



**Visto:**

Los autos N° FMZ 21605/2019 caratulados “Tudela Carrasco Alexis Román sobre infracción a la Ley 23.737 (art. 5 inc. c)”, tramitados ante esta Fiscalía Federal de San Rafael, y:

**Considerando:**

1. Que el 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral de Implementación del Código Procesal Penal Federal, dispuso la implementación parcial del sistema acusatorio en los procesos penales de índole federal, sin distinción de lugar ni de tiempo. En particular, los artículos puestos en funcionamiento fueron los N° 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221 y 222.

Que a raíz de ello, el Procurador General de la Nación Subrogante dictó la Resolución PGN N°97/19, mediante la cual se ofreció una salida al hecho de que, mientras el artículo 31 puesto en vigencia regula las formas de extinción de la acción penal que derivan de la aplicación de un criterio de oportunidad, no fueron implementados los artículos 251 y 252 que indican cómo materializar esos institutos.

De tal manera, la resolución mencionada dispone que “*si el representante del Ministerio Público Fiscal estima que procede la aplicación de alguno de los supuestos de oportunidad del artículo N°31 CPPF, declarará que prescinde de la persecución penal pública y notificará a la víctima que podrá requerir fundadamente dentro del plazo de tres días su revisión ante el fiscal superior. En los supuestos en los que no haya víctimas identificadas en la causa, la aplicación del criterio de oportunidad necesariamente deberá ser evaluada por el fiscal superior dentro de los tres días. En ambos casos, si la pretensión del fiscal no es ratificada por su superior, se dispondrá la continuación de la investigación. En cambio, si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad, o si no fue cuestionado por parte de la víctima, dadas las características del sistema procesal vigente, la causa deberá ser remitida al órgano jurisdiccional para que disponga lo que corresponda dentro de su ámbito de competencia.*”



2. En este contexto, éste Ministerio Público declara que no tiene interés político criminal en la persecución penal del presente proceso, y que en consecuencia corresponde disponer totalmente de la acción penal. En lo que sigue, las razones.

3. La causa inició el 5 de abril de 2018 con el preventivo N° 141/18 de la División Lucha Contra el Narcotráfico General Alvear de la Policía de Mendoza, en la que se detalló una denuncia recibida a través del sistema Fonodrogas, según la cual *“una dietética ubicada sobre Avenida Alvear Oeste estaría vendiendo aceite y crema de cannabis”* (fs. 1). Luego de ello, por disposición del juzgado (fs. 2), se realizaron tareas de campo en el lugar, que permitieron identificar la dietética bajo el nombre “Rincón Natural”, ubicada en Av. Alvear Oeste 882, y en cuya vereda había dos carteles en forma de pizarra con las inscripciones “crema de cannabis”. Asimismo se identificó a un hombre de entre 20 y 25 años como quien atendía el lugar, sin poder determinarse si era o no el dueño (fs. 4).

Con ello, la policía solicitó el allanamiento del local comercial (fs. 5/6), que fue habilitado por el juez (fs. 7) y materializado el 8 de junio de ese año. En su interior se encontraron 4 bolsas con folletos informativos de las propiedades medicinales del cannabis, un frasco con tapa gotero con la inscripción “oil sativa indica”, 11 frascos de plástico con spray con la inscripción “loción de cannabis”, 7 frascos de vidrio con la inscripción “crema de cannabis”, 23 frascos plásticos (de los cuales 20 tenían la inscripción “aceite de cannabis” y los 3 restantes “crema de cannabis”), y 18 frascos goteros con aceite de cannabis (fs. 11/12)

El juez delegó la investigación en este Ministerio Público en los términos del art. 196 del CPPN (fs. 15).

4. Analizado el hecho objeto del proceso, entiendo que es conveniente recurrir a la aplicación del art. 31 inc. a) CPPF, es decir, aplicar un criterio de oportunidad por insignificancia, por tratarse de un hecho de tan poca relevancia que no merece la atención del sistema de justicia penal.



Ante todo, he de destacar que *prima facie* el evento cuya relevancia penal se estudia es susceptible de ser encuadrado en los términos del art. 5 inc. c) de la Ley 23.737. Ello en tanto la cantidad de elementos secuestrados son excesivos para pensar en una hipótesis de destino al consumo, y de hecho por su cantidad es probable y posible sostener una hipótesis de comercio. Asimismo, se encuentra acreditado que el sospechoso realizaba ofertas al público a través de redes sociales del producto en cuestión. Sin embargo, creo que razones de política criminal justifican prescindir de la persecución penal en el caso concreto, propiciando así la declaración de extinción de la acción penal en los términos de art. 59 inc. 5 del Código Penal. Para poder explicar esto, debo someramente mencionar qué entiendo por insignificancia y cuáles son las pautas que ese concepto me ofrece para orientar la consideración concreta de cada caso.

5. Según entiendo, el derecho penal no establece prohibiciones de comportamientos sino que, por el contrario, declara que ciertas conductas son moralmente incorrectas en términos que le interesan a toda la comunidad, y a raíz de ello es que dispone su criminalización (Duff, Antony. *The realm of criminal law*. Oxford, 2018, cap. 2). En este sentido, cuando el Congreso dicta una norma penal que significa una conducta como delito, tanto en los delitos del derecho penal nuclear (lo que en el mundo anglosajón suele denominarse *mala in se*) como periféricos (que podría identificarse con el concepto de *mala in prohibita*), lo que hace es positivizar una incorrección moral previa cuando ella asume un interés público, es decir, cuando esa incorrección no queda en el ámbito de las relaciones interpersonales privadas sino que atañe a las relaciones políticas que se desarrollan en el ámbito de una comunidad. Ello no significa que toda incorrección moral deba criminalizarse ni mucho menos, sino que todo delito supone una incorrección moral previa que se usa como razón para su criminalización -dentro de otras razones que compiten con ella, como son razones de tipo estratégico, económicas, prudentiales, etc.-.

Explicar esto es importante porque tiene relevancia en cuanto a cómo debemos comprender los criterios de oportunidad. Si uno asume que la criminalización de conductas no tiene por finalidad proteger uno u otro bien jurídico, sino normativizar estándares de comportamiento y así ayudar a identificar conductas que se



consideran incorrectas en un tipo de relación política, se podrá entender que la insignificancia del hecho deriva, justamente, de la insignificancia social del comportamiento.

De este modo, cuando se comete un delito, no se está atacando un bien jurídico, sino que lo que se está dañando es la relación interpersonal que subyace a los protagonistas del conflicto. Es por ello que puede justificarse la criminalización de conductas que no ocasionan ningún daño a un bien jurídico (como ocurre con los delitos de peligro abstracto, como el tráfico de estupefacientes), a la vez que puede no criminalizarse otra que sí lo hace (como ocurre, por ejemplo, con defraudaciones tributarias que no superan determinados montos económicos o con meras inmoralidades privadas, como la ofensa a un amigo o la infidelidad). Lo relevante para la criminalización de conductas es que ellas constituyan una incorrección que tenga relevancia en la comunidad política en que se desarrollan, porque ataca los valores comunitarios que la identifican.

Lo que compete al derecho penal es garantizar que las normas penales, que son la expresión de una constitución democrática de la comunidad, tengan vigencia. Y esa vigencia es importante porque supone que un respeto al vínculo de ciudadanía y al proceso político que le da origen. De esta comprensión del derecho penal como garante de la vigencia de la identidad comunitaria y no de bienes surge el carácter público del conflicto penal. Esto es así en tanto el delito no es sólo la afectación de un bien de la víctima, sino de una pauta social puesta por el derecho.

6. Esta manera de comprender el derecho penal permite desligar el concepto de insignificancia, previsto en el art. 31 a) CPPF, del de lesividad a un bien jurídico concreto. Esto es así debido a que el objeto de protección del derecho penal no serían tales bienes sino la relación que vincula a los ciudadanos entre sí a través del derecho. De este modo, a través del castigo, que es la respuesta natural del derecho penal, no se busca resocializar al condenado o condenada ni la evitación de futuros delitos (más allá de que ello pueda comprenderse como una consecuencia favorable del derecho penal e incluso configurar los fines a los cuales se orienta la ejecución de la pena), sino comunicar al ofensor u ofensora que su comportamiento ha generado un malestar social relevante,



comunicación que para ser eficaz debe materializarse a través de la imposición de una carga (*hard treatment*). Bajo esos términos, la insignificancia tendrá lugar cuando no exista nada para reprochar al ofensor en términos comunitarios, es decir, cuando a pesar de que su conducta encuadre en aquello que ha sido descrito como delito en el enunciado normativo, ese actuar no tenga ningún significado socialmente relevante, tal que justifique entablar un diálogo entre la comunidad y el ofensor.

Para ello, es necesario distinguir la criminalización formal y la criminalización sustancial de una conducta. En el primer caso, a través de la legislación penal se determina a priori que una conducta es incorrecta y merece su criminalización. En el segundo, los empleados del sistema de justicia penal analizamos si el caso concreto efectivamente provocó el daño o mal que la norma pretendía evitar. De tal manera, es posible que una norma criminalice justificadamente una conducta, pero que luego ese comportamiento, por diversas razones, no justifique ser criminalizado en concreto (Duff, Antony, *ob. cit.*, p. 68/70). El principio de insignificancia solo puede jugar en esta segunda instancia, cuando el caso es sometido al sistema de justicia penal, que analiza en concreto cuál es la necesidad de reacción frente al suceso en concreto. Es en este segundo momento donde se analiza si la conducta es socialmente relevante, más allá de encuadrar en la descripción típica que ofrece una norma. Cuando ella no lleva ese contenido de incorrección moral desestabilice el vínculo político que vincula al autor con su comunidad, no debe ser castigada.

7. En el caso, creo que estamos ante un caso de insignificancia en esos términos, ello por diversos factores.

#### 7.a. Grados en el concepto

En primer lugar, debido a que el propio concepto de estupefaciente no puede entenderse en términos binarios, como algo absoluto, sino como comprensivo de una pluralidad de objetos que pueden entrar en mayor o menor medida dentro de él. Así, existen objetos que constituyen estupefacientes que se ajustan en mayor o menor medida al tipo ideal que la norma tiene en miras. De tal forma, no pueden ser



tratadas de igual manera las drogas sintéticas que drogas blandas como la marihuana y, dentro de esta última, sus diversas variantes de consumo (vía combustión del cogollo, vía oral del aceite que se extrae del cannabis, o vía corporal de las cremas que de él resultan). En este sentido, creo que tanto el hecho de que estemos ante cremas, aceites y sprays y no ante el cannabis directamente cosechado y secado, y el hecho de que el producto se consuma vía aplicación en la piel y oral y no combustión, hace que sea considerado, si se quiere, *menos estupefaciente* que en sus otras variantes. Esa es una primera razón para considerar la crema y el aceite de cannabis como constitutiva de un estupefaciente con un significado socialmente negativo menor a otros elementos que también entran en el concepto.

#### 7.b. Composición química

En segundo lugar, destaco que no se ha podido determinar la concentración del cannabis dentro de la crema y los aceites, es decir, en términos criollos, *cuánto de cannabis había en ella*. Esa indeterminación fáctica del evento no puede jugar sino en favor del imputado, de allí que constituya otro elemento a juzgar en favor de su descriminalización.

La pericia química obrante en la causa se limitó a afirmar la presencia de tetrahidrocannabinol, llamado comúnmente "THC", pero no ha verificado cuánta incidencia tiene este principio activo del cannabis en el total del producto. A su vez, tampoco se ha informado sobre la presencia de otros cannabinoides, comúnmente presentes en los productos destinados al uso terapéutico del cannabis, incluso caseros, como el cannabidiol, conocido como CBD, o algún otro de los más de cien que han sido científicamente comprobados en el estudio de los efectos psicoactivos de la planta de cannabis.

Tampoco se ha hecho referencia a las posibilidades de absorción del cuerpo humano como reacción ante aquellos, y la interacción de los compuestos de las cremas secuestradas al imputado con los receptores de cannabinoides existentes en el cuerpo humano. Ello así, en tanto que la presentación del producto que tenía Tudela Carrasco, y su



relación con aditivos caseros, podría tomar inocuo, en el caso concreto, la absorción por el sistema nervioso de uno o más cannabinoides, o de aquellos específicamente destinados a producir efectos alucinógenos.

#### 7.c. Contexto democrático

En tercer lugar, destaco que en el caso particular de la marihuana, existe en la actualidad un intenso debate público en torno a su legalización o a la despenalización de su consumo, como así también en cuanto a las propiedades medicinales que posee la sustancia. Tal es así que el estado actual de la cuestión práctica muestra que el consumo de marihuana ha sido despenalizado *en los hechos* por la Corte Suprema (más allá de los límites establecidos por el Fallo Arriola, no existen en la práctica condenas por tenencia para consumo personal), y que recientemente se ha sancionado por unanimidad una ley de incentivación de la investigación de las propiedades medicinales del cannabis. Esto debe complementarse con el hecho de que en el caso concreto las mismas cremas se presentan como poseedoras de propiedades curativas (más allá de que efectivamente las tenga o no), lo cual muestra que a través de su venta no se estaba buscando conscientemente atacar la salud pública sino vender un producto -que sin dudas está prohibido-.

En línea con lo que vengo diciendo, tengo en cuenta que la sanción de las leyes 27.350 y Ley 8.962, en los ámbitos nacional y provincial, tuvo por finalidad la regulación del uso terapéutico y paliativo del dolor de la planta de cannabis. Y si bien se han establecido programas de estudios e investigación, la ciudadanía no cuenta con canales institucionales precisos para hacer efectivos los derechos que aquellas normas reconocieron. Advierto que la -por ahora- implementación deficitaria de esas normas tiene incidencia a la hora de analizar el comportamiento del imputado, pues esta problematiza aún más el significado social de su accionar

En ese contexto político que se desarrolla en la esfera pública, debe entenderse que la crema y el aceite de cannabis no pueden merecer el mismo tratamiento jurídico penal que un trozo de cocaína, una lámina de ácido lisérgico, o incluso



que un cogollo de marihuana. Se trata de un elemento que, si bien aún sigue dentro del concepto normativo de estupefaciente, podría decirse que está en los límites de los contornos del concepto, por lo que su criminalización estaría justificada si estamos ante una organización que comercializa a gran escala ese elemento, o bien de forma que asuma un significado social relevante.

#### 7.d. Significación de la ilicitud en la esfera pública

En cuarto y último lugar, puede decirse que tan irrelevante es el comportamiento que la propia forma en que el protagonista ofrecía el producto no tenía la apariencia de un actuar ilícito. Mientras que los estupefacientes usualmente se comercializan vía delivery o en la clandestinidad, Carrasco lo hacía a la de forma explícita, a plena luz del día, ofreciéndolo al público indeterminado a través de su dietética, como si se tratara de un producto cualquiera como un mix europeo de frutos secos o un té de jengibre. No es irrelevante observar el comportamiento del nombrado, porque justamente es demostrativo del escaso significado social de su actuar, que es en definitiva lo relevante para optar por la no persecución de su conducta.

En conclusión, creo que si bien estamos ante una tenencia de sustancia estupefaciente, se trata de una conducta socialmente irrelevante por la escasa potencialidad lesiva del tipo de estupefaciente de que se trata como por la revisión que en la esfera pública está padeciendo el propio producto como constitutivo de un estupefaciente. De esa manera, esa tenencia no ha supuesto una defraudación de tal magnitud que justifique la intervención del poder punitivo del Estado.

Por todo ello,

#### **Resuelvo:**

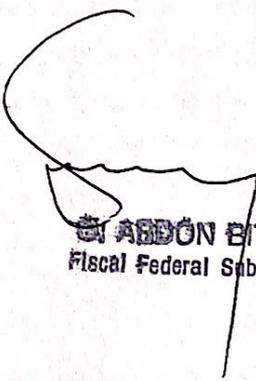
1. En los términos del art. 31. Inc. a) CPPF (en función de la Resolución N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Modificación e Implementación del Código Procesal Penal Federal), prescindir totalmente del ejercicio de la acción penal



pública que motivó el comienzo de las presentes actuaciones, por tratarse de un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público.

2. A los fines del control del presente acto por el superior, en el marco del procedimiento vigente (Ley 23.784) y según lo instruido por Res. PGN 97/2019, remítase esta decisión a revisión del Sr. Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, a través de la vía de *interención* del sistema COIRÓN, y realícese una copia digital del expediente para su remisión al superior por vía digital.

3. En caso de confirmación del superior, (a) remítase a conocimiento del Juez Federal para que disponga lo que corresponda en el ámbito de su competencia y (b) notifíquese a la defensa pública a los fines de poner en conocimiento de los imputados esta decisión.

  
ABDÓN BITTAR  
Fiscal Federal Subrogante