



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REGISTRADO N° 224

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

La Plata, 12 de Mayo de 2020.

Y V I S T O S:

El recurso de apelación interpuesto a fojas 176/183 por la señora Defensora Oficial Dra. Sicard, contra el auto que no hace lugar al cambio de calificación y dispone la elevación de la presente IPP 06-00-025887-19/00, seguida a **DAMIÁN AGUSTÍN RAÑA** en orden al delito de cultivo de plantas y guardado de semillas para producir estupefacientes y de materia prima destinada a su producción o fabricación, en los términos del artículo 5° inciso "a" de la Ley 23737.

Practicado el sorteo de ley resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: **ERMILI - DALTO**
- OYHAMBURU

C O N S I D E R A N D O:

La señora Juez, **Dra. Miriam Patricia Ermili**, dijo:

I. Insta la defensa técnica el cambio de la calificación legal sostenida en autos respecto del delito de cultivo de plantas y guardado de semillas para producir estupefacientes y de materia prima destinada a su producción o fabricación, solicitando se califique el hecho endilgado como cultivo para consumo personal en los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

términos del artículo 5°, anteúltimo párrafo, de la ley 23737.

Se agravia respecto de los fundamentos brindados por el *a quo*, que sostiene la recurrente configuran una fundamentación aparente, alegando que no se valoró la prueba nueva agregada por la defensa luego de la resolución de la Alzada que confirmó la prisión preventiva de su defendido. Refiere que con posterioridad a la mencionada resolución, constató una dolencia que padece su defendido con la historia clínica y la conclusión del médico de que el consumo del aceite de cannabis mejoraba la situación de su defendido.

Indica que el delito requiere para su configuración que su conducta esté pre ordenada al tráfico de estupefacientes, el cual debe deducirse de las circunstancias del caso.

Agrega que el bien jurídico tutelado deja afuera las conductas que se orientan al autoconsumo, señalando que la posesión de semillas no significa su guarda, que es necesario el aspecto subjetivo de tender a promover, favorecer o facilitar el tráfico de estupefacientes y por ello la cantidad no determina que sea o no, siembra y cultivo.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Transcribió la declaración prestada por el acusado en los términos del artículo 317 del C.P.P. argumentando que su pupilo dio una explicación detallada de por qué poseía la cantidad hallada, que señala, es la necesaria para hacer el aceite que su dolor requería, y que era para consumo personal y el de sus amigos cuando iban a su casa, quienes son consumidores de marihuana.

Además transcribió las declaraciones efectuadas por dos amigos del acusado, Mauro Daniel Pucheta y Felix Leonardo Hojsgaard y la de su hermano, Cristian Ariel Raña.

Finaliza señalando que todas estas pruebas dan cuenta que el destino de las semillas y de las plantas secuestradas era para el consumo personal, quedando así probada la irrelevancia de la cantidad a los fines de la configuración del delito que se le endilga.

Requiere se haga lugar al recurso y se cambie la calificación legal a la figura atenuada contemplada en el anteúltimo párrafo del artículo 5° de la ley 23737.

II. Asiste razón a la señora Defensora Oficial. El recurso debe prosperar.

Con la valoración de los elementos de prueba incorporados con posterioridad a la intervención de este



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Tribunal al momento de confirmar la prisión preventiva de Raña (v. fs. 22/24 del incidente CP 32094) no resulta posible acreditar el propósito subjetivo que la figura requiere, esto es el destino ilegítimo del cultivo de plantas destinadas a producir estupefacientes en los términos del artículo 5 inciso a) de la ley 23737.

*En relación a este tópico se ha señalado que el destino ilegítimo "se refiere específicamente al llamado dolo de tráfico, es decir al propósito subjetivo de lucrar con la droga en sí y con el producto de su venta" (Cornejo, Abel, Estupefacientes, p. 39)." (Sentencia Sala I del Tribunal de Casación Penal del 23 de abril de dos mil quince en **Causa N° 68.597** caratulada "**COLOMBINI, Gabriel Fernando s/ Recurso de Casación**").*

Tienen dicho Falcone, Roberto y Capparelli, Facundo en su libro sobre "Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal" (págs. 137 y sigs.) -tal como lo indica la Sra. Defensora- que "...subjetivamente la siembra debe tender a promover, favorecer o facilitar el tráfico de estupefacientes; la siembra es un eslabón del tráfico y si se siembra una sola semilla con esa finalidad estaremos en presencia de tráfico ilícito, de lo contrario no. Por ello prestamos adhesión a la Cámara



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Federal de La Plata, cuando exige que la siembra sea capaz de proveer la materia necesaria al traficante de drogas. Dicha finalidad común a los delitos de tráfico de estupefacientes se puede perseguir sembrando una o muchas semillas. Se reitera, la comisión de este delito requiere de un elemento subjetivo en cuanto a conducta preordenada al tráfico ilícito de estupefacientes, elemento que al no poderse percibir sensorialmente no podrá ser objeto de prueba directa, razón por la cual deberá deducirse de las circunstancias del caso. Y claro está que es la acusación quien debe probar dicho extremo. La interpretación precedente se refuerza si se tiene en cuenta que, según la reforma efectuada por la ley 24.424 en el art. 5ª de la ley 23.737, "en el caso del inc. a) cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los arts. 17, 18 y 21""

Como anticipara ese "dolo de tráfico" no surge del marco probatorio que a continuación expondré. El procesado Raña en la oportunidad de prestar declaración a tenor del artículo 317 del ritual expresó que luego del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

accidente que sufrió en junio de 2018 (el cual significó un estallido de su fémur, quedando con discapacidad, prótesis, clavos, alambres y dolores constantes en pierna, espalda y cuello) y debido a su pertenencia a la "cultura canábica" comenzó a cultivar semillas que le habían regalado unos amigos por tener conocimiento que dicha sustancia era beneficiosa para la salud. Es así que su finalidad -afirmó- era realizar aceites, cremas, usarla en aspectos culinarios (señala que realizaba brownies, volcán de chocolate) y consumirla en forma de cigarrillos, ya sea para paliar sus dolores, como para satisfacer su adicción (la cual reconoce desde sus 17 años). Indicó que cosechó esas semillas a fines de marzo d 2019 e hizo el aceite que luego se secuestrara. Alegó que un litro de aceite le demanda para su producción 400 gramos de marihuana y que también con cera de abejas produce cremas. Luego especificó que además de la producción de aceites y cremas, consume solo o con amigos entre uno y dos gramos diarios; y que tenía pensado producir alrededor de cuatro litros de aceite -amén de los otros usos que ya se indicaran- previendo su consumo para seis u ocho meses. Dijo que el ser técnico agropecuario contribuyó para tener una buena cosecha y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

brindar el debido tratamiento a las plantas. También alegó que como el cultivo era al exterior esa cosecha le servía solo para ese año y debía volver a plantar en setiembre de 2019 para producir para el año siguiente.

Seguidamente dio explicaciones acerca de las medidas de seguridad que poseía su vivienda y los motivos que lo llevaron a ello; dio detalles tanto de su accionar durante el momento del allanamiento de su morada como el de los agentes de la policía al efectuarlo.

Esa declaración se encuentra corroborada con lo declarado por Mauro Daniel Pucheta (v. fs. 142/144) quien dijo conocer a Damián desde el 2003 cuando comenzaron el secundario en la escuela agropecuaria de Bavio y refiere que conocía la adicción del imputado a la marihuana y al aceite de cannabis debido a su dolencia luego del accidente. Preciso la manera de fabricación del aceite y dio su parecer respecto de la gran cantidad de plantas que Damián tenía en su casa; además dijo que todos los amigos cultivaban y consumían. También sus dichos resultan similares a los dados por el procesado respecto de su vida privada y laboral.

De la declaración de Félix Leonardo Hojsgaard (v. fs. 140/141 vta.) puedo extraer el conocimiento que tenía



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

del interés de Raña por encontrar algún paliativo al dolor que tenía el imputado luego de su accidente. Refiriéndole su amigo que tenía "buenas referencias del aceite cannábico". Asimismo dijo desconocer la adicción de Raña, que lo suponía, pero que era su real interés fabricar el aceite para mitigar su dolencia, aunque le preocupaba que para esa producción de aceite debía cultivar mucha marihuana.

La testimonial de Cristian Ariel Raña (v. fs. 137/139 vta.), también da cuenta de la necesidad de su hermano de producir el aceite para su uso medicinal. Al igual que el testimonio antes señalado, niega que su hermano haya fumado delante suyo. Categóricamente expresó que "Con respecto al tema de la marihuana que se encontró en su casa es por un tema de consumo medicinal ya que tuvo un accidente el año pasado y por eso es que plantaba para fabricar aceite, para aliviar los dolores que padece. Era la primera vez que plantaba en el patio trasero de su casa que tiene tierra. Antes había tomado aceite que le consiguieron amigos y como le funcionó decidió comenzar a producirlo para él".

En el incidente de morigeración luce la historia clínica del procesado, dando cuenta del accidente que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

[Firma manuscrita]

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

tuvo, su intervención quirúrgica, su proceso de rehabilitación, los cuales son contestes -en lo puntual-con su declaración ya mencionada y lo referido por las testimoniales también antes indicadas. Voy a destacar el informe psicológico elaborado por la psicóloga de la Asesoría pericial departamental en tanto da cuenta de un sujeto que reconoce su adicción desde temprana edad (cocaína inhalada y LSD) que tiene un relato coherente, sin desligarse de los hechos vividos, que posee capacidad reflexiva sobre sus acciones, que su aparato psíquico está conformado de manera adecuada y que se observan dificultades para medir adecuadamente algunas de sus acciones, correspondiendo ello más a un rasgo de inmadurez psicoafectiva que a un rasgo psicopatológico. Este informe aventa -claro, relativamente- la posibilidad de encontrarme ante una persona fabuladora o negadora del hecho atribuido, el cual me permite inferir un relato coherente a los fines propuestos en esta fundamentación cual es justipreciar ese aspecto subjetivo en la conducta de Raña (o sea, que su conducta no se encuentra preordenada al tráfico de semillas).

El exhaustivo examen médico obrante en fs. 72/77 vta. confeccionado por la Asesoría pericial local



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

(glosado al Incidente de morigeración N°5) también señala un individuo que presenta dolor en región trocantérea y glútea derecha, debido al antecedente quirúrgico por fractura de fémur derecho, que requiere uso de analgésicos como diclofenac/tramadol (que le suministran intramuros). En esa ocasión Raña refiere haber requerido tratamiento con aceite de cannabis (no recordando el nombre del médico que se lo indicó) durante cinco meses hasta su privación de la libertad. Luego de indicar la bibliografía consultada refieren los profesionales actuantes -entre otras serias reflexiones- que los estudios evaluados concluyen que los cannabinoides mejoran el dolor neuropático en comparación con el placebo, concluyendo que éstos mostraron ser beneficiosos en el tratamiento del dolor crónico cuando se lo comparó con el placebo. El uso de cannabinoides -señalan los peritos- permitió reducir la dosis de opioides como así también suspender otros esquemas terapéuticos adyuvantes como AINES, antidepresivos tricíclicos, dexametasona u ondansetrón. Señalan que de esta manera el rol de los cannabinoides como tratamiento adyuvante para el dolor.

En concreto, en el caso del paciente Raña, indican que según los datos bibliográficos expresados a través



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

del informe de ANMAT, podrían ser utilizados en situaciones médicas como la presentada en los presentes autos, luego de agotadas todas las instancias de tratamientos analgésicos de uso convencional. A continuación y sin perjuicio de lo dicho, destacan que para uso médico de cannabis en sus opciones posibles para tratamiento del dolor crónico, debieran ser indicadas por profesional capacitado y con experiencia en manejo de dolor.

La valoración probatoria que me lleva a proponer al Acuerdo el cambio de calificación legal solicitado por la Defensa no se ve afectada -en este caso- por la cantidad de cannabis sativa incautada (ya sea en hojas, flores, ramas, raíces) o porque la vivienda posea cámaras de seguridad, o tenga un perímetro de rejas de una altura superior a los tres metros con alambres de tres hilos. Tampoco alcanza para demostrar el dolo de tráfico -ni aún en su análisis conglobante con los anteriores hechos indicados- que en una habitación junto a un ropero hubiese seis cajas de cartón que contenían flores o cogollos de Cannabis Sativa; que en otra habitación se encontrasen otras cajas, latas frascos y bolsa de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

residuos que contenían también flores o cogollos, como así también una bolsa con fertilizante para el cultivo.

Ello es así porque, por un lado fue explicado, que se requiere cierta cantidad de la sustancia para la preparación del aceite y que no todo lo secuestrado sirve a tales fines. Por el otro, y reitero, no se pudo acreditar el dolo de tráfico exigido por el tipo subjetivo en cuestión.

En consecuencia, considero que corresponde hacer lugar al cambio de calificación requerido por la defensa, esto es encuadrar el hecho en el anteúltimo párrafo del art. 5^a de la ley 23.737 (art. 210 del C.P.P.). Dejo aclarado igualmente que, en el caso, la tenencia para consumo personal afectó derecho de terceros, toda vez que, como fue reconocido por el propio imputado, la misma también es compartida con un grupo de amigos para fumar. Por ello, en el punto no resulta aplicable la doctrina del caso Arriola S. y otros s/ Causa N° 9080 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III.- En atención al cambio de calificación propuesto, el *a quo* deberá revisar la situación procesal del imputado en lo que se refiere a la medida de coerción



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

que viene sufriendo, a la luz del nuevo encuadre legal propiciado.

Así lo voto.

El señor Juez, doctor **Raúl Dalto** dijo:

Considero que Damián Raña sembró y cultivó plantas de cannabis para su consumo personal. Resulta imprescindible -para un fundar ese aserto- realizar un adecuado análisis de las circunstancias fácticas para proceder a modificar la calificación realizada por el a quo. Tal encomiable labor llevó adelante quien abre el debate.

Surge de allí que no se pudo constatar la comercialización que requiere la figura penal endilgada. Tampoco surge del requerimiento de la señora Agente Fiscal la concurrencia de presuntos compradores a la vivienda del imputado ni otras circunstancias que indicaran que en el domicilio se desarrollaran actividades sospechosas. En este marco es que adquiere trascendencia el relato del procesado -el cual ya analizara la doctora Ermili- en el que asumió que el cultivo estaba destinado a procurarse la producción del aceite de cannabis como paliativo del dolor producto de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

su accidente y, además, para su consumo, iniciado a los 17 años de edad (artículo 210 del CPP).

Por otra parte, el lugar donde fueron halladas las plantas, flores, ramas, hojas, raíces o los frascos de aceite revela indudablemente que se produjo en lugares de exclusivo acceso del procesado de autos, es decir en su esfera íntima de custodia y dominio.

A estas circunstancias debe adunarse los efectos positivos del tratamiento con el aceite de Cannabis que surge del informe producido por la Asesoría pericial departamental. En el caso en concreto, esa circunstancia es relatada por Raña (en cuanto al estado de dolor constante que mitiga mediante el consumo del aceite medicinal de cannabis) en el marco de su declaración a tenor del artículo 317 del ritual. Este aspecto tampoco es contrarrestado por el Ministerio Público Fiscal en tanto, como dijera el voto que me antecede -fundado en el informe médico de la Asesoría pericial- "...podrían ser utilizados en situaciones médicas como la presentada en los presentes autos." En este punto quiero agregar que "Los cannabinoides atenúan diferentes tipos de dolor (neuropático e inflamatorio) y el propio sistema endocannabinoide puede ser modulado a nivel periférico,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

medular y supraespinal por varios estados de dolor crónico. En la médula espinal, la activación de los receptores CB1 reduce la transmisión del dolor a través de las neuronas del área dorsal, impidiendo que las señales ascendentes de dolor alcancen estructuras superiores dentro del sistema nervioso central (SNC). Los cannabinoides también activan estructuras supra-espinales, incluyendo la materia gris peri-acueductal y la amígdala" (del INFORME ULTRARRÁPIDO DE EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍA SANITARIA CANNABINOIDES Y DOLOR PROGRAMA EVALUACIÓN DE TECNOLOGÍA SANITARIA - ANMAT)

Singular atención debe prestarse al concepto de "escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias" que acuña el anteúltimo párrafo del artículo 5 de la ley 23737, la cual indudablemente tiene que ir de la mano con la posibilidad de producción que puede obtenerse de la superficie y cantidad de la siembra en cuestión, así como también debe considerarse el ciclo temporal necesario para que esa siembra o cultivo dé sus frutos y pueda ser utilizado para el consumo. También este mérito surge del racconto probatorio del anterior voto (artículo 210 del ritual)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Voy abriendo de esta manera mi decisión al siguiente punto, la calificación legal del hecho. Entonces, debo decir que todo lo apuntado no ha logrado ser contrarrestado por la Fiscalía con elementos de prueba que acrediten una ultraintencionalidad distinta -fines de comercialización- (véase auto de requerimiento de elevación a juicio, fs. 160/163).

Todas estas pautas de razonamiento me llevan a compartir el encuadre jurídico propuesto por la distinguida Juez preopinante. Para el reproche de la infracción al Art. 5 inc. a) de la Ley 23.737, debe suponerse una finalidad de comercio en el cultivo, siembra o guarda, o que estos comportamientos sean parte de un tramo de la cadena de comercialización de estupefacientes. O sea que se trate de actos que integren de algún modo la cadena de tráfico de estupefacientes. Y donde el sujeto activo exteriorice un dolo de tráfico.

En este sentido se ha expedido la Cámara Federal de Casación Penal que ha dicho "...la siembra, cultivo o guarda tipificadas en la citada norma deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

tales conductas contribuyan a la cadena de tráfico de estupefacientes" (Sala III, 17/6/08, "Mansilla, Soledad Del Milagro", LL, AR/JUR/4586/2008). En el mismo rumbo, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín sostuvo que las distintas acciones descriptas en los incisos de esta norma, requieren su vinculación con el tráfico ilícito de estupefacientes. Es que, tales figuras deben estar acompañadas de un elemento subjetivo específico, entendido como la finalidad por parte del sujeto activo de que con estas conductas se contribuya a la cadena de tráfico de estupefacientes (Sala II, "Medina, Luciano Sebastián s/Inf. Ley 23.737", causa n° 322, del 3/07/08). Asimismo, esta postura en relación al aspecto subjetivo del delito de cultivo de estupefacientes ha sido sostenida por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata relativo a que para el reproche de la infracción al artículo 5 inc.a de la ley federal, debe suponerse una finalidad de comercio en el cultivo, siembra o guarda, o que estos comportamientos sean parte de un tramo de la cadena de comercialización de estupefacientes (expediente nro. 2386, caratulado Dirección de Investigaciones de Alta Complejidad y Narcotráfico, registro nro. 2305 de fecha 02/03/99).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Entonces, no acreditado el elemento subjetivo de tráfico por la señora Agente Fiscal, sólo resta decir que claramente el uso del cannabis sativa era -principalmente- para uso medicinal del procesado. Y sobre el punto corresponde señalar que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, con la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley. Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

[Firma manuscrita]

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

necesarios". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del art. 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptarlos Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". Además, este derecho es reconocido, en particular, en el inciso IV) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Analógicamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales (Observación Gral. N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Civiles). Sobre el particular también se ha pronunciado nuestra CSJN al entender que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida —garantizado por la CN—, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 323:1339; 329:4918 y disidencia de los Jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en Fallos: 332:1346, entre otros). A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de la salud



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

-comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional-, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (Fallos: 323:3229; 328:4640; 329:4618 y conf. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba del 20/07/2018 "I., M. P. c. DASPU - Obra Social Universitaria y Otro s/ prestaciones farmacológicas").

Finalmente no soy ajeno a que en los últimos años se ha observado un creciente interés médico (pero especialmente, de pacientes y de sus familiares, y organizaciones no profesionales), en el potencial terapéutico de derivados o productos del cannabis como analgésico (en caso de dolor crónico neuropático), como antiemético (náuseas y vómitos postquimioterapia), como anticonvulsivante/antiepiléptico (en epilepsia refractaria), y como orexígeno (en pacientes con HIV/SIDA y cáncer). Actualmente, se ha sumado la investigación preclínica y clínica en enfermedades degenerativas neurológicas (esclerosis múltiple, enfermedad de Parkinson, corea de Huntington y enfermedad de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

Alzheimer), en epilepsia refractaria, en dolor crónico (especialmente neuropático) y en glaucoma. Este interés conllevó a un amplio y extenso debate sobre su real utilidad terapéutica, frente a la importante promoción de su uso manifestada por distintas asociaciones no profesionales de pacientes para el uso de preparados de dicha planta (por ejemplo: aceites de cannabis).

Con tal norte el 29 de marzo de 2017 el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.350, que regula el uso terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis con la creación de un programa nacional para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta y sus derivados, garantizando el acceso gratuito para las personas que se encuentren incorporadas al programa (arts. 7 y 8), autorizando el cultivo por parte del CONICET e INTA con fines de investigación médica o científica, así como para elaborar la sustancia que suministrara gratuitamente el programa. Si bien la ley mencionada ha dejado excluido el autocultivo de cannabis con cualquier finalidad, ha establecido un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal de cannabis, reconociendo sus propiedades medicinales y paliativas del dolor en determinadas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

enfermedades. Y aquí es donde cobra notable valor lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de las personas y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284).

Por todo lo dicho, y adhiriendo en un todo al voto que abre este Acuerdo, doy el mío.

La Sra. Juez doctora **María Silvia Oyhamburu** dijo:

Adelanto que coincido con el voto de la distinguida colega que abre este Acuerdo por lo que habré de adherir al mismo.

En ese sentido, entiendo que del nexa probatorio conformado en la presente y en atención a las especiales particularidades del asunto traído a resolver,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

corresponde hacer lugar al cambio de la calificación que viene atribuida, siembra, cultivo de plantas y guardado de semillas para producir estupefacientes o materia prima destinados a su producción o fabricación (artículo 5, inc. a) Ley 23737), debiendo encuadrarse la conducta del procesado Damián Agustín Raña en la figura penal prevista en los términos del artículo 5, anteúltimo párrafo, de la Ley 23737, dando curso a la pretensión defensiva.

A la cuestión bajo análisis concurren diversos factores que surgen de los elementos acreditados en autos, los cuales ya han sido de manera pormenorizada detallados por la señora Jueza que encabeza el orden de votación para este Acuerdo y a los que en honor a la brevedad me remito.

Entre las constancias señaladas en esa ocasión tengo para mí en la ponderación, primordialmente, la evidencia científica (saber médico profesional) de carácter oficial, incorporada a fs. 72/77 vta., la cual -en derivación- cierra el plexo valorativo que resume la imposibilidad de demostrar el elemento subjetivo que el tipo penal atribuido requiere, como para igualmente formular al mismo tiempo la ausencia de afectación al bien jurídico tutelado por la norma de remisión (artículo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

5, inc. a) Ley 23737) . Tacha que deja en pie la realización típica de tenencia para consumo personal, como lo señala la colega opinante en el primer voto (artículo 5, anteúltimo párrafo, de la Ley 23737).

Es decir, por las individuales características del caso, no puedo dejar de destacar la incidencia del informe de mención realizado por los Peritos de la Asesoría Pericial Departamental, Nicolás Romano Yalour -Médico Traumatólogo- y José Luis Fernández -Médico Clínico-, agregado en las presentes actuaciones con posterioridad a que esta Alzada confirmara la prisión preventiva respecto del imputado Damián Agustín Raña en esta causa (v. incidente CP 32094 y 32094/1, Registro N° 671 del Libro de interlocutorios del año 2019). El dictamen emitido por la Asesoría Pericial se erige como pieza fundamental que informa sobre la situación-estado de salud que padece el señor Raña, revela el cuadro de dolor crónico que soporta el procesado, refiriendo al tratamiento que el mismo debe recibir por ser refractario a las medicaciones convencionales. Por lo tanto, de ahí fundamentalmente se recoge, el conocimiento calificado en la materia que lleva a descartar el querer en la realización típica de la calificación que viene



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

cuestionada, en cuanto a la consideración de una conducta predeterminada o destinada al tráfico ilícito de estupefacientes.

Hecha la aclaración, por la entidad de la experticia como carta trascendente de prueba al momento de fundamentar el sentido en que se habrá de resolver la cuestión, pienso que no caigo en reiteraciones al transcribir las conclusiones del informe practicado por la Asesoría, donde en su parte pertinente se lee: "DAMIÁN AGUSTÍN RAÑA presentaría como antecedentes médicos de importancia vinculados a los presentes autos Traumatismo de fémur derecho con fractura que requirió resolución quirúrgica (osteosíntesis con clavo endomedular), el día 29 de Junio de 2018 en el Hospital San Roque de Gonnet de acuerdo con protocolo quirúrgico obrante, con requerimientos de tratamiento para el dolor crónico postraumático, refractario al tratamiento convencional, requiriendo tratamiento con cannabis, según consta a fs. 7 del Incidente de morigeración N°6 (informe Dr. Mochen).

Es de destacar que de acuerdo a las constancias ofrecidas como prueba se desprende que el actor requirió el uso de analgésicos (diclofenac / paracetamol /



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

tramadol) y según el dato a fs. 7 firmado por el Dr. Mochen fue refractario a dichos tratamientos, aclarándose que no consta detalladas las drogas, dosis ni tiempo de utilización.

Asimismo se expresa que los cannabinoides, de acuerdo a los datos bibliográficos expresados a través del informe de ANMMAT, podrían ser utilizados en situaciones médicas como la presentada en los presentes autos, luego de agotadas todas las instancias de tratamientos de analgésicos de uso convencional.

No obstante lo expresado, las indicaciones para uso médico de cannabis en sus opciones posibles para tratamiento del dolor crónico, debieran ser indicadas por profesional capacitado especializado y con experiencia en manejo de dolor, debiendo conocer las variantes posibles de uso terapéutico, dosis, vías de administración, y conocimiento de efectos adversos, con el uso prolongado."

Por otra parte, a propósito del asunto, es oportuno agregar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina el derecho a la protección de la salud, "Artículo 12 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental."

Además, en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, se establece el principio de dignidad, "Los Estados Partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...". Dicho instrumento establece el principio pro hómine en el artículo 5: "Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

También, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, preserva en su artículo 5: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar." Asimismo en su artículo 11 establece: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, igualmente ordena el principio pro hómine en su artículo 29: "Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Al respecto, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobada por la Ley 19865 el 3 de octubre de 1972, dispone en su artículo 26 el principio de Pacta Sunt Servanda, el cual establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, constituyendo el principio del respeto que está dado por la voluntad de que se cumpla con los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales, garantizando el ejercicio pleno y libre a toda persona que se encuentre sometida a su jurisdicción. El Estado Argentino debe cumplir con los principios, derechos y obligaciones suscriptos en los tratados internacionales incorporados, resultando imprescindible que en la aplicación del derecho interno y el derecho establecido en los tratados, no se invoquen las disposiciones de derecho interno como justificativo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

de incumplimiento, tal como lo dispone el artículo 27 de la mencionada Convención: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

En consecuencia, el predominio que los Tratados Internacionales firmados por nuestro país (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nación) tienen en el derecho positivo interno, los vuelve directamente en operativos. Refiriéndose al tema Juan Carlos Hitters ha dicho que "...Se ha configurado así lo que dio en llamarse la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional (lex universalis). (Juan Carlos Hitters; obra "Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Influencia de los tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los jueces"; Impreso en la imprenta de la S.C.J.B.A., edición año 2009.).

Finalizando, debo decir que no se me pasa por alto que los delitos contra la salud pública previstos en el Código Penal son figuras que protegen a las personas y a la ciudadanía en general de situaciones de peligro para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

la salud. No obstante, repito, en el caso en particular y en este momento procesal, no se ha podido inferir el elemento subjetivo del tipo penal atribuido en la oportunidad, respecto a la conducta dirigida al tráfico ilícito de estupefacientes. Tampoco, la afectación al bien jurídico derivado de esa infracción material que concrete la creación efectiva de ese peligro para la salud con alcance en la calificación que viene cuestionada, (c.c., Exma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora, Sala III, 27 de abril de 2017, R. No 453/17).

Por todo lo expuesto, adhiero de manera íntegra al voto de la doctora Ermili por sus propios fundamentos y la decisión que propone. De lo que se concluye, corresponde hacer lugar al cambio de calificación solicitado por la Defensa en los términos del artículo 5, anteúltimo párrafo, de la Ley 23737, encomendando al a quo revisar la medida de coerción que pesa sobre el imputado en función del nuevo encuadre legal propiciado, (artículos 106, 210, 421 y .c. del C.P.P.).

Así lo voto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CP 32094/2
RAÑA, Damián A.

POR ELLO, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 106, 210, 421, 441, 442 y concordantes del Código Procesal Penal, el Tribunal

RESUELVE:

1. **POR UNANIMIDAD HACER LUGAR** al recurso interpuesto **MODIFICANDO la calificación legal** del hecho imputado a Damián Agustín Raña encuadrándolo en el anteúltimo párrafo del art. 5° de la ley 23.737; 2. **POR UNANIMIDAD DISPONER que el Sr. Juez a quo REVISE** la situación procesal del imputado en lo que se refiere a la medida de coerción que viene sufriendo, a la luz del nuevo encuadre legal propiciado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.


RAUL DALTO
Juez


MIRIAM PATRICIA VERMILI
Juez


MARIA SILVIA OYHAMBURU
Juez


FLAVIA LORENA MAZZEO
Secretaria
Cámara de Apelación y Garantías
en lo Penal

