

## MONTALVO

**AÑO: 1990**

**HECHOS:** El 08/06/86 Ernesto Montalvo 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 bolsa que contenía 2,7 grs. De marihuana, hecho que reconoció al prestar declaración indagatoria.

**1ª INSTANCIA:** fue condenado a un año de prisión condicional y multa de mil australes por considerarlo autor del delito de tenencia de estupefacientes en términos del art. 6 de la ley 20.771.

Apeló por inconstitucionalidad de la ley que va contra el art. 19 de la CN.

**2ª INSTANCIA (CÁMARA DE APELACIONES):** La Cámara rechaza este planteo de inconstitucionalidad aplicando ahora el art. 14 segunda parte de la Ley 23.737, el cual modifica al anterior; y establece lo siguiente:

"La pena será de 1 mes a 2 años de prisión, cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal. Lo condenó a tres meses de prisión de ejecución condicional por el delito de tenencia de estupefacientes".

Montalvo apeló por recurso extraordinario basado en la doctrina de arbitrariedad, gravedad institucional y en la inconstitucionalidad de la norma que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Se concede el recurso federal. La Corte le concede el recurso.

Sostuvo el apelante que la resolución recurrida afecta a la garantía amparada por el artículo 19 de la CN porque la represión ataca la privacidad y la intimidad de las personas. Pide una pena más benigna teniendo en cuenta el cambio de ley al respecto (20.771 a 23.737).

**CORTE**

**Procurador:** Opina que corresponde confirmar el fallo impugnado por que:

- El art. 19 de nuestra norma fundamental, protege jurídicamente un ámbito de autonomía particular, pero 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.
- No puede sostenerse la inexistencia de un nexo razonable entre la incriminación de que aquí se trata y la protección de la salud pública.
- No puede desconocerse que el adicto suele ser un medio de difusión del vicio a quien no se le pueden dar ventajas, 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.
- 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.

- 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 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.
- 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.

**MAYORÍA:** 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. Los argumentos son los siguientes:

- No es inconstitucional lo dispuesto por el art. 6° de la ley 20.771 en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes aun tratándose de aquella destinada al propio consumo.
- No es inconstitucional el art. 14 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes destinados al propio consumo.
- La incriminación de la tenencia de estupefacientes cuando se trata del consumo personal del tenedor no se dirige a la represión del usuario, 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 trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga.
- 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 que los jueces no pueden ignorar.
- No cabe exigir en cada caso, para la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública.
- Si bien con la incriminación de la tenencia de estupefacientes 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 valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda.
- 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 incita la trascendencia a terceros, pues detrás del tenedor está el pasador o traficante "hormiga" y el verdadero traficante.
- Tratándose la tenencia de estupefacientes de una figura 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 por ello es susceptible de ser castigada.
- 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 supervivencia de la nación.
- La teoría de la insignificancia elaborada a partir de sostener la atipicidad de la tenencia de

pequeñas cantidades de estupefacientes, atenta contra el fin querido por el legislador al incriminar esa tenencia: proteger a la comunidad del flagelo de la droga y terminar con el traficante.

- 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.

**Disidencia:**

- Es inconstitucional lo dispuesto por el art. 6° de la ley 20.77, en cuanto prevé el castigo de la tenencia de estupefacientes para uso personal, aun cuando aquella no constituyera un daño o peligro concreto para derechos o bienes de terceros. (Belluscio y Petracchi).

- Es inconstitucional lo dispuesto por el art. 14 de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692), en cuanto castiga la tenencia de estupefacientes cuando se trata del consumo personal. (Belluscio y Petracchi).

- La incriminación de la mera tenencia de estupefacientes, al crear una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto, no satisface los requisitos del art. 19 de la Constitución Nacional que exige como condición del reproche penal el daño o el peligro concreto a derechos de terceros o al orden o a la moral pública. (Petracchi).

- La sanción penal de la mera tenencia para uso personal de estupefacientes, se ha revelado como no idónea para combatir el terrible azote que constituye la drogadicción en la sociedad contemporánea. (Petracchi).

- Es inadmisibles justificar la incriminación de la tenencia de estupefacientes para el propio consumo con el argumento de combatir por esa vía al narcotraficante, en tanto nuestra ley fundamental prohíbe utilizar a las personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputen socialmente valiosos, desconociendo que ellas constituyen fines en sí mismas.

**HOLDING:**

La Corte concluye que la tenencia de drogas no era un comportamiento que terminaba en la mera intimidad del portador, atento a las proyecciones que podía revestir. Su penalización no significaba entonces reprimir una autolesión, sino custodiar otros valores sociales en juego, como la moral y orden público, y evitar posibles daños a terceros.

La incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios.