LA LEY 23.737 Y SU AGRAVANTE POR EL NUMERO DE PERSONAS ORGANIZADAS

1.- EL PROBLEMA

Vemos, a diario, decenas de condenas agravadas por la simple concurrencia de tres o mas personas, en el transporte de estupefacientes; tenencia con fines de comercialización, etc, como si se tratase de un elemento objetivo del tipo donde, por eje: si en un auto se dirigen 3 personas llevando 100klgr de cocaína, inmediatamente se los imputa, procesa y condena por transporte de estupefaciente agravado por la concurrencia de tres o mas personas organizadas para cometerlo.

Se condena con simpleza sin valorar el elemento subjetivo que implica el conocer ser parte de un grupo; el conocer los roles de cada uno; el aceptar la función -discutida o no- que le han encomendado.

En las próximas líneas, procurare encontrar un poco de luz sobre la problemática, sin pensar que con el presente se agota el tema. Se trata de un simple aporte que, siguiendo los consejos de Piero Calamandrei en su "Elogio a los Jueces escrito por un abogado", procuraré ser breve y claro, siendo solo breve si no encuentro claridad.

2.- ¿QUE DICE LA LEY?

Mediante ley 23.737 Sancionada: Setiembre 21 de 1989 - Promulgada de Hecho: Octubre 10 de 1989, se pune diversos delitos "base" como, por ejemplo, los mencionados en art. 5 que reza:

(…) el que sin autorización o con destino ilegítimo:

a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines;

b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;

c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;

d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;

e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas…

Vemos que el art. 6 castiga a quien (…) introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso.

El art. 7 -también sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.302 B.O. 8/11/2016) – castiga (…) el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, y los artículos 865, inciso h), y 866 de la ley 22.415.

Asi sucesivamente podemos mencionar a los artículos base hasta llegar a los agravantes mencionados en el art. 11 que reza: (…) Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate:

c) Si en los hechos intervinientes tres o más personas organizadas para cometerlos;

Ahora bien, luego del prolegómeno legislativo, intentaremos desmenuzar el agravante del art. 11 inc. 11 a los fines de iluminar el respeto al principio de culpabilidad y condenar solo a quien consciente y voluntariamente forme parte de un grupo organizado de tres o mas personas, con funciones y roles definidos en la comisión de los hechos delictivos mencionados supra.

3.- A LOS FINES DE ILUMINAR HAY QUE DISTINGUIR - UN POQUITO DE DOCTRINA SOBRE BANDA Y ASOCIACION ILICITA

“Repárese que la doctrina entiende que el agravante previsto por el inc. “c” de la ley 23.737 requiere que en la comisión del respectivo hecho intervengan, en cualquier forma y medida, por lo menos tres personas y que lo hagan en cumplimiento de lo establecido y acordado al

respecto (cfme. Nuñez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, actualizado por Víctor Reinaldi, 4ª Edic., Edit. Lerner, Córdoba, 2009, p. 453).

Aclara Cornejo[1] que (…) La coparticipación de tres o mas personas en el trafico de estupefacientes configura la agravante, cuando existe una actuación coordinada, respondiendo a un plan común, con división de roles y funciones.

Aquí juega un rol fundamental la valoración de la prueba respetando la sana critica racional ya que la misma no se cuenta, se pesa. Con ello quiero ejemplificar que se debe probar que la persona conocía su participación en un grupo organizado de tres o mas personas en la comisión de los hechos mencionados supra, en cumplimiento de un rol determinado, con una función específica, aceptada conscientemente.

Para ello, es vital remarcar que el dolo no se presume, debe ser probado, y en este gran banquete, no hay lugar para la culpa.

Como sentó las bases -nuestro Cimero Tribunal de la Nación en fallo 12:20 –antiquísimo-, más precisamente 1872, (…) El dolo debe probarse, y nunca se presume; (…) Todo hombre se reputa bueno y de buena fe, mientras no se pruebe lo contrario; (…) En las causas criminales no puede fallarse imponiendo pena, por solo presunciones o sospechas.

En respeto del principio de legalidad y, siguiendo a Vidal Albarracín[2], vemos que la punta del ovillo surge a partir del plenario “coronel” del 7 de junio de 1963 -en el que se trató el calificante de banda en el robo- se establecieron las diferencias y requisitos entre la asociación ilícita y la banda. Afirma que de allí surge que la banda es la reunión ocasional de tres o mas personas para la comisión de un hecho concreto, mientras que la asociación del articulo 210 del Código Penal destinada a cometer delitos -aunque ninguno se cometa- requiere de cierta estabilidad o permanencia.

Patricia Ziffer [3] manifiesta que (…) El elemento asociacion o banda exige únicamente un grupo con cierto numero de integrantes (tres como mínimo) entre los cuales debe existir la suficiente cohesion como para que puedan reconocerse entre sí como tales, y el compromiso

[1] CORNEJO, Abel – *ESTUPEFACIENTES* – 2da Ed. actualizada.2009. Rubinzal Culzoni. p. 173 (citando CORNEJO, Abel -*ASOCIACION ILICITA. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 108.*

[2] *CODIGO ADUANERO. COMENTARIOS. ANTECEDENTES. CONCORDANCIAS* cit., Articulos 860 a 891, t. VII-A, p. 169.

[3] ZIFFER, Patricia S. *EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA. Ad-Hoc.1era Ed. 2005. p. 71/73.*

reciproco de aceptar la voluntad del grupo, de modo relativamente correspondiente a la *affectio societatis* de una sociedad de hecho.

Por lo que puede apreciarse -sin hacerlo extenso- estaríamos ante una tercera categoría ya que, la banda de tres o mas personas es *ocasional;* la asociación ilícita, es permanente, destinada a cometer delitos y; la agravante del art. 11 inc "c" ley 23.737, -en cambio- son tres o más personas *organizadas para cometer los hechos previstos en ley citada.*

4.- ¿QUE DICE LA JURISPRUDENCIA?

De igual modo, la jurisprudencia considera que la circunstancia calificante no requiere la existencia de una asociación ilícita (art. 210 C.P.) ni exige la permanencia en la organización, por lo que el requerir el modo organizado como hecho trascendente no equivale automáticamente a decir que ese grupo de personas de por sí ya forme la asociación ilícita del art. 210 del C.P., pues en la organización a la cual se hace mención en este inciso se interviene, mientras que de la asociación ilícita se toma parte, es decir, se es un miembro que coincide intencionalmente con los otros integrantes sobre los objetivos asociativos.

La diferencia esencial entre ambas figuras radica también en el sentido de la 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 del art. 11 de la ley 23.737 (cfme. Tazza, Alejandro, El comercio de estupefacientes, Editorial Jurídica Nova Tesis, Santa Fé, 2008, p. 154, CNCP, Sala III, causa 607, "Romero", del 14/03/1996, registro nº 7196, CNCP, sala II, "Morales, del 27/5/98, Supl. Jurisp. Penal, 3-8-99, p.47)"

En autos "CARDOZO HUGO JAVIER Y GUZMAN DANTE OSVALDO s/ recurso de casación"[4] la doctora Angela Ledesma, adhiriendo Alejandro Slokar -textualmente- dijo: (…) Respecto al agravante contenida en el art. 11 inc. "c", al votar en la causa nro. 4903 "Luraschi, Sergio Luis y otros s/ rec. de casación", rta. el 9/11/04, reg. nro. 658/04, he sostenido que para que se configure esta agravante no se exige la acreditación de una estructura delictiva con características de permanencia y organicidad, importa la demostración de la reunión de individuos con una actuación coordinada, con división de roles y funciones, que responde a

[4] Sala II Causa N° FCB 22017306/2012/TO1/7/CFC2.

un plan común (en igual sentido C.N.A.C.C.F., Sala II, causa nro. 11652, “Lescano, Rosa y otros s/ procesamiento y prisión preventiva”, rta. 07/12/95, reg. nro. 12620).

De ahí que la agravación de pena corresponde cuando se da una actuación coordinada de tres o más personas destinadas a cometer específicamente los delitos indicados en la ley de estupefacientes, la que responde a un plan con división de roles y funciones.

Me pregunto: ¿Qué tipo de intervención se requiere?

Siguiendo el voto de la Dra. Ledesma en los autos citados vemos que (…) debe 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 solo aquellos que revisten la calidad de autor, coautor o partícipe necesario.

En este sentido, la 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” (Lemos Arias, Roberto A., en “Código Penal y normas complementarias”, Dirs. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, Tomo 14 “A”, Editorial Hammurabi, Bs. As., 2012, pág. 515).

Con igual criterio, se explicó que “si bien la ley no parece acotar su alcance solo a la coautoría, si 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” (Roberto A. Falcone et. al., Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal, Editorial Ad-hoc, 2014, pág. 324).

5.- BREVE CONCLUSION

Existen numerosos agravantes de tipos penales que obedecen a la pluralidad de intervinientes, así v.gr., art. 80, inc. 6º; 92, 95, 119 inc. d; 142 bis inc. 6º; 145 bis inc. 2º; 166 inc. 2º; 167 inc. 2º; 167 quáter inc. 6º, etc., etc. y no por ello necesariamente va a existir un concurso con la Asociación Ilícita.

Con el agravante del art. 11 inc “c” ley 23.737 ocurre lo mismo. Veamos algunos ejemplos.

a.- Si condenamos por la concurrencia de tres o mas personas, caemos en la definición de banda, violatoria del principio de legalidad y máxima taxatividad penal, con respecto al art,. 11 inc. “c” ley 23.737.

b.- Si, valorando la prueba, se descubre una asociación organizada, permanente, con roles definidos, donde uno compra, el otro transporta; el otro almacena; el otro corta y el otro vende, estaríamos en presencia de la figura autónoma de la asociación ilícita.

c.- Si tenemos un organizador y financista que tiene vendedores, se aplicaría la figura del art. 7 ley 23.737 (Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.302 B.O. 8/11/2016) y, a su vez, los vendedores, de no conocerse, debieran responder por comercio de estupefacientes.

d.- Si, por último, tenemos un grupo de tres o mas personas donde -en forma organizada- deciden que, uno compra en cantidad; el otro la fracciona y el otro la vende, tendremos imputaciones por delitos base v.gr: transporte; almacenamiento; tenencia con fines, pero en concurso con el art. 11 inc. “c”.

Como se puede apreciar, el dolo no se presume y se deberá probar, no solo el delito base, sino que esa persona decidido voluntariamente formar parte de un grupo con, por lo menos, dos personas más, dividiendo tareas y roles en la comisión de los delitos previstos en ley 23.737.

Dario A. Baggini – Abogado – Mat. Prov. 1-44101 – Mat. Fed. T.504 F.990 – Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal. Experto Universitario Compliance. Celular 3537445981 – *email: dr.baggini@gmail.com*