

Voces: AGRAVANTES ~ COMERCIALIZACION DE ESTUPEFACIENTES ~ DETERMINACION DE LA PENA ~ ESTUPEFACIENTES ~ FAMILIA DE SANGRE ~ MENOR ~ PARENTESCO ~ PARTICIPACION CRIMINAL ~ PENA

Tribunal: Tribunal en lo Criminal de Tandil(TCrimTandil)

Fecha: 24/06/2008

Partes: I. Fajoo, Rubén Darío, II. Fajoo, Sebastián, III. Fernández, María Cristina

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/6500/2008

Hechos:

El Tribunal en lo Criminal condenó a uno de los imputados como autor del delito de tenencia de estupefacientes para comercialización y absolvió a los otros dos, al no haberse acreditado que por el hecho de ser familiar del primero y convivir en la misma casa en donde se comercializaba la sustancia, tuvieran algún tipo de participación en el hecho.

Sumarios:

1. Corresponde absolver a la madre y hermano, convivientes del coimputado, respecto del cual se acreditó el hecho configurativo del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, pues la sola circunstancia de vivir estos acusados en el mismo domicilio no permite concluir, más allá del plano conjetural, que hayan tenido intervención en la comercialización ilícita, máxime cuando así lo hacían por resultar integrantes de un mismo núcleo familiar directo.
2. No puede atribuirse como circunstancia potenciadora de la pena al intenso tránsito de compradores de sustancia estupefaciente –en el caso, se lo condenó por el delito de tenencia de estupefacientes para comercialización–, pues no resulta dicha circulación un mayor grado de reproche para el imputado en cuanto excede a la valoración de su propia conducta vinculándose más a los terceros demandantes.
3. Resulta improcedente ponderar como agravante, a los fines de la graduación de la pena, la circunstancia de que el imputado conviviera con menores de edad y que delante de ellos llevara a cabo la comercialización de estupefacientes, a pesar de que se haya probado que vivía con menores y otras personas de su entorno familiar, si no quedó demostrado que las ventas las realizara el imputado estando los menores presentes, y menos todavía que aún cuando éstos permanecieran en el domicilio, fueran espectadores de las operaciones ilícitas del acusado.

Texto Completo:

Tandil, junio 24 de 2008.

El Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 371 y 373 del Código Procesal Penal, resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª ¿Está probada la existencia de los hechos en su exteriorización material y la participación de Rubén Darío Fajoo, de Sebastián Fajoo y de María Cristina Fernández en los mismos? 2ª ¿Concurren eximentes? 3ª ¿Concurren atenuantes? 4ª ¿Concurren agravantes?

VOTACION

1ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

Que mediante el contenido del material fílmico de fs. 10, 28 y 111; el informe médico de fs. 53; acta de allanamiento y secuestro de fs. 39/42; el acta policial de fs. 75/76; el informe del laboratorio químico pericial de la delegación departamental de Policía Científica de Azul de fs. 141/142, elementos todos estos incorporados al debate con acuerdo de partes conforme a lo normado en los arts. 338 y 366 del Código Procesal Penal, tal lo resuelto mediante decisión de este Tribunal de fs. 304/305vta. y al inicio del debate (ver acta) y con las declaraciones testimoniales de Martín Horacio Pérez, Nicolás Mauricio Yuvisa, Rocío Soledad Timo, Ernesto Gastón Brust, José Antonio Palavecino, Jonatan Begueristain, Gastón Raúl Fleitas, Alberto Luis Barbosa y las declaraciones de los imputados Rubén Darío Fajoo y Bernardo Sebastián Fajoo brindadas durante el juicio oral ha quedado debidamente acreditado que: al menos durante los días 20, 23, 25 y 29 de noviembre y 1, 2, 9 y 16 de diciembre del año 2006 el coimputado Rubén Darío Fajoo comercializó sustancias estupefacientes (cannabis sativa) en dosis fragmentadas para el consumo recibiendo a cambio de la entrega de estas y como contraprestación sumas de dinero, realizando tales actividades en el domicilio ubicado en la calle Saavedra nro. 1340 de la ciudad de Tandil. Que asimismo quedó acreditado que en el mismo domicilio de calle Saavedra el día 16 de diciembre de 2006 poco después de realizarse la última venta mencionada y siendo alrededor de las 19:15 horas, Rubén Darío Fajoo tenía en su poder una bolsa de nylon transparente que en su interior contenía una sustancia vegetal, conocida como marihuana (cannabis sativa), un vaso plástico, y dentro de él, la misma sustancia vegetal, veintidós envoltorios de nylon conteniendo en su interior idéntica sustancia estupefaciente, cuatro cigarrillos de marihuana de fabricación casera semicombustionados, los que en total sumaron 484 gramos de cannabis sativa; una balanza sin marca visible y varios recortes de nylon blanco utilizados comúnmente con el objeto de fraccionar la droga en dosis destinadas a la venta.

Tal como se advierte en la narración fáctica que antecede, he recortado en gran medida la descripción fáctica realizada por el representante del Ministerio Fiscal. Ello así porque con los elementos de convicción aportados al juicio, no ha quedado acreditado que la persona de sexo femenina imputada (María Cristina Fernández) y la otra de sexo masculino (Bernardo Sebastián Faijoo) madre y hermano respectivamente de quien he tenido por autor, y, a los que el Fiscal atribuyó las conductas ilícitas en la requisitoria fiscal de fs. 192/199, tuvieran algún tipo de participación criminal en los hechos que se les endilga.

En efecto, la sola circunstancia de vivir estos imputados en el mismo domicilio de calle Saavedra donde habitara Rubén Darío Faijoo hasta el momento de su aprehensión, no permite concluir, más allá del plano conjetural, que hayan tenido intervención en la comercialización ilícita, máxime cuando así lo hacían por resultar integrantes de un mismo núcleo familiar directo (madre y hermano del citado Rubén Darío Faijoo).

Entroncado a la cuestión y analizado desde un plano lógico-jurídico, si el Fiscal de Instrucción actuó sobre la base de aquel criterio, no puede dejar de mencionarse lo extraño que resulta que no hayan sido investigados ni requeridos los restantes habitantes del domicilio, entre otros familiares convivientes (la hermana y el concubino de la madre). Menciono en especial el caso de María Soledad Faijoo, -hija y hermana respectivamente de los imputados- sobre la que hubieron mayores elementos de convicción sobre su participación, y, a quién pudo verse claramente en el video como la persona que realizó "el pasamanos" (que a la postre resultó marihuana a cambio de dinero) con Gastón Raúl Fleitas. María Soledad Faijoo también se encontraba presente en el domicilio al momento del allanamiento y del posterior hallazgo y secuestro de la droga.

Tal discrecionalidad en el ejercicio de la acción pública por parte del funcionario del Ministerio Público, no está prevista como excepción al principio de oficialidad del art. 71 del Código Penal. En efecto, cualquiera sea la postura que se tenga sobre la prerrogativa de regular el ejercicio de la acción, -vgr. arts. 71 inc. 1 y 2, 76 bis del Cód. Penal o los criterios especiales de archivo del art. 56 bis del Código Procesal Penal Bonaerense-, no se advierten los motivos del funcionario de la instrucción para excepcionar el "principio de legalidad procesal", en cuya virtud cuando un representante del Ministerio Público Fiscal ha tomado conocimiento de un hecho que puede constituir un delito de acción pública, debe -por ser de su exclusivo resorte- ejercer la acción requirente dentro de las facultades que le son legalmente conferidas (arts. 6º y 56 del Código Procesal Penal), excepto como se dijo en los casos expresamente previstos por la ley. Lo contrario implica en mi opinión un incumplimiento funcional cuyo análisis corresponde sea revisado por el Sr. Fiscal Departamental en el marco de la ley 12.061.

Dicho esto, y continuando con el análisis en relación a la autoría de María Cristina Fernández, quedó demostrado que no fue ella quién hizo entrega del envoltorio a cambio de una suma de dinero al sujeto de remera roja y pantalón de jeans oscuro que a bordo de una bicicleta tipo playera realizó el "pasamanos", tal como lo afirmó en el punto II de la requisitoria el Fiscal de Instrucción a fs. 192vta. Me baso para sustentar tal afirmación, entre otros elementos de convicción, en la declaración de Gastón Fleitas quién pocos minutos antes del allanamiento realizó la compra (4,4gr. de cannabis sativa) en el domicilio arriba indicado, y dijo que la persona de sexo femenino que le entregó la marihuana era una mujer joven, rubia y de cabello lacio, lo que también se pudo apreciar en el video observado durante la audiencia, donde se advirtió claramente que se trataba de una persona de sexo femenino mucho más joven que la imputada. Despejando cualquier duda sobre el punto, preguntado Fleitas por el Sr. Defensor de Fernández -y previo decirle que mire el rostro de su defendida- si fue ella quién le entregó la droga, respondió en forma categórica que no. Así también fue declarado por Rubén Darío Faijoo durante el juicio, quien mencionó que por estar en el baño al momento de la venta le pidió a su hermana María Soledad Faijoo que realice la entrega. La balanza, que no era de precisión, según lo relataron los policías que intervinieron en el procedimiento, fue un obsequio del testigo Jorge Aurelio Lezama, quien se desprendió de la misma al cerrar una panadería de su propiedad, obsequiándosela a Fernández. Y, si bien fue usada por Rubén Darío Faijoo para pesar la marihuana como él mismo lo admitió al declarar, no fue acreditado su uso por la imputada Fernández.

En cuanto a Bernardo Sebastián Faijoo el elemento de mayor peso incriminante, resultó el hallazgo en el interior de los cajones de un mueble -situado en su habitación y dentro de una bolsa de pañales- de varios recortes de nylon color blanco que contenían gran parte de la droga secuestrada, la que en su mayoría estaba fraccionada para su comercialización según surge del acta de fs. 39/42, incorporada al juicio por acuerdo de partes (ver acta del debate a fs. 234). Sin embargo, pese al elemento de cargo citado, no dejan de generarme dudas diversas circunstancias que seguidamente pasaré a mencionar. Así, por ejemplo, que en ocasión del allanamiento Bernardo Sebastián Faijoo no se encontraba presente en el domicilio, y al analizar esta circunstancia en forma conexa al hecho de que en ese momento había otras personas mayores de edad que vivían en la casa, que estuvieron desde momentos previos y presenciaron el procedimiento, por ejemplo Alfredo Luis Barbosa, María Soledad Faijoo y Rubén Darío Faijoo, y además de estos moradores había también otras personas que se encontraban ocasionalmente en el interior del inmueble, tal el caso de Rocío Soledad Timo y Hermosa Matías Juan Cruz, puedo relacionar -relativizando así el elemento de cargo y sin que ello implique desmedro al procedimiento policial el cual fue ajustado plenamente a las formas- que cualquiera de los nombrados podría haber puesto la droga en el interior de la cómoda, no solo en el instante en que irrumpió la comitiva que realizó el allanamiento, sino inclusive antes del operativo policial. Por eso, si bien no puede

descartarse, como lo señaló categóricamente el Sr. Fiscal de Juicio, que haya sido Bernardo Sebastián Faijoo quién haya colocado la ilegal mercadería en su cuarto y tampoco puede desestimarse que se dedicara a su comercialización, lo cierto es que en rigor y a la luz de las circunstancias mencionadas, no puede tenerse la certeza necesaria para atribuir al imputado el hecho que se le achaca en virtud de que la duda lo beneficia (art. 1 del C.P.P.). No despeja el interrogante el hecho de que gran parte del hallazgo se hiciera en la cómoda que estaba en el cuarto de Sebastián Faijoo, porque a las razones expuestas se agrega el dato de que en la casa, al parecer de pequeñas dimensiones, los distintos ambientes de las dos plantas existentes estaban cercanos, comunicados y ninguno se encontraba cerrado o resultaba de difícil ingreso, del mismo modo que el mueble donde estaba la marihuana resultaba de cómodo alcance para cualquier persona, por cuanto no había trabas o cerraduras y solo bastaba simplemente abrir los cajones para acceder a ellos.

Igual suerte debe correr como elemento de convicción -por su equivocidad- la circunstancia mencionada de que Bernardo Sebastián Faijoo no tuviere trabajo conocido, ni cumpliera horarios, lo que tampoco fue despejado como dato cierto, máxime cuando al declarar frente al Tribunal el imputado manifestó que trabajaba todos los días desde las 06:30 hasta las 14:00 horas realizando labores como "techista". Además negó enfáticamente haber vendido drogas, aunque reconoció que sabía la actividad que su hermano desarrollaba, aconsejándolo en sentido contrario a tal ocupación tanto él, como su madre. Por otra parte y en relación a esta última afirmación, cabe mencionar que tanto Bernardo Sebastián como su madre no están obligados a denunciar o promover la acción penal.

Tampoco puede aseverarse -por no estar acreditado fehacientemente- que cuando alguno de los tres imputados no estaba presente en el domicilio de calle Saavedra, igual se seguían realizando operaciones de compraventa de estupefacientes. Menos aún puede hacerse valer tal aserto como elemento de convicción genérico e incriminante para los tres imputados. En este aspecto, destaco la vaguedad de tal afirmación por parte de los funcionarios policiales que realizaron el procedimiento de vigilancia durante casi dos meses en las inmediaciones de la casa. Ello así, por cuanto no consignaron en sus declaraciones con precisión cuál o cuáles de los imputados permanecían en el inmueble y quién o quiénes habían salido durante los días y horas detallados en sus informes o, en las fechas mencionadas en la requisitoria como jornadas en las que se realizaron transacciones ilegales. El dato, así expresado y usado de manera indistinta como elemento de cargo para los tres acusados, por su generalidad, imposibilita una adecuada defensa en juicio, al resultar impreciso en relación a los hechos atribuidos (art. 335 del C.P.P.); y además anfibológico o equívoco si se considera tal situación como un indicio de autoría.

Dentro de estas consideraciones he de mencionar que la frecuencia de las ventas -de diez a quince operaciones por día aproximadamente- y la circunstancia de que por sus dimensiones se escuchara en toda la casa lo que ocurría en alguno de sus ambientes (declaraciones de Pérez, Yuvisa y Brust), no hace partícipes a todos los ocupantes del inmueble de la actividad ilegal desempeñada por uno o alguno de los moradores. En este aspecto, no resulta aplicable la jurisprudencia citada por el Fiscal de Juicio, donde se hizo mención a un comercio abierto al público en el que debajo de la barra había y se distribuía a la vista de todos los dependientes droga, y donde cada uno de los empleados, barman, mozos, portero etc., desarrollaban distintas actividades vinculadas y concurrían sistemáticamente en un horario dentro del local, contribuyendo todos y a sabiendas en la empresa delictiva. No puede asemejarse al presente. La diferencia fundamental reside en que aquí se trata de un grupo familiar con vínculos en primer grado de consanguinidad integrado por la madre y sus dos hijos (y también otra hija y el concubino de la dueña de casa) que convivían bajo un mismo techo y en consecuencia necesariamente interactuaban desde esos roles y circunstancias, y por tal motivo entraban, salían, pernocaban, recibían también otro tipo de visitas en el domicilio, por ej. amistades, correspondencia, etc.. Como fue dicho al narrar los hechos y se verá en detalle más adelante, estas consideraciones no excluyen que el inmueble haya sido utilizado por Rubén Darío Faijoo para realizar la ilícita actividad que se juzga, pero, por las razones expuestas, no existen -en mi opinión- elementos categóricos de convicción para responsabilizar a los dos restantes imputados, máxime cuando desde el punto de observación donde estaba apostada la vigilancia policial no podía verse quiénes eran los que atendían la puerta (declaraciones de Martín Pérez y Nicolás Yuvisa).

En relación a la petición subsidiaria del Fiscal de Juicio encuadrando los hechos en el art. 10 de la ley 23.737 respecto a la imputada y a Bernardo Sebastián Faijoo me referiré oportunamente al tratar la cuestión relativa al encuadre legal.

Expresadas las razones por las que excluyo de cualquier participación criminal a Bernardo Sebastián Faijoo y a María Cristina Fernández, analizaré algunos de los elementos de cargo arriba citados en forma genérica y que me convencen de estar acreditada la exteriorización material de los hechos y la autoría penalmente responsable de Rubén Darío Faijoo en los mismos.

En primer lugar las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que durante dos meses aproximadamente realizaron las tareas de vigilancia durante varias horas diarias en el inmueble de calle Saavedra n°1340. Así, Martín Horacio Pérez quién refirió que iniciaron la investigación el día 20 de noviembre de 2006 y comenzaron lo que usualmente denominan "trabajo sobre terreno", que consiste en apostarse en cercanías del domicilio y controlar la actividad, filmando y consignando todos los movimientos de ingresos y

egresos de personas. Así corroboraron que este era muy frecuente y sin que hubiera una justificación aparente para ello; que las personas que concurrían no permanecían más de tres, cuatro o cinco minutos en el domicilio y se retiraban. En igual sentido declaró Nicolás Mauricio Yuvisa, mencionando ambos policías de la división tóxicos, que la mayoría de las personas de ambos sexos que frecuentaban el lugar, eran conocidos por los declarantes como consumidores habituales de droga, lo que aunado al número inusual de concurrentes a un domicilio destinado exclusivamente a casa de familia, y a la brevedad de las visitas que no demoraban más de cinco minutos, les permitía concluir en la seguridad de estar en presencia de un lugar donde se comercializaban estupefacientes. Que como consecuencia de tal inferencia se realizó el llamado procedimiento del "comprador previo" arrojando el mismo un resultado positivo, por cuanto Gastón Fleitas, al ser interceptado por la policía a unos doscientos metros del domicilio de calle Saavedra instantes después de haber sido visto realizando "el pasamanos" con la persona de sexo femenino que salió de la casa (hermana de Fajoo), a quién se secuestró 4,4 gramos de cannabis sativa y dijo Fleitas haberla adquirido pocos minutos antes en el domicilio de Saavedra n° 1340. Como parte del procedimiento, se allanó minutos después el domicilio mencionado, donde fueron secuestrados alrededor de medio kilo de marihuana (declaraciones testimoniales de Martín Pérez, Nicolás Mauricio Yuvisa, Gastón Brust, José Antonio Palavecino). Cuando ingresaron a la casa Rubén Darío Fajoo, se encontraba en la planta alta, casi arriba de la escalera e ingresó en uno de los cuartos, más precisamente en la habitación de la derecha, desde donde fue visto arrojando algo hacia el exterior por la ventana. Que una vez que se dirigieron hacia el patio del vecino quién autorizó el ingreso de los funcionarios policiales, advirtieron que el objeto arrojado por Rubén Darío Fajoo se trataba de un envoltorio con una sustancia que después comprobaron era marihuana (declaración del oficial Ernesto Gastón Brust, corroborada por los policías Pérez y Yuvisa y por los testigos del allanamiento Jonatan Begueristain y José Antonio Palavecino).

Además el propio imputado Rubén Darío Fajoo reconoció al declarar frente al Tribunal que la marihuana que se encontraba en la casa era suya. Que era él quién consumía desde los quince años de edad y además se dedicaba a la venta de la sustancia, agregando que tanto su madre como su hermano no tenían nada que ver. Que el grupo conviviente y su madre le insistían en que abandonara la actividad. Que si el no estaba no se realizaba ninguna operación. Que la droga la guardaba en una bolsa de pañal dentro de una cómoda, y la pesaba con la balanza de su madre, con la cual calculaba la cantidad a vender, dijo finalmente como dato ilustrativo y preguntado que fue al respecto que los 25 gramos de marihuana los cobraba alrededor de sesenta pesos.

Con la probatoria citada tengo por acreditada la materialidad del hecho referido y la autoría y participación de Rubén Darío Fajoo, dando en consecuencia una respuesta afirmativa, y negativa respecto de Bernardo Sebastián Fajoo y de María Cristina Fernández, por ser mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1° y 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

1ª cuestión. — El doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1°, 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

1ª cuestión. — El doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 1°, 2° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

2ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

Que no se ha planteado por las partes ni ha surgido del debate su existencia respecto de los acusados, por lo que, a la cuestión planteada, doy mi respuesta negativa por ser mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido, por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto de mis colegas preopinantes en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 3° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

3ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

Encuentro como causas morigeradoras de la sanción a imponer a Rubén Darío Fajoo el buen concepto dado por los testigos Samuel Alfredo Dik y Jorge Aurelio Lezama en oportunidad de la audiencia de debate.

En base a lo expresado, y con el alcance señalado doy mi respuesta afirmativa a la cuestión planteada, por ser mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Art. 371 tercer párrafo ap. 4° y 373 en relación al 210 del Código Procesal Penal.

4ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

No computo la existencia de agravantes. En este sentido, la cantidad de marihuana secuestrada que el imputado tenía en su domicilio (487 gramos) no resulta -como lo dijo el Sr. Fiscal- un monto excesivo, por cuanto la cantidad ya fue evaluada como injusto dentro de los requerimientos que exceden el consumo personal lo que implicaría una doble valoración prohibida, y, además no tiene tampoco la cuantía que habitualmente se considera de trascendencia en este tipo de procedimientos policiales. En el mismo sentido, y guardando directa relación con la cantidad de marihuana secuestrada, no puede atribuirse como circunstancia potenciadora de la pena, al intenso tránsito de compradores, por cuanto por un lado no resulta dicha circulación un mayor grado de reproche para el imputado en cuanto excede a la valoración de su propia conducta vinculándose más a los terceros demandantes, y por otra parte no quedó debidamente comprobado que cada persona de las que frecuentó el domicilio de calle Saavedra realizara concretamente una transacción ilegal.

También desestimo como agravante la petición Fiscal basada en la circunstancia de que conviviera Faijoo con menores de edad y que delante de ellos llevara a cabo la comercialización de estupefacientes, porque si bien se probó de que vivía con menores y otras personas de su entorno familiar, no quedó demostrado que las ventas las realizara el imputado estando los menores presentes, y menos todavía que aún cuando éstos permanecieran en el domicilio, fueran espectadores de las operaciones ilícitas del imputado.

Por último comparto la crítica del Señor Defensor en relación a la agravante peticionada para Rubén Darío Faijoo vinculada a la circunstancia de querer confundir y eludir la acción de los uniformados al arrojar la droga a la casa vecina. En efecto, el comportamiento fue de autoprotección al pretender que se lo descubra con la menor cantidad de droga posible.

Por lo expresado, a la cuestión planteada doy mi respuesta negativa, con el alcance señalado, por ser mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

A la misma cuestión el doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos, por ser esa, también, mi sincera convicción. Arts. 371 tercer párrafo ap. 5° y 373 en relación al art. 210 del Código Procesal Penal.

Como consecuencia de lo expresado el Tribunal ha arribado por unanimidad a un VEREDICTO CONDENATORIO respecto de Rubén Darío Faijoo y ABSOLUTORIO respecto de los restantes imputados en la causa.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Jueces del Tribunal, por ante mí que doy fe.

Tandil, junio 24 de 2008.

Se reúnen los Sres. Jueces integrantes del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Tandil, Doctores Guillermo Alberto Arecha, Pablo Galli y Carlos Pocorena, a fin de dictar sentencia en la presente causa registrada bajo el n° 1125 caratulada "I. FAIJOO, Rubén Darío, II. FAIJOO, Sebastián, III. FERNANDEZ, María Cristina - I. Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, I, II, III. Comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor - Tandil". Practicado el sorteo de ley, resultó que deben votar de la siguiente manera: Dres. GALLI - ARECHA - POCORENA.

En mérito a lo establecido en el art. 375 del Código Procesal Penal, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª ¿Qué calificación legal corresponde otorgar a los hechos? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

1ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

Que la calificación que corresponde otorgar a los hechos es la de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor en concurso ideal, delitos previstos y reprimidos por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y 54 del Código Penal.

En cuanto a la calificación solicitada por el Sr. Fiscal de Juicio para María Cristina Fernández y Sebastián

Faijoo al encuadrar subsidiariamente los hechos descriptos en el art. 10 de la ley 23.737 por considerar que los mencionados han facilitado el lugar y/o elementos al imputado Rubén Darío Faijoo para realizar las actividades descriptas que encuadran en el art. 5 inc. c de la ley citada, no comparto la petición del Ministerio Fiscal.

Ello, porque la calificación pretendida en subsidio, no es meramente la aplicación de un marco legal distinto o derecho diferente al mencionado en la requisitoria fiscal, que en razón del principio "iure novit curia" tendría válida cabida en esta etapa. En efecto, de la lectura de la norma cuya utilización se procura (art. 10 de la ley 23.737), se observan elementos descriptivos diferentes a los que la plataforma fáctica sentada en la requisitoria establece, y el correcto ejercicio del derecho de defensa y la lógica procesal obligan a respetar los límites impuestos en la acusación. De otro modo, se sorprendería a la defensa, y se lastimaría de gravedad el derecho que garantiza su ejercicio, quebrándose la congruencia de la decisión.

A riesgo de pecar por copioso y reiterativo, pero con la pretensión de ser lo más claro posible, podría decirlo así: el imputado y la defensa técnica se han defendido de comercializar estupefacientes en dosis destinadas para el consumo, y no de suministrar elementos o el lugar para que aquella actividad se desarrolle, entonces atribuirles esta calificación al momento de hacer el mérito de la prueba de cargo, resulta intempestivo y darle acogida sería atrapar a la defensa, porque clausurada ya la etapa de la recepción de la prueba, no ha tenido ni tiempo, ni forma adecuada de contrarrestar lo que sería una verdadera ampliación de la base acusatoria cuya oportunidad para ensancharla debió ser la prevista en el art. 359 del Código Procesal Penal.

Así lo voto. Art. 375 segundo párrafo ap. 1° del Código Procesal Penal.

1ª cuestión. — El doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 1° del Código Procesal Penal.

1ª cuestión. — El doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 1° del Código Procesal Penal.

2ª cuestión. — El doctor Galli dijo:

Que corresponde CONDENAR a RUBEN DARIO FAIJOO, argentino, nacido en Tandil el día 4 de junio de 1985, soltero, de ocupación changas, DNI N° ..., con último domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad, actualmente alojado en la Unidad 37 del S.P.P.B.A.; a la PENA DE CUATRO AÑOS DE PRISION, multa de mil pesos y costas, como autor penalmente responsable de los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor en concurso ideal, delitos previstos y reprimidos por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y 54 del Código Penal, hecho cometido en Tandil, en los meses de noviembre y diciembre de 2006; y ABSOLVER a BERNARDO SEBASTIAN FAIJOO, argentino, nacido en Tandil el día 5 de marzo de 1982, soltero, techista, DNI N° ... y con domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad; y a MARIA CRISTINA FERNANDEZ, argentino, nacido en Lobería el día 22 de setiembre de 1959, soltera, ama de casa, DNI N° ..., con domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad, por los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor en concurso ideal, y en virtud de no haberse probado los extremos de la requisitoria del Ministerio Público Fiscal (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 54 del Código Penal y art. 5 inc. c de la ley 23.737, 399 y 531 del Cód. Procesal Penal).

Así lo voto. Arts. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.

2ª cuestión. — El doctor Arecha dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.

2ª cuestión. — El doctor Pocorena dijo:

Adhiero al voto del doctor Galli en igual sentido y por los mismos fundamentos. Art. 375 segundo párrafo ap. 2° del Código Procesal Penal.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los señores Jueces del Tribunal, por ante mí que doy fe.

SENTENCIA

Tandil, junio 24 de 2008.

Atento lo acordado por unanimidad del Tribunal, se:

RESUELVE:

I. CONDENAR a RUBEN DARIO FAIJOO, argentino, nacido en Tandil el día 4 de junio de 1985, soltero, changarín, DNI N° ..., con último domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad, actualmente alojado en la Unidad 37 del S.P.P.B.A.; a la PENA DE CUATRO AÑOS DE PRISION y multa de mil pesos, como autor

penalmente responsable de los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor en concurso ideal, delitos previstos y reprimidos por el art. 5 inc. c de la ley 23.737 y 54 del Código Penal, hecho cometido en Tandil, en los meses de noviembre y diciembre de 2006. Con COSTAS (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 54 del Código Penal y art. 5 inc. c de la ley 23.737, y 531 del Cód. Procesal Penal). II. ABSOLVER LIBREMENTE a BERNARDO SEBASTIAN FAJOO, argentino, nacido en Tandil el día 5 de marzo de 1982, soltero, techista, DNI N° ... y con domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad; y a MARIA CRISTINA FERNANDEZ, argentino, nacido en Lobería el día 22 de setiembre de 1959, soltera, ama de casa, DNI N° ..., con domicilio en calle Saavedra N° 1340 de esta ciudad, por los delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y comercialización de estupefacientes en dosis fraccionadas destinadas directamente al consumidor en concurso ideal, y en virtud de no haberse probado los extremos de la requisitoria del Ministerio Público Fiscal. Sin costas (Art. 399 segundo párrafo del C.P.P.). III. REMITIR a la Unidad Funcional de Instrucción en turno a la fecha del hecho copia certificada de las partes pertinentes, atento la posible comisión de delito de acción pública (Art. 287 inc. 1° del C.P.P.). IV. REMITIR al Fiscal General Departamental copia certificada de la presente sentencia por las consideraciones expresadas en la cuestión primera respecto a la actuación funcional del Fiscal de Instrucción, a los fines estime corresponder. V. DISPONER en relación a la totalidad de los elementos secuestrados en autos a fs. 39/41vta. el decomiso, procediéndose luego a la destrucción de los mismos, medida que se llevará a cabo por intermedio del responsable de la sala de efectos de la Fiscalía. Art. 23 del Cód. Penal y art. 30 Ley 23.737; exceptuándose de dicha medida a la balanza sin marca visible de color verde, la que deberá devolverse a María Cristina Fernández. VI. REGULAR LOS HONORARIOS al señor abogado Defensor particular de la encausada María Cristina Fernández, Dr. A., en mérito a la labor desarrollada, en la cantidad de sesenta jus, con más el porcentual que por Ley corresponda (Arts. 9 -parte I, punto 16 inc. b) ap. II- y 16 de la Ley 8904). VII. DETERMINAR COMO COSTAS del proceso para el imputado Rubén Darío Fajoo la suma de \$95.20 (pesos noventa y cinco con veinte) -s.e.u.o.- (art. 40 Ley 12.576 art. 295, ss. y concs. del Código Fiscal. — Guillermo Alberto Arecha. — Pablo Galli. — Carlos Pocorena.