

Estupefacientes Tenencia Con Fines De Comercializacion Prision Preventiva Inexistencia De Riesgo Procesal Excarcelacion

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Tenencia con fines de comercialización. Prisión preventiva. Inexistencia de riesgo procesal. Excarcelación

Se confirma el procesamiento por tenencia de estupefacientes con fines de tráfico, pero se deja sin efecto la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 11, inciso c), de la ley 23737, pues, si se imputa a un único sujeto, un hecho de tenencia con fines de tráfico no puede luego, aunque se atribuya que su comercialización será en conjunto con otros de manera organizada, agravarse esa tenencia por el número de personas: esa pluralidad no se presentaría en tal caso en la tenencia, sino en la ulterior comercialización que, en rigor, es un hecho futuro (por ende, nunca acontecido) y distinto de la tenencia consumada.

En la ciudad de General Roca, siendo las 10:40 horas del día 17 de enero de dos mil diecinueve, se constituye en la sala de audiencias de estos Tribunales Federales la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca presidida por el doctor Mariano Roberto Lozano a efectos de recibir el informe in voce previsto en el art.454 del CPP, la que se celebrará conforme a lo previsto en la Acordada N° 07-S/13 (aprobada por la CSJN según providencia comunicada el 6 de abril de 2015), en los autos arriba indicados. Comparecen al acto el doctor Carlos Ernesto Vila Llanos en representación de los imputados Mauricio Fuentes, Jéscica Yohana Fuentes, María Hernández, Cristian Pablo Saavedra, Romina Gabriela Prado, Siria Betsabet Prado, Denis Fabián Prado y Facundo Carimán; el doctor Federico Diorio en representación de los imputados Jorge Esteban Fuentes, Rubén Agapito Prado, Leandro Omar Lefián y, conjuntamente con el doctor Alfredo Andrés Cury, de Milton Prado y Beatriz Isabel Bengoechea y, con la doctora Eugeniffe Marcela Tapia, de Milena Gabriela Bengoechea. Los letrados prestan su expresa conformidad en relación con la aplicación de la referida acordada, consintiendo el procedimiento. Cedita la palabra a los recurrentes, éstos expresaron los agravios. Culminadas sus exposiciones, el tribunal pasó a considerar los fundamentos en que se asientan los recursos y, tras dar inicio a la deliberación, dispuso la realización de un cuarto intermedio para posibilitar su continuidad de conformidad con lo previsto en el art.455 del CPP, indicando a las partes que se notificará por vía electrónica la fecha y hora de su reanudación, dispensándolas de su obligación de comparecer a la reanudación de la audiencia, a lo que prestaron conformidad. Seguidamente, ya en fecha 20 de enero de 2018 y ante divergencias de criterio entre los jueces Lozano y Barreiro acerca de ciertos aspectos de la decisión a adoptar, corresponde que se integre el tribunal con alguno de los jueces de cámara en funciones durante la feria, que son los doctores Marcelo W. Grosso y Alejandro A. Silva, de los TOF de Neuquén y General Roca, respectivamente. Teniendo en cuenta que la presente es causa originaria del juzgado de esta ciudad, resulta adecuado integrar la cámara con el magistrado neuquino, doctor Grosso, fijándose, para escuchar el registro de audio de la audiencia el lunes 21 del corriente a las 10 horas, lo que se hace saber a las partes mediante cédula electrónica por Secretaría. Asimismo se deja constancia que por finalizar el desempeño en feria de la señora Secretaria doctora Eliana Ballardini, quien ha intervenido como fedataria, a partir del lunes 21 lo hará quien la sucede en el período de receso, doctora Pilar Chávez. Reabierto el acto a las 10 horas del día 21 de enero de 2018, tuvo lugar la escucha del registro de audio por parte del juez Grosso sin que las partes hubieran comparecido, luego de lo cual se reinició la deliberación de los magistrados. Agotada ésta el día 23 de enero, se notificó a las partes, siendo las 9 horas, que la lectura de la decisión se hará a la hora 10, quedando relevadas de comparecer a esta parte final de la audiencia. A continuación, siendo las 10 horas de la misma jornada y sin la presencia de las partes en la audiencia, EL TRIBUNAL CONSIDERA: De acuerdo con el resultado de la deliberación, los miembros del tribunal decidieron dictar sus votos separadamente. En primer lugar los doctores Ricardo Guido Barreiro y Marcelo Wálter Grosso dijeron: Sobre la base de la metodología que ha adoptado esta cámara en su composición natural en el sentido de que sus decisiones deben expedirse sobre los elementos examinados y valorados en el pronunciamiento apelado, evitando servirse de ingredientes de cargo ajenos a él de manera de no afectar -por ese empleo sorpresivo- el derecho de defensa de los involucrados (ver precedentes ?Fredes?, sent.in.404/15; ?Bichara?, sent.int.630/2017, voto del juez Lozano, por la mayoría; ?Correa?, sent.int.33/18, entre otros), nos expediremos en el orden siguiente. 1) De la inconstitucionalidad del art. 5, inc. c), de la ley 23.737. La tacha, introducida por los defensores particulares doctores Diorio y Cury, consistió en invalidar la norma por contener una misma escala penal para dos conductas con distinto contenido de injusto: el delito de comercialización de estupefacientes, en cualquiera de sus modalidades, requiere de una transacción con éstos, mientras que la tenencia exige solamente su posesión, recalando los letrados que la tenencia con fines de comercio es un acto preparatorio de una acción ulterior de comercialización que no pueden tener, válidamente, una pena similar. Desarrollaron varios argumentos siguiendo -como agudamente indicó el MPF en su dictamen precedente- la ilación de una presentación de un defensor oficial en una causa del fuero federal de Jujuy, según una publicación de un sitio de internet. Dijeron, en base a ese antecedente, que se vulneraban los

principios de lesividad, de proporcionalidad de la pena y de culpabilidad de acto, explicándose con cita de doctrina el modo en que esos pilares fundacionales del derecho penal debían aplicarse en el marco del estado de derecho. Por último, esta formulación en abstracto fue matizada con cita de un caso jurisprudencial referido a la equiparación entre la tentativa y el hecho consumado en el delito de contrabando. Ya en tren de brindar respuesta al planteo, estimamos que conspira contra su éxito la generalidad con que se lo introdujo, de lo que predica claramente la ausencia absoluta de referencias concretas a los hechos de esta causa. Ello no impide señalar, a todo evento, que no solo la selección de las conductas que la sociedad escoge para incluirlas dentro del catálogo punitivo es atribución exclusiva del Congreso de la Nación sino que, además, es también irrevisable, en principio, el método y la técnica legislativa empleada para disponer esa regulación. Es por ello que si el legislador anticipó la punición a una conducta que es preparatoria de otro delito, erigiendo a la primera en un tipo penal autónomo, ello no es más que el ejercicio de esa atribución a influjo de una demanda de la comunidad que, hasta tanto no sea abandonada o sustituida por otra de análoga jerarquía institucional, debe ser acatada y cumplida lealmente por la judicatura, con el límite que en algún caso particular pudiera surgir por la transgresión a principios de raíz constitucional, lo que únicamente podría ser examinado, como quedó sugerido anteriormente y expresamente postuló el dictamen fiscal precedente, con arreglo a las circunstancias comprobadas de una causa en concreto. En consecuencia y dado que al formularse el cuestionamiento no se estableció esa necesaria ligazón entre el agravio constitucional y los hechos del caso, la respuesta jurisdiccional al planteo no puede ser otra que la negativa. 2) De la cuestión de mérito. Los dos autos de procesamiento -el que afectó a Facundo Carimán, fs.1200/1209 y el que resolvió en relación con el resto de los imputados, de fs.864/903, fueron atacados en la instancia mediante agravios que deberían merecer parcial acogida. En orden a los que expuso la defensa ejercida por el abogado Carlos E. Vila al objetar la discordancia entre el alcance que se dio a las imputaciones que se formularon a los acriminados y el que se asignó, luego, al dictarse sus procesamientos, corresponde consignar que en dicho aspecto puso especial énfasis para sostener que al haberse enrostrado a sus defendidos la tenencia de la droga que a cada uno se le secuestró pero sin atribuir a otro u otros encartados la co- tenencia de ese mismo material, la aplicación de la agravante fundada en el número de personas prevista en el art.11, inc.c) de la ley especial no podía ser aplicada sin vulnerar la necesaria congruencia entre el hecho intimado y aquel por el que se dictó el auto cautelar ahora atacado. Como se anticipó, lleva la razón en este argumento la defensa y para explicar debidamente nuestro enfoque, resaltaremos que las imputaciones se hicieron a todos los acriminados -salvo a Milton Prado y a Milena Bengochea- con la siguiente fórmula: ?haber tenido con fines de comercialización y acopiando la cantidad de ... gramos de cocaína hallado en el interior de la vivienda... [aquí se les indicó la morada allanada que ocupaba o pertenecía al indagado]. El estupefaciente estaba dispuesto en el sector... [aquí se describió el/los sitios exactos del hallazgo]. Dicha circunstancia fue verificada el día 26 de noviembre de 2018 a las 15 hs. aproximadamente con motivo de.... El estupefaciente se tenía para comercializar de manera organizada con tres o más personas, a saber...?. Tal como señaló el mencionado defensor, la intimación del hecho que a cada uno de sus asistidos se hizo consistió en endilgarles la tenencia de la droga que se halló en su poder únicamente, pero no la que otros imputados tenían a resguardo en otros lugares. Es decir que no se intimó a todos ellos una tenencia en común de la totalidad del material estupefaciente sino la que individualmente cada uno poseía. De esta manera, lo que se atribuyó fue ?tener estupefacientes con fines de comercialización?, en cuya consumación no incide que ese propósito de comercializarla en el futuro lo fuera en connivencia con otras personas organizadamente. En otras palabras, si se imputa a un único sujeto un hecho de tenencia con fines de tráfico no puede luego, aunque se atribuya que su comercialización será en conjunto con otros de manera organizada, agravarse esa tenencia por el número de personas: esa pluralidad no se presentaría en tal caso en la tenencia sino en la ulterior comercialización que, en rigor, es un hecho futuro (por ende nunca acontecido) y distinto de la tenencia consumada. Por lo tanto la circunstancia agravante no opera sobre el hecho intimado -porque en ninguno de los casos se imputó la tenencia por parte de tres o más sujetos- sino sobre una eventualidad no sucedida, es decir, el propósito de venderla entre varios. En conclusión y en lo que respecta a las personas asistidas por este defensor -con excepción de María Grisel Hernández-, corresponderá convalidar el procesamiento por tenencia de estupefacientes con fines de tráfico pero dejándose sin efecto la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el art.11, inc.c), arriba citado para Jesica Yohana Fuentes, Esteban Mauricio Fuentes y Facundo Carimán, no así para el resto de esos asistidos teniendo en cuenta que a Cristian Pablo Saavedra, Romina Gabriela Prado, Siria Betsabet Prado y Denis Fabián Prado fueron imputados, en conjunto, por la tenencia de la droga incautada en el domicilio de Pasteur s/n°, Barrio Quinta ..., ...° terreno al norte de calle Cardenales. En relación con María Grisel Hernández, arguyó también esta misma defensa que la única prueba valorada por el magistrado para entender que conformaba la organización encabezada por Milton Prado y, en consecuencia, atribuirle la finalidad de comercio a la droga hallada en su domicilio -6,6 gramos de marihuana y 21,1 gramos de sustancia con clorhidrato de cocaína-, era la circunstancia de haber sido vista, unas horas antes de llevarse a cabo los procedimientos simultáneos ordenados el 26 de noviembre de 2018, cruzar dos veces la calle para ir desde su vivienda a la de Cristian Pablo Saavedra, retornando de allí con una bolsa. Tal como alegó esta asistencia letrada, fue con estos datos que el magistrado afirmó que

había quedado ¿así probada con claridad su pertenencia a la organización?, conclusión cuya contundencia no condice con la debilidad del dato que le sirve de premisa. De manera que, en el caso de esta enjuiciada, debe ser modificada la calificación asignada al hecho que se le imputó, debiendo entonces responder, por el momento y sin perjuicio de que el acopio de otras medidas probatorias conduzcan a una conclusión diferente, por la tenencia de estupefacientes prevista en el art.14, parte primera, de la ley 23.737, lo que acarreará la revocación de su prisión preventiva. Sentado lo anterior, debe ahora señalarse que el art.441 del CPP prevé el efecto extensivo de los recursos hacia imputados que se encuentren en paridad de condiciones. Es lo que debe decirse aquí con relación a algunos de los restantes procesados asistidos por los letrados Diorio y Cury, pues similares imputaciones les fueron dirigidas en sus indagatorias y, por ende, las consideraciones acerca de la impertinencia de la agravante del art.11, inc.c) de la ley citada resultan aplicables a Isabel Beatriz Bengochea, Leandro Omar Lefián, Jorge Esteban Fuentes y Rubén Agapito Prado. Cabe aclarar que Milena Gabriela Bengochea y Milton Rubén Prado no quedan comprendidos en la consideración que antecede porque a ellos no se les endilgó la tenencia de estupefacientes. En lo demás que resolvió el auto de procesamiento en orden a estas cuestiones de mérito, que por ende no se alteran por las consideraciones que anteceden, corresponderá despachar el rechazo del recurso en esta misma audiencia mediante la remisión a los fundamentos del magistrado -tal como autoriza el art.455 del CPP, tercer párrafo, del CPP-, puesto que para la confirmación de estos aspectos de la decisión apelada no resulta necesario consignar criterios no considerados por el juez que previno en virtud de que los fundamentos suministrados ante esta alzada no son suficientes para arribar a conclusiones diferentes al respecto. No obsta a ello lo dicho en la audiencia en defensa de Milena Gabriela Bengochea en el sentido de que no era ella la que tenía el dominio del hecho de organización atribuido a Milton Rubén Prado puesto que, justamente es en esa ausencia de dominio que descansa la imputación como partícipe necesaria y no como co-autora. 3) De las prisiones preventivas. El juzgado optó por disponer la prisión preventiva de todos los inculpados a los que procesó, quienes de acuerdo a los fundamentos del pretorio fueron cautelados para prevenir los riesgos de fuga y de entorpecimiento de la pesquisa, peligros que el magistrado asentó en diversas circunstancias comunes a todos ellos y que enumeró del siguiente modo: a) las penas no podrán ser de ejecución condicional; b) la organización tenía \$ 680.000, armas, vehículos y al menos diez domicilios; c) el desprecio de los integrantes de la banda con su vecindario; d) algunos procesados -citó únicamente a Jesica Yohana Fuentes- daban la alarma a otros cuando veían a la policía ¿en una pareja actitud de desprecio a su presencia como autoridad en la zona?, mientras que otros trataron de destruir prueba -citó únicamente a Lefián, quien intentó destruir su teléfono al irrumpir la policía-; e) la parte de la ciudad en la que se localizaba la banda es especialmente crítica en cuanto a la paz social debido a este tipo de delitos; f) la complejidad de la organización así como el poderío económico de su estructura. También agregó elementos que en particular se refieren a los imputados, contando que: f) demostraron arraigo Beatriz Bengochea, Jesica Yohana Fuentes, Jorge Esteban Fuentes, María Grisela Hernández, Romina Gabriela Prado, Pablo Saavedra, Siria Betsabet Prado y Denis Fabián Prado; g) de Rubén Agapito Prado dijo que venía gozando de salidas transitorias desde el establecimiento penal local; h) recordó que Milton Prado cumplía condena efectiva en el mismo establecimiento. De adverso valoró que, i) no se acreditó el arraigo de Leandro Omar Lefián, de Mauricio Sebastián Fuentes ni de Milena Gabriela Bengochea, como tampoco el de Facundo Carimán al resolver su situación procesal en auto separado; añadió luego, j) que con anterioridad a esta investigación la policía provincial tenía ¿identificados? a Mauricio Fuentes, María Grisela Hernández, Jorge Esteban Fuentes, Rubén Agapito Prado, Romina Prado y Siria Betsabet Prado. Tras esta enumeración concluyó que ¿frente a todo ello no puede en verdad aseverarse con convicción que no medie peligro de fuga ni de entorpecimiento de esta instrucción, para cuya conclusión aún resta llamar testigos de procedimiento y hacerse de elementos de prueba que puedan ser descubiertos a partir del necesariamente trascendental aporte probatorio de todas las explotaciones telefónicas encargadas sobre los secuestros, agendas manuscritas, tarjeta chip, computadora?. Adicionó, seguidamente, k) ¿el contundente fallo en autos 3138/2018/2/ CA2 en mayoría de los dres. Coscia y Silva? y luego, l) se refirió al caso particular de Milena Bengochea, quien no fue habida durante los allanamientos y que, tras serle rechazado un pedido de eximición de prisión, se presentó espontáneamente ante el juzgado, actitud que el magistrado valoró negativamente pues consideró que no había sido el reflejo de su voluntad de someterse al proceso por haberse materializado luego de notificarse del rechazo del aludido beneficio, lo que le otorgaba carácter de ¿forzado?. Por último, j) sostuvo que debía considerarse el ¿posible futuro? carácter de reincidentes de Rubén Agapito Prado y Milton Prado. Puestos a resolver, apreciamos que los fundamentos vertidos para justificar la cautelar pasan, preponderantemente, por la formulación de un juicio de posibilidades asentado en una objetiva sobrevaloración de la organización encabezada por Milton Prado, a lo que se adicionaron consideraciones diversas, algunas de las cuales no guardan vinculación con el derecho cautelar orientado a la prisión preventiva. En primer lugar se descartarán estas últimas para despejar el análisis posterior de las que son pertinentes. Las consideraciones enunciadas en los puntos c) [el desprecio de los integrantes de la banda con su vecindario], d) [Jesica Yohana Fuentes daba la alarma a otros cuando veían a la policía ¿en una pareja actitud de desprecio a su presencia como autoridad en la zona?, mientras que Lefián intentó destruir su teléfono al irrumpir la policía], e) [la parte de la ciudad en la que se localizaba la

banda es especialmente crítica en cuanto a la paz social debido a este tipo de delitos], j) [con anterioridad a esta investigación la policía provincial tenía ?identificados? a Mauricio Fuentes, María Grisel Hernández, Jorge Esteban Fuentes, Rubén Agapito Prado, Romina Prado y Siria Betsabet Prado] y k) [un fallo que no conforma jurisprudencia de esta cámara por estar suscripto por magistrados no titulares], son elementos que se han sumado para cimentar las prisiones provisorias pero, en estricto rigor, nada aportan a la justificación legal del encierro, ni siquiera el intento de destrucción de prueba que se atribuye a Lefián ya que es visible que esta reacción inmediata del nombrado -que esta cámara, en casos análogos, ha dicho que no debe ser juzgada con severidad ya que es el espontáneo proceder que naturalmente puede esperarse de toda persona que es sorprendida en el curso del delito y que reacciona de ese modo para no inculparse- no puede hacerse pesar para agravar la situación del resto de los imputados. Otras consideraciones volcadas para apuntalar el peligro de entorpecimiento de la investigación tampoco persuaden de ello si se tiene en cuenta que el tribunal tiene dicho, de manera insistente, que no sólo deben existir medidas probatorias pendientes sino, además, señalar de qué manera los imputados podrían desbaratarlas y si, asimismo, tienen la real posibilidad de concretar acciones de esa naturaleza. Dado que el magistrado no satisfizo estas exigencias tal riesgo no pasó de su enunciado. En orden al peligro de fuga la consideración que merecen las demás circunstancias volcadas en el pretorio y que se ordenaron en minúscula se hará seguidamente. El monto de la pena (a) es, efectivamente, el punto de partida para estudiar si concurren elementos de hecho que permitan predicar la concreta y efectiva existencia de un riesgo procesal y el grado de éste -en función de la posibilidad de disponer igualmente la soltura imponiendo una contracautela-. El dinero, las armas, los vehículos y los más de diez domicilios (b) no tienen la significación que se les asigna, en primer lugar porque la suma de \$ 680.000 no es una cifra que exprese una ?poderío económico? extraordinario o fuera de lo común para una banda numerosa dedicada a comercializar estupefacientes. Esta cantidad, razonable y objetivamente apreciada, difícilmente pueda suministrar, como dice el pretorio, facilidad para la fuga de los cautelados ?más allá de lo que todo individuo por medios corrientes por separado pueda tener?, máxime cuando se trata de catorce sujetos (menos de \$ 50.000 separadamente para solventar una hipotética fuga). En cuanto a la tenencia de armas de fuego no puede obviarse que ello podría constituir un delito en ciertas condiciones, pero ese aserto no implica, sin más, que pueda erigirse en factor de riesgo si ni siquiera se detalló de qué armas se trataba, a quién o a quiénes se les secuestraron, su cantidad, calidad y aptitud para el disparo y si tampoco consta su empleo por parte de los acriminados para resistir la autoridad de la prevención o emprender -o intentar- la huida. Otro tanto puede decirse de los ?vehículos de locomoción? puesto que no hay vehículos ni otros medios de locomoción caucionados en este legajo, de modo que nada puede considerarse sobre ello. Lo referido a los domicilios tampoco es relevante si se esgrime la existencia de ?más de diez? cuando se trata de una investigación en la que se investigó a más de diez personas porque vendían estupefacientes justamente en sus domicilios. En cuanto a la complejidad y poderío económico de la banda es claro que, efectivamente, se trata de un grupo organizado y la tesis del juzgado no está desenfocada en cuanto perfiló la actividad delictual de sus integrantes y su modus operandi. Pero en este capítulo no está en juego si la organización existía o no -que sí existía- sino algo muy diferente, que es si esa desbaratada organización puede procurar la fuga de sus integrantes con sus medios logísticos y económicos. Difícilmente pueda razonarse que ello podría ser así, visto que se trata de un conjunto de personas de escasa instrucción, con visibles limitaciones para el acceso a los bienes sociales y culturales y a las que esas mismas características les imponen, si no en todos los casos en una gran mayoría, serias limitaciones para organizarse con eficacia para el delito, razón por la cual -tal como se dijo en autos ?Zamboni ...? (sent.int.26/18) en donde se desarticuló una banda de caracteres similares- debe desecharse también en este caso ?que la organización, en principio desbaratada con el encarcelamiento de su jefe y organizador, tenga suficiente capacidad en términos de medios económicos y de otra naturaleza para facilitarles el que se profuguen y se mantengan en la clandestinidad? (del voto del juez Lozano). En este contexto resulta de importancia lo expuesto por el instructor acerca de que encontraba justificado el arraigo de la mayoría de los cautelados -negando esa condición a Leandro Omar Lefián, Mauricio Sebastián Fuentes, Milena Gabriela Bengochea y Facundo Carimán-, ya que la concurrencia de ese factor de permanencia en el lugar conducirá a disponer la excarcelación de quienes, pese a la imputación que pesa sobre sus espaldas, es de presumir que estarán a derecho y acudirán al llamado de la judicatura para someterse a las consecuencias de este proceso. En relación con los cuatro nombrados previamente, toca señalar que Milena Gabriela Bengochea es madre de una hija que aún no ha cumplido cuatro años de edad -nacida el 15 de mayo de 2015- que padece una discapacidad, como se encuentra acreditado con la partida de nacimiento y el certificado previsto en la ley 24.901 (ver fs.741 y 744). Estas circunstancias no sólo indican que su trato fue en extremo severo -pues, aun condenada, una mujer en sus condiciones tiene derecho a la prisión domiciliaria- sino que son situaciones que conducen a suponer que en caso de recuperar su libertad no se dará a la fuga. No obsta a esta conclusión el más que cuestionable razonamiento del instructor cuando aseguró que esta acriminada se había presentado espontáneamente pero de manera extemporánea luego de agotar la posibilidad de obtener su eximición de prisión, ya que el intento de usufructuar un beneficio legal no puede hacerse pesar en su contra si, como su defensor explicó, su comparendo ante el juzgado se produjo sin mayores demoras después de notificada de la denegatoria de dicho beneficio,

en la misma jornada. En el caso de los tres restantes pareciera una demasía impedir su libertad por un titubeo acerca de la real localización de sus viviendas, máxime cuando de las constancias del legajo surge que no son personas ajenas a este medio aun cuando, se insista, subsistan dudas sobre el emplazamiento exacto de sus moradas. Es por estas razones que, en relación con ellos y hasta tanto no se acredite suficientemente el emplazamiento de su arraigo, corresponderá supeditar su efectiva libertad a la satisfacción de una caución real que fijará el juzgado según su sana discreción y sin rebasar el límite establecido en el art.320, parte final, del CPP. Diferentes a los anteriores son los casos de Rubén Agapito Prado y de Milton Rubén Prado. Del primero se dijo en el pretorio recurrido que venía gozando de salidas transitorias desde el establecimiento penal local (g), mientras que del segundo que cumplía condena efectiva en el mismo establecimiento (h), indicándose además la posibilidad de declaración de reincidencia de ambos (j). En el caso de Rubén Agapito Prado corresponde consignar que si fuese condenado nuevamente en estas actuaciones, tal conjetura determina que sea en oportunidad de ese ulterior pronunciamiento que tal circunstancia tenga relevancia para la modalidad en que esa segunda pena, acaso unificada con la anterior, sea decidida por ese tribunal de juicio, pues imponer la prisión preventiva en este proceso recién iniciado, fundada en esa posibilidad de pena de prisión efectiva, constituiría un indudable anticipo de ella más que un resguardo contra un peligro procesal. Por ello se ordenará también su excarcelación, la que en nada perjudicará las atribuciones del juez de ejecución de la actual condena para mantener, o no, los beneficios propios del régimen de progresividad en función de lo aquí resuelto. Por último, en cuanto concierne a Milton Rubén Prado, el hecho de que en la actualidad esté cumpliendo pena de prisión en otra causa penal en la que resultó condenado implica ciertamente, por un lado, que ha estado a derecho en esas actuaciones y, por otro, que no se advierte cómo es que pondrá en peligro la realización de juicio si es que está privado de su libertad. De manera que con la debida comunicación al magistrado de ejecución de esa condena a fin de que no otorgue la libertad sin antes comunicarlo en estas actuaciones, corresponderá disponer también la excarcelación de este imputado. 4) De las costas en la instancia. En función del éxito que parcialmente obtienen los recursos debería dispensarse de ellas en la alzada (art.531 del CPP). El doctor Mariano Roberto Lozano dijo: 1) Adhiero al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art.5, inc.c), de la ley 23.737. 2) En cuanto a la cuestión de mérito también comparto la solución acordada por mis colegas de cuerpo respecto de los imputados María Griselda Hernández, Milena Gabriela Bengochea y Milton Rubén Prado. Distinta opinión tengo, en cambio, en lo que atañe al resto de las personas aquí procesadas. Es que este tribunal tiene dicho (autos: ?Zamboni?, S.I del 18 de enero de 2018, Reg. 26/2018) que en los casos en que existe un ?organizador? de una banda dedicada al comercio de drogas, con poder de disposición exclusivo sobre la sustancia a comercializar valiéndose para ello del auxilio de terceros con roles por él asignados, es ese cabecilla la única persona que puede revestir la calidad de tenedor del estupefaciente con fines de comercialización (y ello así, aun cuando por las reglas del concurso aparente que existe entre las figuras del art.7° y las del art.5° de la ley 23.737, por aplicación del principio de consunción solo quepa tenerlo incurso en el delito tipificado por aquel). En esa inteligencia se entendió erróneo el procesamiento del resto de los integrantes de la banda ?por una tenencia que jamás concretaron, pues sabido es que ésta exige, además del corpus, el poder para disponer de él?, resolviéndose, en consecuencia, el cambio de calificación por la de partícipes primarios. Agregó que en aquella oportunidad entendí -aunque en esto quedé en minoría- que ese modo de participación debía ser asignado inclusive a los integrantes de la organización a quienes no se les hubiese encontrado droga en su poder si es que estaba probado -como aquí lo está- que fueron el recurso humano del que se valió el organizador para cometer las actividades de tráfico que organizó, no viendo un obstáculo para la adopción de una decisión con esos alcances en el hecho de que la cooperación para que el delito cometido por el jefe se consumase -la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización- hubiese sido prestada en momento no contemporáneo al hallazgo del estupefaciente. Igual solución creo que debería adoptarse ahora respecto de los imputados Isabel Beatriz Bengochea, Cristian Pablo Saavedra, Denis Fabián Prado, Jesica Johana Fuentes, Jorge Esteban Fuentes, Leandro Omar Lefian, Mauricio Esteban Fuentes, Siria Betsabet Prado, Romina Gabriela Prado, Rubén Agapito Prado y Facundo Damián Cariman, confirmándose su procesamiento pero cambiando la calificación por la de partícipes necesarios (art.45 del CP). También entiendo que debería mantenerse la agravante prevista en el art.11 c). de la ley 23.737 respecto de todos ellos puesto que en la intimación del hecho que a cada uno fue atribuido se hizo saber que la actuación que a la sazón habían tenido estaba enmarcada en la organización que comandaba Milton Prado, dedicada a actividades de tráfico de drogas. De ello deduzco -dando con esto respuesta negativa al agravio que expuso el doctor Vila en el curso de la audiencia- que la circunstancia de que a los integrantes de la banda se les reprochase la tenencia individual de solo una porción de droga -la que les fue habida- no puede hacer perder de vista que de ese modo, tal como vengo diciendo, participaron de una única tenencia ejercida por Milton Prado con un objetivo que a todos era común: el comercializarlos. Luego, si en la indagatoria se les describió cuál era ese designio, y está acreditado -al menos con las exigencias de esta etapa- que fueron conscientes de que formaban parte de una organización integrada por más de dos personas, mi conclusión es que procede la mentada calificante. 3) En cuanto a las prisiones preventivas, a excepción de lo que atañe a Milton Prado y a Rubén Agapito Prado -a cuyos casos me referiré luego- también coincido en disponer las excarcelaciones de las personas privadas de

libertad. Solo deseo agregar que el objetivo de - por decirlo de manera simple- sacar a la organización del medio donde se desenvuelve -que puede deducirse de la argumentación del señor juez de grado en las referencias que hizo a ?el desprecio de los integrantes de la banda con su vecindario?, o a que ?la parte de la ciudad en la que se localizaba la banda es especialmente crítica en cuanto a la paz social debido a este tipo de delitos?- aun cuando pudiese ser vista como una solución valiosa por el ciudadano común, su logro solo puede darse válidamente, luego de lo dispuesto por la CFCP en el conocido Plenario 13 "Díaz Bessone", mediante un sentencia de condena penal y no a través del encierro cautelar cuya justificación, como es bien sabido, no es otra que la de evitar que la persona sometida a proceso se dé a la fuga u obstaculice la investigación. Deberían mantenerse, en cambio, la prisiones preventivas de los imputados Milton Prado y Rubén Agapito Prado dado que la referencia que hizo el a quo al indicador de riesgo contemplado por el art.319 del CPP, que se suma al derivado de la escala penal con que está conminado el delito que a cada uno se les imputa -concretamente la existencia de antecedentes penales en ambos casos que llevan a la posibilidad cierta de declaración de reincidencia- es un dato a tener en cuenta para respaldar esa decisión (Surge de fs.647 que Rubén Agapito Prado está purgando pena de prisión efectiva impuesta por haber sido considerado, en condición de reincidente, autor del delito de estupro. Por su parte, Milton Prado se encuentra actualmente privado de libertad en el Establecimiento de Ejecución Penal n° 2 purgando una pena que le impuso la Cámara Tercera en lo Criminal N°2 de esta ciudad). Veo relevante también, para definirme por la necesidad de mantener el encierro cautelar, la gravedad de los hechos que se les imputa (no ya la derivada de la valoración hecha por el legislador al fijar la escala punitiva -lo que implicaría computar doblemente el mismo indicador- sino la que emana de las circunstancias y aristas del caso concreto), dado que Milton Prado ha sido procesado en su condición de organizador de la banda delictiva y Rubén Agapito Prado fue tenido por partícipe necesario en la tenencia de más de 40 kg. de marihuana. Puede colegirse, entonces, que de ser nuevamente condenados en el juicio que deberán afrontar aquí estos dos encartados la pena que se le impondrá será particularmente severa y de necesario efectivo cumplimiento, lo cual importa un estímulo para su rebeldía pues es razonable pensar que intentarán evadirse para evitar esa consecuencia. Por lo expuesto, voto por rechazar esta porción del recurso. Por todo expuesto, SE RESUELVE: I) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art.5, inc. c) de la ley 23.737; II) Confirmar los procesamientos de la totalidad de los apelantes dejando sin efecto la agravante aplicada por el juzgado en base al art.11, inc.c), de la misma ley, salvo para los procesados Cristian Pablo Saavedra, Romina Gabriela Prado, Siria Betsabet Prado y Denis Fabián Prado, que se mantiene; III) Modificar la calificación legal del hecho imputado a María Grisel Hernández, quien debe responder, por el momento, por el delito de tenencia simple de estupefacientes (art.14, parte primera, ley 23.737) y revocar su prisión preventiva; IV) Disponer la excarcelación, bajo caución juratoria y de las restantes medidas de práctica que imponga el juzgado, de Cristian Pablo Saavedra, Denis Fabián Prado, Jesica Yohana Fuentes, Siria Betsabet Prado, Romina Gabriela Prado, Isabel Beatriz Bengochea, Jorge Esteban Fuentes, Milena Gabriela Bengochea y Rubén Agapito Prado, en este último caso sin perjuicio de las atribuciones del juez de ejecución de su actual condena; V) Disponer la excarcelación de Milton Rubén Prado, sin perjuicio del cumplimiento de la pena de prisión que se encuentra en curso, debiéndose oficiar al magistrado de ejecución a los fines indicados en el considerando respectivo del voto inicial; VI) Disponer la excarcelación bajo la caución real que estime adecuada el instructor y que no rebasará el límite del art.320, parte final, del CPP, con más las medidas de práctica que éste imponga, de Leandro Omar Lefián, Mauricio Sebastián Fuentes y Facundo Carimán; VII) Confirmar, en lo demás que decide, los autos materia de apelación; VIII) Eximir de costas en la instancia; IX) Registrar, notificar a las partes, publicar y devolver de inmediato al juzgado de origen pues podría depender del contenido de la presente la libertad de personas detenidas. Con lo que se dio por finalizado el acto, previa lectura y suscripción por los magistrados, por ante mí que doy fe. FDO) BARREIRO - LOZANO - GROSSO Ante mí: María del Pilar Chavez 036347E