

Tenencia De Estupefacientes Con Fines De Comercializacion Auto De Procesamiento Principio De Oralidad Narcotrafico

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad de Mendoza, a los veintiún

días del mes de enero de dos mil veinte, siendo las diez treinta y un horas, a los efectos de celebrar la audiencia fijada en las presentes actuaciones, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, los Sres. Vocales de la Sala de FERIA, Dres. Gustavo Enrique Castiñeira de Dios y Alfredo Rafael Porrás, contando además con la presencia del Sr. Secretario *ad hoc* Dr. Calos Agustín Parma. Asisten al acto, el Dr. Jorge Eduardo Hinojosa (por la defensa de Y. E. N. V.) y el Sr. Fiscal General, Dr. Dante Vega. Previo a dar inicio de la audiencia, el Sr. Vocal que preside el acto, Dr. Castiñeira de Dios, hace saber a las partes que, atento haberse tenido que ausentarse la Dra. Olga Pura Arrabal, la audiencia será realizada bajo el procedimiento previsto el actual art. 31 bis del Código Procesal Penal de la Nación, por ello la audiencia puede efectuarse sólo con la conformidad expresa de los mismos y en el supuesto de que no se arribe a un fallo por unanimidad, se procederá a convocar a la Dra. Arrabal, quien munida del audio de la presente audiencia y del acta que se labre, podrá emitir su voto, a lo cual las mismas expresan que no tienen objeción alguna que formular al respecto. Acto seguido, se cede la palabra al recurrente, Dr. Hinojosa, quien expresa que se agravia respecto al punto 4º del auto mérito, donde se incluye a su defendida Y. N., ordenándose su procesamiento y prisión preventiva por presunta infracción a la figura contemplada en el art. 5º inc. c) de la ley 23.737, con el agravante del art. 11 inc. c) por la cantidad de personas que habrían participado en el delito. Entiende que la calificación atribuida no es la correcta y habrá de propiciar una participación secundaria de su asistida y en subsidio, solicitará se cambie el encuadre jurídico al comprendido dentro del art. 5º inc. c) y no con el agravante. Entiende que no debe aplicarse el agravante porque, de las intervenciones telefónicas y de la investigación llevada a cabo por el Juez *a quo*, no surge que su defendida haya tenido relación con las co-imputadas Q. ni Q. Entiende que esta situación de desconocimiento de la intervención de otras personas hace caer notoriamente la figura agravada, no hay pruebas suficientes para presumir la existencia de un acuerdo doloso con las nombradas, no así con E., para quien reconoce haber guardado droga. Señala que N. ha colaborado con la justicia desde el mismo allanamiento, la policía no tuvo que buscar droga por toda la casa, sino que su clienta misma indicó en dónde estaba guardada. Por ello, este entorpecimiento probatorio que acusa el Juez de grado resulta arbitrario y desacomodado a la situación particular de su defendida, quien siempre ha colaborado, en la ampliación de su declaración indagatoria expresó los motivos por los que guardaba la droga y que E. se ha valido de la vulnerabilidad de su defendida, quien convivía sola con sus dos hijas. Recuerda que N. vendía cosméticos y como contraprestación a la guarda de la droga, E. le compraba cosméticos. Considera que la participación delictual está comprobada pero no resulta una participación necesaria, a diferencia de Q. y Q., quienes no solo guardaban la droga sino que realizaban otras actividades como el traslado de la droga a San Rafael, el narco menudeo, incluso podría decirse que si sacamos a N. de esta agrupación de personas, E. podría haber seguido manejando en negocio de la misma manera. Siendo el aporte de N. no fundamental, tampoco puede ser necesaria, por lo que sostiene una participación secundaria de su defendida. Expresa que estos argumentos fácticos y jurídicos los llevan a sostener que la calificación correcta es la del art. 5º inc. c) en grado de participación secundaria. No está probado que su defendida haya acordado con otras personas sobre el acopio, traslado y venta de la droga, por ello lo justo sería ir a una participación secundaria en dicha figura y, en subsidio, se mantenga como partícipe primaria pero que se descarte la aplicación del agravante. Respecto de la prisión preventiva, entiende que el Juez la dicta por el supuesto entorpecimiento probatorio, además de la cuantía del monto punitivo. Opina que está probado que su defendida colaboró con los fines de la investigación. Expone que se deniega la libertad de N., quien está en prisión domiciliaria porque habría peligro de fuga. Cita el nuevo Código Procesal Federal que establece que dicho peligro debe ser serio, cierto y concreto para fundar una medida de coerción. Se vislumbra que su defendida por su comportamiento no se va a profugar, por sus hijas que constituyen su arraigo, además de que para evadirse se requiere un entorno económico y financiero adecuado, del que su defendida carece. Señala que solamente quedaría el monto punitivo como fundamento de la prisión preventiva, por lo que de hacerse lugar al pedido de cambio de calificación, el monto punitivo de un mínimo de seis años pasaría a cuatro y si es una participación secundaria, pasaría a la mitad. A su turno, toma la voz el representante Fiscal, quien relata que la principal imputada en la causa es Y. E., quien comercializaba droga en cantidades importantes sirviéndose de por lo menos tres mujeres, Y. N., M. E. Q. y D. Q. La propia E., expresa, no guardaba droga en su propia casa sino que para ello utilizaba la de otras personas, para dársela a D. Q. quien la transportaba. Recuerda que a Q. la detienen a bordo de un colectivo y le secuestran una importante cantidad de droga, y a todas las investigadas les allanan la casa, resultando las medidas positivas al hallazgo de estupefacientes en distintas cantidades. En casa de N., se encuentra la mayor cantidad de droga: dos ladrillos, trozos de diferente

tamaño de marihuana que superan los dos kilos de peso. Disiente de sostener una participación secundaria ya que con los mismos argumentos se puede sostener una primaria, considera que el aporte es esencial de acuerdo a la forma de organizar la actividad delictiva de parte de Y. E., quien de hecho elige el domicilio de N. como lugar de almacenamiento de la droga y no otro. Por ello, entiende que discutir el grado de participación no debe tener mayor suerte. En lo que si coincide con la defensa es en cuanto al agravante ya que para su aplicación requiere algo más que la sola reunión objetiva de tres o más personas sino que requiere un elemento subjetivo, que es que las personas sepan que integran una organización con división de roles, no basta que las imputadas se conozcan entre sí, sino que deben tener un mínimo de dolo que no ha sido probado. Tal así, dice, que de las constancias de la causa no surgen elementos que vinculen a N. con otras co-imputadas más allá de E., a quien frecuentemente le guardaba la droga en su domicilio. No está probado que N. conozca la intervención delictiva de la mula (D. Q.) ni la existencia de otro lugar de guarda como el domicilio de Q., como podría ser llamadas entrecruzadas o que visitara el lugar. Opina entonces que al atribuirle el agravante el Juez ha errado en la calificación, además de que podría haber elegido el tipo de almacenamiento de estupefacientes, sin embargo, ha elegido otro tipo penal dentro del art. 5° inc. c) que es de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Solicita se corrija la aplicación del agravante, remitiéndose al fallo de Cámara en los autos N° FMZ 28646/2006/CA4 "Castro Carrasco" donde se desarrolla el agravante contenido del art. 11 inc. c) en términos que son de plena aplicación al caso de marras. Respecto de la medida de coerción dispuesta, considera que habiéndose otorgado el pedido de prisión domiciliaria por parte de este Tribunal, resulta suficiente y abarca las finalidades coercitivas, atento la intervención delictiva que ha tenido la nombrada en la causa. Tomada la voz por el Sr. Juez que preside el acto, Dr. Castiñeira de Dios, indica que en una parte de las actuaciones se menciona a R., hija de Y., como una persona que no está imputada pero que mantendría comunicaciones con una persona privada de la libertad para proveerle estupefacientes para consumo y venta dentro del penal, a lo que el Dr. Vega señala que ña tal R. es hija de la co-imputada Q. y la menciona incluso el Juez en su auto de mérito y no debe haber sido imputada por ser una menor de edad, todo lo que queda debidamente registrado en soporte de audio y video. Con lo que no siendo para más se da por finalizada la presente audiencia. Quedando el Tribunal en estado de resolver, pasa a un cuarto intermedio. Ahora bien, siendo las doce cincuenta y ocho horas, una vez oídas las partes y examinadas las pruebas incorporadas a la causa, teniendo en consideración que la audiencia oral celebrada preservó la inmediatez y publicidad del contradictorio desarrollado entre las partes, bajo la dirección del Tribunal, en donde se destaca el "diálogo" o debate entre ellos. Este acto procesal permitió la discusión entre las partes y su participación en el esclarecimiento de los hechos a juzgar, en el que se explican los distintos puntos de vista sobre los hechos, su valoración de las pruebas, se ponderan los argumentos y, finalmente, se fundamentan sus decisiones. En efecto, la oralidad hace a la introducción y percepción de las acreditaciones y a la relación con los mismos protagonistas, configurando un proceso abierto, controlable, público y realmente contradictorio. Estos elementos que solo pueden darse a través de la inmediatez que brinda el contradictorio oral, son los que ayudan a conformar el criterio al que se arriba en la presente decisión. Esta sala de Feria entiende que no corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Y. E. N.. Ha de indicarse que el auto de procesamiento traído en apelación constituye solamente un juicio provisional de valor, en el que se tiene por probable la comisión del hecho delictivo por parte de sus autores, sin alcanzar el carácter de definitivo, ni consolidar, por ende, la participación culpable y punible de aquellos. Más allá del valioso esfuerzo realizado por la defensa para fundar el recurso en análisis, para la presente etapa procesal, entendemos que las consideraciones efectuadas por el Sr. Juez a quo sobre las pruebas colectadas, no merecen reparo. Se estima que, lo que verdaderamente importa, es la relación entre los datos de convicción incorporados, los hechos investigados, la participación que le cupo a la imputada, todos en grado de "probabilidad", y el balance entre ellos, que le permitan al Juzgador decidir sobre su situación procesal. Por ello, tras analizar las constancias de autos, se advierte que, estos extremos para dictar el procesamiento de J. E. N., en el grado de probabilidad necesario para la etapa que atraviesa el proceso, se encuentran presentes, realizando el judicante una correcta valoración de las circunstancias del caso, por lo que, corresponde remitirse a los fundamentos dados por el magistrado instructor, sin perjuicio de los argumentos brindados en el presente resolutive. En efecto, la imputada ha sido procesada por la presunta infracción al art. 5° inc. c) con el agravante del art. 11° inc. c) de la Ley Nacional de Estupefacientes N° 23737, en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (2088 gramos de marihuana y 93 gramos de cocaína) en calidad de partícipe necesaria, por haber colaborado con la coimputada E. B. en la guarda del material estupefaciente con fines de comercialización en su domicilio. El material probatorio incorporado, resulta suficiente para acreditar con el grado de probabilidad exigido en esta etapa procesal la colaboración activa y permanente con la organización delictiva guardando el material estupefaciente en su domicilio, que tenía fines de comercialización (ver acta de procedimiento de fs. 164/167 y 175/177, resultado del allanamiento dispuesto en el domicilio de la imputada N. sito en Barrio UNYP, Manzana ..., casa ..., donde se secuestró diversos tipos de estupefacientes -en importantes cantidades -2088 gramos de marihuana y 93 gramos de cocaína-, fraccionado en ladrillos y en bolsitas pequeñas, junto a balanzas digitales). Sostiene la defensa al informar su recurso de apelación que el grado de

participación que corresponde a N. es el de partícipe secundaria, solicitando un ajuste de calificación en ese sentido. No corresponde hacer lugar al ajuste peticionado, pues el grado de autoría atribuido por el a quo, tal como lo señalara el Sr. Fiscal General en la audiencia oral, resulta correcto, toda vez que el rol asumido y la ayuda prestada por la imputada N. resultan esenciales a los efectos del delito, siendo una parte esencial de la operatoria delictual, brindando almacenamiento y preparación previa a la entrega. En el mismo sentido cabe resolver en relación al agravante previsto en el art. 11 inc. c) de la ley 23.737, pues más allá de las consideraciones hechas por el Sr. Fiscal General (quien advierte en su dictamen que no encuentra elementos que sustenten el conocimiento de la imputada en la participación de una organización delictiva de 3 personas o más, puesto que sólo interactuaba con E. B.), del análisis de las comunicaciones telefónicas interceptadas entre E. y N., así como el hecho de que el almacenamiento haya sido frecuente y constante, sumado a la existencia de dos balanzas digitales y estupefacientes fraccionados (en pequeñas cantidades y escondidos en distintos lugares en su domicilio) configura, de acuerdo al grado de provisoriedad propia de esta etapa procesal, un rol específico en la organización delictiva, y permite presumir que N. tenía conocimiento de la existencia de más personas involucradas a través de E., lo que configura el elemento subjetivo del agravante previsto en el art. 11 inc. c) de la ley 23.737. A ello cabe agregar que el procesamiento del resto de las coimputadas dispuesto con el mismo agravante se encuentra firme. Ha de ponerse de resalto que la presente investigación resulta en concordancia a lo manifestado por nuestro máximo Tribunal quien ha señalado ?... Asimismo, ratificó ?el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico? y recordó que los compromisos internacionales obligan a la Argentina a una ?coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (art. 36 de la Convención)?, Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de Naciones Unidas? (C.S.J.N., CSJ 402/2014 (50-F)/CS1, RECURSO DE HECHO, ?Fredes, Gonzalo Arturo y otros s/ causa n° 13.904?, resolución del 6 de marzo de 2018). Cabe expedirse ahora en relación al planteo formulado por la defensa en relación a la situación de libertad. En primer lugar se advierte que la imputada se encuentra en prisión domiciliaria. Sin perjuicio de ello, a partir de lo dispuesto por la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral para la implementación y monitoreo del C.P.P.F. se encuentran vigentes, entre otros, los arts. 210, 221 y 222 del C.P.P.F, a través de los cuales corresponde analizar la situación. En el caso, se advierte riesgo procesal en virtud de elementos que indican la posibilidad de entorpecimiento probatorio en los términos del art. 222 inc. a), del mencionado Código Procesal, pues de las llamadas telefónicas interceptadas a lo largo de la instrucción, surge que existirían otras personas vinculadas a la organización más allá de las imputadas en la causa, identificando a quien proveería de estupefacientes a E., por el apodo ?boliviana? (fs. 69), de manera que de concederse la libertad, existe riesgo cierto de que la imputada puede intervenir en otros miembros de la organización alertándolos o afectando material probatorio. En el mismo sentido se advierte un riesgo cierto de fuga en los términos del art. 221 inc. a), pues si bien es cierto que la imputada prestó colaboración en momentos de realizar el allanamiento dentro de su domicilio, indicando el lugar en donde se hallaba la sustancia estupefaciente, Y. N. no presenta elementos de arraigo domiciliario en tanto reside en un una vivienda prestada y tampoco tiene trabajo fijo o elementos que determinen un arraigo laboral, situación que indica la existencia de un riesgo cierto y concreto de de fuga. En virtud de lo expuesto, por mayoría de los miembros presentes, esta Sala de FERIA, RESUELVE: 1°) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa de la Sra. Y. E. N. V., a fs. sub 23/24 de los presentes autos, y en consecuencia CONFIRMAR la resolución de Primera Instancia obrante a fs. sub 23/24, en cuanto fuera motivo de apelación y agravio (conf. art. 455, 3° parte del CPPN y los fundamentos vertidos precedentemente); 2°) Comuníquese por Secretaría al Juzgado Federal en turno lo aquí resuelto; 3°) Protocolícese, notifíquese y publíquese. Fecha de firma: 21/01/2020 Alta en sistema: 30/01/2020 Firmado por: ALFREDO RAFAEL PORRAS, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: GUSTAVO ENRIQUE CASTIÑEIRA DE DIOS, JUEZ DE CÁMARA Firmado(ante mi) por: CARLOS AGUSTÍN PARMA, Secretario Federal Ad Hoc Correlaciones: Ley 23737 - BO: 11/10/1989 000092F