

**TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.**

**TEMA: PARTE ESPECIAL: Asociación ilícita -art. 210-.**

**AUTORES: DAMIANA GACZYNSKY Y CRISTIAN MELERO**

**TEXTO VIGENTE:**

## **Capítulo II**

### **Asociación ilícita**

ARTICULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTICULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION ACTUAL:**

**ARTÍCULO 210.-**

1. Se impondrá con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) 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. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena de prisión será de CINCO (5) años.

2. Se impondrá prisión de CINCO (5) a VEINTE (20) años, al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos, si la acción contribuye a poner en peligro la vigencia de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, siempre que ella reúna por lo menos DOS (2) de las siguientes características:

1º) Estar integrada por DIEZ (10) o más individuos.

2º) Poseer una organización militar o de tipo militar.

3º) Tener estructura celular.

4º) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.

5º) Operar en más de UNA (1) de las jurisdicciones políticas del país.

6º) Estar compuesta por UNO (1) o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.

7º) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior.

8°) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

3. Se impondrá prisión de TRES (3) a OCHO (8) años, al que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en los apartados 1 y 2, tuvieran por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del**

**Ministerio de Justicia:**

No posee un correlativo en este anteproyecto.

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION DECRETO 678/2012:**

ARTÍCULO 212.- Asociación ilícita

1. Será penado con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, el que tomare parte en una asociación estable de tres o más personas, destinada a cometer delitos cuya pena máxima sea igual o superior a seis años.

2. La pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de prisión cuando tuviere alguna de las siguientes características:

- a) Estuviere integrada por diez o más individuos.
- b) Tuviere organización militar, de tipo militar, o estructura celular.
- c) Dispusiere de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo.
- d) Operare en más de una provincia o también en el exterior.
- e) Participaren en ella uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad.
- f) Tuviere conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior.

g) Recibiére apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

3. Serán penados con prisión de TRES (3) a QUINCE (15) años, los que tomaren parte en una asociación que tuviere por finalidad cometer los delitos previstos en el Título I del Libro Segundo de este Código, o que pusieren en peligro la vigencia de la Constitución Nacional o de las Constituciones provinciales.

### **ANALISIS:**

Siguiendo la línea del Título en análisis, el bien jurídico protegido es el orden público, entendido como una paz social que es quebrantada al conocer la sociedad la existencia de asociaciones dedicadas a delinquir, lo cual produce un temor general.

Y aquí, ha de repararse –a nuestro entender- en el conocimiento que debe tenerse en la colectividad respecto de la existencia de una asociación dedicada a la delincuencia, mediante cualquier acto de exteriorización, lo cual conlleva una suerte de publicidad, sin que ello implique la individualización de sus miembros, por cuanto sería dudosa la posibilidad de quebrantar el orden público en caso de que la asociación sea secreta.

La conducta punida consiste en ser miembro de una organización compuesta con un mínimo de tres personas, que tenga como objeto la comisión de delitos, sin necesidad de que dicho objeto sea el único o principal. Se reprime por la sola circunstancia de ser parte, sin importar la concreción efectiva de ciertos delitos, ni su grado de participación y responsabilidad en cada uno de ellos. Asimismo, se contempla como agravante la calidad de líder o jefe de dicha banda. Nótese que el articulado utiliza como sinónimos ambos términos.

La asociación se diferencia de un delito que sea meramente cometido por varias personas, dada la pertenencia de sus miembros a una organización estable, con funciones divididas, actividad organizada, con voluntad de los integrantes de cometer diversos ilícitos penales.

Se trata de un delito doloso, que se consuma con el sólo hecho de pertenecer a la asociación, continuado hasta que dicha permanencia finalice por cualquier motivo, como ser por ejemplo la reducción de sus integrantes a sólo dos. Asimismo, respecto de los delitos que cada miembro cometa –sin importar el grado del iter criminis alcanzado- se producirá un concurso real respecto del delito en particular, y la asociación ilícita.

Como primera crítica, entendemos que el articulado debería haber sido delimitado a que los delitos que sean objeto de la asociación deberían tener especial magnitud, lo cual sea la plataforma de una efectiva afectación del orden público, tal como se encontraba previsto en el anteproyecto que data del año 2012, en tanto establecía que debía estar “destinada a cometer delitos cuya pena máxima sea igual o superior a seis años.” Sólo en tal caso es posible la afectación del bien jurídico tutelado, entendido como un estado de conmoción generalizado en la sociedad. Caso contrario, podría sostenerse el ejemplo de punir como asociación ilícita a una organización estable de tres miembros que se dedican a hurtar, lo cual devendría en dos ilógicos: el primero sostener que tal conducta tenga la entidad de afectar el “orden público”, el segundo sería la posibilidad de merecer más pena por formar parte de la banda, que por los delitos en particular que efectivamente se cometan, lo cual a su vez afectaría el principio de proporcionalidad de la pena.

Y es que la redacción propuesta por la actual comisión, mantiene la circunstancia de que la determinación de la afectación -o no- al bien jurídico, siga en manos de cada intérprete judicial, lo cual va en contra del principio de legalidad que impera en nuestro sistema Constitucional, en tanto se maneja discrecionalmente la posibilidad de imputar dos delitos en vez de uno, cuando la conducta haya sido sólo una, violándose entonces el principio de “non bis in ídem”. Ello abre la puerta a que, dada la escasa delimitación del tipo penal en análisis, éste pueda ser utilizado en su imputación con fines meramente procesales, como podría ser la imposibilidad de acceder a una excarcelación, amén de que, dada una eventual condena, la misma resultaría mucho más grave que si sólo recayera por los delitos cometidos (o tentados).

Aquí lo que pretendemos ilustrar también, es cierta afectación al principio de legalidad, en tanto la delimitación del articulado viene dada por construcciones doctrinarias y, en ciertos casos, jurisprudenciales, límites éstos que no surgen de la llana lectura del texto propuesto, violentando así el precepto de que los tipos penales deben ser autosuficientes, precisos, sin conceptos vagos o ambiguos.

Luego, tal como se adelantó, se reprime la sola circunstancia de ser parte de la asociación que tiene como fin cometer delitos, sin encontrarse como exigencia la efectiva comisión o intento de alguno de ellos. En tal senda, se avizora que al tipo penal propuesto poco le importa la efectiva lesión a un derecho de tercero, sino que lo que es digno de reprimenda resulta ser un acuerdo puramente íntimo de cada uno de los integrantes, situación de dudosa constitucionalidad a la luz del principio de reserva de nuestra Carta Magna.

Respecto del apartado tercero del artículo propuesto, entendemos que la redacción del mismo genera dudas en cuanto a su ámbito de aplicación y alcance. Nótese en primer lugar que el elemento de cantidad de personas es eliminado, por lo que bien podría tratarse de una asociación o agrupación de solo dos personas. Asimismo, uno de los elementos del delito es que las asociaciones o las agrupaciones respecto las cuales la persona forme parte “tuvieran por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor”, ahora bien, no se indica que aquellas acciones que realicen las personas se circunscriban a la comisión de ilícitos. Así, pareciera que si se aplica fuerza –sobre las cosas o personas, que podría constituir los delitos de daños o lesiones–, o temor –que podría constituir el delito de amenazas–, y tales acciones no puedan ser calificadas como ilícitos, entonces igualmente se podría subsumir tales conductas en el apartado tercero del artículo 210. El delito así tipificado resulta de dudosa constitucionalidad, pues no parece empeñarse en la protección del orden público, sino que busca sancionar la libertad de expresión.

### **JURISPRUDENCIA:**

En apoyo del análisis efectuado, se trae a colación un extracto del voto del Dr. Martín M. Federico en autos: “Giraudi, Pablo E. y otros” del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1, que data del 19/3/03: “... *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... lo grave es que 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...*”.

Se ha expedido al respecto nuestro Máximo Tribunal en el fallo “Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad” -causa n° 798/95, en fecha 20/11/2001, estableciendo que: “(...) *es necesario distinguir cuidadosamente la mencionada figura del acuerdo criminal, ya que aquélla requiere un elemento de permanencia ausente en este último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos (...)*”.