Elementos de Derecho Penal III

UNIDAD II

Escuela de Policía
INSTITUTO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Provincia de Santa Fe

Libro: **"Estupefacientes"**

de: Abel CORNEJO

Cuarta edición ampliada y actualizada
Rubinzal-Culzoni Editores
(2018)

CAPÍTULO 9

APOLOGÍA, USO PÚBLICO DE ESTUPEFACIENTES, INSTRUCCIONES PÚBLICAS PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUPEFACIENTES

SUMARIO: *Artículos 12 y 28 de la ley 23.737*. 1. Apología, uso público de estupefacientes, instrucciones públicas para la elaboración de estupefacientes. 2. Jurisprudencia.

***Art. 12 de la ley 23.737* – Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de $ 22,50 a $ 450 (multa según ley 23.975)[1]:**
a) el que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;
b) el que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

***Art. 28 de la ley 23.737* – El que públicamente imparta instruc-**

[1] Tal como se apuntó en la nota pertinente al comienzo del Capítulo 7, sorprendentemente debe destacarse que cuando se cambió el sistema de monto de las multas mediante la sanción de la ley 27.302 (B. O. del 8-11-2016) este delito, cuya significación va de suyo, quedó fuera del texto legal, por consiguiente por el principio de la ley más favorable al reo, a quien fuese condenado por la figura del artículo 10 de la ley 23.737, no se le podrá aplicar pena de multa, pues las sumas de pesos que fijaba primigeniamente la ley quedaron derogadas con la última reforma y por cierto no existen las penas equiparables en material penal. Por lo tanto, el último monto que fijaba la ley 23.975 resulta de imposible aplicación al caso. De lo contrario habría una flagrante violación al principio de legalidad. Sin embargo, lo grave es que no es la única omisión, habida cuenta de que se reiteró en la norma del artículo 12 de la ley 23.737, en el delito de tenencia simple previsto en el artículo 14, primera parte. Por consiguiente, en ninguno de esos casos puede legalmente condenarse con multa a quien resulte imputado.

ciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, será reprimido con prisión de dos a ocho años. En la misma pena incurrirá quien por medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefaciente cualquier elemento de uso o venta libre.

1. Apología, uso público de estupefacientes, instrucciones públicas para la elaboración de estupefacientes

La norma del artículo 12 prevé dos hipótesis distintas, de naturaleza dolosa y consumación instantánea, que no admiten tentativa. Por una parte, castiga a quien preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos. Por otra, al que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

Ahora bien, *preconizar* es encomiar, tributar elogios públicamente a una persona o cosa; *difundir* es extender, esparcir, propagar físicamente; *inducir* es instigar, persuadir, mover a uno, ocasionar, causar. Quiere decir que en esta primera hipótesis deben distinguirse las conductas meramente apologéticas, como son preconizar y difundir públicamente el uso de estupefacientes, de la acción de inducir a otro a consumirlos.

En efecto, el castigo de la preconización y la difusión pública del uso de estupefacientes, sin duda, tiene en miras prevenir la propagación del consumo de droga en la gente. Si la causa por la cual se considera a los delitos de tráfico ilícito es el riesgo potencial para la salud pública, con igual razón el legislador estimó prudente prevenir procederes cuya incidencia puede traer aparejado el consumo. Por ello es que la ley pone como requisito que la preconización o la difusión del uso de estupefacientes debe ser pública, esto es, que tenga incidencia en terceros. Público es aquello que es notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos.

Empero, no cabe duda de que tanto la preconización como la difusión no son otra cosa que una especie dentro del género de la apología del delito, con la diferencia de que lo que la ley 23.737 reprime es el encomio público al hecho de usar estupefacientes. Con acierto enseña Soler[2] que la apología puede asumir dos formas: la exaltación del

[2] *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, ps. 614 y ss.

hecho o la exaltación del condenado, pero la exaltación –acota– debe referirse al sujeto como autor o cómplice del delito y fundarse precisamente en eso.

Además, señala el destacado autor, la apología –descripta típicamente por el artículo 213 del Código Penal– consiste en la prohibición de exaltar un hecho pasado y declarado delictivo, y por eso es que su recta interpretación es evitar el riesgo de involucrar a la justicia en la persecución de opiniones políticas.

En la ley 23.737 la exaltación debe ser el uso de estupefacientes, es decir que, a la inversa de lo que sucede en la apología del delito, que siempre apunta a un hecho del pasado, en este caso se reprime una conducta presente o futura, aunque no puede descartarse que se preconicen o difundan públicamente usos hechos en el pasado para conseguir el fin que persigue el autor. Por ello es que no es necesaria una voluntad directa a preconizar o difundir, debido a que puede admitirse el dolo eventual.

Así, la preconización y difusión, cuando son hechas en vista del futuro, tienen también elementos que las asemejan con la instigación pública a cometer delitos. Pero cuando se haga la ponderación del autor, el delito será de apología del crimen y no el del artículo 12 de la ley 23.737. Si bien no es fácil concebir la tentativa, tampoco se la puede descartar de plano, por cuanto los medios empleados para hacer público el uso pueden dar lugar a que el hecho se aborte por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y efectivamente exista principio de ejecución.

Sin la difusión pública, propia de la preconización y de la difusión, la ley castiga también al que induzca a otro a consumir estupefacientes. Esta no es una cuestión tan sencilla, ni obvia; no sólo en el caso de menores de edad, sino en quien tenga un porcentaje total o parcial de incapacidad mental, o quien con el uso de estupefacientes tenga alteraciones tales en su personalidad que lo lleve a cometer acciones que sin el uso de droga no las cometería, justifican la inclusión de esta norma en la ley 23.737.

A este punto se refiere Frías Caballero[3] cuando describe el tiempo de la imputabilidad y las *actiones liberæ in causa* como la situación

[3] *Imputabilidad penal* cit., p. 194.

o estado personal ulterior, equivalente al de inimputabilidad, que afecta a un sujeto imputable en el momento del hecho. La inducción a otro a consumir estupefacientes puede dar lugar a la preordenación de la conducta del sujeto inducido. Obviamente que el fin de la acción de inducir a otro, en este caso, estriba en la provocación de su ulterior inimputabilidad.

Laje Anaya[4] opina que el autor preconiza si encomia, elogia, pondera o hace mérito expresa o implícitamente del uso de estupefacientes. No se trata –dice el autor– de hacer mérito o encomios sobre la forma en que estas sustancias se usan o emplean, sino sobre las virtudes o los méritos de los estupefacientes en relación con el consumo, como un modo de ser empleados. No es preciso –acota– que el hecho llegue a ser de la apología, aunque nada impide que, al hacer lo más, se haga lo menos. No son típicas –añade– las conductas que importen preconizar, difundir o inducir el consumo que no sean estupefacientes o que, siéndolo, en su naturaleza, aún no han pasado del *factum* al *iure*, por no haber sido incluidas en las respectivas listas.

Ahora bien, la cuestión atinente a las listas aparecería como una condición objetiva de punibilidad, mediante la cual, si el estupefaciente no figura en las listas, los hechos descriptos por el artículo 12 no serían delitos. Tampoco lo serían los otros delitos de tráfico ilícito, si el estupefaciente no está incluido en las listas de marras, confeccionadas, la mayoría de las veces, tardíamente, por la autoridad sanitaria nacional. Sin embargo, esta opinión discrepa con ese razonamiento, debido a que, a la par de la constante evolución y cambio de la farmacopea, si una droga resulta nociva para la salud, aunque no esté publicada en las listas debe ser considerada estupefaciente, de configurarse las hipótesis que la ley describe como delitos, en virtud de que las listas son indicativas, pero no taxativas o excluyentes.

De allí que en este trabajo ni siquiera se las mencione, toda vez que, seguramente, quedarían en el tintero drogas que puedan causar dependencia y no sean mencionadas. Para ello el juez deberá someter la droga a peritaje, y determinado su poder toxicomanígeno, aunque no esté incluida la droga en la lista debe considerarse en infracción

[4] *Narcotráfico y Derecho Penal argentino* cit., p. 201.

El uso de estupefacientes con ostentación y trascendencia al público es otra de las acciones que el legislador consideró conveniente castigar para prevenir el consumo masivo de droga. Ciertamente que las propias palabras de la ley no contribuyen a que estos procederes hayan tenido recepción, salvo algún caso, en los anales de la jurisprudencia argentina, debido a que, razonablemente, no son conductas que frecuentemente se produzcan en la realidad.

El uso, además de ser público, debe ser hecho con ostentación, es decir, con jactancia y vanagloria, con magnificencia exterior visible, y a ello debe sumársele la trascendencia de que es un resultado o una consecuencia grave o importante. En este punto es dable detenerse debido a que, si se analiza objetivamente la conducta de quien usa públicamente estupefacientes con ostentación y trascendencia, llegará inexorablemente a la conclusión de que se trata de un dependiente de la droga, que perdió por completo los frenos inhibitorios, y que por esa misma razón se comporta de tal suerte.

Por consiguiente, deberá evaluarse si en vez de sometérselo a proceso y castigarlo por ello, no será a todas luces conveniente aplicarle una medida de seguridad curativa, en pos de que se aleje o por lo menos se atenúe su adicción. Sin embargo, no es posible descartar sin más que, quien busque prosélitos para la venta de droga, haya hecho uso público con ostentación y trascendencia en forma dolosa, consumando el hecho en forma instantánea. Este proceder puede admitir tentativa.

Por último, resta tratar el delito de quien públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, cuya autoría se reprime con la pena de dos a ocho años, y con la misma sanción se castiga a quien por los medios masivos de comunicación social explique en detalle el modo de emplear como estupefacientes cualquier elemento de uso o venta libre.

Esta figura aparece directamente relacionada con el tema que precedentemente se venía tratando, y de la simple lectura, tanto de la primera parte como –sobre todo– de la segunda del artículo analizado, se pueden avizorar las contradicciones que una norma de este tipo puede tener con derechos de raigambre constitucional como la libertad de expresión, libertad de prensa, etcétera. Sólo basta para ello tener

en cuenta que resulta a todas luces descabellado pensar que aquel que con fines científicos, periodísticos o educativos haya difundido o explicado tanto el modo en que las drogas son fabricadas, elaboradas o usadas, o la forma de emplear como estupefaciente una sustancia de uso o venta libre, pueda quedar atrapado en la realización de esa conducta típica.

Al respecto, es dable considerar que –una vez más– la redacción de ese artículo no fue feliz. De nuevo el legislador, al tratar de abarcar el máximo de conductas, ha producido confusión, y es por tanto el juez quien deberá valorar la acción concreta a fin de verificar si reúne los caracteres típicos de la norma en cuestión, y para ello no le quedará otra alternativa que recurrir a las pautas establecidas en el artículo 12 de la ley 23.737, es decir, la divulgación apologética.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el legislador consideró que las conductas descriptas en el tipo eran más gravosas que las contenidas en el artículo 12, y por ello aumentó su escala punitiva hasta ocho años de prisión. La razón de ello es que la divulgación que se realiza a través de medios masivos de comunicación social (televisión, radios, diarios, etc.) está orientada a todo el público, es decir, a un número considerable e indeterminado de personas y de allí que el peligro al que puede ser sometido el bien jurídicamente tutelado, es decir, la salud pública, sea mucho mayor.

En cuanto a los verbos típicos: *impartir* y *explicar*, responden a la acción de difundir o transmitir pensamientos o conocimientos hacia un interlocutor o interlocutores que pueden ser determinados o indeterminados. Respecto de este último supuesto, corresponde ubicar a los medios masivos de comunicación en donde, amén de que el interlocutor apunte en dirección de ciertos sectores de la sociedad, no puede llegar nunca a precisar cuál será el real alcance o difusión del discurso comunicado.

Por su parte, de la lectura de la norma no surge que el delito deba ser sólo de carácter doloso, en el sentido de que la explicación que realice el autor sea con conocimiento de que con ello pone en peligro el bien jurídicamente protegido. La exigencia es sólo poner en el público, a través de cualquier medio, el conocimiento de cómo producir, fabricar o usar estupefacientes o el modo de cómo hacer que una

sustancia de venta libre adquiera las características de una droga. Y de allí es que resulta el peligro de que una publicación científica, educativa o periodística lleve a sus autores a realizar el tipo del artículo 28 de la ley 23.737. Por último, es dable considerar que la norma admite tentativa.

2. Jurisprudencia

> Difundir tiene un significado físico, referido a los fluidos, que es extender o derramar y, en este sentido, entre nosotros no tiene mayor empleo. Por otro lado, es metáfora de "divulgar" o "publicar" y en la lengua corriente de nuestro medio se utiliza, con relación a esos significados, como un equivalente de propagar, pues se parece a preconizar, por lo cual, en sus dos sentidos figurados el verbo va unido a una actividad transmisora de algún tipo de contenidos de pensamiento o de conciencia, que ha de revestir cierta organicidad y continuidad implícitas en el concepto de extender, pues, en su origen el verbo latino correspondiente a propagar se refiere a la reproducción, a la multiplicación, en fin, va unido a la noción de aumento, crecimiento. En realidad la frase de C. a la que aludimos, no pertenece al orden de la reproducción intelectual, sino que se inscribe mejor en el aspecto emotivo de la expresión comunicativa (del voto del Dr. Leopoldo Schiffrin).
>
> Cuando estas expresiones son aisladas y carentes de plan, no caben en los verbos "difundir" o su equivalente "propagar". Si, en cambio, se las reitera en un contexto estructurado y dotado de cierta permanencia, nos hallaremos ante la transmisión emotiva de contenidos intelectivos, que bien puede caber en el alcance de tales verbos (del voto del Dr. Leopoldo Schiffrin).
>
> Más allá de ello, se extiende el escabroso campo en el cual sería preciso determinar en qué medida el precepto cuestionado resulta compatible con la garantía de la libertad de expresión, que el defensor invoca para el caso de que la norma subexamen fuese declarada aplicable al caso. La conclusión liberatoria a que he arribado me exime de internarme en ese campo, si bien la relación entre el artículo 12, inciso a, de la ley 23.737 y la preciosa garantía de la libertad de expresión me indicaron el camino del análisis estricto de los términos de la ley. Doy pues la razón al sobreseimiento pronunciado, no por el motivo que expresa el a quo, o sea, la