

**REGISTRO Nro. 1221/12**

//la ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de julio del año dos mil doce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 82/88 de la presente causa Nro. 14.470 del Registro de esta Sala, caratulada: "**ROMANO, Edgardo Daniel y otro s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en la causa Nro. 45.603 de su Registro, con fecha 9 de junio de 2011, confirmó la decisión del titular del Juzgado Nro. 9 del Fuero, en cuanto sobreseyó a Edgardo Daniel Romano y a Juan Manuel Silva por considerar que el hecho por el que eran perseguidos penalmente no encuadraba en una figura legal (art. 336 inc. 3° del C.P.P.N. -confr. fs. 78/79 y 48/vta., respectivamente-).

II. Que contra esa decisión, interpuso recurso de casación la representante del Ministerio Público Fiscal, doctora Eugenia Anzorreguy de Silva (fs. 82/88), el que fue concedido (fs. 93/vta.) y mantenido en la instancia a fs. 100.

III. Que el recurrente invocó el primer y segundo inciso del artículo 456 del C.P.P.N., por cuanto consideró que lo decidido importó la inobservancia de lo dispuesto en el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y por ser notoria la falta de fundamentación de la decisión impugnada.

En primer lugar, la doctora Anzorreguy señaló que de la circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la detención de los imputados – el intento de fuga, la cantidad de droga (53,58 grs. y 1.50 grs.) y el modo en que estaba distribuida, además de la falta del examen médico que permitiera establecer si los imputados eran o no adictos – no

surge inequívocamente que la tenencia de estupefacientes investigada fuera para consumo personal.

En segundo lugar, del análisis pormenorizado de los fundamentos esgrimidos por las resoluciones impugnadas, la fiscal analizó la errónea declaración de inconstitucionalidad y su falta de fundamentación, pues consideró que tras una remisión a fallos anteriores y de forma generalizada y dogmática se arribó a una sanción de gravedad institucional que amerita un análisis de las circunstancias y pruebas en el caso concreto.

Finalmente y en razón de lo expuesto, entendió que la Alzada omitió el análisis de la prueba conducente para la correcta solución del caso, circunstancia que tornó arbitraria la sentencia.

Citó jurisprudencia y doctrina para avalar su posición.

Por último, la representante del Ministerio Público Fiscal, hizo reserva del caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., la señora defensora pública oficial, doctora Eleonora Devoto, solicitó el rechazo del recurso deducido por su contraparte; en síntesis, porque – a su criterio – además de carecer la fiscal del derecho al recurso, la conducta desplegada por sus defendidos es portadora de las mismas características que la juzgada por el Máximo Tribunal en el mencionado caso “Arriola”, y, en consecuencia, la decisión liberatoria recurrida viene ajustada a derecho.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Geminagni, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

**El señor juez Juan Carlos Geminagni dijo:**

I) Toda vez que el recurso impetrado, a la luz de lo previsto por los arts. 438, 456, 457, 458 y 463 del C.P.P.N., es formalmente admisible, corresponde responder los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal.

II) Ahora bien, habré de recordar cuál fue la plataforma fáctica tenida por acreditada por los integrantes del Tribunal *a quo*. Así, afirmaron que se encontraba demostrado que : *"..la causa se inició en virtud de la prevención realizada por personal de la Comisaría n° 25 de la P.F.A. en la intersección de la Avda. Córdoba y calle Serrano, en la que se detuvo la marcha de una motocicleta con fines identificatorios, la cual estaba tripulada por Edgardo Daniel Romano y Juan Manuel Silva, a quienes por su estado de nerviosismo se les solicitó que exhiban sus pertenencias, siendo que se les secuestró respectivamente picadura de marihuana distribuida en un envoltorio de plástico color blanco que pesó 13.76 grs.; dos envoltorios de plástico gris que contenían 21.91 y 18.91 grs.; un objeto comúnmente utilizado para picar marihuana, que en su interior contenía 1.35 gr. de la misma sustancia secuestrada y peritada (fs.1/2;8;44/5 y 46)"*.

Sin embargo, se desprende del relato de los hechos, que ninguno de los dos Tribunales que estudiaron el caso tuvieron en cuenta las circunstancias fácticas que llevaron al personal policial a requisar a los imputados. Tal como surge de las declaraciones realizadas por el personal a fs.1/2 y 6/7 al momento de intentar detener con fines identificatorios a los tripulantes de la motocicleta, al dársele la orden, estos intentaron eludir al personal interventor, acelerando la marcha y zigzagueando entre los vehículos. Es así que finalmente lograron detenerlos en la intersección de Córdoba con Serrano y al momento de solicitarle la documentación respectiva estos se mostraron nerviosos, tratando de retirarse del lugar.

Es así, que en las instancias anteriores, asumiendo que el comportamiento investigado integra el grupo de casos alcanzados por la

proyección normativa del art. 14, párrafo 2º, de la Ley 23.737, por concluir que el material estupefaciente que detentaban tenía como exclusiva finalidad su consumo personal, advirtieron que de las circunstancias del hecho no se desprende que se haya producido una situación de daño – o siquiera peligro concreto – a derechos o bienes de terceros, por lo cual decidieron declarar la inconstitucionalidad de dicho artículo.

Sin embargo y a diferencia de lo entendido por los sentenciantes, los elementos secuestrados, en virtud de su cantidad y demás circunstancias que rodearon la requisita, descartan la figura penal escogida y conducen a la tipificación de dicha conducta como constitutiva del delito de tenencia simple.

Así, vale destacar que se entiende que *“De la unidad textual contenida en el art. 14 de la ley de estupefacientes, corresponde establecer un criterio diferencial respecto de los dos supuestos de tenencia estatuidos, en donde la simple tenencia del primer párrafo constituye sin dudas una figura genérica o residual, en tanto que el segundo párrafo consagra la tenencia para consumo personal”*.

*“La tenencia del tóxico prohibido para propio consumo requiere como necesario, además del componente objetivo de la relación del sujeto con la cosa, otro subjetivo o tendencial derivado de la acreditación de un inequívoco destino de uso personal por parte del tenedor, el que debe verificarse por medio de dos extremos: uno cuantitativo (‘la escasa cantidad’) y otro cualitativo (las ‘demás circunstancias’ del caso)”* (confr., Sala I, causa N° 5514, reg. N° 7017, “Rodríguez Montes, Bayron y Paolosini, Martín s/rec. de casación”, rta. el 14 de septiembre de 2004);

*“Escasa cantidad debe reputarse a la ‘módica, mínima, poco abundante’* (Manigot, “Régimen legal de los estupefacientes en la ley 23.737”, JPBA, tomo 72, pág. 270); *“la expresión cuantía módica no debe dar lugar a discusiones e interpretaciones interminables. Así,*

*escasa cantidad aquella que importa la posibilidad de ser consumida en más de una oportunidad*" (confr. Laje Anaya, "Narcotráfico y Derecho Penal Argentino", Lerner, Córdoba, 1996, pág. 209); "el concepto de modicidad o exigüidad, es el que guiará al juez para distinguir, en el consumidor habitual de droga, la cantidad que puede suponerse destinada al propio consumo y la que estará orientada a la difusión... por lo que el límite razonable y que prudencialmente puede estimarse destinado de forma exclusiva al consumo personal no debe situarse por lo general más allá de un reducido número de dosis..." (confr., T.S., entre otras, sentencia del 21-XI-1996, vid Romeral Moraleda-García Blázquez "Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses", Comares, Granada, 1993, pág. 54 y ss.);

*"Sin embargo, la escasa cantidad de estupefaciente encontrada no es lo único que requiere el tipo penal del art.14, segundo párrafo, que exige, además, que se acrediten en el caso otras circunstancias de las que surja sin duda alguna que la droga era detenida para consumo propio"* (confr. Este Tribunal con una integración parcialmente diferente, Sala IV, in re: 'Acuña, Leonel Gregorio s/recurso de casación', c. n° 1098, reg. N° 1619, rta. el 27/11/98) ”.

La armonización del plexo probatorio y las pautas arriba extractadas conllevan a un resultado inequívoco, cual es que el encuadre típico asignado al hecho encuentra una adecuación típica en el párrafo primero del art. 14 de la ley de estupefacientes.

Es que debe repararse en que no se encuentra satisfecho el requisito de "escasa cantidad" del tipo penal asignado por el juzgado en tanto se halló en su poder la suma de 53,58 grs. – equivalente a 105 cigarrillos o 928 dosis – y 1,05 grs. – equivalentes a 3 cigarrillos o 4 dosis – las que en ningún modo pueden considerarse escasas. Lo cierto es que sí puede afirmarse que las "circunstancias del hecho" no permiten

asegurar una mera conducta de consumo, tal como pretende la defensa, ello conforme surge de las constancias de la causa.

Por otra parte, y para finalizar, cabe precisar que no enerva aquella conclusión la doctrina que emana del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes causa n° 660” V.1283.XL, del 27 de diciembre de 2006, en el que se dieron los lineamientos de interpretación para atribuir la figura de tenencia para consumo personal, en la medida que aquí no se configura, como se estableció *ut supra*, el requisito de “escasa cantidad”.

Por ello, habré de proponer al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 82/88 y revocar la resolución impugnada, sin costas (art. 530 del C.P.P.N.).

Así voto.

**El señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

**I.** La impugnante centró su embate en dos cuestiones centrales.

Por un lado, alegó que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometieron los hechos no permitían asumir, de modo inequívoco, que la tenencia de estupefacientes investigada fuera detentada para consumo personal, y que por ende, correspondía la calificación de tenencia simple prevista en el art. 14, primer párrafo de la ley n°23.737.

En conexión con ello, calificó de errónea la declaración de inconstitucionalidad dictada por la Cámara previa, en relación con el art. 14, segundo párrafo, del instrumento citado, ya que, “*tras una remisión a fallos anteriores y de una forma generalizadora y dogmática se arribó a una sanción de gravedad institucional que cuanto menos amerita un análisis de las circunstancias y pruebas en el caso concreto*” (fs. 86vta.).

**II.** Ahora bien; se observa del desarrollo de los motivos que la fiscalía adujera en su recurso de apelación (a fs. 51/52), que la Cámara

anterior debía dedicarse a revisar si se encontraba o no acreditada la trascendencia a terceros, en el marco de un hecho calificado como tenencia de estupefacientes para consumo personal. Es en virtud de ello que confirmó el sobreseimiento dictado en la instancia de investigación, y declaró la inconstitucionalidad del tipo penal en juego (art. 14, segundo párrafo de la ley n°23.727).

Concretamente, la fiscalía había expresado su disenso con el criterio liberatorio adoptado en primer término por el juez de la instrucción, en orden a que *“las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aconteció [la conducta], potencialmente resulta lesiva del bien jurídico protegido (...), exced[ían] el ámbito de reserva reconocido por nuestra Constitución Nacional”*.

El acusador hizo especial hincapié en las pautas que constituyeron el fundamento para proceder a la requisa (el intento de elusión de los preventores por parte de los imputados, que se encontraban a bordo de una motocicleta), y también en la cantidad de material estupefaciente secuestrado; concluyó que todo ello determinaba *“la posibilidad de trascendencia a terceros que establece el tipo penal”* (fs. 51vta.). El tipo penal en cuestión, era el circunscripto por el magistrado de la primera instancia en su auto desincriminante, que reprimía la tenencia de estupefacientes para consumo personal y que, por otra parte, era el merecedor de un especial análisis en orden a la trascendencia a terceros que pudiera recaer sobre la conducta en ciernes.

Luego la fiscalía presentó su memorial ante la Cámara de Apelaciones, a fs. 75/76vta., a los fines de la audiencia prevista en el art. 454 del C.P.P.N. Y allí amplió las razones que fueron aportadas en la instancia anterior, en una alegación que, por imperio legal, no podría redundar en la introducción de motivos nuevos, ni en la realización de peticiones distintas a las formuladas al momento de interponer el recurso.

No obstante, en este segundo momento la acusación desarrolló

una hipótesis sustentada en que la cantidad de material ilícito secuestrado, impediría “*considerar de modo inequívoco que la tenencia (...) fuera para consumo personal*” (fs. 76).

**III.** En ese estado se encontraba la cuestión, al momento en que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal debió resolver lo suscitado.

Para ello, el órgano colegiado describió sintéticamente los hechos ocurridos en ocasión en que el personal de la prevención detuvo a los imputados a los fines identificatorios, y recordó que debido al estado de nerviosismo de los encartados, se les solicitó que exhibieran sus pertenencias, momento en el que sucedió el hallazgo del material prohibido.

La sentencia de la Cámara describió la cantidad y la forma en la que estaba distribuida la sustancia en poder de Romano y Silva, y así narró que “*se les secuestró respectivamente picadura de marihuana distribuida en un envoltorio de plástico color blanco que pesó 13.76grs.; dos envoltorios de plástico gris que contenían 20,91 y 18.91grs.; un objeto metálico de color negro y plateado y, por último, un objeto plástico incoloro, comúnmente utilizado para picar marihuana, que en su interior contenía 1,35 gr. de la misma sustancia secuestrada y peritada.* (v. fs. 1/2; 8; 44/5 y 46).” (fs. 78).

De la cantidad y disposición del material secuestrado a ambos encartados, así como también de los objetos hallados en su poder, vinculados con el acondicionamiento de la marihuana para consumo personal, dedujo la Cámara anterior que la sustancia habida se detentaba con el alcance previsto en el art. 14, segundo párrafo de la ley pertinente.

Afirmaron los jueces que, entonces, correspondía validar la calificación efectuada por el magistrado de la primera instancia, sin que se advirtiera de qué modo el comportamiento realizado por los imputados hubiera podido provocar una afectación a terceros.

IV. El razonamiento reseñado me parece válido. Máxime en consideración de que el conocimiento de la tenencia de estupefacientes por parte de los encartados llegó a la autoridad a través de su requisa personal, y no de la exhibición, consumo o manipulación del material en lugares públicos o frente a terceros.

Y, por el contrario, encuentro débil el camino emprendido por la recurrente, que ante este tribunal volvió a dirigir su crítica sobre la trascendencia a terceros de la conducta por la que acusa a los imputados, y también sobre la inviabilidad de calificar el hecho como un supuesto del art. 14, segundo párrafo, por no surgir de manera inequívoca la tenencia para consumo personal.

La validez de la sentencia puesta crisis se confirma, en primer término, por argumentos que hemos dicho en anteriores oportunidades en torno a la exigencia de inequívocidad emergente del texto legal. Sobre el punto, resulta de aplicación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "VEGA GIMÉNEZ" (Fallos 329:6019, rta. el 27/12/06), al entender que si un supuesto determinado se consideraba configurador de la figura más gravosa –la tenencia simple-, por no surgir inequívocamente que la sustancia se poseía para consumo personal, ello constituía una inversión analítica incompatible con el principio de inocencia constitucional.

Así, el Alto Tribunal sostuvo que *"la exigencia típica de que la tenencia para uso personal debe surgir inequívocamente de la escasa cantidad y demás circunstancias, no puede conducir a que si el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga, quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple"*. Agregó que *"semejante conclusión supone vaciar de contenido el principio in dubio pro reo en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio de*

*duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del C.P.P.N.)”.*

De tales premisas, la Suprema Corte concluyó que *“ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza”.*

En razón de lo dicho, resulta necesario contar con un estado de certeza sobre la circunstancia de que el estupefaciente cuya tenencia se advirtió, se encontraba en poder de los imputados con una finalidad distinta de la del propio consumo, como requisito imprescindible para subsumir un hecho en la figura de tenencia simple –art. 14, primer párrafo, de la ley n°23737- pretendida por la recurrente.

La condición agravante que se menciona no se encuentra configurada en el caso investigado de modo inequívoco, ni puede desprenderse, siquiera de modo indiciario, del hecho de que los encartados hubieran intentado evadir el control policial, tal como lo sostuviera la acusación. La conducta evasiva registrada constituyó una actitud que bien pudo vincularse con las eventuales consecuencias disvaliosas para los ahora imputados ante la posibilidad de una requisita personal, y que efectivamente se materializarían, como puede fácilmente advertirse en autos.

En cuanto a la trascendencia a terceros, no ha concretado la impugnante, a pesar de sus esfuerzos, la forma en la que esta podría tener lugar habida cuenta el escenario descrito, en donde el hecho de *tener* se mantuvo en el ámbito de la autonomía personal de los requisados, sin riesgo para el bien jurídico delimitado por la ley n°23737.

Cabe tener presente la postura asumida por la Corte Suprema

de Justicia de la Nación, en el fallo "Arriola" (fallo 332:1963, rta. del 25/08/2009). Como es sabido tal precedente no ha constituido una declaración general y *erga omnes* de inconstitucionalidad, con directo efecto derogatorio del art. 14, párrafo segundo, de la ley n°23737, sino que ha condicionado su aplicación a determinados supuestos.

En efecto, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, puede reconstruirse una opinión común en el sentido de que no se ha declarado para todos los casos, la existencia de incompatibilidad entre el art. 19 de la C.N. y el art. 14, segunda parte, de la ley n°23737, sino sólo en los supuestos en los que la tenencia de estupefacientes para consumo personal se hubiese realizado en condiciones tales que no aparejaran un peligro o daño concreto a derechos o bienes de terceros (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18; voto del juez Fayt, consid. 16; voto del juez Petracchi, consid. 27; voto de la jueza Argibay, consid. 11).

A la luz de la doctrina conjunta que emerge de los precedentes citados, las constancias actuales únicamente permiten afirmar que Romano y Silva detentaban la sustancia estupefaciente, con serias probabilidades de haber sido habida para el propio consumo; no sólo por la cantidad del material, sino también por las demás circunstancias que rodearon su hallazgo, entre las cuales cabe considerar la forma en que se hallaba acondicionada –compactada-, que no se encontraba fraccionada y que fue secuestrada del interior de las pertenencias de los encartados. También resulta relevante la carencia de referencias concretas que pudieran indicar que esa droga no tenía un destino señalado, y que, además de ello, no hubo exhibición pública ni accesible a terceros, vinculada con la posesión que se incriminó, que pudiera aparejar un peligro concreto, o un daño, a un derecho o a bienes de terceros.

Corresponde concluir, entonces, que la conducta que se atribuye a los encartados configuraría un hecho de tenencia de

estupefacientes para consumo personal, compatible con las previsiones del art. 14, segundo párrafo, de la ley n°23737, que se encuentra exenta de la autoridad de los magistrados, por imperio del artículo 19 de la Constitución Nacional, y en orden al examen de las circunstancias del caso.

V. Propicio al acuerdo, en consecuencia, el rechazo del recurso deducido por la acusación pública, sin costas en la instancia (C.P.P.N., arts. 530 y 532).

**El señor juez Mariano H. Borinsky** dijo:

I. Por compartir en lo sustancial los fundamentos esgrimidos por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Juan Carlos Gemignani, adhiero a la solución allí propiciada.

En el *sub examine*, la representante del Ministerio Público Fiscal ha logrado descartar fundadamente que la tenencia de estupefacientes que se le imputa a Romano y Silva estuviera destinada a su consumo personal, a tenor del estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “*Vega Giménez*” (V. 1283. XL. Recurso de hecho “*Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660-*”).

En efecto, en estas actuaciones se le imputa a Edgardo Daniel Romano la tenencia de un total de 53,58 gramos de marihuana (cfr. fs. 1/vta. y 39) y a Juan Manuel Silva la tenencia de un total de 1,50 gramos de marihuana (cfr. fs. 1/vta. y 39). Ello fue descubierto el 21 de septiembre de 2010, cuando personal policial requisó a los imputados, en las inmediaciones de la Avenida Córdoba y la calle Serrano -de esta Ciudad-, y le secuestró a ROMANO tres (3) envoltorios y un tubo cilíndrico con marihuana y a SILVA una caja circular -que sirve de picadora- con marihuana (cfr. fs. 1/2).

En consecuencia, la cantidad de material estupefaciente secuestrado, la forma en la que éste se encontraba acondicionado, y la circunstancia de haberse descubierto el hecho en la vía pública, permiten

descartar *prima facie* que la tenencia del alcaloide detentada por Edgardo Daniel Romano y Juan Manuel Silva haya perseguido su ingesta personal (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737).

Por ende, el análisis del caso a la luz de los alcances del precedente "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta, en mi opinión, improcedente.

II. Por lo expuesto, corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 82/88; y REVOCAR la resolución impugnada; sin costas (art. 530 del C.P.P.N).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría

**RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a fs. 82/88 y **REVOCAR** la resolución de fs. 78/79, sin costas (art. 530 del C.P.P.N).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO H. BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS

JUAN CARLOS GEMIGNANI

Ante mí:

NADIA A. PEREZ  
SECRETARIA DE CÁMARA