

Registro Nro. 862/23

///nos Aires, 10 de agosto de 2023.

AUTOS Y VISTOS:

Integrada la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal por los señores jueces Daniel Antonio Petrone -Presidente-, Diego G. Barroetaveña y Carlos A. Mahiques -Vocales- reunidos de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), para decidir acerca del recurso de casación interpuesto en el en el presente legajo n° **FTU 28950/2019/CFC1** del registro de esta Sala I, caratulado: **"T., M. A. s/recurso de casación"**.

Y CONSIDERANDO:

I. Que, en fecha 10 de marzo de 2023, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en lo que aquí interesa, resolvió: "(I) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de M. A. T. y, en consecuencia CONFIRMAR EL PROCESAMIENTO de la nombrada MODIFICANDO LA [CALIFICACIÓN] DE LA CONDUCTA conforme a las previsiones contempladas en la figura del art. 14, segunda parte, de la ley 23737 (tenencia de estupefacientes para consumo personal), conforme se considera. II.- DECLARAR la inconstitucionalidad del art.14, segundo párrafo, de la ley 23737 (art. 19 de la Constitución Nacional) y en consecuencia SOBRESER a M. A. T. en orden a dicho ilícito, en los términos de los arts. 335 y 336 inc. 3ero del CPPN [...]".

II. Que, contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación, el que fue concedido el 14 de junio del 2023.

Fecha de firma: 10/08/2023

Firmado por: DIEGO GUSTAVO BARROETAVEÑA, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: DANIEL ANTONIO PETRONE, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL

Firmado por: WALTER DANIEL MAGNONE, SECRETARIO DE CAMARA



Cámara Federal de Casación Penal

III. Que, en fecha 4 de julio del corriente, y por los motivos expuestos en la presentación que obra incorporada al presente legajo digital, el señor fiscal general ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca, desistió del recurso oportunamente interpuesto por su antecesor cumpliendo con el requisito de fundamentación impuesto por el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

TENER POR DESISTIDO el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, sin costas (arts. 443, tercer párrafo, 530 y 532 del CPPN).

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

Firmado: Daniel Antonio Petrone, Diego G. Barroetaveña y Carlos A. Mahiques. Ante mí: Walter Daniel Magnone.





*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

DESISTO RECURSO

Exma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía N° 4, con domicilio electrónico N.º 51000002082, en la causa N° FTU 28950/2019/CFC1, del registro de la Sala I, “L., D. I. y otro s/ infracción ley 23.737”, me presento y digo:

I. Que vengo por el presente a desistir fundadamente del recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (art. 443 del CPPN), por los motivos que expondré a continuación.

II. Las presentes actuaciones se inician el día 13 de noviembre de 2019, cuando el personal policial, a través de una fuente de carácter confidencial, tomó conocimiento de que “en un domicilio ubicado en la Localidad de Quiroz, provincia de Catamarca, en cercanías a la ruta nacional N°157, siendo un inmueble pintado en su frente de color [REDACTED], vive una persona de sexo masculino oriundo de la provincia de Buenos Aires, de nombre D. L., mayor de edad, y en dicha vivienda en la parte de atrás, el mismo cultiva plantas de Marihuana en una pequeña huerta que posee, para luego usarla para su comercialización y que las mismas en los días venideros las iba a sacar del lugar”.

Posteriormente, el 15 de noviembre de 2019, se realizó el allanamiento del domicilio de D. I. L. y M.A.T. ubicado en Calle [REDACTED] a unos doscientos metros de la Ruta Nacional N°157, de la localidad de Quiroz, departamento La Paz, provincia de Catamarca.

En la vivienda se encontraba M.A.T., madre de D.

I. L., quien manifestó que su hijo se encontraba en la Ciudad de Buenos

Aires. En la cocina-comedor, se halló un recipiente de plástico con la inscripción “Sativa Cannabis-Coca” y un teléfono celular marca LG de color negro. En el fondo de la morada, se observó una pequeña huerta donde se hallaron cuarenta y seis (46) plantas de probable cannabis sativa (Marihuana) de entre treinta y sesenta centímetros de altura.

El peritaje químico realizado por la Unidad de Criminalística y Estudios Forenses de Gendarmería Nacional, determinó que la sustancia vegetal incautada tenía un peso de 237,42 gramos, que correspondía a plantas de cannabis sativa (Marihuana), y presentaba Tetrahidrocannabinoles y concentraciones de 1,98% de THC (principios activos responsables de la actividad alucinógena). En el informe se señala, además, que la caja de evidencia forense contenía “planta de origen vegetal, en la que se procedió a la extracción de las hojas de su tallo, identificado como “1”, de la cual se preserva una pequeña porción de la muestra, identificada como “M1”, para su respectivo análisis”.

Es así, que el peso total de la caja identificada como “1” resulta orientativo, ya que no se hallaron flores, sino tallos y hojas (razón por la cual las conclusiones periciales determinaron una concentración de THC de 1,98% para la sustancia).

Asimismo, procedieron al análisis de un recipiente de color blanco con tapa amarilla cuya etiqueta decía SATIVA CANNANIS + COCA, que contiene en su interior una consistencia cremosa de color verde. La muestra fue denominada como M2 y conforme surge del informe pericial dio negativo al reactivo de orientación de marihuana y por ende sin ningún porcentaje de THC.

Al momento de prestar declaración indagatoria, M. A. T. expuso: “...Yo vine hace dos años a vivir a Quiroz, mi hijo D. L.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N°4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

después me trajo la mudanza. Mi hijo se quedó dos meses ayudándome con la mudanza, y después se fue a su trabajo, y me quede yo con mi nieto de 13 años. Mi profesión es ser Masoterapista, es decir hago masajes a las personas, y yo había traído una crema de cannabis que me habían secuestrado, la cual es muy buena y tiene muchas propiedades, esa crema me había salido 1800 pesos y era muy buena, porque la que venden en la calle no son verdaderas. Yo también una vez conseguí crema de frías y también son de mala calidad. Entonces como la crema verdadera de cannabis tiene muchas propiedades, y yo me había quedado sin cremas y al no poder adquirirlas, fue que realicé mi autocultivo, ya que yo había traído semillas que había comprado en una bolsita en sierra de la ventana para hacer las cremas y poder brindar mis servicios la gente. Como era la primera vez que hacia esto yo esparcí las semillas por la tierra y como no sabía distinguir la semilla que iba a dar las propiedades, debido a mi desconocimiento. Luego yo me puse a investigar para como elaborar la crema, para saber cómo hacerlo, y así no tener contacto con la gente que está metida en las cuestiones de marihuana. Entonces yo con mi propio autocultivo seguí elaborando las cremas que utilizaba para mi trabajo, yo tenía la camilla en mi casa a la cual asistía mucha gente que atendía y los mismos me decían que después de 3 sesiones se sentían muy aliviados de sus dolores por la calidad de la crema que utilizaba. A veces también concurría a los domicilios particulares de mis clientes, los cuales muchas veces eran discapacitados y mayores de edad. A si también a veces me llamaban a mi teléfono para coordinar los turnos. Esto que acabo de decir lo pueden constatar fácilmente con la gente de la localidad ya que yo me dedico a eso, al frente de mi casa había una señora a la cual le hice masajes y la semana pasada me trajo el hijo para que haga mi trabajo pero no puede hacerlo porque tengo dolencias. Quiero dejar aclarado al Señor juez que

yo jamás consumí marihuana, ni alcohol, y menos que menos jamás comercialicé marihuana, es más nunca se me cruzo por la cabeza hacerlo (...). Con respecto a mi hijo D. I. L., quiero dejar aclarado que él no tiene absolutamente nada que ver con el autocultivo. Él cuando estuvo varado por la pandemia en mi domicilio, también trabajaba haciendo masajes ya que él tiene título y trabaja de eso. Quiero dejar en claro que al momento de realizarse los allanamientos mi hijo ya no estaba en mi domicilio, él ya se había ido hacia Buenos Aires (...)"

El 10 de marzo de 2022 el Juzgado Federal de Catamarca, dictó el procesamiento sin prisión preventiva a M. A. T. por la supuesta infracción al art. 14 ap. 1° de la Ley 23.737.

Contra esa resolución interpuso recurso de apelación la defensa oficial de T. y la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán con fecha 10 de marzo de este año resolvió: "I.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de M. A. T. y, en consecuencia CONFIRMAR EL PROCESAMIENTO de la nombrada MODIFICANDO LA CALIFICACION DE LA CONDUCTA conforme a las previsiones contempladas en la figura del art. 14, segunda parte, de la ley 23737 (tenencia de estupefacientes para consumo personal), conforme se considera. II.- DECLARAR la inconstitucionalidad del art.14, segundo párrafo, de la ley 23737 (art. 19 de la Constitución Nacional) y en consecuencia SOBRESEER a M. A. T. en orden a dicho ilícito."

Contra aquella resolución, el Fiscal General interino interpuso recurso de casación que en este acto desisto.

El Fiscal que me precede sostuvo que los jueces de la Cámara resolvieron el caso conforme la doctrina del fallo "Arriola", esto es tenencia para consumo personal y la imputada no es consumidora, sino que tenía las



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N°4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

plantas de cannabis sativa para producir aceites y cremas y aplicarlas en terceras personas cuando le requerían sus masajes como masoterapeuta.

Asimismo, se agravio de que la Cámara al ubicar la conducta de T. en los parámetros constitucionales del art. 19 CN pierde de vista el campo de la salud pública, en cuanto existe una obligación estatal de controlar la administración medicinal del cannabis y sus derivados.

Por último, expresó que para cultivar cannabis con fines terapéuticos debía estar autorizada por el REPROCAN (Registro del Programa de Cannabis del Ministerio de Salud de la Nación).

III. Opinión de esta Fiscalía:

a) Composición del material estupefaciente secuestrado:

Del informe pericial realizado surgen varios factores a tener en cuenta a los fines de la presente causa, primero, la composición de la sustancia hallada, y segundo, el porcentaje de THC de ese material que es en definitiva el componente que provoca los efectos psicotrópicos de la sustancia.

La Convención Única sobre Estupefacientes, de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972 (aprobados por la República Argentina mediante el Decreto Ley 7.672 y la ley 20.449) en su artículo 1, contiene las siguientes definiciones: "...b) Por "cannabis" se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta del cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resma, cualquiera que sea el nombre con que se las designe. e) Por "planta de cannabis" se entiende toda planta del género cannabis. d) Por "resina de cannabis" se entiende la resma separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis (...) u) Por "Lista I", "Lista II", "Lista III" y "Lista IV" se

entiende las listas de estupefacientes o preparados que con esa numeración se anexan a la presente Convención”.¹

En la enumeración de los estupefacientes incluidos en la Lista 1, se encuentra el "cannabis y su resina y los extractos y tinturas del cannabis"; y en la lista IV el "cannabis y su resina". De modo que se excluye ramas, raíces, algunas hojas, en definitiva, todo lo que no sea como indica la norma sumidades, floridas o con fruto, de la planta del cannabis de las cuales no se ha extraído la resina.

Es así, que el peso total de la caja identificada como “1” en la pericia resulta orientativo, ya que no se hallaron flores, sino tallos y hojas (razón por la cual las conclusiones periciales determinaron una concentración de THC de 1,98% para la sustancia).

La composición del material secuestrado se comprende de hojas, tallos y troncos, los cuales tienen muy baja concentración de THC, no así las flores o frutos de la planta, que no fueron hallados durante el allanamiento, que en definitiva son los que aportan la sustancia que genera mayor efecto psicotrópico.

Ahora bien, la marihuana tiene una combinación de más de cuatrocientos químicos, lo que indica que puede actuar de una u otra manera en el organismo dependiendo de su composición, y por ende generando distintos efectos. Dentro de los cuatrocientos químicos, hay ciento cuatro que son los denominados cannabinoides entre los que se encuentra el THC y otros componentes que no son psicoactivos pero que poseen propiedades medicinales, tales como el CBD, CBC, CBDV, CBG y CBN.

¹ https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N°4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

En razón de que los cannabinoides son las sustancias farmacológicamente activas que tienen un potencial curativo, es más correcto hablar de cannabis medicinal y no de marihuana medicinal².

Del informe de la peritación química no se desprende que se hayan considerado analizar los elementos químicos mencionados, que son los que, en definitiva, podían aportar el componente medicinal a la sustancia analizada, esto es a la crema hallada en la vivienda de T. que utilizaba para hacer los masajes a sus pacientes.

El propio informe en su página 6 vuelta, refiere que para la muestra identificada como M2 se observó una gran actividad cromatográfica, pero no la detección del pico delta 9 Tetrahidrocannabinol (THC). Y continúa advirtiendo que ese laboratorio no cuenta con padrones determinados para poder identificar las sustancias con los tiempos de retención que se observan en el cromatograma obtenido, por lo cual sugieren realizar un análisis por un GC DE MASA para su identificación.

Dicho dato hubiera sido sustancial a los efectos de probar que las plantas cultivadas sólo servían para aportar esos componentes a la crema que usaba para los masajes.

Al analizar el marco jurídico de todo este asunto, veremos por qué ello es así.

b) Respecto del grado de toxicidad de la sustancia secuestrada:

Conforme se desprende el informe pericial químico la sustancia extraída de las plantas halladas se trata de cannabis sativa de peso 237, 42 gramos y con un grado de concentración de 1,98 THC.

² Un libro sobre drogas, El gato y la Caja, capítulo escrito por Ezequiel Arrieta (Médico y becario Doctoral del Conicet en el Instituto Multidisciplinario de Biología Vegetal) y llamado: Potencial medicinal del cannabis, CABA, 2017, p. 317/9.

Ahora bien, a la hora de cuantificar el THC y la capacidad toxicomanígena en dosis umbrales, del informe se desprende la siguiente explicación: “El concepto de “una dosis” se entiende como la cantidad necesaria de cualquier estupefaciente, capaz de ocasionar o producir en un individuo promedio, considerando a esta como a una persona adulta de unos 70 kg de peso, el efecto taxicomanígeno deseado o buscado para un lapso de 20 a 40 minutos.”

De estudios realizados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la Cannabis sativa, se desprende como dosis del principio activo Tetrahidrocannabinol (THC) presente en ella, la cantidad de 50 microgramos por kilogramos de peso; al no contar con el peso de la persona que fuera a usar la sustancia, se toma como modelo a una persona promedio, esto es que, **para una persona de 70 kilogramos de peso, la dosis media ideal será de 3,5 miligramos de THC.**” (el destacado me pertenece)

De acuerdo con la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la cantidad de THC presente en una muestra de cannabis se utiliza generalmente como unidad de medida de la potencia del cannabis, conteniendo la marihuana generalmente 5% de THC (“Why Does Cannabis Potency Matter?”, UNODC, 2009). El contenido de THC varía en función de la parte de la planta de Cannabis de que se trate: 10 a 12% en las flores postiladas, 1 a 2% en las hojas, 0,1 a 0,3% en los tallos, < 0,03% en las raíces³.

Volviendo al caso que nos ocupa, es claro que la capacidad toxicológica (THC) de las plantas encontradas, secuestradas y que, según la imputada, eran usadas para fabricar unas cremas que les aplicaba a sus pacientes de su oficio de masoterapeuta, no era suficiente para producir los efectos que

³ “Métodos recomendados para la identificación y el análisis del cannabis y los productos del cannabis”, UNODC, 2010.



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

exige el art. 40 de la ley de estupefacientes N° 23.737. En efecto, según ese texto legal el término 'estupefacientes' comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

La ley exige no que la sustancia sea un estupefaciente por el sólo hecho de ser incluida en una lista, sino que para ser un estupefaciente ella debe ser susceptible de producir efectos de dependencia y, como se dijo, el principio activo de THC es el elemento psicoactivo de la marihuana con idoneidad para generar esa dependencia.

Pero, además, el cálculo estipulado respecto de los posibles efectos psicotrópicos, es mediante la utilización de marihuana por vía oral, no por su aplicación de manera cutánea sobre alguna parte del cuerpo, que, según la experiencia -no científica, por cierto- de la propia imputada, provocaba relajamiento muscular.

En consecuencia, de todo lo dicho se concluye sin hesitación que no existe ningún tipo de peligrosidad al bien jurídico salud pública en la sustancia hallada, en tanto su composición y su concentración de toxicidad no podrían generar ninguna afectación en la salud de quien la consumiera, como lo exige el art. 40 de la ley de estupefacientes.

c) Respecto al uso medicinal del cannabis y la falta de inscripción en el REPROCAN, caben las siguientes consideraciones.

Se recordó que la planta de Cannabis Sativa solo tiene alrededor de 104 componentes químicos que pueden producir efectos

medicinales, de los cuatrocientos que posee. Entre los primeros se encuentra el THC como el elemento que produce los efectos psicotrópicos.

Es claro, que T. no tenía las plantas para su consumo personal, pese a lo cual así lo afirmó la Cámara, que intentó trazar un paralelismo con la conducta estipulada en el art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737.

Sin embargo, esa contradicción con la prueba, no lleva automáticamente a considerar que se trata de un caso de tenencia simple o de otra figura más grave, como la de siembra y cultivo del art. 5 de la misma ley, porque para ello, igualmente la sustancia debe tener idoneidad para lesionar el bien jurídico (art. 19 CN). La insignificancia de la sustancia estupefaciente por falta de suficientes propiedades químicas para dañar la salud de un ser humano, lleva a que ni siquiera pueda ser denominada estupefaciente a los fines del art. 40 de la ley 23.737.

Ahora bien, la conducta desplegada por M. A. T. de cultivar las plantas de cannabis sativa halladas en su domicilio, tendrían como su uso ser aplicado como cremas en su oficio de masajes, lo cual nos lleva a considerar si ello tiene alguna relevancia desde la mirada de su uso “medicinal” no autorizado. Lo coloco entre comillas, porque utilizaré este término a los fines de seguir la argumentación del recurso. Es decir, daré por sentado que la sustancia secuestrada, en la proporción y/o en la forma que era administrada por la imputada podría tener algún fin medicinal, lo cual está lejos de ser comprobable, pues con un criterio no científico cualquier producto podría ser considerado medicinal.

La Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados, crea en su art. 8 un registro nacional voluntario en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación a los fines de autorizar en virtud de lo



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía N°4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales.

Dicho registro es voluntario, y la falta de inscripción sólo podría acarrear una sanción administrativa, no penal, pues la ley 27.350 que regula el uso medicinal, terapéutico o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados no establece ningún delito. No debe confundirse la falta de inscripción para fabricar aceite de cannabis u otros productos con esa planta, como la crema aquí en cuestión, con los delitos que reprime la ley de estupefacientes.

Posteriormente la ley 27.669 profundizó esa decisión estatal al promover un marco regulatorio para el desarrollo de la industria del cannabis con fines medicinales. En tal ley, en su art. 15 expresa que cualquier infracción a esa norma y sus posibles reglamentaciones darán lugar a sanciones administrativas, y que las penales corresponderán sólo en caso de verificarse delitos de acción pública conforme lo previsto en los art. 204 y subsiguientes.

Precisamente, la ley de medicamentos N° 16.463 prevé un único delito, en su artículo 22, que complementa el sistema de los delitos contra la salud pública del Código Penal, ya que castiga a quien adultera un medicamento, es decir, el que mediante esa conducta impide que un medicamento cumpla las funciones para el que fue creado (curar la salud), pero no para el que daña la salud con una conducta activa, porque esas situaciones ya están previstas en los arts. 200 y subsiguientes en nuestro Código Penal y otras leyes especiales.

En consonancia, en el precedente jurisprudencial “TORANZO GIL, Paola Jordana s/ Infracción a la Ley 23.737” CN° FCB 15621/2018/12/CFC1 de la Sala 4 de esta Cámara Federal de Casación Penal de fecha 6 de diciembre de 2022, según voto preopinante y mayoritario se expresó que: “el elemento ‘sin autorización’ previsto en el art. 5° de la ley 23.737 está dirigido a otros supuestos que aquellos entendidos en la nueva ley 27.669. A lo sumo podrá asumirse como un concurso aparente por consunción: el propio legislador se encargó de destacar que para supuestos donde se realizan acciones tendientes a intervenir en la cadena de producción de cannabis con fines medicinales sin las debidas autorizaciones legales, la sanción a imponer será en sede administrativa o encuadrará en los delitos previstos en los arts. 204 a 204 quinquies del Código Penal (art. 15 de la ley 27.669).”

IV. Por lo expuesto, atento la evidente falta de tipicidad de las conductas imputadas, en orden a las facultades que me confiere el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, desisto fundadamente del recurso de casación interpuesto por el Fiscal General.

Fiscalía N° 4, 4 de julio de 2023.

Sc.

Javier Augusto De Luca
Fiscal General