

“Recurso Queja n° 1 –Incidente n° 1– Imputado: M , Lucas Horacio y otros s/Incidente de Recurso Extraordinario”.

FPO 5001/2014/14/1/1/1/RH5.-

Suprema Corte:

–I–

De las constancias del legajo se desprende que, en lo que aquí interesa, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, provincia de Misiones, condenó a Lucas Horacio M , Arnaldo Aníbal K y Leonardo Fabio G , a la pena de nueve, ocho y siete años de prisión, respectivamente, multa, accesorias legales y costas, por considerarlos autores del delito de transporte de estupefacientes, agravado por el número de intervinientes, en los términos de los artículos 5, inciso «c», y 11, inciso «c», de la ley 23.737.

Las respectivas defensas impugnaron ese pronunciamiento y tomó entonces intervención la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, cuyos integrantes, por mayoría, resolvieron casar parcialmente la sentencia, condenar a los nombrados como coautores del delito de transporte de estupefacientes y remitir la causa a fin de que se desinsacule un nuevo tribunal que, previa audiencia de *visu*, fije las penas correspondientes de conformidad con lo establecido en el artículo 5, inciso «c», de la ley 23.737.

Contra esa sentencia, el fiscal general interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo motivó esta queja (fs. 19/26, 37y vta. y 38/41, respectivamente).

–II–

En el pronunciamiento por el cual, con el alcance *supra* indicado, se hizo lugar al recurso de las defensas, el juez Slokar –cuyo voto acompañó luego la vocal Ledesma– expresó que a los fines de la configuración de la agravante prevista en el artículo 11, inciso «c», de la ley 23.737, "no será suficiente una intervención ocasional de agentes, sino que debe denotar algún sentido de permanencia y de concertación manifestado mediante un reparto de roles y funciones".

En consonancia con esa tesitura, afirmó: "[L]a sentencia se evidencia ausente de fundamentación, habida cuenta que no se han relevado los elementos determinantes para establecer, aunque fuera un mínimo grado de organización, en el sentido descripto. De tal suerte, de la descripción del *factum* surgen las circunstancias relevantes

en torno a cómo se desencadenó la detención de los imputados, se detalló que los camiones transitaban en forma coordinada por la ruta y los lugares donde fue hallado el estupefaciente, empero no se ha incorporado ningún elemento de prueba tendiente a demostrar la pre-existencia de una organización y mucho menos la identificación de roles entre los encartados" (fs. 9 vta./10).

Sobre esa base, por mayoría el *a quo* concluyó: "[E]n las especiales características del *sub examen*, no se encuentran reunidos los requerimientos típicos de la agravante prevista en el art. 11 inc. "c" de la ley n° 23.737 "(fs. 10) y, como corolario, modificó la calificación legal atribuida al hecho por la de transporte de estupefacientes en su formulación básica.

–III–

En la apelación federal, el representante de este Ministerio Público cuestiona la interpretación que, por mayoría, el *a quo* realizó de la agravante prevista en el artículo 11, inciso «c», de la ley 23.737, por cuanto, a su entender, propone una exégesis irrazonable de la norma que la desvirtúa y conduce a un apartamiento inequívoco de la finalidad perseguida mediante su sanción.

Además de la tacha de arbitrariedad que dirige a la sentencia impugnada, el recurrente sostiene la procedencia de la vía intentada, en tanto, en definitiva, en el *sub examine* se halla en tela de juicio la correcta inteligencia que cabe asignarle a una norma de carácter federal.

–IV–

Estimo que la apelación extraordinaria es formalmente procedente pues, de adverso a lo que sostiene el *a quo* a fojas 37 y vta., la lectura del escrito de interposición permite apreciar el cumplimiento de las exigencias que se consideran omitidas. En efecto, allí se desarrollaron suficientes argumentos para demostrar que no se trata de una mera discrepancia con lo resuelto –lo cual es propio en todo recurso–, sino que el agravio suscitado a partir de la decisión mayoritaria de la cámara de casación, vinculada con la inteligencia y alcance que atribuyó al inciso «c» del artículo 11 de la ley 23.737,

“Recurso Queja n° 1 –Incidente n° 1– Imputado: M , Lucas Horacio y otros s/Incidente de Recurso Extraordinario”.

FPO 5001/2014/14/1/1/1/RH5.-

involucra materia federal que, en el caso, guarda además estrecha relación con la tacha de arbitrariedad que el recurrente dirige contra la sentencia impugnada.

En cuanto al fondo del asunto traído a conocimiento de V.E., pienso que es sustancialmente análogo al debatido en el expediente FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1 "T , Gustavo Raúl y otros s/infracción ley 23.737 (art. 5. inc. c), infracción ley 23.737 (art. 11. inc. c) e infracción art. 303, inc. 4", en el que dictaminé el 12 de abril de 2018, y a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, remito con la salvedad que efectuaré seguidamente.

Me refiero a que, en aquella ocasión, el *a quo* dejó sin efecto la aplicación de la agravante prevista en el inciso «c» del artículo 11, de la ley 23.737, por considerar que sólo procede cuando los intervinientes en el delito detentan la calidad de coautores o partícipes necesarios. En este caso, en cambio, en que no se encuentra controvertida la intervención de los condenados a título de coautores, el *a quo* revocó también su aplicación aunque, ahora, con fundamento en que no se halla acreditada la pre-existencia de una organización que denote algún sentido de permanencia. Es decir que, al igual que en aquel precedente, a las exigencias establecidas por el legislador a fin de tener por configurada la agravante en estudio, a saber, pluralidad de intervinientes –tres o más personas– y actuación organizada, el *a quo* añadió una vez más un tercer requisito que no se halla contemplado en la letra de la ley y que sólo encuentra fundamento en una interpretación restrictiva que desnaturaliza el espíritu que ha inspirado la sanción de la norma que la contiene.

Considero que ello es así, pues estimo que si hubiese sido el espíritu de la ley requerir una organización con cierta estructura y permanencia, como lo exige el *a quo*, el legislador hubiera adoptado directamente la terminología «grupo delictivo organizado» que la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 –Ley 24.072– utilizó en su artículo 3, apartado 5°, inciso a), para referirse a una de las circunstancias de particular gravedad a tener en cuenta por los Estados, tal como lo hizo la Convención de las Naciones Unidas

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por ley 25.632, al acoger el término en su artículo 2 y disponer, al respecto, que "[p]or «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material" (inciso «a»), como así también que "[p]or «grupo estructurado» se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada" (inciso «c»).

Por el contrario, como expliqué al pronunciarme en la mencionada causa "T", la formulación de la agravante prevista en el inciso «c» del artículo 11, de la ley 23.737, más amplia incluso que la recién aludida «grupo delictivo organizado», resulta abarcadora de todo tipo de organización, aun de las que –como en el caso– no alcanzan el estatus de la mencionada en las citadas convenciones. Y ello es así, por cuanto la *ratio legis* de la disposición en examen se basa en la convicción de que una pluralidad de intervinientes que actúan de manera organizada, es decir, con cierta coordinación y reparto de funciones, constituye no sólo un mecanismo eficiente para la comisión de los delitos a los que se refiere la ley 23.737, sino que supone, además, mayores posibilidades de asegurar la supervivencia de la empresa delictiva y una mayor capacidad para neutralizar la acción estatal. Precisamente en ello reside el fundamento de la mayor gravedad del hecho cometido al menos por tres personas que toman la precaución de actuar organizadamente en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes (cf., en extenso, apartado IV del dictamen *supra* citado).

Por esas razones, coincido con el recurrente en que la correcta interpretación del artículo 11, inciso «c», de la ley 23.737, es la que postula que con la agravante allí prevista se busca sancionar más severamente aquellos casos en los que al menos

FPO 5001/2014/14/1/1/1/RH5.-

tres personas toman la precaución de actuar organizadamente en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, con absoluta independencia de que denote o no algún sentido de permanencia.

La interpretación amplia que aquí se postula concuerda, además, con la que ha receptado mayoritariamente la doctrina especializada en la materia, que al referirse a esta cuestión ha expresado con claridad que "[l]a intervención *organizada* en el hecho mencionado en la norma puede ser tanto el resultado de la gestión del organizador o los demás intervinientes; en cualquier caso, le resultan ajenos los requisitos mucho más rigurosos de los tipos penales legislados en los arts. 7° de la ley y 210 del Código sustantivo. Es que no se trata aquí de una organización propiamente dicha sino de intervenir de una forma organizada, lo que es decir, ordenadamente en miras a una función o uso determinado. Es suficiente, entonces, la concurrencia del mínimo de sujetos requerido con el fin de llevar a cabo un plan delictivo, cierta coordinación y reparto de funciones [...]. Sobre esto último se ha dicho que el art. 11, inc. c), no requiere la existencia de una asociación ni exige la permanencia en la organización. Además, la actividad desplegada por cada uno de los integrantes, llevada a cabo de manera organizada, no equivale a decir que ese grupo de personas ya forme la asociación ilícita que prevé el art. 210 del Código Penal [...]. La diferencia esencial entre las figuras radica en el sentido de permanencia de los integrantes que conforman la asociación, requisito éste no exigido a los fines de la aplicación de la agravante contenida en la norma antes mencionada" (D'ALESSIO, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Tomo III, Ley 23.737, La Ley, Bs. As., 2009, p. 1074 y s. y, en sentido equivalente, cf., entre otros, CORNEJO, *Estupefacientes*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, p.159 y s., FALCONE – CONTI – SIMAZ, *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*, Ad-Hoc, Bs. As., 2011, p. 311 y ss., FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, La Ley, Bs. As., 2013, p. 559 y MORAS MOM, *Toxicomanía y delito*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, p. 207 y s., aunque, este último, en referencia a la anterior ley 20.771, que en su artículo 8, inciso «c», disponía que

las penas fueran aumentadas "[s]i en los hechos intervinieren tres o más personas organizadas para cometerlos").

No es distinta la inteligencia que la jurisprudencia nacional, de manera casi unánime, le ha asignado a la agravante en estudio pues, en cuanto a su aplicación, a lo largo de los años los tribunales han señalado que no se exige la acreditación de una estructura delictiva con características de permanencia y organicidad, sino que lo que importa es la demostración de la existencia de una organización en el sentido de reparto de funciones o roles establecido expresa o tácitamente antes de la comisión de los delitos previstos en la ley (cf. referencias jurisprudenciales, por ejemplo, en FERNÁNDEZ, *Estupefacientes – Interpretación jurisprudencial*, DIN Editora, Bs. As., 1995, p. 63 y ss. y, en igual sentido, CNCP, Sala I, causa "Gaona Miranda, Ignacio", del 18 de octubre de 2000, y sus citas; CNCP, Sala IV, causa "Mancuello, Oscar", del 11 de abril de 2005; CNCP, Sala III, causa "Medina, María Antonia", del 5 de noviembre de 2012; CNCP, Sala III, causa "Soria, Juan Carlos", del 27 de agosto de 2014; CNCP, Sala III, causa "Dorneles", del 25 de febrero de 2016, entre muchas otras sentencias).

A tal punto ésa es la línea jurisprudencial que han receptado mayoritariamente los tribunales, que incluso la propia juez que conformó mayoría la postuló en actuaciones análogas anteriores (cf. voto de la juez Ledesma, al que adhirieron los doctores Riggi y Tragant, en la causa "Luraschi, Sergio", del 9 de noviembre de 2004, y más recientemente, en igual sentido, causa "Larriaga, Mauricio", del 1º de octubre de 2018). Esa circunstancia añade a la fundamentación de su voto un nuevo déficit, pues frente al cambio operado debió al menos explicar las razones que la llevaron a no seguir la exégesis que había venido sosteniendo anteriormente y a adoptar ahora una postura adversa a su aplicación.

Por ello, y las consideraciones desarrolladas en el ya varias veces mencionado dictamen emitido en la causa "T", cabe también aquí concluir que, al decidir de la manera en que lo hizo, el *a quo* soslayó no sólo las razones semánticas, teleológicas-genéticas y sistemáticas que respaldan la posición contraria a la que esgrime, sino

...“Recurso Queja n° 1 –Incidente n° 1– Imputado: M , Lucas Horacio y otros
s/Incidente de Recurso Extraordinario”.

FPO 5001/2014/14/1/1/1/RH5.-

que desconoció también la praxis doctrinaria y jurisprudencial que han confluído en estos años a fijar una interpretación de la agravante prevista en el inciso «c» del artículo 11 de la ley 23.737 completamente distinta a la que propicia en su sentencia; y que al agregarle requisitos no contemplados en la norma configura un supuesto de arbitrariedad (Fallos: 311:2314, 316:1877, 322:1488, 324:4123, entre muchos otros).

De ello se sigue que asiste razón a la juez Figueroa cuando, en su voto disidente y en concordancia con el criterio de este Ministerio Público, sostiene que se trata de una agravante de carácter objetivo que de ninguna manera exige otros extremos que los que surgen de las constancias de la causa, esto es, "el actuar coordinado de los imputados en el marco del tipo penal de transporte atribuido, con acuerdo previo y distribución de tareas para desarrollar la empresa delictual", tal como lo desarrolla el tribunal de juicio en su sentencia (fs. 13 y vta.). En efecto, y como lo refiere el magistrado recurrente, la intervención organizada de los imputados se halla suficientemente probada mediante el evidente acuerdo de voluntades para transportar casi una tonelada y media de marihuana, dispuesta de idéntica forma en paquetes de diversos tamaños ocultos en el interior de las cubiertas y ruedas de auxilio de tres camiones con semirremolque que circulaban en caravana por la ruta nacional 105, y que fueron utilizados por los imputados de modo coordinado con la pretensión de aumentar las posibilidades de evadir los controles vehiculares.

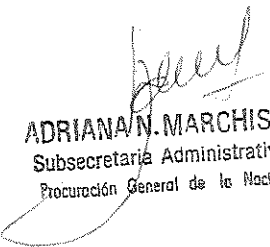
–V–

Por todo lo expuesto, y los demás fundamentos desarrollados por el fiscal general, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2019

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación