

UNIVERSIDAD DE BELGRANO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL



TRABAJO FINAL INTEGRADOR

***LA PUNIBILIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS EN EL
DELITO DE CONFABULACIÓN DE LA LEY 23.737***

TUTOR: GREGORIO SCHUMACHER

ALUMNO: CRISTIAN ALBERTO TITARELLI

D.N.I.: 32.495.819

MATRÍCULA: 00300

CARRERA: PG. ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL (1507)

ID: P000191895

-2026-

ÍNDICE

1. Introducción
2. Narcotráfico y Crimen Organizado
 - 2.1. Breve historia de las drogas y el prohibicionismo
 - 2.2. Reacción jurídica internacional
 - 2.3. Conclusiones del capítulo
3. De los Modelos de Anticipación Penal
 - 3.1. El delito de confabulación en el modelo de anticipación penal
 - 3.2. Derecho comparado: la importación de la “*conspiracy*” y la tradición continental de los actos preparatorios
 - 3.3. Antecedentes y recepción normativa del adelantamiento punitivo en materia de estupefacientes. El camino hacia la incorporación del art. 29 bis
 - 3.4. Actos preparatorios, injusto de organización y principio de lesividad
 - 3.5. Conclusiones del capítulo
4. El delito de confabulación
 - 4.1. Concepto y estructura del tipo
 - 4.2. Consumación y punibilidad. Condición objetiva: “Actos manifiestamente reveladores”
 - 4.3. Exención de la pena: revelación e impedimento del plan. Vinculación con técnicas de investigación y con el arrepentido
 - 4.4. Participación criminal y concursos
 - 4.5. Convivencia con otras figuras
 - 4.6. Conclusiones del capítulo
5. Límites y legitimidad constitucional del art. 29 bis
 - 5.1. Lesividad como condición de legitimidad de la anticipación
 - 5.2. Principio de legalidad y taxatividad: “actos manifiestamente reveladores”

5.3. Culpabilidad / imputación por hecho propio en dinámicas colectivas

5.4. Proporcionalidad y coherencia del sistema (penas, concursos y efectos)

6. Conclusión

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La comunidad jurídica internacional desde hace varias décadas sostiene la necesidad de que los Estados brinden una respuesta coordinada frente al crimen organizado transnacional. Una pieza central de esta estrategia es la de conseguir a nivel internacional una armonización —al menos en estándares mínimos— de la legislación procesal y punitiva vinculada a este fenómeno delictivo.

En ese contexto, el Estado argentino en cumplimiento de los compromisos que asumió al suscribir los tratados internacionales en materia delictiva tipificó como hechos punibles autónomos a ciertos actos preparatorios vinculados a actividades de tráfico ilegal de estupefacientes. Esta decisión legislativa se inscribe en una forma de comprender el fenómeno de la criminalidad organizada, donde la peligrosidad no deriva únicamente del hecho final, sino del modo organizado en que se preparan los hechos, del reparto de roles y de la capacidad de ejecución que el acuerdo estructura.

Sin embargo, por regla general del modelo clásico de derecho penal, los actos preparatorios permanecen fuera del alcance de la pena. Anticipar la respuesta penal implica admitir que la punibilidad puede adelantarse a comportamientos que, a primera vista, no causan lesión alguna. Cuando el derecho penal se adelanta a fases previas, el control de legitimidad debe ser más estricto. De lo contrario, una excepción puede convertirse en regla. Por eso, el punto no es meramente político-criminal, sino también dogmático y constitucional.

Esta circunstancia se observa con claridad en el régimen penal de estupefacientes argentino. Uno de los supuestos más notorios —y sobre el que girará el desarrollo del presente trabajo— es el artículo 29 bis de la Ley 23.737, que incorpora como figura penal el delito de confabulación. En términos generales, se trata de un tipo que sanciona una etapa previa a la ejecución del tráfico: un acuerdo delictivo acompañado de ‘actos manifiestamente reveladores’ de la decisión de delinquir.

Esto plantea las siguientes preguntas: ¿Cuál es el fundamento de punir un tramo previo? ¿Qué se protege —y con qué grado de riesgo— cuando se sanciona el acuerdo y sus actos preparatorios? ¿Cómo se distingue un pacto punible de una mera deliberación, de un intento incipiente o de conductas ambiguas que sólo parecen incriminantes vistas retrospectivamente? ¿Qué exige, en términos probatorios y de imputación individual, un fenómeno que por definición es colectivo? ¿Qué lugar ocupa, en esta arquitectura, la exigencia de “actos manifiestamente reveladores” y cuáles son los peligros de una formulación demasiado elástica? Sobre todo, corresponde preguntarse cómo se compatibiliza esta figura con los principios que estructuran el sistema penal y

constitucional. En particular, con la lesividad u ofensividad, la legalidad y taxatividad, la culpabilidad por el hecho propio y la proporcionalidad.

Para responder esas preguntas, este trabajo analiza el modelo de derecho penal de anticipación y su proyección en el ordenamiento jurídico argentino, con especial atención en el régimen penal de estupefacientes y particularmente en el delito de confabulación. Ese recorrido exige tres cosas: situar el fenómeno del crimen organizado transnacional y las estrategias diseñadas para enfrentarlo, precisar los bienes jurídicos comprometidos y determinar qué exige el principio de lesividad como límite a la expansión del poder punitivo.

La premisa de partida es simple: cuanto más se adelanta la intervención penal hacia fases previas, más estricta debe ser su justificación. De lo contrario, la punición corre el riesgo de apoyarse en conjeturas antes que en hechos, diluir la imputación individual en dinámicas colectivas y operar como fundamento para intensificar la persecución estatal mediante medidas intrusivas o de coerción. Por eso, la cuestión central no es si la confabulación puede ser punible, sino en qué condiciones puede serlo sin afectar estándares básicos de garantía.

En ese marco, la confabulación del art. 29 bis aparece como un caso especialmente fértil para explorar el problema general de la anticipación penal. Por un lado, expresa la reacción del legislador frente a una criminalidad que planifica, terceriza y se adapta; por el otro, obliga a medir hasta dónde esa reacción puede correr el umbral punitivo sin afectar el núcleo del derecho penal de acto.

Su análisis requiere, en primer término, comprender el trasfondo político-criminal que lo explica: qué significa “anticipar” en el contexto del tráfico de estupefacientes y por qué se consideró que es necesario anticipar la sanción antes de la ejecución. En segundo término, exige precisar con cuidado su estructura típica: qué configura el acuerdo, qué rol cumplen los actos exteriores, qué debe entenderse por “actos manifiestamente reveladores”, qué niveles de concreción demanda el plan y de qué modo se individualiza el aporte de cada interviniente.

En particular, este trabajo se propone:

- (i) Precisar qué clase de injusto se busca captar al sancionar la confabulación y cuál es el estándar de ofensividad que la legitima;
- (ii) Delimitar el alcance de la fórmula ‘actos manifiestamente reveladores’ mediante criterios que reduzcan la discrecionalidad y permitan distinguir conductas inequívocamente incriminantes de meras preparaciones ambiguas;
- (iii) Analizar la imputación subjetiva y el principio de culpabilidad en escenarios colectivos, para evitar la responsabilidad por hecho ajeno o por pertenencia; y

(iv) Evaluar la proporcionalidad de la respuesta penal y su coherencia con el sistema.

La pregunta central de este trabajo es la siguiente: ¿puede el Estado castigar el acuerdo y los actos preparatorios del tráfico de estupefacientes sin que el derecho penal deje de ser un derecho penal de hechos? El art. 29 bis es una toma de posición: afirma que, en determinados contextos, la intervención temprana es necesaria. Este trabajo propone poner esa afirmación a prueba con una exigencia proporcional a lo que está en juego. En particular, busca determinar qué signos exteriores permiten superar el plano de la conjetura, qué límites preservan la imputación por hecho propio y qué interpretación evita que la excepción se convierta en regla.

Con esa finalidad, el trabajo se organiza del siguiente modo:

En el Capítulo 2 se aborda la criminalidad organizada como contexto de expansión de herramientas de excepción.

En el Capítulo 3 se desarrolla el modelo de anticipación penal y la punición de actos preparatorios.

En el Capítulo 4 se estudia el delito de confabulación del art. 29 bis, su estructura y su delimitación frente a figuras afines.

En el Capítulo 5 se evalúa críticamente el tipo a la luz de los principios de lesividad, legalidad y taxatividad, culpabilidad por el hecho propio y proporcionalidad.

Finalmente, se presentan las conclusiones.

2. NARCOTRÁFICO Y CRIMEN ORGANIZADO

2.1. Breve historia de las drogas y el prohibicionismo

El fenómeno de las drogas antecede largamente a su configuración contemporánea como “problema penal”. Desde tiempos remotos, distintas culturas recurrieron a sustancias capaces de alterar el ánimo, la percepción o paliar el dolor, con usos terapéuticos, rituales o recreativos. Sin embargo, lo distintivo de la modernidad no es el descubrimiento de esas sustancias, sino el modo en que ciertos consumos pasaron a ser definidos como una cuestión de control estatal y, progresivamente, de persecución criminal.

A partir de allí, la historia muestra un proceso gradual de creciente regulación, estrechamente vinculado con la expansión del comercio global y con la lógica colonial. En particular, el opio —que circulaba desde antiguo en distintas rutas euroasiáticas— fue adquiriendo una relevancia económica creciente, hasta integrarse en grandes flujos comerciales internacionales. Esa expansión no sólo consolidó mercados de enorme escala, sino que también colocó al Estado frente a un problema que dejó de ser meramente cultural o sanitario para adquirir una dimensión central a nivel económico y político.

En ese marco, comenzaron las primeras reacciones estatales con rasgos abiertamente restrictivos. Es especialmente significativo el caso de China, país que procuró poner a resguardo la economía de su país mediante medidas restrictivas en el comercio de opio con las potencias europeas de ese entonces, Portugal e Inglaterra¹. Sin embargo, estas medidas marcaron la expansión del tráfico clandestino, que llegó a corromper a los funcionarios públicos que debían controlarlo. Ante la ineficacia para contrarrestarlo, se ordenó intensificar los controles, destruir cultivos y endurecer las penas, incluso respecto de los consumidores². Lejos de neutralizar el fenómeno, estas respuestas contribuyeron a consolidar circuitos clandestinos y a potenciar el contrabando, lo que abrió paso a mercados negros, un amento en la corrupción administrativa y el fortalecimiento de los intermediarios ilegales.

Este escenario desembocó en las conocidas Guerras del Opio del siglo XIX. Más allá del trasfondo geopolítico, estos conflictos muestran con particular claridad la tensión que resulta de intentar restringir el comercio de una sustancia altamente rentable. No sólo aparecen resistencias de redes clandestinas locales, sino también de intereses económicos organizados de escala internacional dispuestos a sostener ese mercado. Las

¹ ESCOHATADO, A. Historia General de las Drogas. Edi. Alianza Editorial, año 1998, Pp. 393/397.

² Ídem., p. 393.

medidas restrictivas adoptadas por China fueron interpretadas por Inglaterra como un atentado contra la “libertad de comercio”, lo que derivó en una escalada bélica que concluyó con la imposición de tratados que ampliaron las condiciones de apertura, fijaron indemnizaciones y consolidaron ventajas estructurales para los intereses comerciales británicos³. Si bien el fenómeno era percibido como un problema de contrabando y de comercio ilícito, lo que comenzó a vislumbrarse fue una mayor rentabilidad de un producto prohibido, una mayor organización del mercado clandestino, y una mayor propensión a disputar las decisiones del Estado que intentaban restringir el producto.

Con el correr del tiempo, esa tensión entre regulación, rentabilidad y clandestinidad se articuló con el surgimiento de un prohibicionismo progresivo. La internacionalización del problema fue decisiva: a comienzos del siglo XX, distintas conferencias y tratados fueron construyendo un marco de control creciente, ampliando la lista de sustancias sometidas a fiscalización y habilitando, paulatinamente, respuestas cada vez más gravosas. Estados Unidos desempeñó un rol central en la consolidación de este paradigma. En ese sentido, el problema de las drogas dejó de ser principalmente un fenómeno cultural, comercial o sanitario, y pasó a convertirse en un objeto privilegiado de persecución penal, en un escenario donde la clandestinidad se volvió un componente funcional del negocio.

En la actualidad, el narcotráfico no se presenta como una suma de hechos locales aislados, sino como un circuito transnacional que distribuye tareas y riesgos entre múltiples jurisdicciones. La producción se concentra en ciertos territorios, la transformación y el acopio se desplazan a otros, la logística utiliza corredores y puntos de salida estratégicos, y la comercialización se realiza en mercados de consumo distantes; en paralelo, el flujo financiero y el lavado de activos se canalizan por vías formales e informales que suelen atravesar varios países. El resultado es que un mismo plan criminal puede fragmentarse en tramos que, vistos desde cada Estado por separado, parecen episodios inconexos, pero que en conjunto conforman una empresa ilícita integrada.

Esa estructura en red tiene un efecto inmediato sobre las capacidades estatales: ningún país controla por sí solo toda la cadena. Las organizaciones aprovechan esa fragmentación para reemplazar eslabones, mover operaciones hacia jurisdicciones más permeables o menos coordinadas y reducir la exposición de sus niveles directivos. Por eso, el problema deja de ser predominantemente “interno”: su abordaje requiere de cooperación y, al mismo tiempo, incentiva la construcción de respuestas normativas que permitan intervenir antes de la consumación visible, cuando la organización y la logística ya están en marcha, pero el hecho final aún no se produjo.

³ Ídem., p. 397.

Un ejemplo paradigmático se observa en el tráfico de cocaína. El cultivo de coca es antiquísimo en regiones como Perú y Bolivia; sin embargo, la demanda internacional y la expansión de redes criminales consolidaron circuitos complejos que van desde la producción primaria hasta la comercialización en grandes mercados consumidores, principalmente América del Norte y Europa. Ese circuito requiere coordinación transnacional y la intervención de múltiples grupos criminales, de modo que la caída de un actor no necesariamente afecta la continuidad del negocio.

En este marco, México ocupa un lugar estratégico por su condición de corredor hacia Estados Unidos y por el modo en que distintas organizaciones criminales se disputan territorios, rutas y pasos fronterizos. Esa disputa excede con frecuencia el tráfico de estupefacientes y se conecta con otros mercados ilegales (tráfico de migrantes, armas, extorsión, y todo tipo de contrabando), lo que incrementa el poder económico y territorial de las organizaciones.

Episodios de enfrentamientos abiertos entre organizaciones criminales y fuerzas estatales —así como reacciones armadas que condicionan decisiones inmediatas de las autoridades— permiten advertir hasta qué punto estas estructuras pueden afectar las respuestas institucionales básicas⁴. A ello se le suma un rasgo contemporáneo particularmente relevante: la adaptación y profesionalización de estas organizaciones, que incorporan aprendizajes tácticos, recursos tecnológicos y modalidades operativas cada vez más modernas y complejas. En ciertos contextos, el despliegue de violencia y el nivel de equipamiento alcanzan umbrales capaces de poner en crisis, fácticamente, el monopolio estatal de la coerción⁵.

El fenómeno del crimen organizado planteó —y sigue planteando— desafíos serios para los Estados modernos. Su impacto condiciona respuestas institucionales, impulsa la creación de marcos legales de excepción y pone a prueba los límites de la política criminal. Sin embargo, delinear una definición cerrada del crimen organizado no resulta una tarea sencilla: se trata de un fenómeno dinámico, cuyas estructuras mutan constantemente y adoptan nuevas formas, por lo que su comprensión exige atender tanto a su capacidad de adaptación como a los riesgos que proyecta⁶.

4

https://tn.com.ar/internacional/el-gobierno-de-mexico-reconocio-que-liberaron-al-hijo-de-el-chapo-guzman-par-a-evitar-un-bano-de_1003652.

⁵ VILLALPANDO, W., Crimen organizado transnacional. Características de las redes delictivas internacionales, edit. Astrea, año 2014, p. 27.

⁶ ABOSO, G. Criminalidad organizada y Derecho penal, 1era. ed., BdeF Montevideo, Año 2019, p. 33.

En esa línea, se ha señalado que muchas organizaciones actuales adoptan estrategias más diversificadas: tercerizan funciones, incorporan actores provenientes de otros ámbitos (por ejemplo, estructuras armadas preexistentes), se articulan con segmentos formalmente legalizados y operan como redes cuya flexibilidad dificulta distinguir con nitidez dónde comienza la actividad ilícita y dónde termina. Por eso, la categoría tradicional de “cártel” puede resultar insuficiente para describir estructuras que se comportan, en los hechos, como verdaderas empresas criminales multifuncionales⁷.

Las características que distinguen a las organizaciones contemporáneas son su capacidad de mutar y operar como redes con lógicas empresariales, incorporando terceros contratados, estructuras flexibles y circuitos legales e ilegales combinados, lo cual reduce la exposición de los niveles directivos y dificulta la trazabilidad de las responsabilidades, dando lugar fundamentalmente a maniobras de lavado de activos que permiten a estas entidades utilizar el capital ilícito dentro del mercado formal. Esta dinámica se acompaña, además, del ejercicio sistemático de violencia extrema, en algunos casos con poder de fuego y capacidad operativa capaces de disputar el monopolio estatal de la violencia.

El recorrido histórico expuesto permite advertir una línea de continuidad desde el opio y las disputas comerciales del siglo XIX, pasando por el prohibicionismo y la consolidación de mercados clandestinos, hasta las organizaciones criminales contemporáneas. Pero, a diferencia de las etapas previas, el rasgo distintivo del presente es la configuración transnacional de la cadena ilícita: la organización, la logística y el flujo financiero se distribuyen entre varios Estados, lo que vuelve insuficiente una respuesta legal puramente doméstica. Ese trasfondo explica por qué el tratamiento del narcotráfico dejó de pensarse como un problema exclusivamente interno y comenzó a estructurarse, de manera creciente, a través de instrumentos de cooperación y coordinación internacional. A la vez, también empuja el desplazamiento hacia modelos de intervención penal anticipada, orientados a alcanzar etapas previas de organización y preparación, allí donde la consumación final del hecho suele producirse lejos —en el espacio o en la estructura— de quienes planifican y dirigen.

2.2. Reacción jurídica internacional

En la década de los setenta, la comunidad internacional empezó a advertir que los efectos del crimen organizado resultaban más temibles para la sociedad y las economías nacionales que los derivados de los delitos tradicionales y los propios de la violencia interpersonal. El contexto criminal que se empezó a moldear por ese entonces se integraba

⁷ VILLALPANDO, W. Obra citada, p. 25.

por el delito tradicional de tinte individual y por formas domésticas de crimen organizado, a lo que se le sumaron las actividades criminales coordinadas, geográficamente extendidas y cada vez más diversificadas en torno a múltiples negocios ilícitos altamente rentables.

En razón de este panorama, el asunto captó la atención de los Estados, que comenzaron a darle prioridad en sus agendas de políticas públicas, con miras a desarrollar medidas concretas⁸. En esa dirección, la estrategia se orientó a articular respuestas preventivas y sancionatorias comunes, en vista a unir los vínculos de cooperación judicial entre países y avanzar hacia marcos normativos con niveles aceptables de armonización, capaces de evitar lagunas, contradicciones o zonas de impunidad⁹. Este esfuerzo se vio materializado en la elaboración de instrumentos internacionales que fijan objetivos concretos de lucha contra el crimen organizado, en cuyo marco los Estados parte asumieron el compromiso de adoptar legislaciones internas compatibles con los estándares emanados de esos convenios¹⁰.

Dentro de esos instrumentos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (también llamada “Convención de Palermo”), ocupa un lugar central. La Convención tiene como objeto promover una cooperación coordinada entre los Estados para combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional y ofrece una definición de grupo delictivo organizado que se caracteriza por centrarse en el modo de actuación y no en un catálogo cerrado de delitos. En su artículo 2, entiende por grupo delictivo organizado a *“todo 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 (...) con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*. Esta conceptualización señala que no se requiere necesariamente de una jerarquía rígida ni un diseño sofisticado, pero sí supone permanencia, concertación y orientación a un beneficio material. Asimismo, la referencia a un “grupo estructurado” permite abarcar supuestos en los que no hay funciones estrictamente asignadas ni una estructura formal desarrollada, siempre que exista coordinación estable y continuidad temporal.

El abordaje internacional del crimen organizado, sin embargo, no se agota en esa definición. Aun cuando ciertos organismos concentraron buena parte de sus esfuerzos en el terrorismo, existen múltiples manifestaciones ilícitas que comparten rasgos estructurales de organización y permanencia. Entre ellas pueden ubicarse la trata de personas, el lavado de activos, el narcotráfico, el tráfico ilícito de armas, los fraudes complejos y los delitos

⁸ VILLALPANDO, W. Obra citada, p. 85.

⁹ ABOSO, G., Obra citada, p. XXV.

¹⁰ ABOSO, G. Obra citada, p. 7.

informáticos, así como otras prácticas que evidencian planificación sostenida, división de tareas, capacidad de intimidación, corrupción y disputa por mercados ilegales. En esta línea, la criminalidad organizada no debe ser reducida a ciertos grupos paradigmáticos ni a formatos rígidos, ya que puede adoptar expresiones diversas. Algunas estructuras responden a patrones verticales tradicionales, mientras que otras operan de modo más flexible y descentralizado, como redes criminales que combinan actividades legales e ilegales, articulan intermediarios y utilizan circuitos lícitos para canalizar o legitimar ganancias de origen ilícito.

Incluso, pueden existir agrupaciones que operen exclusivamente dentro de un Estado determinado y que, sin embargo, respondan a un modelo organizado, mientras que otras extienden sus actividades a nivel internacional. Esta distinción no elimina el vínculo entre ambas, ya que las organizaciones transnacionales suelen tener como antecedente estructuras nacionales preexistentes, con las que comparten patrones organizativos y modos de actuación¹¹. Si bien la conceptualización del crimen organizado presenta complejidades, es posible identificar ciertos rasgos estructurales recurrentes como la actuación conjunta y coordinada de varios sujetos, que en los modelos clásicos se organiza de manera vertical y jerárquica, con un nivel directivo que adopta decisiones y reduce su exposición mediante intermediarios.

En el plano contemporáneo, a su vez, se observan formas más dinámicas y descentralizadas, que operan como redes criminales capaces de combinar actividades lícitas e ilícitas y de valerse de negocios formales para legitimar ganancias o financiar nuevos emprendimientos. Por lo general, estas estructuras presuponen pluralidad de integrantes, continuidad temporal y cohesión interna que revelan un proyecto sostenido, con una voluntad criminal colectiva orientada a mantener en el tiempo la actividad ilícita¹². Asimismo, suele aparecer el uso instrumental de la violencia para disciplinar, ejecutar delitos, disputar mercados o intimidar autoridades¹³. En este marco, la naturaleza de los delitos también funciona como pauta de identificación, en tanto actividades como el tráfico ilícito de estupefacientes, la criminalidad económica organizada, los delitos tributarios, la cibercriminalidad, la legitimación de activos, la corrupción o los delitos ambientales aparecen con frecuencia en la operatoria de estas organizaciones, lo que descarta miradas reduccionistas y exige que el concepto acompañe las transformaciones actuales en las formas de organización y comisión de delitos¹⁴.

¹¹ ABOSO, G. Obra citada, Pp. 49 y 52.

¹² Ídem., Pp. 61/62.

¹³ Ídem., p. 63.

¹⁴ Ídem., p. 65.

En coherencia con ese enfoque, la Convención de Palermo no se limita a un “crimen principal”, sino que estructura un marco de persecución y cooperación que se proyecta sobre delitos conexos. En particular, se destacan la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción pública y la obstrucción a la justicia, entre otras conductas asociadas al funcionamiento y sostenimiento de estas estructuras. De manera complementaria, los protocolos aprobados simultáneamente con la Convención fueron el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones¹⁵.

Por otra parte, en lo que respecta en materia de tráfico ilegal de estupefacientes, el marco internacional también se estructuró a partir de instrumentos específicos que dieron base a múltiples legislaciones nacionales. Entre ellos corresponde mencionar la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; el Acuerdo Sudamericano de Estupefacientes que entró en vigor el 26 de marzo de 1977; y la Convención de Viena de 1988¹⁶. La influencia de estos instrumentos en la legislación penal argentina será abordada más adelante, en ocasión de tratar la evolución legislativa en materia de tráfico ilegal de estupefacientes y, en especial, la del delito de confabulación.

Finalmente, en un plano práctico y dinámico de trabajo en contra del crimen organizado, corresponde destacar que en el año 1989 el G7 creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) como entidad intergubernamental, con el objetivo de liderar a nivel global el análisis y el desarrollo de medidas para combatir el blanqueo de capitales, campo que en la actualidad también abarca la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva¹⁷. Específicamente, el GAFI se orienta a identificar modalidades de lavado y financiamiento ilícito, fija estándares globales de protección contra tales riesgos, promover que los países implementen medidas legales, regulatorias y operativas eficaces y evaluar su grado de cumplimiento. Dado que las modalidades criminales evolucionan de manera constante y tienden a adaptarse frente a nuevos controles, el GAFI desarrolla un monitoreo continuo de las tendencias emergentes y emite recomendaciones destinadas a asegurar una respuesta global coordinada para prevenir y combatir la delincuencia organizada, la corrupción y el terrorismo. Tales recomendaciones conforman un marco integral de medidas, emitidas como estándares que permiten su adecuación a los distintos marcos jurídicos, administrativos y operativos de cada país y a

¹⁵ VILLALPANDO, W. Obra citada, Pp. 93/102.

¹⁶ CORNEJO, A. Estupefacientes. Tercera Edición Ampliada y Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Año 2014, p. 52.

¹⁷ <https://www.fatf-gafi.org/en/the-fatf/what-we-do.html>.

las particularidades de sus sistemas financieros. Ante la implementación de una medida para combatirlos, surgen nuevas formas alternativas para sortear los controles, por lo que el GAFI investiga los métodos criminales que se van desarrollando para reforzar continuamente la ayuda a los países a identificar, evaluar y comprender sus riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

2.3. Conclusiones del capítulo

El análisis precedente permite advertir que el narcotráfico no puede ser comprendido como un fenómeno meramente interno ni como una sucesión de episodios aislados. La combinación de prohibición, alta rentabilidad y demanda sostenida ha favorecido la consolidación de mercados clandestinos, con estructuras cada vez más complejas, segmentadas y transnacionales, dotadas de capacidad de recomposición y adaptabilidad. Esa estructura explica por qué, aun cuando se interrumpan tramos de la operatoria (acopios, transportes, intermediarios), la actividad tiende a reconstituirse: los eslabones más expuestos son reemplazables y las decisiones estratégicas suelen quedar resguardadas tras capas de intermediación.

En ese marco, el crimen organizado se presenta como un fenómeno dinámico y adaptable: diversifica negocios ilícitos, combina circuitos lícitos e ilícitos, terceriza funciones y opera crecientemente como red, dificultando la trazabilidad de responsabilidades y la atribución individual de aportes. A la vez, el componente económico no es accesorio sino estructural: el lavado de activos permite insertar y movilizar ganancias ilícitas, sostener la continuidad del negocio, financiar expansiones operativas y, en ciertos casos, capturar o condicionar la capacidad de respuesta estatal mediante corrupción o violencia. Por eso, la dimensión transnacional no solo describe el desplazamiento geográfico de la cadena, sino también el modo en que las organizaciones convierten las diferencias entre jurisdicciones —normativas, institucionales y de coordinación— en una ventaja operativa.

Este trasfondo explica la consolidación de respuestas coordinadas. Por un lado, se fortalecen los instrumentos de cooperación internacional y los esfuerzos de armonización normativa —con la Convención de Palermo como referencia central— y, en el plano financiero, los estándares globales orientados a prevenir la legitimación de activos. Por otro lado, en el terreno estrictamente penal, se expande la tendencia hacia herramientas que buscan intervenir antes de la consumación visible del delito, con el objetivo de alcanzar etapas de organización, planificación y preparación que resultan decisivas en estas estructuras.

Precisamente por ello, el capítulo siguiente se concentrará en el modelo de Derecho penal de anticipación: sus fundamentos, sus límites y las tensiones que genera cuando desplaza el umbral de punibilidad hacia fases previas. Ese marco será el presupuesto necesario para luego abordar el delito de confabulación del art. 29 bis de la Ley 23.737, en tanto es una expresión paradigmática de esa lógica anticipatoria y el punto de partida del examen crítico sobre su compatibilidad con el sistema de garantías.

3. DE LOS MODELOS DE ANTICIPACIÓN PENAL

3.1. El delito de confabulación en el modelo de anticipación penal

La tipificación de la confabulación como delito autónomo obedeció a una decisión del Estado en hacer frente al crimen organizado transnacional, en este caso vinculado al tráfico ilegal de estupefacientes. Esa respuesta estatal se apoya en una política criminal propia del modelo de anticipación penal, que responde a una lógica distinta a la del paradigma clásico.

En el modelo clásico, la intervención penal se justifica recién ante la lesión efectiva de bienes jurídicamente tutelados, producida por un hecho delictivo. Frente a estos casos, la respuesta punitiva actúa, típicamente, respecto de delitos de resultado. En cambio, el modelo de anticipación penal adelanta la intervención punitiva a un momento previo a la lesión de los bienes jurídicos protegidos por la ley. Esta política se funda en que las conductas sancionadas proyectan una afectación a bienes jurídicos.

La legitimidad de este paradigma descansa en la peligrosidad propia de ciertas organizaciones ilícitas. Su existencia permite presumir una relación entre determinadas conductas y la futura comisión de un delito, porque ya implican una actuación organizada y dolosa. En este marco, el adelantamiento de la respuesta penal se explica porque, en determinados contextos, esperar a la consumación del hecho o al comienzo de ejecución reduce la eficacia de la persecución. Además, puede dejar intactas —o incluso consolidar— estructuras caracterizadas por su capacidad de recomposición y por la segmentación de tareas. El objetivo de trabajar en base a este modelo es dotar a las fuerzas de seguridad y a los funcionarios judiciales de herramientas legales más eficaces para combatir los riesgos propios de estas actividades criminales¹⁸.

En materia de tráfico de estupefacientes, el legislador afronta este fenómeno delictivo mediante un régimen penal específico. Allí, la noción de 'tráfico' funciona como un concepto global que abarca distintas conductas vinculadas entre sí como etapas de un proceso unitario. De este modo, la lógica de intervención ya no queda limitada a los delitos de resultado. También alcanza conductas ubicadas en fases anteriores, consideradas funcionales a la puesta en marcha y consolidación del negocio ilícito.

De allí que, en el modelo de anticipación el Derecho penal tiende a operar mediante tipos de organización. Estos se diferencian de los tipos tradicionales de resultado, en cuanto ya no se refieren únicamente a un hecho concreto que lesiona efectivamente un bien jurídico individual, sino a un suceso global que comprende distintas etapas relacionadas entre sí. En esa técnica legislativa suelen reiterarse tres rasgos: (i) la

¹⁸ ABOSO, G. obra citada, p. 441.

tutela de bienes jurídicos colectivos; (ii) la regulación como delitos de peligro —frecuentemente de peligro abstracto—; y (iii) la excepción al principio general de impunidad de los actos preparatorios.

En el caso particular de la confabulación (art. 29 bis Ley 23.737), la anticipación se manifiesta con especial intensidad, pues se trata de una figura orientada a punir actos preparatorios. Sin embargo, el legislador no prescinde por completo de un umbral mínimo de exteriorización: exige que alguno de los integrantes realice “actos manifiestamente reveladores” de la decisión común¹⁹. Esa fórmula pretende cumplir una función de garantía: marcar una frontera entre el ámbito meramente interno —ajeno al Derecho penal— y una fase externa con significación jurídico-penal.

Este adelantamiento de la barrera de punición, aun cuando se presenta como una herramienta para enfrentar estructuras organizadas, genera tensiones con el sistema de garantías constitucionales. En particular, aquellas que se vinculan con el principio de lesividad y con el principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto el riesgo de expansión punitiva se incrementa cuando el legislador se desplaza hacia fases previas a la lesión o incluso al comienzo de ejecución. Precisamente por ello, el análisis del modelo de anticipación penal no puede agotarse en su utilidad político-criminal: exige también examinar sus límites y sus condiciones de legitimidad.

3.2. Derecho comparado: la importación de la “*conspiracy*” y la tradición continental de los actos preparatorios

El análisis comparado resulta útil para comprender el “lugar” que ocupa la confabulación dentro del sistema penal²⁰. En efecto, la figura prevista en el art. 29 bis de la Ley 23.737 no es una creación dogmática autóctona, sino que encuentra su antecedente más claro en el derecho anglosajón, particularmente en el instituto de la *conspiracy*, cuya expansión histórica se vincula con una lógica preventiva y con una concepción distinta acerca de cuándo el Estado puede intervenir penalmente.

Este contraste cobra relevancia porque el derecho continental ha construido como regla general la impunidad de los actos preparatorios, admitiendo anticipaciones sólo de modo excepcional y explícito. Por ello, el examen comparado no se limita a describir soluciones normativas; permite advertir que la decisión de castigar acuerdos o actos preparatorios expresa, en cada sistema, un modo particular de equilibrar eficacia preventiva y garantías.

¹⁹ ABOSO, G. Obra citada, Pp. 431/432.

²⁰ CORNEJO, A. Obra citada, p. 213.

La *conspiracy* se consolidó históricamente como una figura que atribuye relevancia jurídico-penal al acuerdo criminal en sí mismo, con independencia de que el delito proyectado se ejecute o se consume. Su origen se remonta al derecho inglés, donde inicialmente se vinculó con abusos del procedimiento penal y con acuerdos para perjudicar a terceros mediante denuncias falsas. Con el paso del tiempo, su alcance se extendió y pasó a abarcar acuerdos destinados a cometer delitos comunes, con un desarrollo doctrinario y jurisprudencial que reforzó su utilidad como instrumento de prevención²¹.

Sin embargo, esta lógica no es uniforme ni carece de límites. La experiencia anglosajona muestra discusiones recurrentes sobre el alcance de la punición del acuerdo y sobre su relación con el delito-fin: por ejemplo, el riesgo de duplicación de reproches (cuando se castiga el acuerdo y además se castiga el delito finalmente cometido), la dificultad para fijar criterios claros sobre el grado de determinación del plan, y la tensión entre prevención y libertad individual cuando la figura se utiliza para extender en exceso el ámbito de lo punible. Estos problemas, precisamente, explican por qué el trasplante de la conspiracy en un sistema continental exige un esfuerzo adicional de delimitación.

En los Estados Unidos, la *conspiracy* adquirió un desarrollo particularmente amplio, tanto a nivel federal como en los distintos ordenamientos estatales. Una de sus notas distintivas es que, en numerosos casos, además del acuerdo se exige la realización de algún acto ulterior destinado a poner en marcha el plan (overt act), lo que procura introducir un umbral mínimo de exteriorización y evitar que el castigo recaiga sobre una mera convergencia de voluntades no proyectada al mundo externo.

Este requisito cumple una función similar a la que, en el derecho argentino, parece perseguir la fórmula “actos manifiestamente reveladores” del art. 29 bis: ambos intentan construir un filtro que distinga la simple deliberación o intención del comienzo de una actividad objetivamente verificable vinculada al plan delictivo. No obstante, el sistema estadounidense también exhibe discusiones sobre el alcance de ese filtro, la determinación del acto exigido, la posibilidad de desistimiento y la interacción con los delitos que, por su propia estructura, requieren pluralidad de sujetos.

En términos político-criminales, esta configuración refuerza la idea de que el derecho anglosajón admite con mayor facilidad la punición anticipada, pero también evidencia que incluso dentro de esa tradición se procuran mecanismos para evitar un castigo puramente “mental” o excesivamente distante del peligro.

El derecho español resulta ser un sistema jurídico útil para utilizar como contraste porque se estructura sobre la regla general de la impunidad de los actos preparatorios,

²¹ VILLALPANDO, W. Obra citada, p. 68.

justamente por la distancia que los separa de la lesión del bien jurídico²². En esa línea, el Código Penal español recepta de modo expreso y excepcional figuras como la conspiración, la proposición y la provocación, como modalidades de anticipación que sólo se admiten en los casos en que el legislador las prevé específicamente.

La evolución histórica española muestra oscilaciones que permiten extraer una conclusión general: los modelos más autoritarios tendieron a ampliar la punición de actos preparatorios y a utilizar la anticipación penal con una lógica de control; los modelos más liberales, por el contrario, limitaron esas anticipaciones y reservaron la intervención penal para fases más próximas a la ejecución. Esta trayectoria no es un dato meramente descriptivo: pone en evidencia que la anticipación funciona como un punto particularmente sensible para medir el compromiso del sistema con el principio de lesividad y con la idea de un Derecho penal del hecho.

En suma, mientras la tradición anglosajona tiende a considerar el acuerdo criminal como un fenómeno punible por su peligrosidad propia y por su utilidad preventiva, el derecho continental se muestra más cauteloso y procura mantener como regla la impunidad de la preparación, admitiendo excepciones estrictas. Esta confrontación ilumina el núcleo del problema que presenta el art. 29 bis, en tanto al introducir una figura que castiga actos preparatorios bajo una racionalidad cercana a la *conspiracy* hace indispensable precisar con rigor cuál es el umbral de exteriorización exigido y cuáles son los límites constitucionales que impiden que la punición recaiga sobre ámbitos propios del pensamiento o de la mera deliberación.

3.3. Antecedentes y recepción normativa del adelantamiento punitivo en materia de estupeficientes. El camino hacia la incorporación del art. 29 bis

El estudio de la confabulación prevista en el art. 29 bis de la Ley 23.737 exige advertir, en primer lugar, que la punición del acuerdo criminal no es una idea enteramente ajena a nuestro derecho, aun cuando el Derecho penal argentino —de matriz continental— haya sostenido históricamente como regla general la impunidad de los actos preparatorios. La existencia de antecedentes normativos internos permite contextualizar el debate actual y comprender que el legislador recurrió a técnicas de tutela anticipada en ámbitos considerados especialmente sensibles, aunque con alcances y finalidades diferentes.

En esa línea, el Código Penal de 1886 contempló la figura del complot, entendida como el acuerdo de dos o más personas para cometer un delito con promesa de auxilio recíproco, aun cuando el hecho no llegara a consumarse. Ese régimen contenía reglas

²² PUIG, M. Derecho Penal, Parte General, 8va. edición, editorial Reppertor, Año 2008, Pp. 337/344.

específicas sobre pena y supuestos de exención vinculados con la denuncia o el desistimiento oportuno, lo que evidencia que ya entonces se percibía el riesgo de adelantar la punición y, correlativamente, la necesidad de introducir filtros para evitar un castigo desligado de cualquier exteriorización relevante.

El Proyecto de 1891 eliminó el complot y orientó la respuesta hacia la asociación ilícita como delito autónomo, desplazando el foco desde el acuerdo puntual hacia la existencia de una organización estable destinada a delinquir. Con variaciones, esa orientación se mantuvo en el proceso que desembocó en el Código Penal de 1921. A su vez, el derecho argentino conservó supuestos de anticipación excepcional en materias vinculadas con la seguridad de la Nación y el orden constitucional, donde la conspiración aparece como técnica de tutela anticipada reservada para hipótesis particularmente sensibles.

El derecho argentino muestra un recorrido normativo que permite comprender la progresiva ampliación del sistema de control del tráfico. En el Código Penal de Tejedor de 1867, dentro de los delitos contra la salud pública, se incorporaron previsiones que sancionaban la elaboración o expendio de sustancias nocivas y la adulteración o envenenamiento de bebidas o comestibles destinados al consumo público. El foco de estas figuras no estaba puesto en el consumo como fenómeno social, sino en la circulación fraudulenta de sustancias capaces de afectar la salud colectiva, con énfasis especial en la obtención de ganancias mediante engaño o adulteración²³. Los proyectos y códigos sucesivos conservaron ese esquema inicial, aunque con algunas variaciones de redacción.

Un giro más próximo al régimen contemporáneo comenzó a delinearse con las leyes 11.309 (1924) y 11.331 (1926), orientadas principalmente a la represión del tráfico de alcaloides o narcóticos. Estas normas procuraron castigar la circulación irregular de dichas sustancias y su introducción clandestina al país. La ley 11.331, en un intento estatal por controlar la disponibilidad de estas sustancias por fuera de los canales autorizados, amplió ese marco al receptar también la tenencia ilegítima de alcaloides o narcóticos²⁴.

En el plano internacional, el Decreto-Ley 7672/63 aprobó la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, lo que marcó un punto de inflexión en la recepción interna de compromisos asumidos en materia de fiscalización y persecución del tráfico. En esa dirección, la ley de facto 17.567 incorporó delitos vinculados al tráfico de estupefacientes y mantuvo la punición de la tenencia ilegítima cuando excedía las cantidades

²³ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. R. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomos 14 A. Edit. Hammurabi, Año 2914, Pp. 85/86.

²⁴ Ídem., p. 88.

correspondientes al uso personal²⁵. Posteriormente, la ley 20.509 restableció la vigencia de disposiciones anteriores²⁶, y la ley 21.422 aprobó el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos.

La ley 20.771 (1974) constituyó la primera ley específica sobre estupefacientes. En el debate parlamentario de su sanción, la droga fue identificada como un flagelo social y se sostuvo la necesidad de reprimir con severidad el tráfico como respuesta a un agravamiento de estos delitos. En ese marco, se amplió el catálogo de conductas típicas y se buscó abarcar integralmente las distintas etapas del circuito de elaboración, tenencia y comercialización, consolidando la técnica de regulación especial por fuera del Código Penal²⁷.

Ahora bien, la incorporación de una figura de confabulación en materia de estupefacientes se explica primordialmente por el proceso posterior de internacionalización del combate al narcotráfico y de armonización legislativa, del que venimos hablando desde el comienzo de este trabajo. En particular, a partir de la Convención de Viena de 1988 (aprobada por Ley 24.072) se fijaron compromisos para los Estados tendientes a fortalecer la persecución del tráfico ilícito y de sus manifestaciones organizadas, incluyendo la necesidad de tipificar formas de intervención previa, como la asociación y la confabulación, y de adecuar el derecho interno a estándares que faciliten la cooperación internacional.

Ese proceso culminó con la sanción de la ley 23.737 (1989), que derogó el núcleo central de la ley 20.771 y mantuvo la modalidad de concentrar en un solo cuerpo normativo las conductas vinculadas al tráfico de estupefacientes, ampliando y modificando los tipos penales. Esta ley incorporó además previsiones orientadas a fortalecer la investigación, como el levantamiento del secreto bancario y tributario, la posibilidad de actuación judicial fuera de la jurisdicción territorial y la postergación de secuestros o detenciones cuando su ejecución inmediata pudiera comprometer el éxito de la pesquisa. Asimismo, merece destacarse que el art. 25 introdujo una figura vinculada con la legitimación de activos provenientes de delitos previstos en el propio régimen, en línea con los compromisos internacionales asumidos, aunque esta solución sería luego reemplazada por un modelo penal autónomo en materia de lavado²⁸.

Más adelante, la ley 24.424 (1994) incorporó nuevas figuras a la ley 23.737, entre ellas, el delito de confabulación (art. 29 bis), junto con técnicas especiales de investigación pensadas para enfrentar supuestos de criminalidad organizada. Entre esas herramientas

²⁵ Ídem., Pp. 92/93.

²⁶ Ídem., p. 95.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem. Pp. 104/106.

se destacaron el agente encubierto, la ampliación de la entrega vigilada, mecanismos reforzados de protección de testigos e imputados colaboradores y la previsión de medidas de resguardo para denunciantes. La finalidad explícita del legislador fue dotar a las autoridades estatales de medios idóneos para investigar y sancionar delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, concebidos ya no como episodios aislados sino como manifestaciones complejas asociadas a estructuras organizadas²⁹. En este punto se advierte con nitidez la transición hacia el modelo de anticipación penal: se amplía el catálogo punitivo y se refuerza la persecución en fases previas y estructurales del fenómeno criminal.

En materia de lavado de activos, la ley 25.246 (2000) produjo un reordenamiento sustancial: derogó el art. 25 de la ley 23.737 y tipificó el lavado de activos de origen delictivo dentro del Código Penal como una modalidad del encubrimiento. Paralelamente, instauró un sistema de prevención y contralor apoyado en estándares internacionales y creó la Unidad de Información Financiera (UIF), asignándole facultades para recibir, analizar y transmitir reportes sobre operaciones sospechosas. Además, estableció un régimen sancionatorio administrativo para supuestos de incumplimiento de deberes de información por parte de sujetos obligados, con control judicial posterior³⁰.

La evolución normativa argentina también contempla figuras generales que recogen el núcleo mínimo de la criminalidad organizada. En particular, el Código Penal tipifica en los artículos 210 y 210 bis dos modalidades de asociación ilícita: el primero exige pluralidad de integrantes, vocación de permanencia y finalidad delictiva compartida, mientras que el segundo agrava el reproche cuando la organización adopta un perfil de tipo militar, con mayor jerarquización y peligrosidad. Este marco evidencia que la caracterización del crimen organizado no se agota en una forma estructural única, sino que requiere atender a su dinámica y a su proyección sobre distintos mercados ilícitos³¹.

De este modo, la legislación argentina recoge los criterios básicos que permiten identificar a las agrupaciones delictivas, aunque es claro que la caracterización del crimen organizado no puede agotarse en la mera estructura formal que adopten. Limitar la noción solo a ciertos grupos emblemáticos o a delitos de extrema gravedad, como el terrorismo, implicaría una visión reducida e incompleta del fenómeno.

En la misma línea se inscribe la Ley 27.786, titulada “Organizaciones Criminales”, sancionada el 20 de febrero de 2025 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de marzo de

²⁹ Ídem., Pp. 110/111.

³⁰ Ídem., p. 113.

³¹ Ídem., p. 69.

2025, que buscó brindar herramientas específicas en materia de investigación y sanción de organizaciones criminales. Esta norma adopta un criterio amplio de definición de organización criminal, entendiendo por tales a los grupos de tres o más personas que actúan concertadamente durante cierto tiempo y prevé una cláusula de recepción de ciertos instrumentos internacionales relevantes en la medida en que resulten operativos, entre los cuales se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada por la ley 24.072. Por su parte, a los fines de habilitar la aplicación de las técnicas especiales de investigación que la propia ley establece, incorpora la presunción de que las actividades ilícitas incluidas en su catálogo de delitos, entre ellos los tipificados en la Ley 23.737, tienen vinculación con organizaciones criminales ante la verificación de ciertas situaciones objetivas como la reiteración delictiva, control territorial o intimidación de la población y de autoridades estatales, entre otras hipótesis.

En definitiva, el recorrido legislativo argentino permite advertir un tránsito desde un paradigma asociado a la protección de la salud pública frente a sustancias nocivas, hacia un régimen especial orientado a abarcar integralmente el tráfico de estupefacientes, y finalmente hacia una fase en la que se incorporan herramientas de persecución propias de la criminalidad organizada y del modelo de anticipación penal. En ese marco, el art. 29 bis se presenta como una pieza singular: expresa la decisión de intervenir antes de la ejecución, sobre la etapa de acuerdo y preparación, lo que vuelve imprescindible examinar sus elementos, sus fundamentos y sus límites.

3.4. Actos preparatorios, injusto de organización y principio de lesividad

El punto más delicado del modelo de anticipación penal aparece al determinar en qué medida puede sancionarse una conducta ubicada antes del comienzo de ejecución del delito-fin. El Derecho penal clásico se estructura sobre el principio del hecho: no sanciona pensamientos, sino acciones externas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. En términos constitucionales, esta idea se conecta con el art. 19 de la Constitución Nacional, que excluye de la autoridad estatal los actos privados que no perjudiquen a terceros³². Por ello, cuando el legislador decide criminalizar actos preparatorios, se incrementa el riesgo de afectar espacios de privacidad y de expandir el poder punitivo hacia zonas tradicionalmente ajenas al Derecho penal.

³² D 'ALLESIO, A. Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado" 2da. edición actualizada y ampliada, Edit. La Ley, 2010, tomo I, p. 693.

Desde esa perspectiva, el artículo 19 de la Constitución Nacional —en cuanto consagra el principio de reserva— opera como una barrera que impide convertir la intervención penal en un mecanismo de control de intenciones. La distinción entre lo interno y lo externo marca el umbral a partir del cual el Derecho penal puede intervenir sin desnaturalizarse³³. La dificultad radica en que este umbral no se identifica automáticamente con la consumación del delito. Entre el pensamiento y el resultado existe un amplio tramo de conductas posibles³⁴, y el problema consiste en determinar en qué punto una conducta deja de pertenecer al ámbito de lo privado y pasa a exhibir una proyección lesiva relevante para el ordenamiento jurídico.

En este escenario se introduce la clásica distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución. Los primeros suelen describirse como aquellos comportamientos orientados a crear condiciones para la realización del hecho: la adquisición de medios, la planificación logística, la vigilancia del lugar, la búsqueda de cómplices, la preparación de documentación, entre otros supuestos típicos. Los segundos, en cambio, se identifican con el inicio de la realización típica: el momento en que el autor comienza a desplegar la conducta que integra el tipo penal y que se dirige de manera inmediata a la consumación³⁵. Esta distinción funciona, en el paradigma clásico, como fundamento de la regla general según la cual los actos preparatorios son impunes, mientras que el comienzo de ejecución habilita la punición, al menos, en el marco de la tentativa.

Ahora bien, precisamente porque el modelo de anticipación penal se dirige a criminalidad organizada, esta distinción experimenta un desplazamiento. En ese contexto, ciertos actos preparatorios dejan de ser manifestaciones aisladas o ambiguas y pasan a integrarse en una secuencia organizada que, por su estructura colectiva, incrementa la probabilidad de ejecución del plan. Dicho de otro modo, la anticipación penal presupone que el riesgo que proyecta una organización no se reduce a un acto puntual, sino que se construye por acumulación de conductas coordinadas y por la consolidación de un acuerdo funcional al delito. Esta es la razón por la cual el legislador tiende a crear figuras que no se limitan a castigar el resultado, sino que procuran intervenir sobre etapas previas que se consideran particularmente relevantes desde el punto de vista preventivo.

En este marco cobra sentido la noción de “injusto de organización”, elaborada especialmente por la dogmática alemana para describir supuestos en los que la peligrosidad no se agota en un acto singular, sino en la estructura organizada de un

³³ ZIFFER, P. El delito de asociación ilícita, Editorial Alveroni, Año 2005, Pp. 43/47.

³⁴ PUIG, M. Obra citada, Pp. 337/338.

³⁵ Ídem., p. 338.

fenómeno³⁶. En estos tipos, el injusto no reside exclusivamente en la lesión concreta, sino en la creación de un estado de cosas peligroso o en la consolidación de una estructura que torna probable la lesión futura.

El régimen de estupefacientes ofrece un terreno especialmente propicio para este tipo de construcción. La ley describe el “tráfico” como un fenómeno que comprende distintas etapas: producción, transporte, almacenamiento, comercialización, financiación, organización y otras conductas funcionales. Esa técnica legislativa sugiere que, en este campo, el legislador no concibe el delito como un evento aislado, sino como un proceso, y por eso tiende a cerrar espacios de impunidad mediante la previsión de figuras que abarcan no sólo el resultado, sino también conductas previas que integran el circuito del negocio ilícito.

Sin embargo, admitir que el régimen penal de estupefacientes se estructura bajo una lógica de injusto de organización no resuelve por sí mismo el problema de legitimidad. La cuestión decisiva sigue siendo el principio de lesividad: el Derecho penal sólo puede intervenir si existe lesión o, al menos, un peligro relevante para el bien jurídico, de los cuales le compete su protección³⁷. El adelantamiento punitivo no puede justificar una intervención sin límites; por el contrario, cuanto más se aleja la conducta del resultado, mayor debe ser la exigencia de fundamentación, y más estricto debe ser el control de compatibilidad con el sistema de garantías.

En este punto se vincula el debate con la determinación del bien jurídico. Tradicionalmente, la doctrina identifica a la “salud pública” como el bien jurídico tutelado por el régimen de estupefacientes. Esta concepción se apoya en que el tráfico ilícito de drogas no se proyecta sobre una víctima individual determinada, sino sobre una pluralidad indeterminada de personas, generando un riesgo común vinculado con la difusión y propagación de sustancias que pueden comprometer el bienestar físico y psíquico de la población³⁸.

Ahora bien, aun aceptando la salud pública como bien jurídico, subsiste la pregunta central: ¿qué tipo de peligro se requiere para afirmar que una conducta preparatoria resulta lesiva? El problema se intensifica cuando la figura se configura como un delito de peligro abstracto, porque allí la ley no exige la constatación de un riesgo concreto en el caso, sino que presume que la conducta es peligrosamente idónea en términos generales. En estas hipótesis, el sistema penal se apoya en una presunción

³⁶ ABOSO, G. Obra citada, p. 448.

³⁷ CORNEJO, A. Obra citada, Pp. 34/39.

³⁸ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 164.

legislativa de peligrosidad que puede ser funcional a la prevención, pero que también eleva el riesgo de desborde punitivo si se utiliza sin controles.

La confabulación del art. 29 bis presenta un nivel adicional de complejidad, porque no sólo anticipa la punición, sino que lo hace sobre una conducta que se ubica —al menos conceptualmente— en el plano de la preparación. Por ello, se señala que el riesgo de daño se encuentra aún más lejano, en la medida en que la peligrosidad no deriva directamente del tráfico ya desplegado, sino de un acuerdo destinado a cometer delitos que, a su vez, suelen ser tipificados bajo formas de peligro³⁹. Sea cual fuere la etiqueta, lo relevante es que el adelantamiento exige un estándar particularmente exigente para afirmar que la conducta supera el ámbito de lo privado y alcanza el umbral de lesividad requerido.

En ese punto se ubica la condición de punibilidad del delito que, al menos en términos normativos, parece funcionar como garantía: el requisito de que alguno de los integrantes realice “actos manifiestamente reveladores” de la decisión común. Esta fórmula busca evitar que la confabulación se confunda con un estado mental o con una mera deliberación, y pretende anclar la punibilidad en una exteriorización objetiva. Sin embargo, el problema no se resuelve con la sola presencia de la fórmula. Todo depende de cómo se interprete ese requisito. Si se lo entiende de manera laxa, el tipo puede convertirse en una herramienta expansiva que abarque conductas ambiguas o todavía ubicadas en la esfera privada. Si se lo interpreta de manera estricta, puede operar como un instrumento excepcional de prevención frente a la criminalidad organizada, sin invadir ámbitos constitucionalmente vedados.

Por ello, la controversia principal no se agota en discutir si el legislador puede o no castigar actos preparatorios. El núcleo del debate reside en fijar un criterio que permita distinguir, dentro del campo preparatorio, aquello que permanece en el plano de lo privado o de lo equívoco, de aquello que, por su grado de exteriorización y por su conexión funcional con un plan delictivo, puede considerarse lesivo en términos constitucionalmente tolerables. En otras palabras, el problema consiste en determinar qué debe entenderse por “actos manifiestamente reveladores” y qué nivel de determinación debe tener el acuerdo para afirmarse que existe un riesgo jurídicamente relevante para la salud pública.

En este punto, el análisis dogmático debe recuperar dos exigencias básicas. En primer lugar, que la exteriorización no sea meramente formal o trivial, sino objetivamente verificable y conectada con el plan. En segundo lugar, que la interpretación del tipo no habilite una criminalización de la mera predisposición delictiva, porque eso equivaldría a sustituir el Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor, incompatible con el sistema de garantías. En definitiva, el adelantamiento punitivo sólo puede considerarse

³⁹ Ídem., p. 166.

legítimo si se mantiene dentro de un marco de excepcionalidad y si se interpreta de modo tal que preserve el principio de lesividad y el principio de reserva.

Con este marco delineado, se encuentra preparado el terreno para el análisis del capítulo siguiente. En efecto, si la confabulación constituye una manifestación característica del modelo de anticipación penal en materia de estupefacientes, su evaluación exige descender al plano del tipo penal concreto: identificar sus elementos, precisar el alcance del acuerdo exigido, delimitar el contenido de los “actos manifiestamente reveladores” y distinguir la figura frente a categorías próximas (tentativa, participación, asociación ilícita y agravantes específicas). Sólo a partir de ese examen será posible responder si el art. 29 bis se mantiene dentro de los límites constitucionalmente tolerables o si los excede.

3.5. Conclusiones del capítulo

El desarrollo del presente capítulo permitió ubicar al delito de confabulación del art. 29 bis de la Ley 23.737 dentro de un modelo de anticipación penal que se estructura como respuesta político-criminal frente a fenómenos de criminalidad organizada vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes⁴⁰. En este marco, el adelantamiento de la intervención penal se justifica, en términos generales, por la idea de que la actuación organizada y concertada incrementa la peligrosidad: no sólo refuerza la decisión delictiva, sino que facilita la división de tareas, la acumulación de recursos y la ejecución efectiva de planes que, por su carácter transnacional y su capacidad de recomposición, suelen frustrar estrategias de persecución ancladas exclusivamente en hechos consumados.

El análisis comparado mostró que la punición del acuerdo criminal posee un desarrollo especialmente significativo en la tradición anglosajona, donde la *conspiracy* se concibe como herramienta preventiva basada en la peligrosidad propia del concierto y en la necesidad de intervenir antes de la consumación. En cambio, los sistemas de matriz continental, como el derecho español y el argentino, mantienen como regla la impunidad de los actos preparatorios y admiten la anticipación sólo como excepción expresa y acotada. Este contraste resulta decisivo para el problema central de la tesis, porque permite comprender que la confabulación argentina introduce, en un ordenamiento de tradición continental, una racionalidad preventiva cercana a la *conspiracy*, lo que impone un control más exigente de compatibilidad con el sistema de garantías.

A su vez, se verificó que el adelantamiento punitivo no es completamente ajeno a nuestro derecho, ya que existieron antecedentes de punición del acuerdo, como el complot

⁴⁰ ABOSO, G. Obra citada, Pp. 169, 175, 458 y 465.

del Código Penal de 1886, y subsisten hipótesis de conspiración en materias vinculadas con la seguridad del Estado. Sin embargo, la incorporación de la confabulación al régimen de estupefacientes se explica sobre todo por la internacionalización del combate al narcotráfico, en particular por los compromisos asumidos por el Estado nacional al suscribir la Convención de Viena de 1988, y por el proceso normativo interno que culminó con la Ley 24.424, que incorporó el art. 29 bis junto con técnicas especiales de investigación dirigidas a la persecución de la criminalidad organizada.

Finalmente, en el presente capítulo se delimitó el núcleo de la controversia: cuanto más se adelanta la barrera de punición, mayor es el riesgo de sobrepasar los límites del principio de lesividad y el principio de reserva del art. 19 CN. La confabulación se ubica precisamente en esa zona de tensión, por cuanto sanciona conductas situadas antes del comienzo de ejecución⁴¹. Por ello, la legitimidad del tipo no puede derivarse de su utilidad preventiva, sino de la verificación de un estándar suficiente de exteriorización y de riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico tutelado. En este sentido, el requisito de “actos manifiestamente reveladores” aparece como una pieza central que pretende evitar que la punición recaiga sobre meras intenciones o deliberaciones y anclar la intervención penal en una manifestación externa objetivamente verificable. No obstante, su eficacia como filtro dependerá del modo en que sea interpretado, pues una lectura laxa puede habilitar una expansión punitiva incompatible con el Derecho penal del hecho, mientras que una interpretación estricta puede preservar el carácter excepcional de la figura.

Con este marco general delineado, corresponde ahora descender al análisis específico del art. 29 bis: sus elementos típicos, la estructura del acuerdo exigido, el alcance de los actos reveladores, los criterios de delimitación frente a categorías cercanas (tentativa, participación, asociación ilícita) y, en definitiva, la evaluación de su compatibilidad con los límites constitucionales que estructuran el poder punitivo.

⁴¹ Ídem., p. 432.

4. EL DELITO DE CONFABULACIÓN

4.1. Concepto y estructura del tipo

La Ley 23.737 en su artículo 29 bis establece: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una confabulación de dos o más personas, para cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 5,6,7, 8, 10 y 25 de la presente ley, y en el artículo 866 del Código Aduanero.*

La confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado.

Quedará eximido de pena el que revelare la confabulación a la autoridad antes de comenzado la ejecución del delito para el que se había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realización del plan”.

La confabulación es la voluntad de cometer un delito revelada por actos exteriores. Esta resolución delictiva manifestada queda comprendida en una categoría intermedia entre la “fase interna” del *iter criminis* —que incluye la ideación, la deliberación y la resolución delictiva— y la “fase externa” —que abarca los actos preparatorios, la tentativa, el delito frustrado, el delito consumado y el delito agotado—. Se la identifica mediante actos exteriores, los cuales, al haber atravesado la etapa de la fase interna de la ideación, deliberación y resolución, todavía no llegaron a la etapa de ejecución del hecho⁴². De allí que el tipo combine dos planos que deben distinguirse: por un lado, la consumación del delito en el momento del acuerdo; por el otro, su punibilidad, que queda condicionada a la realización de actos manifiestamente reveladores, exigencia que opera como filtro para evitar que la figura derive en la punición de una mera intención.

Sin exigir una calidad especial en los confabulados, la figura requiere un sujeto activo plural. La norma requiere como mínimo dos personas, sin determinar un número máximo. Esta pluralidad de intervinientes tiene que existir al momento de la realización de la acción típica y en la etapa en la que el delito alcanza su punibilidad⁴³.

Esto indica que los confabulados pueden abandonar el acuerdo. Ese abandono puede ser relevante si ocurre antes de que se cumpla la condición objetiva de punibilidad prevista en la norma. Así, bajo esta condición el alejamiento del acuerdo puede liberarlos de responsabilidad penal, siempre que el plan haya continuado y alcanzado una instancia de punibilidad.

⁴² BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 157.

⁴³ Ídem., p. 179.

Si la confabulación involucra solo a dos personas, puede ocurrir que una abandone el plan antes de que se verifique la condición objetiva de punibilidad y la otra continúe por su cuenta. En ese caso, no podrá aplicarse la figura de confabulación al sujeto que continuó con el proyecto delictivo, quien podrá ser perseguido penalmente por la figura delictiva para la cual se había concertado⁴⁴.

Se sostiene que la renuncia al acuerdo, mientras aún es impune, debe exteriorizarse frente al otro u otros integrantes del plan, ya sea mediante actos explícitos o implícitos. Debe tratarse de una decisión real de abandono, que no se agota en una simple ausencia. Esa decisión debe reflejarse en actos acordes con esa determinación.

Si uno de los sujetos abandona el acuerdo con posterioridad a cumplirse la condición objetiva de punibilidad no existe obstáculo legal alguno para que sea sancionado. La única posibilidad para eximirse de responsabilidad penal será bajo el supuesto del tercer párrafo del artículo 29 bis⁴⁵.

La acción típica es la de tomar parte en la confabulación de dos o más personas. Toman parte quienes acuerdan con otra o más personas la comisión de uno de los delitos previstos en la norma. Es condición para la existencia del ilícito que el acuerdo sea previo, pues, en el supuesto de ser posterior nos llevaría a hablar del delito de encubrimiento⁴⁶.

En un derecho penal de acto, quienes toman parte en la confabulación deben intervenir en la planificación delictiva. Son miembros del acuerdo delictivo tanto aquellos que dieron origen al plan como los que se sumaron en cualquier momento posterior. No existe en la figura legal ninguna distinción entre los que originariamente hicieron el convenio y los que luego se sumaron a él. Sin embargo, la adhesión al grupo debe ser antes del comienzo de ejecución del delito fin⁴⁷.

El delito sólo admite el dolo directo. El confabulado debe querer y conocer concertarse con otra u otras personas para cometer alguno de los delitos fines que prevé la figura⁴⁸. El hecho mismo de que el delito requiere que una persona acuerde con otra u otras personas llevar adelante un ilícito determinado indica que la figura delictiva descarte la posibilidad de que se conforme con un dolo eventual.

El error de tipo no presenta ninguna particularidad. Llegado el caso de tener que resolver un supuesto de error sobre los elementos descriptivos del tipo se considera que se deben aplicar las pautas generales del instituto. En relación a la invocación de un error

⁴⁴ D' ALESSIO, A. Obra citada, Tomo III, p. 1115.

⁴⁵ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 180/181.

⁴⁶ CORNEJO, A. Obra citada, p. 211.

⁴⁷ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 176.

⁴⁸ D' ALESSIO, A. Obra citada, Tomo III, p. 1116.

sobre el elemento normativo del delito se señala que el análisis del conocimiento del tipo subjetivo se debe realizar en base a una valoración social y cultural del término del delito por el cual se concertaron. No se exige que el sujeto activo tenga un conocimiento a nivel técnico o jurídico de la prohibición legal del delito sobre el cual recae la confabulación. Es suficiente que la persona, en función de su comprensión identificada con un parámetro del profano, tenga conocimiento del significado de la conducta para la cual se concertó con otra u otras personas⁴⁹.

El convenio previo elaborado por el sujeto activo plural debe consistir en un plan que se dirija a cometer uno de los delitos que especifica el artículo 29 bis y no un mero compromiso indefinido. Es por ello que el tipo de confabulación tiene un componente normativo esencial para su existencia.

En el supuesto de que el fin del acuerdo sea la comisión de delitos indeterminados se puede dar la posibilidad de una transición hacia la figura de asociación ilícita, lógicamente siempre que, además, concurren los elementos de la nombrada figura, tales como la cantidad de miembros y el requisito de permanencia. Se aclara que, si el acuerdo de los confabulados abarca más de un hecho y todos cuentan con un plan singular establecido, esta situación no implica que estemos frente a la indeterminación ilícita propia del delito de asociación ilícita, sino ante una reiteración de confabulaciones⁵⁰.

Se observa que los distintos supuestos ilícitos que comprende la norma se refieren a los diferentes eslabones que sucesiva y progresivamente se vinculan al tráfico ilícito de estupefacientes que describe el art. 5º. La introducción al país de estupefacientes alterando el destino de uso del art. 6º. La organización o financiación de alguno de esos hechos descritos en el art. 7º. La tenencia de estupefacientes en cantidades distintas a las autorizadas, la preparación o empleo de compuestos que oculten o disimulen estupefacientes, y la aplicación, entrega o venta de estupefacientes sin receta o en mayor cantidad a la recetada, todas del art. 8º. La facilitación de lugares o elementos para realizar alguna de las actividades anteriores o para usar estupefacientes del art. 10. Y, por último, el contrabando de estupefacientes tipificado en el art. 866 del Código Aduanero.

El artículo 29 bis mantiene entre sus delitos fin al previsto en el artículo 25 de la ley 23.737, que regulaba la legitimación de activos provenientes de delitos contemplados en ese régimen. Sin embargo, vale aclarar que este delito fue derogado por la ley 25.246. En consecuencia, no se configura el delito de confabulación cuando el acuerdo delictivo se

⁴⁹ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 183/184.

⁵⁰ D' ALESSIO, A. Obra citada, tomo III, p. 1116.

dirige al lavado de activos cuyo delito precedente es, en sentido amplio, el tráfico de estupefacientes.

Este elemento normativo genera controversias respecto de algunos de los delitos fin. Entre ellos, la doctrina remarca los inconvenientes respecto de aplicar la figura del contrabando de alcaloides. Las críticas se fundan en las diferencias entre ambos regímenes, tanto en el bien jurídico tutelado como en sus reglas específicas y en el campo punible del artículo 866 del Código Aduanero.

Otro supuesto problemático se refiere a los conciertos delictivos orientados a ilícitos no vinculados con la cadena de tráfico, sino con el uso personal de estupefacientes. Tales casos son los de la siembra de semillas y el cultivo de plantas para producir estupefacientes para consumo personal (anteúltimo párrafo del art. 5 de la ley 23.737) y el suministro ocasional de estupefacientes a título gratuito para uso personal de su receptor (último párrafo del art. 5º de la ley 23.737). Si se atiende a la literalidad del artículo 29 bis, podría sostenerse que algunos de esos delitos integran los supuestos legalmente alcanzados, ya que no fueron excluidos expresamente del tipo.

Sin embargo, la doctrina descarta la configuración del delito de confabulación en los casos en que los estupefacientes se destinan inmediatamente al consumo personal y no a incorporarse a la cadena del tráfico. Ello se debe a que la doctrina entiende que el delito de confabulación debe reservarse para los supuestos graves de tráfico de estupefacientes, porque son esos hechos los que justifican adelantar la barrera de punibilidad a los actos preparatorios. Además, otro argumento de peso de la doctrina para sostener la exclusión de los eslabones vinculados al consumo es que, si se llegara a admitir la confabulación para estos casos, existiría la posibilidad de aplicar una pena más grave por el acto preparatorio punible que por el delito fin. Ello en razón de que la escala penal de la confabulación es de uno a seis años de prisión, mientras que la prevista para la conducta consumada de siembra de semillas para producir estupefacientes para consumo personal es de un mes a dos años de prisión⁵¹.

4.2. Consumación y punibilidad. Condición objetiva: “Actos manifiestamente reveladores”

El delito de confabulación se consuma en el mismo momento en que queda “cerrado” entre al menos dos personas el acuerdo para cometer algunos de los delitos contemplados en el tipo delictivo. Este criterio es señalado como un grave adelantamiento

⁵¹ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 182/183.

de la punibilidad, no ya de la preparación, sino incluso al mero planeamiento de un delito especial.

Debe quedar en claro que el hecho de la consumación no implica que la confabulación sea punible. Para ello, además del convenio, el delito exige que se satisfaga la condición objetiva de punibilidad prevista en la norma⁵².

Es un delito permanente que se ejecuta desde la existencia del convenio hasta que comienza la ejecución del delito pactado

La posibilidad de la existencia de la tentativa de confabulación es controvertida. Para algunos, el delito no lo admite. Mientras que otros señalan que sería posible entender que existió tentativa cuando dos o más personas no lograron ponerse de acuerdo por razones ajenas a su voluntad, aunque se afirma que esta posibilidad carecería de relevancia práctica⁵³. Se entiende que esa falta de trascendencia radica en que, aun cuando existan tratativas frustradas, al no cumplirse la condición objetiva de punibilidad no sería sancionable, y además no se ve posible que ese supuesto sea suficiente para satisfacer el principio de lesividad de un modo que amerite respuesta penal. Debe tenerse en cuenta que este delito reprime actos que por sí mismos se hallan abarcados por el principio de reserva, por lo que admitir la tentativa implicaría adelantar aún más la punibilidad, penalizando no ya la preparación de un delito sino el comenzar a prepararlo (adelantamiento visto como desmesurado)⁵⁴.

A los fines de evitar que la figura sancione penalmente la mera intención de cometer un delito plasmada en un acuerdo, la misma norma establece una **condición objetiva de punibilidad**:

“La confabulación será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado”.

Esta exteriorización constituye la conducta amenazante que fundamenta la punibilidad de la decisión de varias personas de cometer de manera planificada un delito de tráfico de estupefacientes⁵⁵. En la doctrina, esta condición objetiva motiva la discusión acerca de la determinación de los actos manifiestamente reveladores.

Un sector sostiene que la confabulación es punible en la medida en que el delito-fin hubiese sido tentado y en él hubieran participado los autores de la

⁵² ZIFFER, P. Obra citada. p. 203.

⁵³ D' ALESSIO, A. Obra citada, tomo III, p. 1116.

⁵⁴ ZIFFER, P., Obra citada, p. 159.

⁵⁵ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 177/178.

confabulación⁵⁶. Para este criterio, el delito-fin no admite que pueda ser cometido tan sólo por uno de los integrantes; se requiere que el plan sea puesto en marcha al menos por dos de los coautores. Si uno o más no intervienen porque no quisieron o no pudieron, no resultan punibles.

Esta posición recibe críticas: hacer depender la punibilidad del comienzo de ejecución del delito-fin implicaría reconocer que se sancionó un delito innecesario e inaplicable, pues la norma habría previsto como condición objetiva un ámbito ya comprendido por la tentativa de un delito más grave. En ese sentido, carecería de razón de ser la creación de una figura autónoma amplificadora de punibilidad, dado que el acto preparatorio que pretende sancionar estaría integrado en el delito intentado o consumado⁵⁷.

En cambio, otro sector sostiene que la confabulación admite punibilidad con la realización de actos reveladores anteriores al comienzo de ejecución del delito. Tales actos pueden ser llevados a cabo por uno solo de los confabulados, sin que sea necesario que sea conocido por los otros⁵⁸. Esta postura tampoco está exenta de críticas: se señala que con este criterio se podría atribuir responsabilidad penal a sujetos que no exteriorizan conducta peligrosa alguna, lo que derivaría en responsabilidad por hecho ajeno y afectación del principio de culpabilidad.

A esta posición crítica asimismo se le formulan objeciones: se sostiene que los actos reveladores no integran los elementos típicos del tipo penal y constituyen una condición objetiva de punibilidad. Así, lo que se prohíbe y merece reproche es haber tomado parte en una confabulación para cometer un delito de tráfico de estupefacientes, acción realizada personalmente por cada individuo, aunque uno o varios no hayan exteriorizado accionar alguno⁵⁹.

En la jurisprudencia se observa que los tribunales adhieren a la postura que la condición objetiva de punibilidad sólo requiere la existencia de actos reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían confabulado. Si bien demandan que estos actos tengan cierta entidad, no exigen que ingresen en el ámbito de la tentativa.

En la causa caratulada “Fernández, Pablo Hernán y otros s/inf. Ley 23.737”⁶⁰, el tribunal directamente citó el criterio de D’ Alessio, diciendo: “*En dicha figura, señala D’ Alessio, “se tipifican actos preparatorios de los delitos descritos en los arts. 5, 6, 7, 8 y 10*

⁵⁶ LAJE ANAYA, J., Tráfico de estupefacientes Ley 23.737., año 2011, edit. Alveroni, p. 97.

⁵⁷ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 187/188.

⁵⁸ D’ ALESSIO, A. Obra citada, tomo III, p. 1117.

⁵⁹ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 175.

⁶⁰ TOF Mar del Plata, 13/12/2023, “Fernández, Pablo Hernán y otros s/inf. Ley 23.737”, FMP 2546/2020/T01.

de la ley 23.737 y 866 del Código Aduanero (...) Así, se trata de un adelanto de la punibilidad para el caso en que esos actos formen parte de un acuerdo entre al menos dos personas para cometer alguno de esos delitos.

La acción típica consiste en "tomar parte en una confabulación", es decir, en ponerse de acuerdo con otra persona para llevar a cabo alguno de los delitos a los que refiere la norma. Asimismo, el artículo establece, como condición objetiva de punibilidad, la realización de actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado los confabuladores.

Es importante distinguir estos actos, de los que configuran el comienzo de ejecución de la acción que se pretende realizar, pues en tal caso la conducta quedaría encuadrada bajo la forma tentada del delito principal. La confabulación pune, por lo tanto, actos que son reveladores de la voluntad de cometer".

En la causa "VILCHES, Fernando Gustavo y otros p.ss.aa. Infracción Ley 23.737"⁶¹, el tribunal sostuvo que: "La acción típica es integrar, tomar parte de la mentada confabulación, y el delito se ve consumado ante la mera realización de la reunión de dos o más personas organizadas con tales fines; sin embargo, a los efectos de la confabulación deben verse reflejados en la realización de actos reveladores de la decisión común de ejecutar el delito (...) si entendemos las condiciones de punibilidad como todas aquellas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad, entonces la realización de los actos con las mentadas características participa de la naturaleza de dicha categoría dogmática. Los actos manifiestamente reveladores son aquellos referidos a la decisión común de ejecutar delitos, y por ello no son necesariamente actos de ejecución" (Mahiques, Carlos, "Leyes Penales Especiales", Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2004. págs. 233/4).

Siendo este el criterio dominante, en función del mismo entendemos que en cada caso particular se deberá realizar una evaluación en torno a la existencia de los actos manifiestamente reveladores de la decisión de ejecutar el delito.

Al respecto de esta determinación, en el precedente Fernández se sostuvo: "En el caso de Canetto, su confabulación con Fernández surge claramente de las conversaciones entre ambos. Los dichos de Canetto en esas conversaciones constituyen, a su vez, actos manifiestamente reveladores de su intención de recibir los estupefacientes que Fernández trasladó para luego comercializarlos.

⁶¹ TOF N° 2 de Córdoba, 20/12/2018, "VILCHES, Fernando Gustavo y otros s/inf. Ley 23.737", FCB 42411/2015.

En este caso se puede observar que el evento que llevó al tribunal a objetivar en actos la idea de llevar a cabo el plan delictivo que surgía de las conversaciones telefónicas captadas fue el traslado de estupefacientes que uno de los imputados hizo al domicilio de otro.

En el caso "Vilchez": "... se ha acreditado, a partir de la intercepción de las numerosas comunicaciones telefónicas y diversas transcripciones ya referidas, unido a lo declarado testimonialmente por el personal policial en la audiencia oral de debate, que Gustavo Fernando Vilches era habitual proveedor de estupefacientes de Carlos Adrián Grich, Raúl Ángel Yorye y Nancy Alicia Moreno; que además tenía su base de operaciones principalmente en la ciudad de Río Cuarto y se dedicaba a la venta de esa sustancia de manera coordinada junto con su esposa Paola Mariela Contreras, quien era la encargada de realizar las ventas de estupefacientes cuando Vilchez no se encontraba en la casa, previa consulta-siempre de los pasos a seguir, todo según constancias de las numerosas transcripciones telefónicas obrantes en los presentes actuados -ya referidas-. En el mismo sentido se ha podido establecer que Vilches mantenía diversas conversaciones y contactos vinculados con el negocio del narcotráfico tanto con Raúl Ángel Yorye y Carlos Adrián Grich, cuanto con la imputada Nancy Alicia Moreno, quienes se abastecían de la sustancia estupefaciente que les proveía Vilches -a un precio no determinado- a los fines de comercializar con otras personas que les solicitaban la misma. Se ha demostrado que tanto Gustavo Fernando Vilches, Paola Marianela Contreras, Carlos Adrián Grich, Raúl Ángel Yorye y Nancy Alicia Moreno, estaban coordinados para cometer diversos ilícitos vinculados a la ley de estupefacientes, concretamente la venta de sustancias ilícitas; entre ellos, cabe aclarar que no hubo una planificación específica ni una estructura en la cual sus integrantes tuvieran roles determinados para delinquir; en el caso, todos desarrollaban las tareas y tomaban decisiones conforme se presentaba la situación, es decir existían un plan o acuerdo criminal común de voluntades establecido con la finalidad de cometer alguno de los delitos especificados en el art. 29 bis de la ley de estupefacientes. Este delito solo resulta aplicable a supuestos en que, mediante la realización de diversos actos preparatorios, se revela el acuerdo de voluntades previo y la reunión de dos o más personas, con la decisión común de ejecutar determinado ilícito vinculado al tráfico de estupefacientes. En definitiva, se ha probado más allá de toda duda que Gustavo Fernando Vilches -quien proveía el material estupefaciente junto a su esposa Paola Marianela Contreras - y Carlos Adrián Grich, Raúl Ángel Yorye, y Nancy Alicia Moreno -quienes comercializaban la droga- se confabularon para llevar a cabo actos de comercio de estupefacientes, circunstancia que permite considerar a todos coautores (art. 45 C.P.) del delito previsto por el artículo 29 bis de la Ley 23.737..."

En este precedente, los actos reveladores se tuvieron por configurados por el hecho que el imputado Vilchez le proveía estupefacientes a las personas que se encargaban de venderlas por su propia cuenta.

4.3. Exención de la pena: revelación e impedimento del plan. Vinculación con técnicas de investigación y con el arrepentido

El último párrafo del artículo 29 bis dispone: *“Quedará eximido de pena el que revelare la confabulación a la autoridad antes de haberse comenzado la ejecución del delito para el que se había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realización del plan”*.

La norma contempla dos supuestos diferenciados de exención punitiva respecto de quien intervino en el plan: por un lado, (i) la revelación de la confabulación ante la autoridad; por el otro, (ii) el impedimento espontáneo de la realización del plan acordado. Ambos casos operan como causas de exclusión de la pena cuyos fundamentos obedecen a razones eminentemente político-criminales: incentivar la ruptura del acuerdo, facilitar la intervención estatal temprana y aumentar la eficacia investigativa.

4.3.1. Revelación de la confabulación

El sujeto habilitado para acceder al beneficio necesariamente debe ser uno de los confabulados, pues la exención presupone la participación previa en el acuerdo típico. Si la información proviene de un tercero ajeno al pacto, nos hallamos simplemente ante un supuesto de anoticiamiento o denuncia, sin relevancia para el régimen de exención previsto por la norma.

La opción legislativa de prescindir de la sanción penal cuando uno de los integrantes comunica el concierto delictivo ha llevado a caracterizar este instituto como una excusa absolutoria: el hecho permanece típico y antijurídico, pero la ley decide por razones de política criminal neutralizar la reacción punitiva respecto del delator.

En cuanto a los requisitos, la comunicación debe: (i) efectuarse ante autoridades policiales o judiciales; (ii) brindar una descripción suficientemente precisa del plan, con individualización de los involucrados y circunstancias relevantes de modo, tiempo y lugar; y (iii) realizarse dentro del marco temporal previsto por la norma, esto es, antes de que se haya comenzado la ejecución del delito para el cual se había formado la confabulación, incluso antes de ingresar en la tentativa del delito-fin. Este último requisito no es accesorio: delimita el sentido del instituto, en tanto la ley busca incentivar la desactivación del plan antes de que el riesgo se transforme en ejecución.

Desde esta perspectiva, la revelación presupone que, para el resto de los intervinientes, el acuerdo ya se encuentre constituido y, por ende, que el hecho (confabulación) se presente como consumado en términos típicos, sin perjuicio de que su punibilidad se articule bajo condiciones y efectos posteriores. En esa línea, y en la medida en que la comunicación permita a las autoridades neutralizar el curso del delito acordado, se ha sostenido que los restantes confabulados pueden quedar expuestos a la aplicación de la pena correspondiente al delito-fin en grado de tentativa, eventualmente con el ajuste propio de los supuestos de tentativa inidónea o delito imposible, en tanto el hecho habría pasado a ser realizable sólo en apariencia bajo control estatal. Así, la cláusula de exención no sólo produce efectos en la situación del revelador, sino que puede proyectar consecuencias relevantes sobre la configuración jurídico-penal de la conducta de los demás integrantes del concierto, en especial cuando la intervención estatal frustró de manera decisiva el plan⁶².

4.3.2. Vinculación con técnicas de investigación. Apreciaciones generales

La revelación prevista en el art. 29 bis se estructura, en términos funcionales, como un supuesto de delación. Tanto el confabulado revelador como la figura del arrepentido responden a una misma lógica instrumental: se trata de mecanismos que el legislador incorpora para incrementar la eficacia de la persecución penal frente a fenómenos delictivos complejos, en los que la obtención de pruebas por vías convencionales suele resultar dificultoso⁶³.

Esto adquiere especial relevancia en materia de criminalidad organizada. En estos contextos, la experiencia comparada y la práctica judicial muestran que las estructuras criminales se caracterizan por su capacidad de ocultamiento, compartimentación de funciones, uso de intermediarios y adaptación estratégica, lo que dificulta reconstruir el hecho a través de los medios de investigación tradicionales. En tal sentido, suele afirmarse que el injusto de organización adquiere un valor que no es únicamente sustantivo, sino también procesal, en tanto funciona como un punto de conexión que habilita o justifica, en ciertos márgenes, el despliegue de técnicas especiales (intervenciones telefónicas, entregas vigiladas, agentes encubiertos, regímenes reforzados de protección, reglas específicas de investigación, etc.)⁶⁴. Este fenómeno ha sido descrito críticamente como la tendencia a consolidar una especie de “pena de sospecha”, en la medida en que la

⁶² BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 190/192.

⁶³ D' ALESSIO, A. Obra citada, Tomo III, p. 1117.

⁶⁴ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 191.

calificación jurídica habilita medidas de investigación y coerción con impacto directo en ámbitos de privacidad, intimidad y libertad⁶⁵.

No es casual, entonces, que la incorporación del art. 29 bis mediante la Ley 24.424 se haya producido en la misma ocasión en la que el legislador receptó los instrumentos especiales de investigación en la Ley 23.737. En efecto, esa reforma introdujo —entre otros— previsiones relativas al arrepentido (art. 29 ter, luego derogado), al agente encubierto (art. 31 bis) y a la entrega de remesas ilícitas (segunda parte del art. 33). Con posterioridad, la Ley 27.304 derogó el art. 29 ter e incorporó la figura del arrepentido al Código Penal; y la Ley 27.319 reguló un conjunto de técnicas especiales (agente encubierto, agente revelador, informante, entrega vigilada, prórroga de jurisdicción), habilitándolas para la investigación de delitos complejos, entre ellos los vinculados con el régimen de estupefacientes.

Desde esta visión, puede sostenerse —al menos como conclusión parcial— que el adelantamiento de la punibilidad no resulta determinante para que una investigación se inicie, pues en la práctica muchas pesquisas nacen ante la mera sospecha de actividades ilícitas. Sin perjuicio de ello, la confabulación sí cumple un rol: permite intervenir penalmente sin esperar a que la conducta ingrese en eslabones más lesivos del tráfico y, al mismo tiempo, abre la posibilidad de utilizar herramientas de cooperación o ruptura del pacto delictivo (incluida la figura del arrepentido, según el caso), potenciando el rendimiento investigativo.

4.3.3. Relación entre el delator y el arrepentido

Antes de establecer el paralelo, corresponde recordar que el arrepentido puede describirse como un recurso por el cual el Estado ofrece un beneficio punitivo a cambio de información, con la expectativa de obtener un aporte que permita ampliar o profundizar la investigación, idealmente en sentido “piramidal”, hacia sujetos con mayor jerarquía o relevancia. Se trata, además, de un instituto típicamente procesalizado: presupone la existencia de un proceso penal en curso y la condición de imputado del colaborador, y requiere que el aporte sea brindado durante la sustanciación de ese proceso.

En cuanto a las exigencias de la información, se destaca que debe ser precisa, comprobable y verosímil, y debe contribuir de manera relevante a evitar la consumación o continuidad de delitos, esclarecer hechos, identificar responsables, ubicar víctimas o bienes, o reconstruir fuentes de financiamiento, entre otros fines. El esquema de valoración se despliega, por regla, en dos etapas: una primera apreciación fiscal de utilidad y

⁶⁵ ZIFFER, P. Obra citada, p. 57.

credibilidad para arribar a un acuerdo; y una valoración judicial posterior al dictar sentencia⁶⁶.

Sobre esta base, puede advertirse que el punto de contacto principal entre ambos institutos se halla en que se refieren a sujetos involucrados en la actividad ilícita que aportan información a cambio de un beneficio. Sin embargo, existen diferencias estructurales relevantes. La primera es temporal: el art. 29 bis exige la revelación antes del comienzo de ejecución del delito-fin, y no presupone necesariamente la existencia de imputación formal previa; el arrepentido, en cambio, opera típicamente dentro de un proceso ya iniciado. La segunda diferencia reside en la consecuencia: en el arrepentido el beneficio se traduce en una reducción, mientras que en el art. 29 bis la ley prevé —en principio— una exención total de pena para quien cumple los requisitos.

También es plausible imaginar supuestos de confluencia. Puede ocurrir que, estando en curso una investigación, uno de los confabulados sea formalmente imputado antes de ejecutarse el plan y, en ese marco, brinde información sobre el acuerdo como arrepentido. En un escenario así, y siempre que la información cumpla las exigencias del art. 29 bis, resulta defendible sostener que debe primar la solución más específica y, por ende, aplicarse la exención total prevista por esa norma, antes que encuadrar el caso exclusivamente en el régimen general del arrepentido. Este criterio se funda en la especialidad del art. 29 bis en relación con el tipo de conducta (revelación del concierto antes de la ejecución) y con el beneficio asociado.

Por último, suele señalarse otra diferencia práctica: el estándar de oportunidad y precisión aparece, en cierto modo, más exigente para el confabulado revelador, pues debe aportar información en un momento temprano y con un grado tal de detalle que permita el control del curso del hecho; mientras que en el arrepentido, aunque también se exigen requisitos estrictos, la utilidad final se valora con márgenes más amplios y, sobre todo, con una cuota mayor de incertidumbre para el colaborador, que no conoce ex ante el alcance concreto de la reducción de la pena.

4.3.4. Impedir realizar el plan

El segundo supuesto de exención previsto por el art. 29 bis se configura cuando uno de los confabulados impide espontáneamente la realización del plan. La norma apunta a quien, habiendo integrado el acuerdo, evita que el resto avance en la ejecución del delito-fin. La exención se limita al sujeto que frustra efectivamente el plan, mientras que la

⁶⁶ ABOSO, G. Obra citada, Pp. 562, 565, 566 y 574.

imputación por confabulación permanece —en principio— respecto de los restantes integrantes del pacto⁶⁷.

Se ha criticado que el legislador no haya precisado con claridad el momento hasta el cual es posible impedir el plan para acceder al beneficio, a diferencia de lo que sí hace en el supuesto de la revelación. Una interpretación favorable —y coherente con la finalidad del instituto— sostiene que el impedimento debe producirse antes del comienzo de ejecución del delito-fin. No obstante, también se ha propuesto complementar la solución con las reglas generales del desistimiento voluntario: si el delito-fin ya comenzó a ejecutarse, quien impide su consumación podría merecer igualmente una solución eximente, en la medida en que su intervención sea eficaz y espontánea. En sentido contrario, otra postura entiende que la cláusula legal presupone precisamente que el delito-fin haya ingresado en fase ejecutiva para que tenga sentido hablar de “impedir” su realización⁶⁸, aunque este criterio incrementa la tensión con la lógica anticipatoria del art. 29 bis y con la comparación con el supuesto de revelación.

En cuanto al modo, lo decisivo es que exista un acto efectivo que frustre el plan. Ello puede materializarse, por ejemplo, mediante la comunicación a la autoridad competente⁶⁹, pero no debería descartarse que en ciertos supuestos también pueda alcanzarse por vías indirectas —e incluso mediante omisiones relevantes⁷⁰—, siempre que el resultado impeditivo sea atribuible al confabulado y responda a una decisión espontánea de desactivación del acuerdo.

4.4. Participación criminal y concursos

Más allá de las dificultades que se presentan para definir con precisión el fenómeno de la criminalidad organizada, existe un relativo consenso en torno a ciertos rasgos característicos: la intervención de tres o más personas, la existencia de algún grado de estructura u organización interna —frecuentemente jerarquizada— y una voluntad grupal orientada a la obtención de logros colectivos, por encima de los intereses individuales. En ese marco, no existen dudas de que el tráfico ilícito de estupefacientes constituye una de las actividades paradigmáticamente asociadas a este tipo de criminalidad.

⁶⁷ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, pág. 192.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ LAJE ANAYA, J. Obra citada, pág. 99.

En estos escenarios de actuación conjunta se presenta, con especial intensidad, el problema de los criterios de imputación y de la forma de atribuir responsabilidad penal a los intervinientes de acuerdo con el aporte que hayan realizado. En lo que aquí interesa, el delito de confabulación aparece como una respuesta legislativa dirigida a anticipar la tutela penal frente a planes delictivos concertados. Sin embargo, aun cuando su origen histórico se asocie con la preocupación por las estructuras delictivas organizadas, el tipo del art. 29 bis no exige, para su configuración, ni una organización estable, ni una estructura jerárquica, ni una vocación de permanencia⁷¹. Por el contrario, se conforma con un acuerdo entre dos o más personas, orientado a la comisión de un delito determinado, con un plan definido y —en la práctica— algún reparto de funciones.

Esta característica marca una diferencia relevante: el umbral subjetivo y estructural de la confabulación es inferior al previsto por los instrumentos internacionales utilizados para conceptualizar la criminalidad organizada y también al exigido por figuras internas como la asociación ilícita del art. 210 CP o la asociación ilícita del art. 210 ter incorporada por la Ley 27.786, que parten de un mínimo de tres personas y presuponen un plus de organización. De allí que, aun cuando la confabulación dialogue políticamente con el fenómeno del crimen organizado, dogmáticamente se trata de un supuesto de convergencia más cercano a la participación criminal que a un injusto de organización en sentido estricto⁷².

Ahora bien, este encuadre no agota el problema, porque la confabulación introduce una particularidad respecto del modo de intervención punible. El tipo incrimina a quien “tomare parte” en una confabulación, lo que da por sentado la integración del sujeto en el acuerdo criminal. En esa medida, el delito se construye como un hecho conjunto, cuyo núcleo consiste precisamente en el concierto previo de voluntades. Por ello, la intervención típica en la confabulación se predica, en principio, de quienes participan del acuerdo como tales, es decir, de quienes pueden ser considerados coautores del concierto⁷³. Quien no integra el pacto —aunque facilite o favorezca desde afuera— no “toma parte” en la confabulación, aun cuando su conducta pueda tener relevancia penal por otros títulos (por ejemplo, como partícipe del delito-fin o como interviniente en figuras autónomas, según el caso).

Cabe aclarar que la coautoría en la confabulación no exige que todos los confabulados sean coautores del delito-fin. El delito objeto del acuerdo puede ser ejecutado por uno de ellos como autor, mientras los restantes intervienen como partícipes

⁷¹ ABOSO, G. Obra citada, p. 477.

⁷² D' ALESSIO, A. Obra citada, Tomo III, p. 1114.

⁷³ LAJE ANANAYA, J. Obra citada, p. 96.

en ese delito ulterior; lo relevante para el art. 29 bis es que, en la etapa del concierto, hayan integrado el plan común como sujetos del acuerdo.

Por otra parte, la relación entre el delito de confabulación y el delito-fin acordado plantea la discusión clásica en materia de concurso: si corresponde afirmar un concurso real, un concurso ideal o un concurso aparente de leyes.

Un primer criterio sostiene la existencia de concurso real. Desde esta postura, la confabulación constituye un delito autónomo cuyo injusto no se confunde con el del delito principal, pues la acción de confabular —esto es, acordar previamente la comisión de un delito— siempre es distinta e independiente de la acción u omisión mediante la cual luego se intenta o consuma el delito-fin⁷⁴.

Un segundo criterio entiende que habría un concurso ideal. Esta postura suele vincularse con quienes conciben que la confabulación se consuma cuando el delito-fin comienza su ejecución, de modo que el acto que pone en marcha el delito principal funcionaría, a la vez, como el acto que tornaría punible (y “consumaría”) la confabulación, sin solución de continuidad⁷⁵.

La tercera posición —que resulta particularmente relevante para el régimen de estupefacientes— sostiene que, entre la confabulación y el delito-fin existe un concurso aparente de leyes. El argumento central es que la finalidad del art. 29 bis es anticipar la punibilidad hacia etapas preparatorias. Por ello, una vez que el plan progresa y el delito principal se intenta o se consuma, la confabulación pierde su razón de ser y debe quedar desplazada por el delito más gravemente penado que ya capta el desvalor del hecho⁷⁶. En otras palabras, la confabulación operaría como una norma de cierre para sancionar el concierto preparatorio cuando el delito-fin no llega a ejecutarse; pero si el delito-fin ingresa en la fase ejecutiva, la respuesta penal se concentra en este último.

En la jurisprudencia nacional se receptó este último criterio. En la causa Fernández se resolvió: *“La confabulación implica, por lo tanto, el acuerdo entre al menos dos personas. Sin embargo, no corresponde aplicar dicha figura a Fernández, pues este ya debe responder como autor del delito consumado de Transporte de estupefacientes. En virtud de ello, la figura de Confabulación —que, reitero, castiga los actos preparatorios de los delitos a los que hace referencia la norma— pierde su razón de ser, quedando desplazada por un concurso aparente con el delito consumado”*.

Este enfoque se refuerza si se tiene en cuenta una característica del derecho penal de estupefacientes: se trata de un régimen en el que con frecuencia se describen

⁷⁴ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 193.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ D' ALESSIO, A. Obra citada, tomo III, p. 1119.

ofensas de gravedad progresiva. El legislador tipifica de manera autónoma diversos eslabones del tráfico, asignándoles escalas penales específicas. Esta técnica legislativa —orientada a capturar una progresión delictiva y no una multiplicidad de hechos independientes— vuelve problemático aplicar mecánicamente categorías de concurso real o ideal en términos tradicionales. En esa línea, la solución del concurso aparente contribuye a resguardar el principio *ne bis in idem*, evitando una doble valoración jurídica de un mismo tramo del *iter criminis*.

En consecuencia, el art. 29 bis cumple una función eminentemente subsidiaria respecto del delito-fin: permite sancionar el acuerdo preparatorio cuando el hecho no alcanza el estadio de tentativa o consumación del delito principal; pero si el plan se ejecuta, la confabulación queda normalmente absorbida por el delito-fin, según las reglas del concurso aparente, sin perjuicio de los supuestos en que —por circunstancias particulares— pudiera justificarse una solución diversa.

4.5. Convivencia con otras figuras

La comparación entre el delito de confabulación (art. 29 bis, Ley 23.737), las figuras de asociación ilícita (arts. 210 y 210 ter CP) y la circunstancia agravante prevista en el art. 11, inc. c, de la ley de estupefacientes se impone por una razón común: todas ellas se inscriben en el modelo de tutela anticipada, en el que el legislador decide intervenir punitivamente antes de la efectiva lesión del bien jurídico, tomando como punto de apoyo la peligrosidad derivada de la actuación concertada y organizada. Esta “familiaridad” entre estas figuras explica que la doctrina haya planteado el riesgo de superposición normativa y, con ello, de afectación del principio *ne bis in idem*, en la medida en que un mismo sustrato fáctico podría —al menos en apariencia— quedar alcanzado por más de una figura.

4.5.1. Asociación ilícita del art. 210 CP

Aunque ambos tipos comparten ciertos rasgos formales —en particular, el verbo típico “tomar parte” y la ausencia de cualidades especiales del sujeto activo—, la similitud se agota rápidamente cuando se desciende a la estructura. En efecto, la confabulación exige un mínimo de dos personas y se agota en un acuerdo previo orientado a la comisión de un delito determinado (con punibilidad condicionada por la realización de actos manifiestamente reveladores). La asociación ilícita, en cambio, requiere tres o más personas y, sobre todo⁷⁷, presupone permanencia y una organización mínima, elementos que expresan un plus de peligrosidad: no se trata de un mero concierto para un hecho,

⁷⁷ ZIFFER, P. Obra citada, p. 202.

sino de una estructura destinada a sostener en el tiempo una finalidad delictiva común, con cierta cohesión interna y aptitud para operar como grupo.

Esa diferencia funcional es decisiva para el análisis de convivencia: mientras la confabulación puede describirse como un delito de planeamiento respecto de un delito-fin específico, la asociación ilícita tipifica un injusto de organización con vocación de permanencia, que excede el marco de una participación criminal episódica. Por lo mismo, aun cuando un caso concreto exhiba un acuerdo para delinquir, sólo se estará ante asociación ilícita si se verifica ese plus organizativo (estabilidad y organización) que la distingue de la mera convergencia para un hecho⁷⁸. En este sentido, la jurisprudencia suele remarcar que la estabilidad es el elemento que permite separar una asociación ilícita de una simple participación criminal, porque en esta última el acuerdo se agota con el delito compartido, mientras que en la asociación el acuerdo se proyecta en el tiempo⁷⁹.

Desde este prisma, no hay superposición necesaria entre ambas figuras: describen injustos diferentes y, por lo tanto, si en un caso excepcional concurrieran sus presupuestos (esto es, si existe una organización estable y, además, un acuerdo específico para cometer un delito-fin determinado), lo correcto sería afirmar un concurso real, en la medida en que el desvalor propio de la estructura asociativa no queda absorbido por el concierto para un hecho (y viceversa)⁸⁰. La experiencia previa en materia de extradición —donde se analizó la equivalencia sustancial entre *conspiracy* y asociación ilícita— no altera esta conclusión: allí se operó con el criterio de “sustancia de la infracción” a los fines de evaluar la existencia de la doble incriminación para acceder a los pedidos de extrañamiento, sin pretender una identidad normativa plena⁸¹.

4.5.2. Asociación ilícita del art. 210 ter CP (Ley 27.786)

⁷⁸ D' ALESSIO, A. Obra citada, Tomo II, p. 1037.

⁷⁹ CNFed. Crim. y Correc., sala I, “Gordon, Marcelo”, 2008/10/21, La Ley online.

⁸⁰ D' ALESSIO, A. Obra citada, tomo III, p. 1119.

⁸¹ ZIFFER, P. Obra citada, Pp. 205/209.

La incorporación del art. 210 ter CP⁸² introduce un escenario más delicado. Esta figura conserva la estructura básica del art. 210, pero agrega un elemento normativo central: la dedicación de la asociación a cometer un catálogo de delitos, entre los cuales se incluyen todas las figuras de la Ley 23.737. Además, establece expresamente un régimen de concurso real con los delitos cometidos individualmente como miembro de la organización y dispone una agravación del doble del mínimo y del máximo.

En términos fácticos, esto hace posible que una misma realidad pueda presentarse, simultáneamente, como (i) pertenencia a una asociación ilícita dedicada a delitos de estupefacientes y (ii) como participación en un acuerdo concreto para ejecutar uno de esos delitos. El punto a resolver, entonces, no es sólo si “pueden” concurrir, sino cómo debe articularse esa concurrencia sin duplicar valoraciones sobre el mismo segmento de injusto.

Aquí resulta atendible la objeción de que, en determinados supuestos, la confabulación podría quedar materialmente absorbida por el desvalor del art. 210 ter: si se acredita la existencia de una asociación ilícita calificada por su dedicación a delitos de estupefacientes, el acuerdo funcional a la realización de un delito-fin aparece como una manifestación típica y esperable del funcionamiento de la organización, de modo que insistir en la confabulación podría significar una reiteración de prohibiciones sobre el mismo soporte fáctico. En esos escenarios, cobra sentido resolver la convivencia por las reglas del concurso aparente —en clave de especialidad/consunción—⁸³ y desplazar la confabulación cuando el art. 210 ter ya capta, con mayor intensidad, el desvalor de la actuación organizada y su proyección hacia los delitos del régimen⁸⁴.

⁸² Ley 27.786. Capítulo III. Modificación al Capítulo II del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal. Artículo 7º- *“Incorpórase al Capítulo II “Asociación ilícita” del Título VIII “Delitos contra el orden público” del Libro Segundo “De los delitos” del Código Penal, como artículo 210 ter, el siguiente: Artículo 210 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de ocho (8) a veinte (20) años el que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita dedicada a cometer cualquiera de los delitos tipificados en las leyes 23.737, 25.188, 25.246, 26.683 y 27.447, y sus respectivas modificatorias, y en los artículos 79, 80, 89, 90, 91, 92, 125, 126, 127, 128, 140, 141, 142, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146, 147, 164, 165, 166, 167, 167 bis, 168, 170, 189 bis, 259, 261, 265, 266, 267, 268, 268 (1), 268 (2), 277 y 279 de este Código, pese a que la organización no reúna las características del artículo 210 bis, y en concurso real con las penas previstas para los delitos cometidos individualmente como miembro de la organización, las que se agravarán en el doble del mínimo y del máximo.*

Las condiciones especiales de participación establecidas en los artículos 46 y 47 de este Código no serán aplicables a los efectos de lo dispuesto en este artículo.”

⁸³ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 194

⁸⁴ D’ ALESSIO, A. Obra citada, tomo I, p. 873.

En cambio, si lo que existe es un acuerdo puntual carente de permanencia u organización (esto es, un concierto de dos o tres sujetos para un delito-fin, sin estructura estable), no se configura el 210 ter y la confabulación conserva plena autonomía.

4.5.3. Circunstancia agravante del art. 11, inc. c, Ley 23.737

La relación entre la confabulación y la agravante del art. 11, inc. c, quizás sea la que presenta límites más difusos, porque ambas se apoyan en un fundamento común: la mayor peligrosidad que deriva de la actuación plural y coordinada⁸⁵. La agravante se aplica a los delitos de tráfico (y por ello abarca el universo de delitos respecto de los cuales puede existir confabulación) y exige, en términos generales, la intervención de tres o más personas actuando coordinadamente, bajo un plan común y con cierta división de roles, aunque sin llegar al estándar de permanencia y organización de la asociación ilícita.

La aparente superposición surge cuando una confabulación está integrada por tres o más sujetos: en abstracto, podría pensarse que el mismo hecho (acuerdo para delinquir, con coordinación de funciones) “doblemente” expresa peligrosidad grupal⁸⁶. Sin embargo, el conflicto se aclara si se atiende a la función normativa de cada instituto. La confabulación es un tipo autónomo que castiga el concierto (con punibilidad condicionada por actos reveladores) antes de la ejecución del delito-fin; en cambio, la agravante del art. 11, inc. c, no opera autónomamente, sino que requiere la comisión (o, al menos, el ingreso en el iter ejecutorio relevante) del delito principal para agravar su pena. Dicho de otro modo: la confabulación puede existir sin que el delito-fin se ejecute; la agravante, no⁸⁷.

Por ello, en la práctica, el riesgo de duplicación se neutraliza del siguiente modo: si el hecho queda en el tramo preparatorio y se verifica la condición objetiva de punibilidad, puede operar la confabulación; pero si el iter avanza y el delito-fin se intenta o consuma con intervención coordinada de tres o más sujetos, la respuesta del sistema se desplaza hacia el delito principal con su agravante, quedando la confabulación desplazada por reglas de concurso aparente (consunción), tal como sostiene el sector doctrinario que entiende que la confabulación pierde razón de ser cuando el delito-fin ya ingresa en el ámbito de punición propio.

4.6. Conclusiones del capítulo

El delito de confabulación previsto en el art. 29 bis de la Ley 23.737 se inscribe en un modelo de tutela anticipada que desplaza la barrera de punibilidad hacia estadios previos a la ejecución del delito-fin. Su núcleo no reside en una lesión consumada del bien

⁸⁵ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 195.

⁸⁶ CORNEJO, A. Obra citada, Pp. 217/218.

⁸⁷ BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, p. 196.

jurídico, sino en la peligrosidad que el legislador atribuye al concierto de voluntades orientado a la comisión de determinados delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, bajo la exigencia adicional de que el acuerdo se exteriorice mediante actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el plan. De este modo, la figura opera en una zona intermedia del *iter criminis*, en la que el Derecho penal asume el riesgo de expandirse hacia conductas preparatorias y, por ello, vuelve especialmente relevante la necesidad de objetivar la imputación, evitando que la respuesta punitiva se apoye en meras intenciones o sospechas.

La estructura del tipo pone de relieve, además, que la confabulación no exige los elementos clásicos de los injustos de organización en sentido estricto. Aun cuando su origen político-criminal dialogue con el fenómeno del crimen organizado, el art. 29 bis se satisface con un acuerdo entre dos o más personas, sin requerir permanencia, jerarquía ni organización estable. Esto conduce a encuadrar dogmáticamente el instituto más cerca de una convergencia propia de la participación criminal que de una asociación ilícita, con consecuencias directas sobre la forma de intervención punible: el delito se construye como un hecho conjunto cuya acción típica consiste en “tomar parte” en el pacto, lo que, en principio, remite a la integración en el acuerdo como coautoría del concierto, sin que ello implique que los confabulados deban ser necesariamente coautores del delito-fin ulterior.

En cuanto a su interacción con el delito finalmente ejecutado, la discusión sobre el concurso ha mostrado que la función propia del art. 29 bis se comprende, principalmente, como un mecanismo de anticipación destinado a cubrir el tramo preparatorio cuando el delito-fin no llega a concretarse. Por ello, cuando el plan avanza y el delito principal se intenta o consuma, la aplicación simultánea de la confabulación tiende a perder justificación, y la solución del concurso aparente —con desplazamiento por el delito-fin— aparece como un criterio idóneo para evitar duplicaciones valorativas y resguardar el principio *ne bis in idem*, especialmente en un régimen como el de estupefacientes, caracterizado por la tipificación escalonada de eslabones del tráfico y por la lógica de ofensas de gravedad progresiva.

La convivencia con otras figuras confirma la necesidad de operar con criterios de delimitación funcional. La confabulación se diferencia de la asociación ilícita del art. 210 CP por la ausencia de permanencia y organización mínima, de modo que no se presenta una superposición necesaria; y, frente al art. 210 ter CP, si bien pueden imaginarse escenarios de contacto, resulta atendible resolver el conflicto por concurso aparente cuando la asociación calificada ya captura el desvalor principal del hecho organizado. Algo similar ocurre con la agravante del art. 11, inc. c, de la Ley 23.737: mientras la confabulación opera autónomamente en la fase anticipada, aquella agravante presupone la ejecución del

delito principal; por ello, si el iter avanza a tentativa o consumación con intervención coordinada de tres o más sujetos, la respuesta se concentra en el delito-fin agravado, evitando una doble valoración del mismo tramo de peligrosidad grupal.

Finalmente, el régimen de exención de pena —por revelación o impedimento del plan— muestra con claridad la dimensión instrumental del instituto. La ley incentiva la ruptura del acuerdo y la obtención temprana de información, conectando la confabulación con técnicas especiales de investigación y con la lógica del arrepentido. Sin embargo, esta funcionalidad investigativa también expone la tensión propia de estos tipos: al habilitar intervenciones estatales y medidas de investigación intensas a partir de umbrales anticipados, se incrementa el riesgo de una expansión del poder punitivo y de una afectación reforzada de esferas de libertad. En ese equilibrio, el desafío central consiste en sostener una lectura que preserve la exigencia de exteriorización y el control estricto de los presupuestos de punibilidad. Solo así puede evitarse que el art. 29 bis derive en una herramienta de persecución fundada en conjeturas. Esa misma lectura también debe delimitar con precisión su relación con las figuras próximas, para mantener la coherencia del sistema y las garantías constitucionales.

5. LÍMITES Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 29 bis

El capítulo anterior delimitó la estructura del delito de confabulación y sus principales efectos dogmáticos. Se trata de una figura que adelanta la intervención penal a estadios previos a la ejecución del delito-fin y condiciona su punibilidad a la realización de actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el plan. La confabulación se ubica, precisamente, en uno de los puntos de mayor tensión del derecho penal contemporáneo. Aquel en el que la respuesta punitiva comienza a apoyarse en conductas preparatorias. Eso la vuelve funcional a estrategias de investigación de criminalidad compleja, pero al mismo tiempo genera tensiones con las garantías.

En ese contexto, este capítulo examina hasta dónde es constitucionalmente tolerable extender lo punible a la fase previa del iter criminis sin desdibujar los principios que limitan el poder punitivo del Estado. Expuesto, en otros términos, si el art. 29 bis sanciona un acuerdo criminal antes del comienzo de ejecución del delito proyectado, deben precisarse con claridad sus requisitos de lesividad, precisión normativa, imputación por hecho propio y proporcionalidad. Solo así puede evitarse que la figura se convierta en un mecanismo de punición de intenciones o en una vía indirecta de flexibilización de garantías.

Los delitos de tutela anticipada, en especial los fundados en la actuación concertada, pueden responder a necesidades político-criminales comprensibles. Sin embargo, solo son compatibles con un derecho penal de acto si se interpretan y aplican con criterios estrictos de objetivación y delimitación. En consecuencia, el estudio de los límites del art. 29 bis se organizará en torno de cuatro ejes: la ofensividad como condición de legitimidad de la anticipación; la taxatividad de los 'actos manifiestamente reveladores' y el margen de discrecionalidad judicial que esa fórmula puede generar; la culpabilidad y la prohibición de imputación por hecho ajeno en dinámicas colectivas; y la proporcionalidad de la respuesta penal frente a figuras próximas, concursos y consecuencias procesales.

Finalmente, el capítulo incorporará un análisis instrumental de los efectos que el funcionamiento del art. 29 bis impone en la práctica. El adelantamiento de la punibilidad no sólo incide en el tipo y la pena. También puede habilitar técnicas especiales de investigación y medidas de coerción. Allí aparece el riesgo de que el 'injusto' termine cumpliendo, sobre todo, una función habilitante de la intervención estatal. Precisamente por ello, delimitar el alcance del art. 29 bis no implica desconocer la necesidad de perseguir eficazmente el crimen organizado. Implica, en cambio, fijar condiciones para que esa finalidad no se persiga a costa de degradar las garantías del sistema penal.

5.1. Lesividad como condición de legitimidad de la anticipación

El delito de confabulación responde al paradigma de anticipación penal. Este modelo de control social se aleja de una lógica represiva y se aproxima a otra preventiva, que amplía los límites punitivos mediante la penalización de actos preparatorios. La ausencia de ofensividad comprobada obliga a examinar esta figura desde la perspectiva del principio de lesividad. En definitiva, su legitimidad constitucional como disvalor de acción dependerá de su compatibilidad con ese principio.

En una concepción liberal del Estado, que concibe al derecho penal como ultima ratio⁸⁸, la tolerancia frente a la sanción de conductas previas a la consumación depende de que la intervención estatal resulte necesaria conforme a criterios de racionalidad y proporcionalidad.

Lo señalado permite afirmar que el principio según el cual los actos preparatorios no son punibles no es absoluto. Así, la anticipación de la punibilidad respecto de la preparación organizada de delitos entre varios sujetos no se presenta, por sí misma, como constitucionalmente inaceptable. Por lo tanto, pueden presentarse casos en los que tales actos revelen una peligrosidad que exija una intervención especialmente anticipada.

En ese sentido, la legitimidad del adelantamiento de la punibilidad dependerá de que la conducta que se quiera sancionar trascienda la mera preparación de delitos en un grupo de personas. Es decir, que la preparación grupal de delitos pueda ser calificada como "peligrosa" para terceros en un sentido distinto que la preparación de cualquier otro delito. De este modo, ese plus de peligrosidad es el que torna admisible intensificar la intervención punitiva del Estado en la esfera privada de los individuos, habilitando la ruptura de la regla de la impunidad de los actos de preparación delictiva⁸⁹.

Ahora bien, como primer paso, corresponde determinar el ámbito de protección de la norma penal, es decir, el bien jurídico tutelado por su tipificación. La determinación del bien jurídico protegido por el delito constituye el punto de partida para una interpretación racional de los tipos penales, en tanto permite establecer qué quiso proteger el legislador⁹⁰ y, a partir de ello, excluir del análisis las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico⁹¹.

⁸⁸ ZIFFER, P., Obra citada, Pp. 203.

⁸⁹ Ídem., p. 216.

⁹⁰ Ídem., p. 24.

⁹¹ MIR PUIG, S., Obra citada, p. 161.

En derecho penal, esta tarea es central, ya que el principio de lesividad exige que toda prohibición o mandato penal recaiga sobre una conducta que amenace al bien jurídico.

En el caso específico del delito de confabulación que tutela la salud pública, la justificación de su sanción como conducta prohibida presenta un desafío significativo. Ello se debe a la dificultad de justificar la punición de un delito cuya acción típica sea ponerse de acuerdo para cometer una serie de delitos determinados, los cuales, a su vez, implican la prohibición de conductas previas a la lesión de un bien jurídico, bajo el fundamento de un peligro futuro de lesión.

En este contexto, el riesgo de daño es más distante que en relación con los delitos sobre los cuales recae el acuerdo delictivo, previstos en los artículos 5, 6, 7, 8 y 10 de la ley 23.737 y 866 de la ley 22.415⁹².

De ello se sigue que la confabulación, en tanto delito de peligro abstracto que sanciona actos preparatorios de otros delitos —también de peligro abstracto— incrementa la lejanía respecto de la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido.

Por esta razón, cabe sostener que la norma en cuestión no protege de manera directa un bien jurídico, sino que se limita a castigar la intención y su manifestación de cometer un delito específico sin requerir el inicio de su ejecución.

Más aún, también resulta cuestionable la postura que intenta justificar la tipificación de esta figura en función a la peligrosidad intrínseca de estas formas asociativas propias de la criminalidad organizada. En tanto, no debe perderse de vista que la estructura del delito de confabulación en definitiva no exige la concurrencia de los rasgos característicos de dicho fenómeno delictivo: requiere de un número mínimo de sujetos activos menor, no exige la presencia de una estructura organizada ni de relaciones de dependencia jerárquica entre sus integrantes.

Por ello, difícilmente pueda sostenerse que el plan delictivo propio de la confabulación —referido, además, a delitos de peligro abstracto— represente por sí mismo la peligrosidad que se atribuye a la criminalidad organizada.

En definitiva, la figura penal bajo análisis se aparta de los principios esenciales del Derecho penal, en la medida en que la posibilidad de afectación del bien jurídico por la conducta típica es muy lejana. Ello conduce a la conclusión de que este delito presenta una débil justificación incriminante.

5.2. Principio de legalidad y taxatividad: “actos manifiestamente reveladores”

⁹² BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. Obra citada, Pp. 165/166.

El perfil preventivo del delito de confabulación se traduce en un supuesto de adelantamiento de la punibilidad que va más allá de los actos preparatorios, en tanto el tipo delictivo engloba el solo planeamiento de un delito determinado, bajo la condición de que algunos de los miembros hayan realizado actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar de ejecutarlo.

En lo que respecta a estos actos, se entiende que deben ser referidos a la decisión común de ejecutar el delito; es decir, no constituyen necesariamente actos de ejecución. De esta manera, la confabulación amplía el ámbito de lo ilícito hacia actos preparatorios que indiquen una intención⁹³.

En este marco, resulta fundamental la verificación de la objetivación de la conducta. ya que, sin ella, se correría el riesgo de sancionar la mera intencionalidad de cometer un delito, lo cual, por sí mismo, resulta inadecuado para justificar la intervención penal. Sin embargo, este parámetro objetivo de exteriorización carece de precisión.

En consecuencia, dicha exigencia no constituye una regla suficiente para limitar el amplio margen de arbitrio del juez en la determinación de su cumplimiento, lo que podría conducir a incluir dentro del ámbito de la norma a conductas sociales neutras y carentes de relevancia penal.

De este modo puede advertirse que esta condición de punibilidad —de indudable importancia dentro de la estructura normativa, aun cuando no integre el tipo delictivo en sentido estricto— no satisface plenamente el principio de legalidad en su dimensión de garantía criminal, que exige que el delito se encuentre determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*).

Tal conclusión se fundamenta en que la norma no cumple adecuadamente con la exigencia derivada del principio *lex stricta*, según el cual la ley penal debe presentar un grado suficiente de precisión que permita evitar el arbitrio judicial⁹⁴.

5.3. Culpabilidad / imputación por hecho propio en dinámicas colectivas

Hemos visto que, el delito de confabulación se consume en el mismo momento en que queda “cerrado”, entre al menos dos personas, el acuerdo para cometer uno de los delitos-fin; situación que, por sí sola, no implica su punibilidad. Para ello, es necesario que el acuerdo sea exteriorizado mediante la realización de actos manifiestamente reveladores por parte de, al menos, uno de sus integrantes.

⁹³ El tipo penal de "confabulación" en la ley de reforma al régimen penal sobre estupefacientes Autor: Villar, Mario A. Publicado en: LA LEY 1995-C, 1385. Cita: TR LALEY AR/DOC/16683/2001.

⁹⁴ MIR PUIG, S., Obra citada, p. 107.

Precisamente, la norma establece que, para que el acuerdo sea punible basta con que *“alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado”*.

Entendemos que esta cláusula puede generar un problema en relación con el principio de culpabilidad, en su dimensión de garantía que impide sancionar a una persona por un hecho ajeno —principio de personalidad de la pena—, así como por meras formas de ser o rasgos de personalidad —principio de responsabilidad por el hecho—. Tales supuestos resultan incompatibles con un derecho penal de acto, que solo legitima la punición de conductas exteriorizadas⁹⁵.

Más específicamente, si se admite que la condición objetiva de punibilidad pueda ser satisfecha por un solo integrante de la concertación, existe el riesgo de que los demás queden alcanzados por la misma escala penal y que, al momento de individualizar la sanción, se les imponga una pena equivalente, pese a no haber exteriorizado conducta alguna. Esta situación puede interpretarse como una forma de imputación por hecho ajeno, fundada únicamente en la pertenencia al acuerdo.

Este problema se intensifica si se tiene en cuenta que el delito de confabulación solo admite una forma de intervención a título de coautoría, ámbito en el cual rige el principio de la imputación recíproca de las contribuciones. Conforme a este criterio, lo realizado por uno de los coautores es imputable (de forma extensible) a todos los demás⁹⁶.

Si bien este principio no presenta mayores dificultades en lo que respecta a la consumación —que no conlleva por sí misma punibilidad—, sí genera tensiones en relación con la condición objetiva de punibilidad, en la medida en que la norma no prevé distinciones que permitan un tratamiento diferenciado según los actos efectivamente realizados por cada interviniente.

No obstante, dicha tensión puede atenuarse si la responsabilidad de cada confabulado se fundamenta en su participación en el acuerdo (hecho propio) y, además, se verifica que, al momento del acto revelador, el acuerdo comprendía un plan concreto relativo a su ejecución, incluyendo las distintas contribuciones de los intervinientes. En tal supuesto, la concertación abarca un plan global que permite justificar la imputación.

Del mismo modo, no se presentan inconvenientes cuando los confabulados realizan conjuntamente los actos reveladores. Por el contrario, si uno de los sujetos ejecuta actos que implican un apartamiento del plan acordado —en particular, si se trata de un

⁹⁵ Ídem., p. 125.

⁹⁶ Ídem., p. 395.

hecho distinto o más grave—, las reglas de la coautoría permiten excluir la imputación recíproca respecto de ese exceso, en resguardo del principio de culpabilidad⁹⁷.

En consecuencia, aun cuando la escala penal sea única, la respuesta punitiva debe diferenciarse en la etapa de individualización judicial de la pena, atendiendo al aporte concreto de cada interviniente. Ello resulta indispensable para evitar que quien se limitó a participar en el acuerdo reciba, en términos efectivos, el mismo reproche que quien realizó los actos de ejecución o de puesta en marcha.

De lo expuesto se desprende que esta figura también presenta aspectos problemáticos en relación con el principio de culpabilidad, el cual ocupa un lugar central en el derecho penal en tanto constituye un límite esencial al poder punitivo en un Estado democrático. En efecto, dicho principio exige que la pena solo pueda imponerse a quien sea personalmente reprochable por su propio hecho.

De este modo, a las críticas vinculadas con la falta de ofensividad y la indeterminación normativa propias de esta forma de criminalización de actos preparatorios, se suma un nuevo cuestionamiento fundado en el respeto de la dignidad humana, tal como se concibe en un Estado democrático que reconoce al individuo como eje central del sistema⁹⁸.

En atención a la relevancia de los principios involucrados, el siguiente y último paso del análisis consistirá en determinar si la figura del delito de confabulación resulta eficaz y necesaria para la protección de la sociedad.

5.4. Proporcionalidad y coherencia del sistema (penas, concursos y efectos)

La evaluación propuesta se realiza a la luz del principio de proporcionalidad, derivado del principio de legalidad. Desde esta perspectiva, corresponde dilucidar si la excepcional punición de actos preparatorios para la comisión de delitos de tráfico resulta acorde con la finalidad político-criminal de tutela de la salud pública.

En este sentido, si se atiende al modo en que el legislador ha estructurado la tipificación de las conductas en materia de narcotráfico, la conclusión a la que se arriba es que dicha finalidad se presenta como claramente desproporcionada. Ello se debe a que, en el régimen penal de estupefacientes, se ha incluido dentro del ámbito de prohibición la totalidad de las fases de tenencia, distribución y comercialización ilegal. Incluso, la matriz delictiva alcanza el primer acto de tráfico, esto es, la tenencia de semillas o plantas, la siembra, el cultivo y la tenencia de materias primas destinadas a su producción. En

⁹⁷ Ídem., p. 399.

⁹⁸ Ídem., Pp. 123/124.

consecuencia, cabe sostener que esta técnica legislativa resulta, por sí misma, suficiente para la tutela del bien jurídico en cuestión⁹⁹.

Asimismo, debe considerarse que la conspiración ha sido tradicionalmente una figura de aplicación excepcional, destinada a punir aquellos supuestos en los que se ve comprometida la propia existencia del Estado de Derecho; es decir, como respuesta frente a la agresión de bienes jurídicos de máxima jerarquía, tales como la seguridad nacional, el funcionamiento de las autoridades públicas o el mantenimiento del orden constitucional.

Sin embargo, con la tipificación del delito de confabulación en el régimen penal de estupefacientes no resulta claro en qué medida es necesario e idóneo sancionar una conducta preparatoria para contribuir eficazmente a la protección del bien jurídico de la salud pública.

Lo expuesto permite afirmar que la figura de confabulación tampoco respeta el principio de mínima intervención del derecho penal, el cual exige que la punición de una conducta socialmente dañosa se encuentre justificada en función del grado de lesividad al bien jurídico protegido.

Nos encontramos, entonces, ante un supuesto de tipificación que puede calificarse como irracional, en tanto desnaturaliza el sentido del bien jurídico hasta reducirlo a su mínima expresión.

Este resultado es consecuencia de la decisión legislativa de no dejar fuera de penalización prácticamente ningún ámbito vinculado con los estupefacientes, equiparando, en los hechos, los actos preparatorios con los consumados, así como la intervención de los partícipes con la de los autores.

En efecto, este marcado punitivismo se refleja en la determinación de la escala penal prevista en abstracto para el delito de confabulación, en la medida en que se establece una misma respuesta punitiva para un acto preparatorio —carente de un desvalor equiparable al de los delitos consumados—, tratándolo como si se tratara de un hecho plenamente realizado por todos los intervinientes, sin distinguir sus respectivos aportes.

De este modo, se advierte una falta de correspondencia entre el marco punitivo, por un lado, y el contenido del injusto y la culpabilidad del sujeto, por el otro, lo que puede implicar una afectación al principio de proporcionalidad de la pena¹⁰⁰. En particular, la ley no establece una graduación de la sanción acorde con el grado de intervención de cada

⁹⁹ Ídem., p. 479.

¹⁰⁰ David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomos 14 A. Editorial Hammurabi, Año 2014, Pp. 63/64.

sujeto, lo que restringe la discrecionalidad judicial en la tarea de individualizar la pena conforme al injusto concreto.

Si a ello se suman las técnicas especiales de investigación autorizadas en la legislación de drogas —tales como el agente encubierto, el testigo protegido, las filmaciones encubiertas y la interceptación de telecomunicaciones—, se advierte que la punición de meros actos preparatorios, sin una dañosidad social comprobada sino meramente presunta, puede derivar en una injerencia estatal excesiva en los ámbitos de libertad y privacidad de los ciudadanos¹⁰¹.

Por su parte, en lo que respecta a las consecuencias de la confabulación en relación con el concurso con los delitos-fin y su vinculación con figuras afines, las eventuales tensiones que podrían suscitarse en torno al principio *ne bis in idem*, derivadas de una posible doble valoración normativa de los mismos tramos del *iter criminis*, encuentran una vía de solución en la aplicación de las reglas del concurso aparente.

¹⁰¹ Ídem, p. 480.

6. CONCLUSIÓN

Este trabajo se organizó alrededor de una pregunta precisa: si el art. 29 bis de la Ley 23.737 adelanta la punibilidad de un modo compatible con los principios constitucionales que limitan el poder punitivo. La respuesta que se sostiene es que la figura, por su diseño y por el margen con el que puede operar en la práctica, plantea una tensión relevante con ese sistema de límites. Por esa razón, solo puede defenderse como herramienta excepcional y bajo una interpretación estricta. Si se la aplica con criterios amplios, corre el riesgo de transformarse en una vía de expansión del castigo hacia un tramo previo al comienzo de ejecución, con costos difíciles de justificar desde un derecho penal de acto.

En materia de lesividad, el problema central es la distancia entre el reproche penal y una afectación objetivable del bien jurídico. La confabulación se consuma con el acuerdo y su punibilidad queda vinculada a una exteriorización posterior. Ese esquema deja abierta la posibilidad de sancionar conductas que todavía no muestran un riesgo relevante, o que lo hacen de un modo demasiado tenue y anticipado. La consecuencia es que el tipo puede apoyarse más en la significación subjetiva del plan que en un comportamiento que, por su entidad, permita afirmar una ofensividad concreta. En este punto, el adelantamiento de la punibilidad exige una carga de justificación especialmente intensa, porque el derecho penal pierde parte de su apoyo clásico en la exterioridad del hecho y se aproxima a un terreno donde el riesgo de sancionar intenciones aumenta.

A esa objeción se suma un dato estructural del propio tipo. El art. 29 bis no exige organización estable, permanencia ni jerarquía. Tampoco presupone un mínimo de estructura que permita asimilarlo, sin más, a los supuestos paradigmáticos de criminalidad organizada. Por lo tanto, su presupuesto fáctico puede coincidir con convergencias criminales relativamente simples, propias de delitos comunes, en las que la actuación plural no necesariamente agrega una peligrosidad cualitativamente distinta. Esto vuelve más discutible la justificación político-criminal que suele invocarse para adelantar la intervención penal. No siempre se verifica el plus organizativo que permitiría explicar por qué el legislador debe intervenir antes del comienzo de ejecución y no mediante las herramientas tradicionales del sistema, en particular la tentativa y las reglas de participación.

El legislador intentó introducir un límite a través de la exigencia de actos manifiestamente reveladores. Ese fue el modo elegido para evitar que la punición recaiga sobre la mera deliberación o el pensamiento, preservando el principio de reserva. Sin

embargo, allí aparece el problema de legalidad y taxatividad. La fórmula puede funcionar como umbral real o como cláusula abierta, según el criterio de aplicación. Si se admite como revelador un comportamiento ambiguo, equívoco o incluso socialmente adecuado, la condición objetiva pierde valor garantista y la punibilidad queda librada a apreciaciones amplias, lo cual es especialmente sensible en delitos de tutela anticipada. La compatibilidad constitucional depende, entonces, de exigir un estándar alto.

Los actos deben ser verificables, dotados de entidad y conectados funcionalmente con un plan determinado. De lo contrario, el tipo termina habilitando imputaciones construidas retrospectivamente, apoyadas en inferencias antes que en un salto cualitativo en la exteriorización del riesgo.

En el plano de la culpabilidad, la dinámica colectiva introduce un riesgo adicional. La punibilidad puede activarse por actos de uno, pero la escala penal es única para todos los que toman parte en el acuerdo. Si el sistema no cuida la individualización, la respuesta punitiva puede volverse indiferenciada y aproximarse a una imputación por hecho ajeno, fundada únicamente en la pertenencia al pacto. Esto exige mantener filtros personales claros y operativos.

Ello exige verificar la integración real en el acuerdo, la persistencia al momento del acto revelador, la delimitación del plan, la ausencia de desistimiento eficaz y la valoración del aporte concreto de cada interviniente. Sin esos recaudos, el tipo se vuelve especialmente problemático, porque combina anticipación de punibilidad con un régimen que puede diluir la responsabilidad individual.

La proporcionalidad y la coherencia del sistema refuerzan estas objeciones. Por un lado, la confabulación amplía el ámbito de lo punible y puede alterar, en la práctica, la lógica de la participación, al castigar como delito autónomo una etapa previa. Por otro lado, tiende a funcionar como figura residual. Si la conducta es neutra, no debería activarse. Si progresa hacia tentativa o consumación, debe ser desplazada por el delito-fin para evitar doble valoración del mismo tramo del iter criminis y resguardar el *ne bis in idem*. En un régimen como el de estupefacientes, donde el legislador ya tipifica escalonadamente eslabones del tráfico y asigna respuestas penales diferenciadas, resulta discutible que el art. 29 bis agregue un plus necesario de tutela material, más allá de su función anticipatoria.

Esto no significa negar toda utilidad posible, sino subrayar que la justificación no puede apoyarse solo en un argumento de conveniencia. Debe sostenerse también en la necesidad y en la racionalidad de su aporte dentro del sistema.

A lo anterior se suma una dimensión práctica que no puede quedar fuera del análisis. La confabulación no importa únicamente por la pena. Su aplicación puede operar

como presupuesto para técnicas especiales de investigación y medidas de coerción, con impacto directo en ámbitos de privacidad y libertad. Ese efecto no reduce, sino que aumenta, la exigencia de límites. Si el tipo se convierte en una llave de entrada a intervención estatal intensa sin un umbral robusto de objetivación, la anticipación penal deja de ser un recurso excepcional y se transforma en una herramienta habilitante, con un costo constitucional difícil de justificar.

Ahora bien, reconocer estos problemas no impide advertir que la figura también puede leerse desde su rendimiento en el sistema. Permite intervenir antes de que ciertas conductas ingresen en eslabones más lesivos del tráfico y puede facilitar la investigación de fenómenos complejos. Incluso el compromiso internacional asumido por el Estado argentino contribuye a explicar su incorporación. Sin embargo, nada de ello autoriza a sostener que la eficacia deba alcanzarse mediante una flexibilización de garantías. Los propios compromisos internacionales exigen compatibilidad con los principios constitucionales y con los conceptos básicos del ordenamiento interno. En consecuencia, la utilidad político-criminal no puede funcionar como sustituto de los límites constitucionales, sino como un dato que debe ser ponderado dentro de ellos.

La cuestión central era determinar si el art. 29 bis resulta compatible con los límites constitucionales al poder punitivo. La respuesta es afirmativa, pero solo bajo una interpretación estricta. Fuera de ese marco, la figura corre el riesgo de expandir el castigo hacia conductas demasiado alejadas del hecho. No se trata de una figura inconstitucional por su sola existencia, pero solo puede mantenerse dentro de un marco constitucional si se lo interpreta y aplica como excepción, con exigencias reforzadas de exteriorización, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Esa interpretación exige una objetivación estricta de los actos reveladores, imputación personal y un control serio de proporcionalidad y coherencia concursal. Si esas condiciones se relajan, la figura se convierte en un mecanismo expansivo de intervención penal anticipada difícilmente conciliable con un Derecho penal del hecho y con la función limitadora que los principios constitucionales cumplen frente al poder punitivo del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Criminalidad organizada y Derecho penal, Aboso, Gustavo Eduardo. 1era. Edición. Editorial Bdef Montevideo. Año 2019.
- D 'Alessio, Andrés; "Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado" 2da. Edición actualizada y ampliada, Tomos I, II y III, Leyes Especiales, La Ley, 2010.
- Justo Laje Anaya, Tráfico de estupefacientes Ley 23.737, Alveroni Ediciones. Año 2011.
- Abel Cornejo. Estupefacientes. Tercera Edición Ampliada y Actualizada. Edit. Rubinzal-Culzoni. Año 2014.
- David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomos 14 A y B. Editorial Hammurabi. Año 2014.
- Santiago Mir Puig. Derecho Penal, Parte General, 8va. Edición. Editorial Reppertor. Año 2008.
- Waldo Villalpando. Crimen organizado transnacional. Características de las redes delictivas internacionales. Edit. Astrea. Año 2014.
- Patricia S. Ziffer. El delito de asociación ilícita. Editorial Alveroni. Año 2005.
- Antonio Escohatado. Historia General de las Drogas. Edi. Alianza Editorial. Año 1998.
- El tipo penal de "confabulación" en la ley de reforma al régimen penal sobre estupefacientes Autor: Villar, Mario A. Publicado en: LA LEY 1995-C, 1385. Cita: TR LALEY AR/DOC/16683/2001.