

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa Nro. 13.025 -Sala II-
"Ferrer Rolla, María Constanza
s/ recurso de inconstitucionalidad y
casación"

REGISTRO Nro: 19079

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores Raúl M. Madueño y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de fs. 145/150 vta. de la causa n° 12.383 del registro de esta Sala, caratulada: "Ferrer Rolla, María Constanza s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la Defensa Pública Oficial "Ah Hoc" por la doctora Graciela Liliana Galván.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Raúl R. Madueño y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1°) Que el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Neuquén resolvió, en lo que aquí interesa:

I- Condenar a María Constanza Ferrer Rolla como autora material y responsable del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal (arts. 45 del Código Penal y 14, 2° párrafo, Ley 23.737), a la pena de dos meses de prisión de ejecución en suspenso, multa de pesos once con veinticinco centavos (\$11, 25), la que deberá ser abonada en el término de diez (10) días de consentida la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 21 del C.P. y costas

procesales (arts. 26, 29 y 45 del Código Penal, 431 bis, 530, 531 y 533 del CPPN, todos con sus concordantes y afines).

II-Sustituir la pena impuesta en el acápite anterior, por única vez, por una medida de seguridad educativa, debiendo cumplir un tratamiento en los términos del art. 21 de la ley 23.737, en el Centro de la Medida de Seguridad Educativa que funciona en el Consejo Provincial de Educación de la Provincia de Neuquén, por el término de cuatro meses, bajo apercibimiento de que en caso que de finalizado el mismo, no hubiese dado resultado satisfactorio por su falta de colaboración, se le hará cumplir la pena fijada (art. 21, Ley 23.737).

Contra dicha resolución, la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación a fs. 153/162 vta., el que concedido a fs. 163/164 vta., fue mantenido en esta instancia a fs. 169.

2º) Que estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456, incs. 1º y 2º del C.P.P.N..

En este sentido, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de del art. 459 inc. 1º del CPPN por considerar que *"...la ley 23.984, al establecer en la norma citada que sólo son recurribles las sentencias del juez en lo correccional que condenen a penas mayores a los seis meses de prisión, vulnera groseramente las garantías de igualdad y debido proceso y doble o ulterior instancia aseguradas por la Constitución Nacional en sus arts. 16 y 18, con respecto a todo condenado por un Juez Correccional a una pena de seis meses de prisión o menos"*.

Por otro lado, atacó la sentencia recurrida en virtud de que estaría afectada por el vicio de falta de motivación, por lo que debería anularse.

Ello así, toda vez que, a su entender, el Juzgador *"...parte de la premisa, de adverso a la doctrina más garantista, que quien debe comprobar su inocencia sobre el punto es el asistido"*.

En este sentido, expresó que la imputada había declarado en la indagatoria que consumía los estupefacientes cuando los niños no se encontraban

en la casa, así como que el material estupefaciente había sido hallado en un lugar de absoluta intimidad, por lo que no existe ningún elemento probatorio que pueda desvirtuar la inocencia de Ferrer Rolla.

En otro orden de ideas, manifestó que *"...corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma establecida en el art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, acorde a lo previsto en el art. 474 del CPPN, por cuanto no ha sido receptado el pedido de esta defensa al momento de llevarse a cabo el debate"*.

Por último, solicitó la absolución de su defendida en base a lo sostenido por la CSJN en el "Arriola" ya que *"...según se desprende de las constancias rendidas en el debate, el comportamiento de Ferrer Rolla no se trató de una conducta ostentosa como tampoco constitutiva de delito alguno, atento que el material secuestrado resultó ser de pequeñas dimensiones y se hallaba dentro de sus pertenencias, en un monedero guardado entre dos colchones de su cama, todo lo cual da nota de privacidad requerida por la jurisprudencia mencionada a efectos de que tal conducta afecte bien jurídico alguno"*.

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, la Defensa Pública Oficial presentó el escrito de fs. 172/174, solicitando se haga lugar al recurso de casación.

Sostuvo que *"Los Sres. Jueces incurren en arbitrariedad insalvable al sostener que la tenencia resultó ostensible comportando un peligro respecto de la admisión del hábito de consumo por haberse encontrado, sí a la vista de todos: un plato de cerámica blanco, la tarjeta de débito y un cúter. Entiende esta defensa que el hallazgo de tales elementos en modo alguno permiten satisfacer el recaudo de publicidad y trascendencia a terceros que habilita la intervención del poder punitivo estatal, no pudiendo influir en modo alguno en hábito alguno de los hijos menores de Ferrer Rolla, siendo tales objetos de uso común en cualquier hogar sin ser representativos de actividad ilícita alguna"*.

Asimismo, expresó que “...siendo que mi defendida mantenía la sustancia ilícita dentro de su privada esfera de custodia, indicando que la utilizaba el fin de semana cuando su hijos no se encontraban en el hogar, no es dable predicar de su accionar exteriorización alguna susceptible de ubicar a la conducta estudiada en autos fuera de la esfera estrictamente personal”.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N..

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal que el recurso de casación interpuesto con invocación de los arts. 456, incs. 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente ha planteado la violación a la ley procesal y sustancial así como también la inconstitucionalidad de los arts. 459, inc. 1º de la ley 23.984 y 14, apartado segundo de la ley 23.737; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

-III-

El Alto Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060;319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (arg. Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

Empero, esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del Alto Tribunal y

apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros), pues es atribución de los jueces ordinarios de la causa ponderar los hechos, establecer el derecho aplicable y -en su caso- subsumir la solución del debate al precedente dictado en cuestiones similares. La libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114).

En el caso bajo estudio, del requerimiento de elevación a juicio de fs. 46/47 surge que se le imputa a Ferrer Rolla el delito de tenencia de estupefacientes para uso personal a título de autora "*...por el hecho consistente en la posesión de 4,591 grs. de cocaína separada en tres porciones compuestas por 1,683, 1,452 y 1,456 grs., individualmente preservadas en sendos envoltorios de nylon, dos de color gris y el restante de color blanco. Este material fue hallado y secuestrado en su domicilio real -al tiempo de los hechos- sito en Barrio Río Grande, manzana L, lote 13, de esta Capital, en ocasión de la diligencia de registro domiciliario cumplida el 25/10/06 por disposición de la justicia de instrucción local, siendo hallado el tóxico en el interior de un monedero localizado entre dos colchones de una cama de una plaza dispuesta en el ambiente cocina -comedor de la vivienda*".

De ello se desprende que si bien las cantidades de cocaína secuestradas a Ferrer Rolla se encontraban ocultas en un monedero y no estaban a la vista de los demás convivientes, y más allá de que de los dichos de la imputada surge que ella no consumía la droga en presencia de sus hijos, el hecho de que los materiales necesarios para la preparación de las dosis -plato de cerámica, cúter y

tarjeta de débito- estuvieran a la vista de todos y con restos del tóxico -fs. 3 vta.-, refleja la posibilidad de que el resto de las personas -hijos menores- que se encontraban junto a ella, pudieran percibir la existencia de la droga, poniendo de este modo en crisis la alegada reserva de privacidad sobre la tenencia y consumo.

Vale agregar que en estas condiciones, el *a quo* sostuvo que existe riesgo de imitación por parte de los terceros, máxime si se tiene en cuenta no sólo que los convivientes eran sus hijos menores de edad, sino además el lugar en donde se estaría llevando a cabo la conducta, toda vez que se trata del ámbito familiar. Estas circunstancias resultan razonables para evaluar la privacidad del acto imputado pues en el campo aludido es donde los comportamientos observados son apreciados por los menores, con mayor posibilidad de imitación que en cualquier otro espacio. Sobretudo, si la conducta es llevada a cabo por quien se encuentra a cargo de ellos. Esta ponderación recibe fundamento en las pruebas reunidas en el expediente, las cuales son idóneas para demostrar que el comportamiento de la imputada creó un peligro cierto y con ello trascendió la privacidad que alega la recurrente.

De lo dicho, se concluye que la cuestión traída a estudio no resulta análoga a la resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.891 XLIV *“Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”*, resuelta el 25 de agosto de 2009. Allí, el más Alto Tribunal, con sustento en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), afirmó que *“...el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a*

derechos o bienes de terceros ...".

En tales condiciones, considero que en autos no resulta operativo el criterio sentado por la Corte en el precedente citado y por ende corresponde rechazar el recurso interpuesto.

-IV-

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad deducido por la Defensa Pública Oficial a fs. 153/162 vta., y en consecuencia confirmar la resolución obrante a fs. 145/150 vta.. Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Raúl M. Madueño** dijo:

En primer término corresponde recordar que en el marco de la causa "comisaria segunda s/investigación robo calificado" (Expte. N°12.168 del Juzgado de instrucción n°2 de la provincia de Neuquén) se ordenó, con fecha 25 de octubre del año 2006, el allanamiento de la vivienda de María Constanza Ferrer Rolla con fines de secuestrar prendas de vestir y teléfonos celulares varios.

En dicho procedimiento, fueron hallados "entre los colchones, de una plaza, que se encontraban en la cama de la ciudadana, Ferrer, la cual se encuentra en concina-comedor de la vivienda, encontraron un monedero, con las inscripciones Mary Kay cosméticos en cuyo interior habían: tres envoltorios de nylon, con una sustancia blanca compactada (...) Haciendo un total de seis gramos (...) También se encontró debajo del termotanque de la cocina un plato de coloro blanco, sobre el cual había una tarjeta de débito a nombre de María Constanza Ferrer del BPN N° 501060099060123329 y una cuchilla de cúter de 10 cm de largo con su punta oscurecida, todos estos elementos con restos de una sustancia

en polvo, color blanco, la cual sometida a test orientativo, arrojó resultados positivos al clorhidrato de cocaína...” (Fs.5).

Evaluadas las circunstancias descriptas previamente, cabe mencionar acorde he sostenido *in re* “Suardi, Juan Carlos s/recurso de casación ”y siguiendo la doctrina del *plain view* que “...nada impide a los funcionarios policiales el secuestro de elementos demostrativos de la comisión de un delito que surgen evidentes en el curso de una investigación criminal por otro ilícito pues de no ser así, por un excesivo rigor formal quedarían impunes un sinfín de actividades delictivas ”(Sala I, reg. N°685, rta. 27/9/95).

Esclarecido aquello, corresponde mencionar que el tribunal decisor tuvo por acreditada la posesión de 4,591 grs. de cocaína separada en tres porciones compuestas por 1,683, 1,452 y 1,456 grs., condenando a María Constanza Ferrer Rolla como autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes para uso personal a la pena de dos meses de prisión de ejecución en suspenso y multa, sustituyendola luego por una medida de seguridad.

Analizadas las constancias de autos y contrariamente a lo sostenido por el tribunal *a quo* entiendo que la droga fue hallada dentro del exclusivo ámbito de custodia de la condenada -oculta en el colchón dentro su domicilio-, en un lugar de absoluta intimidad, debiendo tenerse en consideración la exigua cantidad estupefaciente secuestrada, las circunstancias previamente descriptas en que se produjo el secuestro y lo manifestado por la condenada durante la declaración indagatoria: “...aprovecho para consumir especialmente los fines de semana cando los chicos no están” (fs. 34/35), no surgiendo el peligro concreto para sus hijos o terceros y no afectándose como consecuencia de ello el bien jurídicamente protegido por la norma.

Una vez determinado ello y continuando con este razonamiento resulta menester recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, rta. el 25 de agosto de 2009 (Fallo: A.891.XLIV), declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la

ley 23.737.

A la luz del principio de economía procesal y necesidad institucional de respeto y acatamiento de las decisiones del Alto Tribunal, corresponde seguir la línea jurisprudencial trazada precedentemente.

Asimismo, cabe señalar, que la Corte sólo decide en los procesos concretos sometidos a su conocimiento y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, pero es cierto también que los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos en virtud de la autoridad institucional que los mismos revisten, y en consecuencia carecen de fundamento las sentencias de tribunales inferiores que se apartan de su doctrina sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar aquellos sentados por la Corte en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (cfr. "Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso de casación, causa n° 6708, reg. n° 9427, rta. el 14/9/06; "Del Cerro, Juan Antonio s/ recurso de casación", causa n° 3977, reg. n° 8163, rta. el 14/10/05 de esta Sala I y "Malatesta, Patricia A. s/ recurso de casación", causa n° 3957, reg. n° 5386, rta. el 19/12/02 de la Sala II, entre otras).

En esta dirección, ha señalado nuestro más Alto Tribunal que el leal acatamiento de sus fallos resulta indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos 212:160 y 251; 321:2114; 323:555 y 326:417).

Por lo expuesto, advertida la identidad entre lo traído a consideración de este Tribunal y lo resuelto *in re* "Arriola" *ut supra* citado, se impone la adecuación del presente caso al mencionado precedente que, y en consecuencia declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, debiendo absolverse a María Constanza Ferrer Rolla como autor del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

El recurso se dirige contra una sentencia de condena, decisión que es recurrible en casación (art. 459 C.P.P.N., según doctrina de la Corte Suprema en Fallos: 318:514, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93”), satisface de modo suficiente las exigencias de fundamentación (art. 463 C.P.P.N.) y están satisfechas las demás condiciones de admisibilidad (art. 444 y 456, inc. 1, C.P.P.N.).

-II-

La defensa de la condenada pretende que, en el caso, la condena por la tenencia de estupefacientes para consumo personal entra en colisión con los derechos que concede el art. 19 C.N. Invoca en su favor la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1963 (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”).

La sentencia de la Corte ha resuelto que la condena impuesta a los imputados, por infracción al art. 14, párrafo segundo de la ley 23.737, era en ese caso inconciliable con la garantía de libertad del art. 19 C.N.

En el precedente citado, a pesar de la existencia de múltiples votos individuales concurrentes, puede reconstruirse una opinión común en el sentido de que no se ha declarado de modo general, y para todos los casos, la existencia de incompatibilidad entre el art. 19 C.N. y el art. 14, segunda parte, de la ley 23.737, sino sólo en casos en los que la tenencia no acarree, en las circunstancias del caso un peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros.

Así dos jueces de la Corte que concurrieron a la mayoría declararon “[...] *que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado,*

pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos" (confr. voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, consid. 36; voto del juez Lorenzetti, consid. 18, subrayado no pertenece al original).

En otro voto concurrente en la misma sentencia se ha dicho que *"una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona -siempre que se descarte un peligro cierto para terceros- [...]"* (voto del juez Fayt, consid. 16, subrayado no pertenece al original).

El juez Petracchi, por su parte, se ha remitido a su voto en el caso de Fallos: 308:1392 ("Bazterrica"), sin otras consideraciones adicionales. En aquel precedente, en el que estaba en cuestión la constitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771, que en cuanto aquí interesa contemplaba el mismo supuesto de hecho de la punibilidad que el actual art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, aquel juez había sostenido que aquella disposición debía ser invalidada *"pues conculca el art. 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales"* y en consecuencia *"se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes"*

de terceros” (voto del juez Petracchi, consid. 27, subrayado no pertenece al original).

Finalmente, en el voto concurrente de la jueza Argibay se ha puesto en blanco sobre negro la aclaración de que ni la decisión de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema ahora superada (Fallos: 313:1333), ni la actual que la ha revisado en el caso “Arriola”, han querido examinar en abstracto la compatibilidad con el art. 19 CN de la figura legal que conmina la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Al respecto ha señalado que *“derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones. Primero, porque si “Montalvo” hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución”* (voto de la jueza Argibay, consid. 11). A continuación se evocó que la sentencia del caso “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” (Fallos: 33: 162), donde se había sostenido: *“Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...”* (ibídem). En ese voto se recogió la idea central de la decisión anterior de la Corte en el caso de Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”), en cuanto declaró que *“en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional”*, y se relevó un número de casos en los que tal peligro no estaba excluido, y en particular, casos de consumo o tenencia ostensibles (voto

de la jueza Argibay, consid. 13, subrayado no pertenece al original). En ese voto en definitiva se declaró: "*En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en 'Bazterrica' implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional*" (ibidem).

Así, en síntesis, la doctrina de la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso "Arriola", considerada precedentemente, no ha constituido una declaración general y *erga omnes* de inconstitucionalidad, con directo efecto derogatorio del art. 14, párrafo segundo, de la ley 23.737, sino que requiere el examen de las circunstancias del caso de que se trate a fin de determinar si la tenencia de estupefacientes para uso personal que constituye el objeto del proceso se realizó en circunstancias o condiciones tales que no aparejaban peligro concreto o daño a derecho o bienes de terceros (confr. mi voto en la causa Nro. 9634 de esta Sala, "Cozar, Marcelo A. y otros s/ recurso de casación", rta. 13/11/09, Reg. N° 15.533).

-III-

El *a quo* ha tenido por probado "*la detentación por parte de la enjuiciada de 4,591 gramos de sustancia estupefaciente cocaína, separada en tres unidades de 1,683, 1,452 y 1,546 gramos, individualmente preservadas en envolturas de nylon, dos de color gris y el restante de color blanco, hallados en su morada emplazada en el Barrio Río Grande, manzana L, lote 13 de esta Capital, dentro de un monedero ubicado entre dos colchones de una cama de una plaza dispuesta en el ambiente cocina-comedor de la vivienda, en ocasión de la diligencia de allanamiento ejecutada al 25/10/06 a instancias de la justicia de instrucción local*", sobre la tenencia en sí.

Al contestar la pretensión de la defensa el *a quo* dio relevancia al hecho de que, en el momento de realizarse la inspección domiciliaria fueron hallados “-debajo de un termotanque de la cocina, y a la vista de todos- elementos conocidamente usados en la preparación de dosis para la ingesta de ese alcaloide (tales como el plato de cerámica blanco, la tarjeta de débito y el cutter), los que no se encontraba disimulados ni preservados de los terceros convivientes”. A partir de allí concluyó que, “Siendo así, su proceder comporta un peligro respecto de la difusión del hábito de consumo -por haber resultado ostensible la tenencia- para los tres hijos menores de edad de la encartada -al momento de los hechos- y con quienes convivía, tal como lo considerara la Alzada, lo cual conduce a rechazar el planteo de la defensa”.

Según los hechos descriptos por el fiscal en el requerimiento de elevación a juicio, reseñados en el primer voto, el estupefaciente secuestrado fue hallado "en el interior de un monedero localizado entre dos colchones de una cama de una plaza dispuesta en el ambiente cocina-comedor de la vivienda". Ninguna referencia había hecho la fiscalía, ni en el requerimiento, ni en el alegato final (confr. acta de fs. 143/144 vta.), sobre los elementos hallados debajo del termotanque, ni sobre su relevancia para decidir la punibilidad del hecho atribuido. En rigor lo único que ha alegado es que "en cuanto al lugar donde fue hallada [la sustancia estupefaciente] y los términos resultantes de la información de abono, de donde surge que la [imputada] al momento de los hechos convivía con hijos menores, entiende que esa posesión no reviste la nota de privacidad" (fs. 144).

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida a partir del caso de Fallos: 332:1963, ha declarado inconciliable con el art. 19 C.N. la punición de la tenencia que “que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros”.

En esa sentencia, no se ha avanzado en definir cuál es en todo caso el peligro concreto o daño a derechos o bienes de terceros que legitima la punibilidad de la tenencia para consumo.

El *a quo* ha entendido que la tenencia ostensible "*comporta un peligro respecto de la difusión del hábito de consumo*" y que por ende su punición no es incompatible con el art. 19 C.N.

Entiendo que esa concepción es errada desde distintos puntos de vista, y que por lo demás, no se deduce de la sentencia del caso "Arriola", al menos en lo que puede reconocerse como argumentos comunes de los votos individuales, que la constituyen.

En primer lugar, desde el punto de vista fáctico, el *a quo* no distingue entre la tenencia de sustancias estupefacientes que llama "ostensible" y el consumo de esas sustancias, que puede ser ostensible o reservado. De manera que no explica cómo puede inferirse, de modo necesario e inequívoco, del hecho de que fuesen visibles elementos usualmente empleados para preparar la inhalación de cocaína, que la tenencia misma hubiese sido ostensible. De hecho, en las circunstancias del caso, la sustancia estupefaciente estaba disimulada entre dos colchones.

En segundo término, la interpretación del *a quo* prescinde de considerar que en la ley 23.737 el uso de sustancias estupefacientes "con ostentación y trascendencia al público", es penado de modo específico, con una pena más grave que la conminada para nuda tenencia para consumo (art. 12, inc. b, de la ley 23.737).

Si bien se mira, el consumo sólo satisface el supuesto de hecho de esa disposición si se dan cumulativamente dos circunstancias: que sea ostensible, y que "trascienda" al público. Esa trascendencia sólo puede ser interpretada en el sentido de creación de un peligro para la salud pública, pues de lo contrario no podría distinguirse del uso meramente "ostensible".

En el caso de la nuda tenencia para consumo, el hecho de que las sustancia se tenga de modo "ostensible", más allá de los juicios que pueda suscitar

según los criterios de moral privada de las personas que eventualmente tomen conocimiento de la tenencia, no crea en sí misma ningún peligro para la salud pública, son otras circunstancias adicionales, las que en su caso podrán calificar a la tenencia como peligrosa o dañina para terceros.

Esta conclusión es obligada a la luz de la interpretación del art. 14, segundo párrafo, desde el punto de vista del bien jurídico afectado. No se trata de cualquier eventual afectación a terceros sino de una afectación que caiga bajo el fin de protección de la norma, esto es, el fin de protección de la salud pública. De allí que debe tratarse de una tenencia con aptitud para afectar la salud de otros. Tener estupefacientes a la vista o percepción de terceros, puede resultar eventualmente chocante o reprobables para quienes conocen de esa tenencia, pero no pone en peligro la salud pública por ese sólo hecho. Sólo cuando la tenencia va acompañada de otras circunstancias que sí crean ese peligro, entra en consideración la punibilidad de la actividad como peligrosa o dañina.

El *a quo* no ha dado fundamento alguno de algún peligro para terceros derivado de la nuda tenencia.

Por lo demás, el hecho de que la tenencia sea “ostensible” no coloca el caso fuera de la doctrina sentada en la sentencia de Fallos: 332:1963 (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”). En efecto, sólo los jueces Fayt y Argibay han abordado la cuestión de la tenencia ostensible, de modo que no puede sostenerse que sobre ese punto la Corte Suprema hubiese establecido una doctrina sobre estos casos.

Además, mientras que de la opinión del juez Fayt parece desprenderse que toda tenencia ostensible quedaría fuera del ámbito de libertad protegido por el art. 19 C.N., el voto de la jueza Argibay hace necesario una consideración diferenciada. En efecto, después de relevar la *ratio* del caso de Fallos: 308:1392 (“Bazterrica”), y de tomar nota de que en ese caso la mayoría consideró que el comportamiento del imputado, consistente en tener en su domicilio droga que, dada su cantidad, resultaba inequívocamente para consumo

personal, concluyó que ello no tenía aptitud para interferir con acciones legítimas de terceras personas, dañar a otros, o lesionar más que la "moral privada" de un conjunto de personas y, por lo tanto, integraba las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Según ese voto, las consideraciones de moral privada no pueden ser tomadas en cuenta para definir la punibilidad de un modo conforme a esa disposición constitucional. A continuación la jueza relevó sentencias posteriores que aplicaron el criterio sentado en "Bazterrica", en las que *"se entendió que constituían acciones resguardadas por el artículo 19 de la Constitución "el transportar 54 gramos de hoja de marihuana debajo de un suéter, en momentos en que circulaba como pasajero de un taxi ("Capalbo", Fallos: 308:1392); cuando fue necesario revisar las pertenencias a la imputada para encontrarla ("Noguera, María Marta y otras", Fallos: 310:294), cuando la marihuana (0.66 gramos) se encontraba dentro del armario del living-comedor del domicilio ("Giménez, Nancy Gladys y otros", Fallos: 311:185) y en un caso en que fueron halladas cinco colillas de cigarrillos de marihuana en el domicilio del imputado ("Rossi, Emilio Fabián", Fallos: 312:2475)".* Confrontó esas decisiones con las de casos en los que el imputado *"fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público -plaza San Martín-" (Fallos: 310:2836), o en un caso en que el imputado fue descubierto con marihuana en su poder "en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino además había logrado que uno de ellos aceptara el convite" ("García, Alejandro Marcelo y otros", Fallos: 311:2228)".* Aquí, si bien se mira, se relevó no la publicidad de la tenencia, sino el consumo ostensible o la invitación a consumir, del mismo modo que se relevó que el consumo promiscuo no permite calificar a la tenencia como destinada al consumo personal del tenedor ("Gerstein, Myriam Noemí", Fallos: 311:2721), ni la conducta de quien fumaba marihuana mientras caminaba "sin rumbo fijo" con

un amigo ("Fiscal c/ Ideme Galesi, Daniel y Galesi, Alberto", Fallos: 312:587). También se relevó el caso en que el condenado fue detenido al presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisita de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana ("Di Capua, Sergio Héctor", Fallos: 312:1892).

En ese voto se deja en claro que, según la opinión de la jueza Argibay, sería definitorio para dejar fuera de la protección constitucional el hecho de que se trate de "*actos de exhibición en el consumo*" (consid. 13).

Ahora bien, al examinar si la *ratio* común de Fallos: 332:1963 ("Arriola, Sebastián") ampara también la tenencia atribuida en la presente causa a María Constanza Ferrer Rolla, resulta dirimente que: a) no está discutido que la relativamente escasa cantidad de sustancia cuya tenencia se le atribuye estaba destinada a su consumo personal; b) que la sustancia la tenía en su morada; c) la fiscalía no le ha atribuido haber hecho ostensible la tenencia, ni menos aún le ha atribuido haber consumido de modo ostensible; d) que los envoltorios de cocaína fueron hallados ocultos entre dos colchones en una dependencia de la morada; e) que lo único perceptible a simple vista eran el plato, la tarjeta plástica y un cutter.

En esas condiciones, no aparece que la tenencia de cocaína hubiese, en el caso, constituido un peligro o daño para terceros en los términos de la doctrina de la Corte Suprema.

La conclusión contraria del *a quo* parte de inferir que hubo consumo previo de una porción que formó parte de la cantidad encontrada, y que ese consumo fue ostensible. En ello no sólo no se ha respetado el principio de congruencia con la acusación, que no ha atribuido a la imputada una acción como la descrita en el art. 12, inc. b, de la ley 23.737, sino que ha presumido que el consumo se hizo en presencia de los tres hijos menores de edad, sin dar razón de esa conclusión de hecho. La sentencia aparece así desprovista de fundamentos. A la luz del acta de allanamiento en el momento de la inspección de la morada sólo una de las hijas se encontraba presente (fs. 5/5 vta), y no se explica cómo podría

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa Nro. 13.025 -Sala II-
"Ferrer Rolla, María Constanza
s/ recurso de inconstitucionalidad y
casación"

tenerse por probado que el consumo previo fue inmediatamente anterior a la entrada de la policía, y, más aún, que se realizó ante la vista de esa hija. De tal suerte, el peligro de la difusión del hábito del consumo, al que alude el *a quo*, tampoco aparece fácticamente fundamentado.

En esas condiciones, concuerdo con el juez Madueño en cuanto a que el *a quo* se ha apartado sin fundamentos de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 332:1963, y que, en consecuencia, corresponde casar la sentencia recurrida, y absolver a María Constanza Ferrer Rolla del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal por el que fue acusada, sin costas (arts. 456, inc. 1, 470, 530 y 532 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, **RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de la Defensa Oficial interpuesto a fs. 153/162 vta., casar la sentencia recurrida, y absolver a María Constanza Ferrer Rolla del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal por el que fue acusada, sin costas (arts. 456, inc. 1º, 470, 530 y 532 C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Guillermo J. Yacobucci - Luis M García - Raúl R. Madueño. Ante mí:
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado, CSJN.