

“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. 4º”.

FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1.-

Suprema Corte:

—I—

De las constancias del legajo se desprende que el Tribunal Oral Federal n° 1 de la ciudad de Córdoba, provincia homónima, condenó a Dante Osvaldo G y a Hugo Javier C , a la pena de siete y cuatro años de prisión, respectivamente, multa, accesorias legales y costas, por considerarlos partícipes —necesario en el primer caso y secundario en el segundo— del delito de transporte de estupefacientes, calificado por el número de intervinientes, en los términos de los artículos 5, inciso «c», y 11, inciso «c», de la ley 23.737.

La defensora pública de G y C impugnó 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 únicamente por el delito de transporte de estupefacientes —en las respectivas calidades de partícipes— 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. 16/27 vta., 31y vta. y 34/37 vta., respectivamente).

—II—

En el pronunciamiento por el cual, con el alcance *supra* indicado, se hizo lugar al recurso de la defensa, la jueza Ledesma —cuyo voto acompañó luego el vocal Slokar— expresó que respecto a la agravante contenida en el artículo 11, inciso «c», de la ley 23.737, "corresponde definir qué tipo de intervención se requiere...", y coincidió con la defensa en cuanto a que "no puede computarse a los partícipes secundarios para configurar esa calificación, de modo que si no se contabiliza la intervención de C:

, no existe la concurrencia de tres o más personas en forma organizada para la comisión del delito de transporte de estupefaciente".

En sustento de esa tesitura, afirmó: "[L]a doctrina ha dicho que 'la exigencia de una intervención organizada impide la aplicación de la agravante a quienes solamente han desplegado una actividad accesoria o secundaria, sin haber efectuado un aporte trascendente o relevante en la estructura o en la división de roles del plan delictivo diagramado por otras personas'". A continuación, y mediante otra cita bibliográfica, añadió: "[S]i bien la ley no parece acotar su alcance sólo a la coautoría, sí exige [...] que cada uno de los intervinientes —organización mediante— cuente con la posibilidad cierta de dominar «su» parte del hecho, con lo que la intervención del cómplice o partícipe secundario carece de relevancia frente a tal exigencia" (fs. 13 vta.).

En consonancia con la doctrina invocada, el *a quo* concluyó: "[D]ebe existir para la configuración del agravante bajo examen una contribución esencial o trascendental al hecho por parte de los sujetos intervinientes, resultando abarcados en esa norma sólo aquellos que revisten la calidad de autor, coautor o partícipe necesario" (fs. 14) 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 31 y vta., la lectura del escrito de interposición

“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. 4º”.

FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1.-

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, 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, adelanto mi opinión, coincidente con la que ha invocado el Fiscal General, en el sentido de que la interpretación adoptada por la mayoría del tribunal, según la cual la aplicación de la agravante prevista en el inciso «c» del artículo 11 de la ley 23.737 rige solamente si se trata de la intervención de autores, coautores y partícipes necesarios, configura una restricción arbitraria del tipo penal en cuestión, en tanto exige mayores requisitos que los previstos en la norma sin más razón que la sola voluntad de los magistrados.

En ese sentido, me permito recordar que la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia y que a tal fin la Corte ha sostenido, como principio, que la primera regla de interpretación es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe determinarse conforme al sentido propio de las palabras que emplea (Fallos: 295:376, 318:1012, 328:456, 338:488) sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante (Fallos: 320:1962, 324:2603, 327:4850, 338:386).

En línea con tales pautas, V.E. ha dicho también que la exégesis de la norma legal no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que impone la ley (Fallos: 314:1531, disidencia del doctor Fayt, y 321:2010) y que no corresponde a los jueces introducir distinciones cuando el precepto no lo hace pues, según el conocido adagio, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Fallos: 339:713, entre muchos otros).

Sin embargo, 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 –como dije– un tercer requisito, relativo a la trascendencia del aporte en el hecho, que no se halla contemplado en la letra de la ley y que sólo encuentra fundamento en una interpretación extremadamente restrictiva del término "intervención" que desnaturaliza el espíritu que ha inspirado la sanción de la norma que lo contiene.

Así lo considero, pues no es posible soslayar que el tráfico de estupefacientes es una de las modalidades de la criminalidad organizada, y que ni siquiera cuando los hechos constitutivos de tal delito se presentan en esa forma de manifestación más extrema, se han establecido en nuestra legislación requisitos tan estrictos para la existencia de una intervención organizada como los que señala el *a quo*. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por ley 25.632, dispone en su artículo 2, 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»). Como se puede apreciar, más allá de los requisitos de número, concurso no fortuito y propósitos, no se establece ninguna exigencia en cuanto a la trascendencia o relevancia de los aportes, sino todo lo contrario, y mucho menos se sujeta la condición de miembro a que el interviniente lo haga en calidad de autor, coautor o partícipe necesario.

“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. 4º”.

FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1.-

Establecido lo anterior, pienso entonces que no hay ninguna razón sistemática para reclamar requisitos más estrictos para la intervención organizada de tres o más personas prevista como agravante genérica de los delitos de la ley 23.737, y ello más aun en cuanto se advierte que su formulación, más amplia incluso que la recién aludida de «grupo delictivo organizado», resulta abarcadora de todo tipo de organización, aun de las que no alcanzaran el estatus de la citada convención.

En todo caso, soy de la opinión de que la *ratio legis* de esa disposición 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, no sólo constituye 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. En ello reside, según mi parecer, el fundamento de la mayor gravedad del hecho cometido mediante la actuación coordinada de un conjunto de intervinientes, con división de roles y funciones, aun cuando éstas constituyan un aporte no esencial al hecho, en la medida en que también contribuyen a su eficacia. Por lo demás, esa disposición de derecho interno —y la inteligencia que de ella propongo— consagró legislativamente aun antes de su aprobación por ley 24.072, las directrices trazadas por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que en su artículo 3, apartado 5º, inciso a), refirió entre las circunstancias de particular gravedad a tener en cuenta por los Estados "la participación de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forma parte".

Por ello, 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 tres personas toman la precaución de actuar organizadamente en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, con absoluta independencia de cuántos efectivamente realizan un aporte esencial.

Creo menester señalar que la interpretación amplia que aquí se propicia concuerda, además, con la que ha receptado mayoritariamente la doctrina especializada en la materia, que cuando ha debido referirse a esta cuestión ha expresado con claridad que: "la ley no establece que la agravante requiera la presencia de tres o más personas que tomen parte en la ejecución de los hechos sino que le es suficiente con que intervengan en los sucesos, con lo cual es posible, o bien que los intervinientes lo hagan en calidad de coautores, o bien que la participación sea admisible a título de complicidad por auxilio o cooperación, dado que se trata de intervenir, de esa forma, en la ejecución del hecho". En consecuencia, contribuyen a la realización del delito en cuestión tanto los coautores cuanto los cómplices en cualquiera de sus modalidades (cf. Laje Anaya, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino - Ley 23.737*, Lerner, Córdoba, 1992, p. 150; D'Alessio, *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Tomo III, Ley 23.737, La Ley, Bs. As., 2009, p. 1074; Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, La Ley, Bs. As., 2013, p. 559-60 y, en sentido equivalente, Cornejo, *Los delitos del tráfico de estupefacientes*, Ad-Hoc, Bs. As., 1991, p.165, Terragni, *Estupefacientes. Nuevo Régimen Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 143, y Puricelli, *Estupefacientes y drogadicción*, Universidad, Bs. As., 1992, p.189). A ello cabe agregar que esta interpretación que admite la participación en cualquiera de sus modalidades era la que postulaba la doctrina incluso ya durante la vigencia de 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" (cf., entre otros, Moras Mom, *Toxicomanía y delito*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1976, p. 206).

De igual modo, no son diferentes las apreciaciones que han sido formuladas constantemente por la jurisprudencia nacional en torno a la correcta hermenéutica de la disposición en examen, pues también allí los tribunales han considerado comprendidos en la agravante a los partícipes en ambas modalidades, es decir, sin diferenciación de funciones o relevancia de sus aportes (cf., CNCP, Sala III, causa "Romero, Ramón A.", del 14 de marzo de 1996; CNCP, Sala II, causa "Morales, Oscar y otros", del 27 de ma-

“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. 4º”.

FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1.-

yo de 1998; CNCP, Sala I, causa "Seccia, Luis F. y otros", del 23 de noviembre de 2000; CFCP, Sala IV, causa "Gómez, Roberto Andrés", del 7 de junio de 2013 y CFCP, Sala I, causa "Nacimiento, Miguel Ángel", del 27 de septiembre de 2016).

No cabe duda entonces de que la inteligencia amplia asignada a la voz "intervención" no viene determinada únicamente por el tenor literal de la ley, sino que encuentra también fundamento en la genética del precepto, inspirada sin duda, como se ha dicho, en directrices internacionales plasmadas luego en convenciones ratificadas por la República Argentina, en la consideración sistemática de la disposición con las contenidas en esos instrumentos que forman parte de la legislación nacional y la complementan, en la praxis doctrinaria y jurisprudencial y, en definitiva, en el sentido y fin que le dan racionalidad al precepto en consonancia con los designios mandados por el ordenamiento jurídico vigente en la materia.

Sin embargo, al resolver del modo antes expuesto, el *a quo* se limitó a rescatar la postura de cierta doctrina que atribuye a esa voz un alcance restringido, pero sin dar cuenta de las razones en las que se fundaría tal posición. Pues obsérvese que aun cuando por vía de hipótesis se concediera que el lenguaje de la norma fuese vago o indeterminado –algo que ni la cámara ni el jurista por ella citado invocan– tampoco se advierte, ni el *a quo* explica, sobre la base de cuáles de los restantes cánones tradicionales de interpretación normativa podría encontrar sustento la restricción del tipo penal que establece en su fallo.

Así, la cámara no sólo soslayó las razones semánticas, teleológicas-genéticas, sistemáticas y prácticas que respaldan la posición contraria a la que esgrime, sino que desconoció también el conjunto de actos de los órganos legislativos y jurisdiccionales que han confluído en estos años a fijar una exégesis de la agravante en examen completamente distinta a la que la Sala postula en su sentencia. Esa total desconsideración vicia de tal modo ese pronunciamiento que, en mi opinión, no puede contar como acto jurisdiccional válido pues, como lo he señalado al dictaminar en la causa N.1. XLIX, "N... C..., Juan Carlos s/estafa -causa n° 14359-", el 22 de octubre de 2013,

"[c]ada juez debe concebirse, al decidir un nuevo caso llevado a su consideración, como un participante en un complejo emprendimiento encadenado, cuya historia está formada por esas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas; es su tarea continuar esa historia hacia el futuro mediante lo que hace hoy. Él *debe* interpretar lo que ha ocurrido antes porque tiene la responsabilidad de desarrollar el emprendimiento que está en sus manos, en lugar de hacerlo comenzar otra vez en una nueva dirección que él haga propia... El deber de un juez es interpretar la historia jurídica que encuentra, no inventar una historia mejor" (Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*, Texas Law Review, vol.60, 1982, págs. 527-550, 543-4).

—V—

Sin perjuicio de que lo dicho hasta aquí bastaría para descalificar el pronunciamiento apelado, a ello se suma la contradicción que encierra la propia argumentación con la que el *a quo* ha pretendido sustentar la exclusión de la agravante respecto del cómplice o partícipe no necesario. Recuérdese que, según su criterio, así sería porque la agravante exigiría que cada uno de los intervinientes contara con "la posibilidad cierta de dominar «su» parte del hecho".

Pero si esto es así, es decir, si lo que se ha querido significar con esa expresión es que sólo quedan alcanzados quienes tienen "el dominio de «su» aporte al hecho", entonces la sentencia es incongruente pues en rigor de verdad todos los intervinientes, incluso el cómplice no necesario, tienen el dominio de «su» propio aporte, de «su» parte del hecho. En efecto, no hay razón de principio para concluir que quien, por ejemplo, tiene la tarea de conducir el vehículo con el que se transporta la droga —como acontece en el *sub examine* con C: —, según lo tuvo por probado el tribunal de juicio— o quien debe vigilar la descarga del estupefaciente en un punto de comercialización, no poseen el dominio de la tarea asumida y hasta el poder incluso de revocar su aporte al hecho.

A su vez, si lo que ha pretendido decir el *a quo* es que la agravante sólo resulta aplicable a quienes tienen "el dominio del hecho", tampoco en esta variante el



“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. 4º”.

FCB 22017306/2012/TO1/7/1/1/RH1.-

razonamiento podría servir de base para la conclusión que se extrae, pues entonces no se comprende de qué modo podrían quedar alcanzados por ella los cómplices primarios, como contradictoriamente sostiene en su sentencia el *a quo*, si con arreglo a la teoría del dominio del hecho –presupuesta tácitamente en el argumento– sólo los autores y coautores dominan (o codominan) el hecho y aquello que caracteriza a la participación, en cualquiera de sus modalidades, es precisamente su ausencia.

En suma, al déficit vinculado con la correcta ponderación de la *ratio legis*, *ut supra* señalado, se añade la incongruencia en el razonamiento mediante el cual el *a quo* pretende fundar su decisión, circunstancia que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido también con arreglo a la doctrina de V.E. en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 311:2314, 316:1877, 322:1488, 324:4123, entre muchos otros).

–VI–

En virtud de lo expuesto, y los demás fundamentos deducidos por el Fiscal General, mantengo la queja interpuesta.

Buenos Aires, 12 de abril de 2018.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación