

Confabulación:

Barbaros! Las ideas no se punen.

Sumario: Narcotráfico y política criminal (1). Análisis del tipo penal de la confabulación (6) Concurso de delitos (10). Principios de proporcionalidad y lesividad (13). La doctrina (14). Jurisprudencia (17). Antecedentes y debate parlamentario del art. 29 bis de la Ley 23.737 (20). Análisis de la condición objetiva de punibilidad instituida en el segundo párrafo del art. 29 bis de la ley 23.733 (22). Técnicas especiales de investigación (29). Conclusión (33).-

Narcotráfico y política criminal.

El formidable desarrollo alcanzado por la criminalidad organizada en torno al tráfico de estupefacientes en el mundo entero parece amenazar algo más que el bien jurídico que por excelencia pretende proteger la ley 23.737: la salud pública; decimos esto porque las organizaciones dedicadas al narcotráfico, despliegan su accionar ilícito a través de una violencia inusitada, conformando verdaderos ejércitos de distribuidores y consumidores, al mismo tiempo que corrompen a través del dinero importantes franjas del poder en los distintos estamentos gubernamentales y policiales, construyendo de ese modo un entramado mafioso, difícil de desenmarañar y de combatir.

Además de ello, cabe decir que el consumo de estupefacientes propicia la caída de las barreras de inhibición en los sujetos que las consumen, los que luego para poder satisfacer la adicción en muchos casos terminan trabajando para estas organizaciones y bien conocemos que el consumo de tóxicos exacerba la violencia y la criminalidad, ya que la pérdida de la conciencia y la potente dependencia psicofísica que produce el consumo de drogas en los adictos, los incita a arrasar lo que este a su alcance del modo que sea, en miras a obtener el objeto de su deseo destructivo y obnubilante.

Es este tipo de criminalidad compleja y dañina el que ha cobrado inusitada relevancia en las últimas décadas por el masivo consumo de tóxicos alcanzado por nuestra sociedad, lo que ha conducido a la República Argentina a un ascenso vertiginoso en el ranking suramericano, además de transformarse en uno de los países de tránsito de cargamentos de estupefacientes más importantes de la región hacia Europa, lo que coloca a nuestra Nación en escenario de disputa territorial de las diferentes organizaciones criminales que trafican tóxicos y ya sabemos la feroz violencia que esa guerra desata y la inseguridad ciudadana que conlleva.

En ese panorama debe destacarse que en la última década, en virtud a ese incremento del tráfico y consumo de estupefacientes y el nudo resultado obtenido desde la sanción de la ley 23.737, y también a partir de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a su texto vía art. 75 inc. 22, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vuelto a ponderar el tópico relacionado con la tenencia de drogas para consumo personal, conducta receptada como tipo penal en la citada ley en su art. 14 segundo párrafo, tópico que fuera debatido antes con tanta intensidad en precedentes tales como Colavini¹, Basterica² y Montalvo³.

¹ C.S.J.N., Colavini, Ariel Omar” 1978, fallos: 300:254

² C.S.J.N., Basterica, Gustavo M. 1986, fallos: 308:1392

³ C.S.J.N., Montalvo, Ernesto A. 1990, fallos: 1313:1333

En efecto, recientemente la nueva composición de la Corte Suprema Argentina en el fallo *Arriola*,⁴ apartándose de la doctrina receptada en *Colavini* y *Montalvo* donde incriminó dicha conducta, volvió sobre sus pasos y retornó a la doctrina del fallo *Basterrica*. En el nuevo y reciente precedente se declaró la inconstitucionalidad del art. 14 bis de la ley 23.737 en el caso concreto, aclarando expresamente que el mismo no debe ser entendido como una legalización del consumo de estupefacientes.

El alto Tribunal, de ese modo, reflexiona una vez más sobre el tópico y vuelve a la doctrina del fallo citado en ultimo termino, fundado no solo en la ineficacia de la política criminal que penaliza a los tenedores de estupefacientes con fines de consumo personal, en atención al formidable y exponencial crecimiento del consumo y el tráfico de estupefacientes, sino también apoyada en ese cambio de paradigma que significó para nuestro orden legal penal, las directrices que imponen aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que hoy integran el texto constitucional.

Me estoy refiriendo al principio pro homine y la exegesis de la ley que más derechos acuerda al ciudadano, a la no revictimización que implica la punición del adicto y fundamentalmente el respeto a la autonomía de la persona, mientras la conducta del sujeto se mantenga tras la valla del art. 19 de la CN. siempre que no se dirija contra bienes que se hallen en la esfera del orden y la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

Ahora bien, ese cambio de criterio que resulta razonable ya que la lucha debe centrarse no en el consumidor, último eslabón del tráfico víctima y enfermo al fin, sino en la persecución penal de los narcotraficantes, en modo alguno cambia, y ello se desprende de la interpretación global del fallo *Arriola*, lo dicho en el precedente *Montalvo* en lo que respecta al bien jurídico protegido por la Ley penal Argentina en la materia, en cuanto a que el legislador no solo ha decidido proteger la salud pública, sino también la familia, el entramado social y los cimientos mismos de la Nación, y es por ello que el Estado en el ejercicio del ius puniendi debe realizar un enérgico esfuerzo por detener y neutralizar esa criminalidad organizada.

En efecto, en los albores mismos de la década del noventa, en el precedente *Montalvo*, el más alto Tribunal de la Republica, señalaba la extensión de la lesión al cumulo de bienes jurídicos que provoca el tráfico de estupefacientes en la sociedad toda: “...si bien se ha tratado de resguardar la salud publica en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda.”⁵

Y no obstante que dichos fundamentos vinculados al bien jurídico protegido han sido tachados por algunos magistrados y juristas como desproporcionados, si nos atenemos no solo a la destrucción de la psiquis y físico de los consumidores que muchas veces apareja la destrucción de su propia familia y la erosión de importantes lasos sociales, sino también la violencia que caracteriza a las organizaciones narcotraficantes que respondiendo a diversos carteles, entran en guerra entre ellas por el

⁴ C.S.J.N. *Arriola, Sebastián y otros* 2009, fallos: 332:1963

⁵ C.S.J.N. “*Montalvo, Ernesto A.*” Fallos: 313:1333,1990/12/11, considerando 13, publicado en “C.S.J.N. Máximos precedentes, Derecho Penal parte general”, Mauro Divito, Santiago Vismara La Ley Tomo I, la Ley, pág. 57.

dominio del territorio, para quien aquí escribe, la protección de aquellos extensos bienes jurídicos conservan plena vigencia.

Analizando la estructura de la criminalidad organizada y los bienes jurídicos que afecta, Luciani ha señalado lo siguiente: *“Las características intrínsecas de la criminalidad organizada, concebida como una estructura cuyo fin es delinquir y obtener de ese modo beneficios patrimoniales o materiales, provoca una conmoción en la tranquilidad pública que se acrecienta por la gravedad de los crímenes que lleva adelante –por ejemplo el tráfico de drogas...- y por la utilización de medios violentos dirigidos tanto al interior del grupo como hacia el conjunto de la sociedad.”*⁶

Ha sido la misma Corte en el precedente Arriola arriba citado, quien ha exhortado con énfasis el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico castigando estos delitos graves en forma adecuada (considerando 28).

Y es frente al flagelo del narcotráfico con aptitud de enfermar severamente y matar también legiones de seres humanos hasta consumir en muchos casos completas generaciones, que el legislador, echando mano a criterios propios del Derecho penal del enemigo ya analizado extensamente, ha programado un tipo penal dentro de la ley de estupefacientes que, anticipando la barrera de punibilidad a los actos preparatorios, pretendió otorgar a la política criminal, herramientas eficaces contra este tipo de delito tan difícil de prevenir, nos referimos al delito de confabulación previsto en la ley de drogas.

Es decir que la política criminal delineada por el Estado, frente a un delito altamente peligroso y grave, generador de trágicas y violentas consecuencias en la sociedad, en aras de alcanzar eficacia tras el objetivo de reprimir el narcotráfico, justifica frente a los sujetos que organizadamente trafican estupefacientes, adelantar la valla de punición hasta límites de tensión con la manda del art. 19 de la CN. interviniendo y neutralizando el designio criminal antes del inicio de la ejecución del delito fin programado.

Pero antes de entrar de lleno en análisis del objeto de este trabajo, esto es la estructura del art. 29 bis de la ley 23.737 y su aplicación constitucional, quiero señalar preliminarmente que el tráfico de estupefacientes puede ser combatido con éxito en la República Argentina llevándolo a una mínima expresión sino vencido, para ello no hace falta echar mano al Derecho Penal del enemigo que rechazamos.

En efecto en nuestra Nación de una vez por todas debemos poner mucha más energía y recursos en la prevención del delito que en la represión y en vez de aumentar las penas y morigerar las garantías constitucionales, el Estado Nacional en lo que respecta al tráfico de estupefacientes, en primer lugar debería delinear con coraje una estrategia regional de neutralización de esa criminalidad organizada seria y persistente, en la que a su vez se imbrique una política nacional preventiva férrea que comience con el decidido y estricto control de las fronteras y los cielos de la Nación hoy de una alarmante permeabilidad.

Si es cierto que los pueblos de Suramérica están destinados a transitar el albor de una nueva etapa emancipadora, donde los lazos de unión, solidaridad y cooperación necesariamente deberán referenciarse en los principios de soberanía política, independencia económica y justicia social de las Naciones, en el marco de ese programa

⁶ Luciani, Diego Sebastián “Criminalidad Organizada y trata de personas” Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2011 pag. 31.

revolucionario no puede soslayarse la comprensión de que el tráfico de estupefaciente, es una actividad ilícita funcional al poder hegemónico que establece e impone la división internacional del trabajo en el mundo y se relaciona con el rol impuesto por el sistema imperante a las naciones de Sur.

Digo esto porque la inoculación del consumo de tóxicos alucinógenos como práctica habitual y masiva, conspira contra la liberación de los pueblos de América del Sur porque funciona como caballo de Troya que inutiliza e inhabilita legiones de jóvenes sin aptitud de resistir, física, psicológica y culturalmente los embates de la dominación en curso. Justamente porque aquel consumo domestica y neutraliza menguando la capacidad de resistencia de los perturbadores del sistema [léase luchadores en favor de la justicia social y derechos humanos; confrontadores de aquella división internacional del trabajo arriba mencionada, finalmente jóvenes criollos llamados a configurar la resistencia contra la dependencia económica y política que imponen las potencias hegemónicas].

Entonces no tenemos dudas que el consumo masivo de tóxicos diezma las generaciones de perturbadores, barbaros díscolos al fin que en condiciones normales (no intoxicados, no drogadependientes) representan un obstáculo que conspira contra la extracción de materias primas sin interferencias de los países subdesarrollados, a la que aspira el sistema de manufactura y maximización de las ganancias del hemisferio norte.

Resulta obvio que los formidables negocios ilícitos desplegados por la criminalidad organizada a lo largo y ancho del planeta, tienen un fin eminentemente económico pero también consecuencias políticas funcionales al sistema, porque en el caso de la incrementación inusitada del tráfico ilícito de estupefacientes y la proliferación del consumo de drogas desde temprana edad, se expanden extraordinariamente las legiones de seres humanos que no solo no comprenden el problema que los agobia, ni visualizan la intencionalidad del sistema que por acción u omisión lo propaga, sino que disminuidos en su aptitud mental por el consumo, nada pueden hacer frente al triste destino personal y también colectivo que se impone frustrando su realización.

Es decir que asumida la decisión de luchar, debe entenderse cabalmente contra los intereses que se lucha, porque como hemos dicho, además de ese designio político esbozado supra, el narcotráfico internacional también responde en gran parte a una necesidad económica funcional del sistema imperante, porque se sirve del poder financiero internacional que opera en los paraísos fiscales cumpliendo un rol primordial, esto es, lavar el dinero sucio proveniente de la criminalidad organizada (narcotráfico, trata de personas, venta de armas etc.) para su posterior inyección legal en el sistema.

Porque existe una interferencia entre *“actividades lícitas e ilícitas, que difícilmente pase inadvertida, por lo menos para ciertos sectores gubernamentales dedicados a cuestiones financieras. En efecto, la magnitud de las operaciones que se realizan y el despliegue de medios materiales que ellas traen aparejadas hace necesario que las mismas adquieran viso de legitimidad, y de ser posible, paulatinamente, legalidad efectiva, lo que no resulta tarea fácil. Esa necesidad, cada vez mayor de blanquear capitales, ha dado origen a otro tipo de delincuencia organizada, en cuyo entramado de relaciones convergen necesariamente una multifacética gama de*

*personajes pertenecientes a los más altos estratos sociales, financieros y gubernamentales.*⁷

De manera que no comprender las múltiples facetas (sociales, económicas y políticas) del problema, y abordar el narcotráfico desde la sesgada visión del Derecho Penal, resulta irrazonable como también lo es ir detrás del problema tratando de atajar sus consecuencias como se pueda. Por eso decimos que en primer lugar debe establecerse una política regional decidida y mancomunada de lucha contra el narcotráfico advirtiendo el problema político que subyace bajo el mismo, ese que excede el conflicto social que plantea el delito.

Aclarado ello debe determinarse e implementarse en la Nación una política criminal preventiva seria y adecuada que detenga e impida sin pérdidas de tiempo, el ingreso de los tóxicos de todo tipo que hoy causan estragos en nuestra población y aniquilan la seguridad ciudadana, pero para ello, como todo lo concerniente a la soberanía política de una Nación que se precie de independiente de toda dominación extranjera, hace falta decisión, voluntad política y recursos, esos que por ahora no se avizoran.

También debe tenerse en cuenta que un puñado de jueces federales y unas fuerzas de seguridad exigua, mal entrenada y carente de recursos, no han de enfrentar con éxito el narcotráfico en la República Argentina. La sola instalación de una cantidad suficiente de radares para detectar vuelos clandestinos que ingresan estupefacientes al país también resulta insuficiente sin una legislación adecuada que con eficacia neutralice el vuelo y aterrizaje de esos aviones en los centenares de pistas clandestinas y camufladas que existen en nuestro país.

Lógicamente, de manera simultánea, debe atacarse la arista cultural del problema, partiendo en primer lugar de que la cultura de la droga es la contracara de la cultura del trabajo y el estudio y la laboriosa voluntad, constancia y disciplina que esas actividades esenciales para el ser humano demandan.

Para ello el Estado no solo debe propender a concretar la justicia distributiva que permita el desarrollo integral del hombre y su familia, sino que también deberá desarrollar intensos y adecuados programas educativos, desde los primeros años de edad sobre nuestra juventud, no solo para esclarecer respecto del daño irreversible que provocan todos los estupefacientes en las psiquis y la salud de los seres humanos, sino también respecto de ese trasfondo político arriba esbozado y que subyace bajo el problema del narcotráfico, ese que se refiere a la facilitación del status quo del sistema imperante a través de la conformación de ejércitos pasivos de jóvenes que con impronta pasatista, descomprometida y autodestructiva, no posean plena capacidad no solo ya para construir con libre voluntad un plan de vida, sino también para organizarse y cuestionar con inteligencia las dependientes e injustas estructuras imperantes, para construir desde una cosmovisión crítica y un activismo altruista, humanista y transformador, una sociedad virtuosa y sabia, justa y equitativa, pero sobre todo liberada de toda forma de explotación o dominación.

“En un tiempo en el que el individualismo a ultranza deja atrás al individuo como persona, como ser soberano, en el que se le ofrecen al hombre modelos compulsivos, sin consultar sus auténticas preferencias, y de ese modo se

⁷ Mill, Rita, “Criminalidad Organizada. Dificultades probatorias” publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, 2009, Rubinzal-Culzoni pag. 45.

agigantan brechas de exclusión y marginalidad, que son donde se encarna el tráfico de droga en forma perversa. El tráfico ilícito es la cara oculta de las necesidades más acuciantes, del hombre postergado, y una nueva y abyecta forma de esclavizar a miles de seres humanos....el narcotráfico prolifera allí donde la pobreza golpea la dignidad del hombre sin contemplaciones.”⁸

Esta mirada descarnada de la realidad que nos circunda, nos motiva a pensar que si la crisis mundial actual tiene una causa eficiente, ella debe reconocerse entre otros motivos, en el abandono de la persecución de bienes espirituales y culturales, y el ejercicio de la virtud que educa los hábitos para elevar el genio del hombre y enaltecer la dignidad humana. Como contracara negativa, vemos campeando a sus anchas en este mundo desalmado, la explotación y la consecuente violencia e injusticia que imponen las potencias hegemónicas a las naciones más débiles, y los gobiernos de estas a la ciudadanía que representan, de la mano de la exaltación del individualismo materialista que tiene por único norte la maximización de las ganancias, el consumo y el afán de lucro ilimitado, el reparto inequitativo de la riqueza y la corrupción estructural de la política y la economía inescrupulosa que distrae recursos a fines inconfesables, negando vigencia cierta a los Derechos Humanos básicos, a la par que destruye el ecosistema mundial.

Esa crucial pérdida de rumbo que caracteriza al extraviado hombre light de hoy, sin dudas se imbrica con el narcotráfico y la masificación del consumo de estupefacientes, esos que enferman el cuerpo pero también la psiquis y el alma de los hombres, y sin conciencia ni alma ¿qué razón ha de tener la persecución de cualquier bien o valor espiritual, cultural, ético o moral?

“Por ello es conveniente que la ciudad sea sensata, valerosa y perseverante, ya que, según el proverbio, “no hay ocio para los esclavos”, y los que no son capaces de enfrentar el peligro con valentía son esclavos de sus atacantes.”⁹

Análisis de la estructura del tipo penal del art. 29 bis de la ley 23.737 to. 24424.

Aclarada esa realidad que no podíamos soslayar, nos avocamos de lleno al análisis global (dogmático, constitucional y procesal) del tipo penal de la confabulación previsto en el art. 29 bis de la ley 23.737 introducido por la ley 24.424 (B.O. 9/1/95), persiguiendo aproximarnos a su interpretación constitucional, partiendo de la premisa que en la base del debate sobre la punición de los actos preparatorios, subyace el concepto de peligrosidad y el problema de la legitimación del ius puniendi y la determinación de sus límites.

En ese sentido, creo que sobre el tópico bajo análisis, debemos tener en cuenta que la inconstitucionalidad de una norma puede derivar de la misma norma o también *“porque la interpretación (inteligencia o entendimiento) de esa norma... se halle en conflicto con la ley suprema (interpretación inconstitucional).*”¹⁰

De manera que el tipo penal sub examen propone aristas interesantes para debatir e investigar y aquí se analizara la problemática que presenta la determinación y delimitación de la naturaleza y características del *acto* que puede considerarse manifiestamente revelador de la decisión común de cometer alguno de los

⁸ Cornejo, Abel “Estupefacientes segunda edición actualizada”, Rubinzal –Culzoni Editores, pags. 18/19

⁹ Aristóteles, “Política”, Libro VII, Capítulo XV, nota 20.

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional, recurso extraordinario” Tomo 2 4ta. Ed. Astrea, pag. 54.

delitos taxativamente previstos en la norma, para que comience la punición, sin afectar principios y garantías constitucionales, es decir, como se señaló, pretendemos alejarnos de interpretaciones inconstitucionales del tipo penal sub examen, tal como lo hemos verificado en ciertos autores y jurisprudencia y por ende aproximarnos a una exegesis razonable en sintonía con la constitución y el Estado social y democrático de Derecho.

En ese camino, nos parece interesante analizar el tipo penal de la confabulación y establecer con precisión cuáles son a nuestro criterio, los estándares factico-jurídicos que necesariamente han de configurarse para que la aplicación de la norma bajo examen no resulte arbitraria e irrazonable es decir no enerve los principios de reserva, legalidad y lesividad como también el derecho penal de acto ya que como sabemos las meras ideas y la falta de exteriorización de las mismas a través de concreta conducta humana en el mundo real está fuera del alcance de los magistrados. Para ese análisis partimos de la base de que un sujeto puede ser objeto de persecución penal solo por su conducta, no por el rotulo de un rechazado concepto de peligrosidad, en miras a prevenir los delitos que pueda cometer en el futuro, teniendo en cuenta que por principio los meros actos preparatorios resultan impunes.

Empero y contrariamente a lo señalado, la punición de la confabulación prevista por el art. 29 bis de la ley 23.737, está dirigida a las conductas inherentes a la preparación de los delitos taxativamente determinados por esa norma, porque el legislador ha considerado oportuno y razonable, no esperar a que comience la ejecución del delito-fin que persiguen esos actos preparatorios y antes de que comience la tentativa en ese camino del crimen, el ius puniendi interviene adelantando las barreras de punibilidad, evidenciando una política criminal de prevención fundada en la peligrosidad.

Aclarado ello, y si bien en cada caso concreto han de ponderarse las circunstancias de tiempo modo y lugar, el quid de la cuestión que analizaremos seguidamente, reside en determinar con la mayor certeza posible, cual es la naturaleza, entidad y presupuestos factico objetivos como normativos que deben caracterizar una conducta preparatoria para alcanzar el umbral constitucional necesario para su reprochabilidad. Porque no toda conducta posterior al plan ilícito concertado habilita la punición, sino que la revelación manifiesta del designio criminal debe constituir una conducta exteriorizada y enderezada hacia la generación del riesgo jurídicamente desaprobado, alcanzando para ello ciertos presupuestos inexcusables para que provoquen la relevancia penal de la confabulación, de manera que esos actos preparatorios deben ser graves, concretos e inequívocos de la exteriorización de una conducta criminal pergeñada entre por lo menos dos sujetos.

El art. 29 bis de la ley 23.737 introducido con la sanción de la ley 24.424 recepta el peculiar tipo penal que seguidamente se transcribe.

“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 arts. 5°,6°,7°,8°,10° y 25 de la presente ley, y el art. 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 confabulaci3n a la autoridad antes de haber comenzado la ejecuci3n del delito para el que se había formado, así como el que espontáneamente impidiera la realizaci3n del plan”

Vemos entonces que el tipo objetivo requiere un concurso de criminales, por lo menos dos, y un concierto de voluntades con el objetivo de cometer el delito de tráfico o contrabando de estupefacientes, en las modalidades que determina el art. 29 bis de la ley de drogas al final de su primer párrafo: arts. 5 ,6 ,7 ,8 ,10  y 25 de la ley 23.737, y el art. 866 del C3digo Aduanero (párrafo primero).

Para que el pacto sea punible, se impone una condici3n objetiva de punibilidad, consistente en que alguno de los partícipes de la confabulaci3n realice actos manifiestamente reveladores de la decisi3n de ejecutar el plan (párrafo segundo).

Finalmente, se establece una exenci3n de pena para el sujeto que delate el plan acordado a la autoridad antes de haber comenzado la ejecuci3n del delito como tambi3n al sujeto que espontáneamente impida la realizaci3n del plan (párrafo tercero).

Dicho con otras palabras, el artículo 29 bis de la ley 23.737, acuña un tipo penal peculiar que, fulminando excepcionalmente la impunidad en la que por regla general caen los actos preparatorios, los reprime cuando el designio criminal persiga alguno de los delitos previstos por la norma. Es decir el legislador fundado en una política criminal orientada por la peligrosidad, delineada para lograr eficacia en la lucha contra el tráfico de estupefacientes, adelant3 la barrera de punibilidad hasta conductas que expresen un pacto o acuerdo entre por los menos dos sujetos activos para cometer alguno de aquellos  l citos citados supra y que taxativamente dispone el tipo penal. En el segundo párrafo se establece una condici3n objetiva de punibilidad que tiende a encuadrar al tipo en el Derecho Penal de autor, ya que exige conducta exteriorizada que revele manifiestamente el plan, y en el tercer párrafo se establece una exenci3n de responsabilidad penal, para aquel confabulador que revele el acuerdo o que impida su realizaci3n.

El tipo objetivo señala que los sujetos activos no requieren ninguna calidad especial, ni siquiera que sean capaces, porque lo que est  en juego *no es la validez o nulidad del pacto*¹¹, sino la mayor energía y eficacia con que se pretende combatir la criminalidad organizada. Para ser autor de este delito se exige un concurso de criminales, por lo menos dos personas, de manera que si en el pacto participan dos sujetos y uno de los confabuladores se retira antes de la exteriorizaci3n de los actos manifiestamente reveladores del designio criminal, la confabulaci3n queda impune por *falta de quorum*, para utilizar las palabras de Laje Anaya¹² lo que provoca su disoluci3n.

En cuanto a la acci3n t pica, el Diccionario de la Real Academia nos acerca la primera acepci3n del concepto de confabulaci3n: *“ponerse de acuerdo dos o más personas para emprender algún plan, generalmente  l cito”*. Es decir el concepto en Argentina, contempla la pluralidad de sujetos que perge an un plan  l cito, tal cual lo recepta tambi3n el derecho comparado, entre otros, la *conspiraci3n* Española, la *comploter* Francesa o la *conertarsi* Italiana.

¹¹ Laje Anaya, Justo, “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”, Ed Marcos Lerner editora C3rdoba, 3ra. Ed. C3rdoba 1998, pág. 284.

¹² Laje Anaya, Justo, ob. cit., pág. 282.

El plan ilícito debe estar enderezado a la comisión de alguno de los delitos enumerados en la norma y los sujetos activos deben tomar parte [ser parte de la confabulación, estar dentro de ella]¹³ en el plan común a través del reparto de roles y funciones todo ello de acuerdo a los principios de participación (art. 45 del C.P.) considerándose a cada uno de ellos como autor de confabulación, durante el tramo del inter criminis inmediatamente anterior al comienzo de ejecución del delito pactado.

El acuerdo debe referirse a un plan ilícito claramente definido, el que puede haber sido delineado por un sujeto pero luego debe acoplarse otro u otros sujetos, a través de un pacto o confabulación antes del comienzo de ejecución del delito pergeñado. Si alguno de los partícipes, antes del comienzo de ejecución del delito principal, abandona material y psicológicamente el plan que sigue su curso en su ausencia, queda exento de responsabilidad penal, lo mismo que el sujeto que permanece aferrado al pacto en soledad y en relación a la confabulación, debido a la exigencia del tipo plurisubjetivo.

El tipo penal contiene un elemento normativo, ya que el acuerdo de los confabuladores tiene que estar enderezado inequívocamente a cometer uno o varios hechos determinados que se subsuman en alguno de los tipos penales que el art. 29 bis enumera taxativamente.

En cuanto al tipo subjetivo cabe señalar que es un delito doloso que solo admite dolo directo pero además requiere un plus vinculado al dolo de tráfico, es decir el sujeto debe tener conocimiento y voluntad de pactar con por lo menos otro sujeto, la ejecución de un plan enderezado a cometer alguno de los delitos ya mencionados, esos que se identifican con el tráfico de estupefacientes. Si no se verifica ese animus exteriorizado desde el fuero interno hacia el externo con ese plus, no estamos frente al tipo penal de la confabulación.

Debe tenerse muy en cuenta que la confabulación se consuma en el instante de sellar el pacto, pero su punición se demora hasta el momento en que por lo menos uno de los sujetos, luego de acordar el plan criminal, realiza un acto manifiestamente revelador de la decisión común de ejecutar el delito planificado, es decir cuando comienza la ejecución del delito principal, y aunque ese sujeto traspassa el límite de los actos preparatorios, permanece incólume la imputación por el delito de confabulación respecto de aquellos partícipes que no intervienen en el comienzo de ejecución del delito, pero que siguen unidos material y espiritualmente al *pactum scaeleris*¹⁴ del que forman parte.

Esto es así, porque la condición objetiva de punibilidad que establece el párrafo segundo del art. 29 bis de la ley de estupefacientes, supedita la confabulación y por ende la punibilidad del pacto, a que uno de los sujetos activos “*realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado*”, a partir de ese momento se configura el comienzo de ejecución del delito de confabulación, nunca antes.

Este dispositivo no integra la estructura del tipo penal, y evidencia la voluntad del legislador, no obstante el adelantamiento de la punibilidad a los actos preparatorios que programa como política criminal, de mantenerse en el Derecho penal de acto y no vulnerar el principio de reserva del art. 19 de la CN. que proscribe la punición de meras ideas.

¹³ Laje Anaya, Justo, ob. Cita. pág. 281

¹⁴ Concepto acuñado por la doctrina española para denominar un concierto para la comisión del delito.

Por eso toda exegesis del delito de confabulación, debe ser restrictiva, en consonancia con la interpretación constitucional que reforzadamente impone el párrafo segundo de la norma, además de la injerencia operativa de los derechos y garantías en juego que explicita e implícitamente recepta e impone el Estado social y democrático de Derecho, en el marco de un Derecho Penal de acto.

Finalmente la norma en su tercer párrafo prevé una excusa absolutoria que se ciñe a dos supuestos, el primero cuando el delator se identifica como participe y revela el plan a la autoridad antes de haberse comenzado la ejecución del delito “*para el que se habían formado*” es decir el delito objeto de la confabulación, requiriéndose para la impunidad el aporte de información cierta y circunstanciada de participes y del pacto que permita a las agencias estatales el control del desarrollo y progreso del inter criminis, hasta llevarlo a niveles de delito imposible.

“el confabulado no se exime de pena por denunciar la confabulación, sino que debe denunciar el plan, sus ejecutores y todas aquellas circunstancias de modo tiempo y lugar que le permitan a la autoridad controlar el curso del hecho”¹⁵.

El segundo supuesto de impunidad, requiere que uno de los confabuladores *espontáneamente impida la realización del plan*, y esto puede suceder antes o después del comienzo de ejecución del delito principal, dependiendo de que el confabulador que aborta el plan, no sea el sujeto activo que ha realizado actos propios de la tentativa del delito fin, porque de lo contrario respecto de este autor, la confabulación habrá sido desplazada y nos encontraremos frente al desistimiento voluntario.

En ambos supuestos, la excusa absolutoria tiene fundamento, en que el delator con su arrepentimiento impide la lesión al bien jurídico protegido por la norma.

La cuestión del concurso de delitos.

Hemos visto que la doctrina no es pacífica en cuanto al tramo del inter criminis en que se ubica la confabulación, para algunos se posiciona en los actos preparatorios antes de la tentativa del delito principal, para otros debe haber comienzo de ejecución para que aquellos actos sean punibles.

Nosotros pensamos que la confabulación se consuma cuando los confabuladores han realizado conductas graves y manifiestamente reveladoras del plan ilícito, es decir que los actos preparatorios son de una naturaleza tal que encuadran en una conducta ilícita autónoma en virtud a una envergadura suficiente que en forma inequívoca anuncia la futura ejecución del fin ilícito. Sin perjuicio de ello, el reproche penal de la confabulación comienza cuando por lo menos uno de los sujetos realice actos que importen el comienzo de ejecución del ilícito planificado, de manera que esa situación implicara que el sujeto autor de esa conducta responderá como autor en el delito fin tentado y al resto de los conspiradores en la confabulación.

Ahora bien, otro tópico donde la doctrina tampoco es pacífica, es el que se refiere a la existencia de concurso entre confabulación y delito fin, y si este es real o ideal.

¹⁵ Falcone, Roberto A., Capparelli, Facundo L. “Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2002, pág. 350.

Si la confabulación como delito autónomo no se integra en el hecho del delito principal porque se limita e identifica exclusivamente con la programación y preparación del plan, y es esa decisión ilícita la que debe ser revelada por inequívocas conductas realizadas por alguno de los sujetos confabuladores para ser punida y no el objeto del plan como hecho distinto, parece ser que nos encontramos frente a un concurso real (Art. 55 C.P.) entre ambos delitos.¹⁶

Autores identificados con esa posición han dicho *“la acción de confabular siempre será distinta e independiente de la acción u omisión para cometer el delito relacionado con la sustancia estupefaciente...las diferencia de acciones es entre un acto de ejecución en sentido propio y un simple acto preparatorio específico, el ponerse de acuerdo, concertar o confabular. La norma en cuestión no protege ningún bien jurídico, solo se limita a castigar la intención y su manifestación de realizar un delito de los que cita, pero no requiere acto d ejecución de ese delito.”*¹⁷

Pero si los hechos de una eventual pesquisa se identifican con las conductas que planifican, organizan, preparan, disponen y sin solución de continuidad se concatenan con el comienzo de ejecución del plan ilícito, no obstante su segmentación dogmática para comprender el camino del crimen, pareciera que nos encontramos frente a un mismo hecho que progresa continuamente en su desarrollo desde su inicio hasta su consumación, y desde esta óptica pareciera que nos encontramos frente a un concurso ideal (art. 54 C.P.)¹⁸

Desde nuestra óptica el debate sobre el concurso no es fácil y presenta diferentes aristas.

Si afirmamos que la confabulación es un delito autónomo, referido exclusivamente a los actos preparatorios, y si estos cuando se produce el comienzo de ejecución en la instancia misma de la tentativa, quedan subsumidos por el delito principal, y este injusto tentado subsume la confabulación, vemos que aunque percibamos estos hechos de manera diferenciada o no, no concurren ni real ni idealmente, porque, como ha dicho la Corte en el precedente *Cabrera* supra citado, estamos frente a infracciones penales progresivas. Y si la conducta que se subsume en una confabulación es desplazada por el comienzo de ejecución del hecho del delito fin que perseguía aquella, en ese caso nos encontramos frente a hechos diferentes en concurso aparente de leyes donde el primer segmento del inter criminis, la confabulación, es desplazado, por el delito planificado en el mismo comienzo de su ejecución.

Porque *“Si la finalidad de la incorporación del delito de confabulación fue adelantar la punibilidad a actos preparatorios de los delitos mencionados en esa disposición, cuando los confabuladores intenten cometer o consumen el delito que habían acordado realizar en conjunto pierde razón de ser la aplicación de esa figura, que queda desplazada por concurso aparente.”*¹⁹

Según nuestra óptica, no hay concurso ideal propio de una misma conducta que encuadra en distintos tipos penales, ni concurso real identificado con dos hechos distintos que concurren entre sí, sino dos conductas enderezadas a un mismo

¹⁶ Falcone, Roberto y Capparelli, Facundo “Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal” ob cit. Pág. 349.

¹⁷ Villar, Mario A., “El tipo penal de confabulación en la ley de reforma al régimen penal sobre estupefacientes” publicado en la ley, 1995-C pags. 1385 y ssqts.

¹⁸ Laje Anaya, Justo “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino” ob. cit. Pág. 292.

¹⁹ D’Alessio, Andrés José, “Código Penal de la Nación, comentado y anotado” 2 ed. T° III, la Ley pág. 1119.

fin, diferenciadas por el alcance de su desarrollo en el camino del crimen, que han sido diferenciadas y tasadas normativamente por el legislador, estableciendo tipos penales con diferentes estructuras pero con partes comunes, otorgándoles distintas significaciones y consecuencias jurídicas.

O también desde la óptica de Pessoa podemos decir que nos encontramos frente a un concurso de tipos penales efectivo y no aparente propio de una acción o conducta que presenta un real encuadre típico múltiple, debido a que *“los tipos puestos en movimiento por aquella tienen elementos comunes en sus respectivas estructuras, generando una reiteración de prohibiciones sobre determinados aspectos de la conducta, la que es tomada en forma total, por un solo tipo que es el que se aplica al caso y desplaza a los otros”*²⁰

Lo concreto es que nos encontramos frente a una misma infracción progresiva, donde existe mismo designio criminal, un mismo y único plan en el que antes del agotamiento de la primera parte, solapándose los momentos punitivos continúa la realización de la siguiente y donde los distintos eslabones de ese inter crimins, han sido atrapados por diferentes tipos penales que gradúan la distinta intensidad de acuerdo a la afectación de un único y mismo bien jurídico protegido por esas normas.

Por otro lado creo oportuno aclarar en este punto en virtud de la relación que tiene el concepto de concurso de delitos con el tráfico de estupefacientes, que distintos actos de comercio de tóxicos prohibidos realizados por un mismo sujeto, son interpretados por la doctrina y la jurisprudencia como un mismo designio criminal, es decir cada acto de comercio no es conceptualizado como un hecho distinto que concurre realmente con los otros, sino que se entiende que existe una unidad delictiva a la manera de un delito continuado, ya que se trata de una pluralidad de actos independientes entre sí que no concurren realmente porque son englobados en un mismo suceso –dolo de tráfico- a los fines de su punición. En este aspecto se ha sostenido que *“una venta aislada de estupefacientes no puede ser considerada en sí misma como un acto de comercio ilegal, siendo necesaria para la configuración de la acción, la habitualidad de la conducta reflejada en la repetición de tales actos y la obtención de un rédito económico para el sujeto activo...”*²¹

Vale esta aclaración, porque los delitos que pergeñan los confabuladores, todos y cada uno de ellos requiere dolo de tráfico incluido el contrabando como contribución a la cadena de tráfico, y esa ponderación debe estar presente al momento de constatar que una conducta se subsume en el delito de confabulación.

Finalmente, sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, cabe decir que la casuística es infinita y lo analizado no impide que dos sujetos, frente a dos hechos diferentes por ellos pergeñados, es decir dos planes paralelos pero independientes en el espacio, por ejemplo dos transportes simultáneos de droga realizados desde Salta a Buenos Aires y otro hacia San Juan, donde los partícipes se han puesto de acuerdo, organizado y repartido roles diferenciados, puedan cada uno de ellos ser imputados del delito de transporte en el caso del sujeto que conduce el automotor que contiene el material estupefaciente que se dirige a Buenos Aires, en concurso real con el delito de confabulación respecto del cargamento que el otro sujeto lleva a San Juan. En este tipo de variantes, es

²⁰ Pessoa, Nelson R. “Concurso de delitos”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996. Pags. 66 y ss.

²¹ Tazza, Alejandro Osvaldo, “El comercio de estupefacientes” Nova tesis, Santa Fe 2008, pag. 77.

decir frente a planteamientos independientes y conductas distintas (art. 55 del C.P.), puede verificarse la existencia de concurso pero siempre será real, nunca ideal.

Principios de proporcionalidad y lesividad.

El delito de tenencia con fines de comercio receptada en el art. 5 inc. c ley 23.737, taxativamente incluido en el art. 29 bis de dicha norma, ha sido señalado por algunos autores²² como un acto preparatorio del comercio de estupefacientes. De manera que si consideramos que la confabulación, no es ni más ni menos que un acto preparatorio previo que se configura según la jurisprudencia Argentina antes de la tentativa de aquel acto preparatorio (tenencia con fines), debemos advertir que la escala penal prevista por la ley resulta desproporcionada e irrazonable, a la luz de las escalas penales del delito fin en grado de tentativa, y la nuda o alejada puesta en peligro del bien jurídico protegido en el caso de la confabulación.

En efecto, el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercio (ultra intención de tráfico) tipificado en el art. 5 inc. c de la ley 23.737, que es uno de los delitos que expresamente enumera el art. 29 bis, tiene una escala penal que va de cuatro a quince años de prisión, y en el caso de que ese delito se impute en grado de tentativa, por imperio de los arts. 42 y 44 del C.P. la escala se reduciría desde un año y tres meses, hasta dos años el mínimo y cinco años a siete años y medio el máximo. Entonces, si consideramos que la confabulación se identifica con actos preparatorios en miras a realizar aquel tipo penal entre otros delitos que prevé la norma, antes del comienzo de ejecución del mismo (este no es nuestro criterio pero si el de un amplio espectro de la doctrina y también de la Jurisprudencia nacional), es decir antes de la tentativa, la escala penal prevista en el art. 29 bis de la ley 23.737 que va de uno a seis años de prisión, aparece excesiva y violatoria de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad.

Si ya de por sí existe una desproporción en la igualdad de escala penal prevista para la tenencia con fines respecto del acto de comercio de estupefacientes consumado ¿qué queda entonces para la confabulación que se configura antes de la tentativa de ambos delitos?

“Llama la atención que constituyendo la tenencia o posesión de estupefacientes con finalidad de tráfico o comercio un acto preparatorio del delito fin o principal, que en el caso está configurado por el verdadero comercio o tráfico de estupefacientes, el legislador haya previsto una penalidad idéntica a la del supuesto delito agotado en su consumación”²³

Si en la confabulación, la posibilidad de lesión al bien jurídico protegido, está aún mucho más distante y el peligro resulta mucho más abstracto que en la tenencia de estupefacientes con fines de comercio, y entonces el injusto resulta mucho menos grave e intenso que el delito fin acordado y cuya ejecución no ha tentado, claramente la escala penal prevista para la confabulación es desproporcionada y con ello vulnera los principios de proporcionalidad, lesividad, igualdad y razonabilidad, todos ellos de raigambre constitucional de manera expresa o implícita, receptados además en los tratados internacionales sobre derechos humanos que la integran. Esa desproporción se identifica con una de las características del Derecho Penal del enemigo.

²² Cornejo, Abel, “Estupefacientes”, Rubinzal Culzoni, segunda edición actualizada, 2009 pag. 63

²³ Tazza, Alejandro Osvaldo, “El comercio de estupefacientes” Nova tesis, Santa Fe 2000, pag.97.

Desde este criterio, la escala penal prevista para la confabulación, debiera ser inferior y guardar proporcionalidad idéntica a la que existe entre los delitos principales y su comisión en grado de tentativa y entre esta y la confabulación.

De manera que si nos encontramos frente a un caso de excepción, donde las conductas se identifican con actos preparatorios que se ubican antes de la tentativa, parece claro que la escala penal prevista en el delito de confabulación resulta desproporcionada en comparación con los parámetros de disminución de reproche penal que establece el art. 44 del CP..

El más alto Tribunal de la Republica tiene dicho: *“Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales.”*²⁴

De manera que si seguimos este criterio y comprobamos que en el tipo penal de la confabulación no existe lesión a bien jurídico alguno, porque se pune en base a la peligrosidad del agente, comprobamos que la escala penal prevista es desproporcionada.

Y esos principios constitucionales vulnerados por la desproporción de la pena instituida por el Estado a través del legislador, nos conducen también al resentimiento del principio de culpabilidad, cuyo contenido implica un límite al ius puniendi para que no extienda su potestad de graduación de la pena más allá de la reprochabilidad y responsabilidad penal que le cabe a un sujeto frente a la comisión de un injusto.

La doctrina.

¿En qué consiste el concurso de criminales y el concierto de voluntades para ejecutar determinados delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes?

¿En qué tramo del inter criminis la confabulación es punible, antes o durante la tentativa del delito perseguido?

Falcone, Conti y Simaz, explican que la confabulación requiere la existencia de un concierto previo entre dos o más personas; con una finalidad delictiva, es decir que el *concurso de delinquentes* acuerda la ejecución de delitos de tráfico o contrabando de estupefacientes, poniéndose de resalto que la resolución debe trascender al exterior mediante la materialización *“de una expresión decidida de llevar a cabo la empresa delictiva...”* porque *“la conspiración española al igual que la confabulación argentina se castigan con la realización de actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito previamente concertado, no se castigan las meras intenciones o deseos.”*²⁵

Cornejo al analizar la confabulación no solo critica el texto del tipo penal por la defectuosa técnica legislativa escogida *“porque no puede pasarse por alto que, de tomarse textualmente lo que dice la ley en la confabulación cada acto de*

²⁴ C.S.J.N. “Gramajo, Marcelo E., Fallos 329:3680, 5/9/2006 considerando 19. Publicado en “C.S.J.N, Máximos precedentes, Derecho Penal Parte General” T° III, Divito y Vismara, La Ley 2013, pag. 1022.

²⁵ Falcone Roberto A., Conti, Néstor J. y Simaz, Alexis L. “Derecho Penal y tráfico de drogas” Ad.hoc 2011, pag.461.

trafico de más de dos personas estará incurso en ese delito, ya que no se describió en que consiste ni se establecieron otros requisitos más que el numérico.” sino que cuestiona también su tipificación, poniendo de resalto la superposición normativa que provoca ya que “en caso de aplicarse –simultáneamente- los tipos del art. 210 del C.P. con el art. 29 bis de la ley 23.737, a la par de la circunstancia agravante prevista en el art. 11 inc. c de dicha ley, se afectarían, inexorablemente, el principio del non bis in ídem y el derecho de defensa”²⁶ y concluye que existiendo el tipo penal de la asociación ilícita, y la agravante del art. 11 inc. c) de la ley de drogas, la confabulación carece de razón alguna que la justifique.²⁷

Falcone y Capparelli, caracterizan este delito de la siguiente manera: “*La confabulación requiere: 1) La existencia de un concierto previo de dos o más personas, lo que excluye la participación singular y se conecta con el concurso de delincuentes. 2) Su finalidad es esencialmente delictiva en la medida en que la constitución del colectivo se concierta para la ejecución de delitos de tráfico de estupefacientes o contrabando de estupefacientes. 3) Su carácter decisivo y resolutorio que trasciende al exterior materializándose con la expresión decidida de llevar a cabo la empresa delictiva. Y en dicha medida mientras no se adopta la decisión de cometer el delito-mediante actos manifiestamente reveladores- no puede existir conspiración y nos encontramos frente a un acto preparatorio impune.*”

Estos autores completan tales presupuestos afirmando que la confabulación es un *tipo penal autónomo* del o los delitos que se haya acordado consumir, donde rigen las normas del concurso (art. 55 C.P.), señalando que “*La punibilidad de la confabulación queda supeditada como acto preparatorio a que el delito propuesto haya alcanzado el estadio de la tentativa, si ello no ocurre el concierto resulta atípico... puede señalarse que, en puridad, la confabulación es impune*”²⁸

Laje Anaya, define el tipo penal del art. 29 bis de la ley 23.737 de este modo: *La confabulación es un contrato [la distingue del complot porque en ese delito los conspiradores se complotan contra otro u otros] con miras delictivas, porque tiene que ser formado para delinquir. Es por ello, que dos o más personas se han puesto de acuerdo para cometer, dentro del régimen de la participación, alguno, esto es, uno, de los delitos que la ley enumera. Por lo tanto, se caracteriza como un acuerdo de voluntades que representa un peligro abstracto, permanente, y que tiene sus efectos jurídicos desde el mismo instante en que se ha convenido la delincuencia a ocurrir en el futuro. En una palabra, cuando el proyecto delictivo, como plan, y como resultado de ese acuerdo, ha quedado concluido.*”²⁹

Este autor, distingue dos momentos, uno vinculado a la perfección de la concertación de la voluntad plural, conducta impune hasta ese instante, y un segundo momento que identifica con el comienzo de ejecución del delito principal, que según su criterio es lo que dispone la condición objetiva de punibilidad del segundo párrafo de la norma y lo explica así “*En consecuencia, y en este aspecto, la perfección del acuerdo de voluntades no depende, ni nace por cierto, con la ejecución de aquel; pero si requerirá*

²⁶ Cornejo, Abel “Estupefacientes” segunda edición actualizada, ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 187.

²⁷ Cornejo, Abel ob. cit., pág. 188.

²⁸ Falcone, Roberto A., Capparelli, Facundo L. ob.cit., pag. 349/350.

²⁹ Laje Anaya, Justo “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino” Marcos Lerner editora Córdoba, tercera ed. Córdoba 1998, pág. 279/280.

*que los confabulados participen en la ejecución del hecho que dio origen al acuerdo, a título de coautores, o cómplices. Nada impide, por cierto, que el determinador o instigador sea punible en la medida en que se verifique la segunda parte de la disposición. En una palabra, y para el sistema legal, una cosa es la confabulación, la cual en sí misma no es delito, y otra su punibilidad, pues ésta queda condicionada a que el delito a cometer por parte de los confabulados, por lo menos, se tiene.*³⁰

Este autor, discrepando con otros autores aquí citados, y en contrario a lo que nosotros pensamos, se pronuncia por el criterio que considera que entre el tipo penal del art. 29 bis de la ley 23.737 y el delito objeto del plan existe un concurso ideal en estos términos: *“Entre la confabulación, y el delito fin, media un concurso ideal (art. 54 C.P.), porque cuando se tiente el segundo se consume el primero. Hubiera sido real, si el acuerdo hubiese sido punible en sí mismo; en esa hipótesis, los delitos hubieran sido independientes (art. 55 C.P.)”*³¹

Finalmente y concretamente en lo que respecta a la condición objetiva de punibilidad Laje Anaya señala *“la confabulación es punible cuando el delito planificado ha tenido comienzo de ejecución, en una palabra, cuando por lo menos, se lo ha intentado.”*³²

D’Alessio, analizando el segundo párrafo del art. 29 bis de la ley 23.737 sostiene que: *“El objetivo de establecer esta condición objetiva de punibilidad es que no sean sancionadas las meras intenciones o deseos de cometer delitos”* y en otro sentido discrepa con los autores citados como Falcone y Capparelli³³ o también Laje Anaya³⁴, ya que a su entender, y a diferencia de estos, sostiene que para que la confabulación sea punible los actos reveladores deben ser anteriores al comienzo de ejecución del delito, es decir antes de la tentativa, porque basta la realización de actos preparatorios que trascienden las ideas o pensamientos pero que son anteriores a la señalada instancia ejecutiva del inter criminis, porque de seguir otro criterio el párrafo tercero del tipo penal bajo análisis carecería de sentido.³⁵

En este sentido recordemos que el tercer párrafo del art. 29 bis de la ley 23.737, exime de culpabilidad al confabulador que revela el plan a la autoridad *antes de haber comenzado la ejecución del delito para el que se había formado* y si nos atenemos a la hermenéutica de lo que estrictamente dice la norma llegaríamos a la conclusión de que la punición comienza antes del inicio de la ejecución del delito fin, aunque discrepando parcialmente con el autor citado supra, [estamos de acuerdo que la punición comienza con los actos preparatorios y la realización de la condición objetiva de punibilidad del segundo párrafo, siempre antes de la tentativa] pensamos que esa sola fundamentación no basta para concluir que el momento de la consumación de la confabulación es antes del comienzo de ejecución del delito principal, para ello hacen falta otros argumentos que más adelante explicitaremos, porque no podemos realizar una exegesis del segundo párrafo del tipo penal de marras enderezada a salvar la congruencia

³⁰ Laje Anaya, Justo ob. cit. 280.

³¹ Laje Anaya, Justo “Tráfico de estupefacientes ley 23.737” Ed. Alberoni, 2011 págs. 97.

³² Laje Anaya, Justo ob. cit. pag. 288.

³³ Falcone, Roberto A., Capparelli, Facundo L. ob. cit., pág. 350.

³⁴ Laje Anaya, Justo, Narcotráfico y Derecho Penal Argentino” Marcos Lerner editora Córdoba, tercera ed. Córdoba 1998. pag. 288.

³⁵ D’Alessio, Andrés José “Código Penal de la Nación comentado y anotado” La Ley, segunda edición, Tomo III pag. 1117.

con el tercer párrafo de la norma. Por el contrario pensamos que el párrafo final de la norma utiliza una fórmula desacertada, producto quizá de la errática técnica legislativa y la confusión dogmática que se vislumbra a tenor del debate parlamentario que más adelante también analizaremos.

Jurisprudencia.

Seguidamente a los fines de aproximarnos a los criterios jurisprudenciales sobre el tópico vinculado a la definición de confabulación y la determinación de la entidad y naturaleza de los actos manifiestamente reveladores de la decisión común de la ejecución del plan que habilita la punición en el tipo bajo examen, citamos los siguientes fallos.

En primer lugar quiero aquí extraer del citado precedente *Cabrera* del más alto Tribunal de la república, donde se discutió la viabilidad de la extradición solicitada por Estados Unidos a partir del requerimiento efectuado por el Juez Federal del Distrito Sur de Nueva York a instancias de la acusación formulada por el Gran Jurado del Tribunal de dicha jurisdicción por el delito de Conspiracy.

En esa oportunidad, y en lo que nos interesa vinculado a la confabulación la Corte Argentina explicitó que los delitos vinculados al tráfico de estupefaciente se conceptualizan como segmentos de una infracción progresiva y que como tal, su progreso produce que el eslabón subsiguiente más gravoso subsume al delito anterior: *“Que el reclamo extranjero fue formulado por el hecho concreto de haber confabulado el requerido desde la República Argentina la introducción de estupefacientes a los Estados Unidos de América...En esta jurisdicción en cambio, la imputación se basó...en una pretensión punitiva más amplia que incluyó no solo la actividad llevada a cabo por el requerido en el marco de la organización dedicada al tráfico de estupefacientes, por un periodo mayor...sino además, la etapa de preparación (confabulación, art. 29 bis de la Ley 23.737), al delito –consumado- de tráfico de estupefacientes, cometido con pluralidad de intervinientes en forma organizada (arts. 5, inc. c y 11, inc. c de la ley 23.737), cuyo alcance fijó, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín como abarcativo del traslado del tóxico desde el exterior, su eventual almacenamiento en el país y su posterior transporte hacia mercados del exterior...Que, en tales condiciones, el tipo penal de tráfico de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas para cometerlo, consume –al resultar agravado por representar un mayor avance del inter criminis- el injusto de la confabulación, en razón de tratarse de las que se denominan “infracciones progresivas” en las que el proceder del agente va recorriendo diferentes infracciones jurídicas de creciente gravedad y respecto de las cuales la punición del grado más avanzado comprende el contenido del injusto de los pasos previos”*.³⁶

De la cita precedente vemos que para el más alto Tribunal de la República, cuando hablamos de tráfico de estupefacientes estamos frente a una infracción progresiva, es decir en ese camino del crimen que se desarrolla hacia la consumación de los actos típicos del tráfico no se verifican segmentos lícitos, de modo que constatada la materialidad del comienzo de ejecución del delito de que se trate por uno de los confabuladores, ese delito fin subsume a la confabulación previa respecto de ese confabulador –el resto de los miembros siguen siendo confabuladores-, aunque no se

³⁶ C.S.J.N. “Cabrera, Juan Carlos s/ pedido de extradición” C. 3343. XL. R.O. 6/03/07

alcance la consumación del injusto si se detiene el inter criminis en la instancia de la tentativa, este concepto arroja luz sobre el suscitado debate en la doctrina nacional respecto del supuesto concurso (ideal o real) entre la confabulación y el delito principal.

La jurisprudencia ha dado otras precisiones vinculadas a la definición del tipo penal sub examen: *“Confabular es ponerse de acuerdo dos o más personas para emprender algún plan, generalmente ilícito... Los que intervienen o forman parte de la confabulación, planifican la comisión de un determinado y específico delito relativo al narcotráfico. En una palabra se organización para ello. La confabulación se produce cuando alguno de sus miembros realiza actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado.”*³⁷

En otro fallo al confirmar el procesamiento de los imputados por el delito de confabulación el poder jurisdiccional nacional en la instancia de alzada afirmó que *“Los procesados se concertaron, de forma organizada, para cometer el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, en sus modalidades de contrabando de importación y exportación destinada a la comercialización; injusto que no se llegó a consumir, por lo que sus conductas preparatorias quedaron atrapadas en el denominado delito de confabulación, que describe el art. 29 bis, primero y segundo párrafos, de la ley 23.737, en función del art. 866 del Código Aduanero.”*³⁸

En el considerando VI de ese fallo en relación a los planteos realizados por la defensa, la Cámara interviniente dijo: *“El Tribunal no aprecia impedimentos de raigambre constitucional para la aplicación de dicha figura típica, pues su incorporación a la ley penal de estupefacientes por el art. 4º de la ley 24.424, en primer lugar revela la importancia que el legislador adjudica al bien jurídico protegido, al punto de adelantar la intervención del sistema penal a momentos del iter criminis anteriores a la tentativa.”*

Para concluir, en los fundamentos también se señaló que la recepción de la confabulación en nuestro ordenamiento penal, cumplía con la recomendación efectuada por la Convención única de estupefacientes de 1961 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, y que *“tampoco contraviene el principio de legalidad (art. 18, CN), la indeterminación normativa de los actos que deben ser considerados reveladores de la decisión común de cometer el delito, pues el disvalor de tales actos recaerá sobre la finalidad típica perseguida, que en este delito la constituye el dolo de tráfico que guió la ejecución de aquellos, y cuya apreciación queda en manos del juzgador.”*

Seguidamente el fallo describe un frondoso plexo probatorio considerado in totum como actos reveladores del plan criminal. Así menciona, las reiteradas tratativas llevadas a cabo por los encartados con los potenciales proveedores y receptores de los estupefacientes de las que dan cuenta las conversaciones telefónicas, la documentación incautada y los numerosos encuentros realizados en nuestro país y en el extranjero; el alquiler de inmuebles en Uruguayana y en Mar del Plata, destinados a la receptación del tóxico y al alojamiento de los imputados durante la perpetración del ilícito proyectado; la adquisición de vehículos con el mismo fin y las maniobras tendientes a

³⁷ C.N.Fed. Crim. y Correc., Sala I, exp. 32467, “Capristo, Ema y otros s/ nulidad y auto de procesamiento” 21/12/00.

³⁸ C.F.A. San Martín Sala II, exp. N° 4632 “Rodríguez Frascara, Osvaldo s/ Averiguación por presunta infracción ley 23.737”, 24/07/2008.

prepararlos para el transporte oculto de los estupefacientes; los viajes internacionales de ida y vuelta a los países fronterizos, con el objeto de poner a prueba las rutas que serían utilizadas para ingresar los estupefacientes a la Argentina; el envío de, al menos, un cargamento de pescado a España, practicado con la misma finalidad de testeo previo al despacho del tóxico; la adquisición de cajas de acrílico para acondicionar la sustancia ilícita; como así, de la arena con la cual se las cargaría en otro viaje de prueba; el cobro de los giros dinerarios pedidos y recibidos para financiar la infraestructura de la actividad ilícita; el empleo de falsas identidades para adquirir los vehículos, alquilar los inmuebles e incluso atravesar la frontera. Y finalmente funda su decisión en *“los resultados de las escuchas telefónicas y de los seguimientos de los involucrados; los informes de la prevención y de otros organismos del Estado; las declaraciones del personal policial interviniente y de terceros ajenos a la pesquisa; así como los datos obtenidos de la documentación secuestrada; todo lo cual, observado a la luz de la sana crítica, da pie a las imputaciones realizadas.”*

Este criterio nos permite vislumbrar que no cualquier acto preparatorio es idóneo para revelar el designio criminal común, y parece ser que el solo giro de dinero a un tercero o la compra de un pasaje, ambas objetivamente conductas lícitas, no bastan.

Vemos que estos encuadres jurisprudenciales nos ayudan a establecer con un mayor grado de precisión cual es el estándar o umbral mínimo para que los actos preparatorios puedan subsumirse en el tipo penal de la confabulación. Y más allá de los distintos criterios, puede constatararse que no solo la confabulación es punible con el comienzo de ejecución del delito concertado, sino además que no todos los actos preparatorios son punibles, para que estos alcancen relevancia penal se parte de plexos probatorios importantes, donde no solo existen escuchas telefónicas, sino también la comprobación cierta de la disposición de droga en algunos casos, las maniobras ardidosas objetivadas en el acondicionamiento de la droga y la falsificación de la documentación que pretendía camuflar la maniobra etc.

De ello infiero que no basta una simple escucha telefónica y un mero giro de dinero para ser tenidos como actos manifiestamente reveladores del plan ilícito, porque hace falta mucho más que escuchas telefónicas y conductas objetivamente lícitas si es que no se comprueban maniobras ardidosas o potencial disposición de droga.

En otro precedente se afirmó: *“Es posible sostener que se trata de actos preparatorios punibles, constitutivos del entendimiento común entre los confabuladores, para cometer determinados y precisos delitos (los arts. 5to., 6to., 7mo., 8vo., 9no. y 10mo de la ley de estupefacientes) entendimiento que debe aparecer como concreto, manifiesto e inequívoco, es lo que la doctrina española ha denominado concierto para la comisión del delito o pactum sceleris, sancionado por la ley penal. Además esa decisión común debe ser exteriorizada por actos manifiestamente reveladores, tal como reza el art. 29 bis de la ley 23.737...La acción de confabular será siempre distinta e independiente de la acción u omisión para cometer delito relacionado con la sustancia estupefaciente....la diferencia de acciones es entre un acto de ejecución en sentido propio y un simple acto preparatorio específico: el ponerse de acuerdo, concertar o confabular.”*³⁹

³⁹ C.F.A. de La Plata, Sala II, Exp. 2399 “G. y otros s/ inf. ley 23.737 y art. 189 bis C.P.” T° 63 F° 65/68 4/11/2003.

Otro fallo establece: *"Corresponde señalar que la figura de la confabulación se ve desplazada - al igual que ocurre con la conspiración - cuando se pasa a la etapa del delito para el cual se confabulan los sujetos - es decir, los de los arts. 5to., 6to., 7mo., 8vo., 9no., y 10mo. de la ley de estupefacientes -, quedando en pie, únicamente, la imputación referida a alguno de estos delitos, que podríamos denominar "delitos principales".... Ahora bien, tal como lo dijimos anteriormente, el pasaje a la etapa de ejecución del delito principal (v.gr. transporte de estupefacientes) opera necesariamente el desplazamiento hacia éste y la exclusión del tipo de la confabulación."*⁴⁰

Vemos como en la jurisprudencia se encuentra perfectamente establecido que la confabulación es un delito autónomo en el que se subsumen los actos preparatorios de los objetivos ilícitos taxativamente enumerados en el art. 29 bis de la ley 23.737 y que cuando uno de los sujetos activos comienza la ejecución de uno de esos delitos la confabulación queda subsumida en el mismo, por lo menos para ese sujeto.

Por otro lado cabe mencionar que se ha señalado a nuestro criterio correctamente que está vedado utilizar el delito de confabulación como figura residual, para imputar la comisión de ilícitos, frente a la deficiencia probatoria del poder jurisdiccional.

*"Cuando el objeto procesal de la causa refiere a supuestos actos de tráfico consumados, este extremo técnicamente excluye la posibilidad de aplicación de la confabulación del art. 29 bis de la ley 23.737. En efecto, si la hipótesis alude a conductas típicas de tráfico de estupefacientes -consumados o tentados-, la imposibilidad de verificación probatoria de esos sucesos no puede conducir a escoger, en subsidio, a una figura autónoma destinada a penalizar los actos meramente preparatorios."*⁴¹

Antecedentes y debate parlamentario del art. 29 bis de la ley 23.737.

La tipificación de la confabulación en el sistema penal argentino, encuentra su primer fuente en la Convención Única de Viena sobre estupefacientes de 1961 ya que el art. 36 de dicho acuerdo internacional y en el marco de las disposiciones penales, inc. 2 estipula que *"A reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva, el régimen jurídico, y la legislación nacional de cada parte: ...la participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delito, así como la tentativa de comerciarlos, los actos preparatorios y operaciones financieras, relativos a los delitos de que se trata este artículo, se consideraran como delitos tal como se dispone en el inc. 1."*

En el mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988 aprobada por nuestro derecho interno, también comprometió a la República Argentina para la recepción del tipo penal de la confabulación, ya que en su artículo 3 estableció que los estados partes deberán adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar las conductas que allí describe entre ellas en el inciso c) IV, *la confabulación* para realizar delitos vinculados al tráfico de estupefacientes.

⁴⁰ C.F.A. de la Plata, Sala II, Expte.2399 "G. y otros s/ inf. ley 23.737 y art.189 bis C.P" T° 63 F° 65/68 4/11/2003.

⁴¹ C. Fed. General Roca, 2/12/2005, Baez, G. A. reg. N° 163/05; JPBA 130/120, publicado en Compendios de jurisprudencia Ley 23.737 de estupefacientes, los delitos y la investigación" Inchausti, Santiago y Mercau, Juan, Lexis Nexis, pag.137.

Y cabe señalar que respecto de este delito, entre otros, expresamente la convención señala que esa legislación que insta será *“A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.”*⁴², anunciando ya de ese modo, las dificultades que plantea este tipo de delitos con las más elementales garantías constitucionales, como con las reglas de la imputación penal.

De manera que a los fines de alcanzar una razonable (constitucional) interpretación del tipo penal de la confabulación como delito autónomo que es, resulta oportuno ahora evaluar las motivaciones y los fundamentos de la política criminal que llevaron al legislador a receptar este tipo de delito y para ello nos remitimos a lo pertinente del contenido del debate parlamentario vinculado al tratamiento en el senado de la Nación de la ley 24.424 que modifico la ley 23.737 agregándole una serie de institutos.

Recordemos que dicha ley, con la finalidad de dotar mayor *eficacia*⁴³ al ius puniendi en la lucha contra el narcotráfico, entre otros tópicos normó la figura del arrepentido (art. 29 ter) es decir el establecimiento de la morigeración del reproche penal para aquel que habiendo sido participe de un hecho fuere imputado en causa penal de alguno de los delitos de tráfico de estupefacientes, aportare datos importantes idóneos para desbaratar una organización criminal dedicada a ese tipo de delitos; el agente encubierto (art. 31 bis) admitiendo la posibilidad de que un miembro de una fuerza de seguridad simulando ser un delincuente se introduzca en una organización dedicada al tráfico de estupefaciente con el objetivo de ganarse la confianza de su miembros y obtener información, inclusive a costa de cometer algún delito amparado en una causa de justificación, como también en procura de su seguridad programar la posibilidad de sustituir su identidad (operación de investigación secreta); la entrega vigilada (art. 33) que habilita al magistrado a cargo de la dirección de la pesquisa suspender momentáneamente la intervención jurisdiccional con el fin de ampliar el radio de punición lo más posible para alcanzar las ramificaciones de la organización criminal de que se trate; el anonimato de los denunciante (art. 34 bis) y finalmente, el delito de confabulación (art. 29 bis) cuyo análisis nos ocupa.

En la exposición del miembro informante del dictamen de Comisión en el Honorable Senado de la Nación, el senador Alasino, se refirió respecto a todos los nuevos institutos introducidos a la ley 23.737 y también a la confabulación. En ese sentido expuso: *“En primer lugar, sobre la figura creada de la confabulación, algo adelanté al principio de mi intervención. Dije que se tomó como base para diseñar este tipo penal la conspiración del art. 217 del C.P., o traición a la Patria. También quiero agregar lo siguiente: con respecto a la confabulación deberán ser los tratadistas en Derecho Penal y los jueces quienes le den el verdadero sentido y alcance a este tipo penal. Basta decir que la intención de este Congreso Nacional es poner en cabeza de este tipo penal el tratamiento de una cosa determinada por dos o más personas, que tienen como objeto producir o hacer algún daño.”*

A continuación explica: *“La confabulación deberá entenderse como complot, conspiración, estado de connivencia o componenda. Este tipo penal*

⁴² Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988, art. 3 inc. c)

⁴³ Informe de los diputados Hernández y López en el dictamen de las comisiones de Legislación penal y de drogadicción de la Cámara de Diputados durante el tratamiento de la ley 24.424 (1993)

obviamente, va a ser mucho más amplio que la asociación ilícita que prevé el Código Penal. Esto hará que la punición de esta acción penal, según esta norma, sea posible a partir de los actos reveladores de la decisión común de producir el daño, en sentido amplio. Los actos reveladores de los que habla la norma serán todos aquellos actos voluntarios que pongan de manifiesto, que demuestren o que divulguen alguna actitud vinculada con la conspiración.”

Seguidamente se refiere al tercer párrafo del artículo debatido de este modo: *“Como hecho importante para destacar señalo, asimismo, que el último párrafo habla de la eximición de pena, lo que en realidad para aquellos avezados estudiosos del derecho penal no agrega ni quita nada a lo que nosotros conocemos como tentativa inidónea, que según el art. 43 de nuestro código penal no es punible. También la conocemos como desistimiento de la tentativa.”*

A su turno el senador Villarroel realizó una interesante observación: *“Debo decir que la creación de esta figura que en rigor es una forma ampliada de incriminación, vale decir que abarca a actos que son anteriores a lo que se denomina propiamente tentativa dentro del sistema del Código Penal. Y desde este punto de vista también me parece bien que en la norma se haga explícita referencia a actos, vale decir, lo que ya trasciende.*

Y continua su discurso el referido parlamentario propiciando algunas modificaciones de esta manera: *“Yo diría que más propio que manifiestamente porque eso está implícito en actos, vale decir un acto es una manifestación que puede ser incluso una palabra, una conversación telefónica- sería “inequívocamente”. Me parece que es ese incluso el espíritu de la norma, que concuerda además con la teoría general de la tentativa que marca que hay comienzo de ejecución cuando es inequívoca la voluntad referida a un delito. En este caso, como es una forma ampliada, con mayor razón se justifica que en lugar de manifiestamente, se diga actos inequívocamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado.*

Con posterioridad y ante estas observaciones realizadas por otros legisladores, el miembro informante (Alasino) se explayó en cuanto a la ubicación de la barrera de punibilidad y expresamente afirmó que este tipo penal es propio de un Derecho Penal especial o de excepción: *“En este artículo los actos previos a la tentativa pueden ser alcanzados por la punición. En el derecho penal común no es así, esto lo hace distinto a la asociación ilícita.”*

Análisis de la condición objetiva de punibilidad instituida en el segundo párrafo del art. 29 bis de la ley 23.737.

Luego de haber realizado el análisis de la opinión de la doctrina, señalada la diferenciación de la confabulación con otros tipos penales, como también realizado un repaso de la casuística y la jurisprudencia nacional y finalmente examinado el debate parlamentario del tipo penal bajo examen, ahora nos preguntaremos y trataremos de encontrar una respuesta razonable y constitucional a los siguientes interrogantes:

¿En qué circunstancias nos encontramos frente a un acto manifiestamente revelador de la decisión común de ejecutar el plan concertado en miras a cometer alguno de los delitos de tráfico determinados por la norma?

Dicho con otras palabras, en el marco de un delito de peligro abstracto que adelanta la punibilidad a los actos preparatorios ¿Que estándares deben

conjugar para que comience la punición de modo tal que el tipo penal de la confabulación receptada en la ley de drogas se amolde a las garantías y principios del Estado de Derecho, es decir sea interpretado y aplicado de manera constitucional?

Para tener una visión panorámica desde el concepto de lesividad que legitima al Derecho Penal, respecto de la abstracción intensa que alcanza el peligro sobre el bien jurídico protegido en la confabulación, quiero plantear antes el siguiente interrogante.

¿Si la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. c ley 23.737) es un acto preparatorio del comercio de estupefacientes, entonces la confabulación enderezada a ese fin ilícito, ¿Es un acto preparatorio de un acto preparatorio? O como dice Nuria Pastor Muñoz, estamos frente a una “*criminalización de peligros de peligros*”?⁴⁴

Dejamos entonces planteado estos interrogantes para no perder de vista el tramo del inter criminis donde se posiciona este análisis, en miras a reforzar la idea de que en este campo debemos ser cautos y prudentes además de razonables y restrictivos para la aplicación del tipo penal en estudio, en miras a evitar su aplicación residual inconstitucional cuando el ius puniendi no pueda reunir prueba suficiente para incriminar dolo de tráfico, y evitar así punir a toda costa a un hombre etiquetado de peligroso en el marco del Derecho penal del enemigo.

De manera que el análisis de la entidad y naturaleza de los actos preparatorios punibles en la confabulación, debe partir de una exegesis limitada por la Constitución Nacional y el Derecho Penal de acto, es decir restrictiva ya que de otro modo nos empuja a la problemática probatoria que plantea la interpretación amplia, esa que ha provocado una normalización y profusión de aplicación liviana de técnicas especiales de investigación que invaden el ámbito de reserva y privacidad. Esa prudencia que reclamamos también se justifica por las dificultades dogmáticas que suscita el tipo penal bajo examen, en atención a los cambios de criterios de imputación que propone, el solapamiento de distintos y consecutivos tipos penales que se constata en la ley 23.737 receptora de conductas que han sido categorizadas por la Corte Suprema Nacional como infracciones progresivas y por la tensión que genera la punibilidad de los actos preparatorios, con garantías que cimientan el Estado social y democrático de Derecho.

Aclarado ello, y más allá de las confusas alternativas de la discusión y la inexistencia de un debate parlamentario claro y profundo desde el punto de vista técnico-dogmático sobre el tópico bajo análisis en la Cámara alta, hemos comprobado desde una exegesis literal de los discursos, y de una interpretación hermenéutica de la norma, que el legislador quiso fijar la barrera de punibilidad en los actos preparatorios en el estadio previo al comienzo de ejecución del ilícito principal. Sin embargo, y aquí adelantamos nuestra opinión, pensamos que ello no es óbice para que en todos los casos, aquellas conductas que revelen sin equívocos el plan criminal, alcancen el rango de *manifiestamente reveladoras* cuando alguno de los confabuladores se ubique en la tentativa del delito fin o en su consumación, ese será el disparador para la punición de la confabulación y a partir de allí, habrá que discernir el grado de participación y el rol y la naturaleza de la conducta que tuvo cada uno de los sujetos partícipes de la concertación

⁴⁴ Pastor Muñoz, Nuria, “El hecho: Ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones” publicado en “Derecho Penal del Enemigo, el discurso penal de la exclusión” vol II. Ed. IBdef 2006 pág. 528.

criminal, para determinar si es un confabulador, o si es autor responsable del delito fin en grado de tentativa o consumado.

Por ejemplo frente a un pacto sellado entre tres confabuladores, dos sujetos activos pueden ser condenados por los delitos planificados, por ejemplo transporte de estupefacientes y ello no obstaculiza la aplicación del art. 29 bis únicamente para el tercer confabulador que no se vio involucrado con los actos ejecutivos del delito fin, pero fue participe activo en la confabulación que revelan los actos preparatorios, y ello es así, porque la exigencia del tipo objetivo en cuanto a dos o más sujetos, lo es en cuanto al concierto de voluntades en miras al plan ilícito.

Sobre este tópico se ha dicho, “*si confabuladas tres personas una de ellas no pasa de los actos preparatorios y las restantes en cambio comienzan la ejecución o consuman el delito para el cual se confabularon, el primero responderá por el art. 29 bis mientras que los restantes responderán por el delito tentado o ejecutado, entendiéndose reunidos los requisitos típicos en cuanto al número de personas en relación al delito de confabulación.*”⁴⁵

Es decir que para un adecuado análisis del tipo penal de la confabulación, deben distinguirse dos momentos. Un primer momento vinculado a la confabulación propiamente dicha, esto es, el pacto sellado y planificado por lo menos por dos sujetos, ese que se acredita mediante la comprobación objetiva de concretos actos preparatorios, que pueden consistir en infinitas posibilidades fácticas, incluidas conductas a priori lícitas, y un segundo momento en que para que comience el reproche penal, al menos uno de esos confabuladores debe realizar actos manifiestamente reveladores del pacto con designio criminal y esa revelación se identifica con el ingreso en el comienzo de ejecución del delito planificado, realizado por alguno de los confabuladores, aunque con ello exteriorice actos ejecutivos que lo colocan en posición de autor del ilícito principal a ese confabulador.

Creo que de todos modos esta postura e interpretación que pretende ceñirse al Derecho penal de acto, no desnaturaliza la voluntad de legislador y voy a explicarme.

Parece claro que en el debate parlamentario quedó expuesta la intención de la política criminal que escogieron los legisladores, ya que el senador Villarroel señaló que el tipo penal bajo análisis abarca los actos que son anteriores a lo que se denomina propiamente tentativa y Alasino completó el concepto afirmando que los actos previos a la tentativa son los alcanzados por la punición.

Pero también es cierto que además se estructuró un presupuesto inexcusable de punibilidad que se identifica con la voluntad del legislador de no apartarse del derecho penal de acto y que consiste en la necesidad de la constatación de actos manifiestos, serios, graves que preparan la ejecución del delito, descartando las meras palabras, comunicaciones o pensamientos, de allí la condición objetiva de punibilidad que plasmaron en la redacción del segundo párrafo del art. 29 bis de la ley 23.737.

Es que los actos que pueden alcanzar la condición de “*manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado*”, solo pueden corresponderse con conductas enderezadas a la ejecución del ilícito perseguido.

⁴⁵ Vega, Dante M. “Problemas de concurso y de prueba en la ley de estupefacientes n° 23.737”, publicado en LL. Gran Cuyo julio de 2004, 528.

En efecto, los legisladores pusieron énfasis en que debe existir conducta exteriorizada que “*trascienda*” la esfera interna y se manifieste en la esfera externa, en el mundo físico y entonces ese requisito insoslayable, debe ser interpretado en el sentido de que alguno de los confabuladores realiza el acto manifiestamente revelador cuando excediendo los actos preparatorios, inicia el comienzo de ejecución del delito fin, y si bien este confabulador responderá por el delito fin en grado de tentativa o consumado, ello no es obstáculo para que el resto de los confabuladores que no ingresaron en ese tramo del inter-criminis respondan penalmente por el delito previsto por el art. 29 bis de la ley 23.737, ello dependerá entre otros elementos de la disposición de droga o no.

Como conclusión, decimos que el legislador ejerciendo su potestad exclusiva otorgada por la Constitución Nacional, ponderando la oportunidad y escogiendo las herramientas que consideró eficaces en la lucha contra un delito grave como es el narcotráfico enmarcado en la criminalidad organizada, programó el art. 29 bis, adelantando la barrera de punibilidad a los actos preparatorios anteriores a la tentativa del delito planificado pero para que dicha norma no se aparte de la Constitución Nacional, uno de esos sujetos deberá ingresar por lo menos en la tentativa del delito fin.

Esa es nuestra posición, lo que sucede es que la deficiente técnica legislativa vislumbrada en el tipo penal, en su ambigüedad permite tanto una exegesis propia del Derecho penal de autor y del Enemigo, como también una exegesis restrictiva, encorsetada en los parámetros constitucionales básicos que limitan el ius puniendi, ponderándolo a la luz de la exigencia del principio de lesividad, lo que nos conduce a establecer que por regla general el acto manifiestamente revelador debe corresponderse con el comienzo de ejecución del delito planificado por lo menos por un confabulador.

Aun así, desde la interpretación restrictiva que proponemos acorde con los principios rectores del Estado social y democrático de derecho, muchas conductas que antes de la sanción de la ley 24.424 resultaban impunes, hoy merecerán reproche penal.

De manera que realizando una interpretación constitucional del tipo penal de marras, rechazamos de plano las posturas que convalidan la condena por confabulación a partir de unas meras conversaciones telefónicas inculpativas y los criterios jurisprudenciales que admiten el reproche penal sin que ninguno de los confabuladores tenga disposición de droga, porque todo ello se enmarca dentro de una interpretación inconstitucional de un tipo penal que ya de por sí ex ante se ubica en una evidente tensión con las garantías de los arts. 18 y 19 de la CN.

Más adelante analizaremos en profundidad el problema de las técnicas especiales de investigación, incluida la cuestión de las escuchas telefónicas, pero baste aquí mencionar que unas conversaciones inculpativas, no bastan para la imputación penal, porque no representan prueba autónoma, solo indiciaria de una sospecha razonable que debe ser corroborada por un plexo probatorio objetivo, autónomo e inequívoco de que aquellas conversaciones han traspasado el umbral que separa el ámbito interno del externo para exteriorizarse a través de conducta humana reveladora de un curso de acción criminal, de lo contrario esas meras palabras o deseos deben permanecer impunes, como manda la regla general de los actos preparatorios.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, por su singularidad cabe recordar las afirmaciones del miembro informante de la comisión en el debate en el

Parlamento citada supra, “*deberán ser los tratadistas en Derecho Penal y los jueces quienes le den el verdadero sentido y alcance a este tipo penal*”.

Es decir que el legislador realizó una delegación explícita, dando mandato a la doctrina y al poder jurisdiccional la interpretación final de la norma, admitiendo un tipo penal en blanco o abierto y aunque esa prórroga de competencia unilateral no parece constitucional por el principio de legalidad que impera en la República Argentina, la interpretación de la norma si debe ser realizada, -ello es una obligación del poder jurisdiccional- en clave constitucional en el marco de un Derecho Penal de acto tal cual lo impone el art. 18 de la CN. y el precedente Gramajo⁴⁶ de la C.S.J.N. como también respetando los principios de reserva y muy especialmente de lesividad receptados en nuestro sistema constitucional.

Cabe también reparar en esa enigmática frase del Senador Alasino al final de su discurso: “*Esta será la tarea del juez quien deberá definir si existe o no este nuevo tipo penal*”, afirmación que no admite demora en la respuesta, porque claramente el tipo penal existe, tiene vigencia y es eficaz, integra el ordenamiento penal nacional por aquella decisión soberana del Parlamento respetando el principio de legalidad en ejercicio de una prerrogativa exclusiva del legislador y no del juez, y la tarea por cierto nada fácil a la que deberá limitarse el magistrado de turno, consiste en analizar la casuística razonable y prudentemente para no adelantar la barrera de punibilidad a los actos preparatorios de un modo inconstitucional, poniendo las meras ideas.

Es pertinente reconocer que ese análisis resulta dificultoso porque la ley 23.737, prevé diversos tipos penales abiertos, pretendiendo alcanzar la totalidad de los tramos de la conducta del tráfico de estupefacientes evitando dejar lagunas no punibles, y justamente en el tramo que pretende punir la confabulación, habrá que determinar si nos encontramos frente a la conducta prevista por el tipo penal del art. 29 bis o la tentativa del delito fin, situaciones que según nuestro criterio generalmente han de encimarse o solaparse, atrapando en un mismo caso, a unos sujetos en la confabulación y a otros en el delito fin de acuerdo a los roles que hayan desempeñado cada uno de los sujetos que planificaron el hecho ilícito, teniendo en cuenta el principio de lesividad.

Lo que no podemos soslayar es que los medios de acreditación de las conductas típicas, deben aplicarse en sintonía con los principios y garantías del Estado de Derecho, y es allí donde aparecen las dificultades por las especiales técnicas de investigación que una interpretación forzada del tipo pueden llegar a requerir, en especial aquellas que se identifican con la violación del principio de reserva que pone límites a la intromisión del Estado en el ámbito de privacidad, como único medio de comprobar si un sujeto está planeando cometer algún delito antes de que comience a ejecutarlo. Considerando que las meras ideas tendientes a consumar un delito en el futuro no pueden ser punidas, una interpretación contraria echaría por tierra el principio de impunidad frente al desistimiento voluntario.

Y este problema nos lleva a vislumbrar claramente la importante imbricación que existe entre el tipo penal de la confabulación y la entrega vigilada y el agente encubierto que la misma ley n° 24.424 receptó, para darle operatividad al tipo penal de marras, estrecha vinculación que ya hemos analizado supra.

También hemos señalado que el pacto y el plan ilícito per se no es punible, claramente lo indica la voluntad del legislador al redactar el segundo párrafo

⁴⁶ C.S.J.N., “Gramajo, Marcelo E.” fallos: 329:3680 del 5/9/06.

de la norma, donde dispone que para que aquella alcance relevancia penal que exige el tipo penal de la confabulación hace falta que cualquier sujeto que tome parte en ella, realice actos manifiestamente reveladores de la voluntad común de ejecutar los crímenes que concertaron.

Como se dijo, el tipo penal adelanta la barrera de punibilidad a los actos preparatorios, y para que estos adquieran ribetes punibles se exige la configuración de una condición objetiva, consistente en la exteriorización de actos realizados por alguno de los sujetos concertantes, que revelen manifiestamente la resolución común de la ejecución de alguno de los delitos que la ley expresamente determina.

Ahora bien, no cualquier acto preparatorio adquiere relevancia penal, hace falta que su naturaleza sea de una envergadura tal, que no deje dudas del plan criminal en curso, es decir que en el siguiente eslabón del camino del crimen ha de comenzar su ejecución y es en ese instante cuando la confabulación comienza a ser punible. De manera que para que la intervención del ius puniendi sea legítima, alguno de los confabuladores deberá comenzar la ejecución del delito principal, ese sujeto, el que se involucra con el delito por lo menos tentado, responderá por ese delito previamente planificado por los confabulados y el resto de los sujetos partícipes del pacto o acuerdo ilícito será alcanzado por el tipo penal de la confabulación.

Dicho con otras palabras, si la naturaleza y entidad de los actos preparatorios no alcanzan el umbral necesario, quedaran impunes como marca la regla general, y si desde estos, alguno de los sujetos activos comienza la ejecución del delito, entonces este quedara atrapado en el delito fin en grado de tentativa si no lo consuma, y el resto de los sujetos partícipes quedaran atrapados en el delito de confabulación. Pero de todos modos finalmente será el poder jurisdiccional quien de acuerdo a la casuística y las circunstancias de tiempo modo y lugar, la naturaleza de los diversos roles en el marco de la esfera de organización de cada uno de los partícipes del designio criminal y la sana crítica racional, quien determine en que tipo penal queda subsumida la conducta, si en la confabulación o esta será desplazada por los tipos penales subsiguientes a la cadena de tráfico.

No obstante lo dicho puede afirmarse que en general la selección del tipo penal no será tarea fácil frente a la casuística y los diferentes eslabones de la cadena de tráfico de estupefacientes que muchas veces se solapan, tornando difícil también la elaboración de una regla general.

Por eso conviene aclarar sin equívocos que mientras los actos preparatorios no alcancen la entidad suficiente para configurar el requisito exigido por la norma, es decir actos que revelen manifiestamente la decisión de ejecutar el plan ilícito, en virtud quizá a que aún no trascienden el ámbito interno o se trate de actos lícitos, será necesario indefectiblemente para la alerta del ius puniendi, que por lo menos uno de los confabuladores realice actos que se identifiquen con el comienzo de ejecución del delito fin propuesto y en ese caso habrá que constatar que un delito más gravoso no desplace la confabulación.

Un acto manifiestamente revelador del fin ilícito en el marco de la ley 23.737, desde nuestra óptica claramente se identifica con la disposición de droga por parte de por lo menos un confabulador, una interpretación distinta vulnera todos los principios y garantías vinculados al debido proceso y a los criterios de imputación que se

enmarcan en nuestro sistema constitucional, ingresando de ese modo en el Derecho Penal del enemigo.

Por eso debe señalarse que sin perjuicio de que la regla general es que los actos preparatorios solo pueden ser punibles a partir de que alguno de los sujetos confabuladores inician la ejecución del delito, para la resolución de los diferentes casos no existe una formula general univoca, porque de hecho las posibilidades, complicaciones y combinaciones son infinitas y existe la posibilidad de la realización de diversos actos preparatorios que no tienen aptitud para revelar el acuerdo de voluntades para ejecutar alguno de los delitos previstos por la norma, en virtud a que no pasan de ser ideas o deseos o no alcanzan ese umbral porque se corresponden con conductas lícitas (envíos de dinero, adquisición de pasajes, solicitud de pasaportes, compra de camiones, alquiler de depósitos etc.) más allá de que eventuales escuchas telefónicas indiquen lo contrario, pero ello no es suficiente para merecer el reproche penal.

En la casuística se constata comúnmente, una posibilidad combinada de imputación, donde el confabulador que tiene disponibilidad de la droga, comienza la ejecución del delito y al hacerlo realiza actos manifiestamente reveladores pero a la vez, su conducta importa el comienzo de ejecución del tipo penal cuya realización lo anima y entonces la confabulación es desplazada por el delito fin, y el segundo sujeto, acreditado que confabuló con aquel en virtud a lo que surge de las escuchas telefónicas previamente autorizadas y controladas por el juez, es detenido sin disposición de droga y mientras la espera listo para almacenarla, en ese caso ha de ser imputado por confabulación.

“Puede ocurrir que mientras unos confabulados comiencen la ejecución de los delitos de tráfico de estupefacientes, otros no lo hagan por causas ajenas a su voluntad, en cuyo caso deberán responder a título de confabuladores, pues no deja de advertirse un concierto o acuerdo de voluntades o pactum scaeleris sancionado por la ley penal.”⁴⁷

Tal cual el consejo de los parlamentarios al momento de debatir el alcance del delito acuñado en el art. 29 bis de la Ley 23.737, su alcance debe ser finalmente interpretado por el poder jurisdiccional, y es este quien debe ser prudente a la hora de ponderar la interpretación constitucional del segundo párrafo de la norma. La única exegesis constitucional viable y en sintonía con el Estado Social y Democrático de Derecho, es la que determina que un acto realizado por uno de los confabuladores, manifiestamente revelador de la decisión común de ejecutar el delito para el que los sujetos participes se habían concertado, se identifica con el comienzo de ejecución del delito perseguido que debe revelar dolo de tráfico.

Una interpretación diferente, incriminatoria de actos preparatorios anteriores a la tentativa del delito planificado, viola la regla general de la impunidad de aquellos, introduciéndose de manera alarmante en la lógica del concepto de peligrosidad en vías de erradicación de nuestro sistema y el Derecho Penal de autor que propugna el Derecho Penal del Enemigo elaborado en el hemisferio norte contra el terrorismo internacional y que en nuestro medio como en el resto del mundo se expande de manera inusitada, no solo hacia la criminalidad organizada sino hacia todo tipo de delitos ajenos a esa caracterización.

⁴⁷ Falcone Roberto A., Conti, Néstor J. y Simaz, Alexis, “Derecho penal y tráfico de drogas” Ed. ad hoc pág. 464, Buenos Aires 2011.

Calificada doctrina ha señalado *“La tipificación de la conspiración (o confabulación) como conducta punible, impone meditar sobre los peligros que puede aparejar la falta de suficiente delimitación del concepto. Ello es así porque debe prevenirse la posibilidad de que a través de la figura de la conspiración se castiguen simples “deseos”. Bien es sabido que los deseos están amparados por la garantía constitucional de reserva.”*⁴⁸

Repetimos finalmente lo ya anticipado en la primera parte de este trabajo, la punición de meras ideas o deseos a partir del concepto de peligrosidad y la instauración de un doble estándar penal bajo la disyuntiva amigo-enemigo como también la negación de elementales garantías constitucionales, abre puertas hacia instancias oscuras de nuestra historia que no queremos volver a vivir. El peor de los criminales, el terrorista, el narcotraficante, el tratante de personas o el militar autor de delitos de lesa humanidad, deben ser sometidos a proceso con pleno imperio de la rt. 18 de la C.N. y todas las garantías y derechos que nuestro ordenamiento constitucional recepta en su más amplio espectro a partir de los Tratados internacionales de Derechos Humanos que hoy integran el texto constitucional vía art. 75 inc. C.N. esa panorama impone no apartarnos del Derecho penal de acto.

Técnicas especiales de investigación.

La tipificación de la confabulación acuñada como excepción para la punición de actos preparatorios vinculados a delitos graves y de difícil comprobación como el narcotráfico, se imbrica necesariamente con la recepción en el ordenamiento penal de técnicas especiales de investigación tendientes a asegurar el resultado punitivo, de otro modo se considera inviable la posibilidad que el ius puniendi pueda desarticular alguna organización dedicada a tales ilícitos, si no es con la ayuda de la intervención durante los actos preparatorios antes del comienzo de ejecución de un delito y por medio de técnicas especiales de investigación, intrusivas de la privacidad.

Ello lógicamente genera una preocupante tensión con ciertas garantías constitucionales, lo que nos convoca a una estricta y exhaustiva exegesis del tipo penal de la confabulación en clave constitucional para no forzar irrazonablemente aquella tensión, ya que como hemos señalado no pueden punirse las meras ideas sin lesionar la garantía de reserva respetada por el art. 19 de la CN.

La ley 24.424 al acuñar el tipo penal de la confabulación, creo además una serie de mecanismos probatorios tendientes a obtener más eficacia en la lucha contra el narcotráfico, entre ellas la entrega vigilada que finalmente fue receptada en el art. 33 primera párrafo de la ley 23.737, que dispone una prerrogativa exclusiva del juez en determinadas investigaciones sobre narcotráfico, consistente en la autorización para postergar la actividad preventiva y jurisdiccional [detención de personas y secuestro de tóxicos] frente a la comisión de un ilícito, en miras a no abortar antes de tiempo una investigación y así expandir la intervención del ius puniendi a un espectro mayor de la criminalidad organizada vinculada a este tipo de delitos.

“En si misma se trata de una técnica investigativa destinada a descubrir y desbaratar la intrincada cadena de tráfico ilegal de estupefacientes –como sistema delictivo cuyas acciones se multiplican en tiempo y espacio- otorgándole al juez la facultad de postergar la detención de personas en caso de que la ejecución inmediata de la

⁴⁸ Cornejo, Abel, “Estupefacientes” segunda edición actualizada, Ribinzal- Culzoni, Santa Fe 2009, pág. 186

medida pudiera comprometer un éxito mayor en la investigación. Tal es el caso de quien transporta la droga para luego entregarla, y se pospone la aprehensión hasta que las fuerzas preventivas logran dar con el receptor, en cuyo caso se logra deshacer un eslabón importante de la cadena.”⁴⁹

Cabe mencionar que la entrega vigilada como el resto de las técnicas especiales de investigación debe ser dispuesta por el magistrado interviniente en el marco de una investigación en curso, y debe ser fundada debidamente caso por caso “*como exigencia de control legal de las razones que tornan viable la medida.*”⁵⁰

Una variante de esta técnica probatoria, fue propiciada en los arts. 1 y 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Psicotrópicas de Viena, y es la que se instaura en el segundo párrafo del artículo 33 de la ley de drogas: “*La técnica de entrega vigilada de una remesa ilícita de estupefacientes consiste en dejar que las mismas salgan del territorio argentino, lo atraviesen o entren en el con el conocimiento y supervisión de las autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados con el párrafo 2do. del art. 3° de la Convención de Viena de 1988.*”⁵¹

Cabe aclarar que esta posibilidad solo es posible frente a la existencia de convenios internacionales en la materia con el país destino de la remesa, ya que el magistrado interviniente, solo puede acudir a la posibilidad que recepta la segunda parte del art. 33 de la ley 23.737, cuando inequívocamente tiene la seguridad y el compromiso fundado en el Derecho internacional de que el país de destino vigila y tiene dominio del hecho del derrotero de la droga.

Así lo sostiene parte de la doctrina cuando se afirma que “*Si no media entre la República y otro u otros Estados, los acuerdos, arreglos o tratados relativos al punto, esta disposición, y hasta tanto ello no ocurra, es inaplicable, sin perjuicio, claro está, que el juez pueda, dentro del territorio de la Nación, actuar con arreglo a lo que establece la primera parte de este artículo que le autoriza a postergar la detención de personas o el secuestro de estupefacientes, en la medida en que, ejecutándolos, los procedimientos pudieran comprometer el éxito de la investigación.*”⁵²

No caben dudas que esta técnica como el resto de las denominadas especiales de investigación, ha sido de mucha utilidad para la eficacia en la persecución del tráfico de estupefacientes, la jurisprudencia citada supra da cuenta de ello y en gran medida ha sido la herramienta que permitió condenar por el delito de confabulación en muchos casos ya que permite conocer a los receptores que esperan la droga con fines de comercio o distribución.

Otra técnica especial de investigación es la escucha telefónica. El art. 236 de nuestro Código Procesal Penal, autoriza la posibilidad de que el poder jurisdiccional, mediante auto fundado disponga “*la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas.*” (Párrafo primero) y bajo los mismos presupuestos “*el juez podrá ordenar*

⁴⁹ Cornejo, Abel, ob. cit. pag.434,435.

⁵⁰ Cornejo, Abel, ob. cit. pág. 304.

⁵¹ Falcone y Capparelli, ob. cit. pag. 304

⁵² Laje Anaya, ob. cit. pág. 356.

también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él.” (Párrafo segundo).

Debe señalarse que el concepto de auto fundado exige la explicitación de los motivos, referidos a la inexcusable necesidad frente a un delito grave, y los argumentos por los cuales otras medidas probatorias no tan intrusivas de la privacidad no han sido suficientes, partiéndose de la ilegitimidad que por regla general rodea a toda medida que produce un menoscabo en el ámbito de privacidad (arts. 18 y 19 C.N.).

Esa fundamentación debe basarse en tareas de inteligencia y observación (testigos, fotos, filmaciones) previas serias y objetivas, que instalen una sospecha razonable de que se están o estarían por cometer delitos vinculados al narcotráfico, y no puede simplemente remitirse de manera ligera e imprecisa a otras fundamentaciones de cualquier tipo no explicitadas en la resolución.

La jurisprudencia ha establecido que ese auto fundado por el juez, debe disponerse en el marco de una investigación en curso, y cuyo resultado haya instalado una sospecha razonable de que los sujetos investigados están realizando actividades que pueden ser subsumidas en el tráfico de estupefacientes. El precedente “Quaranta”⁵³ de la Corte, ha despejado las dudas anteriores y los fallos contradictorios, estableciendo los estándares constitucionales requeridos para fundar escuchas telefónicas.

Dicho precedente se corresponde con una causa iniciada a través de denuncia anónima por infracción a la ley 23.737, donde sin una investigación suficiente que por lo menos corroborara ciertos indicios referidos a los extremos denunciados, y sin que existiera prueba objetiva que instalara una sospecha razonable, a petición del fiscal se dispuso una escucha telefónica. La corte declaró la nulidad de la resolución del magistrado que dispuso la escucha telefónica sin fundamentación, aplicó la regla de la exclusión de prueba ilícita, revoco la sentencia condenatoria y absolvió al imputado. Veamos entonces la envergadura que el más alto Tribunal de la república otorgó a un caso de escuchas telefónicas ilegales en el marco de una investigación por narcotráfico, poniendo de resalto la prudencia que debe campear cuando se encuentran en juego garantías constitucionales vinculadas al ámbito de privacidad de los ciudadanos.

En el considerando 17 de ese precedente se dijo “*Que esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra "el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo al principio general del art. 19 CN. en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público" (ver "Fiorentino" Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones casos como el presente.*”

⁵³ C.S.J.N. Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 Recurso de hecho causa n° 763C.Q. 124. XLI. 31/10/10. Considerando 17.

Vemos entonces que la interpretación de la norma en estudio debe ser restrictiva y su fundamentación prudente en virtud a los derechos y garantías que están en juego. Ello en virtud a que se trata de una medida probatoria altamente intrusiva, que generalmente se expande a terceros no involucrados en la investigación generando fuertes tensiones con la garantía de privacidad de los arts. 18 y 19 de la CN., es por ello que con acierto se ha sostenido que *“si bien todas las medidas para investigar un suceso hipotizado como delito encierran un riesgo, por la eventual lesión que pueden provocar a las garantías constitucionales, la prevista en el art. 236 del Cód. Procesal Penal debe ser la más propensa para afectarlas.”*⁵⁴

Consientes que nos estamos refiriendo a la posibilidad de recurrir a las escuchas telefónicas con exclusividad a delitos graves, en este caso los relacionados con el tráfico de estupefacientes, en cada investigación penal, la supervisión y la decisión de los magistrados deberá permanecer incólume como un faro que no ceja en su rol de señalar el rumbo, el siguiente criterio *“Por de pronto quien practica la pesquisa no puede olvidar el apotegma del proceso penal inherente a un estado de Derecho: es válido investigar hechos para determinar quiénes son los responsables; en ves, resulta irrito proceder a la inversa y meterse con un particular para cerciorarse de si incurrió en algún episodio reprehensible. Este último enunciado advierte que así se trastoca el único método aceptable para perquirir, al tolerarse verdaderas inquisiciones a partir de un dato, la mayoría de las veces no despojado de un subalterno propósito político o de un inaceptable merito –salvo para quienes adhieren al derecho penal de autor- de los antecedentes policiales”*⁵⁵

Es que están en juego aquí los principios de inocencia e inviolabilidad de la privacidad de los ciudadanos porque *a partir del texto del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, las comunicaciones telefónicas gozan de un resguardo constitucional equivalente. Esencialmente tanto la comunicación escrita como la oral a través de una línea telefónica o bien, por medio de cualquier otro sistema de transmisión de datos- tienen la misma protección.”*⁵⁶

Debe tenerse en cuenta que el contenido de las escuchas debe ser interpretado por el magistrado y no por los agentes que transcriben las mismas, y además debe considerarse que no obstante el contenido incriminatorio que revelen, no alcanzan la calidad de prueba autónoma, solo indiciaria, porque tales extremos deben ser corroborados por otras pruebas objetivas que corroboren ese indicio ya que como hemos expuesto en el caso disparador de este análisis presentado en el capítulo 2), no bastan solamente unas escuchas telefónicas transcritas donde dos sujetos se ponen de acuerdo [confabulan] para poder reprochar esa conducta en los términos del art. 29 bis de la ley 23.737. *“La escucha no es un medio de prueba autónomo sin una diligencia accesoria de coerción real –medida conservatoria- para acceder a todo dato –elemento- que posibilite adquirir certeza”*.⁵⁷ Para incriminar es necesario que ese indicio sea revelado de manera

⁵⁴ D’Albora, Francisco J, “Algo más sobre las escuchas telefónicas” La ley, 1997-D- 611. publicado en “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho Procesal Penal” T° II, La ley 995, Buenos Aires 2012.

⁵⁵ D’Albora, Francisco, “Algo más sobre las escuchas telefónicas” La ley 1997-D- 611

⁵⁶ Carrio, Alejandro D. Garantías “Constitucionales en el proceso penal”, pág. 445.

⁵⁷ D’Albora, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado, concordado, 9 edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011, pág. 436.

manifiesta e inequívoca, por una conducta que exterioriza la decisión común de ejecutar el delito para el que se concertaron acreditado mediante prueba objetiva. Este criterio ha de entenderse cabalmente y mantenerse incólume si no queremos caer en la lógica del Derecho Penal del Enemigo y en un abuso irrazonable y arbitrario por parte del Estado.

En el citado precedente Quaranta la Corte también dijo: “*Que tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo susceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido "Torres" Fallos: 315:1043).*”⁵⁸

Finalmente cabe decir, que la jerarquía de las garantías constitucionales en juego y la tendencia del Poder estatal a la expansión punitiva y a la vigilancia de los ciudadanos a través de técnicas investigativas intrusivas de la privacidad, fuerzan y obligan al poder jurisdiccional, a utilizar las escuchas telefónicas, en casos graves con una investigación en curso que instala una sospecha razonable, de manera excepcional y como ultima ratio frente a la imposibilidad de profundizar la investigación por otros medios probatorios no tan extremos, y durante un plazo razonable. Su fundamento debe ser expreso e inequívoco y no remitirse a pruebas que no han sido ponderadas y evaluadas personalmente por el magistrado.

Conclusion.

La creciente criminalidad en la República Argentina, no ha de mitigarse con reformas penales caracterizadas como “mano dura” enmarcadas dentro del concepto Derecho Penal del enemigo, vinculadas al aumento de las escalas penales, el adelanto de la punibilidad a niveles incompatibles con la constitución nacional, con la morigeración de las garantías constitucionales o la disminución de la edad para la punibilidad y tampoco con la instrumentación ligera de técnicas especiales de investigación invasivas de la privacidad de las personas, utilizadas a discreción de manera arbitraria.

El narcotráfico en el mundo entero y en la República Argentina, se imbrica con los intereses de ese sistema descripto supra y finalmente incide sobre nuestra realidad cotidiana aumentando la violencia y el crecimiento de la criminalidad. Esa realidad, sumada al acrecentamiento de la deuda interna para menoscabo de la ciudadanía aun acreedora de una democracia sustantiva, más la inexistencia de una política criminal nacional destinada a frenar el libre ingreso de tóxicos por la frontera de la Nación, deja ver con claridad que esa criminalidad organizada tan dañina, no ha de combatirse a través del Derecho Penal del enemigo - marco conceptual donde se ubica el delito de confabulación receptado en el art. 29 bis de la ley 23.737- que enerva principios básicos de nuestra constitución y nuestro sistema americano de Derechos Humanos, sino de

⁵⁸ C.S.J.N. Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 Recurso de hecho causa n° 763C.Q. 124. XLI. 31/10/10. Considerando 18.

concretas y enérgicas políticas criminales pero también sociales, culturales y económicas estadales.

Dicho tipo penal, se enrola dentro de la contemporánea inflación de tipos penales que utilizan fórmulas abiertas en exceso o expresiones legales imprecisas o con sentido múltiple, que terminan vulnerando la certeza jurídica preservada en el principio de legalidad que emana del art. 18 de la CN. en la medida en que impone un proceso y una pena fundados en una ley escrita anterior al hecho. La Constitución Nacional establece la garantía del “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*” también receptada en los tratados internacionales de Derechos Humanos que integran el plexo constitucional via art. 75 inc. 22: Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1 y 15.1.

Señalamos esto porque el principio de legalidad penal, o mejor, de estricta legalidad penal tal cual el concepto acuñado por Ferrajoli, impone los presupuestos no solo de la ley previa, sino también escrita, cierta y precisa, es decir que el texto normativo debe describir y delimitar perfectamente la conducta punible y como vemos en este trabajo, esta manda constitucional no siempre se cumple y el texto del art 29 bis de la ley 23.737 es un claro ejemplo de ello, porque no define el concepto de confabulación y por otro lado no explicita suficientemente, cual es la naturaleza del acto manifiestamente revelador y en que estadio del inter criminis se ubica su punibilidad, antes o después de la tentativa del delito planificado.

Esas imprecisiones severas evidenciadas en ese tipo penal, ponen en crisis del principio de legalidad citada supra, de manera que frente a su vigencia y ante las hipótesis alternativas de interpretación, solo cabe la exegesis en clave constitucional que claramente señala que la punibilidad de la confabulación, debe postergarse hasta que uno de los sujetos comience la ejecución del delito concertado.

El principio de legalidad es fundamental para la plena vigencia del Estado social y democrático de Derecho porque impone límites fuertes al ius puniendi al tiempo que se entrelaza también con la valla del principio de reserva instituido por el art. 29 de la carta magna, que limita al legislador penal, porque se imbrica con el principio de exterioridad (art. 18 CN.) que exige una conducta que trascienda la esfera interna y se manifieste en conducta que merezca reproche penal, porque afecta y lesiona bienes jurídicos de terceros, cumpliéndose así también con el principio de lesividad que informa al Derecho Penal de acto.

De ello se colige que no puede castigarse meras ideas, ese ámbito está exento de la autoridad de los magistrados, porque en la medida que una acción no trascienda del ámbito privado constitucionalmente protegido del agente y no avance sobre terceros afectando sus derechos, esa conducta no resulta punible.

Por otro lado los jueces no pueden interpretar las normas desde una concepción refractaria al principio pro homine que receptan los tratados internacionales sobre derechos humanos que integran el texto de la Constitución Nacional, con la excusa de encontrarse frente a conductas que pareciera se ubican en el amplio y a veces confuso espectro que selecciona un determinado tipo penal abierto. Si el principio de legalidad tiene por fin respetar la exigencia constitucional de la certeza jurídica, entonces, frente a tipos penales defectuosos, lo que puede y debe hacer el magistrado es interpretarlos en clave constitucional, especialmente teniendo en cuenta los principios de legalidad, reserva, y lesividad mencionados.

Señalados esos reparos de raigambre constitucional, puede afirmarse que la anticipación de la tutela penal receptada en el tipo penal de la confabulación, no parece inconstitucional per se, porque la voluntad del legislador de reprimir la planificación del narcotráfico, con el fin de interceptar tempranamente este tipo de conductas delictivas tan graves y tan difíciles de reprimir, en el marco de una política criminal destinada a enfrentar la criminalidad organizada, parece una potestad razonable del Estado, considerando la enorme dimensión de los bienes jurídicamente protegidos por la ley 23.737 esos que ya hemos señalado al comienzo de estas palabras y que exceden ampliamente la preservación de la salud pública.

Lamentablemente la jurisprudencia evidencia una impronta contraria a la interpretación aquí propuesta, la que concebimos contraria a la constitución y por ello se cae en la dificultad que plantea probar la comisión del tipo penal de marras, y esa dificultad es la que ha provocado que reiteradamente se recurra a la utilización liviana de técnicas de investigación invasivas de la privacidad como las escuchas telefónicas, o el agente encubierto ya que sin estas, es imposible considerar un acto en principio lícito, como puede ser girar dinero a un tercero, adquirir valijas o pasajes, comprar camiones, trasladarse de un lugar a otro o alquilar locales con aptitud de almacenar cosas, y atribuirle el carácter de revelador de la decisión común de dos personas que acuerdan ejecutar un delito.

Por estas conclusiones y con el objeto de uniformar el criterio de la jurisprudencia nacional en una interpretación constitucional del delito de confabulación, a fin de mantener incólume el Derecho Penal de acto y la certeza jurídica, proponemos una reforma legislativa que modifique el texto del tipo penal del art. 29 bis de la ley 23.737, de modo tal que una nueva redacción defina con exactitud en que consiste una confabulación y determine con precisión [estricta legalidad] que la punición comienza cuando uno de los confabuladores inicia la ejecución del delito para el que se han concertado.

Finalmente valga también mencionar que propiciamos una modificación en la escala penal prevista en el tipo penal del art. 29 bis de la Ley 23.737, ya que la vigente [1 a 6 años de prisión] resulta desproporcionada en atención a los criterios y estándares dispuestos por la C.S.J.N. en el precedente Gramajo, porque situándose el reproche penal en los actos preparatorios anteriores a la tentativa del delito fin, la lesión al bien jurídico protegido por la norma es ficticia.

