

## Excarcelacion

### JURISPRUDENCIA

### Excarcelación

Se confirma la decisión que no hizo lugar

al beneficio excarcelatorio deducido por la defensa, teniendo en cuenta la gravedad del delito que se le imputa al encartado -tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- y la razonable sospecha de que intentará eludir la acción de la justicia.

Mendoza, 08 de enero de 2015.- Y VISTOS : Los presentes autos FMZ N° 30445/2014/1/CA1 caratulados "Incidente de excarcelación en autos F. J. S. S. Y OT. por INFRACCION LEY 23737 (ART 1)?, venidos a esta Sala de FERIA de esta Excma.

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, y en estado de resolver conforme lo dispuesto a fs. sub 75 sobre el recurso de apelación interpuesto a fs. sub35 y vta. contra la resolución obrante a fs. sub29/34, por la cual se resuelve: "NO HACER LUGAR al beneficio excarcelatorio solicitado por el Dr. Mellado, defensor de S. S. F. J.?" Y CONSIDERANDO: I.-Que a fs. sub 29/34, el Juez de Instrucción dispuso no hacer lugar al beneficio excarcelatorio deducido por la defensa de S. S. F. J.. Ese decisorio es impugnado por el Defensor del imputado (fs. sub 35 y vta). Luego de ser concedido el recurso de apelación y elevadas las actuaciones a esta Cámara, las partes informan.

En primer lugar lo hace el Ministerio Público Fiscal, a través del Fiscal General Subrogante ante este Tribunal (v. fs. sub 60/61). En ese escrito, luego de hacer un análisis de las constancias probatorias de la causa como así también de la jurisprudencia actual en la materia, sostiene que no es procedente el encierro preventivo en este tipo de "comercio minorista de droga?". Considera que la sujeción a proceso se puede lograr mediante una medida menos gravosa, como es la caución personal o real. Por su parte, la defensa técnica a cargo del Dr. Alfredo Mellado informa a fs. sub 62/69. Realiza una minuciosa crítica a la resolución del aquo, analizando la trascendencia de la prueba, el escaso peligro de fuga, y formulando una profunda crítica a este tipo de procedimientos nacidos en denuncias anónimas. Remitimos a lo allí expuesto, en honor a la brevedad.

II.-Que analizados los argumentos esgrimidos tanto por el Sr. Defensor como por el Sr. Fiscal General Subrogante, este Tribunal entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de apelación incoado en virtud de los argumentos de hecho y derecho que a continuación quedarán explicitados. III.-En los autos principales, se atribuye a S. S. F. J. la presunta infracción al art. 5 inc. c) de la Ley 23737, en la modalidad de tenencia con fines de comercialización y comercio. Ello por la comisión del siguiente hecho: "por haber, en principio, comercializado, el día 18 de Octubre pasado [2014], en perjuicio de C. A. R., R. DE ap. materno, una bolsa de papel celofán incolora que contenía un envoltorio de nylon blanco con sustancia blanquecina en polvo, sustancia que sometida al test de rigor arrojo resultado positivo para COCAINA, con un peso total de 1 gramo, y por haber en principio tenido en su poder, con fines de comercialización, dos envoltorios de nylon blanco con sustancia blanca en polvo, que sometida al test de rigor arrojo resultado positivo para COCAINA, con un peso total de 2 gramos, los cuales fueron secuestrados desde el interior del bolsillo trasero derecho del pantalón que vestía al momento de realizarle su requisa personal. Asimismo, del bolsillo delantero derecho desde una billetera de cuero color marrón y negro se le incautó 21 billetes de \$ ?, 1 billete de \$ ? y 4 billetes de \$ ?, dinero que habría obtenido presuntamente de la venta de estupefacientes que habría podido concretar. Todo ello habría ocurrido en su domicilio sito en Avenida Libertador N° ?, Palmira, Mendoza, que fuera allanado por orden de este Tribunal?. De las constancias de autos surge que se realiza una denuncia anónima al servicio telefónico Fonodroga (fs.1). A raíz de ello se realizan una serie de vigilancias. En ellas el personal afectado a esa tarea, observa en reiteradas ocasiones que en el domicilio en cuestión se acercan personas, son atendidas por el imputado F. J. y realizan el pase típico de manos de venta de estupefacientes (fs. 6/8 y 11/13). Estas observaciones motivaron el pedido de orden de allanamiento. Otorgado, la Policía dispuso realizar el operativo. Ese día la vigilancia observa que se acerca una persona C. A. R. R., se entrevista con el imputado, hacen el pase de manos y el visitante se retira. Este espera en la vereda la llegada del colectivo. Sube al mismo, y detrás de él sube la policía. A raíz de ello, R. arroja un envoltorio al piso. El Auxiliar D. lo recoge y observa que se trata de una bolsita de celofán transparente que contiene un envoltorio de nylon con una sustancia blanquecina en polvo (fs. 19/20). Es detenido. Mientras tanto, se allana el domicilio en el que se venían haciendo las vigilancias. En ese acto encuentran en el bolsillo trasero derecho del imputado F. J., dos envoltorios de nilón color blanco, los que contienen en su interior una sustancia en polvo blanca. Asimismo, una billetera con 21 billetes de \$..., 1 billete de \$... y 4 de \$... (fs.33/36). Que en tren del análisis provisional de las características del hecho que dispone el art. 319 C.P.P.N., se tiene que, de los test y peritajes pertinentes surgen tres conclusiones. La primera es la identidad de la sustancia entre el envoltorio incautado al comprador, y los que tenía el imputado vendedor. Es que la sustancia que portaba el comprador era de 1 gr. de cocaína, mientras que los dos envoltorios del imputado son 2gr. de idéntica sustancia. La segunda se refiere al peso de cada uno de los envoltorios es similar, de lo que puede inferirse razonablemente -y no por una cuestión de azar, que el envoltorio secuestrado al presunto comprador se corresponde o pertenecía al conjunto de que quedaron formando parte los otros dos envoltorios del presunto vendedor

y tenedor, a razón de 1 gr. cada envoltorio. La tercera, por el acondicionamiento de la droga y la composición química. Los 3 gr. de cocaína presentan una gran similitud, lo cual refuerza la hipótesis de que la droga que portaba R. R. fue vendida por el imputado F. J. (fs.83/88) Ahora bien, si bien es cierto que no se han encontrado elementos de corte ni balanzas, u otros elementos de mayor contundencia para deducir el comercio, uno de los testigos del allanamiento, L. T., manifiesta que si bien no encontraron balanzas, sí encontraron recortes de bolsas de nylon de supermercado, lo cual le pareció raro (fs. 73 vta.).

IV.-En numerosos precedentes, este Cuerpo ha sostenido que es determinante, a los fines de la procedencia de medidas restrictivas de la libertad durante el proceso, el peso social de la norma, en principio, defraudada por el autor. Es decir que únicamente hechos particularmente graves pueden justificar que la probabilidad de absolución sea soportada por el inculgado. En el caso de marras, el legislador entendió que el delito de tráfico de estupefacientes -previsto en el art. 5º de la Ley 23.737, es un hecho significativamente grave, pues lo conminó con una rigurosa pena, que va desde los cuatro a los quince años de prisión, la que no ha sido atacada de inconstitucionalidad por las partes. [Luego, la infracción a la norma debe ser analizada de conformidad con el momento histórico que atraviesa la sociedad concreta en que el hecho delictivo ocurre]. En este sentido, este Tribunal no debe soslayar la delicadísima problemática que actualmente plantea el crecimiento preocupante del narcotráfico en nuestra Argentina, no siendo una excepción la Provincia de Mendoza. En el presente que nos toca, esta materia es altamente sensible, ya que afecta a la salud de toda la comunidad y en especial amenaza el futuro de la sociedad, ya que ataca principalmente a nuestros jóvenes, en tanto franja vulnerable de la comunidad. Cabe destacar que, en anteriores precedentes, este Cuerpo estimó que los comerciantes minoristas los llamados "Kiosquitos" de estupefacientes, con su conducta que alcanzaban a poner en tela de juicio la identidad normativa de la sociedad, por lo que el riesgo de absolución debía estar a cargo de la comunidad. Ahora bien, realizado otro análisis, a la luz de cada vez más creciente de hechos de narcotráfico, la conclusión no resulta ser la misma. La realidad, de la que un Juez nunca puede ser ajeno, nos demuestra que, si bien la droga ingresa a nuestro país a través de carteles organizados de gran magnitud, con un importante caudal de este tipo de sustancias, la forma en que la misma, corre y se distribuye a lo largo y ancho de la Argentina es por medio de pequeños "kioscos". Los estupefacientes llegan a mano de los consumidores por medio de pequeños comerciantes. Frente a esta situación, sería ingenuo seguir sosteniendo que los "pequeños comerciante de estupefacientes con su conducta no alcanzan a conmover la identidad normativa de la sociedad", ya que son quienes distribuyen la droga y la ponen al alcance de los individuos más vulnerables. Su función dentro de la cadena del tráfico hace a la estructura del mismo. Es por eso que la utilización del término "comercio minorista" adolece de dos equívocos. El primero, que no se encuentra previsto -como tipo más leve, o como atenuante en la ley penal vigente. La norma penal atrapa la acción de aquel que comerciare estupefaciente, sin legislar sobre atenuantes por la escasa cantidad comerciada. Por otro lado, la denominación que mejor comprende -si se quiere socialmente estos hechos es la de "narcomenudeo", neologismo actual para captar la predisposición de aquel que comercia estupefaciente en pequeñas cantidades, para asegurarse que -de ser atrapado por la fuerza policial, tendrá una cantidad escasa, así como la vendida o entregada, para lograr una imputación menor. Así el peligro concreto que conlleva este tipo de comercio al menudeo, es de tal magnitud como para considerarlo de daño social, lo que constituye una pauta indispensable para disponer la privación de libertad durante el proceso. Pero aun así, es decir por más grave que resulte el hecho, para justificar este tipo de medida coercitiva, se requiere además que la imputación sea sólida, que se hayan reunido elementos probatorios en contra del imputado que permitan llegar a la conclusión de que el riesgo de absolución resulte escaso. En el caso que nos convoca justamente la solidez de la imputación que, provisoriamente recae sobre el imputado, y que reconoce el Fiscal General subrogante, hace presumir que, de ser condenado, lo será por los delitos que ahora se le atribuyen. Y es que si bien la cantidad de sustancia estupefaciente hallada no es mucha, las vigilancias practicadas, la flagrancia del hecho, la similitud de las drogas presuntamente vendidas y compradas, la existencia de varios recortes de bolsa nylon en el domicilio allanado, entre otras cosas, hacen presumir el hecho atribuido. Por otro lado, al analizar el aspecto subjetivo del riesgo procesal, sumados al aspecto objetivo tratado en el párrafo anterior, permiten sospechar que el mismo intentará eludir la acción de la justicia. Y es que la solidez de la imputación con más el particular hecho de tener una condena anterior por "abuso sexual agravado reiterado" cumplida recién en febrero de 2014 (v. fs....), hacen que en caso de llegar a una sentencia condenatoria en el presente proceso, sería declarado reincidente (art. 50 C.P.). En tal caso, la pérdida de beneficios que ello implica, podría motivar al imputado intentar evadir el referido accionar judicial. Finalmente, y a modo de corolario, cabe señalar que se debe lograr el justo equilibrio entre el derecho constitucional a la libertad que garantiza la Constitución Nacional y los derechos de la sociedad. En relación al respeto debido a la libertad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el mismo "...no puede excluir el legítimo derecho a la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por incomparecencia del reo. Se trata de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente. La idea de justicia -dijo

esta Corte en Fallos 272:188 impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos 280:297)?. Por lo expuesto, SE RESUELVE: 1º) No hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. sub. 35 y vta., por la defensa del imputado. 2º) En consecuencia confirmar la resolución obrante a fs. sub. 29/34, en cuanto deniega el beneficio de excarcelación a S. S. F. J.. Cópiese. Notifíquese. FIRMADO: Dres. Echegaray - Cortés. CONSTE: Que la presente resolución no fue suscripta por el Dr. Carlos A. Parra el día 08/01/2015 por encontrarse cumpliendo funciones fuera de la Provincia. Secretaría, Mendoza, 08 de Enero de 2015. (ante mi): ROLANDO HECTOR MARINO 000366E