



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

**Expte. N° JU-3986-2020: "GONZALEZ,
LUIS ALBERTO S/ INCIDENTE DE
APELACION"**

///Junín, a los 16 días del mes de Julio del año dos mil veinte, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Junín, Provincia de Buenos Aires, Doctores Carlos Mario Portiglia y Luis Alberto Beraza (artículo 440 de CPP), bajo la Presidencia del primero, se trajo a despacho para pronunciar Sentencia la Causa N° JU-3986-2020, caratulada "**GONZALEZ, LUIS ALBERTO S/ INCIDENTE DE APELACION**".

Conforme al sorteo oportunamente efectuado ante la Actuaría, se estableció que los señores Jueces debían observar en la votación el siguiente orden: Doctores Portiglia y Beraza.

Seguido el Tribunal resolvió considerar la siguiente cuestión: ¿ Es justa la resolución apelada ?

A LA CUESTION PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Carlos Mario Portiglia dijo:

SINTESIS DE LOS ANTECEDENTES DEL CASO:

I.-

Según relata el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 13/14vta., Luis Alberto González denuncia la sustracción de 4 tallos -plantas- de cannabis que, tras el procedimiento policial que dan cuenta las copias agregadas a fs. 1/7, son encontrados en el interior de un vehículo VW Golf, dominio DYT-649, cuyos ocupantes se dieron a la fuga, dándose inicio a la IPP registrada bajo el n° 3379/20.

Con posterioridad, se presenta el nombrado en estas actuaciones registradas bajo el n° 3986/20 y solicita la restitución de las plantas secuestradas ya que, siendo un paciente oncológico, refiere que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

utiliza el cannabis en forma de aceite y vapeo como un modo de calmar los dolores que sufre motivo de la enfermedad -cáncer rinofaríngeo en estadio IV con metástasis pulmonar- siendo una medicina alternativa y/o paliativa que le brinda una mejor calidad de vida para sobrellevar la patología que padece.

El agente fiscal se opone al pedido argumentando que el autocultivo de cannabis no está permitido sino a partir del cumplimiento de ciertos mecanismos legales que identifica -entre otros Decreto 738/17- sin que la situación particular de González se encuentre dentro de dicha reglamentación, postulando en consecuencia el rechazo de la restitución pretendida.

En la resolución agregada a fs. 38/42vta., de fecha 23/6/20, la jueza titular del Juzgado de Garantías 2 comulga con el pretensor público y, en la inteligencia de que en este proceso González reviste la calidad de imputado y no de víctima y que los efectos secuestrados están a disposición del fiscal como medios de prueba, rechaza el petitum por improcedente.

II.-

La defensa oficial, ejercida en la ocasión por el Dr. Leopoldo Singla y apoyado a su vez por la presentación de la Defensoría del Pueblo de la Pcia. de Buenos que ha sido admitida en calidad de "amicus curiae" por parte de esta Cámara, deduce recurso de apelación mediante el escrito agregado a fs. 44/50vta.

Sostiene el defensor público que la decisión en crisis es arbitraria y carente de fundamentación, sobre manera en cuanto le asigna a su defendido la calidad de imputado y no de víctima. Esto resulta crítico desde donde se lo mire. Ya de movida desde la óptica procesal, al asignársele esa condición cuando ni siquiera ha mediado algún acto del pretensor público que lo sindique en ese sentido, ni mínimamente en alguna oportunidad le fue advertido el catálogo de derechos y garantías que consagra el aludido art. 60 del CPP. Y para peor, si así fuera, lo sería



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

merced a la auto-incriminación a la que se vio compelido en tren de procurar salvaguardar su estado de salud. La calidad de imputado técnicamente habría emergido de su propia incriminación, debido a la presentación efectuada ante la Comisaría, a la que se vio forzado por la situación apremiante que la desposesión de las cuatro plantas de cannabis sufrida representaba para su estado de salud, por lo que se estaría construyendo una imputación exclusivamente a partir de sus constreñida exposición. El estado acuciante al que se enfrentaba no le dio otra opción que revelar su relación de consumo medicinal con el cannabis en tren de lograr la recuperación inmediata de las plantas por parte de la autoridad policial. De modo que también, como vemos, resulta un verdadero desatino encasillarlo en la categoría de imputado desde el prisma constitucional, en abierto menosprecio de la garantía que veda justamente que el Estado se aproveche de estas situaciones para iniciar una acusación penal.

Alega que en modo alguno puede soslayarse la génesis de todo esto: que en rigor todo ha sido fruto del atentado que sufrió a su intimidad y propiedad y que terminó redundando en un grave riesgo para su integridad psico-física, y que en este contexto él sea quien, en definitiva, resulte adjudicatario de aquella categorización, sospechoso de haber incurrido en un ilícito penal, resulta hartamente paradójico. Lo que se revela más insólito aún si reparamos que en el fondo esa categoría para el caso resulta vacía de contenido, en tanto que ni siquiera se va a poder perfeccionar una imputación formal, habida cuenta del asentado criterio que se viene adoptando en nuestro medio a partir de "Arriola", donde este tipo de tenencia para consumo personal que no trasciende de la esfera privada, que no trasunta a la de terceros, que no media riesgo alguno de lesividad de esferas ajenas, resulta manifiestamente atípica penalmente y por lo tanto pasible de un prematuro archivo.

Refiere que si la jueza estima que González reviste la condición de imputado; ¿por que razón entonces avanzó en la resolución del presente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

sin previamente haberle dado debida intervención a esta defensa oficial? O sea, se afirma como razón conducente que el mismo debería canalizar sus pretensiones a través de un defensor oficial pero, paradójicamente, se le niega esa asistencia pasando directamente a resolver la cuestión sin oír previamente a su defensa. No solo en definitiva se lo denosta como supuesta víctima (cuando en rigor lo es) sino también desde la condición de imputado que se antoja asignársele.

Argumenta que mas allá de la categoría procesal que deba ostentar, lo medular es que el reclamo no tuvo por objeto una defensa material, sino que fue impulsado personalmente por estar en juego, ni más ni menos que el derecho constitucional a la salud, y ello reclamaba una respuesta seria e inmediata sobre el fondo de la cuestión; haberlo sin más desestimado por improcedente, cuanto menos ha menguado los derechos que como justiciable resulta merecedor, trasuntando un palmario desprecio a una cuestión tan sensible como el estado de salud.

Sigue diciendo que la arbitrariedad aflora también al reparar en el otro factor en que se escuda la jueza garante y es en lo que tiene que ver con una supuesta incompetencia funcional para indagar la legitimidad del actuar del fiscal a la hora de decidir la restitución de objetos secuestrados ya que nuevamente bajo un pretenseo paraguas de cuño procesal se rehusa tratar el quid de la cuestión. al afirmar que en el esquema del CPP el Agente Fiscal es el encargado de promover y ejercer la Acción Penal y a él le corresponde incorporar diligencias a efectos de sostener una eventual acusación y hacerlas valer como prueba en el debate oral, solicitando según el caso, la respectiva autorización para su producción al Juez de Garantías con cita del art. 226 y cc. del CPP. De ahí que sigue diciendo que la contradicción entre las premisas de las que parte y la conclusión que termina suscribiendo dan manifiesta cuenta de la falta de atingencia que signa su razonamiento ya que si es el juez de garantías el que debe autorizar por regla las diligencias que el fiscal pretende para obtener



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

elementos de interés probatorio, como no va a tener a la postre la facultad -y el deber- de evaluar si esa obtención se llevó finalmente a cabo dentro de los márgenes legales autorizados y si corresponde o no, para el caso, la restitución a quien lo demande. Y ni hablar en aquellos casos donde se halla procedido sin una autorización judicial previa, donde inexcusablemente se impone un mayor rigor en el control por parte del órgano jurisdiccional. Para el decisor, en cambio, lo que fiscal obtiene merced a una medida de coerción real, indistintamente si contaba o no con orden, (allanamiento, requisa o secuestro) queda en su poder a su más absoluta discrecionalidad. Si se secuestran elementos con menosprecio de elementales garantías constitucionales basta con que el pretensor público afirme lo contrario -lo que naturalmente va a ser tratándose del principal responsable de la actuación- para truncar cualquier pretensión al respecto.

Apunta que la principal tarea del juez de garantías es controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las partes involucradas; labor que, sin lugar a dudas, pretende dotar de legitimidad la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades especialmente de la parte más vulnerable en la relación punitiva; máxime ante el evidente desequilibrio en la relación entre acusación y defensa. Debe recordarse que la separación de funciones que establece el proceso penal acusatorio no es caprichosa, sino que está destinada a que la parte que tiene a su cargo la tarea de investigar y acusar no tenga facultades sobre la limitación de los derechos, estableciéndose una separación entre el funcionario que ejerce el poder punitivo del Estado y el que debe garantizar los derechos de las personas frente a este poder, función que, afirma, no es de manera alguna discrecional en tanto la normativa del art. 59 así lo confirma categóricamente, al determinar que cuando el fiscal ejecuta "en la urgencia" una medida de coerción real debe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

solicitar de inmediato al Juez de Garantías la convalidación de las medida; o sea, debe someterla a su más estricto escrutinio. Por tanto no puede, en la especie, desprenderse el a-quo de la competencia que le es propia, máxime cuando en el caso no se solicitó siquiera la respectiva convalidación del secuestro practicado. De ahí que, sostenga, que resulta inaceptable que se asuma pasivo porque con ello degrada la naturaleza de su rol de garante contra las arbitrariedades que puedan colarse en el curso del proceso y de eventualmente garantizar el derecho al "doble conforme". La negativa a regresársele las plantas a quien resultaba su poseedor representa un cercenamiento a su relación de disponibilidad que no puede resultar extraña al control jurisdiccional que inexcusablemente debe alcanzar a toda medida restrictiva de derechos, por lo que ninguna de las razones sobre las que asienta su desestimación la juez de grado resultan ajustadas a derecho para sortear el debido control de legalidad y razonabilidad (su idoneidad, su necesidad, su proporcionalidad) que demandaba la decisión fiscal, omitiendo de este modo brindar respuesta a una cuestión esencial que exigía tutela inmediata.

Finalmente expone que la jueza afirma dogmáticamente que las plantas de cannabis resultan "una sustancia prohibida por la ley de estupefacientes", haciéndose eco de ese modo del temperamento fiscal, refiriendo que ese es un posicionamiento reduccionista, sesgado y anacrónico sobre la cuestión debatida ya que se está frente a un hecho que no pasa el tamiz del principio de reserva y lesividad que recepta la normativa del art. 19 CN y que se erige en el presupuesto mínimo para justificar la ilicitud de un accionar. Como no subyace un conflicto social -lesión o puesta en peligro a un interés de importancia para la sociedad- no se encuentra legitimado el recurso al ius puniendi por que precisamente esa cláusula protege la autonomía de las personas, esto es, la capacidad para definir pautas propias de conducta y un plan de vida acorde a ellas. Esa autonomía solo puede limitarse para preservar la del resto de las personas, evitando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

daños o agresiones. Se trata de uno de los pilares sobre los que se asientan las constituciones modernas, que aseguran el resguardo para que toda persona pueda llevar su vida adelante del mejor modo posible, en el marco de sus posibilidades, siempre que no represente afectación a una persona concreta o los intereses de la comunidad en general, sin ser afectado por la intromisión del Estado por cualquiera de sus agentes. Y dentro de esa prohibición constitucional entra en juego, sin lugar a dudas, el derecho a la salud y la integridad física.

Continúa diciendo que ese contexto es en el que justamente debe incluirse el supuesto de "autocultivo" que nos ocupa; sobre todo considerando que su objetivo era estrictamente medicinal, alegando que es paradójico que la posición asumida por el Fiscal Departamental no solo desconsidere de plano el avance jurisprudencial de mención, sino que además se contraponga abiertamente, ni más ni menos, con el criterio enarbolado por la propia Fiscalía de Casación en la causa 95494 "Funaro Adriana s/Recurso de Casación interpuesto por el fiscal general" (del 16/7/19) en donde el Dr. Altuve no sostuvo el recurso que el fiscal de instrucción de Lomas de Zamora había interpuesto al respecto. En esa oportunidad enfatizó las premisas que deben guiar la resolución de casos como el presente: "...El autocultivo para consumo personal (en autos con fines medicinales) no afectan ni lesionan derechos de terceros, por lo que no es viable su prohibición, como la ha sostenido reiteradamente la CSJN y los tribunales de grado; la persecución a autocultivadores/as, constituye un dispendio de recursos estatales, policiales y judiciales, que tiene por único resultado la afrenta de derechos humanos más elementales como ser la salud y vida digna de las personas sufrientes...". Así, emerge evidenciado que la conducta de autocultivo desarrollada por Luis González carece absolutamente de los presupuestos mínimos para justificar asignarle capacidad ilícita, tratándose de un accionar circunscripto a su más íntima esfera que no ha generado afectación alguna a bienes jurídicos de terceras



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

personas ni a la "salud pública", por lo que el secuestro operado carece de toda virtualidad para el proceso (ningún interés instrumental presenta); de modo que negar la restitución de las cuatro plantas secuestradas, que resultan el fruto de ese accionar de "autocultivo", deviene hartamente infundado, descansando en el mero capricho fiscal y jurisdiccional en abierto desprecio de la perspectiva constitucional y convencional integral de aplicación al caso.

Todo lo manifestado por el defensor oficial ha sido apoyado, además, por la Defensoría del Pueblo de la Pcia. de Buenos Aires que ha sido admitida, como dijera, como "Amiga del Tribunal", a tenor del escrito anejado a fs. 85/98vta., con citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales sobre la temática.

III.-

Ahora bien, con posterioridad a un detenido y pormenorizado análisis de la cuestión traída a la Cámara para resolver -harto difícil por cierto- adelanto opinión en el sentido de que el recurso de apelación interpuesto es de recibo y por ende debe prosperar, sin que olvide remarcar lo enjundioso del trabajo presentado por el Dr. Singla.

En efecto, en el expte. 5964 "M., L.F.; C., G.R. y R., M.I. s/Aborto", de fecha 8/8/06, tuve oportunidad de expedirme sobre la problemática que guarda cierta analogía con la que se da en el presente, y, tomando como guía el reconocido Fallo Plenario de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal "Natividad Frías", de fecha 26/8/66, propicié mantener la nulidad que había sido decretada por la jueza de primera instancia, en la inteligencia que las actuaciones penales que tienen su inicio contrariando derechos constitucionales como la salud y la vida, no pueden ser motivo de reproche jurídico. Allí sostuve: *"...existe un interés social superior (derecho a la salud y a la vida sobre el que volveré) y un derecho a su vez que también es de rango superior: la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo que*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

consagra el art. 18 de la Constitución Nacional (ver sobre el punto Germán J. Bidart Campos en "Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente", pub. en La Ley 1999-B, págs. 164/166). Y ello es así ya que tiene una íntima vinculación con la ilicitud de hacer operar en contra de quien forzosamente ha debido exponerse a la autoridad sanitaria y a la necesaria exclusión de ese elemento probatorio que, bajo ningún modo, puede juzgarse libremente ofrecido; lo contrario importa condicionar la necesaria salvaguarda de la integridad física y de la vida de la paciente a su sujeción a derecho, lo que en la emergencia puede importar una condena a pena privativa de libertad así como permitir que el propio Estado, como contrapartida de la necesidad vital de afrontar el peligro de muerte, utilizara esa elemental actitud de autopreservación y de vida para someter a esa persona a proceso penal y eventualmente condenarla. Con lo que vengo exponiendo, y sin que ello importe ningún juicio de valor acerca del acierto o error de penalizar o despenalizar el aborto, extremo que no es motivo de debate en esta causa, se me hace que si bien existe un grave conflicto entre dos bienes jurídicos, comparto la idea de aquellos que se pronuncian a favor de la tutela de la persona aún a costa de sacrificar bienes de altísimo valor, máxime cuando la concurrencia de la paciente al nosocomio -voluntaria o no- ha sido por un evidente estado de necesidad...".

Traigo a colación ese antecedente por que la **Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó el criterio central del mencionado Plenario en el precedente "Baldivieso César Alejandro", de fecha 20 de abril del año 2010**, en donde sin disidencias sostuvo:

"...En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

asistencia a un profesional de la salud...una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como señala el señor Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional) y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado. Del mismo modo, es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena (en palabras del juez Lejarza en ocasión del plenario nombrado: el "inhumano dilema: la muerte o la cárcel"). Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional. reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario "Natividad Frías" del 26 de agosto de 1966...pero en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.

No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva. Prueba de lo que se acaba de decir es que, a más de cuarenta años del dictado del plenario "Natividad Frías", su aplicación ha estado ceñida al delito de aborto, pese a que, sus argumentos, extrapolados de la manera en que ahora se pretende, cobran una generalidad que los haría en apariencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

aplicables a otro tipo de delitos (del voto de la Dra. Argibay)..." .

IV.-

Pero lo que también resulta relevante de ese precedente emanado de nuestro más Alto Tribunal de Justicia de la Nación y la doctrina que dejó establecida, es que contó con la opinión favorable y el acompañamiento del Procurador General de entonces que puso de manifiesto lo siguiente:

"... En efecto, el núcleo del agravio consiste en que no puede utilizarse la información aportada por el imputado al concurrir a un hospital público y revelar, directa o indirectamente, su conducta anterior ilícita. En ese sentido, las alegaciones relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación y la violación del secreto médico son dos especies diferentes del género común de la imposibilidad de valorar la información y los elementos de prueba obtenidos a partir de la actividad del propio acusado de concurrir al servicio de asistencia médica pública. ...En efecto, si bien la ley 23.737, complementaria del Código Penal, no menciona en un título cuál es el objeto de su protección, la revisión de sus tipos penales no arroja una interpretación favorable a la idea de que castiga conductas de daño directo a terceros en el sentido de que estas conductas impliquen de manera inmediata un ataque a la vida o la integridad física. Más bien se trata de figuras de peligro o de lesión a la salud pública. Esta interpretación se ve respaldada, además, por el hecho de que la ley 23.737 al incorporar algunos artículos al Código Penal, lo hace en el Título VII "Delitos contra la seguridad pública", Capítulo IV "Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas". En esencia, esos delitos incorporados al Código Penal coinciden materialmente con las conductas penadas directamente por la ley 23.737 en tanto se trata del suministro de sustancias capaces de producir un daño en la salud. Por supuesto que, como sucede en el ámbito de todo derecho, fundamentado de la manera que fuera, pueden existir otros intereses que compitan con él por la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

supremacía y, frente a los cuales, deba ceder, como podría ocurrir si se encontrara comprometida la integridad física o la salud en concreto de otra u otras personas cuyo resguardo dependiera de la divulgación de informes médicos confidenciales. También respecto a las argumentaciones utilitarias se precisó en alguna ocasión, que el derecho a la intimidad debía ceder ante un interés mayor, aun cuando se admitiera que la confianza de los individuos en la confidencialidad del tratamiento se viera menoscabada. Ahora bien, un derecho de esa índole, es decir, un derecho personalísimo a una esfera de intimidad, en cualquiera de sus fundamentaciones (la deontológica, en el sentido de un derecho en sí mismo que hay que proteger, o la utilitaria, la protección de la privacidad para promover la salud pública) supera al interés social en la aplicación de una pena. En efecto, la disposición de la información sobre el propio estado de salud es una esfera de intimidad privilegiada, que origina un deber de confidencialidad superior (conf. Benjamín Freedman, A Meta-Ethics for Profesional Morality, Ethics, v. 89, 1978, ps. 1 y ss., p. 4 y passim). El interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública. Tampoco es aplicable el argumento, a todas luces falso, de que con una decisión en este sentido se vuelve inaplicable la persecución penal de los delitos de tráfico...".

V.-

A su vez, puede citarse el fallo de la CNCyC, Sala VII, en autos "R., E. s/Procesamiento sobre peculado", 38311 de fecha 8/4/10, que va en línea con la idea de la no autoincriminación.

Así, el sistema jurídico argentino protege contra la autoincriminación forzada y, en consecuencia, no es posible impulsar un procedimiento contra una persona obligada por las circunstancias a la admisión de su ilícito. Lo contrario implicaría legitimar un proceso en contra de una persona obligada a declarar contra sí misma. Esta veda se vincula



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

íntimamente con la protección al derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional); por lo que cuando surja algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad, afectará la garantía en cuestión, produciéndose una indefensión configurativa de nulidad, pudiendo válidamente aplicarse la regla de exclusión (art. 211 del CPP en nuestro caso). "La declaración que la imputada hizo en el marco de una denuncia de violencia, en calidad de testigo y no imputada, sin siquiera prever que sus dichos podrían ser usados para iniciarle un proceso penal en su contra, representa una violación a la garantía contra la autoincriminación".

Con ese norte, sabido es que la prohibición de la autoincriminación forzada (arts. 18 de la Constitución Nacional; 8.2.g. y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha sido reglamentada por los distintos códigos de procedimiento en materia penal y, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el viejo fallo "Mendoza" tuvo oportunidad de sostener que la citación a absolución de posiciones, bajo juramento, en el marco de una causa criminal por falsificación de un manifiesto de Aduana, tiene una solemnidad tal que la torna violatoria de la prohibición de declarar contra sí mismo establecida en el artículo 18 de la Constitución (cfr. Vaga, Pablo Sergio, "La garantía de la no autoincriminación en materia tributaria: su trascendencia frente al deber de colaboración", Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado, 2004, pág. 12).

Binder -al referirse a los testigos- explica que "la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo no surge del hecho de que una persona sea formalmente imputada. Al contrario, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar (Binder, Alberto M. "Introducción al derecho procesal penal", 2da. edición, Buenos Aires, 2005, pág. 182). En otros precedentes de fuste la Corte Suprema de Justicia ponderó inadmisibles que el Estado se beneficie con medios probatorios violatorios de garantías constitucionales del imputado para facilitar la investigación de un delito, debiendo excluirse ese acto y sus consecuencias (CSJN Fallos: 303:1938 "Montenegro"; Fallos: 308:733 "Rayford", Fallos: 306:1752 "Fiorentino"; Fallos: 317:1985 "Daray"; y P. 1666. XLI. "Peralta Cano" del 03/05/2007, entre otros).

VI.-

Tampoco puedo dejar de mencionar, como bien lo señala el defensor oficial recurrente, **que el propio fiscal ante el Tribunal de Casación Penal provincial, Dr. Carlos Altuve, desistió de mantener un recurso casacional impetrado por el fiscal general de Lomas de Zamora en una causa sustancialmente análoga a la que aquí se discute (causa 95494 "Funaro, Adriana s/Rec . de casación", resuelta el 16/7/19 por desistimiento del recurso en los términos del art. 432 del CPP).**

VII.-

En el supuesto que hoy nos convoca, estamos en presencia de una persona que padece una grave enfermedad -cáncer rinofaríngeo con metástasis pulmonar- que pone en jaque su propia vida y que se vió compelido a denunciar la sustracción de las plantas de cannabis porque le daba un uso evidentemente medicinal, paliativo y complementario de los tratamientos médicos ordinarios y tradicionales, que le mejoraban su calidad de vida y atenuaban sus dolores. Así puede verse con la información médica acompañada que González desde el 15 de Marzo del año 2018 se encuentra en tratamiento ante el Instituto de Oncología "Ángel H. Roffo" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el diagnóstico descrito de carcinoma escamoso de rinofaringe, estadificado como lesión estadio IVb



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(TON2m1), habiéndose en fecha 11 de diciembre de año 2019 sometido a una cirugía en donde se le realizó una resección atípica del parénquima pulmonar. Surge así que los tratamientos a los que se somete son agresivos y no están ajenos a efectos adversos y complicaciones. Que para paliar los mismos se le suministraron distintos fármacos, incluso derivados de los opiáceos como Tramadol, no siendo los resultados satisfactorios. Razón por la cual el nombrado decidió comenzar con un tratamiento alternativo a base de Cannabis Terapéutico, el cual consume en forma de vapeo y aceite dos veces por día, debiendo destacarse que el Dr. Lucas Avondet (MN 168508, MP 118023), médico que suscribe el resumen de historia clínica de fs. 12 y 31, acompaña como profesional de la salud la decisión del Sr. González respecto del uso del Cannabis Terapéutico, ya que no existen contraindicaciones formales para su uso ni estudios que indiquen que el mismo tenga un efecto contraproducente en el desarrollo de su enfermedad, razón por la cual dicho profesional respalda la continuidad de dicho tratamiento sin interrupción, ya que el mismo significa una mejora sustancial en la calidad de vida del paciente.

En ese marco, entiendo que el derecho a la salud -como derecho humano fundamental- está por sobre la respuesta punitiva que pueda corresponderle eventualmente al Estado, a través de este Poder Judicial. Así, se impone recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor primordial con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental. De tal suerte que con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994, la Corte Federal ha sostenido que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (arts. 42, 75, inc. 22, de la C.N. y doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339 y 3229, entre muchos otros). Del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

mismo lado, los tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de las personas, conforme surge del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 4, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, y del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

VIII.-

Evidente resulta de todo lo que viene siendo expuesto que González no tenía en su poder las plantas de cannabis para darle un destino que no sea otro que el de mejorar su calidad de vida y como un paliativo para la grave enfermedad que padece. Su conducta no afectó a terceros; no puso en riesgo la seguridad ni la salud de nadie; la tenencia de ese cultivo no trascendió su esfera íntima y privada; por lo que no hay afectación alguna al principio de lesividad del acto. El concepto de "moral pública" cobra especial relevancia si se analiza el límite establecido en el art. 19 de la Constitución nacional en la medida que no perjudique a otro y dicha concepción encuentra fundamento en la noción de Estado como garante del orden y la paz social ya que los actos que no trascienden de la esfera íntima y privada y no afectan a terceros carecen de toda posibilidad de alterar ese estatus. Ese criterio, que había sido sentado **por la CSJN en la causa "Bazterrica", fue retomado en "Arriola", declarando por unanimidad la inconstitucionalidad de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal por resultar contraria al art. 19 de la C.N. citado (ver "Código Penal", tomo 14 A, análisis y fallos acerca de la ley 23.737, especialmente págs. 593 y ss.).**

IX.-

Por lo que ha sido explicitado a lo largo del presente, soy de opinión que debe hacerse lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa pública de Luis Alberto González -apoyado por la Defensoría del Pueblo de la Pcia. de Buenos Aires en el carácter de "Amicus Curiae"- y, en



el estricto marco competencial asignado en función de lo pedido y resuelto en primera instancia, revocar la resolución que ha sido motivo de agravio, ordenando que el Ministerio Público Fiscal, en el perentorio término de 24 horas, restituya los tallos o plantas de cannabis al peticionante Luis Alberto González.

Omito en esta coyuntura el abordaje y tratamiento de otros aspectos y cuestiones planteadas en el remedio recursivo por considerar que de momento no resultan conducentes para la solución del conflicto (cfr. CSJN in re "Mevopal S.A. y otro c/Banco Hipotecario Nacional", sent. del 26/11/85 y Fallos 272:225; 274:113; 308:2263 y 310:272 entre otros muchos). Sin costas (arts. 1, 3, 83, inc. 7, 106, 231, 434, 439, 441, 530, 531 y cc. del CPP).

VOTO POR LA NEGATIVA.

Dio su voto en el mismo sentido, aduciendo análogas razones, el Señor Juez Dr. Luis Alberto Beraza.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, **el Tribunal RESUELVE:**

I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa pública de Luis Alberto González -apoyado por la Defensoría del Pueblo de la Pcia. de Buenos Aires en el carácter de "Amicus Curiae"- y revocar la resolución que ha sido motivo de agravio, ordenando que el Ministerio Público Fiscal, en el perentorio término de 24 horas, restituya los tallos o plantas de cannabis al peticionante Luis Alberto González. Sin costas.

II) Regístrese, notifíquese vía electrónica y devuélvanse de inmediato las actuaciones al Juzgado de Garantías n° 2 a los fines pertinentes.

Firmado: Dres. Carlos Mario Portiglia y Luis Alberto Beraza. Jueces. Ante mí Analia Bornic. Secretaria



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REFERENCIAS:



237500171001385373

CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL - JUNIN

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS