qué epocas...

Montalvo (1990)

Fallos 313:1333

11 de diciembre de 1990
Opinión del Procurador General de la Nación.
La Cámara Federal de Córdoba, en su sentencia del 27 de febrero del presente año, no hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 planteada por la defensa del procesado Ernesto A. Montalvo y, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal, lo condenó a la pena de tres meses de prisión en suspenso, como autor del delito previsto y reprimido por el art. 14, 2ª parte, de la ley 23.737.
Contra ese pronunciamiento su letrado defensor interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido a fs. 114.
Según tuvo por probado el a quo, Ernesto A. Montalvo tenía en su poder 2,7 gramos de marihuana en circunstancias en que era conducido detenido junto con Jorge A. Monteagudo como sospechosos del delito de hurto. El hecho ocurrió el 8 de junio de 1986 en las adyacencias de la Unidad Policial de Carlos Paz, provincia de Córdoba.
Sostiene el recurrente que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes para consumo personal en las condiciones en que la llevó a cabo su asistido, tal como se encuentra prevista en los arts. 6° de la ley 20.771 y 14, 2ª parte, de la actualmente vigente ley 23.737, afecta la garantía constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto ampara todas aquellas conductas que no trascienden al mundo exterior y que, por ende, no ofenden al orden ni a la moral pública.
Para llegar a esa conclusión se apoya esencialmente el apelante en los fundamentos expuestos por la mayoría de los integrantes del tribunal en el precedente que se registra en Fallos 308:1392 (La Ley, 1986-D, 550).
No paso por alto que el recurrente tacha al pronunciamiento de arbitrario, por cuanto entiende que la Cámara no consideró sus agravios contra el fallo de primera instancia, pero teniendo en cuenta que aquéllos también se refieren a la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, no corresponde otorgarle a este aspecto de la apelación un tratamiento por separado.
El remedio federal intentado resulta procedente pues la decisión impugnada es contraria a la garantía constitucional que invoca el recurrente, según la inteligencia que éste le asigna.
El problema relativo a la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes que durante su vigencia planteó el art. 6° de la ley 20.771, fue abordado en numerosas ocasiones por el tribunal.

En el precedente que se registra en Fallos 300:254 (La Ley, 1978-B, 478) y aquellos posteriores que siguieron su línea argumental (Fallos 301:673; 303:1205; 304:1678 –La Ley, 1980-C, 353; 1981-D, 320; 1983-C, 605, fallo 36.422-S– y 305:137), V. E. entendió que ante la creciente difusión de la toxicomanía en el mundo entero y las consecuencias perjudiciales para la sociedad que ello importa, resultaría una irresponsabilidad inaceptable que los gobiernos de los estados civilizados no instrumentaran todos los medios idóneos, conducentes a erradicar ese mal, o por lo menos, a circunscribirlo a sus expresiones mínimas.
Tuvo además en consideración que el fin primordial de aquella norma era la represión del suministro de las sustancias que, más allá de su empleo legitimo por la medicina, pueden transformarse en materia de un comercio favorecedor del vicio, y que la tenencia por el usuario constituía la última etapa de ese tráfico.
Sobre esa base concluyó entonces que el hecho de tener drogas, por los antecedentes y efectos que tal conducta supone, excede los límites del derecho a la intimidad para adquirir trascendencia social y que, por ende, era susceptible de castigo.
Posteriormente y con nueva integración, esa Corte declaró en los casos de Fallos 308:1392, de acuerdo con el voto mayoritario de tres de sus miembros, la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, por cuanto consideró que el art. 19 de la norma fundamental impone límite a la actividad legislativa, consistente en exigir que no se prohiba una conducta que se desarrolla dentro de la esfera privada, entendida ésta no como las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por su art. 18, sino como aquellas que no ofenden al orden y a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros.
A ello agregó que según su criterio no se encuentra probado que la incriminación de la simple tenencia de estupefacientes evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general.
Sobre esas bases concluyó entonces que la construcción legal de la norma impugnada, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión a perjuicios potenciales y a peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad, a lo que añadió que la circunstancia de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el perjuicio que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, con mengua del art. 19 de la Constitución Nacional que obliga a efectuar dicha distinción.
Tuvo además en consideración que tampoco se encuentra probado que la prevención penal de la tenencia sea remedio eficiente para el problema que plantean las drogas, sino que, por el contrario, destacó la necesidad de poner a

prueba otras medidas que sustituyan las sanciones criminales por un enfoque terapéutico de la cuestión.
Los jueces que en aquella ocasión votaron en disidencia, interpretaron que la citada garantía constitucional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros, lo cual es precisado por obra del legislador, quien, en materia penal, es el que crea los instrumentos adecuados para proteger los intereses que la sociedad estima relevantes. Consideraron también que la extensión de esa área de defensa puede ser más o menos amplia según la importancia asignada a cada uno de los bienes, razón por la cual en algunos casos bastará la mera probabilidad, con base en la experiencia, de que una conducta pueda ponerlos en peligro, para que ella resulte incriminada. A partir de ese fundamento concluyeron que el art. 6° de la ley 20.771, al tipificar como delito de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes, aunque estuvieran destinados a consumo personal, se sustenta en un juicio de valor efectuado por el órgano constitucionalmente legitimado para ello y que, por lo tanto, resulta en principio irrevisable. Afirmaron entonces que sólo podría ser cuestionada dicha disposición si la presunción de peligro subyacente en dicho juicio resultara absolutamente irrazonable, situación que según su criterio no se presenta en el caso.
Tales son, en muy apretada síntesis, los fundamentos que han orientado la jurisprudencia del tribunal tanto a favor como en contra de la validez constitucional de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal prevista en el art. 6° de la ley 20.771.
Poco restaría agregar, pues, a esos sólidos argumentos en que se han sustentado los fallos de V. E., tanto en uno como en otro sentido. Sin embargo, la reciente sanción de la ley 23.737, cuyo art. 14, segunda parte, también impugnado por el recurrente, contiene una figura en buena medida similar al art. 6° de la ya derogada ley 20.771, así como la incorporación al tribunal de nuevos integrantes quienes no han tenido aún oportunidad de emitir juicio sobre este tema, determinan, a mi modo de ver, la necesidad de exponer nuevamente la opinión de este ministerio que, en parte, ya fuera adelantada al dictaminar con fecha 19 de diciembre de 1989, en los autos R. 487, XXII, “Rossi, Emilio F. s/ infracción a la ley 20.771”.
A ese fin creo oportuno recordar, en primer lugar, cuál es el alcance que V. E. ha asignado en el precedente de Fallos 306:1892 a la garantía constitucional cuya afectación se invoca. En el consid. 8° de aquel pronunciamiento quedó establecido que, en relación directa con la libertad individual, el art. 19 de nuestra norma fundamental, protege jurídicamente un ámbito de autonomía particular constituida

por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo, a lo que agregó que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, y que sólo podría ello justificarse por ley, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

En coincidencia con ese criterio el tribunal también dejó establecido en el considerando 4° del caso de Fallos 308:1392, que la inmunidad de las acciones privadas encuentra su límite en el orden y en la moral pública y en los derechos de terceros.

Debe pues determinarse si la actividad del legislador al incriminar la tenencia de estupefacientes, aun cuando ésta obedezca a las necesidades del propio consumo, se ajusta a dichas pautas o si, por el contrario, las excede.

Creo oportuno recordar que “ese delito ha sido tipificado como de peligro abstracto”, lo cual demuestra la especial jerarquía asignada al bien jurídico tutelado por la norma, pues de ese modo se ha extendido penalmente su defensa hasta aquellas situaciones que sólo importan, a juicio del legislador, “la mera probabilidad de un riesgo para la salud pública”.

El particular interés en el cumplimiento de ese fin que importa la sanción de una norma de tales características se ve reflejado en el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al proyecto que luego de sus modificaciones por el Congreso, dio origen a la sanción de la ley 20.771, en cuanto allí se caracterizó al problema de la drogadicción como “un fenómeno de características multifacéticas” que constituye “un verdadero flagelo social”.

Además, en el debate parlamentario que precedió a su sanción, también se tuvo en cuenta que el consumo de estupefacientes se ha difundido por todas las naciones del orbe, especialmente entre los sectores jóvenes de la población y que mediante este proyecto se intentó impedir “la desmoralización y la destrucción de la juventud argentina, que constituye el futuro de nuestra patria” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 19 de setiembre de 1974, ps. 2862/3). A ello se agregó, que esos tipos penales estaban “destinados a la protección de la salud pública” (p. 2869), que el problema de la drogadicción constituía “una seria amenaza para la salud moral, no sólo de nuestro país sino también de muchas naciones...” (p. 2875), por lo que resultaba imprescindible “proteger de manera primordial, la salud de nuestra adolescencia y nuestra juventud” (p. 2877).

Similar preocupación revelan las constancias del trámite previo a la sanción de la

actualmente vigente ley 23.737, especialmente en cuanto se refiere a la penalización de la mera tenencia cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que aquélla es para el consumo personal. Así se advierte en el informe del Dictamen de Mayoría (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, febrero 22 de 1989, ps. 7726 y sigts.), cuando luego de hacerse referencia a los pronunciamientos de V. E. en los ya citados casos "Bazterrica" y "Capalbo", se afirmó que "el derecho a la intimidad, no puede ser sostenido como valor absoluto", para luego añadir que "la condición de droga ilícita no puede neutralizarse en ninguna de las etapas, más allá de su cuantía, sino a riesgo de desproteger otro valor jurídico que en esta interpretación se privilegia: el de la salud pública". Se expresó además en esa oportunidad que "dicha incriminación se mantiene como protección social a fin de que la norma, operando como preventora general, disuada nuevas conductas". También tuvieron en cuenta los legisladores que suscribieron esa tesis "los daños personales, familiares y sociales que genera el consumo de drogas, afectando un valor que debe jurídicamente protegerse, cual es la salud pública, máxime cuando en los medios de uso se encuentra una de las causas de contagio de nuevas enfermedades".
También el tribunal señaló en el precedente de Fallos 300:254, consid. 5°, la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo y, en Fallos 308:1392, consid. 6°, destacó la vigencia de las razones que habían informado aquella apreciación.
Especial énfasis puso en este aspecto el doctor Petracchi, cuando al emitir su ilustrado voto en aquel pronunciamiento, expresó que "la droga es, indudablemente una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas" y que una de ellas "es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal, que ha facilitado la conformación de un negocio económico administrado por consorcios internacionales que cuentan a veces con recursos que superan las posibilidades de los propios Estados". También recordó que "una creciente cantidad de víctimas de la adicción y narcodependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia, sumamente empobrecida".
La gravedad del problema justifica así, a mi modo de ver, la actividad del legislador, al extender la protección penal hasta conductas que, sin provocar un daño concreto al interés jurídico protegido ni una situación efectiva de peligro para él, puedan eventualmente, derivar en ese resultado.
La incriminación de la tenencia de estupefacientes, aun cuando ésta fuera para consumo personal, se halla pues dirigida a evitar las consecuencias negativas que

para la salud pública pudieran surgir de ese hecho (Fallos 301:673; 303:1275; 304:1678 y 305:137).
No paso por alto que según la opinión mayoritaria del tribunal en el ya tantas veces citado caso “Bazterrica”, la inconstitucionalidad ahora alegada por el recurrente, resulta de la circunstancia de no encontrarse demostrado que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas para el bienestar y seguridad general (consid. 9°), lo cual impide, según ese criterio, establecer un nexo razonable entre esa conducta y el daño que causa. Ello implica, a su juicio, no distinguir entre las acciones que ofenden a la moral pública y aquellas otras que no escapan del campo estrictamente individual.
Sin embargo, y no obstante los extensos fundamentos desarrollados a partir del considerando 10 de dicho pronunciamiento, acerca de la utilidad de la prevención penal de la tenencia como remedio para el problema que plantean las drogas, considero que “no puede sostenerse la inexistencia de un nexo razonable entre la incriminación de que aquí se trata y la protección de la salud pública” sobre la base de su mayor o menor eficacia como medio para amparar ese bien jurídico, pues ello conduce, en definitiva, al “análisis de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, que por ser de carácter eminentemente político, se encuentran reservadas a la competencia de los órganos encargados de la sanción de la ley”, cuyo criterio en este sentido no puede, por ende, ser revisado por V. E. (Fallos 308:1731).
Ello no importa, claro está, desconocer las facultades del Tribunal para declarar la invalidez constitucional de las normas en “casos de manifiesta irrazonabilidad” pero éste no es, a mi juicio, el caso de autos, donde la cuestión no va más allá de los distintos criterios que informan acerca de las ventajas o perjuicios que para la sociedad pueda importar la represión de la tenencia de drogas, y que por cierto no son uniformes en la legislación comparada.
En lo relativo a este aspecto estimo oportuno destacar que si bien el consumo de estupefacientes constituye un problema universal, las distintas características de cada nación, así como las posibilidades y recursos con que se cuente para afrontarlo, determinarán en cada caso una solución diversa de acuerdo con aquellas condiciones. El extenso debate parlamentario, particularmente durante el trámite en la Cámara de Diputados que precedió a la sanción de la ley 23.737, demuestra, acabadamente, el carácter polémico del tema e importa, además, una ratificación de las razones que, más allá de su acierto o error, determinaron a nuestros legisladores a incriminar la tenencia de drogas.
Por otra parte entiendo que no puede desconocerse, tal como se ha destacado durante aquel debate parlamentario, que “el adicto suele ser un medio de difusión

del vicio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 8/3/89, p. 7782) “a quien no se le pueden dar ventajas” (9/3/89, p. 7800); que “la propia actividad del consumo es por esencia colectiva”; que “el adicto busca a quienes compartan sus experiencias”, y que “muchas veces en su necesidad de tener dinero para comprar droga, él mismo se convierte en cómplice del tráfico” (15/3/89, p. 7835).

Frente a tales fundamentos no puede afirmarse, a mi modo de ver, que la incriminación de la tenencia de estupefacientes, aun cuando ésta sea para el consumo personal, no constituya un medio razonable para amparar la salud pública, pues más allá de su acierto o error como herramienta de política criminal, los motivos antes reseñados dan suficiente sustento racional a la decisión del legislador dirigida a lograr una “prevención general que para muchos va a constituir una valla psicológica importante para no ingresar en un ámbito del cual muchas veces cuesta salir airoso... en la seguridad de que la salud individual contribuye a la mejor salud colectiva y, por ende, al eficaz desarrollo de una nación” (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 29/3/89, p. 7878).

Considero entonces que no puede afirmarse que no exista un nexo razonable entre las figuras previstas tanto por el art. 6° de la ley 20.771, como por el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, y la afectación de la salud pública ni, mucho menos, hacerlos sobre la base del mayor o menor éxito que aquellas normas puedan tener respecto de la protección del interés jurídico tutelado.

Por lo tanto ambas normas no han ido más allá del marco establecido por la disposición constitucional que se invoca para declarar abstractamente punible un comportamiento pues, tal como lo destacara mi antecesor en el cargo, doctor Juan O. Gauna, en su dictamen de Fallos 308:1412, aquel límite “no está dado por el hecho concreto de su trascendencia de la esfera personal, sino por la relevante posibilidad de que ello ocurra”, siguiendo así la línea técnica que ilustres predecesores fijaran (dictámenes de los doctores Guastavino de Fallos 300:254, y Mario Justo López de Fallos 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137).

Puede afirmarse entonces que tanto el art. 6° de la ley 20.771, cuanto el art. 14, 2ª parte, de la ley 23.737, se sustentan “en el juicio de valor efectuado por el órgano constitucionalmente legitimado al efecto, y desde este punto de vista ‘resulta en principio irrevisable’. Sólo podría ser cuestionada si la presunción de peligro que subyace en dicho juicio resultara absolutamente irrazonable...” (disidencia de los doctores Caballero y Fayt, en Fallos 308:1392), circunstancia esta última que, en virtud de las razones expuestas, no se verifica en el “sub judice”.

En lo relativo a este aspecto, creo oportuno recordar que, según ha establecido V. E. en los casos de Fallos 308:1848, consid. 6°, y 2268, consid. 15, “la misión más

delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción", sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, y ha reconocido el cúmulo de facultades que constituyen la competencia del Congreso de la Nación, como órgano investido de poder de reglamentar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional con el objeto de lograr la coordinación entre el interés privado y el interés público.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye, pues, un acto de suma gravedad institucional, pues las normas dictadas de acuerdo al procedimiento previsto en la norma fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la ley con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 226:688; 242:73; 300:241 y 1087 –La Ley, 72-573; 93-358; 1979-B, 275–; y sentencia del 8/9/87, dictada en la causa E. 73, XXII "Entel c. Municipalidad de Córdoba s/ sumario").

Por lo tanto, acertadas o no como instrumentos de política criminal, "no se advierte que ninguna de esas normas se haya visto inspirada en otro propósito que no sea la prevención contra los riesgos que para la sociedad trae aparejado el fenómeno de la toxicomanía". No existe pues, ni tampoco el recurrente lo alega, tras de aquellas intenciones otras que transformen en abusiva la actividad del poder político, ni que por ende, revelen que esas figuras penales sean el medio para una "injustificada opresión".

No dejo de advertir, sin embargo, que ese temperamento adoptado a través de la sanción de las leyes 20.771 y 23.737, puede en ciertos casos, importar la afectación de otros valores como el derecho a la autodeterminación de la conciencia, a disponer de la salud individual o, incluso, de la propia vida, pero en tanto "esas normas persiguen la defensa de un fin superior cual es la protección de la salud pública", aquellos intereses particulares deben ceder ante el carácter general de este último (doctr. de Fallos 306:1892, consid. 8°).

Tampoco paso por alto que no siempre el interés individual debe ceder ante el colectivo, ni que existen ciertos derechos privados que de ningún modo el resto de la sociedad puede afectar, pues ésa es una de las características fundamentales que distingue a nuestro sistema republicano de las formas totalitarias de gobierno, pero no temo equivocarme al afirmar que el consumo de estupefacientes de ningún modo puede ser considerado como la manifestación de uno de esos derechos, y especialmente de la garantía que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.

"Es que el sometimiento del hombre a situaciones que terminan por conducirlo al vicio y, en definitiva, a su autodegradación, no puede, a mi modo de ver, ser entendido como un derecho fundamental no susceptible de ceder ante el interés

general”, toda vez que tales conductas no son propias de la dignidad ni de la condición humana, sino todo lo contrario.
Coincido totalmente con los conceptos básicos (pero equivocados en lo que hace a su aplicación en el supuesto de consumo o tenencia de drogas para uso personal) del doctor Petracchi en el voto antes citado. Acepto la peligrosidad tremenda que para la vigencia de una saludable democracia supone siempre el uso de las palabras prohibir o castigar, en ámbitos de tan difícil delimitación y donde tan fácil es superponer indebidamente conceptos, pero en este tema, no tengo la más mínima duda, que es abonada más que por una humilde pretensión técnica, por una larga, extensa, experiencia abogadil.
Creo oportuno aclarar que tal conclusión no significa justificar la legitimidad de las normas impugnadas, sobre la base de que apartan al hombre de los actos que pudiera cometer contra sí mismo, a partir de un concepto ético que le es impuesto, sino que conduce a demostrar por qué razón no debe temerse que el sacrificio de intereses individuales frente al fin colectivo perseguido pueda importar, en este caso, la afectación de derechos fundamentales.
“No se trata pues de sancionar al tenedor de estupefacientes por consumirlos ni por su posible condición de adicto, ni de imponerle una forma de vida que responda a ideales de terceros, sino de amparar a estos últimos de las consecuencias nocivas que la conducta de aquél pueda provocar”, sin que para ello sea necesario, reitero, la violación de derechos que, de acuerdo con el texto constitucional, no puedan ser sacrificados en función del interés general. Esto implica la exacta y correcta adecuación a la realidad vital social actual.
Ese también es el sentido, entiendo, del tratamiento previsto por los arts. 9° de la ley 20.771 y 16 de la ley 23.737, así como de las medidas que, con criterio más moderno, prevé en reemplazo de la pena el nuevo ordenamiento en la materia (arts. 17 y 18, ley 23.737), adoptando de ese modo un enfoque terapéutico para el problema de la drogadicción, cuya necesidad fue ya señalada por el tribunal en el consid. 10 de su pronunciamiento de Fallos 308:1392, de acuerdo con las sugerencias de la Convención Unica de Estupefacientes (30/3/61).
Quiero por último destacar que no existiendo la inconstitucionalidad alegada por el recurrente, la situación del procesado en cuanto al encuadramiento legal de la conducta que se tuvo por demostrada, ha sido bien resuelta por el a quo al aplicar en el art. 2° del Cód. Penal, toda vez que el art. 14, 2° parte, de la ley 23.737 establece una escala penal mucho más benigna que el art. 6° de la ley 20.771.
En virtud de los fundamentos antes expuestos opino, pues, que corresponde confirmar el fallo impugnado. –Julio 12 de 1990. – Oscar E. Roger.
FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Considerando:
1°) Que contra la sentencia de la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y condenó a Ernesto A. Montalvo a la pena de tres meses de prisión de ejecución condicional, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes, interpuso la defensa recurso extraordinario a fs. 97, que fue concedido a fs. 114.
2°) Que el hecho que dio origen a esta causa fue comprobado el 8 de junio de 1986 cuando el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria a fs. 26.
En primer instancia Montalvo había sido condenado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y un mil australes de multa, por considerárselo autor del delito de tenencia de estupefacientes, en los términos del art. 6° de la ley 20.771. La cámara, ante la vigencia de la ley 23.737 pendiente la apelación del procesado, modificó la tipificación legal de la conducta a él atribuida, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal y la subsumió en el art. 14, segunda parte de la ley 23.737, al tiempo que disminuyó la pena, que fijó en tres meses de prisión de ejecución en suspenso. Asimismo, señaló el a quo que no correspondía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, por haber sido virtualmente desconocida por el Poder Legislativo, al incriminar la ley 23.737 la tenencia de estupefacientes en general y para uso personal en el art. 14, 1ª y 2ª parte, respectivamente.
3°) Que la defensa fundó la apelación extraordinaria en la doctrina de la arbitrariedad, gravedad institucional y en la inconstitucionalidad de la norma legal que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal –sea el art. 6° de la ley 20.771, o el art. 14, segunda parte de la ley 23.737–, aspecto sobre el que fue concedido el recurso federal.
Sostuvo el apelante que la resolución recurrida afecta la garantía amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que aquella represión ataca la intimidad y privacidad de las personas.
Estimó que el procesado tenía droga únicamente para consumo personal, sin que hubieran existido actos de ostentación o exhibición que pusieran en peligro bienes o derechos de terceros.
Añadió que bajo el pretexto de beneficiarlo con la aplicación de la ley más benigna, se lo perjudicó, al no habérsele posibilitado el ejercicio del derecho de defensa sobre el particular, especialmente en punto a la constitucionalidad o

inconstitucionalidad de la nueva norma –pese a que no demostró que a tal fin no fuese suficiente la crítica ensayada respecto de la norma vigente al tiempo del hecho–; máxime cuando no existe pronunciamiento de la Corte Suprema al respecto, como sí ocurrió con igual tacha dirigida al art. 6° de la ley 20.771, norma que había sido declarada inconstitucional por la mayoría del tribunal en causas tramitadas durante su anterior integración.
4°) Que procede habilitar la instancia para conocer respecto de la tacha de inconstitucionalidad mediante la cual se impugnan el art. 6° de la ley 20.771 y el art. 14, segunda parte de la ley 23.737, y examinar con prioridad la dirigida respecto del primero, por ser el que regía en la época del hecho y porque, si prosperase el planteo defensivo, sería innecesario el tratamiento de inconstitucionalidad de la segunda de las normas implicadas.
5°) Que, aunque parezca obvio decirlo, el tema no es novedoso en la legislación y en la jurisprudencia. En el campo legislativo, aparece por primera vez en el derecho penal argentino en el año 1926, al introducir la ley 11.331 una enmienda al texto original del Código Penal, por la cual se reprimía la conducta de quienes sin estar autorizados para la venta, tuviesen en su poder las drogas mencionadas por la ley y no justificasen la razón legítima de su posesión o tenencia (art. 204, párr. 3°). Años más tarde se dictó la ley 17.567, vigente desde 1968, que sancionaba la tenencia de estupefacientes en cantidad que excediesen las correspondientes a un uso personal (art. 204 ter., inc. 3°), ley que fue derogada en 1973 por la 20.509, la cual restableció el texto de la ley 11.331, hasta que en 1974 se sancionó la ley 20.771, actualmente reemplazada por la ley 23.737.
6°) Que en el terreno de la jurisprudencia, cabe destacar que este tribunal fue llamado a examinar la constitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771. Así, en el caso “Colavini” del año 1978 (Fallos: 300:254) dijo la Corte que no puede sostenerse con ribetes de razonabilidad que el hecho de tener drogas, por los antecedentes y efectos que supone tal conducta, no trasciende de los límites del derecho a la intimidad, protegido por el art. 19 del texto constitucional. En 1979, en los autos “Roldán” (Fallos: 301:673), con remisión a la doctrina de Fallos: 300:254, se estableció el alcance del art. 6° de la ley 20.771, expresándose que su letra y su espíritu trascienden los límites del derecho a la intimidad, por lo que es lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal salvo, obviamente, las destinadas a un empleo legítimo justificado por la medicina. En el caso “Valerio” de 1981 (Fallos 303:1205), el tribunal sostuvo que el art. 6° de la ley 20.771, en cuanto sanciona una conducta de las denominadas de “peligro abstracto”, encuentra su fundamento constitucional en

que, una vez determinada por los poderes públicos la potencialidad dañosa de determinadas sustancias respecto de la salud pública, su tenencia constituye una acción que trasciende la intimidad, susceptible de ser castigada. Y en los años 1982 y 1983, en los casos “Jury” y “Maldonado” (Fallos: 304:1678 y 305:137, respectivamente), hizo nuevamente remisión a la doctrina recaída en “Colavini”.
Sin desconocer que un criterio contrario al sustentado en los fallos reseñados precedentemente fue sentado, por mayoría estricta “in re” “Bazterrica” y “Capalbo” (Fallos: 308:1392), donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 en cuanto incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realizara en condiciones tales que no trajeran aparejado un peligro concreto o un daño a derechos a bienes de terceros; esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina establecida a partir del citado caso “Colavini”, consciente de que tal variación jurisprudencial no afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues, desde antiguo, tiene dicho que esa garantía importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales condiciones (Fallos: 101:401; 124:122; 126:280; 127:167; 137:105; 151:359; entre muchos otros), principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales, pero no puede alcanzar por analogía a un cambio de jurisprudencia que, por otra parte, no constituye cuestión federal alguna (V.77, XXIII, “Villada, Juan C. y otros”, s/robo calificado, del 9 de octubre de 1990).
7°) Que diversas razones llevaron al legislador de la ley 20.771 a reprimir la tenencia de estupefacientes, aunque estuviesen destinados a uso personal, entre las que figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana. En especial se adujo que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que no ha cometido delito contra las personas, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él y que aquél, como suele suceder, trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, setiembre 19/9/74, p. 2871).
8°) Que esos motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor

utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (Fallos: 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales que, como se verá, no es el caso; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos.
9°) Que los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia: si el más alto tribunal hace esto último, desplaza a los poderes políticos y se convierte en una "superlegislatura", como alguna vez se dijo en la Corte Suprema de Estados Unidos (voto concurrente en el caso "Dennis vs. U. S.", 341 U. S. 494). Además, los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, "la conciencia jurídica y moral de la comunidad" (Fallos 248:291, consid. 24).
10) Que a las razones invocadas precedentemente debe añadirse que el agravio según el cual la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal atenta contra el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional carece de sustento, a poco que se examine el texto en su integridad. Esta conclusión de la Corte debe estar precedida de algunos principios rectores que surgen de su propia jurisprudencia y de otros que es menester incorporar a ella.
11) Que, conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las "acciones privadas" están exentas de la autoridad de los magistrados cuando "de ningún modo" ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión encomillada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales –en el sentido indicado– en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que "de algún modo", cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que "de algún modo", trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compartible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos: 308:1392 (consid. 8°), donde se sostuvo que la norma constitucional "sub examine" sólo es inaplicable si "debe presumirse" que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva "en todos los casos". Lo que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas "consecuencias" "en algunos casos", que es lo que, con toda evidencia,

sucede en las situaciones a que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales. El efecto “contagioso” de la drogadicción y la tendencia a “contagiar” de los drogadictos son un hecho público y notorio, o sea un elemento de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238:550 y los que en esta sentencia se inspiran) que los jueces no pueden ignorar. En una gran cantidad de casos, las consecuencias de la conducta de un drogadicto no quedan encerradas en su “intimidad” (véase Fallos: 308:1392, consid. cit., 2° párr.) sino que “se exteriorizan en acciones”, como dijo alguna vez la Corte Suprema (Fallos: 171:103, en p. 114) para definir los actos que son extraños al art. 19. Porque es claro que no hay “intimidad” ni “privacidad” si hay exteriorización y si esa exteriorización es apta para afectar, de algún modo, el orden o la moral pública, o los derechos de un tercero. Pretender que el comportamiento de los drogadictos no se exterioriza “de algún modo” es apartarse de los datos más obvios, penosos y aun dramáticos de la realidad cotidiana.

12) Que, entonces, entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública se encuentra sin duda la tenencia de estupefacientes para uso personal, porque al tratarse de una figura de peligro abstracto está ínsita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante “hormiga”, y el verdadero traficante, así como el que siembra o cultiva, sin que la presunción de peligro que emana del art. 6° de la ley 20.771 sea irrazonable, en atención a la relación entre los bienes jurídicamente protegidos y la conducta incriminada. Y tampoco debe exigirse en cada caso la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública, pues de ser así se agregaría un requisito inexistente que altera el régimen de la ley, con el peligro de que tal inteligencia la torne ineficaz para la consecución de los fines que persigue (Fallos: 300:254).

13) Que en cuanto a la relación de causalidad entre la figura descripta por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda (Fallos: 308:1392, considerando 13 del voto de la minoría).

Es que la importancia de los bienes tutelados por el art. 6° de la ley 20.771 determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es

conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás, argumentos que son válidos para demostrar que no se pena al tenedor de drogas por su condición de tal, ni se reprime la autolesión.
14) Que el elemento subjetivo de la figura se satisface con la voluntad consciente del sujeto de tener la droga. Así, poco importa la finalidad de la tenencia, ya sea para satisfacer un interés patológico, o para poder a su vez venderla, o donarla a otro y, fuera de los casos de autorización legítima, quien tiene drogas cumple con la acción típica y con los elementos de la figura, sin que los motivos en virtud de los cuales entró en la tenencia de la sustancia, con conocimiento de su naturaleza, tengan relevancia para resolver la cuestión en examen, toda vez que al resultar sancionada esa conducta como de peligro abstracto, dicho peligro existe en tanto la sustancia conserve sus cualidades y sea apta para ser consumida por cualquier persona con o sin el consentimiento de su tenedor y es por ello susceptible de ser castigada (Fallos: 305:137).
15) Que al tipificar como delito la tenencia de estupefacientes para uso personal, el legislador lo hizo sin distinciones en cuanto a la cantidad, dado que al tratarse de un delito de peligro abstracto, cualquier actividad relacionada con el consumo de drogas pone en peligro la moral, salud pública y hasta la misma supervivencia de la Nación, cuyo potencial humano es quizá su mayor patrimonio. Del modo como se tipificó la conducta, se quisieron abarcar todos los casos no autorizados, con independencia de la finalidad de la tenencia, pues partiendo del presupuesto de que se trata de regular la tenencia de sustancias peligrosas para la salud pública, el legislador ha querido someter a conminación penal a todo aquel que se sustraiga al poder de policía de salubridad que ejerce el Estado.
16) Que, por tanto, no es la cantidad lo que debe ponderarse, sino la naturaleza y efectos de los estupefacientes, máxime que el legislador no pudo dejar de tener en cuenta que, por lo general, el tenedor, para comprar la droga, oficia de traficante y éste lleva consigo cantidades pequeñas para pasar por consumidor, con lo cual se asegura su propio abastecimiento, y después, al ser detenido, declara que la droga es para uso personal y así la relación entre el tenedor y el traficante se consolida y hasta lo hace aparecer exclusivamente como “víctima del mal” cuando ello es sólo parcialmente cierto. Se advierte así que la teoría de la “insignificancia” –sostenida a veces por doctrinarios y sustento de algunos pronunciamientos judiciales– atenta contra el verdadero fin querido por el legislador: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante.
17) Que aun cuando lo expuesto baste para declarar la constitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, conviene señalar que no puede entenderse la penalización de la

tenencia de estupefacientes para uso personal como una consecuencia del autoritarismo, sino por el contrario traduce la voluntad del legislador de reprimir todas las actividades relacionadas con el narcotráfico por ser conductas atentatorias de la propia supervivencia del Estado y de sus instituciones, tema que ha sido constante preocupación de la República Argentina, la que se refleja también en los tratados internacionales suscriptos, entre los que figuran la Convención Unica sobre Estupefacientes adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas (dec.-ley 7672/63, ratificado por ley 16.478); el Protocolo de modificación de la Convención Unica sobre estupefacientes de 1961, adoptado en Ginebra el 25 de marzo de 1972 (ley 20.449); el convenio sobre sustancias psicotrópicas adoptado en Viena el 21 de febrero de 1971 por la Conferencia de las Naciones Unidas para la adopción de un protocolo sobre sustancias psicotrópicas (ley 21.704); acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicos suscripto en Buenos Aires, el 27 de abril de 1973 y sus protocolos adicionales (ley 21.422); acuerdo de sede entre la República Argentina y el acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicos, suscripto en Buenos Aires, el 16 de octubre de 1981 (ley 23.206) y el Convenio suscripto con el gobierno de la República de Venezuela sobre prevención y control del consumo y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas (ley 23.865).

18) Que, por lo demás, sostener que las contempladas por dicha norma son acciones comprendidas dentro del régimen del art. 19 y agregar en seguida que serían legítimas medidas de “tratamiento obligatorio”, es decir, el uso de “facultades jurisdiccionales para ordenar y supervisar tratamientos” (véase el citado pronunciamiento de Fallos: 308:1392, primer voto consid. 10 y segundo voto en ps. 1439 y sigts. y 1458 “in fine” y sigts.) implica auto-contradicción, porque si la premisa fuera exacta, eso es, si de veras estuviéramos ante acciones de las previstas en el art. 19. también esas “medidas” o “tratamientos obligatorios” serían inconstitucionales, en tanto y en cuanto someterían a las personas a “la autoridad de los magistrados” bajo la forma del “poder de policía”; y sólo importarían proponer que éste sea empleado en reemplazo del “poder represivo penal”. Y parece innecesario demostrar que la opción entre uno y otro poder corresponde privativamente al legislador y no puede ser asumida por los jueces sin que se incurra en una “grave anomalía constitucional y axiológica” (caso “Partido Justicialista”, Fallos: 263:267, consid. 9° — La Ley, 120-752–).

19) Que, declarada la constitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771, corresponde asumir ahora el tema de la validez constitucional del vigente art. 14, segunda parte de la ley 23.737, en la medida en que su aplicación viene impuesta por el art. 2° del Cód. Penal. Si bien incumbe a esta Corte el control de

constitucionalidad de las leyes del Congreso, que incluye el de su racionalidad, no puede dejar de valorar adecuadamente la insistencia del legislador en renovar un régimen legal análogo. Esto implica sostener que, según la nueva norma, se sigue considerando peligrosa toda conducta vinculada con la tenencia de estupefacientes en la medida en que ello implica sustraerse al control propio del Estado en el ejercicio de su poder de policía de salubridad.
20) Que los años transcurridos desde la sanción de la ley 20.771, en 1974, y un devastador avance de la drogadicción, con la captación ya no sólo de la juventud, sino de niños, determinó al legislador a dictar la ley 23.737, sancionada en 1989, que mantiene la incriminación cuestionada.
21) Que las razones de política criminal que determinaron al legislador de la ley 23.737 a reprimir en el art. 14, segunda parte, la tenencia de estupefacientes, cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que es para uso personal, aparecen fundadas en los debates parlamentarios, cuya transcripción en lo que tienen de sustancial, resulta pertinente por constituir la interpretación auténtica de la nueva ley.
22) Que en la Cámara de Diputados se dijo: “El art. 14 introduce una innovación al establecer en su segundo párrafo una diferencia cuando se refiere a la tenencia para consumo propio, pero tenencia al fin. Eso es lo que tenemos que entender. La tenencia para uso propio es tenencia lisa y llana. Se trata de tenencia para drogarse, y no podemos quedar impasibles ante ese hecho. No le podemos decir a ese individuo que se siga drogando, que a la ley no le importa, porque no lo entiende” (Diario de Sesiones del 22/2/89, p. 7746); “son tremendas las consecuencias de esta plaga tanto en lo que se refiere a la práctica aniquilación del individuo como a su gravitación en la moral y economía de los pueblos, traducidas en la delincuencia común y subversiva, la incapacidad para realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, que es la base fundamental de nuestra civilización... Hay quienes piensan que somos libres de envenenarnos como nos place y que por consiguiente todo esfuerzo que haga la sociedad para impedir a un toxicómano que se entregue a su vicio constituye un atentado contra la libertad individual. Se trata de una idea insostenible en una sociedad moderna, pues el toxicómano no sólo se destruye a sí mismo sino que al hacerlo así causa perjuicio a quienes lo rodean” (Diario de Sesiones del 8/3/89, p. 7781).
23) Que, por su parte, en la Cámara de Senadores se sostuvo: “este es un problema que afecta fundamentalmente no sólo la vida del país sino la de todo el mundo. Evidentemente, la producción, el tráfico y el consumo de estupefacientes ha logrado cambiar la fisonomía política, social y ética de numerosos países. Avanza

inconteniblemente como una lacra que se expande por encima de las fronteras, resistiendo de modo fundamental la personalidad de los individuos y de los Estados... Se estima que en el mundo más del 20 % de la población consume drogas que provocan dependencia y grave daño físico y moral. Más de 300 millones consumen marihuana, 250 millones consumen derivados del opio y la cocaína, y el resto, alucinantes, estimulantes, sedantes, tranquilizantes e hipnóticos... En nuestro país la situación ha repercutido de tal manera y se ha expandido en tal forma, que la información de los diarios señala que está ganando, inclusive, a los niños de las escuelas, quienes han adoptado el hábito de drogarse en la vía pública, casi inconscientemente, con la inhalación de pegamento recalentado... En cuanto a los consumidores, la cadena tiene tres eslabones fundamentales, de los cuales ellos constituyen el último, los dos primeros corresponden al productor y al traficante. Desde luego, cuando los consumidores son muchos atraen al tráfico... La realidad demuestra que en tanto existan consumidores hay tráfico, y que cuando hay consumidores también está la droga clandestina. Y si se tiene droga clandestina es porque los consumidores, de alguna manera, estimulan su tránsito hacia el país afectado" (Diario de Sesiones del 21/8/86, p. 1868 y siguientes).

24) Que, según se desprende de esas expresiones, el legislador ha tipificado nuevamente como delito de peligro abstracto la tenencia de estupefacientes, pero con un agregado esencial que no contenía la ley 20.771, referente a la tipificación del delito cuando por su "escasa cantidad" y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal. Huelga entonces decir que todas las razones dadas en apoyo de la constitucionalidad del art. 6° de aquella ley se mantienen incólumes para sostener la incriminación prevista por la actual.

25) Que la norma –art. 14, segunda parte de la ley 23.737– contiene un juicio de valor para incriminar la conducta cuestionada de inconstitucional por el recurrente, sin que se advierta el menor atisbo de irrazonabilidad o injusticia que justifiquen la revisión judicial. Antes al contrario, ese juicio de valor emana de un mandato clamoroso de la comunidad –cabalmente entendido por sus representantes–, que desea terminar con el flagelo de la drogadependencia, sobre todo cuando ha advertido que su país ha dejado de ser un lugar de paso para el tráfico internacional para convertirse en uno de creciente e intenso consumo, y que en los estudios de mercado que efectúa la delincuencia internacional para evaluar la conveniencia de su establecimiento se tiene especialmente en cuenta la no punición de la tenencia. Al respecto, conviene recordar una vez más que si no existieran usuarios o consumidores, no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de

estupefacientes (Fallos: 300:254).
26) Que en época de la vigencia de la ley 20.771 y en especial a partir de los fallos de este Tribunal in re “Bazterrica” y “Capalbo” (Fallos: 308:1392) se dijo que no estaba probado que reprimir penalmente la tenencia de estupefacientes fuese un arbitrio eficiente para conjurar el problema de las drogas; pero lo cierto es que la actitud permisiva de los últimos tiempos, lejos de disminuir el consumo, el tráfico y la actividad delictiva, ha coincidido con su preocupante incremento. Por lo que la desincriminación del tenedor de drogas que las tuviere en escasa cantidad facilitaría la actividad de los traficantes, los que en los tiempos actuales utilizan un nuevo sistema de expansión del comercio, que consiste en “regalar” dosis extras a los consumidores a cambio de la captación de nuevos clientes. Y los medios utilizados hasta el momento para contrarrestar el avance de la drogadicción –propaganda en medios gráficos, radiales y televisivos, conferencias, etc.– no han logrado contenerlo, sino sólo parcialmente.
27) Que la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771, provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23.737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad, inequívocamente destinada al uso personal, con lo cual ya no corresponde realizar evaluaciones sobre el tema y llegar a un casuismo, no querido por la ley ni por la sociedad, la que espera la protección de sus derechos que atañen a la moral, salud y seguridad públicas. La tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental, como no lo afecta tampoco la que reprime la tenencia de armas y explosivos y, en general, las disposiciones que sancionan los demás delitos de tenencia.
Por ello, se rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y se confirma la sentencia apelada. — Ricardo Levene (h.). — Mariano A. Cavagna Martínez. — Carlos S. Fayt (por su voto). — Augusto C. Belluscio (en disidencia). — Enrique S. Petracchi (en disidencia). — Rodolfo C. Barra. — Julio S. Nazareno. — Julio Oyhanarte. –Eduardo Moliné O’Connor.
Voto del doctor Fayt
Que las cuestiones planteadas son sustancialmente análogas a las tratadas en las disidencias del suscripto en Fallos: 308:1392 y 1463, a las que corresponde remitirse en razón de brevedad.
Por ello, se rechaza la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y del art. 14, segunda parte de la ley 23.737 y se confirma la sentencia apelada. — Carlos S.

Fayt.
Disidencia del doctor Belluscio
Que la sentencia de la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y condenó a Ernesto A. Montalvo a la pena de tres meses de prisión de ejecución condicional, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes en su forma atenuada por el art. 14, 2° párr. de la ley 23.737, sancionada durante la sustanciación del proceso. Contra ella la defensa interpuso el recurso extraordinario de fs. 97, el cual fue concedido a fs. 114 en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de una y otra norma legal.
Que la cuestión planteada es similar a la decidida por esta Corte en Fallos: 308:1392, cuya doctrina es igualmente aplicable al art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737.
Por ello, oído el señor Procurador General, se declara la inconstitucionalidad de la mencionada norma legal y se revoca la sentencia apelada. — Augusto C. Belluscio.
Disidencia del doctor Petracchi
1°) Que contra la sentencia de la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 y condenó a Ernesto Montalvo a la pena de tres meses de prisión de ejecución condicional, por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes, interpuso la defensa recurso extraordinario a fs. 97, que fue concedido a fs. 114.
2°) Que el hecho que dio origen a esta causa fue comprobado el 8 de junio de 1986 cuando el procesado, junto con otro persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria a fs. 26.
En primera instancia Montalvo había sido condenado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional y un mil australes de multa, por considerárselo autor del delito de tenencia de estupefacientes, en los términos del art. 6° de la ley 20.771. La cámara, ante la vigencia de la ley 23.737 pendiente de apelación del procesado, modificó la tipificación legal de la conducta a él atribuida, por aplicación del art. 2° del Cód. Penal y la subsumió en el art. 14, segunda parte de la ley 23.737, al tiempo que disminuyó la pena, que fijó en tres meses de prisión de ejecución en suspenso. Asimismo, señaló el a quo que no correspondía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771, por haber sido virtualmente desconocida por el Poder Legislativo, al incriminar la ley 23.737 la tenencia de estupefacientes en general y para uso personal en el art. 14, primera y segunda

parte, respectivamente.
3°) Que la defensa fundó la apelación extraordinaria en la doctrina de la arbitrariedad, gravedad institucional y en la inconstitucionalidad de la norma legal que reprime la tenencia de estupefacientes para uso personal –sea el art. 6° de la ley 20.771, o el art. 14, segunda parte de la ley 23.737–, aspecto sobre el que fue concedido el recurso federal.
Sostuvo el apelante que la resolución recurrida afecta la garantía amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que aquella represión ataca la intimidad y privacidad de las personas.
Estimó que el procesado tenía la droga únicamente para consumo personal, sin que hubieran existido actos de ostentación o exhibición que pusieran en peligro bienes o derechos de terceros.
Añadió que bajo el pretexto de beneficiarlo con la aplicación de la ley más benigna, se lo perjudicó, al no habérsele posibilitado el ejercicio del derecho de defensa sobre el particular, especialmente en punto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la nueva norma; máxime cuando no existe pronunciamiento de la Corte Suprema al respecto, como sí ocurrió con igual tacha dirigida al art. 6° de la ley 20.771, norma que había sido declarada inconstitucional por la mayoría del Tribunal en causas tramitadas durante su anterior integración.
4°) Que el planteo reseñado es idóneo para habilitar la instancia extraordinaria toda vez que el apelante ha cuestionado la inteligencia de una cláusula constitucional –art. 19– y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).
5°) Que, al resolver el caso “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), la mayoría del tribunal decidió que el art. 6° de la ley 20.771 era violatorio del art. 19 de la Constitución, en tanto castigaba la tenencia de estupefacientes para uso personal aun cuando aquélla no constituyera un daño o peligro concreto para derechos o bienes de terceros.
Para llegar a tal conclusión, la Corte partió de la comprobación de que el citado art. 19 no sólo garantizaba un ámbito de libertad limitado al fuero íntimo de la conciencia, sino que también alcanzaba en su tutela a las conductas que trascendían al mundo exterior, pero que no afectaban derechos de terceros ni ofendían al orden o la moral pública.
Ello, implicaba, necesariamente, distinguir entre acciones que afectaban sólo a la ética privada –las cuales estaban sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados– y aquellas otras que trascendían ese ámbito, justificando así la injerencia estatal en la libertad de los individuos.
Desde esta perspectiva, el tribunal señaló que la incriminación de la mera tenencia,

al crear una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no susceptible de ser destruida por la prueba en contrario del acusado o por la apreciación judicial de las circunstancias concretas del caso, no satisfacía los requisitos del art. 19 que exige –como condición del reproche penal– el daño o el peligro concreto a derechos de terceros o al orden o la moral pública.

Ello es así, pues la citada norma constitucional, al referirse a las conductas que de ningún modo ofendan derechos de terceros o al orden o la moral pública, no deja fuera de su ámbito de protección a aquellas acciones que tengan algún tipo de repercusión en el medio social, pues resulta difícil imaginar una conducta humana, de alguna relevancia, que carezca de esa virtualidad.

En realidad, no es cualquier efecto sobre el mundo exterior lo que autoriza la intervención estatal, sino el daño o el peligro concreto respecto de derechos o bienes privados o públicos, los cuales también deben ser claramente caracterizados por el legislador.

Una solución contraria llevaría a considerar amparado por la primera parte del art. 19, únicamente al puro acto interno de conciencia, lo que, al despojar a dicha norma de todo contenido tutelar significativo, otorgaría a los poderes públicos facultades omnímodas para regular las conductas de las personas, instaurando así el más crudo totalitarismo.

6°) Que, por otra parte, abonan en favor de la irrazonabilidad –art. 28 de la Constitución Nacional– de la presunción absoluta, contenida en la norma en examen, los argumentos desarrollados en el voto concurrente del juez Petracchi en la citada causa “Bazterrica”, al que cabe remitirse íntegramente, en el sentido de que la sanción penal de la mera tenencia para uso personal se ha revelado como no idónea para combatir el terrible azote que constituye la drogadicción en la sociedad contemporánea.

Dichos argumentos se ven reforzados con nuevos datos aportados por recientes investigaciones realizadas acerca de esta cuestión. Así, los resultados de un estudio efectuado en California muestran que el intento de control del uso de la marihuana a través de la incriminación de su consumo, en lugar de disminuirlo, lo aumentaron considerablemente, llegando incluso a involucrar a los simples consumidores en el tráfico.

Refuerza este argumento el testimonio de los principales funcionarios a cargo de la Drug Enforcement Administration de los Estados Unidos (según “Beyond the war on Drugs” by Steven Wisostsky, Prometeus Books, N.Y. 1986) cuya experiencia los lleva a sostener que: “… para que la guerra contra las drogas triunfe, los traficantes deberían advertir una elevación drástica del nivel de riesgos…” “Un determinado distribuidor raramente se pone en la situación de vender directamente a

extraños…” “… la estructura de la industria de la cocaína y la estructura legal de persecución se combinan de tal manera que los peces chicos son los más fáciles de atrapar, mientras que los grandes traficantes disfrutan de un sustancial porcentaje de inmunidad legal…”.
7°) Que, vinculada a esta cuestión, cabe agregar que el argumento, según el cual el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal sería justificado como un medio indirecto para combatir el narcotráfico, es violatorio de la escala de valores plasmada en nuestra Ley Fundamental –receptora, en este aspecto, de los aportes más esenciales de nuestra tradición cultural–, que prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas.
8°) Que, sin perjuicio de que el voto al que se ha hecho remisión “supra” (consid. 6°) abordó el tema, la reiterada alegación –por parte de los partidarios de la incriminación de la mera tenencia de droga para uso personal– sobre las características “peligrosas” que presentaría el drogadicto, hace necesario subrayar un doble orden de consideraciones sobre el punto:
a) que es aventurado calificar como “drogadicta” a toda persona que se le encuentra una cantidad de estupefacientes destinada al uso personal;
b) que no es conciliable con los principios básicos de nuestra Constitución establecer un sistema represivo que formule tipos penales que no estén fundados en la descripción de conductas punibles, sino en características personales, como lo sería, obviamente, la calidad de drogadicto. Un derecho penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas, abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir a categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas.
En este orden de ideas, cabe señalar que la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Robinson vs. California” (370 U.S. 660) declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que castigaba “el ser adicto a los narcóticos”. El tribunal estimó que, al haberse reconocido por parte del propio Estado de California que esa adicción constituía una enfermedad, dicha sanción configuraba una pena “cruel e inusual”, en razón de que era incompatible con las pautas actuales de civilización punir un estado patológico, que no se había traducido en conducta alguna lesiva de terceros.
Precisamente, es la circunstancia señalada en último lugar –esto es, la afectación de derechos de terceros, aun cuando la conducta en cuestión no configure un delito penal– lo que justifica constitucionalmente la eventual adopción por parte del legislador de las medidas de rehabilitación y reinserción social, a que se refiere el juez Petracchi en los consids. 16 y 23 de su voto concurrente en el caso

“Bazterrica”, medidas que, de no darse aquella afectación, serían igualmente violatorias del art. 19 de la Constitución.
9°) Que lo hasta aquí enunciado–a lo que se debe agregar las remisiones efectuadas– bastaría para concluir que el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737 es inconstitucional, en razón de su sustancial identidad con el art. 6° de la ley 20.771, máxime cuando, de los antecedentes parlamentarios de la norma citada en primer lugar, surge claramente la intención del legislador de castigar la mera tenencia de estupefacientes para uso personal, aun en ausencia de un daño o peligro concreto a derechos o bienes de terceros.
10) Que, sin perjuicio de lo que se acaba de señalar, además de los argumentos expuestos precedentemente, existe otra razón muy importante para mantener el criterio mayoritario sentado en “Bazterrica”, como lo es el principio según el cual la Corte debe, como regla fundamental para su funcionamiento, adecuar sus decisiones a los precedentes dictados por ella en la misma cuestión.
11) Que, sobre este punto, el tribunal ha desarrollado principios esclarecedores, que son de gran utilidad en el caso. Así, en la causa “Miguel Baretta c. Provincia de Córdoba”, la Corte dijo lo siguiente sobre el punto: “… En tales condiciones, la sentencia a recaer en esta causa, finiquitada antes del fallo del antecedente recordado,… debe ajustarse a las conclusiones de aquél, porque no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para ser ineludible tal cambio de criterio”.
Sería… en extremo inconveniente para la comunidad –dice Cooley citando al Canciller Kent, ‘Constitutional Limitations’, t. I, p. 116– si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos.
Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional, aplicarse el principio de ‘stare decisis’, sin las debidas reservas –Conf. Willouhgby, ‘On the Constitution’, t. I, p. 74– no es menos cierto, que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes…” (Fallos: 183:409; criterio reiterado en Fallos: 192:414). Por su parte, en el caso “Gaviña, Mario B. c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos: 209:431 –La Ley, 49-156–), el citado principio fue reafirmado con los siguientes argumentos: “…Que la doctrina de los precedentes citados basta para la solución del caso de autos e impone el acogimiento de la demanda. No se ha planteado en efecto, en el curso del juicio cuestiones diferentes a las analizadas por el tribunal en los recordados antecedentes, y si bien es cierto que la autoridad de la jurisprudencia no es siempre

decisiva, no lo es menos la evidente conveniencia de su estabilidad en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación…”.
12) Que, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense, existen “…razones de mucho peso que subyacen al principio de que los tribunales no deberían apartarse ligeramente de sus decisiones anteriores. Entre ellas, se encuentran la conveniencia de que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sorpresas desagradables; la importancia de promover una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos; y la necesidad de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas. Los motivos para rechazar cualquier regla establecida deben ser sopesados a la luz de estos factores…” (“Moragne v. States Marine Lines”, 398, U.S. 375, pág. 403).
Los principios reseñados mantienen gran vitalidad en la doctrina estadounidense contemporánea. Así, el profesor Henry Paul Monaghan, de la Universidad de Columbia, se muestra contrario a que la Corte actual de su país modifique la jurisprudencia “liberal” anterior, a pesar de considerar que gran parte de ella es equivocada. En tal sentido, considera el citado autor que aun cuando “…la resolución anterior parezca claramente errónea a una mayoría de la Corte actual, la adhesión al precedente puede contribuir a la importante concepción de que la ley es impersonal, de que la Corte considere estar siguiendo a un precedente que la vincula a ella, de la misma manera que vincula a los litigantes…” (“Stare decisis and constitutional adjudication”, Columbia Law Review, volumen 88, p. 723, especialmente p. 752).
13) Que, por razones idénticas, esta Corte ha desestimado, a lo largo de su historia, numerosos planteos de naturaleza federal como “insustanciales”, cuando una reiterada y clara jurisprudencia del Tribunal impedía cualquier controversia seria respecto de su solución. En este supuesto, siempre que no fuera dudosa la aplicación de la doctrina sentada por la Corte en precedentes reiterados, ni se adelantaban argumentos que podían inducir seriamente la conveniencia de modificarla, el recurso extraordinario era considerado inadmisible (Fallos: 194:220, consid. 4° –La Ley, 28-605– y sus citas; 256:259; 266:208 y 308:1260; entre muchos otros).
14) Que la doctrina enunciada resulta de especial importancia para nuestro país en este periodo histórico en el cual aquél “…está resurgiendo de cincuenta años de vaivenes políticos, durante la mayoría de los cuales primó el autoritarismo y la intolerancia en las formas de organización social, que han puesto en serio riesgo la posibilidad de volver a colocarnos como Nación en el marco de los ideales que le

dieron fundamento…” (caso “Bazterrica”, cit., voto concurrente del juez Petracchi, consid. 25).
Por tal razón, una vez recuperada la plena vigencia de nuestras instituciones democráticas, se hace imperiosa, de ahora en más, la necesidad de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte Suprema, más allá de los cambios circunstanciales de su integración, con el objeto de mantener “la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas” (caso “Moragne”, citado).
15) Que, por cierto, el principio formulado no debe ser considerado como una regla absoluta ni rígida, que impida toda modificación en la jurisprudencia de la Corte, pues los tribunales “…no son omniscientes. Como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión…” (voto en disidencia del juez Black “in re” “Green vs. U.S.”, 356 U.S. 165, pág. 195). Sin embargo, tal como lo señaló esta Corte en el mencionado caso “Baretta”, tienen que existir “causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio”.
16) Que, entre las citadas causas “suficientemente graves”, la Corte Suprema estadounidense ha señalado dos de particular relevancia. En primer lugar, ha considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo, cuando el posterior desarrollo jurisprudencial del tribunal ha convertido a aquél en una mera expresión aislada que no forma parte de la corriente doctrinaria dominante (confr. “North Dakota Pharmacy Bd. vs. Snyder’s Stores”, 414 U.S. 156, ps. 164/ 167). También se ha sostenido que corresponde apartarse de determinada jurisprudencia cuando las “lecciones de la experiencia” o las “cambiantes circunstancias históricas”, han demostrado lo erróneo de la solución contenida allí (confr. voto en disidencia del juez Brandeis “in re” “Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co.”, 285 U.S. 393, págs. 405/408 y el voto en disidencia del juez Stewart “in re” “Mitchell vs. W. T. Grant Co”, 416 U.S. 600, ps. 634/635).
17) Que, dado que esta Corte considera que las citadas pautas son idóneas a los fines de determinar si corresponde o no mantener la doctrina desarrollada en el caso “Bazterrica”, resulta necesario determinar en primer lugar si el principio fundamental allí expresado es coincidente con la doctrina actual del tribunal.
18) Que un aspecto central de la decisión mayoritaria en el citado caso consistió, como ya se ha visto, en que la tutela del art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional no sólo abarca el fuero íntimo individual, sino que también alcanza la conducta externa de las personas.
19) Que la doctrina que subyace a esta solución, lejos de ser una expresión “aislada”, ajena a la corriente jurisprudencial dominante del tribunal, ha sido

reafirmada recientemente en la causa M. 537.XXII, “Muller, Jorge s/denuncia”, del 13/11/90, en la cual la mayoría resolvió que era contraria al art. 19 de la Constitución Nacional la decisión que había ordenado extraer sangre a un menor de edad con el objeto de establecer su identidad. Se dijo allí que la decisión cuestionada invadía la “esfera íntima” del menor, “restringía su libertad en cuanto más tenía ella de esencial –esto es la disponibilidad del propio cuerpo–” y comportaba “una lesión a la integridad física del niño” (consid. 20), sin que existiera algún interés público lo suficientemente relevante que justificara dicha intrusión.
Resulta claro, entonces, que la Corte acaba de ratificar expresamente la doctrina sentada en “Bazterrica”, según la cual el art. 19 de la Ley Fundamental otorga una protección mucho más amplia que la limitada a las acciones que arraigan y permanecen en el interior de la conciencia de las personas y que sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores.
Por tal razón, al mantenerse incólume uno de los fundamentos centrales de “Bazterrica”, cabe concluir que no se da en autos una de las razones excepcionales, mencionadas en el consid. 16, que justificarían el apartamiento de dicho precedente.
20) Que, conforme a lo señalado en el consid. 6° de este voto, tampoco se observa que existan nuevos elementos fácticos, esto es “las lecciones de la experiencia” o “las cambiantes circunstancias históricas” que permitan apartarse de lo resuelto por el tribunal en “Bazterrica”, en el sentido de que los datos de la realidad indicaban la ineficacia de aplicar sanciones penales a la mera tenencia, con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción.
21) Que, en consecuencia, cabe concluir que no existen en el caso “causas suficientemente graves” que determinen la necesidad de apartarse de lo resuelto anteriormente. En tal sentido, conviene tener en cuenta que los argumentos formulados en autos para propiciar el citado apartamiento constituyen, en lo esencial, sólo una reiteración de los ya expresados en casos anteriores, lo cual es un excelente razón para mantener la doctrina vigente.
22) Que, al haber incriminado el art. 14, 2° párr. de la ley 23.737, la tenencia de estupefacientes para uso personal, con independencia del daño o peligro concreto que aquélla pudiera ocasionar a terceros, y al no ser posible una interpretación de dicha norma que, sin forzar su texto, la haga compatible con la Constitución (doctrina de Fallos: 308:647, consid. 8° y sus citas –La Ley, 1987-A, 160–), resultan aplicables los principios enumerados precedentemente a los fines de declarar su inconstitucionalidad.
Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se

dicte un pronunciamiento con prescindencia de la norma declarada inconstitucional. — Enrique S. Petracchi.
Publicado por Gustavo Arballo en
http://falloscsn.blogspot.com/2006/09/montalvo-1990.html