



Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

REGISTRO N°1340/16.1

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 14 días del mes de julio de 2016, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidente, y los doctores Mariano H. Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Juicio en esta causa N° 81000851, "Fidalgo, Fernando Julián s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1°) Que, por sentencia del 25 de marzo de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de General Roca condenó a Fernando Julián Fidalgo a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, multa de cinco mil pesos, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de cultivo de plantas destinadas a la obtención de estupefacientes, guarda de semillas utilizadas para el mismo fin, producción de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en concurso aparente (arts. 12, 45, 54 y 55 del Código Penal, art. 5, inc. "a", "b" y "c" de la ley 23.737; arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra dicha sentencia la defensa particular interpuso el recurso que fue concedido y mantenido en esta instancia (fs. 433/449 vta.).

2°) Que, con sustento legal en el segundo



motivo de casación previsto en el art. 456 del C.P.P.N., la defensa particular de Fernando Julián Fidalgo introdujo los siguientes agravios:

a) que correspondía declarar la nulidad de la declaración indagatoria del imputado debido a que allí no se había determinado el hecho que se le atribuía. Con invocación de diversos tratados internacionales, dijo la defensa que la garantía de defensa en juicio impone una acusación previa y detallada. Esa imprecisión, continuó, implicó que no fuera llevado a juicio por los mismos hechos contenidos en la declaración inicial con olvido de cuanto impone el principio de congruencia, que exige correlatividad entre el hecho contenido en la imputación y el descrito en la sentencia. Agregó que al formularse la imputación no se determinó temporalmente el hecho que se le reprochaba, como así tampoco la intención con la que llevaba adelante su cometido. Lo dicho, sumado a que tampoco puede saberse la época a la que se refieren las observaciones del personal policial, respecto de la comprobación de que en la finca allanada había plantas de estupefacientes, impidió conocer el tiempo en que su asistido realizó la conducta reprochada como así tampoco la ultra intención que lo motivaba a realizar tal conducta. La declaración de nulidad pretendida, finalizó, implica la de todos los actos que fueron su consecuencia, lo que así solicitó que se declare.

b) que debe declararse la nulidad de la sentencia





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

por haberse expedido sobre un hecho no contenido en la intimación al imputado. Ello por cuanto al momento de recibírsele declaración indagatoria se le hizo mención a todos los elementos que habían sido secuestrados en el allanamiento, pero nada se le imputó respecto de la finalidad para la que los poseía.

c) que debe declararse la nulidad de la sentencia impugnada por la incorrecta calificación otorgada a los hechos. A juicio de la defensa no se acreditó la finalidad de comercialización de los elementos secuestrados como así tampoco se pudo descartar, fehacientemente, la finalidad de consumo personal. Señaló en tal sentido que resulta arbitrario descartar que el material incautado estuviera destinado al consumo personal sin elementos suficientes. No se valoró en tal sentido que el imputado consume estupefacientes hace más de treinta años, aspecto que debió ser tenido en cuenta para valorar las "demás circunstancias" a las que aluden los arts. 5 y 14 de la ley 23.737. Con cita del fallo "Vega Giménez" del Alto Tribunal solicitó la anulación del fallo impugnado. d)

que la aplicación del art. 23 del Código Penal se encuentra infundada, ya que el único motivo que se invocó para ordenar el decomiso de diferentes bienes del imputado, consistió en la afirmación de que se encontraban en su poder. En ese sentido sostuvo que no se acreditó, a excepción de la chacra, que el resto de los bienes secuestrados hubieran sido utilizados en la producción de



estupeficientes. En relación a la camioneta Toyota Hilux SW4, dominio CBR-10 sostuvo que la única vinculación con los hechos investigados fue el hallazgo de una escasa cantidad de estupefaciente que, por su magnitud, no podía descartarse que fuera para consumo personal. Otro tanto ocurre, continuó, con la suma incautada que bien podía provenir de la actividad comercial que desarrollaba el imputado, situación que se presenta, asimismo, con el teléfono celular del que no se pudo constatar, siquiera, el contacto con un cliente. Con cita de jurisprudencia que considera aplicable al caso solicitó que se modifique la sentencia impugnada en este aspecto.

3º) Que, transcurrido el término de oficina el señor Fiscal ante la instancia postuló el rechazo del recurso de casación interpuesto (. Fs 464/468). Superada la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N. y efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Mariano H. Borinsky y los Ana María Figueroa y Gustavo M. Hornos en segundo y tercer lugar respectivamente.

El señor juez doctor Mariano H. Borinsky:

I. El tribunal de juicio tuvo por acreditado el hecho descripto en el requerimiento de elevación a juicio y sostenido en la oportunidad que prevé el art. 393 del C.P.P.N. al señalar que: *"las presentes actuaciones se inician a raíz del informe cursado con fecha 05/0410 por el Sgto. Leal Albano Calisto de la Brigada de*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

Investigaciones de Cipolletti, en el que daba cuenta que una persona llamada Fernando Fidalgo tendría una gran cantidad de plantas de marihuana en su domicilio sito en el sector denominado camino hacia 'María Elvira', frente a la chacra n° 5 de 'Tres Ases', entre la ruta provincial nro. 65 y la ruta nacional 22, de la Ciudad de Cipolletti (fs. 1). Que ante dicha sospecha el personal policial de la Brigada aludida se apostó en cercanías del lugar investigado pudiendo observar y fotografiar una serie de plantas que presentan características morfológicas similares a la especie cannabis sativa y que en el inmueble residiría efectivamente Fernando Fidalgo (fs. 3/vta., 4/vta. 7/8, 12/13, 15/16, 18/19, 21 y 22/vta.). Los resultados obtenidos a partir de las tareas de vigilancia practicadas sumado al riesgo de que las plantas fueran cosechadas o bien afectadas por el cambio climático debido a la época estacionaria (otoño) originó por parte de los pesquisas el pedido de una orden de allanamiento del inmueble investigado, la cual fue concedida por V.S. a través del interlocutorio de fs. 29/30. Que conforme surge del acta de allanamiento de fs. 44/56, dicha diligencia fue instrumentada el día 12 de abril de 2010, a partir de las 18.10 horas en presencia del imputado, ocasión en la que fueron secuestradas ciento cuarenta y seis plantas de cannabis sativa cuyas alturas aproximadas eran entre 0.30 y 3.10 metros; un trozo compactado de clorhidrato de cocaína, polvo y restos granulados del mismo material que



fueron hallados dentro de un frasco con tapa que, a su vez, se encontraba resguardado con un envoltorio de nylon en el interior del bolsillo trasero del asiento delantero del lado del conductor de la camioneta Toyota, Hilux SX4, dominio CBR-103, propiedad de Fidalgo. Asimismo, sobre el garaje de la vivienda se constató la existencia de un laboratorio destinado al disecado y producción de plantines de marihuana, incautándose en dicho lugar, entre otros efectos de interés probatorio para la causa, termómetros, relojes, macetas, mangueras, tierra fertilizante, vasos plásticos, estufas de cuarzo y elementos pertinentes para mantener el sitio a la temperatura necesaria para dicho fin; ocho plantas de marihuana que se encontraban dentro de sus correspondientes macetas; un vaso de vidrio que contenía restos de marihuana; un recipiente plástico tipo porta rollo con 23 gramos de semillas de la mencionada especie y restos de hojas compactas y sueltas de la citada sustancia con un peso de 9 gramos; 379 gramos de marihuana distribuidos en frascos de vidrio; recipientes plásticos y cajas de zapatos y 77 gramos de semillas de la misma sustancia dentro de un frasco de vidrio, todos ellos ubicados sobre una mesada de una de las habitaciones de la vivienda; una balanza de precisión hallada en una segunda mesada de la misma habitación; cinco prensas de las cuales cuatro se hallaban en el interior de un inmueble amurado a la pared y la quinta sobre un tablero; 77 gramos de





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

marihuana en el interior de tres recipientes plásticos hallados en una caja de cartón blanca ubicada sobre una mesada de madera dentro del recinto de la vivienda utilizado como depósito y más de pesos sesenta mil (\$60.000) encontrados dentro de un maletín. Luego la pericia efectuada por el Gabinete de Policía Científica de la Agrupación XII 'Comahue' de Gendarmería Nacional concluyó con relación a las plantas cannabis sativa que, con base en las treinta y nueve (39) muestras extraídas y al cálculo allí efectuado, pueden obtenerse del total 17.604, 6 dosis umbrales, el que a su vez arroja un promedio de concentraciones de 0,27% THC; que la sustancia hallada en el interior de la camioneta resultó ser clorhidrato de cocaína con un peso total de 8,3 gramos, una concentración de 0,71% y la posibilidad de obtener 49,9; 1,4 y 3,2 dosis umbrales respectivamente; que las semillas incautadas son de la especie cannabis sativa, las cuales arrojaron resultado positivo según la reacción correspondiente para THC y poseen capacidad para germinar (fs. 194/201)".

II. Los agravios denominados primero y segundo en el recurso de casación y descriptos en las letras a) y b) de los considerandos de la presente, serán contestados conjuntamente por la estrecha relación que evidencian.

En efecto, la defensa se agravió por considerar que en la declaración indagatoria recibida a su asistido no se había descrito el hecho en forma precisa, al no



habérsele imputado en dicha ocasión la finalidad para la que tenía el material estupefaciente incautado. Tal circunstancia para el recurrente implicó que no se haya acreditado la finalidad perseguida, cuestión que derivó en una violación al principio de congruencia.

Sin embargo, de la declaración obrante a fs. 71/72 surge que allí se le imputó el "cultivo de ciento cincuenta y cuatro plantas de cannabis sativa destinada a la obtención de estupefacientes, la guarda de semillas utilizables para el mismo fin, así como producir estupefacientes y la tenencia de la citada sustancia, así como un trozo compacto de cocaína", detallándose a continuación la profusa prueba que acreditaba tal imputación, a la que corresponde remitir en razón de brevedad. Surge de la pieza cuestionada que se cumplió con todas las formalidades que establece el art. 298 del C.P.P.N., a saber: se formuló el interrogatorio de identificación; se le informó detalladamente el hecho que se le atribuía; se le hicieron saber las pruebas existentes en su contra y se le hizo saber que podía abstenerse a declarar -actitud que adoptó-, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.

De ahí que la nulidad invocada no pueda tener respuesta favorable desde que el tribunal a quo le hizo saber las causas de su detención en los términos establecidos por los arts. 8º, párrafo segundo, b) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, párrafo 3º,





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al decidir la situación personal de Fernando Julián Fidalgo en el auto de procesamiento, el hecho descripto fue respetado en su totalidad (fs. 142/146). Es en esta etapa del proceso en la que el juez debe señalar "el motivo por el cual encuadra la conducta del imputado en una determinada norma penal, que tendrá que invocar. Esta calificación será el basamento de la prisión preventiva o de la libertad provisoria, con valor, a ese solo efecto, de cosa juzgada formal (confr. Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación, Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Tº 2, pág. 504).

Ya en el juicio, en la etapa prevista por el art. 393 del C.P.P.N., el hecho se mantuvo incólume en la acusación efectuada por la señora Fiscal de Juicio (confr. acta de debate fs. 408 vta./409).

De la reseña efectuada hasta aquí se desprende, sin lugar a dudas, que Fernando Julián Fidalgo no vio conculcado su derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.) en razón de un cambio sorpresivo de la conducta imputada, sino que, por el contrario, el sustrato fáctico del reproche penal se mantuvo inalterada desde la declaración indagatoria hasta el pronunciamiento definitivo, lo que posibilitó que tanto el propio encausado como su asistencia letrada ejercieran en forma efectiva el referido derecho.

En tal sentido tuvo oportunidad de señalar que:



“para que resulte efectivamente vulnerado el (...) principio [de congruencia] debe afectarse también la correlación entre acusación y sentencia, lo que ocurre cuando en ésta última se amplía o restringe el supuesto de hecho presentado por el acusador. En cuanto a los requisitos para que se configure un “hecho distinto”, NAVARRO y DARAY refieren que debe concurrir „...una situación fáctica que ha sufrido modificaciones de entidad tal durante el debate que su admisión en esas nuevas condiciones en la sentencia vendría a importar mengua al derecho de defensa del perseguido, por ser el hecho por el que se lo habría de juzgar continente, ahora, de ingredientes históricos substanciales no abarcados por la requisitoria o auto de elevación, consecuentemente tampoco por la intimación, y a cuyo respecto, en definitiva, no se respetaron las reglas del debido proceso, por haber sido ajenos al mismo el contradictorio y la defensa verificados durante la audiencia” (confr. op. cit., T. II, pág. 401)”. (cfr. C.F.C.P., Sala IV “ALONSO, José Luis s/rec. de casación”, causa n° 12.753, Reg. 697/12, Rta. 07/05/12).

Asimismo, en la causa: “Paredes Vega, Aníbal s/recurso de casación” (expte. n° 12.897 de la Sala IVC.F.C.P., Reg. 201/12, Rta. 02/03/12), sostuve que “la mención a elementos ‘substanciales’ redundante en que, para que pueda considerarse operada una modificación violatoria del principio de congruencia y la defensa en juicio, ésta debe recaer sobre los elementos esenciales y realmente





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

influyentes del hecho, toda vez que la identidad de la plataforma fáctica no necesariamente debe ser absoluta o matemática (cfr. VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, Lerner, Buenos Aires, 1969, T. II, pág. 239)".

A ello debe agregarse que el recurrente no alegó que se hubiera visto privada de producir prueba y, correlativamente, tampoco explicó cuáles habrían sido dichos concretos elementos de prueba ni menos aún, de qué modo habrían incidido en la solución del caso para refutar la hipótesis imputativa por la cual Fernando Julián Fidalgo resultó condenado.

En este sentido, he señalado que "...la Corte Suprema Nacional en sus sentencias parece requerir como condición para casar el fallo no sólo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia" (Cfr. C.F.C.P., Sala IV, "Isasmendi, Ricardo Armando s/recurso de casación", causa n° 15.091, Reg. 2584/12, rta. 27/12/12), requisito que no ha sido cumplido por la impugnante en su recurso de casación.

En consecuencia, corresponde rechazar el agravio del recurrente en orden a la invocada violación del principio de congruencia.

II. Se agravia también la defensa particular por la falta de fundamentación del fallo, en relación a la



calificación legal otorgada a los hechos. En tal sentido y con invocación del antecedente del Alto Tribunal "Vega Giménez", sostuvo que no se ha acreditado que el material estupefaciente secuestrado fuera para consumo personal.

Al resolver en la causa Causa N° 12.989, de la Sala IV caratulada: "Castilo, Oscar Daniel s/recurso de casación", Reg. N° 1198, rta. el 12/7/12, criterio reiterado in re: "Lezcano, Sebastián Alejandro s/rec. de casación", c. n° 715/2014, rta. el 30/6/2015, se resolvió que: *"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 Paolasini, Martín s/rec. de casación", rta. el 14 de septiembre de 2004).

A ello se agregó que por *"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 será aquella que sirve o vale para consumo personal; no será escasa cantidad*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

aquella que importe 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 detentada para consumo propio" (confr. este Tribunal 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 a los hechos adjudicados a Fernando Julián Fidalgo han sido correctamente calificados por el tribunal de juicio.



Por cierto que no se encuentra satisfecho el requisito de "escasa cantidad" del tipo penal asignado por el tribunal, al ponderar la cantidad y la forma en que fue encontrado el material estupefaciente incautado en la vivienda, del que se dio detalle en el punto anterior, como así tampoco que pueda considerarse que esa cantidad fuese destinada al propio consumo.

Por otra parte y para finalizar entiendo que en el sub examine, el tribunal de mérito ha logrado descartar fundadamente que la tenencia de estupefacientes que se le reprocha 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 consecuencia, la subsunción típica efectuada por el a quo se encuentra al amparo de la tacha de arbitrariedad alegada al sustentarse en la cantidad de material estupefaciente secuestrado, la forma en la que éste se encontraba acondicionado, y las circunstancias concretas del caso.

III. Respecto del último agravio introducido por la defensa en el que postula la falta de fundamentación de los decomisos dispuestos en la sentencia impugnada, adelanto que propondre su rechazo.

El art. 23 del Código Penal dispone que *"en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en*





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito...". El decomiso, entonces, "es una consecuencia accesoria de la condena, que consiste en la pérdida en favor del Estado de los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) y de los efectos provenientes del delito (*producta sceleris*)" (cfr. BAIGUN, David y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, tomo 1, pág. 309). Se ha señalado, también, que al decomiso "se le asigna una función que excede la mera retribución, en tanto apunta a la prevención de posteriores delitos y la frustración del lucro indebido para el condenado" (cfr. mi voto en causa n° 15.741, Sala III, "Soria, Juan Carlos; Sampor, Juan Carlos; Báez, Carlos David; Suárez, Jorge Omar s/rec. de casación", Reg. n° 1685, rta. el 27/08/14, con cita de D'ALESSIO, Andrés José, *Código Penal comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2005, tomo I, pág. 128).

Además, atento la letra del citado art. 23, se advierte que el decomiso no constituye una facultad discrecional del juez, sino que constituye una consecuencia legal accesoria de la pena principal impuesta en la sentencia condenatoria, que el juez se encuentra obligado a resolver si, en el caso particular, se encuentran acreditados los presupuestos para su imposición ("en todos



los casos en que recayese condena (...) la misma decidirá el decomiso...”, art. 23 del C.P.).

En ese marco, el tribunal *a quo* a fin de proceder al decomiso sostuvo, en síntesis y en relación al decomiso de los bienes que agravia a la defensa, que respecto de la camioneta Toyota Hilux SW, dominio CBR-10 resultaba trascendente que en su interior se encontró sustancia estupefaciente. A esa relación del rodado decomisado con la actividad que se le reprochó a Fernando Julián Fidalgo, puede agregarse otra que contribuye en igual sentido, consistente en que resulta lógico que se hubiera utilizado, entre otros fines, para transportar los elementos que necesitó el imputado para llevar a cabo el cultivo de los estupefacientes, bienes que también fueron secuestrados (sistemas de iluminación, bolsas de tierra fertilizante, macetas, rollos de cable, estufas de cuarzo, mangueras, etc.).

Igual suerte ha de correr el agravio de la defensa particular en lo que respecta la suma y al teléfono celular incautados, ya que el decomiso procede respecto de las cosas que han servido para cometer el hecho y las cosas o ganancias que son su producto o el provecho de un delito, aunque dicho perjuicio debe acreditarse, previa condena, en los casos en que se ha demostrado el origen ilícito de los bienes, circunstancia que, como se dijo, se encuentra debidamente acreditada en autos.

La razón o fundamento del decomiso se ha





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

encontrado al señalar que la existencia del dinero y el teléfono celular en el domicilio del imputado "debe interpretarse como procedente o fruto del beneficio económico ilegal que éste obtenía de la comisión del delito enrostrado".

En ese sentido el pronunciamiento no aparece desprovisto de fundamentos, si se repara en el fin -dentro de la cadena de tráfico- para el que tenía y cultivaba el material estupefaciente Fernando José Fidalgo, que se dio por acreditado en la presente. Esa presunción, aunada a la trascendencia que implica la posesión de semejante cantidad de plantas de *cannabis sativa*; los diversos elementos que tenía para su producción a los que se hizo referencia más arriba y la circunstancia de que tuviera empleados que se encargaban de distintas tareas, entre las que resulta lógico colegir, la de colaborar en el cuidado de los cultivos (confr. declaraciones testimoniales de Héctor Pastrana y Rosa Elva Guevara fs. 109 y 110, respectivamente), imponen el rechazo del agravio en estudio.

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo: **I.** Rechazar recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Fernando Julián Fidalgo, con costas (arts. 456, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). **II.** Tener presente la reserva del caso federal.

La señora jueza, Doctora Ana María Figueroa dijo:

1º) Que comparto en lo sustancial los fundamentos



expuestos por el juez que lidera el Acuerdo en su voto y por lo tanto, emito el mío en igual sentido y con igual solución.

2º) Sólo habré de precisar en punto a la alegada afectación al principio de congruencia que surge de la lectura del auto de procesamiento, del requerimiento fiscal de elevación a juicio y del acta de debate que el imputado fue impuesto del hecho consistente en el cultivo de ciento cincuenta y cuatro plantas de cannabis sativa destinada a la obtención de estupefacientes, la guarda de semillas para el mismo fin, la producción de estupefacientes y la tenencia de la misma sustancia, con fines de comercialización. Tal conducta, además, se calificó en las figuras de los incisos a, b y c del artículo 5º de la ley 23.737.

Surge además que tanto en el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Fidalgo contra el auto de procesamiento dictado a su respecto, como durante el debate, la finalidad de comercio de los estupefacientes hallados en el predio del condenado y su acreditación, fueron materia concreta de discusión en la causa. En definitiva, se advierte que el imputado ejerció de manera acabada su derecho de defensa en juicio respecto de ese elemento del tipo, de manera que mal puede en esta etapa la parte alegar una supuesta "omisión de hacerle saber al imputado la existencia de una ultraintención en su accionar" (fs. 440 vta.).





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

3º) Por lo demás, considero conveniente destacar el compromiso internacional asumido por el Estado Argentino en la persecución del tráfico internacional de estupefacientes, mediante la aprobación de la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Ley 24.072, B.O. 14 de Abril de 1992). En dicha Convención, los Estados Partes reconocieron que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional. A su vez, establecieron también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad.

El Estado Argentino al ratificar la citada Convención, se obligó a extremar los recaudos para la persecución del tráfico ilícito de estupefacientes, cuando pueda tratarse de casos que versen sobre el tráfico internacional de sustancias estupefacientes, recaudos entre los que no cabe excluir la debida observancia del artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación que establece como regla general que la libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (arts. 18, 14 y 75 inciso 22 de la CN, 7 y 8 CADH y 9 y 14 PIDCyP).

Dicha restricción en la situación del aquí



condenado contiene suficientes fundamentos en la resolución cuestionada, máxime si se tiene en cuenta que se encuentra comprometida la intervención estatal en el cumplimiento de obligaciones internacionales en la lucha contra el narcotráfico, uno de los tipos de delito más graves que el Estado debe combatir.

4º) En conclusión, voto por el rechazo del recurso de casación deducido por la defensa particular de Fernando Julián Fidalgo. Con Costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu, 530, 531 y cdtes. del CPPN).

Tal es mi voto.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

Comparto los fundamentos desarrollados por mis colegas, en consecuencia, adhiero a cuanto proponen en cuanto a rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Fernando Julián Fidalgo, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, en tanto el nombrado Fidalgo ha sido condenado a penas privativa de la libertad, accesorias legales y costas, y con remisión a lo que he tenido oportunidad de sostener en las causas "Basualdo, Néstor Silvestre Maximiliano s/recurso de casación (CCC 7934/2013/T03/CFC1, Reg. Nro. 2964/14.4, rta. el día 17 de diciembre de 2014) y "Ramírez, Juan Ramón s/recurso de casación", (causa nº 871/2013, Reg. Nro. 2331/14.4, rta. el día 6 de noviembre de 2014), habré de proponer la declaración de





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

inconstitucionalidad de oficio de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P., en tanto restringen el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a pena privativas de la libertad mayores a tres (3) años.

En el precedente "Basualdo" antes citado he señalado que la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación *pro personae* a salir de la zona de auto-restricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; pues se trata de una aplicación del principio *iura novit curia* y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional (cfr. 324:3219; 327:3117).

Asimismo, en la causa "Ramírez" antes citada, sostuve que la norma del art. 12 violaba el principio de resocialización de la ejecución de las penas en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto le impide cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos,



sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se aparta de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena.

Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática impide una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar.

Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H., en tanto hace extensibles las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan.

Asimismo, destacué que la privación de la patria potestad atenta contra el interés superior del niño reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad.

Por lo expuesto, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la resolución recurrida en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por





Cámara Federal de Casación Penal

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

el señor Fiscal ante la instancia y en mérito del acuerdo que antecede, este Tribunal, **RESUELVE: I.** Rechazar recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Fernando Julián Fidalgo, con costas (arts. 456, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del CPPN). **II.** Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas C.S.J.N. N° 15/13, 24/13 y 42/15). Oportunamente remítase a su tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

