

CANNABIS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET, UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Torti-Iermini, M.A. (2019). Cannabis y libertad de expresión en internet, un análisis desde la jurisprudencia argentina. *Revista Cultura y Droga*, 24 (27), 113-134. DOI: 10.17151/culdr.2019.24.27.6.


MARCOS ANTONIO TORTI-IERMINI*

Recibido: 30 de julio de 2018
Aprobado: 12 de septiembre de 2018

RESUMEN

Objetivo. El trabajo busca describir el análisis actual de la jurisprudencia de la Argentina respecto a los delitos referidos a la difusión y transmisión de información sobre la planta de cannabis. **Metodología.** Se buscaron resoluciones relevantes a la temática a través de las bases de datos de jurisprudencia en el país. **Resultados.** Se encontraron dos fallos actuales al analizar el uso de redes sociales y páginas de internet para compartir datos respecto a la planta de cannabis. Las reseñas se asientan en los fundamentos de los jueces que al momento de resolver analizaron como la ley penal vigente debe adecuarse al uso de los medios de comunicación a través de internet. **Conclusión.** Los delitos referidos a estupefacientes contemplados en la Ley N° 23.737 deben adecuarse a las formas de acceso y a los actos de compartir información, sin entrar en contraposición con el derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: libertad de expresión, estupefacientes, derecho penal.

* Estudiante de Abogacía en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Integrante del Área de Política de Drogas de la Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires, Argentina. E-mail: tortiierminimarcosantonio@gmail.com.  orcid.org/0000-0002-9042-5410. **Google Scholar**



CANNABIS AND FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET, AN ANALYSIS FROM ARGENTINE JURISPRUDENCE

ABSTRACT

Objective. The paper seeks to describe the current analysis of Argentinan jurisprudence regarding crimes related to the dissemination and transmission of information about the cannabis plant. **Methodology.** Resolutions relevant to the subject were searched through the jurisprudence databases in the country. **Results.** Two current verdicts were found analyzing the use of social networks and internet sites to share data regarding the cannabis plant. The reviews are based on the foundations of the judges who, at the time of resolving, analyzed how the current criminal law should be adapted to the use of the media through the Internet. **Conclusion.** The offences referred to narcotics, as contemplated in Law No. 23,737, must be adapted to the forms of access and to the sharing of information, without being in conflict with the right to freedom of expression.

Key words: Freedom of expression, narcotics, criminal law.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es innegable que la información relacionada a la temática de la planta de cannabis y su consumo con distintos usos se incrementó de forma exponencial. Los dos grandes ejes sobre los cuales de debate hoy en día, refieren a los usos medicinales de la planta de cannabis y sus derivados, y a la despenalización de las conductas de quienes consumen la planta, o incluso la legalización de esta. Esto condujo a que cada vez más personas se interesen en todos los aspectos que conciernen a la cuestión, teniendo en cuenta la confluencia de disciplinas, ciencias, creencias, mitos y aspectos relacionados a la regulación desde el Estado de la planta de cannabis y sus usos (Torti-Iermini, 2017, p. 1).

En la Argentina, todo el debate de la sanción de la Ley 27.350 de “investigación médica y científica de los usos medicinales de la planta de cannabis y sus derivados”¹ incrementó el debate en todos los sectores de la sociedad. Asimismo, a través de todo el trabajo de las asociaciones de personas usuarias de cannabis y personas que usan sus derivados de forma terapéutica se pudo conseguir una mayor visibilización de una realidad social (Fusero, 2017). El principal objetivo de las asociaciones era poder conseguir una normativa nacional que proteja a todas las personas usuarias, y reconozca el ejercicio de sus derechos, principalmente a la vida y a la salud (Fusero, 2017).

Es claro que, ante este contexto, unos de los puntos de conexión y comunicación entre todas las personas de la Argentina que se encontraban interesadas y movilizadas por la temática, refiere a las redes sociales y a las distintas páginas en internet. En este sentido, el crecimiento de los actores sociales relacionados a la temática logró poner en agenda la cuestión y promover revisiones de las políticas públicas no solo en la Argentina, sino en toda América Latina y el Caribe (Corda y Fusero, 2016).

Así, los nuevos medios de comunicación se transformaron en una gran fuente de información y conocimiento para que muchas personas se fueran interiorizando en la cuestión. De esta forma, a lo largo y ancho de internet se pueden encontrar videos, imágenes, instructivos y demás informes referidos a la planta de cannabis y sus usos, tanto con fines terapéuticos, o con el fin de mostrar una realidad de miles de personas que día a día sufren la criminalización por las leyes penales vigente en el país.

En Argentina, la ley que se encarga de reprimir las acciones relacionadas a los estupefacientes es la 23.737. El bien jurídico protegido por la ley 23.737 es la *salud pública*, el cual, a su vez, fuera entendida dentro de la seguridad común, y por este motivo, es que se establecen en la ley delitos de peligro indeterminado, es decir, por el mero peligro que pueden ocasionar las acciones entendidas como delitos (Falcone, 2014). En otras palabras, se intenta proteger la salud pública, al penar acciones por el mero hecho de llevarlas a cabo, mientras que dicha afectación no requiere una afectación a la salud particular de distintas personas (Navarro, 2009).

¹ La sanción de lo que sería la Ley 27.350 comienza en noviembre del 2016, cuando la Cámara de Diputados del Congreso Nacional de la Argentina aprobó el proyecto de ley presentado para regular los usos medicinales de la planta de cannabis. Luego, en el mes de marzo, más precisamente el 29 de marzo del 2017, la Cámara de Senadores del Congreso Nacional sancionó la Ley 27.350. Finalmente, y aunque con muchas críticas en el país, el día 22 de septiembre del 2017 se publicó la reglamentación de la ley, que marca la regulación actual que se mantiene sobre los usos terapéuticos de la planta de cannabis en la Argentina.

Por otro lado, el valor salud refiere a lo expuesto por la Organización Mundial de la Salud al explicar que el estado ‘salud’ es el completo bienestar físico, mental y social del sujeto, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (Falcone, 2014, p. 83) y el carácter *de ‘público’* refiere al número indeterminado de personas afectadas.

Uno de los defectos más importantes que mantiene la Ley 23.737 refiere a su intención de abarcar la mayor cantidad de conductas relacionadas a los estupefacientes y, por lo tanto, penar la mayor cantidad de acciones posibles con relación a las personas que usan estupefacientes (Falcone, 2014, p. 204).

Entonces, lo dicho hasta aquí nos permite comenzar a considerar y evaluar si, desde la letra de la Ley 23.737, aún hoy en la actualidad, se podría incurrir en algún delito por el mero hecho de transmitir y compartir información respecto a la planta de cannabis, o por lo menos, en principio, si una persona puede verse enfrentada a un proceso penal por ello. Esto así, porque el castigo de los delitos referidos a estas acciones tendría en miras prevenir la propagación del consumo de drogas en la gente (Cornejo, 2014, p. 228).

Entonces, como los delitos que se analizarán intentan quitarle visibilidad al fenómeno de la droga (en su faceta de elaboración y consumo) como forma de evitar su propagación (Cano, 2016, p. 203), resulta necesario observar como los tribunales entendieron las normas penales y sus posibles contradicciones con derechos de raigambre constitucional como la libertad de expresión, libertad de prensa, etc. (Cornejo, 2014, p. 231).

Para poder examinar este punto referido a la información que se crea y se comparte a través de las redes sociales y las páginas de internet, a continuación, se reseñarán dos casos actuales de la jurisprudencia argentina. En estos, los tribunales argentinos tuvieron que resolver sobre la temática de la información que constantemente se transmite a través de las redes, y cómo las personas que compartían la misma se encontraron frente a procesos penales en su contra por estar contempladas sus acciones en la legislación penal vigente en el país. Todo esto, enmarcado en la cuestión del uso de estupefacientes.

Cabe destacar que el presente trabajo, más que conformar un trabajo de derecho penal, intenta presentarse como una descripción concreta del entendimiento que da la jurisprudencia a una realidad a la que podrían enfrentarse muchas personas, desde una consideración de las resoluciones de los tribunales de la Argentina. La idea es

poder destacar los puntos más importantes de cada uno de los fallos judiciales, y mantener un lenguaje concreto y simple, a fin de que se pueda entender lo más llano posible el fundamento dentro de cada resolución.

METODOLOGÍA

Respecto a la búsqueda de los fallos que serán indicados a continuación, se utilizaron las dos bases de datos de jurisprudencia más importantes de la Argentina: el Centro de Información Judicial (CIJ) y el Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ).

En primer lugar, el Centro de Información Judicial² fue creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, mediante la Acordada 17/06 como un espacio de comunicación entre los miembros del poder judicial y la sociedad. En este sistema se pueden encontrar informes de prensa, bases de sentencias judiciales, notas demás cuestiones relativas al poder judicial de la Argentina.

Luego, la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)³, es un organismo dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de la República Argentina, que tiene como fin brindar información jurídica a magistrados, abogados, docentes, estudiantes y a la comunidad en general.

En primer lugar, la elección de los fallos que se reseñarán se basó en la búsqueda a través de palabras clave como *Facebook*, *cannabis*, *redes sociales*, *internet* y *libertad de expresión* y en un rango de fechas que comprende desde enero del 2015 al mes de julio del 2018, debido a la pretensión de actualidad que se espera puedan representar en relación a las redes sociales y distintas plataformas de comunicación a través de internet. En este sentido, la búsqueda intentó comprender todas aquellas investigaciones judiciales en las que se debatió respecto a las acciones de difundir a través de diferentes medios de comunicación el uso de la planta de cannabis para distintos fines.

Por otro lado, y con base en los criterios estipulados, es importante mencionar que se dejaron de lado todas aquellas resoluciones judiciales en el marco de procesos penales que solo referían a la mera descripción de mensajes en redes sociales como

² Se puede acceder al CIJ a través del siguiente enlace: cij.gov.ar.

³ Se puede acceder al SAIJ mediante el siguiente enlace: saij.gob.ar.

un medio de incriminación de la persona acusada de algún delito, pero sin llegar a debatirse el punto del presente trabajo.

RESULTADOS

En este punto, se debe indicar que solo fueron encontrados dos fallos que refieran a un análisis completo desde la perspectiva del uso de las redes sociales para compartir y difundir información y datos relacionados a los usos y consumo de la planta de cannabis, y cómo esta utilización de internet por parte de cualquier persona podía ser susceptible de una persecución penal. Cabe destacar que, en ambos casos descritos, la red social sobre la cual se realiza una consideración como medio para compartir la información es *Facebook*, haciendo mención además a páginas de internet.

Por otro lado, y conforme fuera tenido en cuenta por los dos fallos encontrados, se tomará en cuenta para las reseñas, el fallo "*Vita, Leonardo*" de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Argentina. Este fallo resulta ser el principal antecedente con relación a la temática, aunque, a los fines prácticos del presente trabajo, solo se menciona dentro de la descripción de cada una de las resoluciones, y en la medida que fuera referenciado en cada una, dado que el fallo data del año 2002, y por este motivo, se encuentra desactualizado.

Finalmente, al momento de la presentación, se comienza con el fallo más actual, de agosto del 2017, y se continúa con la resolución de octubre del 2015. Además de elegir este orden por una cuestión de actualidad, también obedece a la perspectiva de análisis planteada por los jueces que resolvieron en los casos. En el primer caso reseñado, se hace un análisis más exhaustivo desde el punto de vista del delito de compartir y difundir información en relación con la planta de cannabis, mientras que, en el segundo caso, se hace un análisis desde el derecho a la libertad de expresión.

Expediente de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba⁴

El primer fallo es de fecha 3 de agosto del 2017, y fue dictado por la Sala B de la Cámara Federal de la provincia de Córdoba, en el marco del expediente FCB

⁴ Cámara Federal de Córdoba (2016). Expediente FCB 4080/2016/2/CA1 "Legajo de Apelación en autos -Gallardo, Gonzalo Agustín s/ Infracción Ley 23.737-". Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/scp/include/showFile.php?acc=showFAR&tipo=fallo&id=184579008&origen=SGU>

4080/2016/2/CA1 caratulado “*Legajo de Apelación en autos Gonzalo Agustín Gallardo por infracción ley 23.737*”.

El día 13 de junio del 2016, Gonzalo Agustín Gallardo, quien residía en la ciudad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba fue procesado por el Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Cuarto, por suponerlo autor penalmente responsable de los delitos que se encuentran en el Art. 12, inciso a) y Art. 28 primer párrafo, ambos de la Ley 23.737 de Estupefacientes.

En primer lugar, y a los fines de simplificar el concepto de ‘procesamiento’, se puede decir que este consiste en la decisión judicial sobre la presunta participación del imputado en el hecho punible que se le atribuye, el cual no requiere de la certeza que se puede encontrar en una sentencia de condena, solo bastando la probabilidad de que se establezca dicha sentencia condenatoria en el futuro, y por medio del proceso judicial (Maier, 2011, p. 360).

La Defensora Oficial Pública de Gonzalo Gallardo, la Dra. María Mercedes Crespi apeló la decisión del Juzgado Federal, por lo que, el expediente llegó a conocimiento de la Cámara Federal de Córdoba.

El hecho por el cual Gonzalo Gallardo era acusado refería a utilizar una cuenta de Facebook para promocionar su local comercial de nombre “*Kaya Workshop Río Cuarto*” donde tenía a la venta productos relacionados al cultivo de plantas de *Cannabis sativa*, mientras que compartía consejos e información desde dicha cuenta sobre cuestiones relativas al consumo, así como también, lo hacía desde la página web del local comercial.

En primer lugar, cabe aclarar la extensión de los delitos por los cuales era juzgado Gonzalo Gallardo. El Art. 12 de la Ley 23.737 marca que será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes: a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos. El diccionario de la lengua española de la Real Academia define ‘preconizar’ de la siguiente forma: “*Encomiar, tributar elogios públicamente a alguien o a algo*”. Mientras que, el Art. 28, primer párrafo de la Ley 23.737 estipula una pena de prisión de dos a ocho años de prisión para quien públicamente imparta instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes.

La Sala B de la Cámara Federal de la Provincia de Córdoba, que debía resolver sobre la situación de Gonzalo Gallardo estaba integrada por tres jueces: La Dra. Liliana Navarro, el Dr. Luis Roberto Rueda y el Dr. Abel G. Sánchez Torres. En el fallo, la Jueza Navarro y el Juez Rueda votaron por revocar el procesamiento de Gonzalo Gallardo, mientras que, el Juez Sánchez Torres votó por confirmarlo. Por mayoría, prevaleció la decisión de revocar el procesamiento, y sobreseer al Sr. Gallardo.

A continuación, se observará, voto a voto, los fundamentos que plantearon los jueces que intervinieron en el caso, a fin de resolver la cuestión sobre la temática.

Voto de la jueza Navarro

Al analizar el caso, la Jueza Liliana Navarro se detuvo en considerar la característica de *pública* que debe mantener tanto la “acción de preconización” como el “impartir instrucciones” sobre el uso de estupefacientes, contempladas en los delitos antes mencionados. En cuanto a la difusión o preconización penada en el Art. 12 de la Ley 23.737, la magistrada citó doctrina al respecto explicando que:

(...) Preconiza ‘el que encomia su uso personal en forma general’ (Núñez), esto es, ensalzar los beneficios de su uso y no explicar los modos de utilización (que puede encuadrar en la figura 2º párrafo del art. 28 de la ley). Difunde el que divulga de persona en persona. Según Núñez cualquiera de las formas comisivas ‘deben realizarse de manera pública por el lugar en que se ejecutan o la posibilidad de personas indeterminadas a ese lugar’. Induce el que persuade a otro al consumo de estupefacientes, no basta la simple insinuación, sino que debe persuadirlo, para esta forma típica no se requiere la realización pública; se diferencia de la instigación (art. 45 CP) en que ésta requiere la creación en el instigado de la idea de la comisión del injusto y la ejecución o inicio de ejecución del mismo por parte de éste. (Balcarce, 2016, p. 707)

Luego, en relación con el delito previsto en el Art. 28 de la Ley de Estupefacientes, sobre difusión de instrucciones, se cita doctrina al respecto, aclarando que:

(...) la acción típica del primer párrafo es la de enseñar en forma pública ‘el procedimiento, método o técnica para producir, fabricar o emplear estupefacientes’ (Núñez). Se realiza en forma pública ‘si va dirigida al público en razón de sus destinatarios y de su forma o del lugar de la acción (sitio al público o expuesto al público) o por la manera de realizarla (prensa

oral, escrita o televisada) o, finalmente por la naturaleza del grupo que la recepta (multitud, reunión o círculo de personas no delimitado personal o numéricamente)' (Núñez). (Balcarce, 2016, p. 713)

En este sentido, la magistrada entendió que el acceso a la información en la cuenta de Facebook de Gonzalo Gallardo solo era posible a través de la voluntad de quien accede. Es decir, quien entra en la cuenta de Facebook mantiene una conducta activa buscando dichos contenidos, y para ello, debe poner “Me gusta” en la página (planteo que hizo la defensa en la apelación). Esto demuestra, que la información en sí no se encuentra accesible a todos, por lo que no era *pública* en sí, sino que era decisión de quien buscaba y entraba en la cuenta tomar conocimiento de todo lo que compartía la misma.

Entonces, alguien que accede a la información en una página de internet lo hace mediante una expresa voluntad de obtener dicha información. La característica de ‘*publicidad*’ se entiende en relación con el número indeterminado de personas a las que se puede llegar, pero en este caso, el universo de personas era limitado, debiendo existir una voluntad de quien accede a la información, mediante previa búsqueda de dicha persona de la información a la que finalmente accede.

En este punto, y para explicar esta cuestión, la jueza Navarro citó jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, correspondiente al fallo “*Vira, Leonardo G.*”⁵, en el cual se analizó el tema:

Resulta improcedente subsumir en el delito previsto en el artículo 12, inc. a), ley 23.737, la conducta de quienes vertieron en una página de Internet manifestaciones favorables al consumo de estupefacientes, toda vez que el concepto de publicidad consignado en tal tipo penal no se refiere a que la

⁵ En este antecedente jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal, el tribunal resolvió, con fecha 13 de marzo del 2002, revocar el procesamiento de Leonardo Gustavo Vita como autor del delito previsto por el art. 12 inc. a) de la Ley 23.737 en concurso ideal con el delito contenido en el art. 28 de la Ley 23.737, y el procesamiento de Matías González Eggers por idénticos delitos; y en consecuencia sobreseer a los nombrados. En este caso, se les imputaba a los Sres. Vita y Eggers, a través de la creación de las páginas de “Internet” www.canabis.com.ar (respecto de Vita) y www.fasito.cjb.net (respecto de González Eggers) haber preconizado y difundido públicamente el uso de estupefacientes y han inducido a otros a consumirlos. Por este hecho el juez subsumió la conducta de ambos en el tipo penal previsto por el art. 12 inc. a) de la Ley 23.737.

Por otra parte, el juez de grado sostuvo que a través de la inclusión de la página de enlace (link) <http://porros.freehomepage.com/links.htm> en las páginas de ‘internet’ de los nombrados, éstos habían llevado adelante la conducta de haber impartido públicamente instrucciones acerca de la producción, elaboración y uso de estupefacientes (art. 28 de la Ley 23.737).

instigación se dirija a muchas personas, sino a que no exista una limitación en el círculo de destinatarios, debiendo remarcarse que el acceso al contenido de una página de Internet no es posible sin la expresa voluntad de adquirir la información allí existente. (CNCP, 2005, p. 43)

Además, sumado a lo anterior, no se le podía reprochar a Gonzalo haber compartido contenidos que no eran de su autoría o elaboración, ya que solo eran artículos de otras personas enlazados mediante un *link*, no pudiendo entenderse las frases compartidas como un llamado del propio acusado al consumo de estupefacientes.

Por este motivo, la magistrada entendió que no cabía reproche penal alguno y, por lo tanto, no se podía mantener una acusación en contra de Gonzalo Gallardo, por los contenidos expuestos en páginas de internet ajenas, y solo enlazadas en su página a través de un enlace.

En este sentido, y retomando el antecedente jurisprudencial referenciado por los jueces en el expediente, en el fallo “Vita, Leonardo” se entendió que informar a través de una página de internet la existencia de otro sitio relacionado a la temática de la marihuana no puede atribuírsele al acusado como delito:

En efecto, tal como surge de fs. 3/26 es en la página <http://porros.freehomepage.com> en la que se muestran los distintos usos de la marihuana y no en las páginas www.cannabis.com.ar y www.fasito.cjb.net. Por lo expuesto, puede concluirse que ni Vita ni González Eggers tenían el control o dominio sobre el contenido publicado en el sitio <http://porros.freehomepage.com>. Esta circunstancia impide imputarle a los nombrados el delito por el que el juez los sometió a proceso. En el marco de esta imputación, la conducta de ambos se limitó a informar, en sus respectivos sitios, la existencia de la página <http://porros.freehomepage.com>. Por lo tanto, la mera acción de colocar en la página de ‘Internet’ un aviso que informaba sobre la existencia de dicha página no puede considerarse un elemento suficiente como para sostener la imputación subsumida en el tipo penal previsto por el art. 28 de la Ley 23.737. Por estos argumentos, habrá de resolverse, sobre este tramo de la imputación, la desincriminación de los imputados.

Por último, la Jueza Navarro valoró que, en “sentido estricto”, la única publicidad que realizaba Gonzalo Gallardo refería a los productos que tenía a la venta en su local comercial, entre los cuales se podían encontrar fertilizantes, plaguicidas, pipas,

picadoras, ralladoras entre otras. Pero, además, estos productos no solo son utilizables para el cultivo y consumo de material estupefaciente, sino que son empleados para el cultivo de otras especies de planta, tanto de pipas y demás elementos que se utilizan para el consumo de tabaco.

Respecto a esto, la magistrada destacó que, el momento de realizar un allanamiento en el local comercial “*Kaya Grow Shop*” del acusado, no se secuestró ningún material estupefaciente, sino solo los productos que el nombrado se dedicaba a comercializar en dicho comercio, o mismo a través de internet. Finalmente, la Jueza Navarro concluyó que debía revocarse el procesamiento de Gonzalo Gallardo y sobreseerlo respecto a los delitos que se le acusaban.

Voto del juez Sánchez Torres

En este punto, quien analizaría el caso sería el Juez Abel G. Sánchez Torres, que mantuvo la postura de confirmar el procesamiento de Gonzalo Gallardo. Al igual que para la Jueza Navarro, el punto central era la publicidad de los actos llevados a cabo por el acusado. En este sentido, el magistrado también distinguió mediante la doctrina, en primer lugar, la conducta que se reprime en el Art. 12, inciso “a” de la Ley 23.737:

(...) Preconizar consiste en ‘encomiar, tributar elogios públicamente a una persona o cosa’ y difundir significa “instigar, persuadir, mover a uno, ocasionar, causar...’. (Cornejo, 2014, p. 182).

Respecto al delito de impartir públicamente instrucciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes, el Juez Sánchez Torres sumó que la conducta prohibida consiste en:

Repartir, comunicar, dar; y, en el caso concreto, esta acción debe recaer sobre exposiciones acerca de la producción, fabricación, elaboración o uso de estupefacientes (...) Sumado a ello, el accionar delictivo no solo debe referirse a narcóticos, sino que, como bien explica Puricelli “...debe tener por contenido una enseñanza sobre el *know how*, sobre las distintas etapas de elaboración de tóxicos prohibidos o sobre su uso’. (Baigún y Zaffaroni, 2013, p. 120)

Luego, el Dr. Sánchez Torres planteó que la publicidad debía entenderse tanto por el medio (página de internet en este caso) y por la indeterminación de sujetos, no limitada por el número de observadores. Es decir, que el carácter de *público* de ambos delitos constituye la posibilidad de llegar a conocimiento de un número indeterminado de personas, con el fin de conseguir adherentes, adeptos, consumidores o espectadores. Para ello, sostuvo mediante doctrina que:

La publicidad así entendida puede advertirse por el medio que se utiliza para realizar la conducta típica (medio masivo de difusión), tanto en forma oral (televisión, radio) como en forma escrita (prensa, página de Internet, libros, etcétera) (...) la publicidad está dada por aquella característica de indeterminación subjetiva y no por el número de observadores.” (Baigún y Zaffaroni, 2013, p. 121)

Dicho lo anterior, el juez resaltó el bien jurídico protegido por la Ley 23.737, la salud pública, la cual se ponía en riesgo ante los hechos que encuadraban en los delitos que se le imputaban a Gonzalo Gallardo. Esto último, porque estos delitos son de peligro abstracto, y no necesitan que se cause efecto en los destinatarios, sino que se intenta proteger la salud en general, y evitar los riesgos del consumo de drogas en la población. Entonces, el bien jurídico protegido se pone en riesgo al momento que las conductas llevadas a cabo por Gonzalo Gallardo pudieron hacerse efectivas públicamente, es decir, cuando llegan a un número indeterminado de personas.

Por otro lado, el magistrado resaltó negativamente, además de todas las herramientas para el cultivo de plantas de cannabis en el local comercial, que dicho comercio tuviera calcomanías de la cuenta de Facebook de Gonzalo Gallardo. En este sentido, cualquier persona podría mediante un buscador de internet, acceder a la cuenta y al contenido que se publicase en ella. Esto marcaría la indeterminación necesaria para configurar la característica de *públicas* de las acciones por las cuales estaba siendo acusado Gonzalo Gallardo y, además, que el Juez Sánchez Torres entendió que poseían el objetivo de captar potenciales clientes para su local, por lo tanto, futuros compradores de elementos para la producción y consumo de cannabis.

Sumado a lo anterior, el magistrado valoró negativamente el ofrecimiento de los productos vía Facebook por parte de Gonzalo Gallardo, ya que los instructivos que vendía, los comentarios referidos al consumo de cannabis, y los sorteos que realizaba, tendían a captar potenciales clientes. Esto último, porque una de las condiciones de

todas estas acciones, tendían a que los usuarios pusieran “*Me Gusta*” y compartieran la página, logrando que dicha cuenta tuviera acceso masivo a sujetos indeterminados, configurándose así, la ‘preconización’.

Otro punto indicado por el Dr. Sánchez Torres, refería a que los artículos publicados no derivaban en otras páginas y tampoco se citaban autores, por lo que se presumía que eran de autoría del acusado.

Luego, el magistrado difirió de la interpretación de la Dra. Navarro al analizar el antecedente de la Cámara Nacional de Casación Penal, el fallo “*Vita, Leonardo*”, por considerar que los hechos en consideración y las pruebas con las que se contaban se diferenciaban. En este sentido, valoró negativamente en contra de Gonzalo Gallardo que tuviera dos medios de publicación masiva creados por él mismo, como lo son la cuenta de Facebook y una página de internet, siendo que en los mismos ofertaba productos para la producción como para el consumo de marihuana.

Finalmente, el Dr. Sánchez Torres explicó que el procesamiento constituye un estado de mérito que puede ser revocable en la medida que pudieran surgir nuevos elementos que así lo determinen. Además, que el procesamiento solo exige que resulte posible la existencia del delito y la responsabilidad de quien sea culpado, aún a través de indicios, no siendo necesario que el juez de instrucción tenga certeza absoluta, como así tampoco se le exige contar con la totalidad de los datos necesarios para dilucidar el hecho. Por lo tanto, el Magistrado votó que correspondía confirmar el procesamiento del Juzgado Federal de Río Cuarto.

Voto del juez Rueda

Por último, llegó el turno de votar al Juez Luis Roberto Rueda quien terminaría por adherir a lo votado por la Jueza Liliana Navarro, en cuanto debía revocarse el procesamiento de Gonzalo Gallardo y sobreseerlo respecto a los delitos por los cuales era acusado.

La primera consideración del Juez Rueda refirió al impacto que podría tener su decisión, no solo en lo personal respecto a Gonzalo Gallardo, sino en el contexto social. Esto, por la situación actual de la cuestión de los estupefacientes, y como se interviene en la vida política y social de nuestro país en relación con el tema. Por lo tanto, en los casos como el analizado, resultaba necesario “hacer algo más” que solo

interpretar la ley penal para resolver la cuestión, teniendo en cuenta la perspectiva de la vida política y social de la Argentina, contaminada semánticamente de los diversos discursos que se emplean sobre la cuestión de los estupefacientes.

El Juez Rueda tuvo en cuenta que el caso de Gonzalo Gallardo debía ser leído desde una perspectiva más actual, teniendo en cuenta los paradigmas sociales, pero también los científicos y médicos, y los jurídico-legales que imperan hoy en día. Sumado a esto, consideró que la ley 23.737 fue sancionada en el año 1989, hace casi treinta años (al momento del fallo), siendo que en la actualidad se debate una liberación respecto al uso del cannabis, tanto para el uso medicinal como para el consumo personal.

Asimismo, a los debates actuales, hay que sumarle los diferentes tiempos entre los cuales el derecho debe resolver la realidad concreta de las personas, lo que genera nuevos desafíos a las herramientas institucionales que regulan la vida en la sociedad. El Juez Rueda resaltó en este aspecto, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Arriola*”⁶, en el que de alguna manera se intentó responder a las concepciones sociales más contemporáneas. Pero también, se debe tener en cuenta la gran apertura a la discusión que ofrecen las múltiples plataformas de debate y difusión como revistas, medios de prensa y digitales y demás. Siendo que, desde una perspectiva más autoritaria, estas plataformas también podrían ser susceptibles de sospechas o de actividades reprochables.

El magistrado resaltó el precedente jurisprudencial mencionado por los jueces anteriores, que en el marco del fallo “*Vita, Leonardo*” de la Cámara Nacional de Casación Penal puso en manifiesto la tensión que se establece entre la norma penal estipulada en el Art. 12 de la Ley 23.737 y las garantías constitucionales que protegen tanto la libertad de expresión como la libertad de prensa.

Para finalizar, el Juez Rueda hizo referencia a la distinción conceptual que existe entre lo que significa “control social” y “control penal”, considerando que la atribución a los sistemas penales modernos de la función social es errónea y que desconoce tanto la historia, de los orígenes del concepto y de sus aplicaciones en las ciencias sociales. En palabras del doctrinario Roberto Bergalli:

⁶ En el fallo “*Arriola*” de 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar la inconstitucionalidad de la figura penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal, prevista en el Art. 14, segundo párrafo de la Ley 23.737.

...una cosa es que el tal control se ejerza con la aprobación del o de los controlado/s, quienes aceptan la corrección que se refleja en la actividad de control, y otra que dicho control suponga la aplicación de un castigo, cuando se verifique que lo que se controla ha constituido una transgresión al orden constituido. (...) Puede decirse, entonces, que aunque el control social descuenta una cierta coerción, el control punitivo es por naturaleza el más coercitivo y su aplicación conlleva la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s. Y este procedimiento está legitimado porque su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales modernos elaborados y constituidos en el marco de la forma del Estado constitucional de derecho. (Bergalli, 2001, p. 112)

Por todo lo dicho, el juez Rueda votó por revocar el procesamiento de Gonzalo Gallardo y disponer su sobreseimiento. Consecuentemente, la Sala B de la Cámara Federal de Córdoba resolvió revocar la resolución dictada con fecha 13 de junio del 2016 por el Juez Federal de Río Cuarto en cuando dispuso el procesamiento de Gonzalo Gallardo con relación a los delitos previstos en los Arts. 12, inciso “a” y 28, primer párrafo, ambos de la Ley 23.737, ordenando el sobreseimiento del nombrado.

La cuestión de la libertad de expresión

Ahora bien, una perspectiva que solo fuera esbozada por el Juez Rueda refiere al derecho de libre expresión a la hora de crear y compartir información a través de las redes sociales, y en específico, respecto a la planta de cannabis.

Para ampliar este punto de análisis, tomaremos lo dicho en otro fallo, el cual fuera dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, en el marco del Expediente 10845/2014/1/CA1⁷, donde se investigaba a un hombre por exhibir plantas de cannabis en su perfil de Facebook y, por lo tanto, por una posible infracción a la Ley 23.737.

En este caso, el Juez Federal de la Ciudad de Ushuaia, Provincia de Tierra del Fuego, había ordenado el archivo del expediente por no poder continuar con la investigación. Mediante distintas investigaciones, se comprobó que la persona acusada realizaba un cultivo *indoor* y que no fue visto llevando adelante alguno de los delitos de la Ley

7 Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2015). Expediente FCR 10845/2014/1/CA1 “Legajo de Apelación por Averiguación de Infracción Ley 23.737”.

23.737. Esta decisión había sido apelada por el Fiscal Federal interviniente, el cual expuso que se había omitido considerar el delito previsto en el Art. 12, inciso “a” de la ley 23.737, y que se había omitido analizar si el cultivo y preconización que el hombre realizaba podía trascender a sus hijos menores de edad.

En este caso, la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia estaba compuesta por la Jueza Hebe Corchuelo de Huberman, el Juez Javier Leal de Ibarra y el Juez Aldo Suárez quienes, con fecha 21 de octubre del 2015, resolvieron confirmar el archivo del expediente.

En primer lugar, y al igual que los jueces de la Cámara Federal de Córdoba, se analizó la definición de las acciones consideradas como delitos en el Art. 12 de la Ley 23.737. Tomando en cuenta el *Diccionario de la Lengua Española* se define a “preconizar” como “encomiar, tributar elogios públicamente a alguien o algo”. Mientras que “difundir” se define como “propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.” Cabe considerar que estas acciones deben ser llevadas a cabo de forma pública.

Respecto a la doctrina, Alejandro Tazza en su obra “El Comercio de Estupefacientes”, de Editorial Nova Tesis explica que:

Una conversación entre particulares en la que se alaba y resalta las bondades del uso de sustancias tóxicas, que se hace pública por cualquier circunstancia (por ejemplo, por haberse grabado o filmado inadvertidamente) no la convierte en un hecho típico. (...) Así, habrá publicidad en el sentido típico cuando el agente comisivo preconice o difunda el uso de estupefacientes en una plaza pública, aun cuando solo lo presencie un único sujeto, a la vez que contrariamente a ello, no existirá preconización pública cuando el autor del hecho se dirija a una cierta cantidad de oyentes, en un lugar privado, y concretamente determinados en su individualidad. (p. 179)

En el caso analizado, los jueces valoraron que, del perfil del hombre acusado, entre las fotos obtenidas de su cuenta, también se encontraban comentarios que hacían referencia a la siembra y cultivo de *Cannabis sativa*. Además, se podían observar intercambios de experiencias relacionadas al tema, como así también, referencias a los beneficios terapéuticos de la planta de cannabis, y la necesidad de legalizar la planta en sí.

Los magistrados consideraron, al igual que el juez Rueda en su voto del caso visto anteriormente, que las cuestiones publicadas en el perfil de Facebook del hombre acusado no eran ajenas a todo el debate público alrededor del consumo de marihuana, su despenalización o su legalización. Asimismo, resaltaron que jurisprudencialmente, la cuestión fue analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “*Arriola*”.

En un mismo sentido, se reconoció el papel de los medios de comunicación, y en especial consideración, a una de las más publicitadas revistas en la Argentina, como lo es la *Revista THC*, cuya temática se centra en toda la temática en la planta de cannabis, y que, además, se encuentra a la venta en los quioscos.

Entonces, se tuvo en cuenta que las publicaciones que se desprendían del perfil de Facebook del hombre acusado solo eran expresiones y creencias del usuario en relación a la marihuana. Además, las mismas no fueron plasmadas en una página de acceso irrestricto sino en una red social a la que se accede a un perfil luego de incorporar los datos personales de a quien se busca contactar.

Por otro lado, la trascendencia de fotografías e imágenes de plantas de cannabis (y sus componentes) por sí solas no preconizan ni divulgan el consumo de la sustancia estupefaciente.

Ahora bien, en este punto del análisis, se tuvo en cuenta que, la contracara de todo lo expuesto en cuanto al bien jurídico tutelado, es el derecho a la libre expresión consagrado tanto por las leyes internas como por los tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo 14 de la Constitución Nacional argentina expresa que:

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Mientras que, el artículo 32 de la Carta Magna dice que: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.”

En el ámbito internacional, la libertad de expresión se encuentra resguardada en el artículo 13, inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual establece que:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección.

Además, en el artículo 1° de la Ley Nacional N° 26.032 que refiere al servicio de internet se expresa que: “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.”

Ahora bien, desde una perspectiva analizada en el fallo “*Vita, Leonardo*” de la Cámara Nacional de Casación Penal, se citó al doctrinario Germán Bidart Campos quien explica:

Se halla normada la libertad de prensa y en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que se refiera a la libertad de expresión en cualquiera de sus modos, incluso los diferentes a la prensa, ‘decimos que respecto a la expresión a través de medios que ‘no son prensa’ hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita la integración del orden normativo para llenar el vacío’ y ‘nos remite en primer lugar a la norma análoga, (es decir a la más parecida que hallamos en la Constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional’. (Bidart Campos, 1998, p. 12)

También sostiene Bidart Campos en tal dirección, y haciendo una interpretación dinámica en el tiempo de la Constitución que toma los cambios y formas de expresión actuales que no eran conocidos por el constituyente histórico, que se puede, sin dudas, concluir que nuestra Ley Fundamental da claro resguardo a la libertad de expresión.

Ello a partir de los principios de libertad que contiene nuestra Constitución desde su mismo Preámbulo. (Bidart Campos, 1998)

Sumado al aspecto normativo, también se cuenta con jurisprudencia en la Argentina relacionada a la libertad de prensa y expresión, la cual puede resumirse desde el fallo “Ponzetti de Balbin” (Fallos 306:1892) al reciente “Rodríguez, María Belen c/Google Inc. s/ daños y perjuicios”, R.522 XLIX del 28/11/2014, referido a la responsabilidad de los buscadores de Internet.

En este sentido, se entendió que no existía una real puesta en peligro del bien jurídico protegido por la ley 23.373, es decir, la salud pública, y que justifique el cercenamiento de la libertad de expresión ya que las publicaciones no exceden lo que a diario se discute en los medios de comunicación. Mientras que, el fiscal había requerido que se continuara con la investigación por entender que podrían verse afectados los propios hijos del acusado, lo cual no pudo ser probado en el expediente.

Por último, y al igual que el fallo de la Cámara Federal de Córdoba, se resaltó el fallo “*Vita, Leonardo*”, aunque en este caso, se tomó como referencia lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, el 13 de marzo del 2002 y al momento de resolver sobre la apelación del procesamiento del acusado Vita. En este fallo, la Cámara de Apelaciones se basó en el artículo “Injurias, desacatos y solicitadas: el significado central de la libertad de expresión” de Alejandro Carrió, donde se resume el denominado test del “peligro claro y actual” (*clear and present danger*) desarrollado por la jurisprudencia estadounidense en casos en que se encuentra en riesgo el derecho a la libertad de expresión de ideas a partir de una prohibición:

De acuerdo con este test el Estado, en salvaguarda del bien jurídico que se encuentra amenazado, puede restringir formas de expresión cuando el discurso esté dirigido a promover en forma inmediata acciones contrarias a la ley, y siempre, cuando este discurso pueda razonablemente derivar en tales acciones contrarias a la ley. A su vez, la restricción a la libertad de expresión para ser válida, debe ser impuesta en función de la protección de un interés estatal serio y no cualquier bien que el Estado quisiese considerar como digno de tutela. (La Ley, Tomo 1989-E, p. 147).

Para sumar a lo analizado por el Tribunal, cabe destacar lo dicho por la Cámara Nacional de Casación Penal en el ya nombrado fallo “*Vita, Leonardo*”, cuando explica que:

Por lo expuesto, las publicaciones de Vita y González Eggers se encuentran alcanzadas por las garantías que protegen tanto la libertad de expresión como la libertad de prensa. En efecto, más allá de las discusiones doctrinarias sobre el alcance de la libertad de prensa, es claro que nos encontramos ante un nuevo medio de comunicación, “Internet”, en el que conviven y mediante el cual se expresan -entre otras- actividades científicas, comerciales, periodísticas y personales. Por ello, corresponde, a la luz de los hechos del caso, y al amparo de la Ley Fundamental, considerar a la “red de redes” como otro medio comunicacional público y masivo, en el que se vierten diversas formas de expresión, lo cual incluye a la prensa.

Finalmente, los tres jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia resolvieron confirmar el archivo del expediente.

CONCLUSIÓN

Como referencia final, es importante mencionar que aún hoy en la actualidad, el debate respecto a la planta de cannabis se desarrolla con mayor crecimiento, y esto conlleva, que se puedan visibilizar, cada vez más, situaciones reales referidas a las vidas cotidianas de las personas en toda la sociedad. No solo se habla de los pacientes y personas que hacen un uso terapéutico de la planta de cannabis y sus derivados, sino de aquellas personas que cada día debaten en relación con las leyes que penalizan las acciones entorno a los estupefacientes, y al reconocimiento de los derechos de estas.

En el mundo de hoy, es claro que el debate trasciende las fronteras de todos los países que se encuentran en posiciones y situaciones similares. El medio de comunicación por excelencia en la actualidad lo configuran las redes sociales e internet, y desde la reseña de los casos vistos, se demuestra que la legislación penal en materia de estupefacientes puede resultar antigua e impráctica en relación con el avance de los nuevos medios de comunicación. A causa de esto, una persona puede ser perseguida penalmente por solo compartir información en estas formas actuales donde las personas comparten información.

Asimismo, sin perjuicio que los fallos reseñados se enmarquen en la ley penal vigente en la Argentina, y en específico a los delitos contemplados en la Ley N° 23.737 que regula las acciones relacionadas a estupefacientes, lo cierto es que resulta de interés

observar el análisis propuesto en las resoluciones al estudiar los actos de compartir información respecto a la planta de cannabis y la adecuación de la normativa nacional a la forma de acceso a dicha información, sin entrar en contraposición con el derecho de libertad de expresión.

Finalmente, cabe destacar en los casos vistos, como la intervención de los tribunales resultó de suma importancia para que, desde el análisis de casos en concreto, se pueda realizar un análisis aún más profundo en el que se tenga en cuenta, no solo el aspecto normativo, sino, además, el contexto social, el político y el cultural en la actualidad. Debido a esto, no se puede más que concluir en la necesidad de un cambio de legislación en general y de mayor profundidad, basado en todos los avances logrados en relación con la temática de estupefacientes hoy en día por la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Baigún, D. y Zaffaroni, E. (2016). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 14B. Régimen Penal de Estupefacientes. Comentario exegético de la ley 23.737, pp. 120 y 121.
- Bidart Campos, G.J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Ed. Ediar, T. II, Buenos Aires.
- Balcarce, F.I. (2016). *Lecciones de derecho penal – Parte especial*. Ed. Ipso, T. II, Córdoba.
- Bergalli, R. (2001). Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 160, enero, Madrid: Fundación Sistema. p. 107-124.
- Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (2015). Expediente FCR 10845/2014/1/CA1 “Legajo de Apelación de XXXXX por Averiguación de Infracción Ley 23.737”. Fecha: 21 de octubre de 2015.
- Cámara Federal de Córdoba (2016). Expediente FCB 4080/2016/2/CA1 “Legajo de Apelación en autos -Gallardo, Gonzalo Agustín s/ Infracción Ley 23.737-”. Fecha: 3 de agosto del 2017.
- Cámara Nacional de Casación Penal (2002). Expediente Nro. 4352 caratulado: “VITA, Leonardo Gustavo y otros/recurso de casación”. Fecha: 13 de marzo del 2002.

- Cano, D.F. (2016). *Estupefacientes y derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.
- Corda, A. y Fusero, M. (2016). *De la punición a la regulación: políticas de cannabis en América Latina y el Caribe*. Informe sobre políticas de drogas, Transnational Institute. Recuperado de https://www.tni.org/files/publication-downloads/informe_sobre_políticas_de_drogas_48.pdf.
- Cornejo, A. (2014). *Estupefacientes*. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Falcone, R., Conti, N. y Simaz, A. (2014). *Derecho penal y tráfico de drogas*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc.
- Fusero, M. (2017). Ley 27.350 sobre uso medicinal del cannabis. Un fracaso en lo jurídico y un logro en lo político. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45957.pdf>.
- Maier, J.B. (2011). *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Parte General. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto S.R.L.
- Navarro, G.R., Asturias, M.Á. y Leo, R. (2009). *Delitos contra la salud pública y el medio ambiente*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Madrid, España.
- Tazza, A.O. (2008). *El comercio de estupefacientes*. Buenos Aires. Ed. Nova Tesis.
- Torti-Iermini, M.A. (2017). Ley 27.350 de Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Análisis jurisprudencial, legislativo, aspectos de investigación y proyecciones sociales. *Revista Derechos en Acción*, 3 (Edición Otoño). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3462>.