

## ¿Libertades o punitivismo?

Autor:

Varela, Josué Ignacio

Cita: RC D 293/2025

### Encabezado:

El autor reflexiona en relación a las modificaciones que introdujo la Ley 27786 al Código Penal, y cómo puede la misma, entre otras cosas, afectar la libertad individual, haciendo especial hincapié en los problemas prácticos que pueden derivarse.

### ¿Libertades o punitivismo?

*"Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público, a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o gravando las existente, ahí no se vive los mejores tiempos para la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que las han exigido de modo más ruidoso"<sup>[1]</sup>.*

En algunos de mis tiempos libres, tuve el placer, o la desgracia, aún no estoy seguro, de reflexionar sobre lo que algún tiempo atrás vendría gestando el gobierno de turno. Luego de la aprobación por parte de la Cámara de Diputados y Senadores del Congreso de La Nación, el pasado 10 de marzo se publicó en el Boletín Oficial, la Ley 27786 más conocida como anti mafias.

En un escueto resumen, la nueva ley plantea una serie de medidas y facultades del Estado, buscando fortalecer sus herramientas en materia de lucha contra el crimen organizado. Entre ellas, implementó una modificación al código de fondo, conforme a los arts. 7 y 8 de la ley, modificando así los arts. 210 y 210 bis del CP, y agregando el inc. ter y quater. También excluye, en dichas modificaciones, la aplicación de los arts. 46 y 47 del CP, relativos a los grados de participación en un delito. Es decir, en la medida que se presuma cometido un ilícito de esta envergadura, todos serán autores. Esto último, entre otras cosas, es lo que ha despertado mi inquietud y ella motiva los párrafos que siguen.

Antes de comenzar, debo adelantar que la naturaleza de lo que expongo es un artículo de opinión personal. No es mi interés hacer un análisis estrictamente dogmático, adentrándome en los campos de las ciencias penales, los problemas relativos a la autoría y participación (*dominio del hecho, dominio funcional o aparatos mecanizados de poder, teoría de las competencias*) y las dificultades que de ellas se condicen.

El objeto y desafío propuesto es deliberar y reflexionar sobre cómo la modificación mencionada puede, entre otras cosas, afectar la libertad individual. Pondré el foco en los problemas prácticos que, a mi entender, pueden derivarse de la falta de aplicación de los arts. 46 y 47 del CP por parte de la ley bajo análisis.

Dicho esto, compartiré con aquel que en su tiempo libre se vea abandonado por su sueño, algunas de mis reflexiones, y ojalá, esta vez con placer, pueda obtener, aunque sea algunas pocas respuestas a sus dudas.

Las preguntas que me asaltan son sencillas: *¿Puede el Estado, en la reserva del ejercicio de facultades coercitivas, ser capaz de prescindir de la intención de un sujeto individual a la hora de analizar y penalizar conductas?* Si la respuesta fuera negativa, entonces *¿Cómo se logra conciencia social sobre la expansión del Derecho Penal hacia las distintas actividades que nos competen?* Y *¿Qué problemas puede generarles a todos aquellos que son portadores de un rol?* Pero, Lastimosamente no podré empezar si no es en realidad por el principio: definiendo qué es una asociación ilícita. Ello será la ruta fundamental del viaje.

La figura de la asociación ilícita se encuentra regulada en el capítulo II del Título VIII de nuestro CP. Particularmente cuenta con su figura básica en el art. 210 y luego de ella, su figura agravada, en el art. 210 bis.

---

Su ubicación sistemática dentro del código, no es menor, ya que se encuentra dentro de los delitos cuya regulación busca proteger el orden público, es decir, la sensación subjetiva que poseemos de sosiego al formar parte de una sociedad, nacida en la confianza de poder vivir en una atmósfera de paz, de manera tal de ajustar nuestras conductas a las reglas fundamentales de la convivencia.

El tipo penal de asociación ilícita básico, es decir, el art. 210, consiste en imponer penas de 3 a 10 años de prisión a quien tomara parte de una agrupación como acuerdo de varias personas -tres o más- para cometer delitos en forma organizada y permanente[2].

Debe saberse que el solo hecho de ser miembro de ese grupo de personas, es considerado un delito, a su vez que la organización, requerirá de cierta permanencia en el tiempo[3].

El dolo, consiste en el conocimiento de formar parte de una banda destinada a cometer delitos indeterminados[4].

En lo que respecta a su agravante, el art. 210 bis[5] establece que será penado con penas de 5 a 20 años de prisión, al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la constitución nacional, siempre que ella reúna al menos dos de los siguientes elementos:

A- Esté integrada por 10 o más individuos.

B- Poseer una organización militar.

C- Tener estructura celular.

D- Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo. Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país.

E- Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.

Es decir que, el art. 210 bis, se diferencia de la figura básica, porque la figura es más amplia, pues ya no solo penaliza al que formare parte sino también al que cooperare o ayudare para su formación o a su mantenimiento. A su vez, los delitos son más graves ya que deben poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Es decir, desestabilizar cualquiera de las instituciones del Estado[6].

Por último, cooperar o ayudar, pueden ser todos aquellos que realizan reuniones preliminares, por ejemplo, aunque luego no la integren, los que confeccionan sus estatutos, los que dan instrucciones sobre su formación, los que suministran las armas, los que proporcionan el lugar de reunión[7], etc.

En síntesis, el mero hecho de que un individuo forme parte de una agrupación ilícita, entendida como organización que requiere permanencia, concurrencia de 3 personas o más y cuyo fin es cometer delitos de distinta índole, es un delito. No interesa si efectivamente cometieron o no un hecho fuera de la ley.

Hasta aquí, podemos establecer que la legislación parece razonable. Sin embargo, es necesario determinar qué fue lo que hizo la Ley 27786.

Como ya se adelantó al principio, se dispuso de dos incisos más dentro del art. 210 quedando compuesto también, por los inc. ter y quater del CP. El problema crucial es que tal y como expresan ambos artículos, es decir el 7 y 8 de la respectiva ley, es que *"las condiciones especiales de participación establecidas en el art. 46 y 47 de este código no sean aplicables..."*.

Esto se traduce en que todo aquel que ayude o coopere en las formas que prevén los art. 46 y 47, al igual que el que forme efectivamente parte de la asociación ilícita, será penado con la misma especie y clase de pena.

---

Es decir, en adelante a la ley no le interesará si el que coopera, prestara ayuda luego de que la asociación ya previamente funcionara por causas ajenas al sujeto, o estuviese constituida eficazmente por cumplir una promesa de ayuda anterior por parte del mismo, pero sin haber sido esencial (art. 46)[8], o bien si el autor se comprometió a cooperar con un grupo delictivo sin las particularidades de la asociación ilícita, en la medida que su intención era cometer un hecho menos grave, como puede ser un robo en poblado o en banda (art. 47)[9]. No se aceptarán diferencias, ni cuantitativas ni cualitativas, entre autores y partícipes primarios ni secundarios. Pues como ya se dijo, todos serán penados con la pena de la autoría.

Entonces vuelvo: *¿Puede el Estado, en la reserva del ejercicio de sus facultades, capaz de prescindir de la intención de un sujeto individual a la hora de analizar y penalizar conductas?* Debo adelantar, rotundamente, mi respuesta negativa. Es absolutamente necesaria la verificación de la capacidad de culpabilidad del sujeto, la extensión de su ámbito de comprensión, elección, y por sobre todo, su motivación.

Existe un principio básico en el campo del Derecho Penal: Cada uno debe responder en la medida de su *dolo*. Ello no es "un decir". De hecho, se condice a que el mundo del Derecho Penal es una constante puja entre sus principios.

Así, el *ius puniendi*, entendido como la potestad del Estado de aplicar penas y otras consecuencias jurídicas, esta reglada por los principios de bien común político y de dignidad humana. Pues, entre aquel (*definido sencillamente como expectativas de la sociedad referida a un estándar de seguridad*) y este último, (garantías del individuo a que no se vulneren sus derechos fundamentales), existirá una constante puja que dará origen a la convivencia. Pero ¿qué es lo importante de ello? Pues los 2 principios trabajan la culpabilidad del sujeto.

Es por ello que, nuestro máximo tribunal de justicia, tiene dicho que *"no basta la mera comprobación de la situación objetiva [...] sino que es menester la concurrencia del elemento subjetivo en virtud del principio fundamental de que solo puede ser reprimido quien es culpable"*[10]. Pues en conclusión, no es admisible que haya pena sin culpa[11].

Sobre el punto de análisis, debo decir que no es posible, conforme los estándares fijados, penalizar comportamientos absolutamente a *contrario sensu* del principio de culpabilidad del sujeto porque sencillamente no aportan la misma intensidad a la tipicidad de la conducta. Quiero decir, el sujeto que participa de un hecho delictivo de manera posterior a su configuración, al igual que quien se compromete a un hecho distinto (*del cual, absolutamente ajeno a su voluntad e intención se transforma en algo que el sujeto no estaba dispuesto a realizar*), o que incluso desconocía, no realiza el mismo aporte que aquel sujeto que desde el inicio estaba determinado y motivado a cometer.

Dicho ello, *¿Cómo se logra conciencia social sobre la expansión del Derecho Penal sobre las distintas actividades que nos competen? ¿Qué problemas puede generarles a todos aquellos que son portadores de un determinado rol?*

Para dar una posible respuesta, es necesario aludir en primera instancia a la órbita del Derecho Penal liberal propio de este tiempo, y en particular, a cómo se desempeñan nuestras libertades frente al mismo.

Bien es de mencionar que la autonomía individual del sujeto presupone la existencia de ciertas esferas organizativas, en las que cada uno ejerce su autodeterminación. Pero, de ese derecho de libertad de organización, surge un deber, la responsabilidad por la organización. Existirán entonces dos aspectos fundamentales: El primero, será el respeto por toda autonomía igualmente legítima. El segundo aspecto, es la responsabilidad por la violación a la esfera de libertades ajenas. En otras palabras, la responsabilidad por organización, vendrá determinada por la infracción de no dañar a otro. Seremos en definitiva tan libres como responsables.

En igual sentido, los criterios materiales que permiten delimitar una autoría de la participación secundaria (*el que quiere el hecho para sí mismo del que lo quiere para otro*) resultan arduos y absolutamente complejos. Con intención de ser breve, se trata de determinar cuándo el aporte de un individuo no es necesario o no es esencial. Así las cosas, habrá que poner el ojo sobre el plan y fijarse la manera en que fue desarrollado el ilícito. Un

---

ejemplo de participación secundaria puede ser el acto de aportar el vehículo, objeto plenamente fungible, mediante el cual se facilitó la huida del autor, del lugar del hecho.

Ahora bien, resulta a todas luces evidente el abismo que hay entre el ejemplo expuesto y el crimen organizado, donde coexisten pluralidad de intervinientes con estructuras jerarquizadas y delimitación de ámbitos de competencia. Por ello, es imperante hacer distinciones entre los sujetos involucrados, pues la participación de cada uno de los individuos concurrentes al hecho común estará configurada por el conocimiento y voluntad respecto del hecho.

Es de recordar que la Ley 27786 excluye la participación secundaria, lo cual se traduce en rebajar los parámetros de punición. En otras palabras, la ley no mirará el plan. Pero ¿Cómo puede verse afectada la libertad ciudadana?

En nuestra sociedad conviven conductas que, para el Derecho Penal, en la medida que se cumpla con los parámetros legales -y sociales- de las mismas, le son ajenas. Así, se las denomina conductas neutrales. Ejemplo de ellas, pueden ser los vendedores de armas, autorizados legalmente. Quiere decir, tal cual explica el catedrático alemán Günter Jakobs, quien asume junto a otro individuo un vínculo inocuo (lícito), no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro sujeto coloque dicha conducta en una organización no permitida.

En el ejemplo del vendedor de armas, si el sujeto B le compra el arma al sujeto A -vendedor autorizado- y luego B mata con ese arma al sujeto C, el sujeto A, en la medida que haya cumplido con su rol (*al momento de comprar el arma, el sujeto B presentó debidamente los permisos de portación y cuenta con las habilitaciones municipales correspondientes*) no será participe del hecho en cuestión. Su conducta será neutral.

Ahora bien, el hecho de que la ley 27786 no reconozca distintos grados de participación para punir conductas delictivas, deriva en que no se tenga muy claro cuando una conducta es neutral y cuando no lo es. En efecto, permite al propio Estado entrometerse en meras conjeturas o sospechas. Lo explicaré con un ejemplo: una empresa destinada a prestar servicios de alquiler de contenedores en la provincia, y por ende, no obligada a reportar actividades sospechosas frente a la UIF (*Unidad de Información Financiera*) puede verse involucrada y ser perseguida penalmente si uno de sus mayores clientes, se dedicara a comercializar estupefacientes dentro de ellos. A mayor dificultad, supongamos también que dicho cliente pagaba grandes cantidades de dinero en efectivo a su vez que, la empresa destinada al alquiler de cubículos, era la única persona jurídica dedicada a dicha actividad en el territorio de la provincia.

Una posible defensa eficaz sería argumentar que la empresa cumple con un rol determinado, pues únicamente alquiló sus contenedores. Por otra parte, el hecho de que se paguen grandes cantidades de dinero en efectivo, responde a la naturaleza propia de la economía argentina, absolutamente informal. A lo sumo, puede encuadrarse la conducta en una infracción impositiva. Ahora bien, los miembros directivos de dicha empresa podrían no tener suerte, puesto que dicho tráfico de sustancia ilícita fue gracias al alquiler de contenedores, no existiendo otra manera posible de realizar el tráfico de estupefacientes. En efecto, quizás la empresa de alquiler de contenedores "pudo suponer".

Recordemos ahora que la ley anti mafias "no mirará el plan". Tampoco el grado de intensidad con la que la empresa de contenedores aporta a la configuración del tipo penal. En palabras más claras, a la hora de analizar conductas de conformidad con la ley anti mafias, podrá ser lo mismo el narcotraficante que quien alquila el contenedor.

No me es ajeno que el ejemplo traído a colación es complejo y requiere de un análisis pormenorizado de la situación. Deberá analizarse de qué manera la empresa desempeñó su ámbito de competencias y el contexto en el cual se desarrollaron. Pero, lo que quiero que se observe con claridad es que el exceso de punitivismo trae aparejado serias limitaciones a las esferas organizativas. Pues, tenderá a poder abarcar todas estas actividades absolutamente lícitas.

Debo decir a su vez que, frente a un Estado que únicamente busca ofrecer penas altas como única solución posible a todo aquel sujeto inmerso en una asociación ilícita, es de mínimo, ineficaz. En primer lugar, los pronósticos de punición pueden resultar efectivos para cierta clase de delitos, aludiendo a criterios preventivos

---

especiales, como podría ser el caso de quien decide evadir impuestos, frente a lo cual el evasor fiscal denota que al incumplir la ley del régimen penal tributario se enfrenta a un mínimo o máximo elevado, y en cambio, opta por pagar lo que corresponde. Sin embargo, resulta difícil de creer que el sujeto miembro de una organización no permitida, como lo es una asociación ilícita, de carácter permanente, destinado a cometer todo tipo de delitos, pueda verse amenazado por una expectativa de pena en abstracto. Dichos sujetos muestran en general, un gran desprecio por la ley.

Es de destacar que no se ha optado por criterios mayormente preventivos. Así, Argentina no presenta al día de la fecha proyectos legislativos que traigan aparejada la obligatoriedad de protocolos de minimización de riesgos en las empresas, salvo para aquellas que decidan participar en procesos de licitación pública. Los programas de cumplimiento normativo, mejor conocidos como *compliance*, pueden resguardar la responsabilidad penal no únicamente de la persona jurídica, sino de sus miembros, a través de sistemas de prevención. En otras palabras, sería más eficiente resguardar la responsabilidad penal, en vez de penalizar conductas que se podrían evitar.

En nuestros tiempos aun constan para nuestra suerte, mayores lejanías que cercanías, entre la sociedad y el Derecho Penal. No obstante, sus proximidades generalizadas hacia el ciudadano, concurren cuando el poder punitivo se expande.

Sin embargo, no soy ajeno que nos gusta la proximidad de mirar los televisores y los diarios con grandes casos de impacto. En este escenario son los secretos de las defensas y las teorías del caso de la fiscalía, las que hacen de ello un espectáculo. Un gran personaje entre nosotros es Alan Dershowitz, abogado fantástico, y para nuestra desgracia, relator de secretos. Él dijo tiempo atrás, que "el trabajo del penalista es hacer del mundo un lugar más peligroso". Pues, humildemente, agregaría: Existen algunas pocas veces donde también podemos identificar dónde está realmente el peligro.

- [1] Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimpr. Aalen, 1992).
- [2] Artículo 210. Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.
- [3] Código Penal Argentino comentado por Carlos Parma y Daniel Gorra, pág. 393.
- [4] Código Penal Argentino comentado por Carlos Parma y Daniel Gorra, pág. 393.
- [5] Código Penal argentino.
- [6] Código Penal Argentino comentado por Carlos Parma y Daniel Gorra, pág. 395.
- [7] Código Penal Argentino comentado por Carlos Parma y Daniel Gorra, pág. 395.
- [8] Art. 46: Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.
- [9] Artículo 47. Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. A su vez que, es la propia ley la que utiliza el concepto de asociación ilícita y agrava las penas para el art. de hurto y robo.

- 
- [10]** Fallos, Lambruschi, Pedro Jorge s. Ley 23771, CSJN, 31/10/1997, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, Rubinzal Online, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 108709/09 y Amarilla, Juan H. s. Recurso extraordinario en: Gorvein, Diego Rodolfo vs. Amarilla, Juan H. s. Querrela por calumnias e injurias (Expte. 797/1993), CSJN, 29/09/1998, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, Rubinzal Online, RC J 102143/09.
- [11]** Fallos, Parafina del Plata S.A., CSJN, 02/09/1968, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC J 16580/10; Garber Hermanos y otro, CSJN, 29/09/1969, Rubinzal Online, RC J 2545/20; Dirección Nacional de Recaudación Previsional vs. Towers Areco S.A.C.I.F.I., CSJN, 07/10/1975, Rubinzal Online, RC J 2543/20; 302:1123 y Lectoure, Juan Carlos, CSJN, 24/02/1981, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, RC J 111920/09.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.