

//tencia No. 73

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR FELIPE HOUNIE

Montevideo, treinta de marzo de dos mil dieciséis

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "**C., A. D. Delito de producción de sustancias estupefacientes prohibidas. Q. T., A. M.. Un delito de encubrimiento. Casación penal**", IUE 486-24/2011, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto por la Defensa de A. C. contra la sentencia N° 140/2014, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno.

**RESULTANDO:**

I) Por sentencia definitiva de primera instancia N° 143/2012, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Atlántida, Dra. Rossana Pose, condenó a A. C. como autora responsable de un delito de violación del art. 30 del decreto-ley 14.294, en la redacción dada por el art. 3 de la ley 17.016, a la pena de veinticuatro meses de prisión, con descuento de la preventiva sufrida, e imposición de los accesorios del art. 105 lit. e del Código Penal.

Condenó, además, a A. Q. como autor responsable de un delito de encubrimiento a la pena de diez meses de prisión, con descuento de la

preventiva sufrida, e imposición de los accesorios del art. 105 lit. e del Código Penal (fs. 265/272).

II) En segunda instancia entendió el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno, integrado por los Sres. Ministros, Dres. Ángel Cal, Luis Charles y Jorge Catenaccio, órgano que, por sentencia definitiva N° 140/2014, dictada el 17 de julio de 2014, revocó la sentencia apelada en cuanto a A. Q., a quien absolvió, y la confirmó respecto de A. C., salvo en cuanto al monto de la pena, que fijó en veinte meses de prisión, con descuento de la preventiva sufrida (fs. 313/317).

III) La Defensa de A. C. interpuso recurso de casación (fs. 323-330vto.).

Sostuvo, en lo medular, que:

La Sala aplicó erróneamente el art. 30 inc. 1 del decreto-ley 14.294, en la redacción dada por el art. 6 de la ley 19.172, razón por la cual responsabilizó penalmente a A. C. subsumiendo en forma incorrecta los hechos en dicha norma.

También infringió el art. 30 inc. 2 del citado decreto-ley, desviándose del baremo de la sana crítica, que la llevó a no aplicar el supuesto de exoneración de responsabilidad criminal previsto en esa norma.

Como consecuencia, vulneró el art. 15 inc. 2 del Código Penal que impone aplicar en forma retroactiva la norma sucesiva más favorable (art. 6 de la ley 19.172).

El art. 30 del decreto-ley 14.294 fue sustancialmente modificado por el art. 6 de la ley 19.172. La nueva "tipicidad material" de la figura se limita a reprimir la producción, de cualquier manera y sin autorización legal, de las materias primas o sustancias capaces de producir dependencia psíquica o física que surgen de las listas I y II de la Convención Única de Nueva York de 1961 y de la lista I del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971.

El verbo nuclear del tipo consiste en "producir" y, a su vez, el objeto material de la conducta son las materias primas o sustancias que se hallaren incluidas en las referidas listas y que sean capaces de producir dependencia psíquica o física.

Si bien la producción continúa siendo el verbo rector del tipo penal, el art. 30 inc. 2 prevé una excepción: la producción realizada mediante el "autocultivo".

El acto de "producción" de la sustancia estupefaciente es, tanto desde el punto de vista natural como jurídico, un acto posterior al de la cosecha, que consiste en la extracción de la sustancia

de la planta.

El art. 30 inc. 1 castiga a quien produce una sustancia inhalante, de origen vegetal, "la cannabis y su resina y los extractos y tinturas de la cannabis" (lista I de la Convención Única de Nueva York de 1961). Esta sustancia es definida por el art. 1 del decreto 120/2014, reglamentario de la ley 19.172, como "las sumidades floridas con o sin fruto de la planta hembra del cannabis, exceptuando las semillas y las hojas separadas del tallo, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% (uno por ciento) en su peso" (fs. 326vto.).

Esta sustancia, la marihuana, se extrae de plantas "cannabis sativa". Para poder extraerla, el cultivador deberá aguardar un plazo de seis meses hasta que el vegetal se defina como macho o como hembra. Si es hembra, luego de florecer, podrá extraerse la marihuana.

La mera plantación y el cultivo temporario de la planta hasta cumplir el término de seis meses es una conducta impune, ya que no se puede saber si la planta cultivada será útil para extraer la sustancia y si dará flor.

Por lo tanto, el error de la Sala radica en ampliar y distorsionar el objeto material sobre el que debe recaer el verbo rector de la fi-

gura, incurriendo en una extensión del tipo legal.

Antes que aparezca o brote la sumidad florida, es imposible determinar si el vegetal es o no una planta de cannabis psicoactivo.

Entonces, no puede sostenerse, como hace la Sala, que las plantas incautadas superan las seis plantas permitidas de cannabis psicoactivo, así como tampoco puede considerarse un acto preparatorio punible.

El caso de autos debe ser apreciado como un supuesto de plantación y cultivo -y no de cosecha-, configurativo de un acto preparatorio de autocultivo impune, con destino al consumo personal.

En definitiva, solicitó que se casara la sentencia recurrida y que, en su lugar, se absolviera a su defendida.

IV) Por providencia del 9 de octubre de 2014, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno resolvió conceder el recurso de casación para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 337vto.).

V) El expediente se recibió en la Corte el 9 de octubre de 2014 (fs. 338).

VI) Por providencia N° 1866/2014, la Corte dio ingreso al recurso y confirió el traslado de rigor (fs. 341).

VII) La Sra. Fiscal Letrada Na-

cional en lo Penal de 3<sup>er</sup> Turno evacuó el traslado del recurso abogando por su rechazo (fs. 350-359).

VIII) Por providencia N° 314/2015 se tuvo por evacuado el traslado conferido y se confirió vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 361), quien, por las razones que expuso en el dictamen N° 1143/2015, consideró que correspondía rechazar el recurso interpuesto (fs. 363-370vto.).

IX) Por providencia N° 504/2015 se dispuso el pasaje a estudio sucesivo y se llamaron los autos para sentencia (fs. 373).

X) Una vez cumplidos los trámites de estilo, se acordó dictar sentencia en el día de la fecha.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, absolverá a A. C., clausurando las actuaciones a su respecto y teniendo por definitiva su libertad.

II) En el caso, A. C. fue condenada, en ambas instancias de mérito, como autora responsable de un delito de violación del art. 30 del decreto-ley 14.294, en la redacción dada por el art. 3 de la ley 17.016 y por el art. 6 de la ley 19.172, por entender que produjo sustancias que generan dependencia

física o psíquica, sin contar con la debida autorización legal y sin que pudiera aplicársele la eximente de responsabilidad contenida en el art. 6 inc. 2 de la ley 19.172.

III) En cuanto a la naturaleza jurídica del delito tipificado en el art. 30 del decreto-ley 14.294, en la redacción dada por el art. 6 de la ley 19.172.

Al igual que los miembros discordes, los Sres. Ministros, Dres. Ricardo Pérez Manrique y Jorge Chediak, la mayoría que conforma este fallo considera que la figura delictiva imputada en autos constituye una hipótesis de delito de peligro, cuyo fin es tutelar, desde todo ángulo, la salud pública.

En la descripción de la conducta típica, la referencia objetiva exige que las materias primas o sustancias sean capaces de producir dependencia psíquica o física.

Con el actual sistema establecido en la ley 19.172, esta referencia se torna esencial, ya que el art. 3 regula las excepciones al régimen de punibilidad general, en algunos casos con un grado de tecnicismo que, a nuestro juicio, no fue correctamente ponderado en las etapas de mérito.

En efecto, el art. 3 de la ley 19.172, luego de reproducir una fórmula similar a la

utilizada en el art. 6 para perseguir las conductas que importan producción "de cualquier manera", detalla las excepciones a la regla de punibilidad. Entre ellas, el literal C establece las siguientes: *La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y comercialización de cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo). Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y quedarán bajo su control directo.*

*Se entiende por cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo) a las plantas o piezas de la planta de los géneros cannabis, las hojas y las puntas floridas, que no contengan más de 1% (uno por ciento) de THC, incluyendo los derivados de tales plantas y piezas de las plantas.*

*Las semillas de variedades de cáñamo no psicoactivo a utilizar no podrán superar el 0,5% (cero con cinco por ciento) de THC.*

Los incisos segundo y tercero del literal C del art. 3 de la ley 19.172 definen, desde el punto de vista técnico, qué debe entenderse por cáñamo, es decir, cannabis no psicoactivo, estableciendo, como "espejo" de la norma general, una lógica excepción, como lo es la plantación, cultivo, cosecha y comercialización de cannabis del que no puede extraerse

estupefacientes y otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica.

IV) En cuanto a la valoración de la prueba como causal de casación en materia penal.

A juicio de la mayoría que conforma este fallo, en sede de casación penal los hechos son intangibles y debe estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula.

La función de la Corte es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado como tal para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado (sentencia N° 202/2010, entre otras).

En este marco, cabe, sin embargo, reivindicar la creación pretoriana del "absurdo evidente", que, precisamente, surgió como medio de ampliar el campo del recurso de casación ante las limitaciones de la ley frente a casos de notoria injusticia; al decir de Colombo, "como el último y excepcional remedio que se agrega al derecho como 'válvula de escape' frente a la iniquidad de los procedimientos judiciales sobre cuestiones de hecho excluidas por su propia naturaleza de casación". De ahí que "(...) la revalorización

de la prueba resulte excepcional, a interpretación estricta y cuando la desviación de la sentencia fuese grave y manifiesta”.

Es así -dice Colombo- que, partiendo de la premisa de que nuestra ley no admite otros hechos que los dados por probados por el tribunal de mérito, “(...) se requiere para la tipificación del absurdo que medie un error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible, por lo que es también indiscutible (...) que no es posible casar cuando la valoración es discutible, o poco convincente y aun equivocada, o se trata de un mero error que no alcance aquellas características, pues en dichos casos queda excluido el absurdo evidente y la Corte tiene que ajustarse a la base fáctica dada por el fallo, intangible para ella (...)”, (Erik Colombo, “Casación: Teoría del absurdo evidente”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1983, N° 1, p. 57), (cf. dictamen N° 3525/2014 de la Fiscalía de Corte, pronunciado, entre otros, también en sede de casación penal), (cf. sentencia N° 184/2015 de la Suprema Corte de Justicia).

Por su parte, el Sr. Ministro, Dr. Jorge Larrioux, destaca que la teoría del absurdo evidente en materia de casación penal solamente puede tener andamio si se la vincula al error de mo-

tivación; de lo contrario, se abriría la posibilidad de volver a estudiar la plataforma fáctica, lo que se encuentra expresamente vedado por nuestro legislador en el art. 270 del C.P.P.

Con respecto a error o vicio en la motivación, el Dr. Larrieux entiende del caso reiterar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 875/2014: (...) *En este punto, es dable hacer mención a lo expresado por De la Rúa, quien, luego de establecer que la casación no es una segunda instancia en la cual se pueda revalorar la prueba ni juzgar los motivos que formaron la convicción de la Cámara, entiende que constituye sede de casación **el control de logicidad, por cuanto concierne a la motivación de la sentencia** (De la Rúa, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, págs. 148 y 149).*

*El juicio del Tribunal está sujeto a la observancia de las reglas lógicas del pensamiento, a tal punto que "(...) si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe; la fundamentación de la sentencia, aunque aparecerá como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento, y desde el punto de vista del sistema procesal vigente, será nula por falta de motivación (art. 404, inc. 2). Bien ha señalado Leone que una motivación que, aparentemente obedeciendo al deber de una exposición, rechace la observancia de las*

*reglas de la lógica, es más deplorable y peligrosa que una motivación que ponga afirmaciones explícitamente contradictorias (...)", (De la Rúa, Fernando, La casación penal, ob. cit., págs. 155 y 156).*

*En consecuencia, con ello "(...) es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el juez. La sentencia debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera; la duda o la probabilidad sólo se admiten cuando operan a favor del acusado: in dubio pro reo. Pero si una sentencia condenatoria se basara en la mera probabilidad o en la duda, emitiendo sobre tan endeble grado de convicción un juicio asertivo sobre la culpabilidad del imputado, o las circunstancias agravantes y, en general, sobre los elementos conducentes a restringir en mayor medida su libertad, su motivación sería sin duda ilegal y el tribunal de casación debe proveer a su nulidad.*

*"El caso es académico pero no imposible; siempre los tribunales invocan la completa convicción en grado de certeza para emitir una sentencia condenatoria; pero algunas veces, pocas por suerte, se basan en la simple sospecha, sólo que no lo expresan. Si el auténtico grado de convencimiento fuese en esos casos aprehensible -y sólo lo será si el juez*

*expresamente lo consigna-, la anulación del fallo será inevitable por motivación ilegal.*

*"También sería ilegal la motivación si el tribunal de mérito pusiera a cargo del imputado su prueba de descargo, violando el principio de inocencia consagrado constitucionalmente, y fundara su certeza negativa respecto a las defensas alegadas por él en la circunstancia de no haber suministrado la prueba que las demostrara (...)", (De la Rúa, Fernando, La casación penal, ob. cit., págs. 152 y 153), (el destacado pertenece al Dr. Larrieux).*

V) En cuanto a la valoración de la prueba cuestionada en autos y a su incidencia en la tipificación del delito que se le imputó a A. C..

Es de recibo el agravio.

La Sala tuvo por probado que A. C. "(...) tenía una producción de sustancias capaces de provocar algún tipo de dependencias, conforme a la previsión legal" (fs. 315vto.), conclusión que la mayoría que conforma este fallo no comparte.

En el caso, no se incorporó ninguna prueba de cargo tendiente a demostrar cuáles de las 29 plantas incautadas tenían principio psicoactivo y cuáles no. En este sentido, compartimos la línea de análisis efectuada por la Defensa al contestar la demanda acusatoria cuando sostiene que el informe del Insti-

tuto Técnico Forense no logró disipar la duda respecto a cuántas plantas serían hembras y, por ende, si generarían la posibilidad de dar lugar a la flor que produce la sustancia psicoactiva (fs. 261vto.-262).

El literal B del art. 3 del decreto-ley 14.294, en la redacción dada por el art. 5 de la ley 19.172, define al cannabis psicoactivo como (...) *las sumidades floridas con o sin fruto de la planta hembra del cannabis, exceptuando las semillas y las hojas separadas del tallo, incluidos sus aceites, extractos, preparaciones de potencial uso farmacéutico, jarabes y similares, cuyo contenido de tetrahidro-cannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% (uno por ciento) de su volumen.*

Del peritaje practicado en autos, surge que sólo se constató que las plantas incautadas eran "plantas de cannabis sativa L (marihuana)", (fs. 113). Tal como consta en el oficio de la Seccional 22 de la Jefatura de Policía de Canelones (fs. 114), se dispuso que las plantas fueran destruidas, razón por la cual no se pudo identificar si eran "hembras" y si, en su caso, tenían el contenido de tetrahidrocannabinol (THC) en el porcentaje indicado por la norma.

Por tanto, el informe pericial resulta absolutamente insuficiente para imputarle a la encausada la autoría del reato previsto en el art.

30 del decreto-ley 14.294, en el bien entendido de que las plantas "macho" carecen de contenido psicoactivo.

En este contexto probatorio, y tratándose de materia penal, corresponde una subsunción jurídica de los hechos dados por probados acorde con la dogmática dominante, aplicando los principios rectores de inocencia e "in dubio pro reo".

Es así que estimamos que de la plataforma fáctica elaborada en las instancias de mérito, puede apreciarse que si bien se acreditó la existencia de semiplena prueba para procesar a la encausada A. C., no se avanzó en la obtención de la plena prueba exigida para la imposición del máximo reproche penal, la condena.

En efecto, la deficiencia de los análisis técnicos de las plantas incautadas hace imposible establecer, con el máximo grado de certeza, si la encausada incurrió en la figura típica descrita por el art. 6 de la ley 19.172 o si, por el contrario, su conducta encartaba en la excepción prevista en el literal E del art. 3 de la misma fuente legal, a saber:

*La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el ho-*

*gar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales.*

En este sentido, coincidimos con la Defensa cuando sostuvo que la Sala incurrió en un error de derecho al no aplicar correctamente la exigencia del art. 6 inc. 2 de la ley 19.172, error que termina por constituir un error en la aplicación de las reglas de valoración probatoria, conforme a la sana crítica.

El referido inciso establece: *Quedará exento de responsabilidad el que produjere marihuana mediante la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo en los términos de lo dispuesto en el artículo 3° de la presente ley. El destino a que refiere el literal E) del artículo 3° será valorado, en su caso, por el Juez competente y con arreglo a las reglas de la sana crítica, en caso que se superaren las cantidades allí referidas.*

En el caso, parece claro que si bien se acreditó un exceso en las cantidades de plantas previstas como excepción en el art. 3 lit. E de la ley 19.172, no se cuenta con elementos probatorios que permitan identificar el potencial psicoactivo del

material incautado, lo que conduce a que la conclusión final, en orden a la imputación del delito, resulte desajustada al baremo de las reglas de la sana crítica que, por expresa mención de la norma adjetiva, terminan por ser analizables en sede de casación penal por constituir un error de derecho.

La recurrente cumplió con su carga argumental al demostrar que en su labor de valoración probatoria conforme a los parámetros establecidos en la eximente del inc. 2 del art. 6 de la ley 19.172, la Sala incurrió en una vulneración de las reglas de la sana crítica, lo cual, en el caso, constituye, como vimos, un error de derecho que, como tal, es abordable en etapa de casación penal, aun para la posición doctrinaria y jurisprudencial más restrictiva sostenida por la mayoría de la Corte en su actual integración.

En suma, el claro error en la valoración de la prueba o en la motivación de la sentencia, por absurdo evidente, llevó al tribunal "ad quem" a subsumir incorrectamente los hechos en la norma jurídica, imputando a la encausada una conducta delictiva que no resultó probada.

VI) No existe mérito para imponer, en esta etapa, especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría

**FALLA:**

**Acógrese el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, absuélvase a A. D. C., clausurándose las actuaciones a su respecto y teniendo por definitiva su libertad.**

**Sin especial condenación procesal.**

**Publíquese y, devuélvase.**

**DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. FELIPE HOUNIE  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA**

**DR. EDUARDO BORGES  
MINISTRO**

**DISCORDE: POR CUANTO EN-  
TIENDE CORRESPONDE DESES-**

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**  
**PRESIDENTE DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

TIMAR EL RECURSO DE CASA-  
CIÓN INTERPUESTO, POR LOS

SIGUIENTES FUNDAMENTOS.

I.- La recurrencia cuestiona los fundamentos esgrimidos por la Sala, que determinaron a su entender errónea atribución de responsabilidad al tenor de lo previsto por el art. 30 inc. 1 del Decreto Ley No. 14.294 (en la redacción dada por el art. 6 de la Ley No. 19172).

En este sentido sostiene que desde el punto de vista cronológico y también desde la perspectiva del "*iter criminis*" de la figura, la producción se consume luego de la cosecha, por lo que la mera plantación y cultivo temporario de las plantas hasta cumplir el término de los seis meses, es una conducta impune, por cuanto hasta entonces no podrá saberse si la planta cultivada será útil para extraer la sustancia (planta hembra) y si dará flor.

Cabe señalar, que en tanto el estudio de la adecuación típica es "*queastio iuris*", implica una tarea de subsunción, que como tal es pasible de ser examinada en esta instancia casatoria, para lo cual deberá partirse de la plataforma fáctica considerada por el Tribunal de mérito, en virtud de lo dispuesto por el art. 270 del Código Penal (cf. Sentencias Nos. 696/1995, 875/2012, 461/2013, entre otras).

Dicho agravio no resulta recepcionable, en la medida que el Tribunal adecuó en forma correcta los hechos de autos dentro de los conceptos jurídicos configurantes de la figura delictiva en análisis.

La Sala tuvo por probado que en la casa de la encausada A. C. se encontraron 29 plantas de marihuana, semillas y una serie de efectos relacionados con la producción de la referida sustancia. La encausada hizo referencia a que tales plantas estaban destinadas a estudios sobre el cultivo y que reservaba una, para producir marihuana destinada a su consumo personal, en tanto las otras las destruía después de los seis meses, siendo éste el período en que las plantas (hembras) estaban en condiciones de producir la flor de la que se extrae la sustancia (THC), luego del secado de dichas flores.

A su vez, no surge en forma clara de las actuaciones cumplidas, la cantidad de semillas que se incautaron y cuántas plantas podían obtenerse con las mismas.

No se acreditó que la encausada fuera una científica en búsqueda de productos para uso terapéutico u otro fin loable. Conforme a sus manifestaciones escribe libros que se anunció que se iban a agregar, pero no se efectivizó.

No surge de autos ningún indicio de que la imputada comercializara droga, como tampoco se ocuparon los elementos comunes que se utilizan para armar dosis de marihuana dedicadas a la venta menudeo (cfe. fs. 314 vto./315).

Ahora bien.

El inc. 1 del art. 30 de la Ley No. 14.294 establecía que: *"El que, sin autorización legal sembrara, cultivara, extrajera, fabricara, preparara o produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias capaces de producir dependencia síquica contenidas en las listas a que refiere el artículo 1, así como las que determine el Poder Ejecutivo de acuerdo con el artículo 15 de la presente ley , será castigado con pena de tres a diez años de penitenciaría"*.

Luego la referida norma en redacción dada por los arts. 3 de la Ley No. 17.016 y 6 de la Ley No. 19.172 refiere a quien: *"... sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, contenidas en las listas a que refiere el artículo 1, precursores químicos y otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad contenida*

*en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con la pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”.*

Como lo releva el Sr. Fiscal de Corte, el mencionado artículo sufrió varias modificaciones, pero con relación al punto en estudio que interesa, los verbos nucleares “sembrara, cultivara, extrajera, fabricara, prepara o produjere de cualquier manera” fueron sustituidos por lo siguiente “produjere de cualquier manera”.

Sobre la cuestión el Prof. Ottati Fole enseña que producir comprende todas las conductas: los verbos que detallaba antes de la Ley No. 17.016, esto es: cultivar, extraer, fabricar y preparar) (“Aspectos Penales de la Ley de Estupefacientes”, 3era. Edición actualizada con la Ley No. 17.016, 2005, págs. 28/29).

En el mismo sentido el Prof. Langón sobre el punto expresa: “*La voz producir sigue cubriendo perfectamente todas las etapas de fabricación y elaboración de los estupefacientes, psicotrópicos y productos químicos contenidos en las listas y tablas, siendo paladina la intención del legislador de anticipar la represión hasta las fuentes mismas del producto, por cuanto si las sustancias no existieran, naturalmente que no podría traficarse luego con ella”.*

(...)

"De tal modo se estatuyó a mi criterio de un delito de desobediencia, o sea de peligro, que no requiere la producción del daño para su consumación, que no admite por ende tentativa, debiendo advertirse no obstante que la conducta no resultará de todos modos impune, por la previsión del art. 37 inc.2 que castiga el acto preparatorio que plasmaría una producción 'incompleta'" (Prof. Miguel Langón Cuñaro, Código Penal comentado y sistematizado y anotado, Tomo II, vol. I, pág. 259).

Por consiguiente, conforme los conceptos que vienen de señalarse, la expresión "produjere de cualquier manera" es comprensible de todas las etapas del proceso productivo, que tiene comienzo en el cultivo.

Y en esta misma línea de interpretación, como acertadamente lo expresa el Sr. Fiscal de Corte, si el inciso segundo del art. 30 agregado por la Ley No. 19.172 establece: "**Quedará exento de responsabilidad el que produjere marihuana mediante la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo en los términos de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente ley. El destino a que refiere el literal E) del artículo 3 será valorado, en su caso, por el Juez competente y con**

*arreglo a las reglas de la sana crítica, en caso que se superaren las cantidades allí referidas", de su lectura se desprende que la "producción", comprende todo el proceso, desde la plantación.*

En función de lo expuesto, no le asiste razón a la Defensa cuando sostiene que la mera plantación y cultivo temporario de la planta hasta cumplir el término de los seis meses, es una conducta impune, en la medida que a mi criterio dichas operaciones ingresan dentro de las prohibiciones contenidas en el art. 30 de la Ley No. 14.294 (en la redacción dada por el art. 6 de la Ley No. 19172).

II) Tampoco resulta recepcionable el agravio que gira en torno a errónea aplicación del art. 30 inc. 2 del Decreto-Ley No. 14.294 en la redacción dada por el art. 6 de la Ley No. 16.172, al no aplicar el supuesto de exoneración de responsabilidad criminal, consagrado por la precitada disposición legal, infringiéndose consecuentemente el art. 15 inc. 2 del Código Penal, que impone aplicar en forma retroactiva la ley penal sucesiva más favorable.

En primer lugar y atento la forma en que se articuló el agravio, cabe señalar que contrariamente a lo sostenido por la recurrente la Sala adoptó la decisión, no sólo al amparo del art. 30 del Decreto-Ley No. 14.294 (en la redacción dada por el art.

3 de la Ley No. 17.016), sino que consideró el inciso 2 de dicha norma (conforme la redacción dada por el art. 6 de la Ley No. 19.172) en aplicación del art. 15 del Código Penal (cfe. pág. 315 vta.).

La Defensa hace caudal de lo establecido por el inciso 2 del art. 30 del Decreto-Ley No. 14.294 (en la redacción dada por la Ley No. 19.172), enderezando la línea argumental a señalar que el cultivo o siembra no sería punible hasta tanto no se determine el carácter psicoactivo de las plantas en función de su sexo y "floración".

Alega que el art. 3 lit. B) del Decreto-Ley No. 14.294, define que debe entenderse por cannabis psicoactivo, lo que exige al aplicador del derecho no sólo un mero conteo numérico de las plantas existentes, sino que impone otra exigencia o verificación complementaria. Por lo que no puede presumirse como lo hace la recurrida, en la medida que antes de que aparezca o brote la sumidad florida, -lo cual no había ocurrido en ninguna de las plantas involucradas en el caso de autos-, es imposible determinar si el vegetal respectivo es o no una planta de cannabis psicoactivo.

Esta interpretación es de rechazo por dos órdenes de razones:

a) En primer lugar enerva la aplicación de la ley -como se indicara ut supra- que

expresamente establece que queda exento de responsabilidad: **"...el que produjere marihuana mediante la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo en los términos de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente ley. El destino a que refiere el literal E) del artículo 3 será valorado, en su caso, por el Juez competente y con arreglo a las reglas de la sana crítica, en caso que se superaren las cantidades allí referidas"**. Lo que se encuentra en sintonía con el inciso primero de dicha norma que refiere a que será punible la conducta de quien "produjere de cualquier manera", comprensible de todo el proceso de elaboración de las materias primas o sustancias capaces de producir dependencia psíquica o física, desde la plantación.

Por su parte el literal E del artículo 3 de la referida ley establece como excepción: *"La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales"*.

Acertadamente la Sala concluye que la Sra. C. no estaba autorizada ni en el régimen anterior ni en el vigente, para tener un "viviero" con 29 plantas de marihuana, con luz artificial, toldos para ocultarlas y protegerlas.

Adviértase que la encausada admitió que se quedaba con una planta para consumo personal y no probó como correspondía hacerlo, que el resto de las plantas incautadas fueran para consumo personal o compartido en el hogar, como lo exige la norma.

b) No cabe admitir por ejemplo que alguien pudiera tener cultivada una gran superficie de marihuana o como el caso de autos 29 plantas, y tal conducta fuera penalmente indiferente hasta tanto se determinara el sexo de cada planta.

Ello por cuanto es contradictorio con la finalidad de la ley que es perseguir todo tipo de producción de sustancias, comprendiendo la represión hasta la etapa de sembrado como surge del literal E) del art. 3.

En definitiva, el Tribunal ajustó correctamente los hechos probados dentro de la conducta descrita por el art. 30 inc. 1 de la Ley No. 19.172 que se imputa en autos, en tanto no corresponde considerar como lo alega la Defensa que se trata de un

acto preparatorio de autocultivo impune con destino a consumo personal, lo que determina atento a los fundamentos expuestos que no pueda beneficiarse de la eximente de responsabilidad que consagra el inciso segundo de la misma.

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

**DISCORDE:** 1) A mi juicio corresponde desestimar el recurso con costas de precepto.

En primer lugar, se agravia la Defensa de la encausada por entender que en la atacada se verifica una *"...equivocada atribución de responsabilidad hecha a su patrocinada al tenor de lo previsto por el art. 30 inc. 1° del Decreto-Ley N° 14.294, en la redacción dada por el art. 6° de la Ley N° 19.172 de 20 de diciembre de 2013, que determinó la subsunción de la conducta de aquella bajo el tipo delictivo enunciado en la norma incriminatoria de mención"* (fs. 323 vto.).

A respecto sostiene que desde el punto de vista cronológico y también desde la perspectiva del iter criminis de la figura, la producción se consume luego de la cosecha y nunca antes, por lo que la mera plantación y cultivo temporario de la planta hasta cumplir el término de seis meses, es una conducta impune.

Sin perjuicio de reconocer lo fundado de la impugnación subexamine, no comparto lo expresado por la Defensa.

Como lo sostiene el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen (a cuyos términos recurriré) al abordar el tema del agravio, deviene imprescindible recordar el tenor literal del art. 30 inc. 1° del Decreto-Ley No. 14.294, en su redacción original, la que le otorgó la Ley No. 17.016 y la que emerge del art. 6 de la Ley No. 19.172.

El texto original de la norma referida establecía: *"El que, sin la debida autorización legal sembrara, cultivara, extranjera, fabricara, preparara o produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias capaces de producir dependencia síquica contenidas en las listas a que se refiere el artículo 1°, así como las que determinare el Poder Ejecutivo de acuerdo con el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de tres a diez años de penitenciaría"*.

Por virtud del artículo 3 de la Ley No. 17.016, el texto del artículo 30 inc. 1 quedó redactado en los términos siguientes: *"El que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, con-*

*tenidas en las listas a que refiere el artículo 1º, precursores químicos u otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad contenida en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”.*

Finalmente, de conformidad con la reforma del texto legal operado por virtud del artículo 6 de la Ley No. 19.172, se mantuvo el tenor del inciso 1º.

Como señala el Sr. Fiscal de Corte, este artículo sufrió varias modificaciones, pero en lo que al punto en estudio interesa los verbos nucleares “sembrara, cultivara, extranjera, fabricara, preparara o produjere de cualquier manera” fueron sustituidos por lo siguiente “produjere de cualquier manera”.

En ese orden, como señala el Dr. Ottati Folle:

*“La Ley 17.016 depuró sustancialmente la descripción típica de esta figura...*

*En efecto, en la fórmula originaria del Dec. Ley N° 14.294 se había pretendido, apelando a la discutible técnica de la enumeración taxativa y casuística, abarcar la actividad generadora de estupefacientes en todas sus posibles manifestaciones,*

*aunque para ello debiera apelarse a la consagración de seis verbos típicos. Ahora, con la nueva redacción dada a este artículo 30, los verbos 'sembrare', 'cultivare', 'extrajere', 'fabricare' y 'preparare' han sido suprimidos, manteniéndose, en cambio, el verbo 'produjere...', en el correcto entendido de que en él quedan abarcadas todas aquellas conductas. Más aún, cuando ha sido mantenida la referencia adverbial 'de cualquier manera', que inhibe toda interpretación restrictiva del único verbo nuclear subsistente.*

*Lo que acaba de señalarse implica, en consecuencia, que deban considerarse comprendidas en este delito las conductas específicas que se correspondían con los verbos suprimidos. Así, por ejemplo, se reputará ilícita la siembra o cultivo de plantas de las que puedan extraerse estupefacientes u otras sustancias que determinen dependencia física o síquica..." ("Aspectos Penales de la Ley de Estupefacientes", 3ª edición actualizada con la Ley N° 17.016, AMF, 2005, págs. 28/29).*

*Conforme al criterio referido en la cita precedente entiendo que la expresión normativa "produjere de cualquier manera" resulta comprensiva de todas las etapas del proceso productivo que, naturalmente, en el caso de agentes de origen vegetal incluye su sembrado.*

En virtud de lo que viene de señalarse, no resulta de recibo el agravio de la recurrente que refiere a que la producción se consuma luego de la cosecha. Ello permite descartar cualquier infracción a lo dispuesto en el art. 30 inc. 1° del Decreto-Ley No. 14.294, en la redacción dada por el art. 6° de la Ley No. 19.172.

2) En otro orden, señala la recurrente que *"...impugna la errónea aplicación hecha del art. 30 inc. 2° del Decreto-Ley N° 14.294, en la redacción dada por el art. 6° de la Ley N° 19.172, en cuanto a la desviación o apartamiento del baremo de la sana crítica, que a su entender ha sido infringido en el ocurrente, conduciendo a la inaplicación del supuesto de exoneración de responsabilidad criminal, consagrado por la precitada disposición legal"* (fs. 323 vto.). Vincula ello con la infracción a lo establecido en el artículo 15 inciso 2° del Código Penal (aplicación retroactiva de la norma penal más benigna).

Dispone el inciso 2° del artículo 30 del Decreto-Ley No. 14.294, en la redacción dada por el art. 6° de la Ley No. 19.172: *"Quedará exento de responsabilidad el que produjere marihuana mediante la plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo en los términos de lo dispuesto en el artículo 3° de la presente*

*ley. El destino a que refiere el literal E) del Artículo 3° será valorado, en su caso, por el Juez competente y con arreglo a las reglas de la sana crítica, en caso que se superaren las cantidades allí referidas”.*

Por su parte, el literal E del artículo 3° referido, establece como excepción a la prohibición de plantar, cultivar, cosechar y comercializar plantas de las que puedan extraerse estupefacientes u otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica: *“La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales”.*

Ingresando al estudio del agravio, surge que en este orden la Defensa de la Sra. C. cuestiona la valoración probatoria que el Tribunal efectuó en la impugnada. Por ello refiere a *“...desviación o apartamiento del baremo de la sana crítica...”* al que específicamente refiere el inciso 2° del artículo 30 del Decreto-Ley No. 14.294.

Siendo así, viene al caso recordar "...que 'Los hechos son intangibles y debe estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula (Sentencias Nos.: 12/990, Sentencia No. 42/992, Sentencia No. 93/993, Sentencia No. 75/994, Sentencia No. 788/994 y Sentencia No. 934/994, Sentencia No. 796/996, Sentencia No. 820/996, Sentencia No. 890/996, Sentencia No. 144/996, entre otras)'

'La función de la Corte en sede de casación penal es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado'.

'Si resulta posible, en general distinguir en la sentencia si la infracción refiere al Derecho -en su más amplia acepción- o si se consideran hechos históricos sobre los cuales el Juez ha emitido su juicio, caso éste en el cual se considera intangible e inmodificable'.

'De esta forma se evita el ingreso, aún en forma indirecta, al campo de los hechos o, dicho de otro modo, no es admisible el juzgamiento de un error de derecho cuando invocado el mismo,

*se critican las consideraciones del Juez e inclusive el proceso lógico que hubiere aplicado para determinar los hechos como tales (DE LA RUA, 'El recurso de Casación' Págs. 119 y 305; Ed. 1968)' (Cf. Sentencia No. 135/005) (Sent. Nos.: 398/003, Sentencia No. 200/005, Sentencia No. 24/006 y Sentencia No. 251/006, Sentencia No. 1/010, entre otras)", cfme. Sentencia No. 202/2010.*

Es decir, si bien en casación no corresponde ingresar en el análisis o valoración de los hechos que el Tribunal de mérito dio por probados, el encuadre normativo de la plataforma fáctica, o sea, su calificación, puede ser motivo o causal revisable en el grado anulatorio.

Por último, y relativo a este mismo tema, la Corporación sostuvo en Sentencia No. 361/2009 que la valoración del material probatorio en sede de casatoria se encuentra absolutamente vedada "*...salvo que se hubiese incurrido en conclusión absurda o arbitraria...*", hipótesis que no se verifica en el subexamine.

Ahora bien, los hechos dados por probados por la Sala son los que se relacionan en los Considerando III y siguientes de la sentencia atacada los cuales derivan de una valoración de la prueba que en mi opinión no resulta absurda ni arbitraria,

sino que aparece como totalmente compatible y ajustada a las reglas de la sana crítica.

Sin perjuicio de lo anterior, podría sostenerse que la Defensa no cuestiona la valoración probatoria propiamente dicha, sino que lo que discute es la aplicación que la Sala realiza de las reglas de la sana crítica para descartar que el número de plantas ubicadas en el vivero de la encausada (29 plantas) supongan una hipótesis de plantación para consumo propio o autoconsumo.

En concepto de la Sala *"...ni en el régimen anterior ni en el vigente, una persona que tiene un 'vivero' con 29 plantas de marihuana, luz artificial, toldos para ocultarlas y protegerlas, tiene explicación ni justificación alguna para estar excluida del reproche penal. Ni siquiera es posible considerar la plantación como necesaria para su consumo ya que excede las seis plantas de marihuana de que habla la Ley"* (fs. 316).

Y en mi criterio, el hecho de que el Tribunal hubiera recurrido al número de plantas establecido en el artículo 3 Lit. E de la Ley No. 19.172 (seis), no significa que con ello hubiera infringido las reglas de la sana crítica a que refiere el inciso 2° del artículo 30 del Decreto-Ley No. 14.294 en su redacción actual.

Es más, aparece como lógico y lo aconsejan las reglas de la sana crítica que el decisor recurra en un caso como el subexamine a los parámetros que la propia Ley establece.

Además, como lo sostiene el Sr. Fiscal de Corte:

*"Por otra parte, la encausada no probó cuando así debía hacerlo, que las plantas incautadas fueran para consumo personal o compartido en el hogar, como lo requiere la norma.*

*En efecto, no surge prueba alguna que acredite, que es necesario contar con 29 plantas, para poder producir la cantidad de sustancias necesarias para su consumo personal.*

*En consecuencia, a juicio de este dictaminante, a valoración efectuada por el Tribunal no puede calificarse de absurda o arbitraria, en tanto, la eximente alegada no resultó probada por la defensa, a quien correspondía hacerlo, por ser precisamente ella quien la alegaba..."* (fs. 370).

**DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO**  
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

