

UNIVERSIDAD SIGLO 21



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA (PIA)**

ASOCIACIÓN ILÍCITA: la colisión del delito con el principio constitucional de lesividad.

ALUMNO: LUGO PABLO MARTÍN

DNI: 25.920.976

LEGAJO: VABG36921

CARRERA: ABOGACÍA

AÑO: 2019

ÍNDICE

1- Resumen y palabras clave	1
2- Abstract y Keywords.....	2
3- Introducción	3
4- CAPÍTULO I: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ARGENTINA Y TRATAMIENTO DE LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO	
4.1- Antecedentes legislativos de la asociación ilícita en Argentina	10
4.2- La asociación ilícita en el derecho comparado	11
4.2.1- España	11
4.2.2- Alemania	14
4.2.3- Italia	15
4.2.4- Francia.....	15
4.2.5- Estados Unidos.....	17
4.2.6- México	17
4.2.7- Perú	18
4.2.8- Chile.....	18
4.2.9- Brasil	19
5- Conclusiones parciales	20
6- CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	
6.1- El bien jurídico.....	24
6.2- Características del delito de Asociación Ilícita.....	27
6.2.1- Delito de peligro abstracto	27
6.2.2- Delito autónomo.....	29
6.2.3- Tipo subjetivo	32
6.2.4- Tipo objetivo	32
6.2.5- Consumación y tentativa.....	35
6.2.6- Autoría y participación.....	36

6.2.7- Número mínimo de integrantes.....	37
6.2.8- La determinación o indeterminación de los delitos	39
6.2.9- Pertenencia y permanencia.....	41
7- Conclusiones preliminares.....	42
8- CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD	
8.1- Introducción	45
8.2- Asociación ilícita y principio de lesividad.....	45
8.3- Postura doctrinaria crítica del delito de asociación ilícita	48
8.4- Jurisprudencia	51
9- CONCLUSIÓN	65
10- Referencias	68
10.1- Legislación	68
10.2- Doctrina	69
10.3- Jurisprudencia	70
10.4- Páginas web	70

1- Resumen

El delito de asociación ilícita se encuentra tipificado en el art. 210 del Código Penal argentino¹, en él se sanciona el tomar parte en una asociación o banda compuesta por tres o más personas que tengan como objetivo cometer delitos, por el solo hecho de ser miembros. Esta figura delictiva ha generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia posiciones encontradas respecto a su adecuación al principio constitucional de lesividad, el cual encuentra fundamento en el artículo 19 de la ley suprema² y que expresa que toda conducta que no ofenda al orden, la moral pública, ni perjudique a un tercero debe quedar fuera del alcance del *ius puniendi* del Estado. El objetivo general de este trabajo fue contrastar el delito de asociación ilícita con el principio de lesividad a los fines de determinar la concordancia o colisión entre ambos. El desarrollo del mismo se basó en el análisis de documentos doctrinarios y jurisprudenciales referidos al problema planteado, el cual arrojó prima facie que la criminalización de la conducta típica descrita por el artículo 210 del Código Penal argentino difícilmente pueda justificarse a la luz del principio constitucional de lesividad.

Palabras clave: asociación – orden público – lesión – delito – derecho.

¹ Art. 210 Código Penal Argentino: “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.”

² Art. 19 Constitución Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

2- Abstract

Summary the offence of conspiracy is typified in article 210 of the Argentine Penal Code, it is sanctioned to take part in an association or band formed by three or more people that target commit crimes, by the mere fact of being members. This criminal figure has generated both in the doctrine as positions were found with respect to its relevance to the constitutional principle of harmfulness, which is based on article 19 of the Supreme Law and expressed in the jurisprudence that all conduct which do not offend the order, public morals, or harm to a third party must be out of the reach of the jus puniendi the State. The overall objective of this study was to compare the crime of conspiracy with the principle of harmfulness for the purposes of determining the consistency or collision between the two. The development was based on the analysis of doctrinal and jurisprudential documents related to the problem, which threw hard prima facie that the criminalization of the typical conduct described by article 210 of the Argentine Penal Code It can be justified in the light of the constitutional principle of harmfulness.

Keywords: Association - public policy - injury - crime – right.

3- Introducción

El delito de Asociación Ilícita se encuentra contemplado en nuestro Código Penal en el artículo 210, dentro del Título “Delitos contra el orden público”, el texto de la norma reza lo siguiente: “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.”

Esta figura delictiva no es novedosa, todo lo contrario, desde tiempos remotos se sabe que han existido y operado en casi todo el mundo los grupos de personas dedicadas a cometer delitos, así es que desde el primer proyecto de codificación penal en nuestro país redactado por Carlos Tejedor ya se contemplaba este tipo de accionar delictivo, y aunque con otras denominaciones y con ciertas características diferentes podemos observar que la idea de diferenciar y penar este tipo de modalidad delictiva estuvo desde un principio en nuestro país. De igual modo en casi todo el derecho comparado sucede lo mismo, si bien con características diferentes en cada país, la idea principal de punir el accionar delictivo de estos grupos data desde la antigüedad.

Si pudiéramos consultarle a toda la sociedad o a gran parte de ella cuál es su opinión respecto a este tipo de delito, se podría asegurar que la gran mayoría estaría de acuerdo en reconocer la existencia, el accionar y la necesidad de penar por parte del Estado estas asociaciones dedicadas a cometer delitos.

Sin embargo, el delito de asociación ilícita vigente en nuestro país, recibe numerosas críticas por parte de un sector de la doctrina, sector que, si bien es minoritario, cuenta entre sus exponentes con juristas de reconocido prestigio, al mismo tiempo que las críticas y objeciones formuladas en contra de la norma son sostenidas con argumentos que a prima facie aparecen como sólidas y convincentes, difíciles de refutar. De esta manera, entre los cuestionamientos que esta corriente doctrinaria realiza hacia la figura de asociación ilícita, podemos mencionar la afectación de los principios constitucionales de reserva, de lesividad, de legalidad, de proporcionalidad de la pena, de inocencia, como así también el derecho a la libertad de reunión, entre otros. En una posición opuesta, se encuentra la corriente doctrinaria mayoritaria que parece avalar la legalidad y consiguiente aplicación de la figura penal en cuestión, y digo parece, porque es dificultoso hallar trabajos que se refieran de manera directa a las críticas que la norma recibe por

parte del sector minoritario de la doctrina, simplemente, el sector mayoritario se limita a realizar una mera interpretación y análisis de los elementos que conforman el tipo penal, y como si fuera poco, estas interpretaciones también han sido objeto de cuestionamientos por algunos doctrinarios, argumentando que las interpretaciones realizadas por el sector mayoritario al día de hoy sobre el delito que nos ocupa no surgen de manera precisa del texto de la norma, dada la vaguedad e imprecisión del mismo, por lo que las consideraciones que se pueden hacer sobre la norma son muy amplias (peligrosamente amplias en mi opinión personal), quedando libradas a la apreciación subjetiva de cada persona.

En este contexto, el presente trabajo tendrá como objetivo general realizar un análisis del delito asociación ilícita a la luz del principio de lesividad, dado que, a mi entender, entre las numerosas críticas que la figura recibe, es con este principio con el que presenta mayor dificultad a la hora de intentar justificar su adecuación al texto constitucional. El principio de lesividad encuentra fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual reza lo siguiente: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Por ello, uno de los interrogantes fundamentales que intentaremos responder es si al momento de consumarse el delito de asociación ilícita según los requerimientos del tipo penal, se lesiona efectivamente el bien jurídico que la norma intenta proteger, es decir, el orden público.

Para la consecución del objetivo general de poder establecer si el delito asociación ilícita colisiona con el principio constitucional de lesividad, desarrollaremos el análisis de la temática a través de tres capítulos, en los cuales se plantearán objetivos particulares de modo que, al finalizar el trabajo contemos con una percepción detallada de la problemática para estar en condiciones de arribar a una conclusión final. De esta manera, en el Capítulo I se examinará la historia y los antecedentes legislativos de la norma, como así también se realizará un breve repaso por el tratamiento que la figura ha recibido en el derecho comparado. En el Capítulo II se analizarán las características del tipo penal, según las interpretaciones realizadas por el sector mayoritario tanto de la doctrina como la jurisprudencia. El capítulo III estará dedicado al estudio del delito asociación ilícita en relación con el principio de lesividad, prestando especial atención a los cuestionamientos

esgrimidos por un sector minoritario de la doctrina hacia el delito en cuestión y su colisión con lo preceptuado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Finalizaremos nuestro trabajo expresando la conclusión final a la que hemos arribado en relación a si el delito de asociación ilícita atenta contra el principio de lesividad consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, y en el caso que concluyamos que efectivamente norma y principio colisionan trataremos de formular alguna alternativa posible para adecuar la figura delictiva al texto constitucional.

Sobre la importancia de la temática elegida para la elaboración del presente Trabajo Final de Graduación, primero quiero hacer mención a una situación que se viene dando desde un tiempo a esta parte y que considero muy importante en relación a la problemática planteada. Se trata del auge que en la actualidad ha tomado el delito de Asociación Ilícita, como si fuese una especie de moda en nuestros días, sintiendo en lo personal que se trata de subsumir en la figura típica a cuanto delito aparezca cometido simplemente por una pluralidad de personas. Esta tendencia se puede apreciar que es impulsada desde distintos sectores, como el poder judicial, los cuerpos de seguridad, medios de comunicación y poderes políticos. Ahora me pregunto, ¿cuál o cuáles serían los motivos para tratar de caratular como Asociación Ilícita a la mayor cantidad de delitos posibles? En lo personal no tengo dudas que uno de los motivos, quizás el más importante, se relaciona con la escala penal que el Código Penal establece para dicha figura, esto es prisión o reclusión de tres a diez años, elevando el mínimo de la pena a cinco años para jefes u organizadores. Tal vez, las causas de esta tendencia a caratular como asociación ilícita a todo delito que a prima facie aparezca cometido por tres o más personas, estén dadas por el crecimiento del delito en los últimos años y la sensación generalizada en la sociedad que desde los distintos organismos del Estado encargados de combatir al mismo no se está realizando un trabajo eficiente ni eficaz, lo que genera de alguna manera presión para que se trate de revertir esta situación, llevando a la justicia a recurrir a esta figura delictiva justamente por la elevada escala penal que prevé con relación a otros delitos, como una forma de dar respuestas a lo que la sociedad reclama, esto es, un accionar más ágil y eficaz en la lucha contra el delito.

Sin embargo, es curioso que a pesar de este auge del delito de asociación ilícita como mencioné antes, sean prácticamente insignificantes las condenas dictadas a causa del mismo, no así los procesamientos con prisiones preventivas, lo que se puede

interpretar como que de alguna manera se reconoce que la figura delictiva en cuestión presenta dificultades difíciles de sortear a la hora de ser aplicada a los casos concretos.

En este contexto, considero que la importancia del tratamiento del tema objeto del presente trabajo, es justamente estudiar y analizar lo más detalladamente posible el delito de asociación ilícita y su colisión con el principio de lesividad consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, a los fines de poder tomar una posición fundada al respecto, dado que de concluir que efectivamente la norma bajo estudio no se adecúa al texto constitucional estaremos frente a una situación grave a mi entender, dado que es inaceptable que un delito que se encuentra totalmente vigente en nuestro Código Penal sea contradictorio con un principio tan importante como es el de lesividad consagrado en nuestra Constitución Nacional, principio que junto a otros conforman los pilares fundamentales de un Estado de derecho como el nuestro, lo que abriría otros interrogantes al respecto como por ejemplo: ¿Qué justifica que se tipifiquen conductas delictivas obviando las premisas de nuestra ley fundamental?, ¿acaso pueden ser justificativos cuestiones de política criminal?, en fin, estos pueden ser temas para trabajos posteriores. Lo que nos ocupa en este trabajo como objetivo general es determinar si efectivamente el delito de asociación ilícita colisiona con el principio constitucional de lesividad.

Para ello partiré de la hipótesis de que el delito de asociación ilícita tipificado en el art. 210 del Código Penal, colisiona con el principio de lesividad que emana del art. 19 de la Constitución Nacional. Mi hipótesis inicial se basa en que de acuerdo al principio de lesividad todas las acciones de los hombres que de ninguna manera ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, deben quedar fuera del alcance de la potestad punitiva del Estado. Luego, la doctrina coincide de manera unánime en que el delito de asociación ilícita es una figura autónoma respecto a los delitos que la misma pudiera cometer, los cuales si llegaran a suceder concurrirían materialmente con aquella, pero para que se configure la conducta típica de asociación ilícita no es necesario que la asociación concrete ningún hecho planificado, basta simplemente con el acuerdo de tres o más personas para cometer delitos indeterminados, lo que en mi opinión, es sumamente improbable que en ese estado pueda lesionarse el bien jurídico que la norma intenta proteger, es decir, el orden público. Esto se da en parte porque el delito de asociación ilícita es un delito de peligro abstracto (con acuerdo unánime de la doctrina en calificarlo de esta manera), en el cual el legislador ha determinado *iure et de iure* que el mero acuerdo

criminal lesiona el orden público, mereciéndole por esa sola razón una pena que va desde los tres a los diez años de prisión o reclusión.

Algunos de los interrogantes que nos plantearemos a lo largo del presente trabajo serán: ¿cuáles son los antecedentes legislativos del delito en nuestro país, y qué tratamiento ha recibido la figura en el derecho comparado?, ¿cuáles son los elementos requeridos por el tipo objetivo y el tipo subjetivo?, ¿qué se entiende por orden público?, ¿qué interpretación realiza la doctrina mayoritaria de la norma?, ¿en qué momento se consuma el delito?, ¿quiénes pueden ser sujetos activos y sujetos pasivos?, ¿admite tentativa?, ¿cuál es el concepto de los delitos de peligro abstracto?, al consumarse el delito ¿se pone en riesgo realmente el orden público?, ¿cuál es el significado y alcance del principio de lesividad?, ¿cuáles son las críticas que un sector minoritario de la doctrina realiza en contra de la norma con relación al principio de lesividad?, ¿cuál es la postura que al respecto han tomado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los diferentes tribunales del país?, entre otros.

El tipo de investigación que se utilizará para el desarrollo del presente Trabajo Final de Graduación será del tipo *descriptivo*, es decir, tendrá como objeto principal detallar las características o cualidades del tema principal, mientras que la estrategia metodológica a utilizar será la *cualitativa*, ya que se centrará en analizar y comprender los textos normativos relacionados con la temática elegida, como así también las elaboraciones doctrinarias y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, para finalizar exponiendo una opinión personal sobre el tema.

En cuanto a las fuentes a utilizar, podemos mencionar como fuente primaria la Constitución Nacional, centrando el análisis en el artículo 19 de la misma dado que es donde encuentra sustento el principio de lesividad, el artículo 210 del Código Penal Argentino que tipifica el delito de asociación ilícita, diferentes fallos que se han pronunciado sobre la temática del presente trabajo, como por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Stancanelli Néstor. Entre las fuentes secundarias se trabajará con obras de distintos autores, como por ejemplo Zaffaroni, Ziffer, Cornejo, Donna, Ferrajoli, Aboso, Romero Villanueva, Núñez, entre otros. También se consultarán obras publicadas en revistas jurídicas y páginas web especializadas en derecho, como por ejemplo www.pensamientopenal.com.ar, www.saij.gob.ar, www.derecho.uba.ar.

Con relación al marco temporal que abarcará este TFG, el mismo comprende desde el proyecto de Carlos Tejedor que data del año 1886 hasta nuestros días. Esto es porque como mencioné al comienzo el proyecto de Carlos Tejedor fue el primer intento de codificación penal en nuestro país, y si bien no contemplaba el delito de asociación ilícita tal como lo conocemos hoy, sí contenía los delitos de complot y banda, que fueron los antecedentes del delito de asociación ilícita vigente en nuestros días.

Finalizaré este trabajo con una conclusión final con respecto al tema planteado, en la cual expresaré si confirmo mi hipótesis inicial o refuto la misma, y en el caso de confirmarla intentaré proponer una alternativa para que la figura de asociación ilícita se adecúe a la Ley Suprema y a todos los principios y derechos que de ella emanan, principios y derechos que son los pilares fundamentales de un Estado de Derecho como el nuestro.

4- CAPÍTULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ARGENTINA Y TRATAMIENTO DE LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO

4.1- Antecedentes legislativos de la Asociación Ilícita en Argentina.

Al referirnos a los antecedentes legislativos de la Asociación Ilícita en nuestro país debemos remontarnos al Código Tejedor del año 1886, dado que éste fue el primer intento de codificación penal y si bien este proyecto no contemplaba la figura típica tal cual rige en nuestros días, es decir como una figura individual y autónoma, sí contemplaba los delitos de “complot” y “banda” en los artículos 25 y 30 respectivamente. Abel Cornejo (2001), expresa que se incurría en el delito de complot si dos o más personas acordaban la comisión de un delito, al mismo tiempo que se consideraba como autor principal a todo aquél que prestara algún tipo de colaboración o la promesa de hacerlo. El delito de banda, requería el mismo número de integrantes, esto es dos o más personas, pero agregaba la característica de que debían acordar la comisión de delitos indeterminados y se los consideraba penalmente responsables por los ilícitos que dicha banda cometiera, salvo a aquél individuo que aun siendo integrante de la banda no se pudiera comprobar su participación en un hecho determinado. Nótese que, de esta última característica del delito de banda –responsables solo por los delitos que cometieran-, deriva la no caracterización de la figura como delito autónomo y en consecuencia el delito de banda no concursaba materialmente con los delitos que la misma cometiera.

Esta es una característica curiosa, porque respecto al delito vigente en la actualidad, la doctrina de manera unívoca coincide en que de la letra de la norma, más precisamente donde dice “por el solo hecho de ser parte”, se escinde el hecho de integrar una asociación ilícita con los eventuales delitos que la misma pudiera cometer, lo que me lleva a formularme la siguiente pregunta: ¿es factible comprobar que se ha conformado una Asociación Ilícita y eventualmente aplicarle una pena a sus integrantes sin que dicha asociación haya podido ejecutar delito alguno de los que se propusieron como objeto de la misma?, lo considero muy difícil por no decir imposible, ahora bien, de ello me surge otro interrogante: ¿por qué entonces tipificar la conducta de asociarse con fines delictivos de manera autónoma si en los hechos será prácticamente imposible de probar y aplicar? Dejo la pregunta abierta y veremos si encuentro una respuesta en el desarrollo del presente trabajo.

Continuando con Cornejo (2001), nos enseña que los delitos de Complot y de Banda del proyecto Tejedor fueron eliminados en el proyecto de 1891, por considerar que el Complot hacía referencia a un tipo de participación, y en cuanto a la Banda fundamentaron que la misma debía constituir un delito por el sólo hecho de su formación,

y como expresa el autor, es aquí donde nace la figura de la asociación ilícita tal como rige en nuestros días, es decir, como delito individual y autónomo, de esta manera el proyecto contenía el artículo 252 que sancionaba al que tomase parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos, mientras que en el artículo 253 se penaba el simple hecho de la participación, en cualquier otra asociación prohibida por la ley, aunque finalmente, mediante la ley 4189 de reformas al Código Penal estas propuestas no fueron aceptadas.

Luego, el Proyecto de 1906 a través del artículo 228, penaba con prisión de un mes a cinco años al 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; en tanto que el artículo 229 castigaba con prisión de quince días a un año al que formara parte de cualquier otra asociación con un fin delictivo. El texto del artículo 228 fue el que se incorporó al Código de 1921 con la salvedad que se le agregó la reclusión como pena alternativa, mientras que el artículo 229 fue eliminado por considerarlo redundante (Ziffer, 2005). Este párrafo se mantiene casi idéntico en el artículo vigente actualmente, porque con la sanción de la ley 17.567 del año 1968 se eliminó la palabra “banda” y se incorporó el segundo párrafo aumentando el mínimo de la pena para jefes y organizadores.

En el año 1973 mediante la ley 20.509 se dejó sin efecto la ley 17.567 por lo que recobró vigencia el artículo 210 del Código del año 1921, pero en el año 1974 se sancionó la ley 20.642 por la cual se elevó la pena y se agregó el segundo párrafo, quedando finalmente –después de numerosas modificaciones- el artículo redactado tal cual rige en la actualidad.

4.2- La asociación ilícita en el derecho comparado.

El presente punto se desarrollará tomando como base al excelente trabajo del autor Rosas Oliva (2012), quien describe de una manera exhaustiva la evolución que la figura de la asociación ilícita ha tenido en numerosos países a lo largo de todo el mundo. Yo describiré brevemente el tratamiento que las organizaciones criminales han tenido en los ordenamientos jurídicos de España, Alemania, Italia, Francia, Estados Unidos, México, Perú, Chile y Brasil.

4.2.1- España

El delito de asociación ilícita de similares características al que se encuentra vigente en el actual Código Penal español fue incorporado por primera vez en el año 1870. Actualmente dicho cuerpo normativo regula múltiples modalidades delictivas que pueden ser cometidas por una pluralidad de personas, más precisamente contempla la asociación ilícita en el artículo 515, las organizaciones criminales en el artículo 570 bis y los grupos criminales en el artículo 570 ter.

El artículo 515 describe en cuatro incisos distintas formas de incurrir en el delito de asociación ilícita, siendo el inciso 1º el que nos interesa dado que es el que se refiere al tipo de modalidad que coincide con el delito regulado en el artículo 210 de nuestro Código Penal argentino. Así, el inciso 1º dice lo siguiente: “Art. 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1º. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.”

Luego, el artículo 517 establece para fundadores, directores y presidentes de las asociaciones la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. Mientras que para los miembros activos establece pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. El artículo 518 castiga toda clase de cooperación con la fundación, organización o actividad de las asociaciones ilícitas con pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años. El artículo 519 impone la pena mínima determinada en los artículos antes mencionados para “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita...”.

Si analizamos la asociación ilícita española con la tipificada en el Código Penal argentino, podemos decir que el texto de la norma española es más ambiguo que la nacional, dado que ni siquiera determina la cantidad mínima de integrantes requeridos para que se configure el delito, y si bien el artículo no contiene una expresión similar a la del art. 210 del C.P. argentino como “...por el solo hecho de ser miembro de la asociación”, la doctrina española coincide en caracterizar al delito como autónoma, aunque se exige una mínima demostración de actividad tendiente a la ejecución de los hechos objeto de la asociación para que se configure el delito. En cuanto al bien jurídico protegido, el artículo se encuentra en el Libro II (Delitos y sus penas), Título XXI (Delitos

contra la Constitución), Capítulo IV (De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas), Sección 1º (De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución).

En el año 2010, se incorporaron los artículos 570 bis y 570 ter, dentro del Título XXII (Delitos contra el orden público), Capítulo VI (De las organizaciones y grupos criminales). Entre los fundamentos de la incorporación de estas nuevas figuras delictivas se ha expresado que “el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder a diferentes supuestos de agrupación u organizaciones criminales” (Rosas Oliva, 2012, p. 105). En este punto quiero detenerme y reflexionar sobre el fundamento antes mencionado para la inclusión de dos nuevas figuras delictivas en el Código Penal español como son las “organizaciones criminales” y los “grupos criminales”, y me planteo el interrogante si en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la asociación ilícita no está necesitando una actualización a los tiempos que corren, para que de alguna manera se pueda dar solución al inconveniente que mencioné en un principio de este trabajo, como es el insignificante número de condenas dictadas en razón del delito de asociación ilícita, más aun cuando la figura delictiva es utilizada de manera recurrente a la hora de llevar adelante procesamientos con prisiones preventivas.

Continuando con el Código Penal español, el artículo 570 bis se refiere a las organizaciones criminales y consta de 3 incisos; en el primero define qué se entiende por organización criminal enumerando ciertas características que la misma debe reunir para que se configure el delito, esto es “agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.” Vemos que del texto de la norma se desprenden ciertos elementos que la figura debe reunir que coinciden con las características que requiere la asociación ilícita en nuestro país y sobre las cuales hay consenso unánime entre los doctrinarios, con la diferencia que en nuestro artículo 210 esas características no surgen expresamente del texto de la norma. El mismo inciso primero aumenta las penas con relación a las establecidas para la asociación ilícita del artículo 515, al mismo tiempo que diferencia entre quienes detentan mayor responsabilidad y los que no dentro de la organización, y a su vez dentro de esta división establece penas distintas para quienes cometan delitos graves. Por consiguiente, para

quienes “promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización” serán penados con prisión de dos a cuatro años si tiene como finalidad delitos graves, en tanto que en los demás casos les corresponderá la pena de prisión de tres a seis años. En el otro grupo se encuentran quienes “participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma”, a quienes les corresponderá la pena de prisión de dos a cinco años si la finalidad fueran delitos graves y la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. Los incisos segundo y tercero contemplan situaciones agravantes del inciso primero, como por ejemplo un elevado número de integrantes, el disponer de armas, instrumentos peligrosos, medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte, etc.

El art. 570 ter presenta la misma estructura que el artículo 570 bis, pero en relación a los grupos criminales”, concepto que el mismo artículo enuncia como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.”

4.2.2- Alemania

El Código Penal alemán tipifica el delito de asociación ilícita en el artículo 129, el cual se encuentra dentro del Título relativo a los “crímenes y delitos contra el orden público”, dicha figura fue incorporada a través de una reforma realizada en el año 1951. Actualmente el artículo sanciona con cinco años de prisión o multa a los fundadores, miembros y colaboradores de dichas asociaciones. Esta figura no se aplicará a partidos políticos que hayan sido declarados inconstitucionales y cuando la comisión de delitos no haya sido su actividad principal.

Una característica distintiva es que se sanciona la tentativa de formar una asociación cuando la misma pudiera tener como objetivo la comisión de delitos graves, en estos casos se establece para jefes y miembros la pena de prisión de seis meses a cinco años, en tanto que si efectivamente el objetivo de la asociación sea la comisión de delitos graves se impondrá la pena de prisión de seis meses a diez años. La figura también contempla la posibilidad de que el tribunal exima de responsabilidad a quienes hayan tenido una participación mínima en la asociación, de igual modo para quienes colaboren

con la autoridad a los fines de evitar la continuidad de la asociación o de que la misma ejecute los delitos que haya planificado.

4.2.3- Italia

La asociación ilícita o “*associazione per delinquere*” se encuentra contemplada en el artículo 416 del Código Penal italiano, ubicada dentro de los “delitos contra el orden público”. La asociación ilícita fue incorporada en la legislación italiana en el año 1889 en el Código Penal de Zanardelli, luego recibió una modificación en el año 1930 (Código Rocco) que es el actualmente vigente. De esta manera el art. 416 establece que se configura una “*associazione per delinquere*” cuando “*tres o más personas se asociaren para la comisión de varios delitos*”.

El artículo mencionado establece pena de reclusión de tres a siete años para quienes promuevan, constituyan y también para los jefes de dichas asociaciones, en tanto que para el resto de los integrantes impone una pena de reclusión de uno a cinco años.

Se consideran circunstancias agravantes del delito si la misma está integrada por diez o más personas, al igual que si los delitos que cometiere están relacionados al tráfico de personas, en este último caso se establece para los promotores y fundadores pena de prisión de cinco a quince años, mientras que para los jefes pena de prisión de cuatro a nueve años.

En el año 1982 se incorporó el artículo 416 bis el cual tipifica a las asociaciones mafiosas, incluyendo también a la camorra y todo tipo de asociación delictiva. En este artículo también se distingue el grado de responsabilidad de sus integrantes, por lo que a quienes promuevan, dirijan u organicen la asociación les corresponderá pena de prisión de cuatro a nueve años, en tanto que para el resto de los integrantes se prevé prisión de tres a seis años. Se considera agravante si la asociación está armada, en ese caso les corresponderá a los jefes, promotores y organizadores prisión de cinco a quince años, mientras que al resto de los integrantes les cabrá la pena de prisión de cuatro a diez años. Cabe destacar que el artículo 416 bis contempla la confiscación de los bienes utilizados para la ejecución de los delitos como así también el producido de los mismos.

4.2.4- Francia

En el Código Penal francés el delito de asociación ilícita o “asociación de malhechores” se encuentra tipificado dentro del Libro IV “De los crímenes y delitos

contra la Nación, el Estado y la paz pública”, Título V “De la participación en una asociación de malhechores”, dicho Título consta de los artículos 450-1, 450-2, 450-2-1, 450-3, 450-4 y 450-5.

El art. 450-1 establece que “constituye una asociación de malhechores toda agrupación formada o acuerdo establecido para la preparación, caracterizada por uno o varios hechos materiales, de uno o varios crímenes o de uno o varios delitos castigados con al menos cinco años de prisión.” Como vemos, el delito se configura con la “agrupación formada” como así también con el mero “acuerdo establecido”, seguidamente requiere que esté “caracterizada por uno o varios hechos materiales”. Si bien se puede interpretar que se pena el sólo acuerdo, la figura típica está requiriendo hechos materiales, lo que implicaría el comienzo de ejecución del o los planes delictivos, por lo que se traspasaría el ámbito interno de los integrantes de la asociación y se pasaría de estar ante un delito de peligro abstracto a uno de peligro concreto, y, en consecuencia, considero que la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido se torna factible y verificable. Este tipo de especificaciones o precisiones en el texto de la norma podrían ser una solución para el caso en que concluyamos que efectivamente el artículo 210 del C.P. argentino colisiona con el principio constitucional de lesividad.

Continuando con el análisis del artículo, el mismo establece la pena de diez años de prisión o multa cuando los delitos preparados sean crímenes o delitos castigados con diez años de prisión y multa de 150.000 euros. En tanto que, si los delitos planeados merecen pena de cinco años de prisión al menos, les corresponderá a los integrantes de la asociación una pena de prisión de diez años y multa de 75.000 euros.

El art. 450-2 exime de pena a todo el que haya participado en la formación o acuerdo si colabora con la autoridad antes de realizar cualquier diligencia, de modo tal que permita la identificación del resto de los participantes.

El art. 450-2-1 castiga a la persona que no muestre una concordancia entre sus recursos y su nivel de vida y al mismo tiempo se le verifique mantener relaciones con uno o varios integrantes de una asociación de malhechores, imponiéndole una pena de prisión de cinco años o multa de 75.000 euros.

El art. 450-3 establece una serie de penas accesorias para los integrantes de una asociación de malhechores. El art. 450-4 contempla la posibilidad de que las personas jurídicas también sean susceptibles de ser condenadas por infringir este delito.

Por último, el artículo 450-5 establece que tanto las personas físicas como las jurídicas que sean declaradas culpables de integrar una asociación de malhechores, sufrirán como pena accesoria el decomiso de todo o parte de sus bienes.

Debemos destacar que el Código Penal francés en su artículo 132-71 establece la figura de “banda organizada”, siendo ésta “toda agrupación formada o todo acuerdo establecido para la preparación, plasmada en uno o varios hechos materiales, de una o varias infracciones.” Esta figura constituye un agravante para la comisión de ciertos delitos, como por ejemplo el robo, el tráfico ilegal de drogas, estafas, secuestro, entre otros, cuando fueran cometidos a través de esta modalidad.

4.2.5- Estados Unidos

Al analizar la legislación de Estados Unidos observamos que la figura análoga a la asociación ilícita es la *conspiracy*, y la misma se encuentra contemplada tanto en el ámbito federal (art. 371 del United States Code³) como en el ámbito de cada uno de los Estados. El dato más característico es que se exige como requisito fundamental para que se pueda aplicar la figura de la *conspiracy* que el acuerdo delictivo o los planes concertados sean exteriorizados por alguna acción material que demuestre de modo fehaciente que se ha dado inicio a la preparación o ejecución de los mismos.

En los Estados Unidos el crimen organizado tuvo un desarrollo de suma importancia, así es que a los fines de combatir este tipo de accionar delictivo se sancionó en el año 1970 la “Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras” (Racketeer Influenced and Corrupt Organisations Act). Actualmente en el art. 1961 se detallan una serie de delitos que se consideran como “actividades extorsionadoras”, mientras que en el artículo 1962 se sanciona a quienes tengan interés, participen o inviertan las ganancias de dichas actividades. En cuanto a las penas se establecen penas de hasta 20 años de prisión.

³ 18 U.S.C. § 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States. If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

El Código Penal Federal mexicano tipifica en su artículo 164 las *asociaciones delictuosas*, el mismo expresa lo siguiente: “Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.” El segundo párrafo del mismo artículo contempla una agravante, que es el ser o haber sido servidor público de alguna corporación policial o de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

El artículo 164 bis castiga los delitos cometidos por pandilla, definiendo a la misma como “*la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.*” Sujeta la pena a la prevista para el delito que la pandilla cometa, agravándola “*hasta una mitad más.*” El mismo artículo estipula como agravante que un miembro de la pandilla “*sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca...*”.

4.2.7- Perú

El Código Penal peruano en su Título XIV “DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA”, Capítulo I “DELITOS CONTRA LA PAZ PUBLICA”, ha tipificado en su artículo 317 al delito de asociación ilícita, en él castiga al que “constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos...”, estableciendo la pena privativa de la libertad de tres a seis años. En el mismo artículo se establecen ciertas circunstancias agravantes de la figura, elevando la escala penal de ocho a quince años de privación de la libertad y multa. Dichas circunstancias agravantes se dan cuando la organización esté destinada a cometer delitos de homicidio, hurto, robo, aborto sin consentimiento, secuestro, trata de personas, extorsión, fabricación y falsificación de monedas, exhibiciones y publicaciones obscenas, entre otros. También quedan incluidos en la figura agravada “*...el líder, jefe o dirigente de la organización.*”, como así también el que financia a la misma.

4.2.8- Chile

El Código Penal chileno contempla el delito de asociación ilícita en el artículo 292, el cual establece lo siguiente: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, constituye un delito que existe por el sólo hecho de organizarse”.

Los artículos 293 y 294 del mismo cuerpo normativo se refieren a las penas establecidas para dicho delito, las cuales han sido graduadas según la importancia que cada integrante ostenta dentro de la organización, como así también las penas establecidas para los delitos que son objeto de la asociación. De esta manera se contemplan penas mayores para jefes, mandos intermedios y provocadores, como así también si la asociación tiene como objetivo la comisión de crímenes, al mismo tiempo que se establecen penas menores para el resto de los integrantes, al igual que si el objeto de la asociación es la comisión de simples delitos.

Llama la atención la incorporación del artículo 294 bis, el cual despeja toda duda que pueda existir sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos que la misma pudiera cometer, estableciendo que ambos delitos concursan materialmente, y digo que llama la atención porque creo que dicho razonamiento ya surgía del texto del artículo 292 al expresar *“constituye un delito que existe por el sólo hecho de organizarse.”*

El artículo 295 exime de pena a quienes delaten a la organización antes de cometer algún delito o de que sean perseguidos judicialmente.

Luego, el artículo 295 bis establece una pena de prisión para toda persona que conociendo de la existencia de una asociación ilícita omitiere informarlo a las autoridades.

La legislación chilena también ha contemplado la tipificación de las asociaciones ilícitas que se constituyan en el ámbito del tráfico de estupefacientes, teniendo dicha regulación una estructura similar a la mencionada anteriormente, esto es, en cuanto a diferenciar las penas según la importancia que cada integrante cumple dentro de la organización, como así también determina que los delitos que la misma cometa concursan realmente con el solo hecho de asociarse.

Para finalizar, debemos mencionar que la amplia regulación chilena con relación al delito de asociación ilícita, también ha realizado una tipificación especial cuando el fin de estas organizaciones sean el terrorismo, la trata de personas y el lavado de activos, como así también cuando la asociación ilícita se constituya a través de personas jurídicas.

4.2.9- Brasil

El Código Penal brasileño ha contemplado dentro del Título IX denominado “Crímenes contra la Paz Pública” el delito de “Pandillas o bandas”, así el artículo 288

establece que: “*Para asociar más de tres personas en una pandilla o banda con el fin de cometer delitos:*

Pena - prisión de 1 (un) a 3 (tres) años.

Párrafo. La pena se aplica el doble si se arma la banda o pandilla.”

Como se observa, la regulación de la figura delictiva es bastante sintética, no establece diferencia de responsabilidades entre los integrantes de la pandilla o banda, y tampoco se refiere a los delitos que pueda tener como objeto la misma. Lo único que surge con precisión del texto de la norma es que se requiere el número mínimo de cuatro integrantes y que la figura se agrava si la pandilla o banda se encuentra armada.

Luego, la legislación brasileña tipificó como una forma especial de asociación criminal cuando ésta tenga como objeto cometer delitos relacionados al tráfico de estupefacientes. En dicha figura se reduce el número mínimo de integrantes a dos y se establece una pena de reclusión de tres a diez años y multa.

5- Conclusiones parciales.

Luego de realizar este breve repaso por el tratamiento que la figura de la asociación ilícita ha recibido en diferentes ordenamientos jurídicos tanto de Europa como de América latina y anglosajona, podemos destacar algunos puntos comunes y otros distintivos que caracterizan a dicho delito, aclarando que si bien la figura que nos ocupa ha recibido denominaciones diferentes en cada legislación, como por ejemplo asociación ilícita, organización criminal, pandillas o bandas, conspiración, asociación de malhechores, asociación para delinquir, entre otras, la finalidad de estas tipificaciones es la misma, esto es, básicamente sancionar los grupos de personas que se organizan con la finalidad de cometer delitos.

Como punto en común de las legislaciones repasadas, observamos que las figuras delictivas han sido incluidas dentro de Títulos o Capítulos que tienen en miras la protección de similares bienes jurídicos, como por ejemplo el orden público, la tranquilidad o la paz pública, la seguridad pública, entre otros.

Luego, en cada legislación encontramos algunas diferencias como, por ejemplo, en relación al número mínimo de integrantes requeridos para que se configure el delito

(desde dos integrantes el mínimo hasta figuras agravadas sin son más de diez por ejemplo), la distinción de las responsabilidades de los integrantes (jefes, organizadores, miembros comunes, colaboradores, etc.), los delitos que son el objeto de la organización (algunas legislaciones tipifican la comisión de ciertos delitos específicos mientras que para otras es indistinto), las penas establecidas (desde cadenas perpetuas hasta la previsión de eximición de pena si la participación fue escasa).

Ahora bien, centrándonos en la situación problemática del presente trabajo que es la colisión entre el delito Asociación Ilícita tipificado en el artículo 210 del C.P. argentino y el principio de lesividad, el cual encuentra su razón de ser en el art. 19 de la Constitución Nacional, y habiendo planteado como punto de partida la hipótesis de que efectivamente el delito atenta contra el principio constitucional dado que, según el propio texto de la norma, el delito queda configurado con el simple acuerdo criminal de los integrantes de la asociación, sostengo que es improbable que en ese momento pueda verse lesionado el bien jurídico que el legislador ha intentado proteger con la tipificación de la conducta, por lo que el Estado se estaría excediendo en su facultad punitiva al sancionar conductas que concretamente no ofenden al orden, a la moral, ni perjudican a terceros. En base a esto, quiero resaltar algunas particularidades de las legislaciones del derecho comparado que se describieron en este Capítulo, no para ser analizadas en este punto, sino para remarcarlas y analizarlas en la conclusión final del presente Trabajo Final de Graduación, ya que considero que podemos extraer elementos valiosos de ellos al momento de tener que confirmar o refutar nuestra hipótesis inicial y eventualmente tener que elaborar una posible solución a la situación problemática planteada.

El primer punto que quiero destacar es el referido a la caracterización de delito autónomo que hacen la mayoría de las legislaciones, es decir, que la figura típica bajo estudio concursa materialmente con los delitos que la organización llegara a consumir, esta característica ha sido incluida en el texto de la norma de algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso del artículo 292 del Código Penal chileno o el artículo 210 de nuestro Código Penal, por lo que se entiende que el delito se configura con el sólo hecho de integrar la organización criminal, sin ser necesario que la misma concrete sus fines delictivos. Sin embargo, algunas legislaciones han realizado ciertas aclaraciones al respecto, ya sea a través de la interpretación doctrinaria o en el texto mismo de alguna norma, tal vez –en mi opinión– como reconociendo que estas figuras delictivas (asociación ilícita, organización criminal, etc.) son difíciles de justificar a la hora de

analizarlas a la luz de los textos constitucionales de los estados de derecho fundamentalmente. Tal es el caso de España, como expresa el autor Juan Ignacio Rosa Oliva (2012), en dicho país la doctrina concuerda de manera mayoritaria en caracterizar a la figura como autónoma, pero al mismo tiempo coincide en requerir para que se configure el delito la realización de hechos que exterioricen fehacientemente la puesta en marcha de los planes delictivos de la organización. En el mismo sentido, observamos en la legislación francesa que el texto del artículo 450-1 del Código Penal que tipifica la “Asociación de malhechores” sanciona el “acuerdo establecido para la preparación”, pero seguidamente en el mismo artículo se determina como a modo de requisito que esté “caracterizada por uno o varios hechos materiales”. Es decir, el artículo sanciona el mero acuerdo, pero a su vez requiere que el mismo se traduzca en hechos materiales.

El segundo punto que quiero resaltar es la amplia regulación que existe en la mayoría de los Estados en relación a las asociaciones delictivas, si bien estos tipos delictivos fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos hace muchos años se nota que se ha tratado de ir actualizando con nuevas normas o modificaciones de las ya existentes todas las modalidades que este tipo de delitos puede presentar en la actualidad.

Como tercer y último punto quisiera destacar dos características que la figura posee en algunos ordenamientos jurídicos que considero interesante tener en cuenta a los fines de proponer una alternativa para nuestro cuestionado actual artículo 210 del Código Penal. Dichas características son las de incluir en el texto de la norma la exigencia de ejecución de actos materiales que puedan inferir cierto peligro concreto para el bien jurídico que se intenta proteger, como así también determinar penas proporcionales a las establecidas para los delitos que la asociación haya consumado o tentado. Estas dos características mencionadas me llevan a preguntarme si podría ser factible una norma que tipifique el delito de asociación ilícita que no sea caracterizada como figura autónoma ni de peligro abstracto.

6- CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

6.1- El bien jurídico.

El delito de asociación ilícita tipificado en el artículo 210 del C.P. ha sido incluido por el legislador dentro del Título VIII de dicho cuerpo normativo, título que agrupa a las conductas que de alguna manera atentan o lesionan el bien jurídico denominado “orden público”. Pero antes de referirnos al significado del orden público, es necesario que primero nos preguntemos ¿qué son los bienes jurídicos?

Si tuviéramos que expresar una definición de “bien jurídico” podríamos decir, siguiendo a Kierszenbaum (2009), quien toma a su vez la definición de Von Liszt, que es “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (p.188). Sin embargo, muchos autores entre los que podemos mencionar al mismo Kiersznbaum, Ziffer (2005) y Cornejo (2001), expresan que se han esbozado muchas definiciones de lo que se entiende por “bien jurídico” sin llegar a una que sea del todo convincente. La autora Patricia Ziffer elabora un detallado análisis de las distintas concepciones existentes sobre el término “bien jurídico” y la utilidad que el mismo tiene para el sistema penal. Como dicho análisis excede al presente trabajo nos limitaremos a mencionar las dos concepciones que presentan una marcada diferencia con respecto al concepto de “bien jurídico”. Ziffer, cita como exponente de una concepción tradicionalista de “bien jurídico” a Ferrajoli (1995), quien sostiene que el concepto cumple una función garantista o limitativa del poder punitivo del Estado, requiriendo necesariamente para que una conducta sea tipificada como delito que la misma importe una lesión o un riesgo concreto verificable empíricamente hacia el bien jurídico que se intenta proteger, careciendo de legitimación todo delito de peligro abstracto. Para presentar la concepción opuesta a la antes mencionada, la autora cita la posición de Jakobs (1991), quien sostiene que los bienes jurídicos no representan objetos externos que el Derecho debe proteger, sino que los bienes jurídicos son determinados precisamente por las normas mismas, resultando los bienes jurídicos-penales. Jakobs, admite en su teoría del bien jurídico, que este no sólo es susceptible de ser lesionado cuando la conducta de una persona produce un resultado o crea un riesgo concreto, sino también cuando su accionar demuestra que no se atiene a la norma, legitimando de esta manera las figuras típicas de peligro abstracto.

Para finalizar esta breve referencia a las distintas concepciones del concepto de bien jurídico, quiero citar a Eugenio Zaffaroni (2002), quien en su obra diferencia el uso limitativo del uso legitimante del concepto. Expresa el autor que el bien jurídico es un

concepto íntimamente relacionado con el principio de lesividad, y que su uso limitativo importa necesariamente la lesión de un bien jurídicamente protegido, bien jurídico que ya viene dado al Derecho Penal por los textos constitucionales, leyes internacionales, códigos civiles, etc., es decir, que los bienes jurídicos no son determinados por las normas del Derecho Penal como lo argumenta un uso legitimante del concepto. De esta manera el concepto limitativo se ha degenerado, decantando en un uso legitimante, el uso limitativo ha sido insuficiente para contener la actividad de los legisladores quienes expanden peligrosamente la criminalización de conductas que difícilmente puedan, ni siquiera poner en riesgo a un bien jurídico determinado, intentando minimizar o desconocer el principio de lesividad.

Esta ha sido una breve descripción sobre las posturas doctrinarias más importantes sobre el concepto de bien jurídico y su función en el derecho penal, tema que considero de vital importancia en relación al tema principal del presente trabajo y la hipótesis planteada inicialmente, ya que primero debemos dejar en claro cuál es nuestra posición con respecto al concepto del término y su función (entre otros aspectos), para luego poder determinar si el delito de asociación ilícita se encuentra en consonancia con el texto constitucional, más precisamente con el principio de lesividad que emana del artículo 19 de la ley fundamental.

Seguidamente me ocuparé del bien jurídico que el delito de asociación ilícita intenta proteger según la ubicación que el legislador le ha dado dentro del Código Penal, esto es el “orden público”.

Esta denominación, la de “orden público”, fue incluida inicialmente en el Código del año 1921, pero luego fue modificada por la de “tranquilidad pública” (ley 21.338), volviendo a la primera a través de la ley 23.007 y permaneciendo actualmente bajo dicho título (Cornejo, 2001). Respecto a lo que se entiende o debe entenderse por orden público podemos citar innumerables definiciones realizadas por cuanto autor ha tratado el tema, de esta manera siguiendo a Abel Cornejo (2001) quien a su vez cita al autor Juan Francisco Linares expresa que es “un conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente” (p. 15). Por su parte, Ernesto Lammoglia (2013) citando a Donna sostiene que orden público debe ser entendido como paz pública, “en tanto sentimiento que tiene la generalidad de seguridad en el derecho y la fidelidad al orden

normativo, en cuanto a la continuación y estado de la paz social” (p. 91). La autora Patricia Ziffer y el mismo Abel Cornejo consideran que orden público, tranquilidad pública y paz social se deben interpretar como sinónimos. La jurisprudencia también ha realizado una interpretación sobre el tema, la CSJN en el fallo Stancanelli⁴ ha expresado que “... el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social...” (Lammoglia, 2010, p. 92). Del mismo modo Soler, citado por Ricardo Maidana (2013) expresa que el orden público en nuestro ordenamiento jurídico hace referencia a “la tranquilidad y confianza civil en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil” (p. 3).

En esta resumida enumeración de autores que se han referido al concepto de la expresión “orden público” podemos concluir que existe una coincidencia mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en relación al significado que le ha pretendido imprimir el legislador, esto es entender al orden público como la paz o tranquilidad social en que las personas esperan desarrollar sus actividades, las cuales pueden verse alteradas frente a la formación de asociaciones de personas que tienen como objeto la comisión de delitos. También hay coincidencias doctrinales y jurisprudenciales en que el término más adecuado para identificar al bien jurídico que se intenta proteger sería el de “tranquilidad pública”, postura con la que coincido personalmente dado que el delito de asociación ilícita afectaría el sentimiento o la sensación de tranquilidad, de paz y el normal desenvolvimiento de las actividades de los integrantes de la sociedad al tomar éstos conocimiento de la existencia de las asociaciones delictivas, mientras que el concepto de “orden público” haría referencia (desde mi punto de vista) a una afectación del orden entendido a nivel institucional. De todas maneras, el mayor y más importante inconveniente que se presenta sobre el bien jurídico afectado por el delito de asociación ilícita, es el de la vaguedad y ambigüedad del mismo, resultando en consecuencia serias dificultades para poder determinar el momento y el modo en que el mismo puede ser lesionado o afectado por la sola conformación de una asociación ilícita, si es que ello puede ocurrir, dado que, como sostiene Ricardo Maidana (2013), si bien la comisión de todo delito repercute en el sentimiento de tranquilidad de la sociedad, lo hacen de forma mediata, pero es poco probable que esa afectación sea provocada de manera directa por

⁴ C.S.J.N., 20/11/2001, 324:3952, <<STANCANELLI, Néstor Edgardo y otro s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público – Apelación de YOMA, Emir Fuad>>

la comisión de un delito, en este caso por la conformación de una asociación ilícita. Este inconveniente que presenta el concepto de orden público ha sido remarcado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, al respecto Lammoglia Ernesto en el X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (2010) cita a Ferrajoli quien sostiene que el bien jurídico en cuestión está definido en términos “vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos, que derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y a la ‘inventiva’ judicial” (p. 93). El mismo autor seguidamente cita el fallo del Dr. Federico en la causa Giraudi, quien califica al “orden público”, en cuanto bien jurídico a proteger, como una expresión equívoca.

Para finalizar, considero que en relación a lo mencionado en la primera parte de este punto referido a las concepciones de “bien jurídico”, el orden público debido a su imprecisión, vaguedad y ambigüedad difícilmente pueda cumplir con su función garantista y limitadora de la potestad punitiva del Estado.

6.2- Características del delito de Asociación Ilícita.

En el presente punto se desarrollarán las características y elementos del delito de asociación ilícita. En este aspecto, la doctrina prácticamente de forma unánime ha calificado a esta figura como un delito de peligro abstracto y autónomo, y al momento de analizar el mismo realizan un tratamiento, entre otros puntos, del tipo objetivo y subjetivo, la acción típica, consumación y tentativa, autoría y participación, el número de integrantes, la pertenencia y permanencia de los miembros, y la determinación o indeterminación de los delitos a cometer. A continuación, se realizará un análisis de cada uno de estos puntos con la intención de dejar plasmado cuáles son las interpretaciones de las distintas corrientes doctrinarias al analizar el delito bajo estudio.

6.2.1- Delito de peligro abstracto

El delito de asociación ilícita ha sido calificado de forma unánime por la doctrina como un delito de peligro abstracto. Pero, ¿Qué es un delito de peligro abstracto? De acuerdo a una clasificación clásica de los delitos los mismos se dividen en delitos de resultado o daño y delitos de peligro, y dentro de estos últimos encontramos los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. De esta manera los delitos de resultado o daño son aquellas conductas tipificadas por una norma que provocan un perjuicio material

al bien jurídico protegido por la misma. En cambio, los delitos de peligro concreto no requieren la producción de un daño o perjuicio material sobre el bien jurídico protegido, sino tan solo la creación de un riesgo que lo ponga en peligro, requiriendo que ese riesgo sea susceptible de verificación empírica, requisito este último que no es exigido en los delitos de peligro abstracto, es decir, que la conducta descrita por la norma supone la producción de un riesgo para el bien jurídico que no es necesario verificar empíricamente, el legislador da por sentado *iure et de iure* que la sola realización de la conducta típica crea un riesgo para el bien jurídico y en consecuencia es pasible de la imposición de una pena.

Al respecto, Lammoglia (2013) comenta -basándose en la obra de Ulrich Beck- que este tipo de delitos son consecuencia de la llamada Sociedad de Riesgo, la cual surgiera en la etapa postindustrial y que se caracteriza por el aumento en cantidad y complejidad de las relaciones sociales provocando que ciertas conductas sean generadoras de riesgos de peligro causando un sentimiento de intranquilidad en la sociedad. Ante esta situación, la sociedad parece reclamar al Estado la intervención (temprana) para prevenir este tipo de riesgos, lo que se traduce en una ampliación de la criminalización por parte del derecho penal de conductas que se hacen muy difíciles de justificar desde la perspectiva de un Estado de derecho como el nuestro.

¿Por qué se caracteriza al delito de asociación ilícita como de peligro abstracto? La respuesta surge del propio texto de la norma, más precisamente de la frase “por el solo hecho de ser miembro de la asociación.” A mi entender esta frase merece dos interpretaciones, la primera es que se castigue a la persona que sea parte de la asociación delictiva sin necesidad de que la misma llegue siquiera a consumir o tentar delito alguno de los planeados, lo que además determina que el delito sea calificado como “autónomo”. La segunda interpretación es una derivación de la primera, y es la calificación del delito como de peligro abstracto. Al escindir “el solo hecho de ser miembro de la asociación” de los delitos que la misma pudiera cometer, transforma a la figura en un delito de peligro abstracto, por lo que el legislador ha considerado que el mero acuerdo y la conformación de una organización para delinquir por parte de un grupo de personas es requisito suficiente para que se configure el delito y lo hace merecedor de una pena de prisión o reclusión de entre tres y diez años, la cual puede agravarse para los jefes u organizadores elevando el mínimo a cinco años, considerando que dicho accionar generaría una

sensación de intranquilidad en la sociedad al conocer de su existencia, alterando el normal desarrollo de sus actividades.

En síntesis, el delito de asociación ilícita es calificado como una figura de peligro abstracto porque el legislador ha determinado *iure et de iure* que quienes formen parte de una organización cuyo objeto sea la comisión de delitos, por el solo hecho de integrar la misma generan un riesgo para el orden público, el que se traduce en una sensación o sentimiento de intranquilidad de los miembros de la sociedad quienes ven alterado el normal desarrollo de sus actividades al conocer de la existencia de aquélla. En conclusión, el delito se configura con la sola realización de la conducta descrita por la norma, sin requerir que se verifique si efectivamente la misma ha producido afectación alguna del bien jurídico protegido.

6.2.2- Delito autónomo

Esta característica del delito de asociación ilícita también ha sido (igual que el punto anterior) sostenida de forma unánime por toda la doctrina. De esta manera se coincide en que el acuerdo entre los integrantes de una organización que tenga como objeto la comisión de hechos delictivos encuadra en la conducta típica del artículo 210 del Código Penal, sin que sea necesario que dicha asociación consuma o intente alguno de los delitos planeados, y en el caso que los llegara a cometer éstos concursarían materialmente con el delito de asociación ilícita. Abel Cornejo (2001) expresa al respecto que (citando un fallo de la C. Crim. de Bahía Blanca), que el “delito de asociación ilícita es independiente de la comisión o no de delitos, bastando que se compruebe el acuerdo de voluntades entre los componentes, en el sentido de cometer delitos en cuanto ello sea posible y se presente la oportunidad” (p. 56).

Castex (2005) también trata el tema sosteniendo que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan mayoritariamente en que se trata de un delito autónomo, pero que en los últimos tiempos una corriente minoritaria -citando a Stratenwerth- argumenta la posibilidad de un concurso aparente entre el integrar la asociación y el cometer o tentar alguna de las conductas delictivas objeto de la misma, dado que al aceptar que el delito de asociación ilícita significa el adelantamiento de la punición a actos preparatorios de otros delitos, al tentar o consumir éstos se estaría frente a la preparación y consumación del mismo hecho, agregando que la conducta típica de la asociación ilícita se podría dar

de manera independiente sólo cuando no se hubieran tentado o consumado los delitos objeto de la asociación.

Continuando con Castex, también se refiere al tema haciendo mención a un fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Buenos Aires en el que mayoritariamente se resolvió que el delito de asociación ilícita concursaba materialmente con los delitos cometidos por ésta, destacando que sólo el juez Beruti se pronunció en contra esgrimiendo que el delito de asociación ilícita importa una violación del principio *ne bis in indem*, dado que la conducta descripta por la norma no es más que un acto preparatorio de otro u otros delitos, y como tal es un acto que forma parte del iter criminis de los delitos que la asociación delictiva llegara a cometer o tentar.

Por otro lado, Patricia Ziffer (2005) en su obra *El delito de Asociación Ilícita* expresa que la asociación ilícita ha sido calificada de manera unánime por la doctrina tradicional como un delito permanente y que el mismo se consuma con el solo hecho de ser parte de la asociación, concursando materialmente con los ilícitos que la organización criminal llegara a cometer, citando a Soler, Fontán Balestra y Núñez como exponentes de esta postura. Sin embargo, Ziffer sostiene que para que el delito de asociación ilícita se consume se requiere algo más que el mero acuerdo, para la autora se necesita la realización de actos dirigidos a la materialización de alguno de los delitos que son el objeto de la asociación, lo que significaría que ante la tentativa o la consumación de alguno de estos delitos planeados se estaría “tomando parte en la asociación”, por lo que se podría argumentar que ambas figuras (delito tentado o consumado y asociación ilícita) concursan idealmente.

A modo de síntesis se puede decir que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han expresado que la asociación ilícita y los delitos tentados o consumados que son objeto de la misma concursan materialmente, mientras que algunas posturas aisladas han propuesto la posibilidad de un concurso ideal ante dicha situación. Igualmente se han ensayado varias teorías con respecto a la aplicación de la pena en caso del concurso real como ideal, sin que ninguno haya podido solucionar de manera completa los inconvenientes que uno y otro caso conllevan.

Quisiera resaltar del trabajo antes mencionado de Patricia Ziffer la mención que la autora hace sobre la complejidad del tema y el escaso tratamiento que el mismo ha recibido por parte de la doctrina nacional, expresando que es “inadmisibile” que se

sostenga sin mayores argumentos que el delito de asociación ilícita concurra en forma real con los delitos que la misma llegara a cometer.

En lo personal pienso que el delito de asociación ilícita efectivamente concurra materialmente con los ilícitos que la organización llegue a cometer, porque es la interpretación más razonable que se desprende del propio texto de la norma, sin embargo, debo aclarar que con lo que no estoy de acuerdo es con el texto mismo del artículo, porque en definitiva es en donde se origina la interpretación antes mencionada. Considero, como primer punto, que la figura de la asociación ilícita es un delito autónomo como sostiene toda la doctrina y la jurisprudencia, pero ¿Por qué esta calificación?; porque ello surge del propio texto de la norma, más precisamente de la expresión “por el solo hecho de ser miembro de la asociación” y que refleja el espíritu que el legislador le ha pretendido dar a la norma, esto es, penar a la asociación delictiva por el solo hecho de su existencia sin importar que luego concrete los planes ilícitos o no. Otro punto importante es el hecho de que la doctrina de forma unánime también haya calificado a la figura como de peligro abstracto, lo que implica de alguna manera el reconocimiento del adelantamiento del *ius puniendi* del Estado a actos preparatorios que normalmente quedarían impunes.

En base a estos dos puntos sobre los que prácticamente hay acuerdo mayoritario tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, considero que todo intento de ensayar modelos o teorías sobre el concurso real o ideal de la asociación ilícita con los delitos cometidos por ésta, como las distintas alternativas propuestas para la aplicación de las penas correspondientes a la asociación ilícita y los delitos consumados, serán totalmente ineficaces e improductivas, por una sencilla razón, el delito de asociación ilícita ha nacido contrariando o desconociendo derechos y principios fundamentales que surgen del texto de la Constitución Nacional, pilares fundamentales de un Estado de derecho como el nuestro. Luego, como consecuencia de esta mala concepción de la norma, en mi opinión, será muy difícil, por no decir imposible, adecuar la misma al texto constitucional, por lo que todos los intentos que se realicen por adecuar la figura al texto de la Constitución Nacional aparecerán como interpretaciones forzadas, rebuscadas e incompletas que no podrán aportar una solución integral y convincente a todos los cuestionamientos que el delito de asociación ilícita presenta.

Para finalizar, adhiero a la opinión de Ziffer y resalto la gravedad de que la doctrina muestre una pasividad inexplicable ante tan evidentes dificultades que el delito de asociación ilícita cuando es analizado desde una perspectiva constitucional.

6.2.3- Tipo subjetivo

Existe acuerdo prácticamente mayoritario entre los doctrinarios en que la figura de la asociación ilícita solo admitiría el dolo directo, requiriendo en los integrantes de la asociación el elemento volitivo de querer ser parte de la misma y el conocimiento del resto de los elementos estructurales del delito, entiéndase el acuerdo de todos sus miembros (aunque no es necesario que se conozcan personalmente) para la conformación de la organización, el número mínimo de integrantes, que el objetivo de la organización es la comisión de delitos, la estabilidad y el sentimiento de pertenencia a la misma.

Con respecto a los delitos que son el objeto de la asociación, siguiendo a Iribarren (2010), sostiene que se requiere que dichos delitos sean indeterminados en cuanto al modo, tiempo y lugar de llevarlos a cabo. El mismo autor cita a Soler para expresar que si la organización se propone la comisión de hechos delictivos previamente determinados, por más numerosos que éstos sean no encuadraría en la figura típica de la asociación ilícita, postura con la cual me permito disentir, primero porque es difícil imaginar que un grupo de personas acuerden integrar una organización cuyo objeto sea la comisión de delitos sin que se tenga al menos una mínima idea del tipo de delitos a cometer y la modalidad de llevarlos a cabo. Esto, sumado a todos los inconvenientes que la norma presenta para su aplicación en los casos concretos, porque si aceptamos como requisito del tipo que los delitos planeados deben ser indeterminados, sería muy fácil como estrategia defensiva argumentar que la organización tenía perfectamente determinados los delitos a cometer, al mismo tiempo que se tornaría prácticamente imposible probar lo contrario. Por otro lado, considero que por más imaginativo que se intente ser al interpretar el texto de la norma en ningún momento surge que los delitos que pueda cometer la asociación deban ser determinados o indeterminados, es más, la mayoría de las características que los doctrinarios le atribuyen al tipo delictivo difícilmente puedan surgir del texto del artículo.

6.2.4- Tipo objetivo

La acción típica en la asociación ilícita está determinada por la expresión “tomar parte”, lo que supone que quien tome parte en la organización conoce de su existencia, de su estructura y de los fines delictivos de ésta. Ahora bien, ¿qué interpretación o alcance debe darse a la frase “tomar parte” ?, respecto a ello hay dos posturas diferentes. Siguiendo a Maidana (2013), quien cita a autores de la talla de Soler, Núñez, Creus,

Donna y D'Alessio, expresa que la posición mayoritaria sostiene que el delito se consuma al tomar parte de la asociación, al integrarla, al ser miembro, con conciencia de que se integra una asociación con fines delictivos, lo que se cumpliría con el solo acuerdo de voluntades para integrar la sociedad delictiva, sin necesidad de que haya comienzo o consumación de alguno de los delitos que son objeto de la misma, a su vez, esta interpretación, expresa D'Alessio citado por Maidana (2013), deriva de la expresión "por el solo hecho de ser miembro" la que excluiría como requisito de la figura típica la realización de alguna acción tendiente a la comisión de los delitos que fueran objeto de la organización.

En la posición opuesta se encuentra como principal exponente a la autora Patricia Ziffer (2005), quien critica las interpretaciones de la corriente contraria porque considera que se estaría penando "una mera tendencia interna" (p. 68), lo que claramente colisiona con el principio de legalidad y culpabilidad, además, se estaría haciendo una interpretación errónea del texto de la norma que claramente exige "tomar parte en una asociación", y para la autora esto significa realizar alguna acción que exteriorice su voluntad de participar concretamente en las actividades de la asociación. Luego, Ziffer agrega que la frase de la norma "por el solo hecho de ser miembro" demuestra la intención del legislador de determinar al delito como autónomo, pero de ninguna manera debe interpretarse que el simple acuerdo configura la acción típica del delito de asociación ilícita.

Habiendo enunciado sintéticamente las dos posturas existentes sobre el tipo objetivo del delito de asociación ilícita, me toca expresar mi opinión personal al respecto.

La primera postura la considero inadmisibles, inaceptable en la teoría e inaplicable en la práctica, inentendible cómo la doctrina realiza la interpretación de una forma tan pasiva cuando claramente la norma muestra muchas contradicciones con principios consagrados en el texto constitucional, y digo inentendible y curioso al mismo tiempo, porque que el Estado sancione una norma de este tipo esgrimido como justificativo cuestiones de "política criminal" puede ser entendible – no justificable - , pero no se entiende cómo la doctrina (o un sector mayoritario) no haga ninguna referencia a las numerosas críticas que la figura recibe sobre sus dificultades a la hora de contrastarla con la Constitución Nacional.

Con respecto a la interpretación que plantea la autora Ziffer es más aceptable que la primera, pero opino que se transita por una delgada línea que divide la manifestación de voluntad de ser parte de la organización, del comienzo de ejecución de los delitos planeados por la misma. Ahora, si aceptamos como válida esta propuesta, ¿se podría probar el acuerdo de voluntades de un grupo de personas para integrar una organización con fines delictivos partiendo de actos que forman parte de la comisión de otros delitos, es decir, delitos que son el objeto de dicha organización? Si admitimos esa posibilidad estaríamos aceptando indirectamente que la conducta típica de la asociación ilícita no es idónea por sí sola para afectar el bien jurídico, motivo por el cual necesariamente tenemos que recurrir a acciones exteriorizadas y concretas para probar la existencia de la misma. Pero aquí surge otro inconveniente desde mi óptica, es la circunstancia de que esas acciones exteriorizadas y concretas seguramente ya forman parte de la comisión de los delitos que son el objeto de la organización. En síntesis, con esta teoría parecería que llegamos a un callejón sin salidas, esto es, la imposibilidad de probar la existencia de una asociación ilícita sin tener que recurrir a hechos que forman parte de la comisión de los delitos que son objeto de la misma, lo que podría generar la siguiente pregunta: ¿por qué no recurrir a los delitos –o actos que forman parte del iter criminis de los mismos- que la organización intente o consuma para probar el delito de asociación ilícita?, mi respuesta es que no me parece un razonamiento o salida acertada, para que ello sea posible el tipo delictivo no debería ser caracterizada como figura autónoma e independiente de los delitos que la asociación intente o consuma, porque mientras sea considerada un delito autónomo, su existencia y consecuente afectación del bien jurídico se deberían verificar independientemente de los delitos planeados, de lo contrario, no se debería tener por acreditada la conformación de una asociación ilícita porque así surge del propio espíritu de la norma.

Por otro lado, pareciera que la autora es consciente que su teoría presenta puntos grises, porque si bien expresa que se necesitan actos materiales que exterioricen la voluntad de ser parte de la asociación, luego, esgrime como ejemplo que esta acción podría ser la promesa de “encubrir el producto de los futuros delitos” (p. 70), y en mi opinión esta conducta no se despegar de la primera teoría que solo requiere del mero acuerdo para configurar el delito, es decir, no deja de ser una expresión de voluntad y no llega a materializar acción alguna.

Para finalizar este punto, debo expresar que en este estado de desarrollo del presente trabajo estoy prácticamente convencido que todos los inconvenientes que acarrea la figura de la asociación ilícita tienen su origen en la concepción de la misma, la cual ha sido creada desconociendo arbitrariamente los lineamientos establecidos por la ley suprema, y como consecuencia de ello todo intento de interpretación tratando de adecuarla al ordenamiento jurídico será harto dificultoso y lamentablemente en vano.

6.2.5- Consumación y tentativa

Con respecto a la consumación del delito de asociación ilícita la doctrina y la jurisprudencia prácticamente de manera unánime han expresado que la figura se consuma con revestir el carácter de integrante de la organización. Respecto a ello el texto de la norma expresa literalmente “el que tomare parte”, y aquí es donde la doctrina se divide en dos posturas diferentes; por un lado, quienes consideran que el “tomar parte” se satisface con el mero acuerdo para pertenecer a la organización delictiva, y por el otro, quienes sostienen que se requiere algo más que la mera expresión de voluntad de pertenecer, sería necesario cierta actividad de cooperación o colaboración para con los fines de la asociación. Pero en el punto en el que también hay coincidencia tanto doctrinaria como jurisprudencial es en relación a que la asociación ilícita es un delito autónomo por lo que no es necesario para la consumación de la figura que la asociación cometa delito alguno de los que hubiere planeado, de lo que se puede deducir que la consumación del delito, es decir, el acuerdo de voluntades entre sus integrantes para formar una asociación con fines delictivos, debe darse necesariamente antes del inicio de ejecución de los delitos objeto de la organización. Ahora bien, del análisis que realiza la doctrina en este aspecto del delito se pueden concluir que: el delito de asociación ilícita es una figura independiente de los delitos que la misma pudiera cometer, y al mismo tiempo se reconoce que los delitos que la organización cometa serán indispensables para probar la existencia de la misma.

Como expresara antes, desde mi punto de vista estas interpretaciones son contradictorias, pues se acepta que el delito se consuma con “ser parte de la misma” sin necesidad de que la misma ejecute delito alguno de los planeados, y al mismo tiempo se reconoce que es vital para probar la existencia de la organización delictiva que se intente al menos alguno de los delitos planeados. En consecuencia, me pregunto: ¿cuál es el motivo del Estado para criminalizar una conducta que resulta muy dificultoso comprobar y aplicar en la práctica?

En cuanto a la posibilidad de que la figura admita la tentativa parte de la doctrina sostiene que “es un caso que no admite la tentativa” (Creus, Buompadre, 2007, p. 125). La autora Patricia Ziffer (2005) argumenta que conceptualmente es admisible la tentativa del delito de asociación ilícita, poniendo como ejemplo el caso en que dos personas hayan realizado aportes suficientes que demuestren su voluntad de tomar parte de una asociación ilícita pero que la misma no se pueda consumir por circunstancias ajenas a su voluntad, como lo es el hecho de que un tercero (número mínimo de integrantes exigidos por el tipo) no haya podido cumplir con el aporte necesario para ser considerado parte de la organización. Personalmente sostengo que no sería procedente admitir la tentativa del delito de asociación ilícita, ya que si bien conceptualmente, como expresa Ziffer es posible, lo sería aceptando la postura que la autora plantea en relación a que se requiere de algo más que el mero acuerdo para “ser parte” de la asociación, algún hecho que concretamente demuestre cierta colaboración o cooperación para con la misma, pero como expresé antes, considero que del texto de la norma –tal como lo ha querido el legislador- se debe interpretar que el delito se consuma con el mero acuerdo de voluntades de pertenecer a la misma, y en ese contexto sostengo que la tentativa es inadmisibles.

6.2.6- Autoría y participación

Este aspecto del delito de asociación ilícita también presenta dificultades a la hora de analizarlo y ha generado distintas posturas al respecto.

Podemos decir que serán considerados autores quienes realicen la conducta típica descrita por la norma, y de acuerdo al propio texto del artículo 210 del Código Penal la conducta típica se configura con el “tomar parte” en la asociación. Ahora bien, como expresamos en puntos anteriores, el “tomar parte” ha sido interpretado por algunos autores como que el mero acuerdo ya cumple con dicho requisito, mientras que otros más exigentes sostienen que es necesario la materialización de algún tipo de aporte o colaboración para con la organización, por lo tanto, también encontramos posturas doctrinarias encontradas con respecto a la autoría y la participación en este delito. Ziffer (2005), sostiene que correspondería tomar como partícipe del delito en cuestión a quien aporte a la asociación una colaboración que por su entidad no pueda calificarse como esencial. Por otro lado, Creus y D’Alessio, citados por Maidana (2013), expresan que la participación sería factible cuando una persona realice una colaboración a la asociación misma.

Como primer punto considero que si el texto de la norma no presentara defectos de ambigüedad e imprecisión no habría discusión o posturas encontradas en relación a estas características del delito. Pero la ambigüedad e imprecisión antes mencionadas han dado lugar a que se esgriman numerosas interpretaciones de la norma sin que ninguna goce de la autoridad suficiente como para imponerse sobre las demás, y al mismo tiempo que ninguna pueda ser tildada de no válida. Hecha esta aclaración, sostengo que el análisis que se realice respecto a la autoría y participación en el delito de asociación ilícita dependerá del alcance que le demos a la expresión “tomar parte”. En lo personal considero que –como lo expresé en puntos anteriores- el tomar parte se configura con el solo acuerdo de voluntades de integrar la organización criminal, sin necesidad que se realice alguna acción concreta de cooperación para con la misma. Esta postura personal antes expresada, se basa en que creo es la interpretación más adecuada que se puede realizar de la propia letra de la norma y es a su vez concordante con el espíritu que el legislador le ha pretendido dar a la misma. Luego, en base a esta posición tomada debo decir que no creo que la participación sea admisible, o al menos sería imposible de diferenciar entre autoría y participación en un caso concreto. Nótese, que se podría expresar que en el concierto delictivo o acuerdo de voluntades una persona puede prestar su consentimiento para colaborar de una determinada manera con la organización, sin pretender formar parte de forma permanente de ella, hecho que podría considerarse como participación en el delito, pero en ese caso: ¿cómo podríamos determinar si está en el ánimo de una persona ser miembro permanente de la asociación o simplemente se limita a realizar un aporte determinado?, la respuesta es que es imposible, o mejor dicho, lamentablemente queda esto librado a la apreciación subjetiva del juzgador, pero considero que la participación no sería admisible.

6.2.7- Número mínimo de integrantes

El texto del artículo 210 del Código Penal establece con precisión que el delito de asociación ilícita se configura con la integración de tres o más miembros, y aunque pareciera que no debería haber inconvenientes en la interpretación de este elemento de la figura típica, ocurre todo lo contrario, ya que han surgido numerosos interrogantes respecto a la calidad que dichos integrantes deben revestir, entiéndase imputabilidad, culpabilidad, punibilidad, como así también cómo se debe determinar la pertenencia de los miembros de la asociación en el proceso penal, si se debe determinar mediante sentencia, o si basta con que la acción esté dirigida contra tres personas mínimo, o si el

proceso (e incluso una condena) se puede desarrollar en ausencia de algún imputado, entre otros interrogantes.

La posición mayoritaria en la doctrina sostiene que los miembros de una asociación ilícita deben revestir la calidad de imputables, mientras que sólo Núñez argumenta que no interesa la calidad de los integrantes de la organización criminal dado que la peligrosidad está dada por el pacto mismo entre sus miembros (Ziffer, 2005). Luego, se han ensayado diferentes teorías para solucionar estos inconvenientes que plantea este elemento de la figura de la asociación ilícita, una de ellas es la argumentada por Fontán Balestra presentada por Patricia Ziffer (2005), aquél autor relaciona la capacidad de los miembros de la organización para expresar válidamente su voluntad con las reglas del derecho civil.

Cuestiones relativas a la sustanciación del proceso también han sido objeto de posturas diferentes, a modo de ejemplo podemos mencionar a Soler (1978), para quien es necesario que la acción penal esté dirigida en contra de tres personas como mínimo, en tanto que para Núñez y Creus, citados por Ziffer (2005), esto no sería un impedimento para que el proceso se desarrolle y eventualmente se pronuncie una sentencia.

Sin ánimo de ahondar demasiado en el tema dado que excede al objeto del presente trabajo, creo que era necesario dejar planteados los inconvenientes que la interpretación de este elemento de la figura típica acarrea, y sin la intención de tomar una postura definitiva sobre el tema debo decir, que no encuentro razonable ni legítimo que al momento de decidir sobre la calidad que deben requerir los miembros de una asociación ilícita se los someta a reglas que no sean las que rigen para el resto de los imputados por cualquier otro delito del Código Penal. En relación a las cuestiones procesales planteadas, la única vía que veo como admisible para determinar que una persona es miembro de una asociación ilícita y en consecuencia ser pasible de una condena es a través de una sentencia, y que ésta haya verificado en la conducta reprochable la reunión de todos los requisitos que la figura típica exige. Si no aceptáramos de esta manera imaginemos la siguiente situación: dos personas que han sido declaradas culpables en una sentencia como integrantes de una asociación ilícita y que un tercero haya sido absuelto o que se encuentre prófugo, ¿cómo podemos sostener la condena a dos personas por asociación ilícita cuando no hemos podido probar la concurrencia mínima de tres miembros como lo exige la norma? Siguiendo a Maidana (2013), cita un fallo de la Sala V de la Cámara

Nacional en lo Criminal y Correccional⁵ en el que se sostiene que, si bien es necesario que la acción penal se dirija contra al menos tres imputados, la prescripción o la evasión de uno de ellos no es impedimento para condenar a los otros. Disiento con dicho argumento, dado que si una persona debe ser considerada inocente hasta tanto una sentencia firme no declare lo contrario según mandato constitucional, el hecho que un miembro se encuentre prófugo o que la acción en contra de él haya prescrito no lo convierte en culpable, en consecuencia reitero mi postura, ¿Cómo se puede condenar a dos personas como integrantes de una asociación ilícita, la cual debe estar integrada mínimamente por tres personas si ese requisito no se puede acreditar?, la única forma de hacerlo es considerando a ese tercer integrante como culpable, sin ser sometido a proceso ni condenado por sentencia firme, desconociendo derechos fundamentales como el principio de inocencia y el derecho de defensa, porque si no lo consideramos culpable, ¿por qué lo contabilizamos como miembro de la asociación ilícita para completar el número exigido por el tipo y así condenar a los restantes dos?, lo considero totalmente inadmisibles.

6.2.8- La determinación o indeterminación de los delitos

La determinación o indeterminación de los delitos que son el objeto de la asociación ilícita es otra de las características que ha generado debate entre doctrinarios. Abel Cornejo (2001), expresa que la postura que se impuso en un principio tanto doctrinaria como jurisprudencialmente fue la que interpretaba que la asociación debía tener como objeto la comisión de delitos indeterminados, citando como exponentes de esta postura a autores como Gómez, Núñez y González Roura. La justificación de estos autores para sostener que los delitos debían ser indeterminados era que en esa característica residía la peligrosidad de la organización, de lo contrario se deberían aplicar las reglas de la participación criminal. Continuando con Cornejo, sostiene que en la actualidad la mayoría de la doctrina ha impuesto una concepción contraria, citando como expositores de esta postura a autores como Maggiore y Creus. Este último, agrega Cornejo, expresa que al hablarse de la “indeterminación de delitos” no se hace referencia a que la organización desconozca el tipo de delitos que la misma vaya a cometer, sino que la actividad delictiva no se debe agotar en uno o varios hechos delictivos, porque en este caso correspondería aplicar las reglas de la participación. En igual sentido, Donna (2002)

⁵ CNcrim, Sala V, Bagala, Roberto y otros, rta. 11 de agosto de 1989, LL, 2000-B-181.

expresa que la importancia del tema no reside en si los delitos son determinados o no, lo que exige la figura típica es que los delitos sean el “fin” de la organización, y que además los mismos no sean hechos determinados porque de lo contrario se deberían aplicar las reglas de participación. Al respecto se ha expresado que “resulta ridículo pensar en una asociación donde sus miembros ignoran la naturaleza de los delitos a cometer” (Mikkelsen Löth, 1996, p. 6), y de la misma manera Núñez, citado por Mikkelsen Löth en la misma obra antes citada, sostiene que ya no hay motivos para interpretar la palabra delitos del artículo 210 del Código Penal como delitos indeterminados.

Personalmente creo que la discusión sobre si los delitos deben ser determinados o indeterminados se permite –como sostuve anteriormente- a partir de la ambigüedad del texto de la norma. No entiendo por qué se debe discutir si los delitos objeto de la asociación deben ser determinados o no, si se reconoce que hay acuerdo mayoritario en que el tipo delictivo se perfecciona con el mero acuerdo de sus miembros sin necesidad de que se intenten o consuman los planes delictivos de la misma, entonces, ¿por qué la doctrina hace tanto hincapié en este aspecto de la figura?, el tema resulta algo contradictorio desde mi punto de vista. Si tuviera que explicar por qué la doctrina se detiene a analizar esta cuestión, debería decir que tal vez lo que se está tratando de definir en realidad es si la asociación fue concebida con cierta intención de “permanencia”, pero no creo que sea el modo correcto de establecerlo definiendo si los delitos son determinados o no. La discusión que se plantea sobre este punto carece de sentido desde mi punto de vista, primero porque ni siquiera del texto de la norma –con toda su ambigüedad e imprecisión- surge la necesidad de discutir este tema, segundo porque si resolviéramos la cuestión en uno u otro sentido –delitos determinados o indeterminados- nada útil aportaríamos al análisis de la figura. ¿Por qué sostengo que definir este punto no aportaría nada útil al análisis de la figura?, supongamos que tomamos la posición que los delitos objeto de la asociación deben ser indeterminados, entonces, si se conforma una asociación delictiva que cumple con todos los requisitos que el tipo exige, esto es, número mínimo de integrantes, acuerdo para delinquir, cierta estructura organizativa, estabilidad, permanencia, planes delictivos indeterminados, etc., pero la misma es descubierta y desarticulada por la justicia en el primer hecho que intenten cometer, ¿deberíamos decir que no se incurrió en el delito de asociación ilícita porque sólo se intentó o consumó un hecho?, no creo que sea un razonamiento acertado, porque recordemos que la acción típica sólo requiere el acuerdo de voluntades para delinquir de tres o más personas, en

definitiva, la discusión sobre si los delitos deben ser determinados o indeterminados carece de sentido, porque dicha discusión excede a los requisitos que la figura requiere para su configuración.

6.2.9- Pertenencia y permanencia

Éstas son características esenciales del delito de asociación ilícita del art. 210 del Código Penal conforme a la intención que ha tenido el legislador para tipificar como delito la constitución de este tipo de organizaciones, características que la distinguen de la mera comisión de uno o varios hechos delictivos por parte de una simple reunión de personas. De esta manera, cada integrante de la organización además de expresar su voluntad de integrar la misma, debe sentirse y saberse parte de la asociación y ser reconocido como tal por el resto de los integrantes. No es requisito que los integrantes de la asociación se conozcan ni que mantengan entre sí un trato personalizado, pero sí deben saber de la existencia del resto de los miembros.

La permanencia es el otro requisito que hace a la esencia de la asociación ilícita del artículo 210 del Código Penal. Ricardo Maidana (2013), citando a Soler, sostiene que esta característica debe evaluarse en cada caso concreto, mientras que Creus (citado por el mismo autor) expresa que no se trata de una cuestión de tiempo ya que este elemento está relacionado con la actividad que cada organización haya planeado. Por su parte Donna (2007), expresa que el requisito de permanencia quedará en evidencia a partir de la “pluralidad delictiva que es el objeto de la asociación” (p. 122).

Considero que la asociación ilícita debe ser constituida por sus miembros con la intención de que ésta permanezca o perdure en el tiempo, esa “intención” de sus integrantes es el requisito que no puede faltar para que se configure la conducta típica del art. 210, de allí que se deduzca que, si la organización es creada con la intención de cometer uno o varios hechos determinados en cuanto a modo, tiempo y lugar, no estaríamos frente a una asociación ilícita por carecer justamente de este requisito de “permanencia”. Dicha interpretación surge de lo que se entiende ha sido la intención del legislador al tipificar la conducta delictiva. Por otro lado, el tiempo durante el cual la organización logre desplegar su actividad resulta ser un factor relativo a analizar, ya que la asociación puede haber sido creada cumpliendo los requisitos de “pertenencia y permanencia” por parte de sus integrantes, pero que su existencia se vea acotada en el

tiempo por circunstancias externas como puede ser el descubrimiento y desarticulación de su actividad por parte de la justicia.

Castex (2005) sostiene que este elemento –permanencia- es indispensable para diferenciar la figura de la asociación ilícita de una simple participación criminal.

Siguiendo a Maidana (2013), cita la postura en este sentido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual expresa que la voluntad de permanencia de los miembros de la organización se evidencia en la falta de necesidad de renovar el pacto criminal en la comisión de cada hecho que la asociación cometa. Considero acertada la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dado que de comprobarse que se cumple este requisito de la falta de necesidad de renovar el pacto en cada hecho por parte de los miembros de la asociación –cuestión difícil por cierto -, el tiempo y la determinación o no de los delitos que la misma tuviera en miras serían elementos relativos a analizar en un caso concreto, porque como expresé antes, se puede constituir una asociación delictiva que cumpla con todos los requisitos que la figura exige, pero que la misma sea desarticulada por la justicia en la comisión del primer hecho, en este caso no me parece acorde que por tal circunstancia esta conducta no pueda ser encuadrada dentro del artículo 210 del Código Penal. Lo cierto es que estas características de la figura, pertenencia y permanencia –como casi todas las demás-, se refieren a cuestiones netamente subjetivas de las personas, difíciles de determinar con un grado de certeza absoluta, pero lamentablemente la norma debido a su imprecisión y ambigüedad le permite al juzgador tener por acreditados estos requisitos en un caso concreto en base a la valoración de determinadas conductas, pero que en definitiva no será más que eso, una simple apreciación subjetiva del juzgador.

7- Conclusiones preliminares

En este capítulo se han desarrollado las características y elementos del delito de asociación ilícita, en el cual podemos concluir como primer punto que la doctrina coincide al momento de señalar cuáles son esas características y elementos que componen la figura delictiva, pero al adentrarse en el análisis de cada uno de esos elementos aparece una constante que es la multiplicidad de interpretaciones doctrinarias sobre cada uno de los elementos de la figura. Creo que sería difícil encontrar otra norma del Código Penal que presente tantas interpretaciones opuestas al realizar un análisis de la misma. Estas

multiplicidades de posiciones doctrinarias poseen su origen en la vaguedad e imprecisión del texto de la norma, lo que provoca que de cada lectura que se haga de la misma surja una interpretación diferente. Como segundo punto, y directamente relacionado con la hipótesis planteada en el presente trabajo, debo destacar que, como expresé antes, la doctrina coincide en caracterizar al delito como una figura de “peligro abstracto”, y en consecuencia se acepta que la norma importa un adelantamiento del *ius puniendi* del Estado a actos que en un principio quedarían impunes por mandato constitucional, dado que no llegarían a traspasar el ámbito de privacidad de las personas y en consecuencia no serían idóneos para producir la afectación de un bien jurídico determinado. Me pregunto cuál sería el justificativo para incluir en el ordenamiento jurídico una figura que claramente contradice principios consagrados en el texto constitucional, principios que son los pilares de un Estado de derecho por el cual se ha optado en la misma Ley Suprema. Posiblemente se presenten como justificativo cuestiones de política criminal, lo que en mi opinión es inadmisibles, en realidad no podemos aceptar justificativos de ningún tipo porque de lo contrario estaríamos frente a un Estado con facultades punitivas ilimitadas, y en ese contexto los perjudicados, como expresa Zaffaroni (2010), somos todos los ciudadanos.

Como tercer y último punto quiero resaltar y adherir al pensamiento de la autora Patricia Ziffer, quien al analizar el concurso del delito de asociación ilícita con los delitos que la misma llegara a cometer cuestiona la pasividad de la doctrina a la hora de tratar el tema. Pero en lo personal quiero ampliar la crítica al análisis que de toda la norma realiza la doctrina, es llamativo como la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se limitan a realizar interpretaciones en las que hay que ser muy imaginativos para poder sostener que las mismas surgen de la letra de la norma, interpretaciones muy forzadas para tratar de adecuarlas de una manera poco lúcida al texto constitucional, sin hacer una sola referencia a los argumentos que presenta el sector doctrinario crítico de la legalidad de la figura, lo que no hace más que acrecentar el manto de dudas que cubre al delito de asociación ilícita sobre su constitucionalidad.

8- CAPÍTULO III

ANÁLISIS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

8.1- Introducción

En el desarrollo del Capítulo II se describieron las características y elementos del delito de Asociación ilícita, en dicho desarrollo han quedado plasmadas las interpretaciones que mayoritariamente hace la doctrina de la figura delictiva bajo estudio, la cual se limita simplemente a expresar sus interpretaciones de la norma sin hacer referencia alguna a las críticas recibidas por un sector minoritario de la doctrina, especialmente sobre la colisión del delito de asociación ilícita con el principio de lesividad que es el tema central del presente trabajo. En el presente Capítulo III nos adentraremos en el análisis del delito de asociación ilícita desde la perspectiva del artículo 19 de la Constitución Nacional y su derivado principio de lesividad, análisis que nos remitirá de forma permanente a las exposiciones de los referentes del sector de la doctrina que se muestra crítico hacia la figura penal en cuestión, y si bien se trata de la posición doctrinaria minoritaria, considero que el prestigio de sus exponentes y la contundencia de sus argumentos hacen que los mismos sean muy difíciles de refutar, tal vez esta sea la causa del silencio del sector doctrinario mayoritario que avala la figura de la asociación ilícita.

8.2- Asociación ilícita y principio de lesividad

Comenzaremos refiriéndonos al principio de lesividad, dicho principio surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual reza lo siguiente: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...” En consecuencia, el principio de lesividad es un principio con rango constitucional, el cual constituye en un verdadero límite al *ius puniendi* del Estado, lo que se traduce en la prohibición impuesta al legislador de tipificar como delito toda conducta que de ninguna manera importe una lesión o peligro concreto hacia un bien jurídico determinado. En palabras de Badoza (2018), el artículo 19 de la Carta magna y el consiguiente principio de lesividad tienen su origen en el pensamiento del Iluminismo del siglo XVIII y XIX, pensamiento que se basa en el reconocimiento de los derechos y libertades del hombre y la imposición de límites estrictos al poder punitivo del Estado para evitar un avance autoritario de éste sobre aquéllos. Continuando con Badoza quien cita a Sampay, aporta otro dato que es de suma importancia, expresa el autor que el artículo 19 de la

Constitución Nacional “se mantuvo presente en todos los proyectos y Constituciones sancionados en la historia argentina” (2018, p. 2). Volviendo al principio de lesividad, que como expresamos emana del artículo 19 de la ley suprema, no sólo significa la imposición de un límite material al Estado a través del principio de lesividad, al establecer que no podrá considerarse delito y, en consecuencia fuera de toda injerencia del estado, cualquier conducta que no produzca un daño o un peligro concreto a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, sino lo que es aún más importante, en palabras de Zaffaroni (2010), es la elección que se hace en el mismo artículo del modelo de derecho que regirá a todo el Estado, es decir, que el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional está escogiendo un modelo de derecho y de Estado que debe respetar al máximo las libertades individuales, al mismo tiempo que le impone restricciones estrictas al Estado a la hora de querer avanzar sobre las mismas. Este modelo es calificado como un Estado de derecho garantista, liberal, de derecho penal mínimo, totalmente opuesto a lo que se considera un estado autoritario, inquisitivo, regido por un derecho penal máximo. Es Ferrajoli (1995) quien desarrolla las características de lo que denomina un derecho penal mínimo y máximo, en ese sentido el derecho penal mínimo se identifica, como expresamos antes, con un Estado y un sistema de derecho garante de derechos y libertades del hombre, conformado por un conjunto de principios –entre ellos el de lesividad– que funcionan como un verdadero límite para que el Estado y el derecho penal no puedan avanzar autoritariamente sobre ellos. Por el contrario, un derecho penal máximo se identifica con un Estado autoritario y totalitario, en el cual los límites al *ius puniendi* del Estado se muestran débiles y permeables. Siguiendo con Ferrajoli (1995), es importante destacar que entre estos dos modelos opuestos encontramos sistemas intermedios, debido a que en nuestra época los estados que han optado por un modelo de Estado garantista y liberal, se han sumado a la tendencia de criminalizar conductas que difícilmente puedan dañar o poner en peligro concreto a un bien jurídico determinado, son los llamados delitos de peligro abstracto, y de esta manera se observa una transición de penar “acciones nocivas” a penar “sujetos nocivos”.

Como expresamos antes, en base al principio de lesividad, no se puede sostener que una acción encuadra en un delito si no se verifica empíricamente un daño o peligro concreto hacia un bien jurídico determinado. Como se puede observar, el término “bien jurídico” se encuentra íntimamente relacionado con el principio de lesividad y es de vital importancia para el desarrollo del presente trabajo. Como se expresó al tratar el tema en

el Capítulo II, remitiéndome al autor Zaffaroni (2010) con quien coincido en todo su desarrollo del tema, los bienes jurídicos no son determinados por las normas del derecho penal, éstos ya vienen establecidos desde antes, del texto de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales por ejemplo, por lo que no se puede hablar de bienes jurídicos tutelados por las normas del derecho penal, éstas lo único que hacen es captar situaciones en las que se producen afectaciones -por daño o riesgo concreto- a bienes jurídicos determinados de antemano.

Otro punto sumamente importante con relación al término “bien jurídico” es la función que el mismo cumple. En un Estado de derecho garantista y liberal como el nuestro, el bien jurídico debe cumplir una función “limitativa” del poder punitivo del Estado, por lo que el legislador de ninguna manera puede tipificar como delito una conducta que no produzca un daño o un peligro concreto, verificable empíricamente, de un bien jurídico determinado (principio de lesividad). Pero como enseña el autor, en nuestros tiempos se ha modificado la función “limitativa” hacia una función “legitimante” del término bien jurídico, por lo que ya no es utilizado como límite de la tarea del legislador para que no pueda criminalizar conductas obviando el principio de lesividad, sino que por el contrario, es utilizado para “legitimar” la penalización de conductas que lejos están de significar un daño o riesgo concreto hacia un bien jurídico determinado, justificándose en cuestiones de política criminal y argumentando que a través de la tipificación de estos llamados delitos de peligro abstracto se intentan “tutelar” bienes jurídicos. Toda esta concepción y utilización del término bien jurídico como “legitimante” de la creación de delitos de peligro abstracto es absolutamente contraria al artículo 19 de la Constitución Nacional y por ende al principio de lesividad, afectando los derechos de todos los habitantes al desconocer el modelo de Estado que fuera escogido y plasmado en la propia Constitución Nacional (Zaffaroni, 2010).

Creo que lo expresado hasta aquí no da margen a interpretaciones diferentes ni a dudas, el modelo de Estado que nuestro país ha escogido es el de un Estado de derecho, garantista y liberal, tal cual surge del propio texto del artículo 19 de la Constitución Nacional y al que debe amoldarse el resto del ordenamiento jurídico. Seguidamente, compararemos el delito de asociación ilícita con relación al principio de lesividad.

Pocos son los puntos sobre los que la doctrina se ha puesto de acuerdo de forma unánime respecto al delito de asociación ilícita, en este contexto, la doctrina ha coincidido en caracterizar al delito en cuestión como una figura de peligro abstracto, autónomo y que

por ende concurra materialmente con los delitos que la organización intente o consuma como objeto de la misma. La asociación ilícita se configura cuando tres o más personas acuerdan integrar una asociación cuyo fin es el cometer delitos, la norma expresa textualmente que la sanción se aplica por el solo hecho de ser miembro, de lo que se deduce que no es necesario que la asociación consuma o intente alguno de los delitos que hubiere planeado. La pregunta obligada sobre este delito es si el solo acuerdo delictivo de un grupo de personas puede, como lo exige el principio constitucional de lesividad, dañar o poner en riesgo constatable materialmente al orden público. Considero que es difícil, por no decir imposible, se supone que la conformación de la asociación ilícita altera la paz social y causa intranquilidad entre los habitantes al conocer de la existencia de la misma, pero si se supone que quienes se asocien con fines delictivos lo harán en privado, cuidando que dicha asociación o sus fines delictivos al menos no trasciendan, entonces, ¿de qué manera se puede ver alterada la paz social y la tranquilidad de los ciudadanos por algo que ellos desconocen?, las posibilidades de que ello ocurra son nulas. Ahora bien, en el caso hipotético de que trascendiera la existencia de la asociación ilícita y se pudiera argumentar una lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico, es decir el orden público, se estaría penando una mera manifestación de voluntad, una intención de cometer delitos, algo que no puede reprocharse más que moral y éticamente, porque debemos recordar que el tipo de asociación ilícita no exige como requisito la consumación o que se hayan tentado los delitos objeto de la misma, característica en la que coincide unánimemente la doctrina y que surge de la misma letra de la norma, más precisamente de la expresión “por el solo hecho de ser miembro”.

Claramente el delito de asociación ilícita no puede legitimarse dentro de un Estado de derecho como el nuestro, a través de esta figura típica se está castigando una forma de sentir, de pensar, la intención, una forma de ser que puede ser reprochable moral o éticamente, pero bajo ningún concepto se puede penar jurídicamente. En la norma el legislador establece que con la sola realización de la conducta descrita –asociarse con fines delictivos- ya se configura el injusto, eliminando el requisito de constatar materialmente el daño o el peligro concreto creado hacia el orden público, forma esta que es propia de un Estado autoritario, totalitario e inquisitivo.

8.3- Postura doctrinaria crítica del delito de asociación ilícita

Como expresé al comienzo del presente trabajo, el delito de asociación ilícita ha dividido a la doctrina en dos corrientes opuestas con respecto a la adecuación del tipo delictivo al texto constitucional. De esta manera, la postura mayoritaria es la que parece avalar la legitimidad de la figura, y digo “parece” porque este sector de la doctrina se ha limitado a desarrollar y describir las características del delito, sin hacer referencia alguna a las críticas que la norma recibe del sector opuesto, críticas que, por el contrario, son precisas, contundentes y con fundamentos bastantes sólidos que prima facie parecieran difíciles de refutar.

En el presente punto expondré las opiniones de diversos autores que integran el sector minoritario de la doctrina que se muestra crítico de la norma, dado que el sector opuesto no se ha expresado sobre los cuestionamientos que la misma recibe, especialmente sobre su colisión con principios constitucionales en general y el principio de lesividad en particular. Por otro lado, las opiniones del sector mayoritario de la doctrina fueron vertidas en el desarrollo del Capítulo II del presente Trabajo Final de Graduación, dado que sus exponentes –como expresé antes- generalmente se limitan a realizar una descripción de los elementos y características de la norma, avalando en cierta forma la vigencia y la legitimidad del artículo 210 del Código Penal.

Lammoglia Ernesto, en su ponencia realizada en el X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal se refirió a los delitos de peligro abstracto y en especial a la figura de la Asociación Ilícita. Sostiene el autor que el bien jurídico (orden público) que el delito afecta es un término muy impreciso, por lo que se vuelve extremadamente difícil comprobar una lesión o riesgo hacia el mismo, ya que la afectación del sentimiento de tranquilidad y de paz social resulta ser una cuestión netamente subjetiva. Luego, en la comparación de la norma con el principio de lesividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional el autor concluye: “La figura penal de Asociación Ilícita no supera el test de constitucionalidad en relación a la lesividad” (2013, p. 96).

Almada Victoria, en una publicación de su autoría sobre el delito de Asociación Ilícita, sostiene que el delito se encuadra en una conducta reprochable moralmente, pero que al no producir ningún tipo de lesión, ya sea por daño o peligro concreto, debe quedar fuera de la órbita del poder represivo del Estado. Expresa que “el principio de lesividad debe ser la base para establecer prohibiciones penales” (2005, p. 4), y que delitos como

el de Asociación ilícita ponen en riesgo al Estado de derecho y los principios fundamentales sobre los que se asienta.

Castex Francisco, es uno de los más férreos opositores del tipo de delitos como la asociación ilícita. Castex expresa que a través de esta figura delictiva se castigan meros acuerdos y pensamientos que muy lejos están de afectar ya sea por daño o por riesgo al bien jurídico, y que aceptar este tipo de delitos implica reemplazar “el Derecho Penal de acto por el derecho penal de autor, propio de un Estado de Policía, no respetuoso de los derechos y garantías de las personas” (2005, p. 592).

Defranco Alejandro, parte de la aceptación del principio de lesividad como uno de los límites consagrados constitucionalmente al poder represivo del Estado, límite que la figura de la asociación ilícita no respeta, “más allá de su exitosa utilización para fines procesales y mediáticos” (2014, parr. 53). El autor destaca que ante un delito que, como en el caso de la Asociación Ilícita, se encuentra en contradicción con la Ley Suprema, debe ser declarado inconstitucional y que dicha función le corresponde a la jurisdicción.

Donna Edgardo, también se muestra muy crítico hacia el delito de asociación ilícita, el autor cita a Juan P. Ramos para destacar la (mala) utilización de este delito durante la etapa procesal para impedir excarcelaciones, construyendo de esta manera una ilusoria sensación de efectividad del delito que sólo sirve a los fines de política criminal y de publicidad mediática. De esta manera Juan P. Ramos citado por Donna expresa que “es un delito peligroso para ser manejado por intereses más o menos turbios por parte la justicia” (2002, p. 292).

Ferrajoli Luigi (1995)., por su parte, expresa que el principio de lesividad es una garantía fundamental en un Estado de Derecho, por lo que un delito solo puede concebirse partiendo de la efectiva lesión de un bien jurídico determinado, admitiendo la posibilidad de que la afectación se produzca por un riesgo concreto, pero descartando toda posibilidad de legitimar los delitos de peligro abstracto, relacionando a los mismos con un Derecho Penal de autor o del enemigo.

Dentro de esta corriente doctrinaria crítica hacia la figura de la asociación ilícita, es Zaffaroni Eugenio quizás uno de los expositores de mayor prestigio. El autor sostiene que no se puede hablar de delito sin la existencia de lesión a un bien jurídico, ya sea por daño o peligro concreto, agregando que los tipos delictivos de peligro abstracto no son compatibles con un modelo de Estado de Derecho, porque los mismos afectan los

derechos de todos los habitantes. Expresa el autor que los delitos de peligro abstracto (como el delito de asociación ilícita) se tratan de justificar argumentando que los mismos cumplen una función preventiva y tutelar de un determinado bien jurídico, pero la realidad es que con éstos se castigan “afectaciones muy lejanas e hipotéticas” (2010, p. 129).

Patricia Ziffer (2005), también es una prestigiosa exponente de este sector de la doctrina, autora del libro “El delito de asociación ilícita”, obra ésta que es citada de forma permanente por quien se refiera a esta figura delictiva. Ziffer reconoce que el delito en cuestión presenta muchas dificultades para ser legitimado en un Estado de Derecho que tiene como pilar fundamental el principio de lesividad que emana del artículo 19 de la Carta Magna. La autora también hace mención en su trabajo a la inapropiada utilización que de la figura suelen realizar los operadores judiciales, principalmente durante los procesos en los que el delito sirve de excusa para evitar excarcelaciones.

8.4- Jurisprudencia

Si bien la Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado específicamente sobre la constitucionalidad del delito de asociación ilícita, el máximo tribunal de nuestro país ha sostenido una posición alineada con la postura mayoritaria de la doctrina, es decir, no ha encontrado motivos para cuestionar la legitimidad de la norma. Sin embargo, encontramos de manera aislada algunos fallos de magistrados que han expresados duros cuestionamientos hacia el artículo 210 del Código Penal, y si bien es un sector minoritario, mi opinión personal es que los argumentos en que fundan sus expresiones están revestidos de una solidez y coherencia tal, que es difícil entender como las corrientes opuestas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, omiten referirse a dichos cuestionamientos. Sin embargo, a través del repaso que a continuación haré sobre algunos fallos que se han referido a diferentes cuestiones sobre el delito de asociación ilícita, trataré de destacar que la figura que nos ocupa representa, por su imprecisión y ambigüedad, una puerta que se abre peligrosamente a la libre interpretación subjetiva de los jueces y operadores judiciales en general, situación que ha motivado que algunos doctrinarios y jueces hayan realizado un llamado de atención sobre la mala utilización que de la norma se hace, ya sea durante las etapas procesales para evitar excarcelaciones o para “inflar” las estadísticas con presos y así crear una falsa sensación de eficiencia en

materia de política criminal, práctica ésta que es útil a los intereses de distintos sectores como son el poder judicial, fuerzas de seguridad y sectores políticos.

El primero de los fallos traídos a estudio es el pronunciado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en el año 2010, en la causa “Pérez Aragón, Enrique Alberto p.s.a. asociación ilícita, etc. –recurso de casación-”⁶. En los hechos, Pérez Aragón fue condenado por haber sido encontrado culpable de ser el organizador y jefe de una asociación ilícita, la cual estaba conformada por dos personas más, los llamados Pavón y Maldonado. Dos integrantes de esta asociación (Pérez Aragón y Pavón) eran empleados de una Fiscalía de Instrucción de Tribunales II de la ciudad de Córdoba, y según la sentencia condenatoria Pérez Aragón aprovechando esta situación reclutó a los otros dos integrantes para que en base a información que llegaba a su conocimiento sobre automóviles prendados, montaran falsos operativos para desapoderar de los vehículos prendados a sus poseedores legítimos, valiéndose de oficios y credenciales falsas, para luego revenderlos y así obtener un rédito económico. La organización delictiva habría cometido al menos tres hechos, hasta que en uno de los falsos operativos uno de los imputados olvidó una credencial falsa, lo que despertó sospechas en uno de los damnificados y dio inicio a la investigación que a la postre terminaría por descubrir el accionar delictivo.

La defensa de Pérez Aragón presentó un recurso de casación frente a la sentencia condenatoria dictada por la Cámara en lo Criminal de 4ta nominación, lo que motivó el pronunciamiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, el cual concluyó en la confirmación de la condena impuesta y la correspondiente desestimación del recurso planteado.

Entre los argumentos que la defensa esgrimió al presentar el recurso podemos destacar los siguientes:

- a) La sentencia condenatoria se fundó en la confesión de Pavón y Maldonado, las cuales fueron distintas durante la instrucción y en el debate; a su vez, éstos no reconocieron haber convenido integrar una asociación ilícita, sino la participación en determinados hechos.

⁶ T.S.J., Sala Penal, <<PEREZ ARAGON, Enrique Alberto p.s.a. asociación ilícita, etc. –Recurso de Casación->>, S. N° 124, 10/05/2010.

b) El tribunal valoró datos que no poseen la “calidad de indicio unívoco sino meramente anfibológico”, de los cuales no puede surgir la existencia de una asociación ilícita.

c) Con relación a la afectación del bien jurídico protegido sostuvieron que “si la conducta no afecta el orden y la tranquilidad pública, aun cuando se trate de un delito de peligro abstracto, se encontrará ausente el fundamento del tipo penal y, en consecuencia, resultaría inaplicable el art. 210 del Código Penal”.

d) La defensa se pregunta si la conducta que se le atribuye a Pérez Aragón pudo lesionar el bien jurídico, esto es, el orden público, lo que se traduce en la tranquilidad y paz social según lo ha definido la doctrina. Luego, la defensa analiza los elementos probatorios sobre los que el tribunal basa su sentencia, concluyendo que de la prueba no puede deducirse la existencia de una asociación ilícita y menos de que Pérez Aragón sea su jefe u organizador.

El Tribunal Superior de Justicia, como se expresó al principio, desestimó el recurso planteado y confirmó la sentencia impuesta a Pérez Aragón, argumentando en líneas generales que las pruebas deben ser examinadas “dentro del total cuadro convictivo en que se basa la sentencia del a quo”. En relación al cuestionamiento puntual que realiza la defensa sobre la insuficiencia de las pruebas que acrediten la existencia de una asociación ilícita, el tribunal repasa los elementos que requiere el tipo penal para su consumación, de los cuales extraigo algunas expresiones del tribunal que considero de suma importancia analizar a los fines del objetivo general de este Trabajo Final de Graduación, a saber:

a) “Para hablar de asociación ilícita se requiere la reunión de tres o más personas que participen en un hecho, siempre que dicha banda revista los caracteres de relativa permanencia y tenga por objeto cometer delitos indeterminados.”

Opino que esta expresión induce a confusión ya que no queda claro a qué se refiere la frase “que participen en un hecho”. Debemos interpretar que el término “hecho” significa tomar parte en una asociación ilícita, la cual se forma con la convergencia de voluntades de pertenecer a la misma de parte de tres o más personas, así lo ha interpretado prácticamente de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia basándose en la frase de la norma que expresa “por el solo hecho de ser miembro”, siendo esto lo que caracteriza al delito como figura autónoma y que en consecuencia no se requiera para su

configuración que la organización intente o cometa delito alguno de los que hubiere planeado. Pero las palabras del tribunal, más precisamente del doctor Luis Enrique Rubio en calidad de presidente del mismo, parecieran expresar que el delito de asociación ilícita requiere que efectivamente la organización cometa un hecho de los que eventualmente hubiere planeado como objeto de la misma, interpretación que sería totalmente equívoca. Esta cuestión está totalmente aclarada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia como se expresó antes, pero nótese como la imprecisión de las palabras puede inducir a errores de interpretación, decir que el delito de “asociación ilícita sólo requiere la reunión de tres o más personas que acuerden integrar una organización destinada a cometer delitos” es diferente a decir que el delito de “asociación ilícita requiere la reunión de tres o más personas que participen en un hecho”, en especial a la hora de valorar si la conducta es idónea para afectar el bien jurídico protegido.

- b) “El delito de asociación ilícita lesiona el bien jurídico orden público, por la inquietud social que produce la existencia de agrupaciones de individuos cuyo objetivo es la comisión de delitos.”

En este punto se expresa con mayor claridad lo que aparecía confuso en el anterior. Reitero, así lo han interpretado de forma unánime la doctrina y la jurisprudencia, la norma establece que la mera conformación de una asociación ilícita afecta el orden público, causando la alteración de la paz y la tranquilidad de los ciudadanos al conocer de su existencia. Ahora bien, en este caso el tribunal dio por acreditada la conformación de una asociación ilícita y le impuso a Pérez Aragón, en calidad de jefe y organizador de la misma, la pena de prisión de ocho años, por lo que debemos entender que el tribunal comprobó (como lo exige la norma) que la sola existencia de la organización delictiva produjo en la sociedad una afectación en su sentimiento de paz y tranquilidad que alteró el normal desenvolvimiento de sus actividades. Ahora bien, si en la causa está acreditado que la supuesta organización criminal cometió al menos tres hechos delictivos de los cuales absolutamente nadie tomó conocimiento –recordemos que la investigación por parte de la justicia se inició a partir del olvido de una credencial falsa de uno de los imputados en la comisión de uno de los hechos-, porque ni siquiera los propios damnificados conocían que estaban siendo desapoderados ilegítimamente de sus vehículos, dado que al conocer de las prendas que gravaban los mismos la posibilidad del secuestro de parte de la justicia siempre estuvo presente para ellos. Entonces, si nadie tuvo conocimiento de los “delitos cometidos” por la organización delictiva, entonces,

mucho menos alguien pudo haber conocido de la existencia de la propia asociación ilícita, por lo tanto, cabe preguntarnos: ¿de qué manera la existencia de una organización criminal que no era conocida por nadie pudo afectar el orden público, definido éste como la sensación de paz y tranquilidad de los miembros de la sociedad? En lo personal encuentro una sola respuesta: no hay ninguna posibilidad de afectación del bien jurídico.

- c) “La imputación de la participación en una asociación ilícita es autónoma de la de los delitos que constituyen su objeto pues para su punibilidad será suficiente con asociarse para cometer delitos en general. El Código Penal castiga por la sola circunstancia de ser miembro de la asociación.”

Si bien poseo un total convencimiento personal de lo expresado en el punto anterior, esta manifestación de parte del Tribunal Superior de Justicia no hace más que reforzar mi postura sobre la absoluta inexistencia de una afectación al bien jurídico, es decir, el orden público.

- d) “Además, el fundamento del tipo penal de asociación ilícita exige que la organización y los hechos cometidos deben producir alarma colectiva o temor de la población de ser víctima de delito alguno.”

Nótese como el tribunal en el punto c), sostiene una interpretación en concordancia con la interpretación realizada de forma unánime por la doctrina, pero en este punto nuevamente –como en el punto a)- vuelve a expresar un concepto que aparte de contradecirse a sí mismo, es totalmente equívoco. Esta expresión es total pero sutilmente equívoca en mi opinión, dado que lo que el tipo penal requiere es que la mera conformación de la organización delictiva, es decir, su existencia, sea capaz de “producir alarma colectiva o temor de la población de ser víctima de delito alguno”, esto es lo que puede interpretarse del propio texto de la norma y así lo ha entendido de manera mayoritaria tanto la doctrina como la jurisprudencia. De ninguna manera el tipo penal en cuestión requiere para su configuración que la asociación “intente o consuma los hechos” que haya planeado como objeto de la misma, por lo que el concepto argumentado por el tribunal es erróneo en ese sentido, siendo desde mi punto de vista un error de mucha significancia por lo que, del modo en que lo expresa el tribunal, cualquiera puede interpretar que el accionar de la banda –esto es, su existencia y los hechos cometidos- es totalmente idóneo para afectar el bien jurídico protegido, pero lo correcto es que sólo debe valorarse si la “sola existencia de la asociación” es susceptible de generar una alteración

en el sentimiento de paz y tranquilidad de la sociedad. Pareciera que el tribunal supiera que es prácticamente imposible sostener una afectación del bien jurídico a partir de la mera conformación de una asociación ilícita de la cual nadie más -aparte de ellos- conocía, por lo que recurre a estas expresiones tratando tal vez –en mi opinión- de adecuar forzosamente los hechos a la figura típica y tratar de confundir –incluyendo frases equívocas como “la asociación ilícita exige que la organización y los hechos cometidos deben producir alarma”- el razonamiento que debe hacerse al valorar los hechos a los fines de determinar si encuadran en la figura típica.

- e) “La sola existencia de la asociación ilícita es susceptible de poner en peligro el bien jurídico referido –y de ahí su constitución como un delito sui generis- a pesar de la naturaleza de los actos de conformación que, por ello, no pueden ser considerados, en rigor, como meramente preparatorios.”

Aquí hay dos cuestiones importantes para destacar; la primera respecto a la posición tomada por el tribunal al considerar que con la tipificación del delito de asociación ilícita no se castigan actos meramente preparatorios, tema éste que ha dividido las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia. El otro punto para destacar, es que con este concepto expresado se ratifica mi crítica al punto anterior, el tribunal aquí vuelve a alinearse con la interpretación que de la figura delictiva han realizado de forma prácticamente unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia, es decir, que la figura delictiva no requiere como elemento del tipo que la asociación intente o consuma delito alguno de los que hubiere planeado como su objeto.

Luego, en base a la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hace del término “orden público”, el tribunal expresa que la criminalidad de los delitos que afectan el bien jurídico referido “...reside esencialmente, no en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder.⁷”

Normalmente la existencia de una asociación ilícita se conoce cuando la misma ejecuta los delitos que hubiere planeado, de esa manera es que puede tomar publicidad su

⁷ C.S.J.N., <<STANCANELLI, Néstor Edgardo y otro s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público – Apelación de YOMA, Emir Fuad>>, 324:3952, 20/11/2001.

existencia y su accionar, y en consecuencia verse afectado el orden público. Pero desde mi punto de vista no es correcto realizar este razonamiento a los fines de verificar si una conducta encuadra en el delito de asociación ilícita, porque el tipo delictivo establece que la mera conformación de la organización criminal –sin necesidad de comienzo o ejecución de los delitos planeados, por eso es caracterizado como un delito autónomo- debe ser susceptible de alterar el sentimiento de tranquilidad y la paz social. Pero en este caso concreto traído a análisis ni siquiera ese inconveniente se presenta a los fines de determinar si pudo haber afectación del bien jurídico, ya que como expresé antes, no sólo que la existencia de la asociación era desconocida para la sociedad al momento de conformarse, sino que después de haber consumado varios hechos delictivos continuaba en el anonimato, por lo tanto, en mi opinión solo hay margen para una sola interpretación: es imposible que se haya visto afectado –por daño o peligro- el bien jurídico.

En cuanto a la concurrencia de los requisitos que el tipo exige, el tribunal sostuvo que quedó demostrado que hubo acuerdo previo, atribución de funciones, se estableció la modalidad de cometer los delitos para cuando se presentaran las oportunidades, y el sentimiento de permanencia estuvo presente mientras que el “número de operaciones realizadas... nada quita o agrega a la permanencia del negocio asociativo”. Mientras que, en relación a la afectación del bien jurídico por parte de la conducta delictiva de los imputados, dijo: “La lesión al bien jurídico protegido por la norma, -ausente según los defensores- se produjo, desde que la constitución y éxito de las actividades de la banda o asociación se vieron facilitadas por la pertenencia de dos de sus integrantes –Pavón y Pérez Aragón- al ámbito judicial, perjudicándose frente a la sociedad la confianza que merece la justicia”. Por su parte la Fiscal de Cámara sostuvo en su alegato que “Pérez Aragón y sus compinches establecieron en el propio edificio de Tribunales II un kiosco de delincuencia generador de un total desconcierto y desconfianza en la justicia como valor ineludible en el estado democrático de derecho, lo que produce un elevado daño político.”

En mi opinión, el tribunal al pronunciarse sobre la afectación del bien jurídico – el orden público- que la conducta típica habría producido, elabora una argumentación evasiva de la cuestión, recurriendo nuevamente a los delitos que la organización cometió cuando expresa “la constitución y éxito de las actividades de la banda”, lo que nos obliga a recordar una vez más que la figura típica no requiere que la asociación haya iniciado o consumado delito alguno de los planeados, por ende debe valorarse si el orden público –

sentimiento de tranquilidad y paz pública según interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación- se vio afectado por la existencia de la organización y no por los delitos que hubiese cometido, aunque en este caso concreto, ni siquiera habiendo cometido los delitos planeados pudo verse afectado el bien jurídico, dado que, como se expresó antes, nadie tenía conocimiento ni de la existencia de la asociación delictiva ni de los delitos que sus integrantes cometieron, sino hasta después de su descubrimiento por parte de la justicia. Además, decir que se ha perjudicado “frente a la sociedad la confianza que merece la justicia”, no es sinónimo de afectación del orden público, el cual importa producir alarma y temor en la población alterando su sentimiento de tranquilidad. Pero aun si se intentara equiparar los conceptos antes mencionados, es decir, “afectación de la confianza que merece la justicia” y “afectación del orden público”, debe destacarse que ambas afectaciones corresponden a tiempos distintos. La afectación de la confianza que merece la justicia puede haberse producido una vez que los hechos tomaron estado público, después que la organización y su accionar han sido desarticulados, mientras que la afectación al orden público debe producirse –como lo requiere el tipo penal- con la constitución de la asociación ilícita y la necesaria toma de conocimiento de su existencia por la sociedad, situación que claramente en este caso no sucede, quizás por eso el tribunal –en mi opinión personal- pareciera recurrir a un juego de palabras para tratar de acomodar los hechos a la figura típica. También quiero referirme a lo expresado por la Fiscal de Cámara en su alegato, más precisamente cuando argumenta que el accionar de los imputados generó un “total desconcierto y desconfianza en la justicia...y un elevado daño político”, lo que dista mucho de lo que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado por “afectación del orden público”. Por último, la Fiscal de Cámara menciona que la confianza en la justicia es un “valor ineludible en el estado democrático de derecho”, lo que necesariamente lleva a preguntarme: ¿qué valor le confiere la Fiscal de Cámara al artículo 19 de la Constitución Nacional y su derivado Principio de Lesividad?, porque –como nos enseña Zaffaroni- es justamente este artículo el que determina el modelo de Estado elegido, esto es, un Estado de derecho, liberal y garante de los derechos de las personas, el mismo artículo que consagra que si una conducta no perjudica el orden ni la moral pública, ni perjudica a un tercero, queda fuera del alcance del *ius puniendi* del Estado, pero sin embargo en esta causa bajo estudio se castigó con ocho años de prisión a una persona por haber sido considerada jefe de una asociación ilícita, asociación que –contrario a lo que exige el tipo- cuando se constituyó –supuestamente- nadie tuvo conocimiento de ello más que sus propios integrantes, por lo

que es imposible sostener que existió afectación del bien jurídico –como lo exige el artículo 19 de la Constitución Nacional- protegido por la norma.

Considero que este fallo traído a estudio representa una muestra muy clara de la peligrosidad que entraña la figura de la asociación ilícita. Dicha peligrosidad reside en la imprecisión y ambigüedad del texto de la norma, que le otorga al juzgador una libertad de interpretación excesivamente amplia y se transforma en una herramienta idónea y tentadora para que el juzgador a la hora de analizar un caso concreto pueda verse influenciado por ciertos factores –intereses personales, sentimientos, prejuicios, etc.- que afecten la objetividad e imparcialidad que el ejercicio de su función requiere. Creo que este caso refleja fielmente la colisión que existe entre el delito de asociación ilícita y el principio de lesividad que deriva del artículo 19 de la Ley Suprema, toda vez que es imposible sostener que la existencia de la organización conformada por los imputados pudo afectar el orden público, por la simple e irrefutable circunstancia de que su accionar se desarrolló en el completo anonimato, por mayores intentos que luego se realicen, a través de interpretaciones infundadas e ilusorias de adecuar los hechos a la figura penal. Para finalizar, podríamos sostener que sería muy ingenuo de nuestra parte no reconocer que a través de este fallo lo que en realidad el tribunal pretendió fue castigar a los imputados, principalmente a quienes eran empleados de una Fiscalía de tribunales dos, con una pena que fuera lo más elevada posible para que sirva de mensaje ejemplificador por el hecho de haberse aprovechado de sus funciones judiciales para llevar a cabo su accionar delictivo, y el delito de asociación ilícita encuadra perfecto con ese propósito, primero, debido a la elevada pena que la figura prevé en comparación con las penas establecidas para los delitos que la supuesta organización criminal cometió, y segundo, por la libertad de interpretación que la figura le otorga al juzgador como se mencionó antes.

El siguiente fallo corresponde al pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Stancanelli, Néstor E. y otro s/inc. de apelación de Yoma Emir Fuad⁸”. En este caso la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el procesamiento y prisión preventiva del señor Yoma Emir Fuad dictado por un tribunal en primera instancia, ante lo cual la defensa del imputado presentó un recurso extraordinario que fue denegado, lo que motivó la queja que determinó el

⁸ C.S.J.N., <<STANCANELLI, Néstor Edgardo y otro s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público –Apelación de YOMA, Emir Fuad>>, 324:3952, 20/11/2001.

pronunciamiento de la Corte Suprema. El procesamiento y la prisión preventiva en contra del imputado se dio en el marco de una causa en la que se le atribuía ser el organizador de una asociación ilícita dedicada a la venta de armas pertenecientes al Ejército Argentino al exterior. La defensa al argumentar el recurso planteado tildó de “arbitrario el fallo sobre la base del exceso e irrazonabilidad con que se interpretó –a su entender- el alcance de la figura de asociación ilícita y la agravante de organizador con la que se señaló a Yoma”. La Corte Suprema admitió el recurso presentado y ordenó que se dejara sin efecto la sentencia recurrida.

Este fallo adquiere relevancia debido a algunas interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realiza sobre la figura de la asociación ilícita, en especial en las apreciaciones del doctor Boggiano. Entre los conceptos más importantes podemos destacar:

El doctor Boggiano sostiene que el delito de asociación ilícita no requiere la consumación de los delitos que se hayan planeado, ni siquiera comienzo de ejecución de los mismos, y remarca que se debe diferenciar “cuidadosamente” el delito de asociación ilícita de la participación criminal, en esta última no se da el requisito de permanencia que sí se debe verificar en la asociación ilícita, como así también requiere la “pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos”, y un acuerdo de voluntades previo.

Al referirse a la relación de los elementos que conforman el tipo y el bien jurídico que la norma protege expresa que “deben reunir la virtualidad suficiente como para violar el bien jurídico que se intenta proteger, es decir, el orden público”, agregando conceptos de suma importancia a los fines de evaluar si una conducta encuadra en el delito de asociación ilícita, por ejemplo: que “el orden público...es sinónimo de tranquilidad pública o paz social”, y que la criminalidad de la asociación ilícita repercute en “el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder”.

Considera equívoco fundamentar un acuerdo de voluntades –requisito del tipo- a partir de la “pluralidad de presuntos hechos delictivos”. Luego, continúa con una expresión que en lo personal considero magistral y contundente con respecto al delito que nos ocupa y la lesión al bien jurídico protegido: “no se ve claramente en qué medida la supuesta organización para efectuar ventas de armas al exterior pueda producir alarma

colectiva o temor de la población de ser víctima de delito alguno, pues en todo caso aquéllos habrían estado dirigidos contra el erario nacional y no contra personas en particular.” Concluye el doctor Boggiano que el dictado del procesamiento y la prisión preventiva del imputado constituyen una resolución arbitraria, dado que no es producto de una “derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”.

Para finalizar con este fallo, quiero destacar las palabras vertidas por el doctor Boggiano con las que realiza un “llamado de atención” a jueces y fiscales inferiores con respecto a sus actuaciones en casos de repercusión pública, en donde expresa de manera franca y directa su percepción sobre la mala utilización de la figura de la asociación ilícita. Si bien el doctor Boggiano se refiere sobre la frecuente utilización –indebida- del delito en casos de repercusión pública, personalmente creo que la crítica vale para todos los casos en que se realiza la aplicación de la norma por parte de los jueces que, amparándose en la vaguedad e imprecisión del texto del artículo, se permiten realizar amplias y dudosas interpretaciones de la figura para subsumir de una manera forzosa un caso concreto a la conducta típica. En palabras del doctor Boggiano expresa: “Que resulta necesario llamar a la reflexión a los jueces y fiscales de las instancias inferiores intervinientes en causas de significativa repercusión...”; y luego continúa con una frase que considero refleja de manera excelente la mala utilización que en muchos casos se realiza del delito de asociación ilícita, al respecto dice: “Nada se resuelve creando delitos de la nada ni buscando el tipo penal que permita el procesamiento con efectiva privación de la libertad para luego acomodar los hechos a la figura, invirtiendo así el orden lógico del razonamiento.”

El siguiente fallo corresponde al pronunciado en la causa “Giraudi, Pablo E. y otros⁹” en el que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 absolvió a un grupo de personas que habían sido llevadas a juicio acusadas de integrar una asociación ilícita dedicada a la adulteración y falsificación de documentos. El fallo es relevante para el objetivo general del presente trabajo dado que el doctor Costa, uno de los integrantes del tribunal juzgador, se refiere a los elementos que la figura típica requiere, a su prueba y a su interpretación. Pero sin dudas, el dato de mayor relevancia se encuentra en el voto del

⁹ T.OralCrim.Fed. N°1, “Giraudi, Pablo E. y otros”, 19/03/2003, L.L. 2003-D, 27.

doctor Federico, quien sostiene que “corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 210 del Cód. Penal.”

El doctor Costa, previamente a pronunciarse sobre la acusación en contra de los acusados considera necesario referirse brevemente a cuáles son los elementos que la figura de la asociación ilícita requiere, mencionando el “*pactum sceleris*”, la estabilidad, la permanencia, y cierta estructura organizativa con distribución de funciones entre sus integrantes. Si bien el juez reconoce que ha quedado demostrado que los acusados aportaron declaraciones totalmente falsas, lo que se deduce a partir de los elementos probatorios secuestrados en los distintos allanamientos practicados, de las escuchas telefónicas y de los seguimientos, sostiene que “la imputación fue genérica, incluso ambivalente, respecto del tipo penal seleccionado.” Considera que la acusación posee falencias en cuanto se requiere una descripción más detallada de la estructura y funcionamiento de la asociación ilícita, la cual debe ser acorde al grado de “nitidez que demanda una sentencia de condena.”

El voto del doctor Federico comienza adhiriendo a los votos de sus “colegas preopinantes”, es decir, la absolución de los acusados. Luego, expresa la necesidad de referirse específicamente al delito de asociación ilícita, y debo adelantar que me siento en la necesidad de transcribir muchas de sus frases dado que, por un lado, concuerdo completamente con su opinión, y por otro, la claridad de sus palabras hace que sus cuestionamientos hacia el delito de asociación ilícita sean prácticamente imposibles de refutar. Comienza argumentando que el delito en cuestión afecta al principio de legalidad, y que “resulta ya escandaloso lo que podemos denominar el uso abusivo de la “Asociación Ilícita” de lo que se hace eco la crónica cotidiana”, y que uno de los motivos que permite dicha situación es el concepto mismo de orden público, dado que es su indeterminación lo que favorece que haya tantas interpretaciones del mismo. Se refiere a la norma como una “ley mal nacida”, cuya utilización se transformó en una herramienta de “persecución política”. Refiriéndose al texto de la norma sostiene que lo único que puede interpretarse del mismo con precisión es el monto de la pena, ya que del resto del contenido sólo se pueden realizar infinidad de interpretaciones debido a su ambigüedad e imprecisión, y aporta un dato importante que creo que refleja claramente el punto de evolución en la que nos encontramos con respecto a la regulación de las organizaciones criminales, dice: “En Francia llevó casi dos siglos llegar a la redacción actual a partir de una figura similar a la de nuestro código, hasta la reforma de 1996 actualmente vigente”. Luego, el

doctor Federico cita a los autores Donna y J. P. Ramos quienes expresan respectivamente que el delito de asociación ilícita "...es en sí mismo un delito problemático, más aún cuando se lo ha confundido, y no una vez, con la participación criminal y ha terminado siendo una especie de saco roto en donde han ido a parar casos que no superan la mera complicidad en uno o varios hechos...", "es un delito peligroso para ser manejado por intereses más o menos turbios por parte de la justicia...". Remite a su voto en la causa Britez en la cual sostuvo que el delito de asociación ilícita no puede mantenerse vigente en un Estado de derecho como el nuestro, dado que debido a su ambigüedad e imprecisión es utilizado frecuentemente para avanzar en contra de los derechos y garantías de las personas. El doctor Federico destaca la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Stancanelli y otro", en el cual el máximo tribunal determina que se debe restringir la libertad de interpretación de los jueces con respecto al delito de asociación ilícita, cuestionando al a quo el hecho de que la configuración del delito de asociación ilícita no se puede inferir solamente de la reunión de más de dos personas y de la simple reiteración de hechos delictivos, la figura requiere que se demuestren el resto de los elementos que la componen, es decir, el pacto criminal, la permanencia, estabilidad y estructura organizativa, entre otros. Pero aún con esta postura del máximo tribunal, reconoce que la norma del artículo 210 del Código Penal es una "verdadera arma de la discrecionalidad", lo que ha permitido que la figura sea utilizada para evitar que los acusados de incurrir en el delito en cuestión permanezcan en libertad, sobre todo con la aplicación del segundo párrafo del artículo que eleva la pena mínima a cinco años de prisión para los jefes u organizadores.

Si bien Federico resalta el incumplimiento del tipo de la asociación ilícita con el principio de legalidad, creo que las críticas que realiza son totalmente aplicables para con el principio de lesividad, y considero acertado el llamado a solucionar todos los inconvenientes que la figura presenta a través de la "vía legislativa". Continuando con lo desarrollado por el doctor Federico en su voto, sostiene que todas estas incompatibilidades de la norma con los principios constitucionales contribuyen a ir "construyendo los pilares de un totalitarismo jurídico penal inquisidor". El juez nuevamente recurre a Donna quien sostiene que existen conceptos claves en un modelo de Estado como el que ha elegido nuestro país, conceptos que si se comienzan a desconocer "se habrá perdido un arma formidable de un derecho penal que asegure la lucha en contra de la represión arbitraria del Estado".

En conclusión, el Doctor Federico absolvió a todos los acusados del delito de asociación ilícita y declaró la inconstitucionalidad del artículo 210 del Código Penal por afectar el principio de legalidad.

Si bien nuestro trabajo se centra en la colisión de la norma con el principio de lesividad, todos los argumentos expresados de manera contundente por el Doctor Federico referente a la afectación del principio de legalidad por parte de la norma, son aplicables perfectamente al principio de lesividad. El concepto de “orden público” es tan ambiguo e impreciso que le otorga al juzgador una libertad absoluta de interpretación, y es ahí en donde la norma se torna una herramienta peligrosa cuando el juez se ve influenciado por otros intereses que no sea simplemente el de impartir justicia. Personalmente opino que esta “amplia libertad” de interpretación que permite el texto del artículo 210 del Código Penal en relación al concepto de bien jurídico, a su afectación y al modo de inferir la consumación del delito –entre otros-, se ve claramente en el primer caso analizado “Pérez Aragón, E. p.s.a. asociación ilícita”, en el que considero se presentaban dificultades insuperables para tener por acreditada la comisión del delito de asociación ilícita, por ejemplo, la ilusoria afectación del bien jurídico.

9- CONCLUSIÓN

Habiendo llegado al final del desarrollo del presente Trabajo Final de Graduación estoy en condiciones de expresar que poseo el pleno convencimiento para confirmar la hipótesis planteada al comienzo, es decir, que el delito de asociación ilícita tipificado en el artículo 210 del Código Penal colisiona con el principio de lesividad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, por lo que claramente la figura de la asociación ilícita es inconstitucional.

El delito de asociación ilícita importa un adelantamiento arbitrario e ilegítimo del poder punitivo del Estado al penar “el solo hecho de que tres o más personas se asocien para cometer delitos”, circunstancia que a lo sumo puede ser pasible de un reproche moral o ético, pero de ninguna manera puede ser alcanzada por el *ius puniendi* del Estado dado que la conducta típica descrita por la norma no es idónea por sí sola para provocar un daño o generar un riesgo concreto que pueda verificarse empíricamente en contra del bien jurídico, es decir, el orden público. De la expresión de la norma “por el solo hecho de ser miembro”, la doctrina de forma unánime ha concluido que el delito se consuma cuando tres o más personas acuerdan conformar una organización con fines delictivos, y es precisamente en ese momento donde se debe evaluar si se produce la afectación -por daño o peligro concreto – del bien jurídico, afectación que desde mi punto de vista no sucede. En relación a este punto, algunos autores sostienen que partiendo de los delitos que la asociación intente o consuma se podrá deducir y probar la existencia de la misma, método que considero incorrecto porque ello solo demuestra y confirma mi posición que al momento de consumarse el delito de asociación ilícita (con el solo acuerdo de sus miembros), no solo que no se produce ningún daño o peligro concreto para el orden público, sino que difícilmente alguien ajeno a la organización pueda conocer de su existencia.

Se puede argumentar que el adelantamiento del poder punitivo del Estado al tipificar este delito – y en general todos los de peligro abstracto – encuentra justificativo en una necesidad relacionada con cuestiones de política criminal, a los fines de prevenir la afectación de un bien jurídico determinado, en este caso el orden público. Pero respecto a ello, considero que ni siquiera cabe preguntarnos si cuestiones de política criminal pueden justificar la creación de este tipo de figuras delictivas, porque directamente es inaceptable todo justificativo que se intente utilizar a la hora de legislar figuras delictivas como la asociación ilícita, figura que importa el desconocimiento del principio de lesividad consagrado en el artículo 19 del texto constitucional, principio que junto a otros

constituyen los cimientos de un Estado de derecho como el nuestro, respetuoso de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por otro lado, si aceptáramos la legitimación de este tipo de delitos como lo es la asociación ilícita, entiéndase figuras que se encuentran en contradicción con el texto constitucional como se expresó más arriba, ¿cuál sería el límite que el Estado tendría para criminalizar conductas que el legislador determine *iure et de iure* que su sola realización significan la afectación de un bien jurídico determinado?, la respuesta es clara: no habría límites, lo que constituiría una peligrosa amenaza para la vigencia del modelo de Estado que se ha escogido a través de la propia Constitución Nacional, esto es un Estado de derecho y garantista.

En esta conclusión final no puedo dejar de hacer mención a la pasividad o silencio que un sector mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia muestran a la hora de analizar el delito de asociación ilícita y todos los cuestionamientos que la norma recibe. Patricia Ziffer (2005) ya había destacado la pasividad de la doctrina al tratar el tema del concurso del delito de asociación ilícita con los delitos que la misma llegara a cometer. Considero que es llamativo y preocupante que la doctrina y la jurisprudencia no se refieran de una manera directa a las críticas que la figura recibe, simplemente se limitan a realizar un análisis de las características del tipo delictivo, características que muchas veces son el producto de interpretaciones demasiado imaginativas dado que la ambigüedad e imprecisión del texto del artículo así lo permite, dando la impresión que sobre los doctrinarios en general pesara la obligatoriedad de adecuar con sus interpretaciones la figura delictiva al texto constitucional, situación que provoca que se realicen interpretaciones forzosas, imaginativas y con dudosa fundamentación en el texto de la norma. Tal vez, si realizaran un análisis y expresaran sus argumentos- doctrina y jurisprudencia- sobre los cuestionamientos que la figura recibe podríamos hacer un análisis comparativo de las dos posturas doctrinarias, pero la omisión o evasión de hacerlo parecen decirlo todo.

Mi conclusión sobre la colisión entre el delito de asociación ilícita y el principio de lesividad, y la consecuente inconstitucionalidad de la norma, no significa que desconozca y niegue la existencia y funcionamiento de organizaciones criminales, todo lo contrario, en nuestro tiempo, múltiples factores -como los avances tecnológicos, por ejemplo- provocan que su descubrimiento y desarticulación sea una tarea muy difícil.

Entonces cabe preguntarnos, ¿por qué sostener la vigencia del delito de asociación ilícita con una norma que vulnera principios constitucionales propios de un Estado de derecho, garantista y liberal como el nuestro, y que además es totalmente ineficaz para combatir este tipo de conductas delictivas ? El artículo 210 del Código Penal necesita de manera urgente una reforma que lo adecúe al texto constitucional y al mismo tiempo la torne una norma aplicable en la práctica, es decir, que el probar su existencia y funcionamiento no sea una tarea imposible. Mi propuesta a modo de alternativa a la colisión entre el artículo actual y el principio de lesividad es que cuando la comisión de un delito contemplado en el Código Penal se de en el marco de la actividad propia de una organización criminal, ésta debe ser considerada una circunstancia agravante del delito que se intente o consuma, y en consecuencia aumentar la escala penal establecida para dicho delito.

Sin ánimo de presentar esta alternativa como una solución completa, creo que de este modo se eliminarían muchos cuestionamientos que la norma recibe actualmente. Ya no tendríamos el problema de la colisión del delito con el principio de lesividad, dado que sería a partir de la comisión de un delito y la consecuente afectación de un bien jurídico determinado, verificable fácticamente ya sea por daño o por peligro concreto, que se determinaría si el delito se dio en circunstancias de integrar una asociación ilícita o no, y en consecuencia se aplicaría una escala penal más elevada siempre proporcional a la pena establecida para el delito que se intente o consuma. Ya no estaríamos frente a un delito autónomo y de peligro abstracto, al mismo tiempo que sería una norma útil en relación a cuestiones de política criminal, ya que se contaría con una figura penal eficaz para combatir el accionar de organizaciones criminales, pero lo más importante sin dudas sería que la criminalización de este tipo de conducta delictiva estaría en concordancia con el texto constitucional. Por otro lado, una modificación de la norma debería servir para poner fin a los amplios márgenes de interpretación que los jueces poseen hoy día al aplicar el actual artículo 210 del Código Penal en un caso concreto.

10- Referencias

10.1- Legislación

Constitución de la Nación Argentina (art. 19).

Código Penal Argentino (art. 210).

10.2- Doctrina

- ALMADA, V. “El delito de asociación ilícita”, L.L. 28/02/2005-B, 987.
- BADOZA, J. “El principio constitucional de lesividad y el bien jurídico: una relación esencial para la dogmática penal”, L.L. 19/10/2018, 54.
- CASTEX, F. (2005). El delito de asociación ilícita en clave constitucional. *Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Lecciones y Ensayos N° 80*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/>
- CORNEJO, A. (2001). *Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- CREUS, C. y BUOMPADRE, J. (2007) *Derecho penal Parte especial 2* (7° Ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: ASTREA.
- DEFRANCO, G. (2014). El delito de asociación ilícita en clave constitucional. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/buscar?search_api_views_fulltext=DEFRANCO&op=
- DONNA, E. (2002). DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL (Tomo 2-C, 1° Ed.). Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- IRIBARREN, PABLO (2010). “El delito de asociación ilícita desde una perspectiva constitucional”, *Sup. Penal La Ley*, pág. 108.
- KIERSZENBAUM, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Lecciones y Ensayos N° 86*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/>

LAMMOGLIA, DIEGO ERNESTO (2013). X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. C.A.B.A.: Ediciones Saij (P.87-99).

MAIDANA, R. (2013). Asociación Ilícita. *Revista pensamiento penal*. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/

ROSAS OLIVA, J. (2012). Evolución histórica de la tipificación del delito de asociación ilícita: análisis de derecho comparado. *Perspectiva penal actual* volumen N° 1, 95-133. Recuperado de <https://www.academia.edu/>

ZAFFARONI, E. Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2010). *Derecho Penal-Parte General* (2° Edición). Buenos Aires: Ed. Ediar.

ZIFFER, P. (2005). *El delito de asociación ilícita (Primera edición)*. Buenos Aires: Ad Hoc.

10.3- Jurisprudencia

T.S.J., Sala Penal, S. N° 124, 10/05/2010, <<PEREZ ARAGON, Enrique Alberto p.s.a. asociación ilícita, etc.-Recurso de Casación->> (Rubio, Sesín y Andruet). Recuperado de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>

C.S.J.N., 20/11/2001, 324:3952, <<STANCANELLI, Néstor Edgardo y otro s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público – Apelación de YOMA, Emir Faud>>, Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-corte-suprema>

T. Oral Crim. Federal N°1, “Giraudi Pablo y otros”, 19/03/2003. Publicado en LA LEY 2003-D, 27.

10.4- Páginas web

<http://www.pensamientopenal.com.ar/>

<http://www.saij.gob.ar/>

<http://www.derecho.uba.ar/>

<http://www.academia.edu>