



### **Participación y organización**

**Por *Lautaro Fichter*, Prosecretario en la Fiscalía General N° 3 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de C.A.B.A**

**VOCES: Derecho Penal. Autoría y participación. Ley de estupefacientes. Agravante artículo 11, inc. c de la Ley 23737. Arts. 45 y 46 el Código Penal. Agravante por el número de intervinientes.**

**Sumario:** precisar el alcance de la agravante contenida en el artículo 11, inciso "c", de la ley 23.737, a fin de determinar, en definitiva, si toda forma de autoría y participación resulta subsumible en el supuesto de hecho que contiene la mencionada figura o si ésta contiene requisitos adicionales a los que ya se encuentran previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal. Para ello, se efectúa una interpretación literal y sistemática del tipo penal, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico existen diversas pautas que permiten circunscribir el catálogo de conductas prohibidas. Finalmente, se releva brevemente la jurisprudencia emanada de la Cámara Federal de Casación Penal en orden a dicha agravante.

### **I- Objeto**

El presente artículo tiene por objetivo precisar el alcance de la agravante contenida en el artículo 11, inciso "c", de la ley 23.737, y determinar, en definitiva, si toda forma de autoría y participación resulta subsumible en el supuesto de hecho que

contiene la mencionada figura o si ésta contiene requisitos adicionales a los que ya se encuentran previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

A tal fin, se procederá a interpretar el tipo penal en dos niveles de análisis. En primer lugar, se establecerá cuál es el máximo espectro de conductas que quedan abarcadas por la conminación, a partir de lo que surge de la literalidad de la ley. En segundo lugar, se determinará cuál es el verdadero alcance de la norma, en atención a su inserción en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, se relevará brevemente la jurisprudencia emanada de la Cámara Federal de Casación Penal en orden a dicha agravante.

## **II- Análisis literal de la norma**

El art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 prevé un aumento en la escala penal respecto de las conductas tipificadas en ese cuerpo legal, cuando *“en los hechos intervinieren tres o más personas organizadas para cometerlos”*.

Para determinar el espectro de acciones sobre las cuales se proyecta la prohibición contenida en ese tipo penal, debe procederse a su interpretación, tarea en la cual se realiza la función reductora propia del derecho penal<sup>1</sup>.

En tal sentido, debe recordarse que la premisa de la que se parte es que, al valorarse determinadas acciones como prohibidas, se apela a normas que subyacen al tipo penal y cuyo contenido corresponde deducir a partir de éste. Esta deducción es necesaria para establecer cabalmente el ámbito de lo prohibido. De esta manera, la norma constituye un instrumento de lógica jurídica, que permite precisar los límites del tipo penal<sup>2</sup>.

Corresponde, entonces, efectuar tal discernimiento. Así, debe indicarse que el análisis literal de la agravante arroja determinadas pautas para circunscribir el supuesto de hecho disvalioso al que remite la norma.

En primer lugar, el verbo *“intervenir”* refiere a la participación en el delito en sentido amplio y conduce a la conclusión de que la agravante se aplica por igual a

---

<sup>1</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al., *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 435.

<sup>2</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 438.

coautores, partícipes necesarios y partícipes secundarios. En efecto, la falta de distinción en orden al aporte efectuado conlleva a que el tipo penal capte la conducta de todos aquellos que, en el carácter que fuere, tomen parte en cualquiera de los delitos previstos por la ley 23.737.

El tipo también contiene un requisito meramente numérico que no requiere mayores explicaciones, conforme al cual la agravante se configurará siempre que en la comisión del delito concorra una pluralidad de “*tres o más personas*”.

Por su parte, la voz “*organizadas para cometerlos*” alude a que los sujetos se organizan *al efecto de* cometer los hechos. Ello implica que la agravante puede aplicar respecto de la comisión de un hecho aislado, con lo cual no resultaría *en principio* exigible que se verifique la existencia de una organización con carácter permanente, sino que bastaría con la planificación y ejecución de forma organizada del hecho en concreto.

Ahora bien, el mayor problema de interpretación lo suscita la voz “*organizadas*”. Circunscribir su significado típico es el objeto de este trabajo.

La función reductora del derecho penal tiene, en este ámbito, un límite muy preciso: la elasticidad semántica de la palabra.

La Real Academia Española define organizar, principalmente, como “*establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados*”. En acepciones similares, organizar también es “*poner algo en orden*” y “*hacer, producir algo*”.

Como puede observarse entonces, la norma bajo estudio apunta a los comportamientos en cuya ejecución existe una coordinación de personas y de medios para lograr el fin determinado de cometer uno o varios hechos de narcotráfico en concreto.

En esa categoría ingresan, en consecuencia, la coautoría funcional en particular y la complicidad en general.

La primera, porque comprende los casos de dominio funcional del hecho, en la forma de reparto de tareas<sup>3</sup>. La segunda, en tanto abarca la prestación de una cooperación al autor del hecho, sea necesaria o secundaria<sup>4</sup>. En ambos supuestos se advierte la existencia de una coordinación de personas y de medios –en la forma de aportes, aun cuando sean de diversa cuantía– por lo que la conclusión es que la norma se dirige específicamente a ellos.

Cabe descartar que otras formas de autoría y participación ingresen en la categoría de fenómenos abarcados por el tipo penal, ya que el modo organizado en que deben intervenir los sujetos presupone, mínimamente, un designio criminal común y un reparto de tareas, extremos estos que no se verifican en las autorías paralela, sucesiva y mediata, como así tampoco en la instigación.

En el caso de la autoría paralela, hay que recordar que su característica esencial es la inexistencia de una decisión común al hecho<sup>5</sup>.

En la autoría sucesiva, la coincidencia entre los varios autores no se impone desde el principio mismo de la realización típica, sino que puede tener lugar durante el hecho y aun después de la realización parcial del tipo por el otro<sup>6</sup>. En el supuesto legal del art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737, se encuentra excluida la incorporación posterior del sujeto al hecho que ya se encuentra en fase ejecutiva, pues en tal caso el individuo no se habría organizado “*para*” cometerlo. La terminología utilizada por el legislador resulta indicativa de una preordenación de la que la autoría sucesiva carece. Cabe aclarar que la conducta del individuo que se integra a la comercialización que ya se estaba sustanciando con anterioridad, no constituye un caso de autoría sucesiva, sino

---

<sup>3</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., s. 777 y 785. En su aspecto subjetivo, esta forma de autoría presupone la decisión común al hecho, en tanto que, en su aspecto objetivo, requiere la ejecución de esa decisión mediante división del trabajo.

<sup>4</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 791 y 804. A mayor abundamiento, dicen los autores que “*la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico*”.

<sup>5</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 785.

<sup>6</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 786.

que constituye –según el caso– coautoría funcional, participación necesaria o participación secundaria, ya que el agente orienta su accionar hacia el futuro de una actividad continuada en el tiempo.

Por su parte, en la autoría mediata y la instigación no existe la división de roles propia de una organización, ni tampoco preordenación en orden a la ejecución mancomunada del hecho, pues no se organiza quien es utilizado como instrumento, ni tampoco quien es inducido a la comisión del delito. En efecto, al tratarse de supuestos de determinación<sup>7</sup>, están ausentes tanto el designio común previo, como la materialización del plan delictivo mediante reparto de tareas.

En el ámbito de la doctrina nacional, coincide con esa tesitura LAJE ANAYA, quien sostiene que la agravante no requiere que las personas intervinientes tomen parte en la ejecución de los hechos, lo que, en el sentido del art. 45 del Código Penal, importaría admitir solamente coautoría; sino que resulta suficiente con que los sujetos meramente intervengan en los hechos, lo que habilita tanto la coautoría como la participación primaria y secundaria<sup>8</sup>.

Distinto es el criterio de FALCONE, cuyo análisis parte del fundamento de la circunstancia calificante, consistente en el castigo más severo que merecen aquellos que toman la precaución de aunar sus voluntades con una finalidad delictiva común, decisión que los coloca en una mejor situación frente a las posibilidades de éxito en la empresa delictiva y pone en mayor riesgo al bien jurídico tutelado<sup>9</sup>.

Sobre esa base, dicho autor sostiene que el alcance de la figura agravada debe ser acotado, lo cual lo conduce a afirmar que es requisito para la configuración del tipo agravado 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 carecería de relevancia frente a tal exigencia. Ello, pues la actividad de los partícipes secundarios resulta accesoria con relación al hecho principal, el cual pertenece a los autores y, a diferencia de la participación primaria, su aporte no revestiría trascendencia frente a la exigencia legal aludida<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 778.

<sup>8</sup>LAJE ANAYA, Justo, *Tráfico de estupefacientes. Ley 23.737*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011, p. 62.

<sup>9</sup>FALCONE, Roberto, *Derecho penal y tráfico de drogas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2011, p. 309.

En definitiva, concluye FALCONE que, para que resulte posible aplicar la agravante, es necesario que haya existido un acuerdo de voluntades de los intervinientes, en el que los roles o funciones que cada uno de ellos vaya a desempeñar en el delito haya quedado establecido previamente, lo que importa llevar a cabo la labor delictiva conforme a un plan, también diagramado con anterioridad, que finalmente se materializará en un obrar convergente dirigido a un único y común fin delictivo<sup>11</sup>.

Dicha postura, sin embargo, es criticable.

Por un lado, desde un punto de vista estrictamente semántico, el verbo “*intervenir*” no excluye al aporte fungible que realiza el partícipe secundario, como así tampoco lo hace la exigencia típica de que los sujetos deban estar “*organizados*” para cometer el hecho. Contrariamente a lo que postula FALCONE, ninguno de los términos utilizados por el legislador juzga acerca de la trascendencia que debe poseer el aporte para que se configure la agravante.

Por otro lado, la severidad de la pena no puede explicar que algunas formas de participación sean subsumibles en el tipo penal y otras no, máxime cuando el criterio político-criminal del legislador ha sido, mediante la redacción elegida, que el tipo penal capte un espectro amplio de acciones desde el punto de vista de la participación en el delito. En todo caso, la gravedad del castigo remite al contenido de injusto, lo que puede ayudar a precisar –en un siguiente nivel de análisis– los caracteres que debe revestir la conducta desde el punto de vista sustantivo, para que se configure la agravante.

En definitiva, en función de lo expuesto, y atendiendo al significado atribuible a los términos utilizados por el legislador al momento de redactar la norma, puede afirmarse que el análisis literal de la agravante arroja como respuesta que toda coautoría funcional y participación necesaria y secundaria resulta subsumible en la figura.

### **III- Análisis sistemático de la norma**

Definido así el espacio típico en su máximo alcance, cabe acudir a otras herramientas valorativas que permiten restringir su ámbito de aplicación.

---

<sup>10</sup> FALCONE, Roberto, ob. cit., p. 310 y 311.

<sup>11</sup> FALCONE, Roberto, ob. cit., p. 311 y 312.

Ciertamente, las consideraciones reseñadas precedentemente no agotan la tarea interpretativa, pues el tipo penal se inscribe en un orden normativo que coadyuva a precisar su alcance.

De esta manera, a los efectos de establecer su cabal sentido, la norma que se deriva del art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 debe ser correlacionada con las normas que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, esto es, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto, y teniendo en cuenta también la finalidad perseguida por dicha normativa<sup>12</sup>.

De acuerdo con ello, cabe referir que, en ejercicio del poder criminalizante primario que le otorga el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, el legislador determina las conductas que constituyen delito y establece las escalas penales aplicables, de acuerdo con el valor protegido. Dentro del universo de comportamientos prohibidos, existen algunos más reprochables que otros, sea por su contenido de injusto, sea por el grado de culpabilidad demostrado por el agente. De ese modo, para ajustar la respuesta penal a un hecho en concreto, basta en principio con las reglas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, pues se trata de pautas genéricas para la determinación de la pena.

Ahora bien, el concurso de personas en el delito es un fenómeno que es atrapado por los arts. 45 y 46 del Código Penal, y que aumenta la gravedad del hecho punible, pues incrementa la vulnerabilidad del bien jurídico con relación al ataque perpetrado por los autores y partícipes.

El legislador ha previsto, sin embargo, agravantes específicas vinculadas a la intervención plural de sujetos. En tal sentido, en los ilícitos previstos en los arts. 142 bis, 145 ter, 167 quater y 170 del Código Penal, la escala penal aumenta “*cuando participaren en el hecho tres o más personas*”. Lo mismo ocurre con el homicidio que se lleva a cabo “*con el concurso premeditado de dos o más personas*”, así como con el abuso sexual que es “*cometido por dos o más personas*” (arts. 80 y 119 del Código Penal, respectivamente). Por su parte, en relación a los delitos de robo y daños, la pena

---

<sup>12</sup> Tal es el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación (Fallos: 338:962, entre otros). El Máximo Tribunal ha descalificado enfáticamente la consideración aislada de una norma, en el entendimiento de que ésta se engarza en un sistema cuya coherencia debe ser garantizada mediante el ejercicio de la función interpretativa.

en abstracto se incrementa cuando el hecho se comete “*en banda*” (arts. 166, 167 y 184 del Código Penal)<sup>13</sup>.

Se advierte, entonces, la existencia de un conjunto de normas de igual jerarquía que la que se extrae del art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737, que también acuerdan una protección más intensa al bien jurídico que tutelan, pero respecto de las cuales la técnica legislativa difiere. La consecuencia que se deriva es que la tutela acordada se vincula a caracteres distintos en uno y otro caso.

La nota que caracteriza a la agravante bajo análisis, y que la distingue de las demás, es “*la manera organizada*” en que debe materializarse la intervención plural.

La variedad terminológica existente en el ordenamiento jurídico posee un fundamento; en este sentido, no cabe presumir la inconsecuencia del legislador. Evidentemente, la figura del art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 exige la verificación de más requisitos que las otras modalidades de participación que se encuentran incluidas como agravantes específicas en el Código Penal. Así, si bien ello permite circunscribir las conductas abarcadas por la conminación penal, no otorga pautas claras para determinar, de manera definitiva, el ámbito de lo que prohíbe el tipo penal agravado.

Los criterios surgen, en definitiva, del ordenamiento supranacional. Ello, pues el sentido de la ley debe ser deducido a partir de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar, en relación con el conjunto del sistema<sup>14</sup>.

Debe recordarse que la jerarquía de una norma depende de la pertenencia de la formulación normativa que la expresa a un determinado subsistema o estrato normativo, por lo que puede suceder que dos normas sinónimas sean de distinta jerarquía en razón de que las formulaciones normativas de referencia de cada una de ellas pertenecen a estratos normativos distintos. De esta manera, dos formulaciones normativas

---

<sup>13</sup> Existen dos grandes posturas con relación al concepto de “banda”. Una de ellas lo emparenta enteramente con la asociación ilícita del art. 210 del CP (DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2001, Tomo II-B, p. 174 y ss.). Otra entiende que el término remite a la coautoría funcional (CREUS, Carlos, *Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1998, Tomo I, p. 434). En definitiva, las dos posturas se sustentan en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico –que es en lo que se hace foco en el presente trabajo–, aunque arriban a diversas conclusiones.

<sup>14</sup> JESCHECK, Hans Heinrich et al., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, Editorial Comares, 2002, p. 166.

correlacionadas a un mismo significado expresarían, entonces, dos normas diferentes aunque sinónimas<sup>15</sup>.

En tal sentido, el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 resulta el correlato normativo de inferior jerarquía de la norma contenida en el art. 3, inc. 5, apartado “a”, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Ésta establece que *“las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte...”*.

Para determinar los caracteres del grupo delictivo organizado, hay que acudir a una norma de igual jerarquía que la anteriormente transcripta. En efecto, el art. 2, inc. “a”, de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional lo define como 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”*.

El art. 2, inc. “c”, del mismo instrumento dispone que por 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”*.

De ello extraemos las siguientes pautas.

En primer término, el grupo debe ser estructurado, lo que alude fundamentalmente a la existencia de una preordenación en torno a la cual se efectúa la distribución de funciones. No se exige una asignación formal de funciones, sino que la conexión de las personas involucradas exceda lo meramente ocasional. Tampoco se requiere a una configuración organizativa en particular, por lo que se concluye que encuadran en el supuesto legal tanto las estructuras verticales, como las horizontales. La

<sup>15</sup> ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, p. 44.

norma, en definitiva, se dirige a los grupos estructurados en la inteligencia de que sin la organización el plan criminal no podría ser concretado, o lo sería con mucha mayor dificultad.

En segundo lugar, el grupo debe permanecer durante cierto tiempo. Esto no quita el hecho de que la agravante contenida en el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 resulta plenamente aplicable a la comisión de un hecho aislado. En tal sentido, el significado de permanencia se agota en que la reunión de personas no debe ser circunstancial, es decir que debe corroborarse una existencia mínimamente sostenida de vinculaciones entre los involucrados. No se requiere, entonces, una proyección o vocación de permanencia.

En tercer lugar, el grupo debe actuar concertadamente, es decir que las personas deben haberse reunido con el fin de llevar a cabo un plan criminal, vinculado, en cuanto aquí resulta relevante, a un hecho determinado de narcotráfico.

La distinción con la mera intervención plural que ya es captada por los arts. 45 y 46 del Código Penal estriba en que aquí se exige una estructura organizacional estable y un proyecto criminal perdurable, el cual se materializa en el hecho que es objeto de imputación. En otras palabras, la investigación tendrá a su cargo la acreditación de esos caracteres desde una óptica retrospectiva.

Las definiciones dadas anteriormente coinciden, a grandes rasgos, con lo que la doctrina española denomina “concepto intermedio de organización”<sup>16</sup>. Algunos autores de ese país han ido más lejos en la delimitación del concepto jurídico de organización. En ese orden de ideas, GALLEGO SOLER plantea la necesidad de reducir el alcance de la agravante a los supuestos de criminalidad organizada que opera a través de aparatos organizados de poder con una estructura jerárquica dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos, y no a la simple distribución de droga callejera mínimamente organizada<sup>17</sup>.

Esta postura debe ser descartada en cuanto incumbe al ordenamiento jurídico argentino, pues no tiene asidero en la normativa nacional, ni tampoco internacional.

---

<sup>16</sup>CANO, Daniel F., *Estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2016, p. 300.

<sup>17</sup>GALLEGO SOLER, José I., *Los delitos de tráfico de drogas II*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, Tomo II, p. 197.

Por el contrario, la solución a la casuística en la que resultaría intolerable la imposición de una sanción punitiva en orden al tipo penal agravado –aspecto éste que es el que más preocupa a la doctrina– debe ser encontrada en la relación que necesariamente existe entre el contenido de injusto y la gravedad del castigo.

En efecto, en el plano del derecho penal material, la consideración de estas organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a la organización. En cualquier caso, la noción de injusto debe estar en condiciones de explicar la criminalización en sí misma y –en la medida de lo político-criminalmente posible– la severidad de la pena prevista<sup>18</sup>.

Lo que la ley reprime con mayor rigor es la capacidad de la organización de generar un peligro o daño más extenso para el bien jurídico. Tal capacidad no se extrae únicamente de la cantidad de intervinientes en el hecho, ni tampoco de la mera circunstancia de que haya una división de roles y funciones, pues esta cualidad estará presente en la mayor parte de las concertaciones dirigidas a cometer esta clase de delitos. Con ello, no puede sostenerse que cualquier coautoría funcional o participación, en la que intervengan tres o más personas, satisface el tipo objetivo agravado.

En el caso concreto, se requerirá demostrar que la forma organizada incrementó notoriamente el potencial lesivo del grupo, ya sea porque, conjunta o alternativamente, la modalidad elegida para cometer el delito les permitió:

- a) llevar a cabo operaciones que implicaban una mayor complejidad o que involucraban una mayor cantidad de droga;
- b) incrementar su aptitud para llegar a potenciales consumidores;
- c) influir en un determinado espacio o mercado, en razón de su inserción territorial, así como de la utilización de medios o personas para asegurarse una posición privilegiada;
- d) ocupar una ubicación elevada en la cadena de comercio, dinamizando así el tráfico de droga, mediante la provisión de material ilícito a otros distribuidores.

---

<sup>18</sup>CANCIO MELIÁ, Manuel, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, consultado en [[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_44.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_44.pdf)], p. 1 y 2.

e) dificultar su desarticulación definitiva por parte del Estado.

Como se advierte, no se trata simplemente de la posición de mayor vulnerabilidad en la que queda el bien jurídico frente al ataque plural, situación ésta que por sí sola ya habilita al juzgador a discernir una pena mayor, a través de los parámetros contenidos en los arts. 40 y 41 del CP. Para que concurra la agravante específica, la organización debe incrementar el poder lesivo del grupo, más allá de lo que les permite el mero concierto delictivo.

#### **IV- Postura de la Cámara Federal de Casación Penal**

La Cámara Federal de Casación Penal es, en razón de su ubicación en el organigrama de la justicia federal, el intérprete por excelencia de la agravante contenida en el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737, razón por la cual cabe proceder al relevamiento de su postura.

Este tribunal ha sostenido, en general, un criterio más laxo que el que se postula en el presente trabajo. La mayoría de los magistrados que lo integran en la actualidad entienden que el sustrato fáctico que resulta subsumible en aquella figura es la intervención plural de tres o más personas con división de roles y funciones, en el marco de un plan delictivo común. Solamente los jueces Slokar y Ledesma – pertenecientes a la Sala II– exigen permanencia en el tiempo como rasgo típico de la organización, así como la acreditación de cierta potencialidad lesiva. Por su parte, Ledesma es la única que considera que la participación secundaria no encuadra en el tipo penal agravado.

En tal sentido, la Sala I ha postulado que la *“subsunción del agravante por aplicación del art. 11, inc. c, de la ley 23.737 está configurada no sólo porque las actividades de las personas intervinientes confluyeron respectivamente en el mismo tipo penal [de comercialización de estupefacientes], sino porque efectivamente se ha acreditado en los hechos la intervención de más de tres personas ‘organizadas para cometerlos’, cuya actividad organizada fue perfectamente efectivizada a través de una división de roles y funciones entre las personas que intervinieron, aun cuando el aporte*

*realizado por cada uno de los integrantes hayan sido diversos o hayan actuado en grados de participación diferentes*”<sup>19</sup>.

A mayor abundamiento, la misma Sala tiene dicho que *“la agravante contenida en el art. 11, inc. c, ley 23.737 releva el mayor grado de injusto que ostenta la actuación de tres o más personas que actúan en forma organizada pues tal accionar incrementa la eficacia de la maniobra delictiva. La agravante en cuestión resulta comprensiva no sólo de los coautores sino también de la participación primaria como de la secundaria*”<sup>20</sup>.

Contrariamente a ello, la Sala II ha puntualizado que no es suficiente una intervención ocasional de los agentes, sino que debe acreditarse algún sentido de permanencia y de concertación, el cual se manifiesta a través del reparto de roles y funciones<sup>21</sup>. En otro caso, ha dejado sin efecto la aplicación de la agravante, en la inteligencia de que *“no se ha incorporado ningún elemento de prueba tendiente a demostrar la preexistencia de una organización y mucho menos la identificación de roles entre los encartados*”<sup>22</sup>.

Asimismo, tal como se adelantó, la jueza Ledesma –Sala II– ha considerado que no corresponde la aplicación de la agravante contenida en el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 a los partícipes secundarios<sup>23</sup>.

Por su parte, la Sala III tiene dicho que la subsunción en el tipo penal agravado es correcto si *“se ha verificado la intervención en el hecho de más de tres personas, quienes actuaron conforme la división de roles y distribución de funciones, de manera coordinada y organizada conforme al plan común*”<sup>24</sup>. En el mismo orden de ideas, ha afirmado que *“la aplicación de la agravante que define el art. 11, inc. c, ley 23.737 tiene por fundamento la mayor eficacia delictiva, sin que se requiera una estructura*

---

<sup>19</sup>CFCP, Sala I, causa nro. 12000766, “Cansino”, reg. 333/18, rta. el 09-05-2018.

<sup>20</sup>CFCP, Sala I, causa nro.83000820, “Nacimiento”, reg. 1740/16, rta. el 27-09-2016.

<sup>21</sup>CFCP, Sala II, causa nro. 83000092, “Cuello”, reg. 1111/17, rta. el 13-09-2017.

<sup>22</sup>CFCP, Sala II, causa nro. 5001, “Koch”, reg. 845/17, rta. el 29-06-2017.

<sup>23</sup>Esta postura fue sustentada en un voto emitido mientras integraba circunstancialmente la Sala III. El fallo en cuestión es: CFCP, Sala III, causa nro.42020054, “Cruz”, reg. 328/17, rta. el 28-04-2017.

<sup>24</sup>CFCP, Sala III, causa nro. 11515, “Cubilla González”, reg. Nro. 223/17, rta. el 10/04/17.

*delictiva con permanencia y organizada, sino solo una reunión de individuos con la actuación coordinada*”<sup>25</sup>.

La Sala IV entiende que *“para que se configure la agravante en cuestión, resulta suficiente la presencia de tres o más personas con algún grado de organización a fin de cometer los delitos previstos por la ley 23.737”*<sup>26</sup>. Esto último implica que haya división de roles y funciones en el marco de un plan común, lo que posibilitaría la materialización del proyecto delictivo mediante una actuación coordinada de los intervinientes<sup>27</sup>. A mayor abundamiento, ha sostenido esa Sala que *“para su procedencia no es menester probar circunstancias que hacen a cuestiones de autoría, sino que basta simplemente la concurrencia de los actores en cualquier calidad y aporte”*<sup>28</sup>.

En definitiva, el criterio de la amplia mayoría de los magistrados de la Cámara Federal de Casación Penal –con la solitaria excepción de la jueza Ledesma– es que encuadran en el tipo penal agravado, sin mayores exigencias, tanto la coautoría funcional como la participación necesaria y secundaria. Ello resulta acertado desde la óptica de la literalidad de la norma, pero se ha visto que la interpretación no se agota en esa sola instancia.

En efecto, el tipo penal *“proporciona un ámbito máximo de lo prohibido, que no puede exceder de su resistencia semántica pero que aún así es enorme... El tipo penal no es una fórmula que define lo prohibido, sino sólo una fórmula necesaria para que el derecho penal pueda interpretarla en forma reductora de los ámbitos de hipótesis de prohibición”*<sup>29</sup>.

Sin embargo, se advierte que la Cámara Federal de Casación Penal no ha acudido, en general, a otras herramientas valorativas para circunscribir el espectro de conductas conminadas, más allá de la letra de la ley.

---

<sup>25</sup>CFCP, Sala III, causa nro.32000308, “Betros”, reg. 1402/16, rta. el 20-10-2016.

<sup>26</sup>CFCP, Sala IV, causa nro. 5095, “Fernández”, reg. 429/18, rta. el 04-05-2018.

<sup>27</sup>CFCP, Sala IV, causa nro. 22000029, “Monsalves”, reg. 1129/18, rta. el 31-08-2018.

<sup>28</sup>CFCP, Sala IV, causa nro. 10360, “Ortiz Díaz”, reg. 610/18, rta. el 06-06-2018.

<sup>29</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., p. 434.

En este punto, cabe hacer una salvedad respecto del juez Yacobucci –Sala II–, quien ha sentado su posición, en general, respecto de la interpretación sistemática de la agravante y, en particular, de la remisión al ordenamiento supranacional que se propone en el presente trabajo.

Este magistrado ha dicho que *“a diferencia de los requisitos de la asociación ilícita o de la criminalidad organizada, que suponen un vínculo asociativo jerarquizado, con orden interno, estructura permanente, determinada cualificación de medios o instrumentos –así, por ejemplo, la Convención de Palermo sobre Crimen Organizado, ley 25.632, en particular, art.2, incs. a) y c)–, el art.11 inc. ‘c’ de la ley 23.737 se completa sin más –de acuerdo a la decisión del legislador– con una intervención plural, de tres o más personas, ‘organizadas para cometerlos’”*<sup>30</sup>.

Al respecto, cabe señalar que el legislador nacional tiene plena libertad para redactar los tipos penales, pues constituye una potestad privativa suya. Lo que aquí se sostiene es que, en la tarea de interpretar, el operador jurídico puede y debe valerse de las pautas que emanan del resto del ordenamiento jurídico.

En este caso, las normas de igual rango que la agravante no aportan criterios que permitan circunscribir definitivamente el supuesto de hecho disvalioso. Consecuentemente, cabe acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, pues se trata de un cuerpo normativo de rango superior, que regula la misma materia y que contiene obligaciones dirigidas al Estado en orden a la represión de tal criminalidad. Esta Convención, en su art. 3, inc. 5, apartado “a”, contiene una norma sinónima, pero de mayor jerarquía, que la que expresa el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737.

Por su parte, la remisión al art. 2, inc. “a” y “c”, de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional deviene necesaria a los fines de establecer qué es el *“grupo delictivo organizado”*, mediante la referencia que brinda un cuerpo normativo de igual jerarquía que el anteriormente aludido.

Además, para completar el tipo penal, es inevitable también recordar que la gravedad del castigo previsto en abstracto debe estar en relación de proporcionalidad con el disvalor que es objeto de conminación. En tal sentido, cabe destacar que la

---

<sup>30</sup>CFCP, Sala II, causa nro. 212, “Aparicio”, reg. 2011/18, rta. el 26-11-2018.

delimitación del contenido de injusto a través de la severidad de la pena, sólo ha sido esbozada por el juez Slokar, también perteneciente a la Sala II. En efecto, este magistrado ha afirmado que la configuración de la agravante prevista en el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 exige, en el aspecto objetivo, cierto grado de potencialidad lesiva que la justifique<sup>31</sup>, aunque no ha indicado pautas claras respecto de dicho extremo. El presente trabajo comparte esa línea de pensamiento e intenta profundizarla.

## **V- Conclusión**

La agravante contenida en el art. 11, inc. “c”, de la ley 23.737 constituye una forma calificada de autoría y participación, pues la verificación de su concurrencia remite a circunstancias de hecho que incumben a la manera en que se manifiesta la intervención plural en el delito.

La conclusión que arroja el análisis literal de la norma, considerada en aislado, es que tanto la coautoría funcional, como la participación necesaria y secundaria, resultan subsumibles en la figura.

Seguidamente, el análisis sistemático permite determinar la existencia de otros requisitos. Puntualmente, que haya una estructura organizacional estable y un proyecto criminal con cierta perdurabilidad, exigencia ésta que se agota en que la reunión de personas no sea circunstancial y en que se corrobore un grado de vinculaciones mínimamente sostenido entre ellas, a los efectos de la comisión del hecho.

A su vez, la noción de injusto debe estar en condiciones de explicar la severidad de la pena, pues media entre ambas una insoslayable relación de proporcionalidad. Ello conduce a la exigencia de que se acredite un incremento notorio de la potencialidad lesiva del grupo, como consecuencia de la comisión del delito en la modalidad de organización. En tal sentido, el daño o peligro causado al bien jurídico debe ser incluso mayor del que ya implica, por sí misma, la propia intervención plural.

---

<sup>31</sup>CFCP, Sala II, causa nro. 14404, “Vidal Valenzuela”, reg. 792.13.2, rta. el 19-06-2013