



## **EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN CLAVE CONSTITUCIONAL**

**Alejandro Gustavo Defranco<sup>1</sup>**

Estos breves párrafos son apenas la puesta en papel de algunas de las cuestiones tratadas en el Seminario Anual de Derecho Penal organizado por la Asociación Pensamiento Penal<sup>2</sup>, ocasión en la que se debatieron las posibles contradicciones de algunos tipos del Código Penal con los principios constitucionales básicos que limitan el derecho del Estado a castigar.

No pretende ser una exhaustiva investigación sobre el tema, tan profundamente estudiado por la doctrina nacional, sino, por el contrario, un mero catálogo de circunstancias a tener en cuenta por los destinatarios del Seminario – abogados del foro y funcionarios judiciales- al momento de aplicar aquellas normas sustantivas que puedan atentar contra los principios aludidos.

Esta vez solo abordaré la problemática particular de uno de los delitos expuestos en aquella oportunidad, el de Asociación Ilícita (art. 210 del Código Penal), sobre el que mucho se ha escrito acerca de su aplicación incorrecta a casos que no son más que una mera complicidad en uno o varios hechos, o su utilización como “sucedáneo procesal”<sup>3</sup> para evitar la concesión de la excarcelación o, como es mi propósito, respecto de la constitucionalidad del tipo penal en cuestión.

### **1. La figura legal**

El delito previsto en el art. 210 del Código Penal argentino castiga a “...*el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer*”

---

<sup>1</sup> Juez de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Noreste del Chubut, Trelew; Jefe de Trabajos Prácticos de las asignaturas Derecho Penal 1 y 2 de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”.

<sup>2</sup> “Tipos penales y Constitución Nacional”, Seminario Anual de Derecho Penal, Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Cruz, organizadas por la Asociación Pensamiento Penal, Caleta Olivia, 8 de noviembre de 2013 y Rio Gallegos, 7 de marzo de 2014.

<sup>3</sup> Mikkelsen-Löth, Jorge F.; “Asociación Ilícita. La práctica judicial perversa de usar el delito de asociación ilícita como sucedáneo procesal”; La Ley, 2001.



*delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación...".* Como se sabe, la figura aparece como delito autónomo en la dogmática argentina a través del Proyecto de Reforma de 1891<sup>4</sup>, que modificó la sistemática del Código de 1886 que contemplaba, como modalidades de la autoría, el complot y la banda (arts. 25 y 30).

El artículo 252 del proyecto citado reprimía con pena de penitenciaría al que *"tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos"*. La razón de su incorporación en la parte especial del Código, con autonomía, se fundamenta en la Exposición de Motivos en el *justo límite* a la libertad de asociación ya que, se decía, *"...la Constitución Nacional sólo garante, en su artículo 14, la asociación que tenga fines útiles, calificativo que no conviene, por cierto, al propósito de violar la leyes, característico del delito que nosotros prevemos"*.<sup>5</sup>

Luego se transformó en legislación positiva de la mano de la ley 4189 de 1903 (ADLA, 1889-919, LL, 1954, p. 597), que introdujo en su art. 30, inc. 5º, idéntico texto sin referencia aún a la cantidad de personas<sup>6</sup>.

Por fin, con el Proyecto de 1906, que agregó el número de personas necesarias para su configuración y la referencia a que se perfecciona el injusto por el solo hecho de ser miembro de la banda –art. 228-, se culmina su conformación, que pasó así al Proyecto de 1917 y al Código de 1921, manteniéndose en la actualidad aquella redacción.

## **2. El bien jurídico protegido**

De su ubicación sistemática se desprende que el bien jurídico protegido es el orden público, *"...por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido..."*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Proyecto de Reforma al Código Penal Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891.

<sup>5</sup> Donna, Edgardo Alberto; "Derecho Penal-Parte Especial", Tomo II-C, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 293.

<sup>6</sup> En este punto difieren los autores. Sobre la incorporación al catálogo penal de la disposición del Proyecto: ver Carlos Fontán Balestra (Tratado de Derecho Penal, T. VI, parte especial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 403) aunque refiere el inc. 3º erróneamente; en el mismo sentido Ziffer, Patricia; "Asociación Ilícita"; Código Penal y normas complementarias..."; Baigún-Zaffaroni (dirección); Tomo 9; Hammurabi, pág. 378; sobre que jamás fue derecho positivo: Cantaro, Alejandro S.; "Asociación Ilícita"; misma publicación, pág. 337.

Sin embargo, Soler advertía que *“...en pocos temas del derecho penal se puede verificar una mayor confusión y vaguedad de opiniones que la que se manifiesta cuando la doctrina trata de fijar el concepto de orden público”*<sup>8</sup>, por lo que recibió con beneplácito el cambio de rúbrica de la ley 17567.

Núñez también manifestó su preferencia por la denominación “tranquilidad pública”, a la que definió como *“la situación subjetiva de sosiego espiritual del público o, lo que es lo mismo, de las personas en general...”*<sup>9</sup>, mientras que respecto al injusto comentado aseveró que *“...el bien ofendido por el delito es la tranquilidad pública por la inquietud que produce la existencia de asociaciones cuyo objetivo es la comisión de delitos...”*<sup>10</sup>.

Por su parte, Fontán Balestra afirmaba que: *“...el modo de estar concebida la figura responde a las necesidades de protección de la tranquilidad pública, que aparece ya afectada por la existencia de ese tipo de agrupaciones...”*<sup>11</sup>.

Esta indeterminación en el concreto interés jurídico afectado por la mera asociación con fines ilícitos, que parece remitir a sensaciones subjetivas de los miembros de la comunidad muchas veces cambiantes al compás de los vaivenes de factores e intereses extraños al hecho mismo (medios de comunicación, sensación de inseguridad, convulsiones políticas coyunturales, etc.), ya sería suficiente motivo para tildar a la figura legal como reñida con el principio de lesividad (art. 19, CN), tal como advertía Gómez<sup>12</sup>.

A más de ello, en caso de admitirse que con la represión de las voluntades asociativas se protege la sensación de intranquilidad general, debe concluirse

---

<sup>7</sup> Donna, Edgardo Alberto; obra citada, pág. 298, quien toma la cita de Creus, Carlos; “Derecho Penal”, Tomo 2, Astra, 1995, pág. 106.

<sup>8</sup> Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, TEA, 10ª reimpresión total, 1992, pág. 695.

<sup>9</sup> Núñez, Ricardo C.; “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Vol. I; Marcos Lerner Editora, 1992, Pág. 174.

<sup>10</sup> Ídem nota anterior, pág. 184.

<sup>11</sup> Ob. Cit., en nota 6, pág. 404.

<sup>12</sup> “...los delitos contra el orden público son delitos que no recaen sobre ningún bien jurídico determinado, sino que se los reprime, no porque lesionen ese irreal orden público al que se hace referencia, sino que, al producir su efecto, que es la alarma colectiva, atacan el derecho a la tranquilidad que todos los ciudadanos tienen.”; GÓMEZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal”, t. V, p. 195, Buenos Aires, 1939.



necesariamente que para poder subsumir un pacto en el tipo sistemático aludido debe producirse el efectivo conocimiento por parte del público; la efectiva trascendencia desde la esfera privada de los asociados a la población en general mediante algún acto externo que lo evidencie; la efectiva publicidad de la existencia de una determinada y concreta *conventiculum*.

Si el bien jurídico que se pretende proteger es el efectivo sentimiento de desasosiego que la existencia de una banda criminal genera en la sociedad, necesario es, entonces, que dicha circunstancia sea conocida.

En palabras del cimero Tribunal nacional en el fallo “Stancanelli”<sup>13</sup> resulta que *“...si bien es cierto que la comisión de cualquier delito perturba la tranquilidad, la seguridad y la paz pública de manera mediata, algunos –tales como los incluidos en el mentado título- la afectan de manera inmediata, ya que el orden público es sinónimo 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...”*. Resulta ocioso reiterar que para que una organización de personas provoque zozobra social e inseguridad sobre el “espíritu y la serenidad de las personas que viven en sociedad”<sup>14</sup> debe necesariamente ser efectivamente conocida por la población en general, no pudiéndose punir exclusivamente el hecho de formar parte de una sociedad secreta por más que sus fines sean el de cometer injustos penales.

Ello es así porque se trata de un *“delito de preparación, en tanto reprime actos que normalmente quedan impunes, por no constituir siquiera comienzo de ejecución de un delito determinado (art. 42, Cód. Penal)”*<sup>15</sup>, es decir, que ni siquiera hay tentativa, por lo tanto, como se verá luego, de no alcanzarse la exteriorización de la existencia misma de la sociedad, se afectaría el principio de lesividad por no afectación de un bien jurídico ni por lesión ni por peligro concreto.

---

<sup>13</sup> “Stancanelli, Néstor E. y otro s/inc. de apel.”(LL 2001-F, 834); Fallos 324:3952.

<sup>14</sup> Iribarren, Pablo; “El delito de Asociación ilícita desde una perspectiva constitucional”. Sup. Penal “La Ley”, 2010 (septiembre), pág. 108.

<sup>15</sup> Ziffer, Patricia; “Lineamientos básicos del delito de Asociación Ilícita”; LL 24/12/2001.



Por otra parte, a la par de la necesidad de que la existencia de la banda sea al menos posible de conocerse, para poder ser temida la posible afectación de la tranquilidad pública, y con ello generar peligro, también será necesaria la posibilidad concreta de adquirir conocimiento acerca de la magnitud de los delitos que dicha asociación estaría dispuesta a cometer.

En efecto, una asociación ilícita conformada por tres *mecheras* con el exclusivo propósito de desapoderamientos menores de prendas de vestir en negocios indeterminados<sup>16</sup>, mal podría poner en jaque la tranquilidad pública, por lo que no habría afectación al bien jurídico pretendidamente protegido por la norma.

Además, en otros casos no tan evidentes como el del ejemplo, la determinación de la afectación o no del bien jurídico quedaría en manos del intérprete, afectando, nuevamente, el principio de legalidad. Acertadamente dice Pitlevnik<sup>17</sup> que “...la cualidad de un delito para afectar a ese orden... dependería de una apreciación desprovista de base legal, pues cada juez debería considerar ‘a ojo de buen cubero’ cuándo un acto ilícito afecta el orden público...”.

Acertadamente, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Decreto PEN 678/12) establece en su art. 212 que la asociación se encuentre “destinada a cometer delitos cuya pena máxima sea igual o superior a diez años...”, esto es, delitos de extrema gravedad, a estar a las escalas penales propuestas en el proyecto, capaces de afectar la sensación de sosiego del público en general.

### **3. Otras afectaciones a principios constitucionales.**

#### **3. 1. Principio de lesividad (art. 19, CN)**

Al analizar la figura en cuestión el grueso de la doctrina argentina afirmó desde antaño que es un delito autónomo de peligro abstracto, que se perfecciona con el solo

---

<sup>16</sup> Ejemplo tomado del Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Decreto PEN 678/12); comentario al art. 212, pág. 268.

<sup>17</sup> Pitlevnik, Leonardo G.; “Mayorías y minorías en torno al término “banda” como agravante del robo”; Jurisprudencia de Casación Penal; Patricia Ziffer –dirección-; Hammurabi, Tomo 2, pág. 24.



*acuerdo de voluntades* de cometer delitos indeterminados.<sup>18</sup> Es decir, que no requiere la lesión concreta de ningún derecho de tercero, ni el peligro concreto que ello suceda, sino que se reprime exclusivamente un pacto perteneciente al fuero íntimo de los sujetos asociados, es decir un acuerdo protegido por el principio de reserva (art. 19, CN).

El principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin ofensa a un bien jurídico, sea por lesión o por peligro concreto de afectación.

Pero, a modo de soporte teórico que permita adelantar en forma notable los momentos consumativos a etapas preparatorias, se ha recurrido a una clasificación de los delitos de peligro en dos especies: de peligro concreto y de peligro abstracto.

Tal como advierten agudamente Zaffaroni, Alagia y Slokar *“la legislación contemporánea tiende también a minimizar el bien jurídico mediante la proliferación de tipos del llamado peligro abstracto y además... mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios...”*<sup>19</sup>, pretendiendo legitimar aquellos *“diciendo o bien que el peligro se presume iure et de iure, o bien que se trata de peligro de peligro”*.

Ferrajoli, al referirse a la necesidad de lesividad concreta, alerta sobre que ello no concurre *“...en los denominados “delitos de peligro abstracto” o “presunto”, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como “peligro” que corre un bien, sino que se presume, en abstracto, por la ley... lo que viene a castigarse es la mera desobediencia o la violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma...”*<sup>20</sup>.

De todo ello entiendo que la doctrina nacional, a través del recurso de aceptar como válida la existencia de delitos de peligro abstracto, ha convalidado la existencia de un dispositivo legal que no cumple con el mandato del art. 19, C.N., ya que, como se dijera al tratar el punto del bien jurídico protegido, se presume por parte de la ley que

---

<sup>18</sup> Ver Donna, Tomo II-C, pág. 299; Núñez, Tratado, Tomo V, vol. I, pág. 189; Creus, Derecho Penal, Tomo 2, pág. 106; Gómez, Eusebio; “Leyes penales anotadas”, Tomo III, Ediar, 1954, pág. 409; Cornejo, Abel; Asociación Ilícita; Ad-hoc, 1992.

<sup>19</sup> Derecho penal, parte general, Ediar, 2000, pág. 122.

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi; “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.”; Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 479.



un mero agrupamiento de personas, aún con pensamientos contrarios al orden jurídico, es hábil para afectar la paz social sin siquiera hacer conocer sus intenciones o sin efectuar manifestación externa alguna de su voluntad criminosa.

Adviértase también que, por vía oblicua, se ha tratado de sortear ese obstáculo al pretenderse ampliar el elenco de bienes jurídicos que pueden ser afectados por la existencia de la *societas delinquentium*, sosteniéndose que se encuentran involucrados, a la vez, el patrimonio, la vida, la libertad, la seguridad, etc.”<sup>21</sup>, solo a fin de justificar la existencia de peligro concreto cuando, en realidad, solo existen malos pensamientos de actuar en el futuro.

### **3. 2. Principio de exterioridad**

El derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de ilicitudes definidas, que tiene por objeto la prohibición de acciones determinadas, en tanto sólo a través de éstas se pueden lesionar los bienes jurídicos objeto de protección penal. En consecuencia, donde no hay acción (exteriorización) no hay delito.

E implica, “...que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales...”<sup>22</sup>, resultando imposible el castigo de actos preparatorios al ingresarse dentro del ámbito de la moralidad o inmoralidad de una conducta que aún no ha tenido, desde el punto de vista jurídico, ninguna relevancia.

“Ningún daño por grave que sea, -sentenciaba Ferrajoli al tratar el principio de materialidad de la acción- puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores”<sup>23</sup>.

Es evidente que penar el mero acuerdo de voluntades para eventualmente delinquir en el futuro es lisa y llanamente ingresar en la esfera íntima y privada del individuo, castigando personalidades “enemigas” del derecho, actitudes del ánimo

---

<sup>21</sup> Cámara Federal Criminal y Correccional, Sala I “López Rega, José” 22/10/87.

<sup>22</sup> Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal - Parte General", Cuarta Edición, Barcelona, 1996, pág. 91.

<sup>23</sup> Obra citada, pág. 480.

peligrosas que aún no han ingresado siquiera en el principio de ejecución necesario para poder ser sancionadas por perturbar a un bien jurídico determinado.

### **3. 3. Principio de legalidad**

Tal como recuerda Roxin<sup>24</sup>, *“...por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley.”*

Es que resulta básico en un Estado de Derecho, tanto por sus fundamentos políticos, como por su estrecha relación con el principio de culpabilidad, que para que una acción pueda ser reputada delito es necesario que se describa previa y taxativamente en la ley: las leyes penales han de ser precisas, debiéndose evitar conceptos vagos o ambiguos.

Tal como enseñan los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar<sup>25</sup> *“...no bast(a) que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal...”*.

Para verificar la afectación a este principio, resulta de utilidad el voto del Dr. Martín M. Federico en autos: *“Giraudi, Pablo E. y otros”*<sup>26</sup>, citado por Pablo E. Iribarren<sup>27</sup> cuando dice que: *“... podemos afirmar con absoluta certeza, que lo único que el art. 210 define de manera indubitable es el monto de la pena; prisión o reclusión de tres a diez años, de allí en más todo lo que encontramos en los distintos autores son interpretaciones del texto legal pero lamentablemente nada, absolutamente nada, de lo que se pretende que la ley dice está dicho por la ley...”*. Para agregar, *“... lo grave es que*

---

<sup>24</sup> Roxin, Claus; “Derecho Penal, PARTE GENERAL, TOMO I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, pág. 167.

<sup>25</sup> “Derecho Penal. Parte General”, Ediar, 2000, pág. 116.

<sup>26</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1, LA LEY 2003-D, 27.

<sup>27</sup> Obra citada, pág. 108.

*ninguna de las respuestas se puede extraer de su texto sino de la imaginación de los distintos autores de lo que supuestamente el texto quiere decir...”*.

A modo de ejemplo del grado de indeterminación de la conducta reprochable en el tipo, adviértase que la doctrina nacional se vio obligada a exigir la existencia de cierta permanencia en la asociación para poderla diferenciar de la simple *conspiración*<sup>28</sup>, pero está claro que no es un requerimiento legal sino que ha sido una creación pretoriana a fin de no afectar el principio de taxatividad.

Precisamente, el anteproyecto citado requiere que la asociación de tres o más personas debe ser “estable” a fin de “*...no resolver todos los problemas de constitucionalidad, pero al menos intenta dar mayor racionalidad a la figura.*”<sup>29</sup>

#### **3. 4. Principio de proporcionalidad mínima**

Este principio básico del bloque constitucional argentino se caracteriza por la necesidad de adecuar la respuesta punitiva a la magnitud del bien jurídico afectado y se desoye cuando “*...la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto...*”, esto es, “*...que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado...*”.<sup>30</sup>

Obliga a establecer un orden de prelación de las lesiones previstas en los distintos tipos y, a la vez, que las magnitudes de penas establecidas para cada injusto guarde cierta coherencia.

En este sentido, es bueno recordar que la Corte de Justicia nacional ha declarado la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58 basándose en “*...en la desproporción de la pena amenazada para el robo de automotor con armas, pues parte de un mínimo que no sólo excede notoriamente al correspondiente a igual*

---

<sup>28</sup> Prevista expresamente, por caso, en el art. 17 del Código Penal español “*(...) legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP).* (Sentencia N° 7184/2010 del Tribunal Supremo Sala de lo Penal Español).

<sup>29</sup> Anteproyecto, pág. 268.

<sup>30</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, obra citada, pág. 123.



*delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles, sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple...".<sup>31</sup>*

Y aunque luego, con otra composición, se expidió por la constitucionalidad del decreto en cuestión, advirtió el máximo Tribunal: *"...son incompatibles con la Constitución las penas... que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel..."*<sup>32</sup>

Evidentemente se viola este mandato al establecerse para un delito contra el orden público –de contornos difusos como se dijo antes-, por el temor presumido ex ante de afectación de la tranquilidad, mayor pena que las previstas para los casos de efectiva concreción de ese temor en un daño concreto.

Si los delitos de Hurto –art. 162, C.P.-, Robo Simple –art. 164- y Estafas –art. 172 y 174, C.P.- tienen asignados penas que no superan en su máximo los seis años por ser delitos de efectiva lesión, mal puede un injusto que se encuentra en etapa preparatoria respecto de aquellos tener mayor sanción por el hipotético peligro de producción del resultado.

Razón llevaba entonces Soler al advertir que *"se trataba de un delito más próximo a una contravención, destinado a prevenir daños mayores mediante la formación de una segunda coraza defensiva"*<sup>33</sup>

Tampoco puede olvidarse en este acápite, a modo de destacar la genealogía perversa del instituto, que en cada etapa de convulsión política del país se recurrió al aumento de las penas del art. 210 (más allá del agregado de agravantes al tipo básico).

Recuérdese que la ley de facto 17.567 aumentó sensiblemente las penas de la figura básica, elevó la de los jefes y agregó el art. 210 bis, lo que fue derogado por ley 20509 en mayo de 1973. Luego, en la última dictadura cívico-militar, mediante ley 21338, con el expreso propósito de reprimir de los "delitos subversivos" no solo se

---

<sup>31</sup> CSJN, in re, "Martínez, José Agustín s/robo calificado", M.896.XXI.

<sup>32</sup> CSJN, in re, "Pupelis, María Cristina y otros", Fallos 314:424.

<sup>33</sup> Citado por Patricia Ziffer; "Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita"; LA LEY 2002-A, 1210.

umentaron los montos punitivos sino que se estableció la pena de muerte cuando la asociación tuviera aquellos fines (art. 210 ter).

Por ello, se advierte en el Anteproyecto citado, a fin de volver a la racionalidad del texto original de 1921, la previsión de una pena de entre dos y seis años de prisión para la figura básica, esto es, para los que pongan en peligro el bien jurídico en forma notoria al referirse a los que tengan una pena de diez años de prisión<sup>34</sup>.

### **3. 5. Principio de "non bis in idem"**

Como bien advierte Almada<sup>35</sup>, al reprimir el delito de Asociación Ilícita actos preparatorios a partir de los cuales se van a consumir distintos ilícitos, nos encontramos frente a una misma conducta que se va a penar dos veces. Al igual que sucede en cualquier delito, por lo general, es amplio el *iter criminis* desde la ideación del injusto hasta su total agotamiento. La aplicación conjunta de ambas figuras (por ejemplo: asociación ilícita y robo) llevaría a la doble imposición de pena por preparar el delito y por consumarlo.

Agudamente decía el maestro Ferrajoli, al proponer la supresión de los delitos de asociación, que “...*implican duplicar la responsabilidad por los delitos comunes de los que son sólo un medio...*”<sup>36</sup>.

En efecto, si el principio aludido prohíbe la doble persecución por el mismo hecho más allá de su calificación jurídica, la punición del acto asociativo en concurso con el o los delitos ejecutados por la banda resultarán una clara violación del principio contenido en el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

## **4. Conclusión**

---

<sup>34</sup> Anteproyecto, citado, pág. 483.

<sup>35</sup> “El delito de asociación ilícita”; Almada, Victoria Inés; LA LEY 2005-B, 987.

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, obra citada, pág. 479.



Con los elementos de juicio expuestos en los párrafos anteriores, considero que puede al menos cuestionarse la forma en que el delito de Asociación Ilícita fue plasmado en el repertorio penal argentino.

La falta de determinación concreta del bien jurídico protegido, la afectación palmaria al principio de máxima taxatividad legal en todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, la flagrante desatención al postulado de exterioridad y lesividad de la acción penalmente relevante, hacen que la figura en cuestión, más allá de su exitosa utilización para fines procesales y mediáticos, sea cuestionable al confrontarse con los principios básicos que limitan el *ius puniendi* estatal.

Por ello, sin perjuicio de conocer que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de inmensa gravedad institucional, por cuanto una ley sancionada por otro poder del Estado debe presumirse legítima y operativa, no menos cierto es que *“cuando la repugnancia de la norma con la Constitución sea manifiesta, clara e indudable”* (CSJN, “Pupelis”, Fallos 314:424) así debe declararse por parte de la jurisdicción quien, en definitiva, es el garante de la plena vigencia de la Carta Magna<sup>37</sup>.

Sin perjuicio de ello, se impone destacar que, aunque no en todos los aspectos cuestionados, se han ocupado los autores del Anteproyecto de Código Penal de atender algunos de los puntos neurálgicos de la cuestión –tal como lo venía reclamando parte de la doctrina- al establecer expresamente en el tipo el requisito de ‘estabilidad’ de la asociación, al adecuar las penas previstas al mandato de racionalidad al grado de afectación del bien jurídico y al establecer la gravedad de los delitos que la banda pretende cometer en el futuro para poder determinar el bien jurídico afectado por la sociedad criminal.

---

<sup>37</sup> Ver mi voto en autos “Montenegro Mauricio Rolando y otro p.s.a. robo con arma de fuego”, de la Excma. Cámara del Crimen de Trelew,

