que se valoran de conformidad con las reglas de la sana crítica racional (art. 398, del Código Procesal Penal de la Nación) quedó demostrado 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 un 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 nº 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 nº 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

Una vez terminado el registro de todo el inmueble, se tomó muestra de las plantas incautadas y del contenido del frasco de vidrio, las cuales se sometieron a las pruebas orientadoras de campo, respondiendo cromáticamente al color requerido para marihuana.

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). Tal concentración de THC es baja en comparación a la que nos tiene acostumbrados la práctica judicial en este extremo del país. La baja concentración no podemos atribuirla a





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

un desconocimiento por parte de Gago y López, estudiosos de la cannabis como quedó demostrado durante el proceso y el debate. Entonces ya aquí podemos inferir que la búsqueda que ambos desarrollaban dentro del proyecto que emprendieron no se guiaba por aquellos componentes de la cannabis que normalmente se estiman cuando el cultivo esta guiado por una expectativa de consumo bajo su modalidad estupefaciente con propósito recreativo o psicotrópico.

Que los hechos descriptos se encuentran probados en virtud de los elementos de juicio que a continuación se analizarán:

Las actuaciones preventivas que corren agregadas a fs. 2/30, iniciadas el 16 de marzo de 2017 a raíz de información brindada por un “mochilero”, de 30 años de edad aproximadamente, tez blanca, barba tupida, ropa de color claro, pantalón tipo bahiano y una mochila grande color rojo, quien no quiso aportar su nombre, el cual 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. De 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.

Puesto en conocimiento del Fiscal en turno, éste requirió orden de allanamiento, la cual se encuentra agregada a fs. 31/32, y ordenada por el Juzgado Federal nº 1 a fs. 33/34.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

A fs. 43/52 obra el acta de allanamiento realizado en el inmueble sito en finca Los Terpeños – Hostal La Casa de Calete, Paraje El Calete, el 29 de marzo de 2017 a las 15:30 hs. por personal de la Policía de la Provincia de Jujuy, con la presencia de los testigos hábiles requeridos al efecto Angel Atilio Tito e Iván Robinson Angel Tito. Allí consta 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. Del 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.

A su vez, se incautaron 3 recipientes con hojas tipo palmar secas, 2 tijeras de podar, un teléfono celular marca Motorola, 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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. Consta 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.

La 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.

La planilla de secuestro de fs. 101/107.

El acta de entrega de celular para peritar que obra a fs. 140.

El acta de extracción de muestras de fs. 262.

La 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

restos de sustancia vegetal, arrojaron resultado positivo para cannabis (marihuana).

Además, las testimoniales rendidas en el debate por los preventores Alejandro Gustavo Martínez, Mario Javier Mamani, Marcos Condori, Guillermo Alejandro Leño 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.

En ese sentido el oficial **Alejandro Martínez** relató que participó del allanamiento haciendo el registro y colaborando en la confección del acta, y contó que al ingresar en el domicilio se dividieron en dos sectores, unos fueron al hostel y el resto al otro sector, que encontraron una estructura plástica que era la misma que pudieron ver cuando 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 a llamarse Rodolfo Gabriel López. Refirió que también participó de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

la requisa 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.

En igual sentido, **Mario J. Mamani** 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. Dijo que participó en el allanamiento, supervisando la medida, y que también actuaron efectivos de la dirección de narcotráfico, de la brigada de narcotráfico de Humahuaca y de infantería. Que ingresaron al domicilio a las 15:00 horas, aproximadamente, que se dirigen a la vivienda donde encuentran saliendo de una habitación a López y se le informa de la medida que se ordenó y de los testigos. Se 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 abajo donde pernoctaba López había elementos para hacer turismo aventura como sogas; 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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. Dijo que ya iniciado el allanamiento, personal hizo comparecer al señor Gago y se continuó con la medida y el procedimiento termina a la noche. Se hizo el reactivo sobre las semillas y sobre las hojas y dio positivo a marihuana.

En igual sentido, **Marcos Condori**, declaró 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.

En tanto **Guillermo Leño** contó que participó del allanamiento, que buscaron los testigos, que se asignó un efectivo para que filmara lo que sucedía desde el cerro. 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

En concordancia, **Jimena Ariadna Toconás** declaró que al momento del hecho cumplía funciones en narcotráfico en la ciudad de San Salvador de Jujuy, que únicamente participó del allanamiento, que junto con personal de la policía ingresaron al lugar donde había una persona que fue reducida, luego de lo cual se hizo la requisa del lugar, avocándose ella a sacar las plantas que después se clasificaron y contabilizaron. Dijo 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.

A su vez, la versión de los hechos dada por los preventores, se encuentra reforzada con el testimonio del testigo civil **Iván Robinson Angel Tito**, en tanto su declaración coincide en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se llevó a cabo el procedimiento.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Refirió el testigo 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.

La prueba también logró acreditar con el grado de certeza requerido para esta etapa del proceso 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.

Así, **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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

Respecto del inicio de la investigación, nos remitimos a los fundamentos esgrimidos el momento de tratar el planteo de nulidad, los que se expusieron con amplitud la prueba referida a la forma en que se tomó conocimiento de la existencia del invernadero con plantas de marihuana y la forma en que se llevó adelante la investigación

En relación a la sustancia secuestrada, 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.

En conclusión, 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Humahuaca, siendo Rodolfo Gabriel López el encargado del cuidado de la plantación.

### **b) La responsabilidad de los imputados.**

Los Dres. **Mario Héctor Juárez Almaraz y Abel Fleming** dijeron que:

Resulta más complejo definir si con este sustrato material, en este caso particular corresponde o no decidir una respuesta punitiva sobre los imputados. Para ello necesariamente debemos interpelar 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.

Antes de adentrarnos en esta tarea creemos necesario recordar que más allá de las distintas posturas adoptadas por los magistrados que integramos éste tribunal, con el profundo respeto que se merece la posición disidente, los jueces decidimos casos concretos, y en relación a prueba concreta con la que estos se presentan, sin que quepa extraer de ello conclusiones de tipo general traspolables a una categoría o universalidad de comportamientos. La jurisdicción dice el derecho en el caso y para el caso, mediante la tarea de la ponderación de la prueba y la interpretación de los alcances de la ley conforme a ella.

Empezaremos recordando que el criterio de sistemática que el código penal argentino establece para organizar y categorizar los delitos es el de agruparlos mediante el bien jurídico protegido. Este concepto, que a comienzos del Siglo XIX se lo conocía en el Derecho Privado como “derechos subjetivos”, es tomado prestado por Anselm Von Feuerbach influenciado por el pensamiento iluminista. Entendiendo a la prohibición penal como “coacción psicológica” (este era el nombre de la teoría de Feuerbach respecto de la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

función de la ley penal previa y escrita, y de la amenaza de la pena) obraría de disuasivo respecto del delito y por ende de protección de los derechos de las potenciales víctimas. A este concepto de “derechos”, lesionados por el delito, se le opuso Birnbaum, quien es reconocido como fundador de la teoría del bien jurídico en derecho penal. Para este autor, el delito no lesiona derechos subjetivos sino bienes concretos del hombre, tanto en su relación directa con las cosas, como también aquellos bienes que puede gozar proporcionados por su asociación social. En esta originaria concepción, los bienes penales, ontológicamente existen antes de ser merecedores de la consideración jurídica. Luego el derecho se limita a reconocer su previa existencia, regulando legalmente las respuestas que debe merecer su lesión. Exactamente a esa posición la doctrina la identifica como teoría del bien jurídico “trascendente” a la norma, porque entienden estas posturas, que los bienes existen antes de su formal reconocimiento por el derecho. En rigor deberían haber sido llamadas “teorías del bien jurídico lesionado” ya que lo caracterizante de la respuesta penal legítima, era que el delito debía lesionar un bien individual o social preexistente en la realidad de las cosas. Sin embargo, al admitir Feuerbach que a la par de la efectiva lesión del bien jurídico (para él derecho subjetivo) también debía colocarse la “puesta en peligro del bien”, equiparó la lesión efectiva con el peligro de lesión. De este modo la respuesta del derecho penal se anticipaba a la lesión, castigando la puesta en peligro. De esta anticipación pronto se sacó conclusiones acerca de la finalidad protectora del derecho penal, trocándose el concepto que debió conocerse como de “bien jurídico lesionado”, sincrónico al principio de lesividad, por el concepto de “Bien jurídico protegido”, que permitió echar bases para la futura construcción del derecho penal de la desobediencia a la ley. Después de Birnbaum, fue Binding el teórico





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

que negó la preexistencia de los bienes, diciendo que nada podía conocerse de ellos sin la existencia de una norma que los valore lo que no tardó en producir la confusión de los bienes con las propias normas que los recogían (ver Edgardo A. Donna, Derecho Penal Parte General, T. I pág. 185 y sgs.). Estos tipos de concepciones que niegan la existencia de bienes fuera de las normas que los reconocen y valorizan, dieron lugar a las teorías “inmanentistas” sobre el bien jurídico “tutelado” o “protegido”. A partir de la formulación de esta respuesta de Binding fueron echados los cimientos para concluir que en realidad lo protegido por el derecho penal era precisamente la vigencia de esas normas, las que podían ser todas resumidas en una sola expresión normativa consistente en la voluntad del legislador, ya que la desobediencia a la ley, desde esa concepción, ya afecta el bien jurídico genérico protegido consistente en la vigencia del derecho, proceso de espiritualización del fenómeno penal que provocó la invisibilidad de la víctima en la ecuación penal sustantiva y en la ecuación procesal. El ilícito en estos modelos idealizados se completa con la sola desobediencia de la ley y es esa ya la lesividad suficiente para legitimar la respuesta punitiva. Se dijo que nada podía predicarse de aquellos bienes si no fuera por el reconocimiento que estos tenían en la ley. De este modo se espiritualizó a los bienes jurídicos reconvirtiéndolos en prohibiciones legales. En sus antípodas, las concepciones trascendentalistas exigen a la par de la transgresión de la norma una lesividad en el mundo de los bienes concretos, individuales o colectivos (ver Jakobs, Günther, Sociedad Norma y persona en una teoría del derecho funcional, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 25 y sgs.).

La más reciente dogmática penal nos dice que el derecho penal nada protege porque actúa a partir de la concreción de la dañosidad individual o social y que la diferenciación entre las conductas inocuas y las conductas





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

captadas por el derecho penal derivan de una primera verificación de constatación de la lesividad. Resulta la trasposición de aquella vieja regla *altere non ladere*. El histórico baremo diferenciador y a la vez amplificador de la lesividad relevante fue la frontera entre delito tentado y delito consumado, y de nuevo fue Feuerbach el que trazo la primera línea expansiva con las definiciones acerca de la tentativa en donde permuto lesión al bien jurídico protegido propia del delito consumado, por el de peligro de lesión al bien jurídico protegido en el delito tentado. Se iniciaba así ese camino paradójico de la dogmática penal que nacida para contener al poder punitivo del Estado dándole límites precisos, terminó en más de los casos justificando su expansión traducida está también en una ampliación de la esfera de lo prohibido mediante legislaciones que anticipan la prohibición a estadios más tempranos del iter criminis, identificando delitos tentados con delitos consumados (caso del contrabando), o avanzando sobre la punición de las otras etapas preparatorias de conductas luego criminalizadas (delitos de peligro, asociación ilícita, etc.).

“El primer párrafo del art. 19 de la C.N. consagra el más importante de los límites materiales que impone esa Carta, no solo al poder criminalizante primario y secundario, sino a las injerencias coactivas del estado en general (...) Sus principales consecuencias pueden sintetizarse en que : (a) el estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad” (Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A., Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar). El Estado para ser moral no debe imponer una moral.

“Conforme a esta decisión por el estado moral (y al consiguiente rechazo del estado paternalista inmoral), no puede haber delito que no





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija conforme a su autoconciencia)”. (Zaffaroni, E., Alagia, A., Slokar, A., Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar).

Siguiendo en este punto a Alberto Binder en su obra Introducción al Derecho Penal de editorial Ad hoc, páginas 120 y siguiente, cuando refiriéndose al principio de exterioridad nos dice que como cuarta consecuencia del mismo, la valoración del hecho no puede ser genérica. Tal como lo expresamos, ese principio no hay que entenderlo sólo como la punición de los actos externos, sino también como una forma específica de valorar ese acto, que finalmente es una consecuencia de la tajante división que debe existir entre el derecho y la moral, entre el accionar del Estado y otras categorías que son propias de la vida comunitaria. Por eso, otra manifestación de una política criminal del autor se da cuando el hecho no es valorado en sí mismo, sino que sobre él se construye una categoría mayor.

En el nivel más bajo de la lesividad admisible claramente se ubican los delitos de peligro abstracto, lo que de modo inevitable dio lugar a planteos sobre su constitucionalidad. Este es el caso de algunas de las figuras contempladas en la ley 23.737 en donde la línea de peligro abstracto se ubica en zonas de anticipación respecto de los efectos de lesividad concreta sobre el bien jurídico salud pública.

Es en este tipo de delitos en donde aparece como operación de mayor interés delimitar el ámbito de incumbencia de la prohibición penal. Hemos estudiado que el código penal es el código de la libertad, desde que define islotes de prohibición dentro de un horizonte de libertades. Todo lo que no está prohibido está permitido. De allí el interés de delimitar la órbita de la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

prohibición. Consideramos que no existe una única antijuridicidad penal. Lo que puede ser en un caso puntual irrelevante desde el derecho penal puede ser ilegal respecto del derecho administrativo, por citar solo un ejemplo.

Lo hasta aquí anticipado trasciende al Derecho Penal y se ubica en la definición de la relación del hombre con el Estado y la justificación de éste y de sus poderes de punición.

De nuevo con Binder, para evitar esta distorsión del uso del poder punitivo existe el principio de lesividad, que orienta el uso de ese poder hacia finalidades exclusivamente sociales y evita las distorsiones moralistas o el uso de instrumentos violentos para sostener la pura autoridad del Estado. Esto implica destacar el carácter instrumental del Estado, que nunca puede constituirse en un fin en sí mismo sino que es un artefacto (una construcción social) para solucionar los problemas de las personas que componen esa sociedad (personas, seres humanos, no ciudadanos que ya es una categoría política de segundo orden). La primera consecuencia del principio de lesividad nos señala que en ningún caso el poder punitivo puede estar al servicio de un fin autónomo del Estado, y esa autonomía no puede ser disfrazada mediante fórmulas genéricas tales como el "orden público", el "interés general" y otras tantas que a lo largo de la historia se han usado para esconder la pura "razón de Estado".

Clarificar el valor político del principio de lesividad nos obliga a rescatar algunas de las reflexiones de los capítulos iniciales.

Debemos recordar que tanto la política criminal como el derecho penal actúan sobre la realidad del conflicto, y que todo conflicto es un modo de interacción que conforma el proceso social. Todo sistema político (Estado) -dijimos- debe tener una política para gestionar esa conflictividad: dentro del





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

marco de los diversos mecanismos e instrumentos de gestión de la conflictividad aparece, como último recurso, el uso de instrumentos violentos, que el derecho penal buscará reducir y limitar. La intervención punitiva es siempre intervención en un conflicto preexistente (conflicto primario) que sea reconocido por la sociedad como tal (relevancia social). El Estado no puede "inventar" conflictos, ni asignarles una relevancia que la misma sociedad no les otorga (p. ej., porque de un modo generalizado está dispuesta a tolerarlos).

El poder penal deberá producir algún efecto positivo en ese conflicto (principio de utilidad de la pena) y no puede utilizarlo como excusa para provocar otro efecto. Los intereses que están en juego son los que se manifiestan como contradictorios en ese conflicto y el poder penal debe beneficiar a alguno de esos intereses, porque lo considera más valioso. El conflicto siempre es interpersonal, ya sea que se trate de una persona, de algunas, de un grupo, de una colectividad o de esa colectividad mayor que conforman todos los que viven en la sociedad. En ningún caso el poder penal puede tener como finalidad preservar la autoridad del Estado o del sistema normativo en sí mismo. Si así lo hiciera, estaría corriendo el eje del conflicto primario a la idea de "infracción", es decir, lo que se debe castigar no es el daño causado en el marco del conflicto, sino la infracción a un deber impuesto por el Estado. No se castiga la acción dañosa sino la desobediencia al soberano, por más que ahora esté revestido de las mil formas de la burocracia del Estado.

El desplazamiento de la idea de "intervención en un conflicto entre partes" por la idea de "infracción a un mandato de obediencia", es una de las características centrales de la tradición de los sistemas inquisitivos y por lo tanto es una manifestación de la utilización del poder penal para los fines del fortalecimiento del poder del Estado y no para gestionar la conflictividad.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Mientras que en el liberalismo político, padre de nuestro derecho penal de actos y de su función de estatuto de la libertad, a diferencia de las doctrinas colectivistas, la organización política del Estado y su estructuración jurídica se conciben al servicio de los intereses y autonomía de los individuos. En las doctrinas colectivistas el objeto de protección es la identidad e integración de la comunidad misma. En el colectivismo los derechos de los individuos pueden ser en ocasiones instrumentalizados, o inclusive vulnerados legítimamente, en la medida en que ello sea requerido para la preservación de la integración y estabilidad de la comunidad.

En el liberalismo, son los mismos individuos los que, como sujetos autointeresados, acuerdan cuál va a ser la medida del sacrificio en sus derechos que van a realizar en pos de hacer viable la existencia humana colectiva, y es de esperar que en ello la cesión de los derechos individuales no se extienda más allá de lo que exija un generoso espacio de libertad para cada uno, porque ella constituirá la razón de ser de la colectividad. La sociedad y el Estado sólo se justifican de modo instrumental en la medida en que mejor protegen la sustentabilidad de la autonomía individual.

Lo que caracteriza al liberalismo político en el concierto de las teorías políticas o éticas, es la prioridad dada a los derechos individuales frente a todo tipo de satisfacción de intereses o fines supraindividuales. Estos derechos se erigen como una barrera de protección frente a los intereses colectivos y la acción coercitiva del Estado que, a modo de un derecho de defensa, garantiza que principios como el de la dignidad humana o el de la autonomía moral no puedan ser supeditados o funcionalizados para el fomento de esos bienes colectivos. Sobre esos presupuestos han de analizarse, no sólo los límites a la legitimación de los efectos que sobre la colectividad persigue





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

la pena, sino también la cuestión relativa a la distribución de la pena, a la medida de punición necesaria para la protección de bienes jurídicos y a sus límites materiales; en otras palabras, el conflicto entre prevención y garantías en el marco de la utilización de la sanción penal. (Alcácer Guirao, Los fines del Derecho Penal, pág. 188).

El concepto de bien jurídico fue utilizado a lo largo de la discusión dogmática como una mera fórmula vacía, la que fue rellena de diversos contenidos, conforme las diversas escuelas, tanto liberales como moralizantes o autoritarias. Por esta razón, el contenido del concepto no podrá ser determinado desde su propia “naturaleza”, sino que deberá construirse con consideraciones diversas y externas al mismo, y sujetas a aquellos presupuestos filosófico-políticos que definen, en un Estado constitucional de Derecho, los contornos de lo que puede o no ser merecedor de prohibición penal y con qué límites garantísticos. Dichos bienes deben preexistir a la ley penal, ya que de lo contrario –si surgen de la ley–, si la ley los crea de manera artificiosa, estaríamos frente a un razonamiento circular, diciendo: la ley penal protege bienes jurídicos que a su vez son aquellos que dice la ley que son bienes jurídicos.

En la labor de creación de normas sustantivas penales, debe absolutamente descartarse la definición de ilícitos basados en motivos paternalistas, entendida ésta en un sentido amplio, es decir aludiendo a “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada. (Dworkin, Gerald, El paternalismo, en Betegón, Jerónimo y De Páramo Juan





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

R., Derecho y Moral, Ensayos Analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, p. 148.)

Como baremos útiles en el control de la exclusión de motivos paternalistas se pueden anotar los principios de lesividad e indispensabilidad. Por el primero, sólo serán ajustadas al ordenamiento jurídico propio del Estado de Derecho aquellas normas de prohibición penal basadas en acciones, que reposen en un factum externo que menoscabe las libertades de un tercero, indicador de una dañosidad a bienes reconocidos por el ordenamiento. La dañosidad del hecho debe estar relacionada con que lesione o ponga en peligro bienes considerados presupuestos indispensables para el hombre, ya sea que a éste se lo mire de modo individual o conviviendo en sociedad. A su turno, el principio de indispensabilidad debe asegurar que en el caso no existe otro modo de respuesta que la penal, colocando a la punición como ultima ratio, y correlativamente, al Derecho Penal como mínimo válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales. (Habermas, Facticidad y Validez sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, p. 172.)

La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una sociedad civilizada en contra de su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. La contracara normativa puede verse formulada de modo general en el principio de reserva, donde se establece un amplio ámbito de protección de toda posible injerencia estatal respecto de las acciones privadas de los hombres, debiendo considerarse como tales, no sólo las realizadas en un espacio de intimidad, sino aquellas que, siendo





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

ejecutadas en ámbitos públicos, no provoquen interferencias intersubjetivas lesivas

Günter Jakobs no niega que el hecho penal provoca lesión externa, pero destaca la función de la pena en el afianzamiento de la norma. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma. Para este autor la pena debe definirse positivamente, como una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. (Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2ª edición alemana de 1991 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. IX).

Ubicados sobre la exigencia de dañosidad a bienes concretos, particulares o colectivos, preexistentes a la ley, como integrativos de la lesividad mínima habilitante de la intervención del Estado mediante la respuesta del castigo y su indispensabilidad, sostenemos en este Fallo un Derecho Penal subsidiario, minimalista, de ultima ratio, destinado a resolver aquellos conflictos que no pueden encontrar una solución en otros ámbitos del derecho.

El derecho penal implica la mayor cuota de violencia utilizado por un estado constitucional de derecho en tiempos de paz. De allí que deba reservarse su utilización cuando resulte indispensable e insustituible.

La definición histórica de los límites perimetrales de los ámbitos de prohibición y punición penal han sido históricamente delimitados por el elemento “tipicidad” de la teoría del delito. En su desarrollo larval se entendió





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

al tipo penal en el sentido de la voz “tatbestand” que en alemán normalmente es traducida como supuesto de hecho y al que Beling edifica como la tipicidad fundante de una categoría autónoma de la dogmática. La primera teoría del delito moderna la identifica con la descripción del componente fáctico del tipo penal. El modelo causal explicativo entendía satisfecha la tipicidad si lograba encontrar una correspondencia entre la acción desplegada o la omisión y la descripción fáctica general de la norma. Por ello cuando un médico producía en el acto quirúrgico una lesión se llegaba a decir que el acto era típico pero se la resolvía a la acción en el ámbito de la antijuridicidad. Acción típica pero no antijurídica porque encontraba una permisión en el arte quirúrgico. Lejos estamos de estas concepciones. Hoy sabemos que los tipos son tipos de prohibición y que contienen elementos objetivos y subjetivos y que a la par de enunciar hechos contienen también elementos valorativos que los adjetivan a estos hechos con contenidos de injusto. La vieja tipicidad empezó a quedar estrecha. De aquella consideración de adecuación de la conducta al tipo por yuxtaposición, pasamos a una consideración de fracaso en la función de llamada de la norma y de violación de la prohibición. La clásica tipicidad tornó en tipicidad con elementos objetivos y subjetivos, y luego en tipicidad conglobante.

Definitivamente fue con las corrientes funcionalistas desarrolladas por Claus Roxin y Günter Jakobs que se exigió en la constitución del sistema penal la integración de aspectos valorativos pertenecientes a la política criminal. Fueron estos elementos valorativos los que permitieron trascender aquellos criterios de yuxtaposición del hecho en la mera literalidad de la norma reconociéndose como principio del derecho penal la lesividad o contracara de dañosidad a bienes jurídicos. Para Roxin el límite de la punición se sitúa en la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

necesidad de la generación de un riesgo prohibido por la norma y que este riesgo se realice en el resultado dentro del alcance de protección del tipo. La finalidad de Roxin es evitar que la conexión causal se reputa suficiente para que un hecho sea considerado objetivamente típico, e introduce la necesidad de verificar un nexo normativo, nexo que impregna con contenidos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Claus Roxin intentó orientar el sistema del Derecho Penal en valoraciones rectoras de carácter político-criminal apuntando a la protección de bienes jurídicos, asumiendo una postura contraria a los esfuerzos causalistas y finalistas. Procede inicialmente a una renormativización del tipo penal, pues entiende que al lado del principio de legalidad debe ir la teoría de la imputación objetiva. Siendo así, apoyado en punto de contacto con la concepción neoclásica de Honig, es decir, que la relación de causalidad es insuficiente para relacionar la acción humana al resultado, consagrando un criterio más específico y delimitado, el principio de riesgo, por medio del cual existe un límite para el ámbito de punición, pues se condena al agente sólo cuando su acción genera un riesgo prohibido y éste se realiza en el resultado dentro del alcance de protección del tipo. En síntesis, la referencia del resultado a la conducta no se agota en el análisis causal, sino requiere un nexo normativo (ver Roxin Claus, Derecho Penal, pág. 362-365).

Esta fundamentación que ya hasta acá venimos desarrollando ingresa en el campo de lo árido obligándonos a intentar establecer un *corsi* y *recorsi* sobre los extremos probatorios de nuestro caso, y los extremos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal en cuestión tal es el del art. 5 inc. “a” de la ley 23.737.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

La letra de la ley nos dice que corresponde reprimir con prisión de 4 a 15 años y multa de 45 a 900 unidades fijas el que sin autorización o con **destino ilegítimo**: a) siembre o cultive plantas o guarde semillas o precursores químicos o cualquier materia prima para producir o fabricar estupefacientes o elementos destinados a tales fines. Desde esta literalidad ya se nos presentan dos cuestiones contenidas en el tipo que deben ser interpretadas por la jurisdicción, convocada no solo a interpretar los hechos sino también el derecho, y que comienza con la primera ayuda, como lo ha sostenido reiteradamente la CSJN, de acudir al propio texto de la ley. Y es el texto de la ley que nos presenta estos dos espacios de significación a dilucidar. ¿La acción desplegada por Gago y López al sembrar, cultivar y guardar semillas de cannabis tenía destino ilegítimo?, ¿cuál es aquella ilegitimidad? ¿de qué se trata?. Acudiendo al viejo “espíritu de la ley”, o al más moderno “ámbito de la prohibición”, la utilización de los elementos de la dogmática para responder a su *sino* debieran operar para contener y reducir el ejercicio del poder penal. Tal es el confeso propósito del principio de legalidad. Ley escrita, ley estricta, prohibición de analogía *in malam parte*, prohibición de ultraactividad o retroactividad no benigna.

Debemos entonces definir cuál es la ilegitimidad. La 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. Según Falcone “el sistema adoptado intenta evitar lagunas de punibilidad y por eso en muchos casos se reprimen comportamientos que se sitúan en un estado anterior a la consumación





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

propriadamente dicha; así la siembra, el cultivo, la guarda, la tenencia, la tenencia con fines de comercialización, bajo la forma de delitos de peligro representan una anticipación de la punibilidad que no siempre encuentra legitimación constitucional. El modelo seguido por el legislador nacional coincide con el europeo continental en el que se recogen una serie de conductas en cascada que se direccionan hacia el tráfico de drogas”. (Falcone Roberto, Derecho Penal y Tráfico de Droga, Ed. Ad Hoc, pág. 201).

Se explica así la penalización de fases estrictamente preparatorias, como por ejemplo la guarda de semillas, o precursores o elementos para fabricar estupefacientes, aunque en si no tengan poder psicotrópico considerados individualmente. Sobre estas conductas concretas el concepto que a todas las emulsiona es el concepto de tráfico, que como primera acepción del diccionario de la Real Academia significa “movimiento o tránsito de personas, mercancías, etc. por cualquier medio de transporte”. Según Falcone “el tráfico es un tipo de recogida que absorbe un sin número de comportamientos que constituyen actos parciales, no autónomos, que se disuelven en él, como actividad en interés propio dirigida a fomentar o hacer posible el negocio de la droga”. (ob. citada, pág. 203). La tensión constitucional que se implica en estas anticipaciones punitivas se resuelven acudiendo en primer lugar a la primera respuesta al interrogante de la ilegitimidad de destino, en que la fase en cuestión, la conducta sub análisis, debe ser remitida al concepto emulsionante.

Desde las consideraciones anteriormente desarrolladas recordamos a Beling quien construyera como nuevo concepto límite en la dogmática el concepto de tipo penal, que intentaba precisar de una manera puntillosa los contornos de lo prohibido en homenaje al principio de legalidad. Esta fórmula del tipo penal como expresión de la legalidad penal es uno de los instrumentos





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

más útiles de la dogmática pues define la frontera entre aquello que puede ser objeto de una pena y lo que resulta indiferente al derecho penal. Recordamos con Binder que el concepto de tipo penal exige una descripción exhaustiva de los supuestos de hecho que el mismo contiene para luego verificar que en el caso se encuentren reunidos todos los supuestos de hecho que serán valorados según su relación con el orden jurídico para verificar si constituyen o no un ilícito.

“Al formular sus sistemas de imputación el Estado buscará una conexión no sólo objetiva entre el resultado y la actividad humana, sino que buscará nexos interiores (subjetivos) entre el resultado y la actividad. Los límites que, como derivación del principio de exterioridad, se construyen para esos nexos, conforman los criterios de imputación subjetiva, es decir, un conjunto de reglas de interpretación que limitan la posibilidad de conectar un resultado a la actividad interna del ser humano y que son derivaciones del principio de exterioridad.

El concepto de tipo penal debe abarcar todos estos elementos, y por ello hablamos de la existencia de una estructura compleja del tipo penal que comprende, por lo menos, tres dimensiones: 1) el conjunto de elementos que delimitan aún más lo que puede ser penado sobre la base de los conceptos de acción y omisión que ya explicamos; 2) el conjunto de criterios de imputación objetiva, en un caso y en otro, y 3) el conjunto de criterios de imputación subjetiva con sus componentes diferenciadores.

Normalmente, la doctrina dominante utiliza una estructura bidimensional de tipo penal (tipo objetivo, tipo subjetivo), pero en realidad ella tiene estas tres dimensiones limitadoras, independientemente de cómo se las agrupe. A su vez, desde el punto de vista de la imputación subjetiva, al Estado





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

le interesa distinguir (y lo demuestra con su sistema de penas) cuándo al daño que se ha causado se lo ha buscado y querido, por una parte, de todos aquellos casos en los que el daño no se ha buscado ni querido, sino que se lo ha causado por falta de cuidado. Para limitar los primeros casos se construirá, dentro del tipo complejo, el concepto de dolo, y para limitar a los segundos, se construirá, dentro de ese mismo tipo complejo, el concepto de culpa.” (ob. citada pág. 136)

“Por otra parte, al formular sus sistemas de imputación el Estado buscará una conexión no sólo objetiva entre el resultado y la actividad humana, sino que buscará nexos interiores (subjetivos) entre el resultado y la actividad. Los límites que, como derivación del principio de exterioridad, se construyen para esos nexos, conforman los criterios de imputación subjetiva, es decir, un conjunto de reglas de interpretación que limitan la posibilidad de conectar un resultado a la actividad interna del ser humano y que son derivaciones del principio de exterioridad.”(ob. citada pág. 136).

“A su vez, desde el punto de vista de la imputación subjetiva, al Estado le interesa distinguir (y lo demuestra con su sistema de penas) cuándo al daño que se ha causado se lo ha buscado y querido, por una parte, de todos aquellos casos en los que el daño no se ha buscado ni querido, sino que se lo ha causado por falta de cuidado. Para limitar los primeros casos se construirá, dentro del tipo complejo, el concepto de dolo, y para limitar a los segundos, se construirá, dentro de ese mismo tipo complejo, el concepto de culpa.” (ob. citada, pág. 136).

Este autor añade “los tipos penales no sólo delimitan aún más aquello que puede ser penado y que únicamente puede ser una acción o una omisión, sino que delimitan el hecho, que constituye el único marco de valoración posible, por lo menos en términos de gravedad (otros elementos se





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

pueden tomar en cuenta para atenuar el disvalor). En este sentido, el tipo penal selecciona un conflicto (una interacción social) que se convierte en "campo de valoración". La idea común en la doctrina de que el tipo penal "circunscribe el ámbito de lo prohibido" debe ser tomada en el sentido expuesto precedentemente. No se puede identificar tipo con acción, ya que ésta es sólo un elemento dentro del concepto de tipo, al igual que el resultado, o los criterios subjetivos y objetivos de imputación, que también deben ser delimitados." (ob. citada, pág. 137).

En este sentido el autor Fernández Carrasquilla refiere que "el tipo penal no es propiamente un contenido o una parte del contenido del delito, sino un continente técnico formal de la conducta antijurídica amenazada con pena criminal y está formado por la conducta en la integridad de sus elementos objetivos y subjetivos. El contenido es la conducta lesiva y el tipo es un expediente técnico del legislador penal para satisfacer la exigencia político-criminal y constitucional de estricta y previa legalidad." (Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Parte General, 1º edición, Vol. 1, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez).

Para que no quede ninguna duda sobre los componentes que conforman el tipo, y que obviamente van más allá de la acción implicada, Binder con indudable propósito pedagógico nos señala que "El tipo penal selecciona siempre un hecho, aunque se castigue una acción, como ya hemos dicho. Ello porque el valor de la acción debe surgir siempre del marco de una interacción, y no puede sobrepasarlo. Por ello, la primera función del concepto de tipo penal será definir con precisión los elementos que componen ese hecho. Por supuesto, lo primero será agregar un atributo más a la idea misma de acción. Si la hemos definido como un concepto-limite que surge de las ideas de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

trascender la, evitabilidad y referencia cultural, ahora será necesario darle a esos tres atributos una modalidad específica.” (ob. citada, pág. 138).

Quien cultive plantas de amapola, que conforme a la prueba se acredite en un caso concreto, que tienen un inequívoco propósito ornamental, de goce estético, debe quedar indudablemente fuera del ámbito de prohibición de la norma, aunque se trate la planta de amapola de la variedad *papaver somniferum* de la cual puede ser eventualmente extraído opio. Después podemos ver con que herramientas de la dogmática debe ser mejor desplazada la respuesta punitiva en ese caso. Si el error de prohibición, el error de tipo, si una causa de inculpabilidad. Lo cierto es que la justificación del castigo allí no está presente. Por lo menos no está presente a título de dolo.

La segunda herramienta delimitadora está contenida, en carácter de segundo elemento normativo del tipo, en la expresión “para producir o fabricar estupefacientes”. Como veremos, estos elementos normativos entendemos que operan como anverso y reverso de una moneda en la que en una de sus caras se encuentran los denominados elementos subjetivos del tipo, y todos juntos en una funcionalidad delimitadora que se completa con el principio de lesividad de la acción.

Dijimos al tratar la materialidad, que la tarea cultural agrícola de la siembra y del cultivo y la calidad botánica de las semillas se acreditó en certeza y que corresponden a *cannabis sativa* (marihuana).

Sabemos que la marihuana no se trata de una planta ornamental. Es valor entendido, al punto que está establecida en una significación institucional aceptada, que nos dice 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

El hecho es que este aserto, otrora de validez casi universal, (salvo casos de grosero error de tipo o prohibición), en los últimos años entró en imperceptible pero progresiva crisis, cuando mediante investigaciones, primero empíricas, y luego con pretensión de validez científica, se empezó a experimentar y estudiar pretendidos efectos terapéuticos del cannabis mediante diluciones de sus componentes en la extracción de aceite de uso medicinal.

Mediante experiencias de obtención de aceites en frío, en agregados de aceite de oliva o aceite de coco, con procedimientos sencillos y accequibles a cualquier iniciado en el tema, en forma casera, es posible lograr concentraciones de componentes en donde algunos principios (no precisamente con aptitud psicotrópica) resultan relevantes, tal como el CBD.

Los distintos estudios que de un modo formal e informal se vienen realizando pudieron identificar variedades diversas de cannabis, y diluciones con proporciones relativas de cannabinoides que se utilizan en el tratamiento no convencional de distintas dolencias y patologías, con baja respuesta a la farmacopea ortodoxa, o que con respuestas satisfactorias se dice que provocan reacciones secundarias adversas.

Estas experimentaciones informales, asistemáticas, poco rigurosas, desde hace tiempo ya que en Argentina y el mundo entraron en otra fase de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

investigación desarrollándose trabajos en las áreas gubernamentales de ciencia y en ámbitos universitarios.

En nuestro país el punto de quiebre fue indudablemente la sanción de la ley 27.350. Este proyecto fue presentado en el Congreso de la Nación el día 23 de noviembre de 2016, es decir aproximadamente 4 meses antes de los hechos de la causa. La adquisición de estado parlamentario de la iniciativa fue resultado de un largo camino de debates previos en ámbitos académicos, científico y jurídico que prepararon el terreno para que una iniciativa del tipo de la sancionada encontrara campo propicio para la discusión pública en el escenario legislativo. Lo paradójal es que la ley que autoriza la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados fue sancionada el mismo día en que la policía de la provincia de Jujuy, munida de orden judicial, allanaba el domicilio de Gago y de López.

Con la sanción de esta ley en el ámbito nacional, ya el Estado abandonaba sobre la cannabis una posición monista. La sanción de la ley 27.350 importaba un mensaje que confrontaba a aquel que le precedía emanado de la ley 23.737. Con esta norma, y con la anterior ley 20.771 y con la adhesión a la Convención Única de Estupefacientes de 1961, el Estado Argentino nos decía claramente que la cannabis era mala, porque era droga. La irrupción de la ley 27.350 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.

La interpretación judicial es progresiva. Los jueces no podemos interpretar los elementos normativos de la ley penal antes y después de la sanción de la ley 27.350 de la misma manera en que históricamente lo





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

hacíamos. Ahora el análisis acerca del destino ilegítimo y la finalidad de producir o fabricar estupefacientes, debe ser desentrañado con otros recaudos y mayor precisión.

No estamos diciendo que a partir de la ley 27.350 la guarda de semilla o la siembra o cultivo de plantas de cannabis se haya convertido de acción ilegal en acción legal. La citada ley claramente no autoriza a los particulares al cultivo de cannabis. El art. 6 de la ley le otorga al Estado el monopolio del cultivo definiendo que la autorización podrá ser concedida al CONICET y al INTA, y que la elaboración de sustancias se realizará mediante la producción de los laboratorios públicos de medicamentos nucleados en la ANLAP. La ilegalidad del cultivo de cannabis para los particulares, así como la guarda de semillas, sigue subsistente.

Pero existen dos órdenes de antijuridicidad que se presentan con distinta intensidad. No todo lo antijurídico lo es respecto del derecho penal. Para que lo sea deben ser superados algunos umbrales de acceso a la órbita de aquello que el Estado castiga con la respuesta de mayor intensidad. Para definir en qué anillo de antijuridicidad es que un caso debe ser situado, son los elementos del tipo penal y las herramientas de la dogmática las que deben operar como factores reductores que eviten la expansión penal.

Carlos Nino, fundamenta la pena en cuatro principios: 1) el principio de protección social, 2) el principio de asunción de la pena, 3) el principio de intersubjetividad del derecho penal y 4) el principio de antijuridicidad o enantiotelidad. Según el principio de intersubjetividad del derecho penal queda descalificada toda norma penal que no este destinada a prevenir el daño a terceros y también queda excluida la valoración del carácter moral y de los propósitos de los individuos para imponer una pena o para





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

graduar ésta. Conforme el principio de antijuridicidad, se exige, para la punibilidad de una acción, que ella sea una de las que el precepto penal tuvo la finalidad de prevenir. De la combinación entre el principio de antijuridicidad y el principio de la intersubjetividad del derecho penal (...) se infiere que la antijuridicidad de una acción no pueden estar dadas por propiedades que reflejen defectos en el carácter moral del agente. Las propiedades de la acción que determinan su antijuridicidad deben estar relacionadas con la generación de daño o peligro para otros.

Volviendo a los elementos normativos del tipo, sigue hoy subsistente una primera significación institucional en la guarda de semilla y en las actividades agrícolas respecto de la cannabis sativa: se trata de sustancias botánicas destinadas en primer lugar a la producción de estupefacientes. Salvo que conforme las circunstancias concretas del caso por la prueba efectivamente colectada en la causa, deba descartarse esa significación en la conducta. Esta operación puede ser resuelta desde innumerables perspectivas de la teoría del delito. Por ejemplo, acercándonos desde lo que en su momento Zaffaroni definía como “el pragma y su conflictividad” constituido por el tipo objetivo doloso activo. Definía ese autor dos ámbitos: el de la función sistemática o del tipo objetivo sistemático, y el de la función conglobante o del tipo objetivo conglobante, ambos aspectos en función de antítesis. El tipo objetivo sistemático mira a la norma en singular y esta define un espacio problemático. El tipo penal concreto, considerado en forma aislada alude a la exteriorización de una conducta que produce una mutación en el mundo y que es apreciable en los datos fenoménicos que pueden ser relevados sobre esa conducta. Verificados estos aspectos del hecho real, con atención al tipo penal singular, e imputados a un sujeto activo como obra de su autoría, damos por satisfecho el





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

tipo objetivo sistemático, y como ya existente un espacio problemático a dilucidar. Este espacio es precisamente el campo de trabajo que nos permitirá concluir si corresponde o no adjudicar a la obra del autor una respuesta de castigo. Para ello debemos acudir al tipo objetivo conglobante que se integra en la totalidad del orden normativo. Ya no vemos solamente el tipo penal puntual sino, -permítasenos- el ámbito de alcance de la norma conglobada, o de la norma toda.

Para Zaffaroni algunos tipos requieren elementos normativos de recorte, que pueden ser expresos o tácitos. Cuando una conducta típica es normalmente realizada con mucha frecuencia por funcionarios o por particulares, su concepto típico no se completa sin una referencia a su ajenidad al marco jurídico o a la falta de acuerdo del sujeto pasivo, lo que unas veces se expresa como adverbios y otras queda tácito. Los adverbios señalan límites al concepto típico de la conducta, que excluye la tipicidad sistemática porque directamente no hay pragma.

En nuestro caso, ¿la acción, el riesgo creado, el plan criminal todo, fue de confrontación de la salud pública?, ¿fue neutro en relación a ella?, ¿fue en abono o en pretensión del resguardo de la salud propia y de las constelaciones familiares y afectivas de los imputados?.

Respondidos estos interrogantes, ¿en qué contexto es que se desarrollaron los hechos de la causa?.

Fue aportada abundante y convergente prueba en el debate que nos permite decir acerca de los hechos que el 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

de uso tópico. Este proyecto fue abortado por el allanamiento de su domicilio y el secuestro de las plantas. Al respecto cabe recorrer la prueba que nos permite concluir en la veracidad de este aserto.

Resultan de suma relevancia, los mensajes de texto y conversaciones extraídas al peritar los teléfonos celulares (fs. 304/342) todas ellas centradas en el cultivo de cannabis con la finalidad de producir la resina necesaria para la elaboración de aceite, como así también que ésta sería la primera vez en que iban a incursionar en su producción. Particularmente, hay mensajes de texto entre Gago y Marcelo Valenzuela, de fecha 17/10/2016 en los cuales Valenzuela le encarga aceite para su madre quien tendría artritis, pidiéndole que le avise cuando tuviera. Esa conversación se repite en el mes de febrero de 2017 cuando Valenzuela le insiste en el pedido de aceite para su madre y Gago le contesta que aún no sacó estimando que para el mes de mayo podría tener –ver fs. 322 vta. y 324-.

Repárese que en el juicio Valenzuela declaró que se conocieron con Gago por motivos de trabajo, que estuvo junto a él cuando falleció su hijo a causa de una picadura de araña, habiéndolo trasladado hasta el hospital. Contó también al tribunal que él había usado aceite de uso tópico por un esguince de tobillo, que quedó sorprendido por los resultados, por lo que empezó a investigar para su madre y para él que tiene problemas en la columna. Que en una charla con Gago sobre aceite medicinal, le comentó que estaba pensando en producirlo, y le pareció muy bueno porque quería que su madre lo consumiera vía oral y le daba tranquilidad que fuera elaborado por un conocido. Dijo que Gago le ofreció el aceite pero que no hablaron de comprar o vender, destacando que muchas veces lo consigue de manera gratuita. Asimismo refirió que





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

actualmente compra el aceite por whatsapp, por la página de internet “Mercado libre” y en negocios naturistas.

En otra conversación por whatsapp de Gago con el contacto Pao Toranzo, días previos al procedimiento (21/3/2017), Gago le consulta respecto del tipo de alcohol que debe utilizar para elaborar el aceite de cannabis, como así también sobre su interés en adquirir el mismo a menor costo a través de la fundación.

En otro diálogo mantenido con el contacto “Mauro Cannabis Uruguay” éste le comenta a Gago que están trabajando en un proyecto y que le envió semillas, surgiendo de la misma conversación que éstas serían de cannabis y que Mauro también estaría dedicado a la fabricación de aceite medicinal.

De igual manera las testimoniales rendidas en debate dan cuenta de los beneficios del aceite de cannabis y de las mejoras en su salud. En tanto los testimonios de Mariano Gago y Alicia Casanova aportan certeza respecto del destino que Gago y López iban a darle a las plantas de cannabis que fueron secuestradas del inmueble ubicado en El Calete.

En ese sentido, **Alicia Casanova** –madre de Gago- declaró que sabía que su hijo estaba cultivando plantas para producir aceite medicinal, lo cual le pareció bien porque lo necesitaba por su salud y para su hijo menor que tiene una hernia en la columna que le provoca fuertes dolores y le impide caminar, motivo por el cual consume aceite. Refirió también que ella está medicada con gotas de cannabis porque tiene artrosis degenerativa y eso le calma los dolores, y que esa medicación la toma diariamente desde hace un año y que actualmente consigue el aceite en farmacias por prescripción médica.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Por su parte **Mariano Gago** -hermano de Gago- declaró que usa aceite de cannabis por un problema en su espalda, ya que desde el año 2013 tiene hernia de disco lo que le provocaba mucho dolor, y que desde hace un tiempo usa aceite y eso le da resultado aliviándole su padecimiento. Refirió que sabía de la actividad que desarrollaba su hermano en Humahuaca y que tenía intenciones de producir aceite medicinal, que les enviaría a él y a su madre. También dijo que adquirió el aceite por Mercado Libre o por algún amigo que le dio, que cuesta conseguirlo y es muy costoso.

De otro lado, la versión de los hechos sostenida por los imputados a lo largo del proceso, respecto de que las plantas estaban destinadas a la obtención de aceite de cannabis para su propio consumo y el de sus familiares quienes padecían problemas de salud, se encuentra también corroborada, no solo por las declaraciones testimoniales, sino también por los estudios médicos incorporados a la causa.

El certificado de defunción de Lautaro Gaspar Gago de fs. 203, donde consta que era hijo de Esteban Gago y que falleció el 17 de junio de 2011 a causa de un paro cardíaco.

La resonancia de columna lumbar de Mariano Andrés Gago de fecha 14/08/2015, de la cual surge que el paciente tendría hernias de discos lumbares que comprometen las raíces nerviosas de los miembros inferiores (fs. 204).

El informe de fecha 05/04/2014 de una resonancia magnética realizada a Alicia Casanova, que da cuenta que la paciente tiene artrosis en ambas rodillas y daño en meniscos y ligamentos.

También obra certificado médico de Leticia Bereciartúa –pareja de Gago- expedido en fecha 25/04/2017 por la médica ginecóloga Claudia Vieder





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

quien hace constar que la paciente presenta endometriosis y dismenorrea severa de 20 años de evolución (fs. 207).

La Historia Clínica de Rodolfo G. López que consta a fs. 210/248 de la cual surge que en fecha 24/05/2010 el paciente tuvo un politraumatismo con fractura expuesta de rodilla, tibia y peroné, y fractura cerrada de radio, como consecuencia de un accidente sufrido en moto contra un camión en la provincia de Jujuy, debiendo ser operado en distintas oportunidades por las fracturas y para realizarle injerto óseo. La testigo Gabriela Andrea Sosa –ex pareja de López- corrobora los dichos del encartado respecto de sus problemas de salud producto de un accidente de tránsito. Al respecto dijo la testigo que era pareja de López, cuando éste tuvo el accidente en el que casi pierde una pierna y por el cual tuvo que ser sometido a muchas operaciones. Dijo conocer que después de tantos años de tomar antiinflamatorios y analgésicos López decidió tratarse con aceite de cannabis. Refirió que los medicamentos le afectaron el hígado, los riñones y que su salud mejoró cuando comenzó a consumir el aceite.

La historia clínica de Marta Lidia Día –madre de López- en donde consta que la paciente en el mes de julio de 2016 fue diagnosticada con tumor maligno de configuración organoide compatible con diferenciación neuroendócrina.

La prueba corrobora que los familiares de Gago y López tenían serios problemas de salud ya a la fecha del hecho y en el caso de Mariano Gago y Alicia Casanova que éstos esperaban recibir el aceite de cannabis que produjera Gago con el fin de paliar sus dolencias. Si bien dicha expectativa se vio truncada con el allanamiento y secuestro de las plantas de cannabis, no





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

obstante ellos buscaron por otros medios disponibles la adquisición del aceite medicinal, el que actualmente consumen a diario.

En cuanto a Marcelo Valenzuela, quien era un potencial destinatario del aceite de cannabis que Gago y López producirían, si bien éste no era familiar de los encartados, no obstante Gago tenía un inocultable deber de gratitud para con éste, en tanto fue Valenzuela quien lo ayudó a llevar a su hijo al hospital a causa de una picadura de araña que lo llevo a la muerte, y por ese motivo al tomar conocimiento de los problemas de salud de su amigo y su madre, le ofreció entregarle aceite una vez que tuviera.

Como una prueba más de la concreta finalidad de obtención del aceite medicinal tenemos también las manifestaciones de Gago respecto del dinero (\$5000) que recibió de Carlos Laje para fabricar el invernadero y ellos en gratitud le brindarían información sobre el cultivo y las variedades para la investigación, lo que se condice con los mensajes enviados a la secretaria de Laje –Pao Toranzo- a quien le explica que próximamente tendrían resina que el doctor estaría necesitando, para continuar investigando las propiedades y características de las plantas.

Ahora bien, respecto del frasco con restos de sustancia vegetal secuestrado a Gago durante su requisa, 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

Los dichos de los imputados encuentran coherencia y aportan certeza respecto al destino que iban a darle a las plantas de cannabis sativa para la producción de aceite medicinal, si se tiene en cuenta que las plantas todavía no habían sido cosechadas y por ello durante la requisa se logró secuestrar un solo cogollo –que se encontraba en un frasco de vidrio-, a lo que se suma la falta de elementos destinados a la fabricación de aceite, justamente porque aún las plantas no estaban en época de floración, estimándose por su gran tamaño (el que se puede apreciar en el anexo fotográfico de fs.71/77) y por el mensaje de texto que Gago le envía a Valenzuela –ante el pedido de aceite de cannabis- en el mes de febrero de 2017, que la floración estaba próxima a producirse. Y por ello también Gago se encontraba en plena averiguación de dónde procurarse el alcohol tridestilado necesario para la extracción de la resina presente en el cogollo, sustancia que luego se utiliza para la elaboración del aceite medicinal.

De acuerdo a la prueba incorporada a la causa, el proceso de producción de aceite de cannabis se trata de una dilución en frío en medio oleoso, que no requiere de mayor complejidad y por ello puede ser fabricado en forma casera, en tanto no requiere de un laboratorio o maquinaria costosa. Por tanto de la misma prueba citada por la acusación surge inequívoco el plan de producción de aceite, como surge también que la falta de secuestro de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

elementos para la dilución se explica en el estado de las plantas, que no habían llegado a producir cogollos para cosecha.

Resulta también importante en este punto traer a colación los testimonios de Delia I. Barutta Patiño y Adriana Quiroga respecto de las propiedades y características botánicas de las plantas de cannabis sativa.

Al respecto **Delia Barutta Patiño** declaró que es bioquímica y farmacéutica y que tiene conocimiento de las propiedades del cannabis, y que tenía conocimiento que Gago y López cultivaban plantas, que López fue a hablar con ella y también sabía que él usaba aceite como consecuencia de un accidente.

Contó al tribunal que su hija tiene síndrome de Ackerman (le falta un gen) a causa de lo cual tiene convulsiones refractarias, por lo que tuvo que empezar a combinar medicamentos. Que además su hija tiene retraso mental, una escoliosis y problemas para dormir. Que tiene 19 años y desde hace un año y 9 meses tiene controlada las convulsiones por el consumo de aceite de cannabis. Relató que debía tomar 15 pastillas diarias pero que actualmente con el cannabis se redujeron a 6.

También contó que su hijo Eliseo tiene autismo, que le cuesta hablar y relacionarse y que hoy está incorporado a la secundaria en Hornillos. Que tiene 15 años y ahora tiene un grupo de pertenencia y eso es gracias al cannabis. Que cuando su hijo se siente mal o le duele la cabeza le pide su cannabis, y que ella antes tomaba antidepresivos y ahora toma gotas de cannabis.

Asimismo relató que ella cultivó para sus hijos, que en el mercado compró flores femeninas, y extrayendo la resina del cáñamo hizo su propio aceite y que con él su hija mejoró mucho más que con el aceite Charlotte.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Refirió que en este momento no tiene plantas, porque no tiene espacio suficiente para la cantidad de plantas que necesitaría para producir aceite para sus dos hijos. Que siempre está buscando ayuda, que la necesidad es real, que ya no compra más aceite Charlotte porque un amigo de ella hizo posible que ella tenga flores hasta febrero.

Respecto de las características botánicas de la planta de cannabis relató que de una planta se usa solo la flor femenina, que solo se cultiva de semillas de bancos, que son argentinas, y que para su hija Lucía necesitaría 30 plantas femeninas en flor para todo el año. Que eso se puede hacer en invernaderos y se necesitarían muchas plantas para un tratamiento.

En relación a la situación actual de la ley 27.350 dijo que en la actualidad la ley no se cumple, que no hay médicos, ni hospitales, ni neurólogos que la asesoren en el uso de cannabis. Que su hija está registrada en la ANMAT para comprar un aceite importado, el aceite de Charlotte, pero que tuvo que buscar quien se lo recete, porque el neurólogo de cabecera al tomar conocimiento que le estaba dando aceite a su hija no quiso seguir atendiéndola. Dijo que luego de lograr ingresar a la ANMAT, la autorizaron a comprar por internet y con tarjeta, que lo tiene que retirar de Ezeiza, cada uno de los cuales cuesta 330 dólares. Dijo que también buscó el apoyo del gobernador de Jujuy porque el gobierno cultiva en la finca el Pongo, pero que no hay donde inscribirse para que el gobierno provincial les provea cannabis. Refirió que si bien la ley 27.350 es completa, se necesita que esa ley sea operativa y que otorgue facultades a las madres para cultivar o a cannabicultores, que si ella cultivaría estaría controlada por el Inta o el Conicet y que el control de calidad se hace con espectrofotómetro de masa.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Explicó que las gotas son miligramos, esto es la cantidad de cannabinoides que tiene la dosis, que de 30 gr. de flores obtiene 3 grs. de resina y lo diluye por gotas, necesitando 90 grs. de flor por mes. Dijo que hay un método científico para la extracción del aceite, que la extracción es con alcohol tridestilado en frío y luego con calor controlado (40 grados) por evaporación se consigue la resina.

Por su parte, **Adriana Quiroga** declaró que es médica auditora del hospital y tiene un sanatorio donde hace acompañamiento en el tratamiento de cannabis medicinal. Explicó al tribunal que el aceite actúa en el sistema endocannabinoide, que son receptores que tenemos en el cuerpo, activando un sistema propio del cuerpo y regulando algunos sistemas, imitando el aceite una llave para activación de sistemas que no podemos activar. Agregó que todos poseemos receptores distribuidos en el sistema nervioso central y sus periferias, que no hay tratamientos estandarizados, cada tratamiento se adecúa al paciente ya que algunas acciones dependen de las dosis en la analgesia, suministrándose dosis crecientes hasta lograr la misma. Que hay otras patologías que no dependen de la dosis, pero que hay una limitación en las tomas de gotas que son hasta 5 gotas por dosis, que se toman en forma sublingual, y que si se supera esa dosis esto se pasa a la vía digestiva. Dijo que habitualmente en un aceite al 2% se puede ingerir de 10 a 15 gotas diarias pero que hay patologías que demandan el doble de la dosis.

Declaró que con el aceite de cannabis pueden tratarse multiplicidad de enfermedades, que hay patologías que demandan un tratamiento más específico como el alzheimer, autismo, trastornos de sueños, patologías que producen dolor, enfermedades autoinmunes, cáncer, enfermedades psiquiátricas, epilepsia, patologías estas que no responden a la farmacología





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

tradicional. Refirió que el aceite de cannabis tiene funciones protectoras, de neuro reparación en pacientes de tercera edad, con esclerosis múltiple, parkinson, que cualquier patología podría beneficiarse con el aceite, en las dosis adecuadas.

Relató que el aceite es la disolución de la resina de cannabis que se extrae del cogollo, en aceites, que ella lo fabrica con aceite de oliva, que se produce la resina en alcohol en frío y esta resina mezclada con el aceite constituye el aceite de uso en infusión. Que cada planta tiene un quiniotipo diferente, pero todas tienen cannabinoide y THC, que estos otros cannabinoideos varían en cada planta, que el efecto es de potenciar los dos cannabinoideos principales, señalando que el cambio de aceite algunas veces mejora el tratamiento. Explicó que el aceite de Charlotte es el que se utiliza para la epilepsia refractaria, pero que la respuesta no es la misma en el tiempo y vuelven las convulsiones y eso se soluciona con alguna dosis mínima de aceite que contenga THC, porque el THC comanda a todos los otros cannabinoideos, por eso recomienda el cambio de aceite para sostener los efectos.

Declaró que ella no acompaña tratamiento con aceites psicoactivos, ni con cannabis psicoactivo. El efecto del cannabis fumado pega para abajo y no es el mismo efecto del aceite, el cual no tiene efectos psicoactivos, ni potencial de generar adicción, refiriendo que incluso el aceite se utiliza para el tratamiento de las adicciones, que el aceite bien producido no es una droga.

También contó que ella puede enseñar a elaborar sus propios aceites a partir de conseguir los cogollos con la finalidad de conocer las proporciones en sus dosis, porque los pacientes están desprotegidos para conseguir el aceite, no tienen un lugar donde buscar un aceite bien producido.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Cada paciente produce su propio aceite. Comentó que funciona al revés de la farmacología tradicional, ya que no puede prescribir el aceite con la dosis correspondiente, y dijo que ella pertenece a AREC y que en la facultad tienen un cromatógrafo donde pueden conocer los códigos de los aceites, sugiriendo cuales de los aceites testeados son los más adecuados para el tratamiento. Dijo que AREC es una consultoría médica que no comercializa aceite, que ante la demanda de la gente y al no estar regularizado, consideraron abrir un espacio de consulta, y relató que algunas veces vieron aceites que no tienen lo que dicen tener y hasta algunos con fármacos que son peligrosos, y por eso los pacientes ya vienen con sus aceites para ver como optimizan el tratamiento.

Asimismo, relató que el aceite uruguayo tiene las dosis que dicen tener, y que hay aceites que ni siquiera tenían cannabis, que algunas personas se abusan de estas situaciones, lo que obliga a los pacientes a recorrer los senderos turbios de la droga; que los aceites chilenos no son malos, ni son psicoactivos, pero están diluidos; los aceites estadounidenses son excelentes, tienen mucho CBD y si se adiciona con un aceite con THC tiene buenos resultados.

Por último explicó que el aceite sometido al calor va a tener psicoactividad.

Los testimonios de Barutta Patiño y Quiroga por su contundencia, coherencia y coincidencia en cuanto a las características y propiedades del cannabis, como así también respecto de la forma en que se produce el aceite y las cantidades de plantas, cogollos y resina que se necesitan, junto a la demás prueba mencionada aportan plena certeza respecto de que el destino de la plantación de la cannabis sativa era la producción de aceite medicinal.

Ahora bien, en cuanto a las hojas que se encontraron en recipientes en proceso de secado la interpretación que cabe hacer de toda lógica o lógica





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

básica es que en la utilización psicotrópica mediante proceso de fumado que es el proceso que activa la función psicotrópica, que el aceite no lo produce, las hojas consumidas con una expectativa de logro de efecto psicotrópico –cambio en la psique – no son comparables en su calidad o potencia con la resina de la floración. Quien ya tiene un cogollo y esta pronto a tener cantidad, no es esperable que fume partes bajas de la planta integrativas de su follaje, sino que obtenga por aquellas que concentran mayor porcentaje de THC. Es lo mismo que nos permite afirmar allí donde se producen secuestros de cocaína y sustancias de corte, que la adulteración o baja de calidad de la droga indica un destino incompatible con el consumo propio pues nadie degrada una droga para su propio consumo. Lo que equivale a decir que nadie consume sustancias de baja calidad teniendo disponibles sustancias de mayor calidad. Esto unido a la falta de prueba que nos permita ubicar ningún propósito de tráfico en el manejo de la sustancia, nos impide asegurar que el destino de las hojas no sea aquellos que fueron aseverados en las versiones defensivas. Maxime si relacionamos que Gago tenía un recipiente con vestigios de sustancia, por lo que de haber estado consumiendo las hojas sería esperable que tuviera disponible.

Respecto al riesgo creado, y desde una posición acusadora, podría decirse que la acción desarrollada por los imputados implicó la generación de un riesgo prohibido, y que con Jakobs se puede decir que el derecho no responde frente a los planes de un imputado sino frente a su obra. Pero el límite está en no generar respuestas punitivas en base a criterios de responsabilidad penal puramente objetiva. El castigo genéricamente exige una reprochabilidad de la acción, o de la omisión, ya sea a título de dolo o culpa. La generación de riesgo prohibido o el incremento prohibido de riesgo permitido, en la tesis funcionalista de Jakobs, podría alguien decir que puede verse satisfecho con la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

sola actividad sobre un material con potencialidad dañosa como lo es la cannabis bajo la modalidad de uso fumado, en el umbral mínimo de una lesividad de peligro abstracto. Y ese razonamiento puede ser abonado con un dosaje muy generoso de la entidad del riesgo. Pero este dosaje no puede hacerse en el vacío, sino que necesariamente en un punto debe verificarse en la prueba y ser imputado como resultado de la acción a los encartados.

Así la construcción del dolo, -descarnado de elementos subjetivos y relleno de componentes normativos-, (tal es la oferta del funcionalismo penal en la versión más objetivista de Jakobs), no puede prescindir de algún ingrediente cognositivo y volitivo, a riesgo de tornar la operación en violatoria del art. 18 de la CN. En esos componentes de conocimiento y voluntad que se aprecian con una perspectiva normativa, es posible distinguir las modalidades dolosas de las modalidades culposas en los ilícitos.

Jakobs considera que “todo injusto penal es simultáneamente injusto a los efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto jurídico penalmente relevante.” Entendiendo que el injusto penal es una forma cualificada de injusto ya que es merecedor de pena.

Como sabemos, el sistema penal argentino adopta respecto de los delitos culposos la fórmula de “números clausus”, por medio del cual solo admiten la forma culposa aquellos delitos cuyos tipos penales prevén de un modo expreso esa modalidad de comisión. En el derecho comparado son numerosos los casos de países que adoptan la fórmula de “números apertus” por medio del cual cualquier delito de la parte especial del código penal puede ser cometido en forma dolosa o culposa, con distinta determinación de la escala penal. Si este fuera el caso de Argentina podríamos interrogarnos acerca de si la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

conducta de Gago y López se trató de una conducta imprudente al manipular y guardar elementos de los cuales eventualmente podría haberse dado destino ilegítimo, por obra de terceros, sirviendo para la producción o fabricación de estupefacientes en su variante de consumo. Porque de nuevo conforme a la prueba, existe abundante y concordante material que nos indica que ambos imputados hicieron todo lo posible para controlar que la sustancia no saliera de su ámbito de custodia. Lo que estaba previsto para ser compartido era el aceite.

De la prueba quedó claro que siendo el propósito final de la plantación y la guarda de semillas, la extracción de aceite. No obstante debemos preguntarnos si el resultado lesivo de la acción, aún en ese plan, se produjo y en su caso a que título le es imputable a los acusados. Esto es, si fue concretamente afectada la salud pública por la provocación de un peligro abstracto y si los acusados deben responder por dolo. En este sentido 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.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Respecto 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.

Debe repararse en las expresiones defensivas de Gago en el debate, en cuanto dijo que nunca pensaron que se les podía escapar de control y que podrían tener una causa penal. Llamativamente 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, destacándose el mensaje que le envía el contacto “Mauro Cannabis Uruguay” quien le dice que le mandó algunas semillas con un conocido en común. 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. Aunque en este dialogo no se habla de las características puntuales de esas semillas, en el dialogo que le sigue mantenido con David queda claro que las variedades que concitaban la atención y sobre las que cifraban expectativas de conseguir eran aquellas que tenían un alto contenido de CBD, y no de THC. Por ser muy ilustrativo el dialogo que le





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

continúa al anterior lo vamos a transcribir de modo textual “Bueno, que dice teto acá estoy en fraiventos ya en Uruguay con mi sobrina jugando, bien de bien vos, se pasó re lindo allá, compartimos semillas y buenos humos, este y nada le estamos dando un poco de forma ahí al proyecto, habrá que trabajar bastante parece y bueno, germinar cuanto antes, te mande algunas semillas ahí a través de Javier de Jujuy el chileno, tenes el teléfono de él o si no yo te lo paso, dale abrazo. Buenas viejo, como andas, te acordas de David el que estaba estudiando ingeniería que se está por recibirse, no sé porque alguien lo metió en un grupo de madres viste, donde estaba Patricia la, la mujer de Gabriel. Y David re buena onda de una se puso a ofrecer esqueje el al que necesite, y ahí veo que lo habían eliminado del grupo ni bien el se puso a ...repartir esqueje digamos por el grupo, Patricia lo eliminó, digo que raro que lo hayan eliminado no se qué, y ahí puso Patricia como que era alguien que se había metido no sé, alguien que se había infiltrado y que no le respondía mensaje no sé, este, no, le comente a David y nada, que bueno, que tuviera precaución con eso de ofrecer esquejes, más que nada porque tienen que tener alto contenido de CVD digo si a una madre se le ofrece cualquier esqueje a veces puede ser por para el hijo...”

Otro elemento que no puede pasar inadvertido es la circunstancia de que las plantas estuvieran rotuladas con 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.

Ubicados estos extremos en el modelo causal explicativo penal se podría haber dicho, que establecido el nexo causal entre la acción desarrollada por Gago y López y la generación de las plantas y la guarda de semillas, la culpabilidad debería ser buscada entre la representación del resultado como cierto probable o posible en la subjetividad de los autores. Lo que se conoce





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

como la teoría psicológica de la culpa: conexión psíquica entre el autor que se representa un resultado y que lo busca, o cuanto menos lo admite por resultarle indiferente.

En esta teoría la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación se establecía en que en ésta última el autor confiaba en que por su pericia o por las diligencias adoptadas, a pesar de desarrollar una conducta imprudente, imperita o negligente, igualmente iba a evitar la producción de los resultados dañosos.

En el dolo eventual, la producción de ese resultado como posible, le tenía que resultar indiferente al autor.

El ejemplo usual en la cátedra era aquel conductor que conducía en zona urbana a una velocidad temeraria. Quien obraba con dolo eventual, representándose la posibilidad de un inavisado cruce de un peatón, le resultaba indiferente la posibilidad de un resultado no contando dicha posibilidad como disuasiva para corregir su conducta. En el mismo ejemplo, quien obraba con culpa con representación confiaba en que su habilidad conductiva lo iba a salvar de la colisión.

Trasladado el ejemplo a nuestro caso, si nos situáramos en el modelo causal explicativo, 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





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

máximo grado de la variante culposa que no satisface las exigencias del art. 5 de la ley 23.737.

Si 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.

Ya antes nos ubicamos en la posición tendencialmente más objetiva en la construcción de la imputación de los hechos, y aun en ellas no encontramos satisfechos, en el desarrollo de lo real, conforme fue probado lo que se dice que sucedió, 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.

Pero todavía aún falta ver para completar esta valoración de la prueba sobre los elementos subjetivos del tipo, algunos aspectos del contexto en el que se desarrolló la acción. Unos tienen que ver con el derecho a la salud como bien constitucionalmente tutelado, que fue convalidado expresamente a partir de la reforma constitucional de 1994, y su consagración plena ha tenido lugar indirectamente a través de la jerarquización constitucional de una serie de declaraciones y tratados de derechos humanos, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1 y 12.2 d); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29.c) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11). Debe recordarse que el criterio jurisprudencial que fijó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Arriola” requiere que los jueces examinen las





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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 dicho nos lleva a dejar fuera del ámbito de punición aquellas conductas que no afecten el bien jurídico tutelado. En ese sentido, como bien sostiene Edgardo Alberto Donna, la salud pública como valor comunitario perteneciente a la sociedad, debe ser una preocupación del Estado, al tratarse de un interés supraindividual, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, pero también de manera complementaria de la salud personal de cada individuo, debido a que es susceptible de fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que la integran, que posibilita el bienestar de las personal (Donna Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial Tomo-C Rubinzal-Culzoni, Editores, págs. 202-205).

El derecho a la salud constituye uno de los derechos humanos fundamentales, que son aquellos que existen con anterioridad a la sociedad y al Estado, ya que corresponden a la persona humana por su condición de tal y por el solo hecho de serlo. Además de su reconocimiento, sin embargo, los ciudadanos tienen derecho a su protección no sólo por el Estado Nacional, sino asimismo en el ámbito internacional, en tal sentido cabe señalar que la llamada pirámide jurídica, se ve significativamente modificada en lo relativo al orden de prelación de las diferentes normas, a partir de la reforma constitucional de 1994, que en el artículo 75 inciso 22, establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, la protección de la vida y de la integridad psicofísica de la persona humana desplazada de la órbita de los derechos individuales y en el marco de los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

partir justamente de la referida reforma del texto constitucional, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona (Galdós, Jorge Mario, La Ley, 2008).

En efecto y conforme el autor citado, la salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional, anclado en el artículo 42 de la C.N. que reza, en lo pertinente, lo siguientes: “Los consumidores de bienes y servicios tiene derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Este derecho involucra no exclusivamente a la garantía de acceso a las prestaciones básicas de salud, sino asimismo de su mantenimiento y regularidad a través del tiempo, y que de acuerdo a jurisprudencia uniforme incumbe principalmente al Estado, más aun en los supuestos específicos de protecciones legales que involucran a personas vulnerables tales como los niños, ancianos, personas con discapacidad, niños en situación de desamparo, desde el embarazo y tiempo de lactancia (Inc. 23, art. 75, CN).-

Sentado lo anterior se infiere que es el Estado quien debe garantizar el derecho a la salud pública y a la asistencia médica y, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar entre otros derechos considerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°, art. 25 párrafo 1°), el derecho a la vida es inherente a la persona humana (Derechos Civiles y Políticos (art. 6°). Asimismo la expresión desarrollo humano, contenida en el inciso 19 del art. 75 de la C.N. ya referenciado, sólo será posible a través de la protección efectiva del derecho a la salud, el concepto de desarrollo humano a sido definido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

como un proceso mediante el cual se amplían las oportunidades de los individuos, las más importantes de las cuales son: “Una vida prolongada y saludable... disfrute de una vida decente”, los fundamentos del derecho a la salud, de conformidad a la doctrina especializada, se encuentran en el propio texto de la Constitución Nacional precedentemente señalado, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra Carta Magna y a la interpretaciones, observaciones y recomendaciones realizadas por los organismos pertinentes creados por dichos tratados para la aplicación de sus prescripciones.

A pesar de la sanción de la ley 27.350, el Estado no cumplió con el deber de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir, ésta última obligación implica dar plena efectividad al derecho a la salud, y que su reconocimiento no se limite a meras declaraciones, sino que el Estado dicte todas las medidas necesarias tanto de carácter legislativo, como asimismo administrativas, presupuestarias y judiciales, tanto la nación como las provincias son responsables del debido cumplimiento de estas obligaciones contraídas, siendo el Estado nacional su garante último, el medicamento como bien social que constituyen uno de los temas de mayor importancia en las políticas sanitarias y económicas, no obstante, por otro lado este creciente uso de medicamentos, genera desafíos de sostenibilidad en los sistemas sanitarios (aumentos en los gastos sanitarios), e inequidad (incrementando la brecha en salud entre ricos y pobres). Todo se resume en que el Estado debe proveer un nivel de vida adecuado, garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud y calidad de vida (DUDH art. 21.1; PIDESyC art. 11, 12, entre otros).-

La desidia del Estado en la implementación de la Ley llevan a sostener que no puede recaer en las espaldas de los justiciables, cuando se





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

probó en la causa con las testimoniales de Marcelo Valenzuela, Alicia Casanova, Mariano Gago, Gabriela Sosa y Delia Barutta Patiño el fin altruista y no otro.

Respecto de la cobertura del derecho a la salud la conformación de la misma no puede ser desligada de los aspectos subjetivos ínsitos que se implican en el sufrimiento de las distintas patologías.

Entre los efectos benéficos reales de los fármacos y la esperanza de los pacientes se abre un espacio, en ocasiones ancho, en donde caben no solo los comprobados efectos terapéuticos por la farmacodinamia de las medicinas, sino también por el control del estrés y de las respuestas que el propio organismo genera mediante sus sistemas de defensa y neutralización de los procesos. Allí cabe la auto persuasión, la magia, los placebos, la sugestión y cuanto elemento despierta los mecanismos de restablecimiento de la homeostasis, del sistema inmune, de las norendorfinas, de los auxilios compensatorios en las distintas fisiologías y tantos otros como aquellos que se implican en el amplio abanico de la medicina alopática, homeopática, naturista, etc.

¿Quién tasa los efectos benéficos en cada caso particular?. Escuchamos tantas veces que no hay enfermedades sino enfermos. ¿Quién mensura el dolor?. ¿Quién dosifica como razonables o irrazonables los tiempos de espera en la obtención de los tratamientos en los que se deposita toda la esperanza vital?.

El Estado no puede llegar a cubrir todas estas cuestiones utilizando parámetros con pretensión objetiva, universal y externa.

A la vez, generada ya la legitimación de la expectativa, mediante la aceptación legislativa de los efectos benéficos en el uso medicinal de la





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

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.

Cierto es que no es bueno que circulen productos con pretendidas propiedades terapéuticas que no cuenten con una certificación oficial de calidad, con una indicación profesional de uso y con una previa verificación de la aptitud de los procedimientos utilizados en su elaboración y extracción, pero es también cierto que cuando el Estado anuncia el pretendido efecto benéfico de una sustancia, activa una expectativa que debe ser prontamente cubierta mediante la organización en velocidad de todos estos dispositivos y estándares adecuados de calidad y control.

En el interregno se ubica el descontrol y sus consecuencias erráticas respecto de los nodos regulatorios que alcanzan las conductas: Si de orden penal, o administrativo. Y se provoca la falta de certidumbre, y los mensajes de significación abierta, como los que pueden derivarse de la intervención judicial caso por caso, tanto para punir como para habilitar, tanto para conceder amparos, como para negarlos. Porque si bien la decisión judicial en su génesis se ata al caso, y a la prueba del caso, siempre se corre riesgo que el mensaje de la sentencia se desligue del caso, y de la prueba del caso, y obre en el imaginario colectivo como una señal de permisión abierta, o de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

prohibición indiscriminada, con los efectos no deseados que cualquiera de las dos alternativas pueda provocar.

Los razonamientos que anteceden deben ser unidos con una consideración de contexto más acotada, circunscripta ya a la provincia de Jujuy. No nos parece indiferente a la valoración de los elementos de prueba de la causa y a la consideración de los extremos de tipicidad que los hechos hayan ocurrido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron. Mientras en el orden nacional, como dijimos en el Congreso de la Nación en fecha 23 de noviembre de 2016 se presentaba el proyecto de ley 27.350, en la provincia de Jujuy en fecha 10 de mayo de 2017 se sanciona la ley n° 6012 “de investigación científica y uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados” por la cual adhiere a la ley nacional. A partir de allí, en Jujuy mediante ley 6088 se creó 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, quedando a cargo del Poder Ejecutivo llevar adelante el proceso de articulación de las acciones contempladas en el objetivo de la ley. Además son hechos públicos y notorios los avances que Jujuy tuvo en el área a partir de la sanción de la ley, tales como la firma de un acuerdo comercial en el mes de diciembre de 2018 con una empresa norteamericana para el inicio del cultivo y producción de cannabis, como así también la firma de un acuerdo de colaboración con la provincia de San Juan para la producción de cannabis, entre muchos otros.

Esto no se trató de un hecho aislado, sino de un proceso que se generó con discusiones que se iniciaron en Jujuy, que cuajaron en un proyecto de ley y que ponen a Jujuy como una provincia que recoge esta discusión que





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

se generó en el ámbito nacional y genera también medidas legislativas. A pesar de estar en los márgenes del territorio nacional, y alejada del asiento de la capital de la nación, hace punta, y no por una antojadiza discusión legislativa, sino porque recoge una discusión que está en la sociedad, funcionando como caja de resonancia de algo que está instalado en el espacio público.

Recordamos que a la fecha del hecho con frecuencia encontrábamos noticias en los medios de comunicación. El 7 de marzo de 2017 el portal “Jujuy al Momento” publica un artículo titulado “Buscan instalar el debate por el Cannabis medicinal en Jujuy” que da cuenta que padres salteños y jujeños mantuvieron una reunión con legisladores de la provincia de Jujuy para solicitar se analice y apruebe el uso de cannabis para tratamiento medicinal; el 14 de marzo de 2017 “Jujuy al Día” difunde una noticia titulada “Cannabis medicinal: no somos criminales, solo queremos a nuestros hijos sanos” en la cual una madre con su hija con parálisis cerebral manifiesta que necesitan la ley para hacer auto cultivo, para que les permitan fabricar el aceite a sus hijos; el 29 de marzo de 2017 el diario Pregón publica el artículo “Uso de cannabis y apoyo a los emprendedores” el cual hacía referencia al proyecto de ley del uso medicinal de cannabis que iba a debatirse en el Senado de la Nación; el 30 de marzo de 2017 el portal “Notinor” publica una nota a la entonces diputada provincial Patricia Armella titulada “Mañana se realiza el primer Seminario de Cannabis Medicinal en Jujuy” en el cual la diputada mencionó que en distintas provincias tuvo aprobación el uso medicinal del cannabis; el 31 de marzo de 2017 “Todo Jujuy” divulga el artículo periodístico “Planifican cómo se trabajará en Jujuy con el cannabis medicinal” el cual hace referencia que el Senado de la Nación convirtió en ley el proyecto que habilita el uso medicinal de cannabis; y el 31 de marzo de 2017 el diario “Pregón” publica la noticia





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

“Seminario sobre uso de cannabis medicinal” organizado por la Universidad Nacional de Jujuy, junto a la organización Cameda y Cameda Noa, en la cual se da a conocer que la Secretaría de Ciencia y Técnica y Estudios Regionales de la Universidad de Jujuy puso en conocimiento que el Programa de Incentivos presentó una nueva solicitud para el cobro de incentivos del año 2016 para investigadores.

Al tiempo que esto sucedía, cualquier observación en un buscador de internet como Google nos ofrece la disponibilidad del aceite, operación que se puede verificar en este momento. Mientras se tramitaba este proceso la Defensoría General de la Nación auspició un stand en la Expo Cannabis que se realizó en el mes de octubre pasado en el predio de la Sociedad Rural Argentina, donde magistrados, funcionarios y empleados brindaron asesoramiento sobre el marco regulatorio legal para el acceso al cannabis con fines medicinales garantizando su derecho a la salud.

La robustez de las prohibiciones no es un factor dado de una vez y para siempre, sino que se inscriben en determinados momentos de la historia y de la cultura y se refuerzan y debilitan conforme van operando los sucesos, en donde el Estado en sus distintas expresión no es un operador neutro, que pueda ser considerado en rol pasivo, y cuya actuación en lo que concierne luego a la mensuración del dolo concreto y en el caso concreto, obra como marco heurístico de los hechos. El hecho penal no opera en el vacío de modo atemporal y aespacial. Es al contrario un hecho de la biografía social de una comunidad, y esto opera también como marco de interpretación.

Cuando un Estado decide criminalizar una conducta debe estar siempre racionalmente justificada, y una prohibición penal estará justificada en la medida que el legislador respete ciertas exigencias, requisitos o presupuestos





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

que actúan como límite al uso del aparato represivo estatal. Por ello una prohibición penal será legítima si la clase de conducta que criminaliza es dañina, es decir, si lesiona un interés importante de las personas y de su vida en comunidad. De allí que la sociedad tiene la capacidad para lograr un consenso elemental o básico sobre el estatus moral de numerosas clases de conductas, siendo difícil pensar en algún tipo penal que no refleje las convicciones morales más arraigadas en una sociedad. De allí que hay determinados comportamientos que indudablemente son reprochados por toda la sociedad, como mentir, robar, engañar, coaccionar, etc. Estas conductas se denominan *mala in se*, porque lesionan las normas morales más elementales que rigen una sociedad, y por tal motivo muy probablemente no perderían el carácter de reprochables aun cuando el derecho positivo no las prohibiera. Pero, 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, cuando la prohibición penal coincide con la moral positiva, entendida esta como aquello que la sociedad toda considera moralmente incorrecto, la ley positiva y las normas morales se refuerzan mutua o recíprocamente. Por el contrario, si solo se criminaliza una clase de conducta porque causa daño pero no es moralmente incorrecta, se estaría criminalizando algo que ésta bien. (Solavagione Lucía, Tesis Doctoral “La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización”, 22/05/2019).

Resta mencionar que todo lo dicho se refuerza con lo sostenido por propio Fiscal al momento de alegar, quien pese a pedir la condena de los imputados, consideró acreditado que la plantación de cannabis tenía por propósito la producción de aceite. Textualmente dijo que no ponía en duda la finalidad altruista en la producción de aceite de cannabis con fines medicinales,





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

y que tampoco se discuten los beneficios del aceite, pero si se cuestionan que los encartados no estaban autorizados para producir el aceite de cannabis y que conociendo la prohibición hicieron esa producción, con trascendencia a terceros.

En definitiva, 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.

### **A su turno la doctora María Alejandra Cataldi dice:**

Si bien comparto con mis colegas preopinantes la decisión arribada respecto del planteo de nulidad y de la materialidad del hecho, y adhiero a los fundamentos allí esgrimidos, disiento respecto de la responsabilidad de Esteban Gago y Rodolfo López en tanto la prueba colectada en el debate me permite concluir, con la certeza que se requiere en esta etapa del proceso, en la responsabilidad de los nombrados en el hecho atribuido, dictando un fallo condenatorio.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

En el presente caso, se acreditó plenamente que en fecha 29 de marzo de 2017 en finca “Los Terpenos” donde funcionaba el hostel “La Casa de Calete”, ubicada en el paraje El Calete, dpto. de Humahuaca, Gago y López montaron una estructura tipo invernadero con caños de pvc recubierto con polietileno transparente, en cuyo interior tenían cultivadas 58 plantas de cannabis sativa, 148 plantines y almácigos de la misma especie, contando para su cuidado y desarrollo con elementos de jardinería –como ser pala, pico, tijeras, fertilizantes y sistema de riego-. Asimismo se incautó del interior de la vivienda un total de 593 semillas de cannabis sativa con 100% de capacidad germinativa.

Cabe destacar que la pericia efectuada sobre las mismas determinó que contenían THC tanto las plantas como plantines y que las semillas arrojaron el 100% de capacidad germinativa.

El delito por el que vinieron acusados y por el que el señor Fiscal mantiene la acusación y pide pena, es el delito de siembra o cultivo de plantas o guarda de semillas para producir estupefacientes, previsto en el art. 5 inc. “a” de la ley 23.737.

Delito que del plexo de pruebas producidas en la audiencia de debate, se ha configurado.

En ese sentido vale señalar las testimoniales de los preventores Alejandro Martínez, Mario Mamani, Marcos Condori, Guillermo Leaño y Jimena Toconás, todos los cuales declararon de manera monocrorde que en el inmueble de Gago había un estructura de pvc cubierta con polietileno transparente en donde había plantas de cannabis sativa cultivadas en la tierra, plantines y almácigos; como así también que incautaron de la vivienda, semillas de la misma especie y contenedores con hojas de palmar secas.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

La existencia de una plantación de marihuana y la incautación de elementos de jardinería, sumado a la existencia de aproximadamente 2.500 kg. de hojas de cannabis disecándose prueban por si mismo que su destino no podía ser otro que la producción de estupefaciente.

“Las figuras descriptas en el art. 5 de la ley 23.737 legislan sobre el peligro abstracto o potencial a la salud pública y por su indisoluble vínculo con la noción de tráfico de estupefacientes, habida cuenta de las distintas variables que allí se tipifican y que podrían integrar el accionar del agente, deben contar con su propósito directo, indirecto o subsecuente de comerciar con la droga. (Romero Villanueva, Horacio, Código Penal de la Nación comentado, ed. Abeledo Perrot, 7º edición, pág.1006, con cita de fallo de la C. Fed. San Martín, sala 2º, “Godoy, M.E.”, JA 1995).

No existe duda – al menos para mí – sobre la configuración del delito de peligro abstracto, tal como se lo ha definido al que la ley sanciona en el art. 5 inc. “a”, de la ley 23.737. Es decir, 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. En ese sentido **Gago** dijo que empezó a investigar sobre el cannabis medicinal para mitigar sus dolores. Nunca pensó que tendría una causa penal, no tenía otra intención, que lo hacían con amor para resolver sus problemas de salud y que nunca perjudicaron a nadie porque





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

era muy privado. Que eran plantas de distintas cepas. Refirió que fueron a un seminario en el hotel Termas de Reyes donde hablaron con médicos, que investigaron respecto de las enfermedades que podían curar y mitigar el dolor, y esa información lo ayudaría a su hermano que tiene un problema de salud y consume cannabis medicinal para mitigar el dolor en la columna. Dijo que lo hacía para él, su hermano y su madre que tiene un problema en la rodilla. Explicó que para hacer un tratamiento anual se necesitan muchas plantas ya que del cogollo se extrae el aceite y que tenían seleccionadas las plantas por cepas. Asimismo, refirió que eso era muy privado y que es el derecho a curarse con las plantas.

Por su parte **López** dijo que él planta, que es experto cultivador y que el cultivo de cannabis era para su medicina, que era la materia prima para elaborar aceite para él y su madre. Refirió que comenzó a consumir cannabis por sus dolores a raíz de un accidente de moto que sufrió y por el cual debió ser intervenido quirúrgicamente en varias oportunidades, y que eso le dio buenos resultados, que está caminando. Dijo que él y su madre toman aceite de cannabis, que era su medicina. Declaró que el lugar donde tenían las plantas era muy privado, que tenían muchas cepas, que había 60 plantas grandes y con eso tenían aceite para 6 personas durante un año. Dijo que con una simple planta se puede hacer medicina que ya había tenido otra cosecha porque él consumía.

Además de las conversaciones mantenidas por Gago con Marcelo Valenzuela a fs. 322 vta. y 324 en la cual éste último le encarga a Gago aceite para su madre que tiene artritis; y a fs. 328 con Mariano Fusero Boga Cannabis en el mes de noviembre de 2016 de la cual surge evidente que Gago era consciente que no tenía autorización para sembrar, cultivar y guardar semillas de plantas de la especie cannabis sativa, que conocía la calidad de las mismas, y





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

que asumía el riesgo de hacerlo. Asimismo en dicha conversación hay mensajes que indicarían que no era el primer cultivo en tanto Gago le dice a Fusero Boga que estaba dudando si seguir cultivando o dejar de hacerlo, a lo que Fusero Boga le contesta “el riesgo siempre lo tuviste” y manifestándole Gago “Si. Pero con poca producción” y “para hacer el aceite me la tengo que jugar con mucho más”. Entonces, si las plantas incautadas no eran el primer cultivo que realizaban Gago y López, pero sí era la primera vez que iban a hacer aceite – como ellos sostienen en su versión defensiva-, qué destino tuvieron las anteriores plantaciones de cannabis. Por otro lado, resulta llamativo que Gago en audiencia dijera que nunca pensó tener una causa penal y que esto podía terminar así, siendo que de los mensajes intercambiados con Fusero Boga surge que tenían plena conciencia de que podían ir presos.

Gago y López sabían que su accionar era ilícito y pese a ello asumieron una actividad de riesgo so pretexto de producir aceite de cannabis.

Su accionar carecía de autorización y eran conscientes de ello. Por otro lado, el argumento de que realizaban las acciones dentro del ámbito privado, queda descartado por las cantidades secuestradas, que exceden el mero ámbito de consumo, con trascendencia hacia terceros ya que el invernadero era visible desde diferentes lugares en el Paraje El Calete y desde el canal de riego de uso vecinal. Pero además, en la finca “Los Terpenos” funcionaba un hostel, el cual se encontraba ubicado a escasos metros del invernadero, con lo cual la gente que allí pernoctaba no solo podía ver la estructura montada sino que tenía fácil acceso a las plantas de cannabis. Ello sin dejar de resaltar que del interior de la vivienda se secuestraron casi 600 semillas de cannabis, una flor de cogollo –parte de la planta que contiene la mayor concentración de THC- y casi 2.500 gr. aproximadamente de hojas de cannabis secándose en distintos recipientes.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Por lo demás, los preventores coincidieron en que el terreno no tenía cerco perimetral y que el invernadero estaba protegido con malezas, con lo cual cualquier persona que circulara por el lugar podría haber tenido fácil acceso a las plantas de cannabis.

De hecho esta trascendencia hacia terceros es perceptible – también– de las conversaciones telefónicas con el contacto Pao Toranzo, secretaria de una fundación a quien Gago le dice que ya se comunicó con Carlos para ver la posibilidad de conseguir alcohol etílico al por mayor a través de la fundación porque tienen para producir próximamente algo de resina que él (refiriéndose a Carlos) estaría necesitando. Esto desvirtúa la estrategia defensiva según la cual la gran cantidad de plantas de cannabis era para proveer de aceite a seis personas (familiares) durante un año. De los mensajes surge que Gago le iba a dar aceite a Valenzuela y a la fundación del doctor Carlos (Laje). Y me permito suponer que es el doctor Carlos Laje porque de la libreta que se incautó de la vivienda, en la cual evidentemente se anotaban los gastos de la siembra y cultivo, se detallan \$5000 como provenientes de Laje. Circunstancia que por otro lado, se condice con las manifestaciones de Gago en oportunidad de prestar declaración indagatoria en sede instructoria al referir que Carlos Laje los ayudó económicamente con el armado del invernadero. Repárese que Carlos Laje es un conocido impulsor de la medicina cannabica, y es quien dictó un seminario sobre el tema en el hotel Termas de Reyes.

De otro lado se secuestró a Gago un recipiente con restos de sustancia vegetal y de la vivienda se incautaron dos frascos con vestigios de sustancia vegetal y un picador de marihuana. La cuestión, entiendo, aquí no se centra en discutir si era o no para consumo personal por su escasa o inmensurable cantidad, sino en reparar que ambos acusados fumaban





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

marihuana –tal como ellos mismos refirieron al prestar declaración y los elementos de consumo incautados así lo demuestran- y que al tener una plantación de cannabis sativa, carece de toda lógica pretender que adquirieran la sustancia tóxica para su propio consumo, de un tercero, cuando la tenían a su alcance. Aduna dicho indicio el secuestro de las hojas de cannabis en recipientes disecándose, y que según López declaró en audiencia las hojas podían ser de descarte o para hacer pomada de uso tópico. Claramente no fueron de descarte porque fueron colocadas en distintos recipientes para su secado. En cuanto a la fabricación de pomadas de uso tópico, ésta circunstancia no solo no fue acreditada al no haber secuestro alguno de sustancias para su elaboración, sino que López tampoco afirmó que éste hubiera sido su destino, siendo solo una referencia a la posible utilidad de las mismas. Ello demuestra, que el destino de la plantación no era –como sostiene la defensa- sólo la obtención de aceite, sino también la producción de estupefacientes porque la cannabis fumada tiene efecto psicoactivo en tanto el THC se activa al ser sometida a calor. Por lo demás resulta impensado que con la dedicación y cuidado que Gago y López se dedicaron al cultivo de la cannabis, hubieran desechado sin más alguna parte de la planta, si de ella podían obtener algún beneficio, si no era medicinal, al menos recreativo. El secuestro de 58 plantas de cannabis sativa, 148 plantines y 593 semillas, exceden ampliamente lo considerable para consumo personal, aun cuando sólo se utilizarán sus hojas.

Casualmente no se encontró ni un frasco de aceite ni un gotero, vacío o lleno, que diera cuenta que Gago y López consumían aceite de cannabis por los “serios” problemas de salud que afirmaron tener. En efecto ambos declararon que tomaban aceite de cannabis y que su salud había mejorado con





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

su ingesta. Me pregunto entonces, cómo es posible que no tuvieran siquiera un frasco con la sustancia medicinal?.

Tampoco se secuestró durante el allanamiento ninguna sustancia para la fabricación del aceite, al menos del alcohol o los recipientes necesarios para ello. En audiencia tuvimos oportunidad de escuchar a Delia Barutta Patiño y Adriana Quiroga quienes explicaron en forma explayada la forma en que se realiza el mismo.

Ello sin mencionar que en el caso de Gago no se acreditó en forma alguna que tuviera algún problema de salud, la muerte de su hijo en el año 2011, no deja de ser un hecho por demás doloroso, traumático para cualquier padre y exento de cualquier valoración, pero que en el caso, al menos no se probó, le hubiera traído alguna consecuencia a nivel orgánico. Y en el caso de López si bien aportó prueba respecto del accidente sufrido en el año 2010 y de las operaciones que le realizaron como consecuencia, no obstante no hay ningún certificado que diera cuenta de las secuelas que le quedaron ni de la medicación que tuviera que tomar para mitigar los dolores. Tampoco consta en el expediente que durante el año que estuvieron detenidos hubieran formulado pedido alguno de provisión del aceite de cannabis, siendo que ya se encontraba vigente la ley que autoriza a los particulares a adquirir la medicina previo cumplimiento de las exigencias allí establecidas.

En el caso de los familiares, la madre de Gago declaró en el juicio que está medicada con gotas de cannabis por artrosis degenerativa, y que consume dicha sustancia desde hace un año; Mariano Gago relató que hace un tiempo usa aceite de cannabis por problemas en la espalda, sin precisar con precisión la fecha, y en el caso de Claudia Díaz (madre de López) si bien la defensa aportó su historia clínica, al no prestar declaración testimonial en el





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

juicio, son solo los dichos de López los que refieren que consumía aceite de cannabis y que con éste mejoró su estado general y detuvo su avance.

Advierto que ni Gago, ni López como ninguno de sus familiares tenían problemas de salud que justificaran al menos su accionar en contra de ley. Si bien las enfermedades son una cuestión muy subjetiva, cuyos síntomas no pueden ser mensurados ni valorados por terceros ajenos, a pesar de que ley de uso de cannabis medicinal se aprobó hace más de dos años y que el Estado ha venido tomando medidas concretas en su avance, no obstante ninguna de las patologías referidas por los acusados se encuentra aún contemplada en la ley.

En audiencia tuvimos oportunidad de escuchar a Delia Barutta Patiño quien con dos hijos con graves problemas de salud (síndrome de ackerman y autismo) contó las mejorías ciertas que tuvieron sus hijos con el uso del aceite de cannabis y los avatares que debe realizar para conseguir a través del gobierno dicha sustancia medicinal. La lucha de ésta madre es día a día para poder conseguir el bienestar de sus hijos, otorgándoles una mejor calidad de vida, y a pesar de ello, intentó y sigue haciéndolo de adquirir la medicina a través de los medios legales establecidos por la ley, siendo su último recurso la producción del aceite medicinal, solución que adopta porque en su calidad de bioquímica y farmacéutica puede establecer las cantidades exactas de CBD que sus hijos requieren.

Los fines terapéuticos del aceite no se discuten. Más, la plataforma fáctica a juzgar está dada por la siembra y cultivo de plantas y plantines y la guarda de semillas aptas para producir estupefaciente. En el presente, el estupefaciente existía y el reactivo THC presente en todo lo peritado.

La jurisprudencia dice “incurre en el delito previsto por el art. 5 inc. “a” de la ley 23.737 aquel que siembra, cultiva plantas o guarda semillas





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

utilizables para producir estupefacientes, sin exigirse la efectiva comprobación de la comercialización del estupefaciente” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III 08/0202007, Rosito Leonardo Daniel s/rec de casación)

“La configuración del delito de guarda de semillas aptas para producir estupefacientes no requiere la existencia de dolo de tráfico en el autor” (ídem)

“El contenido del dolo está referido a la siembra o cultivo cuando el autor sabe que carece de autorización (en los mensajes que Gago intercambió con Mariano Fusero Boga queda en evidencia que éste ciertamente sabía de la ilicitud de su accionar) u obra con destino ilegítimo, y además con el conocimiento de la calidad de la planta en punto a su aptitud para producir estupefacientes, sin que resulte de su letra ni de su espíritu la exigencia de otro elemento intencional – como podría ser el vinculado con el tráfico – pues debe considerarse que el cultivo de ese tipo de plantas es potencialmente eslabón del tráfico, por lo que es ésta la razón de que se lo haya incriminado como delito de peligro abstracto. Adviértase, por otra parte, que cuando el legislador ha querido reclamar un elemento subjetivo adicional lo ha expresado en el texto de la norma (art. 5 inc. “d” de la ley 23.737). En la medida en que el art. 5 inc. “a” de la ley 23.737 no efectúa distinción alguna sobre el particular, la siembra o cultivo de plantas o semillas utilizables para producir estupefacientes es alcanzada por la represión cuando tales plantas o semillas, por su entidad y presencia de principios activos, resultan capaces de afectar el bien jurídico protegido, extremo que no depende de la cantidad sino de la calidad de lo sembrado o cultivado”

En cuanto al elemento subjetivo: “el contenido del dolo está referido a la siembra o cultivo cuando el autor sabe quién carece de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

autorización u obra con destino ilegítimo, y además con el conocimiento de la calidad de la planta en punto a su aptitud para producir estupefacientes, **sin que resulta de su letra ni de su espíritu la exigencia de otro elemento intencional – como podría ser el vinculado con el tráfico –** pues debe considerarse que el cultivo de ese tipo de plantas es potencialmente eslabón del tráfico, por lo que es esta la razón de que se lo haya incriminado como delito de peligro abstracto” (la negrita me pertenece) Interpretación de la CSJN al fallar el caso “Dianetti”).

De la Cámara Federal de Paraná, FPA 5131/2017/4/CA1, 21 de marzo de 2019, “Legajo de apelación de Malajovich, Ivan Gregorio en autos Malajovich, Ivan Gregorio por infracción ley 23.737”, “... la cantidad de plantas incautadas (en el caso, 33 macetas) es significativa y representa una amenaza cierta al bien jurídico protegido. Lo mismo ocurre con las semillas, las que, según la pericia química, presentan viabilidad del 100%. Considero que ello impide suponer – por el momento – que el cultivo y siembra de plantas y la guarda de semillas estaban destinados – inequívocamente – al consumo personal del imputado”

De la Cámara Federal de Salta, Sala I, FSA 150/2018/CA1, “Gareca Alejandro David s/infracción a la ley 23.737”, “esta Cámara sostuvo que la figura no exige acreditar la finalidad de comercio sobre lo cultivado, aunque resulta relevante atender a la aptitud de las plantas para la producción de estupefacientes (cfr. Causa n° 606/10 caratulada “Gaspar, Eusebio s/infracción a la ley 23.737”, del 11/1/11). “Se trata de 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 aquella pueda ser considerada un eslabón más del tráfico ilícito de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

estupefacientes, pues ese riesgo consiste en que, sin las plantas o las materias primas, resultaría imposible la existencia de la droga”

El mismo fallo, señala que la ley 27.350 que instrumenta el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, no resulta aplicable al caso, ya que la norma y su decreto reglamentario ( 738/2017) no autorizan a los particulares a sembrar, cultivar, producir, distribuir, comercializar con la planta de cannabis, ni con sus derivados”

Por otra parte, “para el caso de estado de necesidad, debe haberse acreditado que la decisión de producir el mal era la única alternativa con la que se contaba para evitar el mal mayor, todo lo cual debe surgir patente de la prueba (cfr. Esta Sala in re “Gutiérrez”, causa FSA 7280/2016/CA1 del 14/3/17), lo que no sucede en la causa pues nada indica que los canales que el Estado estableció para la adquisición del aceite sean inaccesibles (para los juzgados) y que, en todo caso, la salud de los supuestos destinatarios de la producción se encontraban en una situación de gravedad y urgencia tal que autorice a prescindir de aquellos instrumentos legales creados para la adquisición del medicamento”. En el caso la madre de Gago dijo comprar el aceite de cannabis en Farmacia y con obra social. La testigo Barutta dijo tener aceite hasta febrero del 2020. Ninguna de las dos dijo que les comprarían a los imputados.

El contexto o marco de este juicio abrió un universo de situaciones y experiencias personales vertidas por diferentes personas que fueron testigos.

Así, no pasan desapercibidos los testimonios de Delia Isabel Barutta Patiño, madre cultivadora, Adriana Quiroga médica y miembro de la Asociación Arec.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

La primera, de profesión bioquímica y farmacéutica, es madre de dos jóvenes con patologías que han requerido desde muy pequeños, dosis de remedios enormes, las que aun así, no produjeron mejorías sensibles.

Mediante el aceite de cannabis, el que ella misma produce a partir de los cogollos que le brindaba un amigo cultivador, ahora fallecido, pudo disminuir las convulsiones en su hija, lograr que durmiera con un ciclo normal de sueño, mientras que su hijo ha logrado conectarse con el entorno, asistir a la Escuela Aerotécnica de Hornillos. Para mantener esta mejoría en ambos, necesita cuatro frascos de aceite por mes, produciéndole angustia saber que en febrero se queda sin medicación al no contar con las flores.

La testigo calificó a la ley 27.350 como “perfecta”. Señalando que a la misma le faltaría otorgar la facultad para cultivar a las madres o mama cultivadoras. Con el mismo control que establece actualmente, ya que se debe merituar la calidad del aceite, el porcentaje de THC y de CBD.

Señala como inconveniente actual, la resistencia de los médicos a prescribir el uso del aceite de marihuana por – entender – que existe cierta demonización de la planta.

Por su parte, la Dra. Ana Quiroga, medica auditora del Hospital Clemente Álvarez de Rosario, acompañante de personas tratadas con aceite de cannabis, brindó una extensa descripción de las diferentes enfermedades que pueden ser tratadas con el cannabis con mejores resultados que en la actualidad con la farmacopea tradicional.

Dijo que era importante variar la composición del aceite en el tiempo para que se sostenga la acción beneficiosa en las personas, ya que lo contrario, produce “aplanamiento” en ellas. Por ejemplo, el aceite “Charlotte”





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

( de Estados Unidos) es CBD, por esa composición, la acción no se sostiene en el tiempo, debe ser compensada agregando un mínimo de THC.

En lo personal, manifestó que no acompaña tratamientos en forma de psicoactivos, aclarando que el “aceite no pega”, no genera adicción. Incluso es utilizado para la desintoxicación de pacientes que utilizan drogas, en vez de psicofármacos.

En la Asociación, indican cómo hacer el aceite, la pertinencia de las flores, testean los obtenidos. Existen aceites adulterados, por ejemplo, detectaron uno artesanal conteniendo morfina.

En general, los aceites de Uruguay son lo que dicen que son; los de Chile, tienen una concentración diluida y los de EEUU, son excelentes.

En nuestro País, posteriormente a la comisión de este hecho, se aprobó la Ley 27.350, Decreto 738/17 y demás normas reglamentarias: Uso medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados.

Actualmente las personas con ciertas afecciones físicas y psíquicas provocadas por diferentes patologías médicas cuyo tratamiento farmacológico resulta insuficiente o ineficiente, tienen la posibilidad de acceder al Programa implementado por la Ley 27.350 sobre investigación médica y científica para el uso medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, sancionada por unanimidad por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el día 29 de Marzo del año 2.017, sentando el primer precedente normativo al respecto en la historia argentina.

La citada Ley establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso del cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor (art. 1). Es el Estado el encargado de regular el ingreso de los ciudadanos con determinadas afecciones físicas o psíquicas al Programa que la misma crea.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

El Estado asume la responsabilidad, delimitando claramente su potestad para encargarse de un tema fundamental como es la protección y cuidado de la salud pública, otorgando a los particulares otra alternativa para superar la crisis que conlleva un tratamiento médico insuficiente.

Entre los objetivos primordiales del Programa, se encuentran los de realizar acciones de prevención y de promoción dirigidas a las personas que, por padecer alguna de las enfermedades clasificadas por la OMS, se les prescriba el uso terapéutico de las plantas de cannabis y sus derivados, garantizando el derecho a la salud (art.3, inc. a), debiendo el Ministerio de Salud aprobar y revisar periódicamente los lineamientos, guías de asistencia, tratamiento y acceso al Programa (art.3, inc. c).

También se propicia en dicha órbita, investigar la planta de cannabis y sus derivados, recoger datos sobre sus propiedades y el impacto en el organismo humano, desarrollar evidencia científica sobre las diferentes alternativas terapéuticas, los efectos secundarios, estableciendo las limitaciones y seguridad en su uso, para dar respuesta a problemas de salud que no la encuentran en los tratamientos convencionales; siempre teniendo en cuenta el cuidado de la población en su conjunto (art, 3, incs. e, f, g, i).

Se encomienda asesorar y dar la cobertura adecuada, garantizando la provisión de aceite de cáñamo y sus derivados, a toda persona que se incorpore al Programa, promoviendo la incorporación voluntaria de los pacientes con las patologías que la autoridad de aplicación determine, así como sus familiares, para que aporten su experiencia, sus vivencias y métodos de autocuidado; haciendo un completo seguimiento del tratamiento a toda la población que participe del Programa, en las condiciones que establezca la reglamentación (art. 3, incs. d, j, k).





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Un camino clave es que como objetivo importante prevé la capacitación continua de los profesionales de la salud (art. 3, inc. 1), ya que – a tenor de una de las testigos - son pocos o casi inexistentes los profesionales de la salud que prescriben el uso del cannabis.

El cultivo del cannabis podrá ser autorizado por el Poder Ejecutivo para que el CONICET e INTA, organismos autárquicos del Estado Nacional, el primero encargado de realizar investigaciones científicas y técnicas y, el segundo destinado a las investigaciones científicas agropecuarias; realicen y produzcan cannabis medicinal en laboratorios públicos nucleados en la ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos) con fines de investigación (art. 6).

Se ha dictado la Resolución N° 1.5371, en la cual establece que las personas que padezcan epilepsia refractaria, pueden solicitar la inscripción en los registros y la incorporación al Programa para recibir cannabis medicinal, y estipula seguidamente que el mismo podrá incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica (anexo I). Mientras que el artículo 7 del decreto N°738, establece que en casos en que la patología no está incorporada y la prescripción médica sí, los implicados deberán acceder por la vía de excepción, con el costo de la medicina a su cargo. El artículo 8 de la ley, establece la creación de un registro donde los particulares y sus familiares deben inscribirse para recibir el aceite medicinal y sus derivados de forma gratuita. En concordancia, la reglamentación realizada por el Decreto 738/17 para el artículo tratado, establece 1 Ministerio de Salud de la Nación Argentina. Resolución N 1537/17, Anexo I.

El artículo 10 de la ley 27.350, no se encuentra reglamentado en el decreto y resulta de vital importancia, dispuesto a que la norma, delega la producción llevada a cabo por el Estado a través de los laboratorios de





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

producción pública nucleados en ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos), en cumplimiento de dos leyes que resultan fundamentales, por un lado la ley de Medicamentos N° 27.113, que tiene como principio, el interés nacional de la actividad de los laboratorios públicos dedicados a la investigación y producción pública de medicamentos, materias primas, productos médicos, entre otros y, la ley N° 26.688 cuyo principio es la investigación y la producción pública de medicamentos, ambas leyes relacionadas y con el fin común de lograr la producción pública de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para uso exclusivo medicinal, terapéutico y de investigación (Ley 27.350, art. 10).

El artículo 11 de la ley 27.350, establece explícitamente que, el Poder Ejecutivo por medio de la autoridad de aplicación dispondrá de las previsiones presupuestarias necesarias para el cumplimiento de la ley en la reglamentación de la misma.

Ley 19.172 sobre marihuana y sus derivados en Uruguay es publicada el 07/01/2014 en la República Oriental del Uruguay la Ley N° 19.172 sobre la marihuana y sus derivados, constituyendo así el primer precedente en Sudamérica en regular respecto de tal sustancia. La regulación en dicho cuerpo normativo es más amplia que la regulación efectuada en Argentina, es decir, abarcó la legalización del cannabis con fines medicinales y del uso de la marihuana con fines recreativos para consumidores responsables. Utilizó como fundamento de la regulación que las personas tienen el derecho al disfrute

Este es el marco legal bajo el cual debe inscribirse para la investigación médica y científica del uso del cannabis medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Que la ley deba ser mejorada, es una posibilidad. Pero debe tenerse presente que el ámbito de discusión sobre la misma y sus eventuales reformas debe presentarse en el H. Congreso de la Nación, esfera ajena a este juicio.

Si bien la suerte del fallo quedó sellada con el voto de los dres. Juárez Almaraz y Fleming, al expedirme por la condena de los imputados, resulta necesario merituar la pena a imponer.

El señor Fiscal pidió una pena de 5 años de prisión por considerarlos autores responsables del delito de siembra o cultivo de plantas y guarda de semillas utilizables para la producción de estupefacientes, previsto y sancionado por el art. 5 inc. "c" de la ley 23.737, con más la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, conforme art. 12 del CP y las costas del juicio.

Descripta la acción delictiva desplegada por Esteban Daniel Gago y Rodolfo Gabriel López, valorada la prueba producida, y encuadrado el ilícito atribuido, resta determinar la pena a aplicar, para lo cual tendré en cuenta las circunstancias personales de los imputados, la modalidad de comisión del hecho en estudio, cuya existencia se encuentra acreditada, la cantidad y calidad de la sustancia estupefaciente secuestrada, como asimismo la participación y responsabilidad de los mismos, conforme a los parámetros establecidos en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

En este lineamiento, voy a señalar que el valor justicia determina que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta, a su vez, depende de la reprochabilidad del autor. Es así que el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimación de la pena aplicable en concreto. Se trata, en definitiva, de una cuestión de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el reproche.





Poder Judicial de la Nación

## TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

Conforme a ello, en el caso concreto, tengo en cuenta como agravantes la cantidad y calidad de estupefaciente 58 plantas, 148 plantines, almácigos y 593 semillas-, las que presentó una concentración de THC que osciló entre 0,66% y un 1,94% lo que afecta sobremanera al bien jurídico protegido salud pública.

Por otro lado, se consideran atenuantes las condiciones personales de los imputados, que carecen de antecedentes penales computables de conformidad al informe de reincidencia obrante a fs. 555/556 y 558/559, todo lo cual torna razonable aplicar la pena mínima prevista para el delito imputado –siembra, cultivo y guarda de plantas, plantines y semillas de plantas de la especie cannabis sativa- apartándome de la solicitada por el Señor Fiscal, en atención a las consideraciones expuestas, fijándola en 4 años de prisión y multa de 45 unidades fijas con más la inhabilitación absoluta del art. 12 del CP, por el tiempo de la condena que establece el art. 12 del CP y las costas del juicio conforme art. 530 y 531 del C.P.P.N. ASI VOTO.

### **II.- Los efectos secuestrados.**

De conformidad a las previsiones del art. 30 de la Ley 23.737, corresponde ordenar la destrucción del material estupefaciente secuestrado, con intervención de la autoridad sanitaria nacional.

Por todo lo expuesto, en mérito a las normas invocadas y conforme lo establecido en los artículos 396, 398, 399, 400, 403 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy,

Por todo lo expuesto, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy,





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

**RESUELVE:**

**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-.

**III.- ORDENAR** la destrucción del remanente, que hubiere, de material secuestrado -estupefaciente- con intervención de la autoridad sanitaria nacional correspondiente.

**IV.-.MANDAR** que por Secretaría se hagan las comunicaciones y notificaciones pertinentes-

Ante mí:





Poder Judicial de la Nación

TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE JUJUY

