

Crimen organizado y criminalidad organizada.

El delito de asociación ilícita como herramienta político criminal

Mariano Micieli¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Crimen organizado; III.- Criminalidad organizada; IV.- Política criminal de un Estado frente al crimen organizado y a la criminalidad organizada; V.- La figura de la asociación ilícita; VI. - Técnicas especiales de investigación; VII.- Conclusión; VIII.- Bibliografía; IX.- Anexo de entrevistas.

RESUMEN: El crimen organizado es un fenómeno delictivo global cuya nota característica es, en nuestros días, el carácter transnacional. Asociaciones, grupos o estructuras sostenidas y conformadas con el objeto de cometer delitos y obtener un provecho o rédito económico de grandes proporciones y que se mueven y operan sin importar las fronteras nacionales de los distintos estados, valiéndose de “negocios lícitos” para la inserción de ese producto del ilícito al circuito legal. A este fenómeno le sigue, desde un escalón más abajo, un tipo de criminalidad territorialmente configurada la que, en esencia, representa en una menor escala una estructura igualmente organizada con el mismo objetivo, obtener un rédito económico, y que carece de ese elemento transnacional pero sí mantiene una operatividad tanto local como interjurisdiccional y/o interprovincial. Frente a este

¹ Abogado, Universidad Empresarial Siglo 21 (2021). Diplomatura en Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de José C. Paz (2021). Magister en Política Criminal, Universidad de Salamanca (2024). Auxiliar Letrado, Fiscalía nro. 2 de Mercedes, Provincia de Buenos Aires. Contacto: 02324 15476838. Mail mariano_micieli@hotmail.com

espectro, la asociación ilícita se erige como una figura “pensada” por el legislador para afrontar la comisión de delitos ejecutados con una organización y premeditación específica y determinada. Veremos cómo del análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional argentina se desprenden las ventajas y dificultades de la aplicación de este tipo penal tan complejo como difuso.

PALABRAS CLAVE: Asociación ilícita, crimen organizado, criminalidad organizada, Argentina.

ABSTRACT: Organized crime is a world wide phenomenon whose characteristic note is its transnational dimension. Associations, groups or structures formed and sustained with only one objective: committing crimes to profit from it, in large scales, operating regardless and beyond the borders of a national state, creating in some occasions legal business in order to introduce profits into the legal circuit (money laundering). Beyond that, one step behind of classical organized crime structures (ex. The mob), there are organized criminality groups, which shows, in a national or domestic way, less ranged organizations with fewer means and logistics, without that transnational side, but just as dangerous as the others, representing a local or even interstate threats to the security of a country. In this context, racketeering legislation in Argentina works as a tool, powered by the national congress, in order to fight and sanction this kind of criminality. The objective of this pages is to analyze, through the doctrine and jurisprudence, the pros and cons of this diffuse legislation.

KEY WORDS: racketeering, organized crime, organized criminality, Argentina.

I.- Introducción

a) La justificación. Objetivos

El crimen organizado y la criminalidad organizada se erigen como dos fenómenos de similares características -más allá del alcance particular de cada uno de ellos- con capacidad de amenazar y afectar no solo el funcionamiento de los estados municipales, locales, provinciales y nacionales; sino también, a la población civil residente de dichas áreas, destacando de esta manera la necesidad de implementar mecanismos eficaces para su lucha.

Sin ingresar a analizar los motivos por los cuales se originan y perpetúan estos fenómenos (contextos de desigualdad social, ausencia del estado, violencia estatal, imposibilidad de acceso a los derechos básicos, etc., elementos igual de importantes para comprender, en parte, estos fenómenos) se observa que la figura prevista por el art. 210 del Código Penal Argentino aparece como una voluntad manifiesta del legislador para intentar abordar y sancionar, de alguna manera, ciertos casos de criminalidad organizada y/o crimen organizado que muchas veces pueden verse interconectados.

El objetivo del presente trabajo radica, justamente, en analizar su relevancia, idoneidad o incapacidad para conformar una herramienta político criminal eficaz en su lucha.

No podía abordarse el análisis y la importancia de esta figura sin adentrarnos a su vez en aquellos aspectos negativos y que deben necesariamente ser estudiados con el objeto de evitar un uso desvirtuado de la figura en casos en los que, si bien podríamos encontrarnos frente a actividades delictivas, el único objeto de la aplicación de la figura es estrictamente punitivo.

De esta manera, el objeto del presente trabajo será analizar desde una perspectiva del derecho nacional, desde la óptica doctrinaria y jurisprudencial, la figura de la asociación ilícita para luego adentrarnos en las implicancias propias de su utilización y las herramientas que la subsunción de un caso dentro del tipo de asociación ilícita puede traer aparejado.

b) Metodología

Como se ha dicho, se hará hincapié, primeramente, en la definición de crimen organizado propiamente dicho desde una óptica universal (Naciones Unidas), y también, un abordaje de un segmento inmediato inferior a aquel que es la criminalidad organizada.

En segundo término, se analizará la figura en trato desde una óptica doctrinaria (académica) y jurisprudencial (práctica judicial) con el objeto de comprender y determinar aquellos puntos más polémicos y problemáticos en torno a su utilización; así como también los desafíos que acarrea su aplicación.

En tercer término, se analizará la implicancia propia de la subsunción de un caso concreto en la figura penal analizada y la consecuente habilitación que acarrea respecto de las técnicas especiales de investigación.

Por último, con el objeto de dar un aporte empírico a la cuestión, se analizarán los puntos mencionados a la luz de entrevistas a distintos operadores judiciales con el objeto de conocer su parecer respecto de la figura en trato y los desafíos en su aplicación cotidiana.

Las limitaciones de espacio de este trabajo impiden un análisis más profundo de estas interlocuciones que ilustran, eso sí, sobre el encaje del tipo analizado desde la perspectiva cotidiana desde el estamento judicial. Así pues, la metodología hace uso de la lectura crítica y analítica de la bibliografía relacionada y su contrastación mediante la técnica de la entrevista orientada y no/estructurada en opinión de los actores judiciales consultados.

II.- Crimen organizado

a) Marco conceptual

Cuando se habla de crimen organizado es imposible no pensar en cuestiones como el narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, etc. Sin embargo, en principio, diremos que se trata de una estructura o de un grupo de personas organizadas, que operan de manera coordinada y premeditada y en pos de un objetivo común que es la obtención de ganancias monetarias a través de cualquier tipo de actividad ilícita, en consonancia con la definición universal que veremos a continuación.

Si desmembramos aún más esta definición de grupo, podremos observar que se caracteriza por tener una estructura o recurso humano importante, con multiplicidad de miembros, con una estricta división de tareas o roles en el que cada uno, en pos de ese objetivo común, lleva a cabo un rol específico que puede no necesariamente ser siempre el mismo.

Estamos hablando de organizaciones que cuentan con gran cantidad de recursos —no solo humanos— sino también de financiamiento, equipamiento, logística (vehículos, elementos de comunicación, propiedades, etc.) y primordialmente, en las más de las veces, con un alto poder de fuego, es decir, armamento y fuerzas de choque.

A su vez, la colocación de las ganancias y el blanqueo de capital obtenido por intermedio de esas actividades ilícitas en negocios genuinos que permitan introducir las ganancias generadas al mercado financiero de manera de que pueda ser justificado como “lícito” y posteriormente utilizado.

Sumado a ello, lo que considero le da la nota característica a este fenómeno es, por un lado, el carácter transnacional de las operaciones, es decir, la operatividad de estos grupos tanto dentro como fuera de las fronteras de los estados del que originalmente vienen; mientras que, por el otro, la implicancia o participación directa del estado en estas actividades delictivas, ya sea por acción u omisión intencionada de sus operadores: del sistema de las fuerzas de seguridad, de gobierno, judicial, etc.

b) Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

En lo que hace a la delincuencia organizada transnacional, en el año 2000 se sancionó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, 2000) ².

En su cuerpo normativo, más precisamente en su artículo 2do., la convención enumera de manera taxativa aquellos elementos que deben encontrarse presentes en una organización criminal para decir, en definitiva, que nos encontramos frente a un actor del crimen organizado.

A su criterio, entonces debemos contar con la presencia de:

“...un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material...” (Convención de Palermo, 2000).

Con arreglo a la convención, arrojando algunas definiciones respecto de la noción allí utilizada de “grupo delictivo organizado”, se impone la mención de que se trata entonces de un grupo conformado de la manera dispuesta precedentemente con el objeto de cometer delitos de gravedad (con una pena privativa de la libertad mínima de al menos cuatro años), destacando que el grupo debe estar conformado inequívoca y deliberadamente para la comisión de distintos tipos de delitos indeterminados (descartando de esta manera los conciertos ocasionales para la comisión de hechos aislados), teniendo por objeto la obtención,

² Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Transnacional (Convención de Palermo)

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

a través de estas actividades, de beneficios, réditos, ganancias, etc. económica, ya sea dineraria o material.

c) Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Ahora bien, por qué es importante hablar del crimen organizado. Distintos son los documentos que a lo largo de los años se han ido confeccionando desde los organismos regionales de protección de los derechos humanos. Principalmente, en lo que respecta al Estado Argentino y al resto de América Latina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- ha ido produciendo una serie de informes sobre la temática, en los que analiza las implicancias propias de este tipo de fenómeno delictivo global y su impacto diversificado en la región.

Como referencia, debemos tomar el parámetro de algunos países de Centroamérica y, principalmente, el caso de México en el norte de Centroamérica, como indicativos de la presencia de un estado nacional (con sus respectivos estados federales) inmersos en un profundo nivel de violencia generado por distintos grupos delictivos, pudiendo observar a su vez que esa violencia individual o grupal –si se quiere– proveniente de privados se ve replicada y reproducida por los miembros de la sociedad civil, así como también por el propio poder estatal. Y lo que es peor, la connivencia entre este último grupo y el crimen organizado.

Como veremos, dicha situación configura un círculo de violencia en el que participan gran cantidad de personas y en el que se ven afectados los derechos humanos de segmentos de la población en situación de vulnerabilidad y desigualdad estructural: niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas LGBTIQ+, pueblos indígenas, entre otros.

En un informe confeccionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre México (CIDH, 2015)³ se efectuó un relevamiento de las actividades delictivas de mayor presencia y dañosidad en el país. En este sentido, se indica en el informe la presencia de gran cantidad de grupos organizados que actúan en colusión con el poder punitivo del estado.

³ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf>.

Las actividades de mayor injerencia en ese sentido resultan ser el narcotráfico y los delitos conexos vinculados al mismo (robos, extorsiones, asesinatos, secuestros, etc.), trata de personas, tráfico de migrantes y de armas.

Estas actividades se ven desatendidas o incluso fomentadas e impulsadas por los distintos agentes estatales (en los distintos niveles), allí donde se crea un escenario de impunidad y descontrol potenciado entre el crimen organizado y el estado.

Como bien indica el informe (CIDH, 2015), la injerencia estatal en este tipo de actividades registra una doble dimensión de igual dañosidad: por un lado, estamos hablando de un accionar directo de las fuerzas de seguridad en las actividades propias del crimen organizado (CIDH, 2015, considerandos 143 a 153) o incluso en graves violaciones a los derechos humanos, como ser asesinato de periodistas, desapariciones forzadas, etc. (CIDH, 2017); mientras que, por el otro, ese escenario de impunidad frente a la falta de respuesta estatal prepara el terreno para la aparición de, por ejemplo, grupos paraestatales, como en el caso de México, las autodefensas y las fuerzas privadas de seguridad (CIDH, 2015, p. 39 y 41).

III.- Criminalidad organizada

a) Marco conceptual

Hasta aquí lo dicho, dentro de los supuestos delictivos enumerados a nivel convencional en el Código Penal de la Nación, principalmente por ser objeto de estudio el caso de la Argentina, podremos observar que en un extremo tendremos la operatividad de ciertos grupos delictivos sumamente organizados de la forma descrita en el capítulo anterior, cuyo escenario de operaciones, como se dijo, se extiende a lo largo de un vasto territorio nacional o, incluso, por fuera de las fronteras del estado.

En el otro extremo, nos encontraremos con la comisión de delitos aislados relacionados con la violencia individual, delitos contra la propiedad, delitos cometidos en contra de la integridad sexual de las personas, de su libertad, etc.

Ahora bien, podremos decir en ese sentido, que existe un segmento intermedio en el que se registra el accionar de determinados grupos delictivos que, de manera concertada, organizada, premeditada, con estricta división de roles y

funciones, cometen determinados delitos de gravedad y que tiene por objeto la obtención de beneficios económicos⁴.

Si tuviéramos que diferenciar estos de los grandes grupos como podría ser, por ejemplo, un cártel del narcotráfico, podríamos decir que el ámbito de operaciones resulta ser más local, incluso interestatal, las ganancias no resultan tan prolíferas como aquellas provenientes del tráfico de drogas; sin embargo, podemos decir que estos grupos constan de una estructura sólida, con medios logísticos, con tareas de inteligencia previa, con armamento, con medios dispuestos para lograr un fin común, etc. y que –de esta manera– cumplen con la mayoría de los requisitos establecidos incluso por la convención, salvando la distancia primordialmente del carácter transnacional de las organizaciones que describimos⁵.

Estamos hablando de grupos delictivos conformados para cometer estafas, defraudaciones, cibercrimes, delitos contra de la propiedad, homicidios, etc. Incluso aquellos delitos conexos a los mencionados en la Convención de Palermo (2005) que, a raíz de las distintas legislaciones, como para el caso argentino, fueron siendo delegados gradualmente del ámbito federal al penal ordinario de las provincias (ej. la desfederalización de las drogas, trata de personas y delitos conexos, etc.)⁶, es decir, actividades delictivas que han ido quedando en manos de la justicia penal ordinaria y en la que se observa, muchas veces, un alto grado de organización para su comisión.

IV.- Política criminal de un Estado frente al crimen organizado y a la criminalidad organizada

a) El caso argentino

Cuando hablamos de la política criminal de un estado estaremos necesariamente hablando de cuáles son las problemáticas o temáticas vinculadas a la seguridad y al delito a las que un estado presta especial atención y sobre las cuales, eventualmente, dictará por intermedio de los mecanismos convencionales y constitucionales designados al efecto, las leyes para su prevención, represión, sanción, etc.

⁴ Cf. Sebastián A. Villalba -anexo entrevista-.

⁵

⁶

Esto se ve reflejado, por ejemplo, en las directrices que el propio estado argentino prevé y a las que presta especial atención como aquellas actividades ligadas al crimen organizado. De acuerdo al contenido de la página oficial del gobierno ⁷, el estado argentino enumera a las mismas como: narcotráfico, trata de personas, tráfico de armas, delitos ambientales, robo automotor y venta ilegal de autopartes, contrabando de mercancías y granos, lavado de dinero, cibercrimes.

En una menor escala y de acuerdo a la división jurisdiccional de la administración de justicia, seguridad, etc., la política criminal de un estado provincial o municipal se puede ver reflejada en su organización estructural. Si nos adentramos dentro del sitio web, por ejemplo, del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires ⁸, podremos ver que cada departamento judicial posee una disposición de los recursos diferentes. Veremos fiscalías de turno, fiscalías especializadas en estupefacientes, en delitos complejos, en delitos cometidos contra el transporte de cargas, delitos vinculados con la violencia de género, delitos cometidos en contra de la integridad sexual de las personas, etc.⁹

Ello da cuenta de una atención especial que la cabeza de una provincia y de cada departamento judicial toma en consideración a la hora de establecer la distribución de los procesos penales (hechos delictivos) que se cometen en un determinado ámbito territorial y la necesidad de abordar, de manera específica, determinada o determinadas temáticas.

Con la precaución que debe tenerse en cada caso, se han ido incorporando distintas figuras objeto de análisis y que han generado distintas controversias, válidas en cierto punto, por generar en algunos casos, un avasallamiento de derechos.

⁷ <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/abordaje-crimen-organizado/criminalidad-organizada>.

⁸ <https://www.mpba.gov.ar/mapa>.

⁹ Cf. Pablo Merola -anexo entrevista- “...*Ante recursos escasos, hay que priorizar. Y al priorizar viene la política criminal. ¿Qué es la política criminal? Es esto, son decisiones estatales de persecución penal. El primer lineamiento viene dado por el legislador que dice que cosas son delito y que cosas no lo son. El segundo viene dado en la organización de la provincia de Buenos Aires por las instrucciones de la Procuración, en que poner el eje. Y después viene completado por los lineamientos o las instrucciones de que pueda dar la Fiscalía General. A través de instrucciones generales, alguna situación puntual en alguna causa o básicamente en la organización del Ministerio Público, las reuniones para interactuar con los fiscales...*”.

Resulta de interés el artículo escrito por Zaffaroni (2007) titulado “Globalización y crimen organizado”, donde relata los peligros de las injerencias estatales sobre los derechos individuales a la hora de legislar en materia penal sobre determinadas situaciones de hecho, pensadas para combatir al crimen organizado pero que pueden generar un menoscabo en los derechos de los sujetos y, a criterio de esta parte, una lesión de extrema gravedad en aquellos casos en los que determinadas figuras no deben ser aplicadas.

Indicó en ese sentido Zaffaroni (2007) que:

“...la pretendida guerra contra el crimen organizado y su consorte (la corrupción) se pretende llevar a cabo sólo mediante el uso del poder punitivo, habilitando mayores ámbitos de discreción policial, con efectos claramente paradójales y en ningún caso con eficacia preventiva, como lo muestra el creciente perfeccionamiento de las organizaciones que practican todas las formas de criminalidad de mercado y la impotencia frente a los crímenes de destrucción masiva e indiscriminada propios del vulgarmente llamado terrorismo...” (p. 8).

A todo evento, resalta el mencionado autor que, a partir de estas nuevas legislaciones, se incorporan figuras penales de peligro abstracto, se sancionan los actos preparatorios, se crean nuevas figuras como la *conspiracy*, se aumentan las penas, etc. (Zaffaroni, 2007, p. 9).

V.- La figura de la asociación ilícita

a) El caso argentino. Nociones Previas

Antes de ingresar al análisis de la figura propiamente dicha, debemos efectuar un pequeño repaso del ingreso de la figura de la asociación ilícita al sistema penal argentino, es decir, adentrarnos en los motivos que llevaron al legislador a incluirla dentro de aquellas conductas sancionadas por la ley.

Tal como resalta Ziffer (2007), la figura de la asociación ilícita se encontraba prevista en el proyecto de Código Penal Argentino del año 1891 -CP-, incorporado definitivamente en el año 1921, refiriendo que alcanzó su estado definitivo, aún vigente, con la sanción de la ley 23.077 (2007).

Adentrándonos en los motivos que se barajaron para la agregación de dicha figura, uno de los documentos más antiguos encontrados da cuenta de los motivos por los cuales se procedió a la incorporación a debate, y posteriormente al Código Penal, de la figura de la asociación ilícita. Así, en el texto “Exposición y Crítica del

Código Penal de la República Argentina”, el Dr. Rodolfo Rivarola (1890) (entonces ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires) analiza el proyecto del Dr. Tejedor, el de la comisión revisora y el de la comisión de la cámara de diputados; y expone sobre la figura en análisis que:

“...No puede citarse en apoyo de la disposición, ni la importante autoridad de código español, ni la de sus comentadores. Lo que allí se castiga y lo que por éstos ha sido discutido es si la conspiración y la proposición son punibles por sí mismas, esto es, independientemente de la ejecución ó tentativa de ejecución de delito. La conspiración es exactamente lo que llamaremos complot: “existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. La discusión ha subsistido sobre este punto: si debiera ser o no penada la conspiración para todo género de delitos ó sólo para delitos determinados, y alternativamente se ha consignado uno ú otro principio en las diversas reformas de código. La sociedad tiene necesidad de defenderse de la asociación para el delito, pero la solución de la cuestión no queda resuelta con justicia dentro de aquellas reglas. La solución está en fijar los caracteres en que la asociación para delinquir es por sí misma un daño efectivo para la sociedad é indispensable su represión. Conocida es la existencia de las bandas de ladrones en las grandes ciudades y aún de asociaciones para otro género de delitos ó para ejecutar delitos indeterminados. Tales asociaciones deben necesariamente ser reprimidas, y sus asociados ser penados por el solo hecho de asociarse. Así lo hacen muchos códigos europeos y el reciente código de la República Oriental del Uruguay...” (p. 248-249).

En el proyecto de Código Penal argentino redactado en el año 1898, se incluyó dentro del apartado de los delitos contra el orden público, los artículos atinentes a la asociación ilícita.

Sobre ello, en este apartado, Piñero, Rivarola y Matienzo (1898) dijeron que:

“...El código penal vigente no contiene ninguna disposición encaminada a proteger el orden social contra las perturbaciones ocasionadas intencionalmente, cuando ellas no infieren alguna lesión inmediata a ún derecho determinado (...) En los artículos 252 y 253, prevemos las asociaciones ilícitas, comprendiendo el primero, las que tienen por objeto cometer delitos y, en el segundo, las prohibidas por la ley. Aquí también hemos procedido de acuerdo a los principios de la legislación comparada, que ponen un justo límite a la libertad de asociación. La constitución nacional, solo garante, en su artículo 14, la asociación que tenga fines útiles, calificativo que no conviene, por cierto, al propósito de violar las leyes característico del delito que nosotros prevemos...” (p. 213-214).

En esta senda, se expidió la Comisión de Reformas Legislativas el 19 de diciembre de 1904. En esa oportunidad, se dijo al efecto que

“...Se ha resuelto así suprimir las disposiciones sobre el complot, teniendo en cuenta que él no constituye sino una forma especial de delincuencia ó de la complicidad. Los que formen complot, serán autores ó serán cómplices, con arreglo a las disposiciones generales, sin necesidad alguna de dictar á su respecto preceptos de orden particular. Lo mismo hemos resuelto con referencia a las bandas, de las cuales hacemos un delito en la parte especial del Código, siguiendo el ejemplo de muchas legislaciones, que consideran con toda razón, que una asociación cuyo fin es el delito, debe ser castigada por el hecho sólo de su organización. Por lo demás, las reglas generales sobre tentativa ó delincuencia y complicidad, serán suficientes para determinar la parte de responsabilidad que tiene cada uno de los miembros, sea en los delitos cometidos ó tentados, sea en la formación de la misma banda...” (p. 45-46).

b) El delito de asociación ilícita en el Código Penal Argentino

En definitiva, con la sanción de la ley 20.642 (1974) quedó redactado de manera definitiva el artículo 210 del Código Penal que refiere que

“...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 sólo 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...” (Código Penal de la Nación Argentina).

La cuestión relacionada con la asociación ilícita ha sido ampliamente abordada desde la doctrina y la jurisprudencia. Existen varios exponentes que han ido abordando el tema sistemáticamente desde su aplicación práctica, sus notas típicas y también sus dificultades, atendiendo principalmente, a la cuestión vinculada al adelanto de punibilidad que supone en torno a la sanción de actos preparatorios, no desde la comisión de un hecho concreto, sino desde la perspectiva de la simple pertenencia a un grupo conformado y destinado específicamente para cometer delitos¹⁰.

¹⁰ Cf. Leandro Marquiegui -anexo entrevista- *“...Para mí es el tipo penal por excelencia para utilizar ¿no? Si bien no está bien receptado porque por lo general la asociación ilícita queda siempre fuera, me parece que es la figura que en principio hay que utilizar para englobar esto. La asociación ilícita no puede faltar digamos. Después si encontramos que eso engloba en alguna práctica específica que esté regulada como por ejemplo en la ley de estupefacientes, bueno, ahí se verá si queda desplazada o no la asociación ilícita. Pero me parece que la asociación ilícita es el disparador para englobar esta conducta y tener comprendida toda la actividad de la banda, de la asociación. De la organización digamos...”*

c) Perspectiva doctrinaria del artículo 210 del Código Penal argentino

Ingresando a la cuestión, tal como hasta aquí se indicó, la razón de ser de este tipo penal específico y autónomo se funda en la sanción de actos preparatorios que por su peligrosidad latente generan alarma social y provocan un sentimiento de amenaza para la seguridad, palabras muy vagas cuando debemos hablar de tipos penales que, justamente, deben contener de manera clara y específica, taxativa, cual es la conducta a sancionar y el bien jurídico a proteger.

Así, el legislador entendió que el delito que nos convoca debía ser de aquellos pensados para la protección o resguardo del bien jurídico “orden público”.

Claro está que, con el avance y el paso del tiempo, las percepciones sobre la criminalidad y sus implicancias, las consideraciones sobre la lesividad de determinadas conductas, etc., atendiendo a la distancia existente entre la sanción de código penal -o al menos aquella disposición que incorporó la figura de la asociación ilícita- hasta nuestros días; van cambiando. Las interpretaciones se van volviendo –con justicia– restrictivas y acotadas a un ámbito o espectro de la realidad, atendiendo justamente a la lesividad que un tipo penal de estas características implica.

i. Bien jurídico protegido

Orientando el tema aquí tratado hacia la cuestión del crimen organizado y la criminalidad organizada, sobre los motivos que fundan la protección del bien jurídico protegido, D'Alessio (2004) tuvo oportunidad de analizar la cuestión, refiriendo en este sentido que

“...El delito afecta en sí mismo la tranquilidad de la población general, por cuanto el fenómeno de la delincuencia organizada implica, por esa sola circunstancia, una razonable amenaza para la seguridad personal y una mayor cuota de alarma social. La criminalidad de este delito no reside en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que aquél tiene en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder...” (p. 679).

Estimo adecuado, para dotar de razonabilidad a la cuestión del análisis jurídico emprendido, resaltar la palabra utilizada por D'Alessio cuando se refiere a una **razonable amenaza** que entiendo debe ser analizada desde una perspectiva

objetiva y despojada de todo sentir relacionado con las percepciones sociales sobre un determinado o determinados delitos.

En consonancia con ello, al analizar la cuestión sobre el bien jurídico protegido, Donna (2002) refiere que:

“...El bien jurídico tutelado en el delito de asociación ilícita es el orden público. Por eso se afirma que la asociación ilícita afecta la tranquilidad y paz social, no sólo porque la sociedad sabe de su existencia, lo que produce inquietud social, sino, además, por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido. En Alemania, con un texto similar, se ha sostenido que se trata de los delitos de criminalidad organizada, y si se quiere en nuestra legislación darle un sentido a esta norma, habrá que entenderla desde ese punto de vista y dejar los demás casos, como corresponde, para que sean tratados por las reglas de participación...” (p. 298).

Tanto D’Alessio (2004) como Donna¹¹ (2002) refieren que el delito bajo análisis se trata de uno de peligro abstracto, donde lo que se incrimina, en definitiva, es la existencia de actos preparatorios y no de un delito concreto en sí mismo, esto frente a la presencia de determinados requisitos típicos. Dicho de otra manera, el delito se configura por la sola pertenencia al grupo, independientemente de la existencia de hechos delictivos ordinarios (ej. robo, estafa, etc.).

Como dijimos, uno de los grandes desafíos se presenta, no solo en el “peligro abstracto” en sí mismo, sino en ese adelanto de punibilidad para los actos preparatorios que, generalmente y en la mayoría de los delitos, salvo disposición expresa en contrario, quedarían impunes.

Previo a analizar esta cuestión, abordaremos la estructura del delito en sí misma.

ii. Aspecto objetivo y subjetivo de la figura bajo análisis

De acuerdo a la redacción actual del artículo bajo análisis, indica Soler (2022) que básicamente se sanciona la pertenencia a un grupo u organización delictiva conformada. para cometer delitos. Enumera el autor una serie de requisitos (2022)

¹¹ Donna (2002) *“...afirma, con cita en Stratemwerth, que la responsabilidad por acciones preparatorias sólo se pueden sostener excepcionalmente, cuando se dirijan inequívocamente al delito cuya preparación constituyan y que la lucha eficaz contra esa forma de criminalidad requiere una intervención temprana...”* (p.299).

para su existencia, indicando consecuentemente que se sanciona: tomar parte en una asociación que sea permanente en el tiempo (sin que exista un plazo estipulado para su duración en el tiempo); con un número de participantes mínimo (fijado por el legislador en 3 personas); con el propósito colectivo de cometer delitos indeterminados —plurales, no identificados— es decir, los miembros deben asociarse con una finalidad ilícita ¹².

Recordemos que, siendo la figura prevista por el art. 210 del CP. una de peligro abstracto, la concurrencia de un hecho ilícito concreto en manos de la asociación no es necesaria, sino que debe tener por objeto la comisión indeterminada de hechos delictivos, ese es su fin en sí mismo.

Indica D'Alessio (2004) que la acción típica consiste en tomar parte de una asociación de tres o más personas destinadas a cometer delitos. Indica en ese sentido la figura

“...No exige actividad material ni es requisito que los miembros se conozcan entre sí. La acción típica se configura por el solo hecho de formar parte de la asociación, sin que sea necesario que ésta ejecute los delitos que formaban parte del acuerdo criminoso...” (p. 681).

Reforzando lo expuesto por Soler (2022), D'Alessio (2004) enumera también los presupuestos objetivos del delito, indicando al efecto la necesidad de la existencia de un acuerdo previo, permanencia en el tiempo (que la diferencia de un mero acuerdo de voluntades para cometer un delito determinado) y una organización mínima, es decir, una cohesión del grupo en pos del fin delictivo en común (p. 682/683).

Desde el aspecto subjetivo, es decir, la voluntad interna de los sujetos activos refiere el mismo autor que se

¹² Cfr. Sebastián Villalba -anexo entrevista- cuando refiere *“...hay grupos de sujetos que se organizan y tienen permanencia en el tiempo, tienen distribución de roles, tienen medios, tienen logística, no grandes medios pero si al menos medios que les permite generar o llevar a cabo los delitos y sostenerlos en el tiempo. Sostener la organización en el tiempo. Incluso generando un círculo digo de, para sostenerse ellos y sus familias de esa misma actividad. Pero bueno, sin llegar a ser trasnacional como decíamos hoy o sin traspasar las fronteras del estado, hay grupos que en menor escala están, permanecen en el tiempo y generan estado de alarma y alerta social...”*

“...Requiere conocer que se integra una asociación y sus objetivos, y que al menos la componen tres miembros -aunque no se conozcan entre sí-; también debe existir en el sujeto activo una voluntad de ligarse por el pacto y la finalidad delictiva, cuyo conocimiento debe probarse respecto de cada individuo...” (D’Alessio, 2004, p. 683).

Señala Donna (2002) sobre lo atinente al dolo, por como vienen dadas las cosas que

“...se deduce que cualquier tipo de error sobre este elemento de la asociación elimina el dolo. Pero no se elimina el dolo si el error es sobre la distinta finalidad delictiva, en lugar de robos, sólo estafas, o si cree que la sociedad no tiene jerarquías y sí las tiene, o sobre las modalidades de la banda o las calidades de miembro...” (p. 311).

En palabras de Buompadre (2021)

“...El conocimiento del propósito de delinquir es individual de cada uno de los miembros de la organización; por lo tanto, la demostración de este elemento subjetivo es esencial en el caso judicial para probar la existencia del delito. La asociación ilícita es un delito de intención que se caracteriza por la orientación subjetiva dada a la acción inicial o básica de formar parte del grupo criminal, esto es, una acción dirigida a una finalidad concreta: cometer delitos...” (p. 528).

Concluye Ziffer (2007)-desde el aspecto subjetivo- que

“...el delito de asociación ilícita no presenta particularidades especiales. El conocimiento de los elementos del tipo objetivo supone que el autor conoce que su conducta realiza un aporte a un grupo formado por al menos dos miembros más, cuyo objetivo es la comisión de delitos como objetivo principal de la asociación(...) Como especial elemento subjetivo, es necesario que el autor tenga voluntad de “permanencia”, es decir, que adhiera internamente al compromiso de colaborar con las actividades de la asociación sin necesidad de renovar el acuerdo frente a cada nueva oportunidad. Por eso mismo, la decisión manifestada al grupo de participar en un solo delito, por más que éste pertenezca a los fines propios de la asociación, no constituye a este sujeto en miembro, por ausencia del elemento subjetivo específico...” (p. 82).

Efectuando un paneo sobre lo hasta aquí dicho, podremos observar sin demasiada dificultad, que la figura introducida por el art. 210 del Código Penal básicamente coincide con el tipo descrito en el Protocolo de Palermo (2005), es decir, la noción argentina sobre lo que una asociación ilícita implica, encuentra su análogo en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2005), destacando sin perjuicio de ello que esta última

registra no sólo como dato característico el carácter multinacional sino también de la comisión de delitos graves.

Dentro de la legislación argentina, veremos que el sólo hecho de pertenecer a una asociación estructurada y organizada ya es un delito de gravedad, destacando que aquellos cometidos a orden y cuenta del grupo se incorporarán por añadidura y bajo las reglas del concurso de delitos a los miembros que hayan participado en estos.

Dicho de otra manera, la asociación ilícita, tal como vienen indicando los autores precitados, se conforma para cometer delitos indeterminados, es decir, cualquier conducta tipificada en el código penal y que no tenga una figura específica que lo excluya de su aplicación (ej. asociación ilícita fiscal -art. 15 “c” del Régimen Penal Tributario, art. 11 inc. “c” de la Ley 23.737 (1989) de estupefacientes, etc.”), y su sola existencia ya configura un delito independiente, más allá de aquellos que se pudieran cometer en ocasión de su actuación.

d) Jurisprudencia

Se destaca en esta línea que se viene sosteniendo, el precedente Stancanelli de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- de 2001, donde se hace hincapié en la autonomía de la figura de la asociación ilícita y la relevancia del acuerdo previo entre las partes.

En esa oportunidad, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que:

“...bien que la asociación ilícita no requiera la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución, cuando se trata, como en el caso, de imputación de maniobras delictivas que habrían sido concretamente realizadas y a las cuales el a quo hace referencia tanto en la resolución recurrida como en su precedente del 4 de abril de 2001, 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...” (2001, considerando 5).

Determinante resulta este punto en el sentido de la motivación de la asociación ilícita, que no es más que la multiplicidad de planes delictivos, es decir, en su conformación inicial, el objetivo último de la organización como tal, es la de cometer delitos indeterminados, más allá de su concreción o no.

Este precedente de importancia fue seguido por los distintos estamentos judiciales quienes, en mismo sentido, se fueron expidiendo en torno a la figura de la asociación ilícita, los requisitos típicos y, primordialmente, la cuestión de la finalidad perseguida por el grupo.

Tuvo oportunidad de expedirse la Cámara Federal Criminal y Correccional de la Nación -CFCCN- en el marco de la causa “Battistesa, Eduardo Ramón y otros s/procesamiento con prisión preventiva y embargo”, resolución del 09 de junio de 2014, cuando indicó al respecto que

“...para que se configure la asociación ilícita se debe ‘tomar parte en la asociación’ [...] indicando que ésa es la acción típica que la constituye, exigiéndose además ‘estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado’ [...] para ello basta el acuerdo, sin que sea imprescindible [...] ninguna forma corporal de expresión voluntaria; no es necesario el trato directo entre los asociados, ni siquiera que se conozcan entre sí” –Ver Carlos Creus, “Derecho Penal, parte especial”, Astrea, tomo II, p. 111; causa nro. 38.850, registro nro. 585, “Maidana”, res. 20/06/06 y causa nro. 44.490, registro nro. 816, “Barraganes, Juan Manuel y otros s/ procesamiento”, res. 26/08/10—. En esa línea, esta sala ha señalado que los requisitos exigidos por el tipo penal son el acuerdo permanente de voluntades, el número mínimo exigido por la norma y la indeterminación de planes delictivos –ver causa nro. 28.208, registro nro. 1161, “Cataldi”, res. 27/12/96 y causa nro. 36.441, registro nro. 1573, “Canavessi”, res. 27/12/05; y causa nro. 44.001, registro nro. 211, “Perla”, res. 25/03/10 –...” (2014, p.15).

Cita consecuentemente lo relativo al fallo “Stancanelli” respecto de la no pluralidad de delitos, sino la de planes delictivos como dato característico de estos grupos.

A su turno, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional -CNCC- falló en el marco de la causa CCC 60321/2014/CA5 seguida a “P., R. D. s/procesamiento” del 28 de enero de 2016 que

“...se ha sostenido que: “...lo que caracteriza la asociación ilícita es la expresión de voluntad para la comisión de uno o más delitos. Para que ello exista no es necesario que todos los conspiradores actúen juntos o simultáneamente, tampoco es necesario el conocimiento de la parte exacta que otro desempeña en los diferentes iter criminis, ni es necesario que se conozcan entre sí. Lo fundamental es el acuerdo que los une a todos de realizar conductas criminales” (Sala I, c. n° 23.618, “D. F.”, rta:20/12/04 citado en Andrés J. D’Alessio, Mauro A. Divito, Código Penal de la Nación, La Ley, Bs. As., 2011, t. II, p. 1039) ...” (2016, p.2).

El homólogo provincial, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires -TCPPBA- tuvo oportunidad de expedirse sobre la figura bajo análisis en su sentencia en la causa nro. 7212 en cuyo voto mayoritario se dijo que

“...la acción típica consiste en tomar parte en una asociación o banda destinada a cometer delitos, de manera que no se trata aquí de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos (cfr. SOLER, ob. cit., p. 711; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 797; DONNA, ob. cit., p. 302; e/o.); dicho de otra forma: la idea de cometer delitos no debe concretarse en hechos delictivos en sí (DONNA, ob. cit., p. 307), al no requerir la existencia de otros delitos consumados ni principio de ejecución de los mismos (CSJN, in re “Stancanelli”, considerando 5º del voto mayoritario), con lo cual se trata de un delito de peligro autónomo y permanente, de allí que la responsabilidad por los delitos que pudieran cometer todos o algunos de sus miembros se rigen por las reglas generales de la participación (cfr. SOLER, ob. cit., p. 717; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 797; CREUS, ob. cit., § 1628; DONNA, ob. cit., p. 312 ss.). Sin embargo, en mi opinión, lo expuesto no significa que el injusto esté apoyado solamente en el lado subjetivo del hecho, sin requerir un aspecto objetivamente perturbador (resumidamente, cfr. mi análisis y las citas en TC 1 LP, 3776/6039 y su acum., rta. el 03/08/2021; 2995/6845, rta. el 12/09/2022), de allí que, “tomar parte” significa participar de las actividades de la asociación, “por lo cual nunca podría ser suficiente el mero ‘pertenecer’ a la asociación si ello no se traduce, al menos, en alguna colaboración con la actividad de la asociación ilícita. El autor, por tanto, debe realizar algún aporte efectivo a la asociación, que se traduzca exteriormente como tal frente a los otros miembros, aun cuando se admita que éste consiste –bajo ciertas circunstancias y al igual que en la participación en delitos en particular–, en brindar soporte psicológico a los demás miembros (ZIFFER, El delito de asociación ilícita, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 69, destacados en el original) ...” (2022).

e) Cuestionamientos sobre la figura de la asociación ilícita

Varios son los cuestionamientos ligados a la figura bajo análisis y con razón. Los autores resaltan un uso indiscriminado de la figura con el objeto de aumentar el grado de punibilidad para ciertas conductas que, de ser abordadas de manera aislada, no serían pasibles de aplicársele, por ejemplo, una medida de coerción personal. Es el caso común del delito de hurto simple (cf. art. 162 del CP. que prevé una pena privativa de la libertad que va desde un mes a los dos años) y en el que participan tres o más sujetos.

Normalmente, salvo la existencia de antecedentes penales o riesgos procesales muy concretos, dicha figura no prevería una detención o encarcelamiento preventivo, sin importar el número de partícipes.

Pero en casos donde se constata la participación de tres sujetos o más, se ha utilizado la figura del art. 210 del CP. con el objeto de aumentar el quantum de la pena y así transformar -a partir de dicha calificación legal- la situación del imputado en delitos detenibles.

Por otra parte, se ha destacado, por un lado, el carácter de doble punibilidad del delito; así como también, por el otro, de una afectación al principio de lesividad penal y de reunión. Situación a la que nos referiremos a continuación.

i. **¿Doble punibilidad?**

El primero de los problemas que se suscita con la figura bajo análisis tiene que ver justamente con la concurrencia de otros hechos delictivos. Como hemos visto hasta aquí, lo que sanciona el art. 210 del CP. es la pertenencia a un grupo organizado que tiene por objeto cometer delitos indeterminados, esta idea de multiplicidad o pluralidad de planes delictivos.

Se dijo entonces que, en el marco de ello, lo que se sancionan son actos preparatorios, es decir, un adelanto de punibilidad previsto para organizaciones y sus miembros, por el sólo hecho de pertenecer a la misma, basada en la peligrosidad que su existencia representa, principalmente, el objeto de su conformación: es decir, la comisión de hechos delictivos (en su faz intelectual si se quiere).

La cuestión entonces de la problemática radica en esa doble punibilidad que conllevaría, por un lado, sancionar actos preparatorios para cometer delitos; y, por el otro, la sanción correspondiente a aquellos delitos cometidos en ocasión y función de la asociación delictiva, es decir, cuando aquellos planes delictivos indeterminados, en definitiva, se concretan y se ven reflejados en hechos concretos.

Al efecto, señala Donna (2002) que:

“...Existen delitos que reprimen autónomamente asociaciones constituidas para cometer delitos, como la conspiración para la traición, la rebelión o la sedición. Ellos son en verdad acuerdos para cometer un delito determinado, por lo que no se puede confundirlos con la asociación

ilícita del artículo 210(...) La cuestión varía con los delitos que cada persona cometa como miembro de la asociación ilícita, afirmando la doctrina que se dará un concurso real del artículo 55 del Código Penal, en esos casos. Ziffer trae la opinión de Santillán cuando afirma que se trata de un concurso aparente, habida cuenta de la naturaleza preparatoria del delito de asociación ilícita. Por lo tanto, si se trata de un delito de preparación, la comisión de un delito específico debería absorber la punibilidad por asociarse. Luego, como se trata de un delito de peligro abstracto, sólo se aplicaría el 210 en caso de que no exista ejecución de otras conductas delictivas. La aplicación de ambos tipos penales llevaría a la doble imposición de pena por preparar el delito y por consumarlo...” (p. 313).

Vemos que la cuestión es ampliamente discutida. En aquel sentido, Ziffer (2007) plantea el problema desde el punto de vista de concurso entre delitos. Si bien se mantiene, en la actualidad, la aplicación del concurso real ¹³ de acuerdo básicamente a la interpretación jurisprudencial ¹⁴, la autora lo hace desde la existencia de concurso ideal ¹⁵, esto como solución al conflicto generado por la concurrencia entre la existencia de la asociación ilícita propiamente dicho y los delitos cometidos en ocasión de aquella.

Refiere puntualmente que:

“...Para que la asociación ilícita sea punible, no sólo no es necesario que se llegue efectivamente a la comisión de un delito de los que constituyen su objeto, sino que, aunque se cometieran todos los delitos para los que se formó la agrupación, esta seguiría siendo punible como tal. Es a partir de esta caracterización que los autores mencionados deducen que, entonces, el ser miembro de la banda, por un lado, y los delitos que los integrantes cometan en nombre de la asociación, por el otro, son hechos diferentes en el sentido del art. 55 del C.P. Sin embargo, un examen más detenido del problema demuestra que esa “autonomía”, tal como se la describe, no significa más que la existencia de una pluralidad de lesiones normativas. Pero esto ocurre también en el concurso ideal, en que un mismo suceso cae bajo diferentes aspectos valorativos. Por eso, la pluralidad de infracciones normativas no es suficiente para establecer un concurso real, cuya

¹³ Concurso real cf. art. 55 del CP. “...Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena...”.

¹⁴ Fallo citado por Donna C9ºaCrim, de Córdoba, 14-9-98, "Agüero, Nicolás R, y otros", “...El delito de asociación ilícita concurre materialmente con los hechos concretos que cometen los asociados y responden criminalmente sólo los que participan de su ejecución...” L. L. 1999-B-796.

¹⁵ Concurso ideal conforme art. 54 del CP “...Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor...”.

existencia dependerá, en todo caso, de que se pueda sostener válidamente que existe no ya más de una norma lesionada, sino más de un hecho lesionante..." (2007, p. 111-112).

Como vemos, la cuestión sobre el concurso de esta figura no es poco debatida. Otros autores como Soler (2022) han sostenido que la comisión de hechos delictivos no excluye la aplicación, siempre con la presencia de sus elementos típicos, de la figura de la asociación ilícita, delito que, según dice, concurre materialmente con aquellos injustos cometidos en ocasión de su existencia y razón de ser y conformación.

ii. Afectación al principio de reserva constitucional y al derecho de reunión

Aquí se erige otro de los problemas significativos que acarrea la figura de la asociación ilícita y que tiene que ver justamente con lo que venimos estudiando, esto es, la implicancia del adelanto de punibilidad que prevé el art. 210 del CP, es decir, la sanción de actos preparatorios que, de otra forma, quedarían en la esfera interna de pensamiento de un potencial sujeto activo en la comisión de un eventual hecho delictivo, pero que para esta figura, se sanciona con pena privativa de la libertad.

Resulta de gran valor traer a colación en este sentido el texto de Francisco Castex y Marina Soberano (2001) que, en lo sustancial indica, previo a ingresar al análisis de la cuestión que

"...uno de los puntos que tal vez no haya sido abordado, en forma extensa, y que genera importantes inquietudes es el vinculado a la libertad de asociación y, específicamente, a la punibilidad de las actividades realizadas por asociaciones cuando no alcanzan a afectar derechos de terceros..." (p. 287).

Se hace hincapié entonces respecto a cómo un proceso interno, mental, del potencial sujeto activo, puede quedar enmarcado dentro de una conducta punible, más aún frente a la falta de exteriorización, aunque sea, de una mínima manifestación de voluntad en ese sentido.

Refieren los autores referenciados, consecuentemente, que:

"...Intentamos mostrar que no hay lesividad si no hay acto. Son las acciones -principio de acto- las que posibilitan la interferencia estatal en los comportamientos humanos. Dichas acciones por su propia definición y por oposición a los pensamientos -cogitationis poenam nemo patitur-,

deben exteriorizarse de un modo perceptible -derecho a la privacidad- y esta modalidad autoriza la referida intervención estatal sólo cuando se afectan los intereses de terceros -principio de lesividad-, de tal entidad que a pasan ser considerados derechos merecedores de protección jurídica -bienes jurídicos-...” (Castex y Soberano, 2001, p. 297).

La preocupación de los autores radica, también, en el uso desmesurado y desproporcional de una figura de dudosa armonía constitucional, sosteniendo en ese sentido que:

“...Si de la libertad de los individuos resulta la libertad de asociación entre ellos; la libertad de unirse para la consecución de un fin cualquiera no puede ser cercenada cuando se presente como inofensiva para los demás y en la medida en que, como se dijo, no hay lesividad si no hay acto, y que sólo puede ser considerado acto susceptible de ser sometido a justicia represiva aquel que siendo externo represente alguna perturbación a un bien jurídico, la cuestión acerca de la ilegitimidad de las figuras analizadas resulta concluyente...” (Castex y Soberano, 2001, p. 300).

En esta línea, plantea Ziffer (2007) que:

“...La separación entre moral y derecho, característica del pensamiento de la Ilustración, tiene como sus dos principales corolarios a los principios de exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral(...). La figura de la asociación ilícita, en tanto se la considere un delito de preparación, produce, en principio, una afectación más o menos clara del principio de reserva, tanto por la restricción a la libertad de reunión como por la intromisión en actos que, hasta el momento, no han trascendido a terceros. La legitimidad de este adelantamiento de la punibilidad dependerá, en todo caso, de que el disvalor de la conducta vaya más allá de la mera preparación de delitos en grupo de personas. En otras palabras, de que la preparación grupal de delitos pueda ser definida como “peligrosa” para terceros, o bien, en términos constitucionales, como “contraria al orden público”. Sólo a partir de la determinación plausible del fundamento de ese “peligro” será posible justificar la intensa injerencia que se produce en la esfera privada de los individuos cuando el Estado quiebra la regla de no intervención penal ante la mera preparación y reprime a los integrantes de una agrupación cuya finalidad es la comisión de delitos que aún no se han manifestado exteriormente...” (p. 48 y 53).

VI.- Técnicas especiales de investigación

a) Concepto

Cuando hablamos de técnicas especiales de investigación no estamos hablando de métodos secretos ni nada que se le parezca. Por el contrario, son

distintas herramientas que se incorporan a los códigos de procedimiento y en determinadas leyes especiales, y que permiten incorporar o producir prueba, obtener datos investigativos, etc. que con diligencias comunes normalmente no se podría.

Estamos hablando principalmente de medidas investigativas como las intervenciones telefónicas, el agente encubierto, agente relevador, entrega controlada, el testimonio brindado en el marco de la figura del arrepentido, etc.¹⁶

Ahora bien, también debemos mencionar que estas técnicas especiales o figuras no pueden usarse en todos los casos. Pensemos en la desproporción que devendría, por ejemplo, de una intervención telefónica en un caso de un hurto de herramientas de construcción, en el robo de una rueda de auxilio de un vehículo, etc.

Daremos paso así a la mención de la importancia de la subsunción de un caso o de una investigación dentro del marco de lo que es la figura de la asociación ilícita.

Estas técnicas especiales implican necesariamente un menoscabo, invasión o intromisión en derechos fundamentales de los sujetos investigados. En el caso de la intervención telefónica, por ejemplo, se invade la esfera de privacidad de las comunicaciones que un sujeto mantiene por intermedio de un teléfono celular (llamadas, mensajes, Whastapp, telegram, Instagram, redes sociales, etc.) con otras personas relacionadas a su círculo íntimo. Tal afectación debe ir de la mano, además de los presupuestos objetivos para su concesión, de una proporcionalidad del bien jurídico afectado por el delito que se investiga.

Aquí radica la importancia de la figura de la asociación ilícita. Siempre hablando desde la perspectiva indicada por Donna (2002) (pensada desde la perspectiva alemana de la lucha contra el crimen organizado) y en armónico respeto de las garantías constitucionales, la clasificación de un determinado suceso fáctico como revelador, por decirlo de una manera, de la existencia de un grupo organizado, abre paso a la aplicación de distintas medidas investigativas como las

¹⁶ Cf. Leandro Marquiegui -anexo entrevistas- “...*figuras que a veces rozan con el límite de tolerancia de las garantías constitucionales que tienen que ver con el agente encubierto, el revelador. Todas esas cuestiones que muchas veces para entrar a una organización criminal no solo presenta en narcotráfico sino en otras variantes, se necesita este tipo de interferencias. Y bueno, eso tiene sus cuestionamientos, pero sé que se utilizan...*”.

que veremos a continuación y que se relacionan, justamente, con la actividad de dichos grupos, con el producto del ilícito y la posibilidad de acreditar su existencia, operatividad, ámbito de actuación, roles, funciones, etc., así como también recolectar elementos probatorios lo suficientemente sólidos como para identificar a sus autores, poder juzgarlos y eventualmente que estos sean condenados por un tribunal de ley.

Previo adentrarnos al desarrollo de estas figuras, diremos que resulta necesario, indispensable, que exista cierto grado de certeza sobre la existencia de una asociación ilícita en los términos del art. 210 del CP. Si bien no podemos, en una etapa inicial y preliminar de la investigación aseverar su existencia con la contundencia de una sentencia condenatoria, si es cierto que deben contarse con elementos de cierta contundencia, por decirlo de alguna manera, indiciarios, que haga presumir su existencia y operatividad.

Pensemos el caso del otorgamiento de medidas cautelares como medidas de coerción personal, allanamiento de morada, etc., todas medidas que mayormente son autorizadas por un juez dentro de un sistema acusatorio. Para el dictado de las mismas, debe contarse con la verosimilitud del derecho y, también, un grado de certeza, aunque mínimo de la existencia de un hecho delictivo y su probable autoría y participación, lo que debe verse reflejado en constancias objetivas.

Así, como se dijo, la utilización, solicitud y autorización de medidas como las que se enumerarán, deben ser pensadas, proyectadas, requeridas y autorizadas desde esa perspectiva, es decir, de la acreditación del hecho (o para el caso de la asociación ilícita, de la conformación de la misma), de su autoría y de la proporcionalidad de la medida en cuestión.

Sobre estas cuestiones se ha expedido Lucas Bello (2022) al referirse a los parámetros que deben tenerse en cuenta para el uso de tal o cual herramienta investigativa.

Refiere entonces que, dentro del sistema de libertad probatorio, los límites a tenerse en cuenta previo a disponer o solicitar medidas de estas características, debe cumplir el requisito de subsidiariedad (es decir, que no haya medida más idónea para la obtención del objetivo perseguido), reserva de ley (es decir, que esté prevista por el legislador) y, la que considero más importante, proporcional e idónea (Bello, 2022).

En lo atinente a esta última, sostiene el autor que

“...la autoridad encargada de su implementación debe evaluar si existen suficientes fundamentos que justifiquen una restricción a garantías constitucionales en razón de las conductas ilícitas que se pretende prevenir, perseguir o sancionar, y si aquella resulta razonable atendiendo a los intereses que se encuentren en juego en cada investigación y a las finalidades propuestas. En esa lógica, deben analizarse los derechos individuales que podrían verse afectados y, a su vez, la entidad de los delitos investigados según su gravedad y el resultado esperable de la medida, en base a lo que presumiblemente podría averiguarse para el éxito de la investigación, para finalmente determinar si su aplicación resulta razonable. Además, en caso de considerar que la medida especial es proporcional, debe analizarse si aquella resulta idónea para las finalidades propuestas. De hecho, la afectación a derechos fundamentales debe basarse en la probabilidad cierta de que, a partir de la medida que se elija, se puedan acreditar circunstancias relevantes o adquirir elementos de prueba valiosos para la investigación...” (Bello, 2022, p.111).

b) Legislación argentina específica

En lo específico, en el año 2016 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 27.319 en cuyo primer artículo refiere que la misma es a los efectos de dotar a las fuerzas de seguridad, de *“...herramientas y facultades necesarias para ser aplicadas a la investigación, prevención y lucha de los delitos complejos...”* (2016).

Así, de acuerdo a la lectura de la misma, incorpora las figuras del agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y prórroga de jurisdicción.

A este bloque debemos sumar, además de aquellas ya mencionadas (intervención telefónica y la figura del arrepentido) lo relacionado al secuestro y decomiso de los elementos utilizados para la comisión de hechos delictivos y, principalmente, a la estructura monetaria y financiera de las organizaciones.

Nos referiremos brevemente a ellas, principalmente partiendo de la base de lo indicado por la ley, la que faculta a los órganos mencionados a hacer uso de las mismas cumpliendo, como indica Bello (2022), con los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La ley es taxativa en el sentido de la aplicación de la norma, es decir, contiene expresamente aquellos delitos para los cuales puede ser utilizada (cf. art. 2), destacando entre ellos, como venimos estudiando, los vinculados a la producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, y, en lo que aquí interesa, específicamente en su inciso “g”, delitos

cometidos por asociaciones ilícitas en los términos del artículo 210 del Código Penal, es decir, la figura bajo análisis.

A continuación, referiremos brevemente aquellas figuras referenciadas.

i. Agente encubierto y agente relevador. Informante. Entrega vigilada

En primer término, la ley citada 27.319 (2016) describe la figura del agente encubierto y el revelador.

Sobre la primera, refiere que se trata de un funcionario de las fuerzas de seguridad, altamente calificado, quien se infiltra en una asociación criminal o delictiva, con el objeto de identificar o detener a los autores y partícipes del delito.

Respecto al segundo, la finalidad del agente (también miembro de las fuerzas de seguridad) es “...*simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo de bienes, personas servicios, armas, estupefacientes...*” (Ley 27319, 2016).

Ambos son autorizados por el juez interviniente, aunque tiene finalidades diferentes: uno sirve para identificar la estructura mientras que el otro implica una participación en la maniobra en sí misma, con el objeto de recolectar evidencias, destacando que el mismo no tiene por objeto infiltrarse en la organización, sino participar brevemente con un objetivo específico.

La tercera figura prevista es la del informante y se explica como aquella persona que, bajo reserva de identidad y a partir de un beneficio económico, aporta a los organismos autorizados para su uso, información de utilidad para el desarrollo de la investigación.

Por su parte, la entrega vigilada, implica una autorización que se otorga para la postergación de una detención o de una entrega, con el objeto de evitar comprometer el éxito investigativo de un proceso, manteniendo un monitoreo y vigilancia sobre la circunstancia concreta.

ii. Arrepentido

La sanción de la ley 27.304 (2016) supuso una modificación al Código Penal Argentino en la que se introdujo la figura del arrepentido. Básicamente, el artículo modificado, es decir el art. 41 ter del Código Penal, prevé la reducción de la escala penal, asimilable a la de la tentativa, a los partícipes u autores de los delitos

detallados en los incisos que siguen a dicho artículo, entre los cuales se encuentra la figura prevista por el 210 del CP. (asociación ilícita).

Dicha modificación legislativa de impacto al momento de la imposición de la pena permite utilizar el testimonio de personas que han estado involucradas de manera directa o indirecta, atendiendo a los grados de participación existentes, en la comisión de un hecho delictivo¹⁷.

Su aporte, para tener el efecto previsto por el legislador, debe ser determinante para el esclarecimiento del hecho ilícito, el recupero del objeto del delito, identificación y paradero de sujetos involucrados, víctimas, etc.

En palabras de Bello (2022)

“...El arrepentido, en términos estrictamente procesales, es aquella persona que, luego de intervenir en la comisión de un delito y adquirir la calidad de imputado en el marco de un proceso penal, aporta información y elementos de prueba a las autoridades judiciales, con el objeto de esclarecer el hecho e individualizar a sus responsables. En esencia, ese aporte persigue un beneficio a modo de contraprestación. En efecto, en caso que aquel resulte relevante para la investigación, el imputado recibirá una reducción de la pena por la colaboración prestada en el supuesto de ser pasible de una sentencia de condena...” (p. 113).

Termina resaltando el autor que, en definitiva, la aplicación de la reducción de pena queda supeditada a la efectividad del aporte que un sujeto imputado de un delito haya brindado, tendiente a

¹⁷ Cf. Pablo Merola -anexo entrevista- *“...Como respetando los principios del derecho clásico que hoy nos imperan, como poder atacar el crimen organizado. Es decir, si yo tengo una persona que es parte del delito y lo pongo como testigo o como imputado. Estoy haciendo algo bien o estoy haciendo algo mal. Técnicamente podés decir, esta persona delinquirió, hay que tomarsele. Hoy ya me parece que hay, y en algún momento la cámara o un juez te lo podría haber marcado. Hoy me parece ya que hay una mirada de, che, me trajeron el último eslabón. No siguieron para arriba. Me parece que hay una concepción de todo el sistema judicial de ir entendiendo esto del crimen organizado. Y si utilizamos como escalera para escalar precisamente en la pirámide delictual, tendríamos que obviamente buscar la forma para justificarlo, emprolijarlo y no hacer una muy cosa osada. Pero no me parece que hoy, salvo una estrategia de una defensa, me parece que el órgano jurisdiccional vaya a poner la uña en eso y esto lleva a otras responsabilidades. Hay diferentes miradas de como atacar una investigación, con una perspectiva de crimen organizado a donde hay que apuntar. Y ese es un desafío para cómo, respetando los principios del derecho, la participación, la autoría, el tipo penal, la conducta típica...”*

“...a) Evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito. b) Esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos. c) Revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos. d) Proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad. e) Averiguar el destino de instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito, entre otras...”. (2022, p. 114).

iii. Secuestro y decomiso

Así, llegamos al último instituto que mencionamos y que tiene que ver justamente con la incautación de los medios utilizados para la comisión del delito y, también, su producido. Estamos hablando del secuestro de aquellas herramientas - bienes- utilizadas por las organizaciones para cometer delitos como los referenciados, que tiene que ver justamente con atacar los medios de producción de la asociación, así como también cortar no solo con su financiamiento sino también el rédito obtenido y recuperado, también, de los objetos apropiados.

Se entiende que la incautación de las herramientas del delito es fundamental para desbaratar la organización o, al menos, interrumpir sus operaciones.

Sistemáticamente, dicha herramienta se ha ido incorporando en los distintos códigos procesales de las provincias y tiene carácter, como venimos viendo, de medida de coerción real.

Como tal, deberá justificarse concretamente y especificarse cuales son aquellos bienes vinculados al delito, los motivos por los cuales su secuestro resulta de interés y los elementos probatorios con los que se cuenta para entender que los mismos se encuentran vinculados a operaciones criminales.

VII.- Conclusión

Hasta aquí, hemos visto que el crimen organizado y la criminalidad organizada son dos fenómenos que, en sí mismos, no son tan diferentes. Uno, de alcance más masivo e internacional, con mayor operatividad territorial y poder lesivo. El otro, más diseminado a nivel territorial y conformado por cientos de grupos delictivos que, sin tener la trascendencia que aquellos poseen, afectan de manera sostenida, sistemática y continua a la sociedad.

Se advierte entonces que este tipo de criminalidad, como la venimos describiendo, se encuentra presente en mayor o menor escala.

Asimismo, la figura de la asociación ilícita fue incorporada por el legislador en el entendimiento de que la conformación y permanencia de ciertos grupos, por su sola existencia y peligrosidad, debían ser perseguidos y juzgados, basándose la sola pertenencia a un grupo concreto destinado a cometer delitos indeterminados, un hecho lo suficientemente grave como para ser merecedor de un reproche penal.

De esta manera, se impone decir que la figura de la asociación ilícita resulta fundamental por dos motivos: el primero, permite subsumir casos que realmente se encuentran vinculados a grupos organizados destinados a cometer delitos, lo que permite, en definitiva, abordar y sancionar el accionar de los mismos desde su realidad específica, adjudicándoles su verdadera dimensión. Por el otro, que la existencia de una empresa delictiva tan compleja, habilita en algunos casos la utilización de figuras y técnicas especiales de investigación, necesarias para su abordaje y persecución.

Ahora bien, recogiendo los distintos cuestionamientos existentes respecto del tipo penal bajo análisis, expuestos a lo largo del trabajo, considero que la aplicación de la figura de la asociación ilícita, debe pensarse desde dos perspectivas que facilitarían su correcta subsunción en los hechos concretos.

Esto no es una propuesta político criminal en sí misma, sino que tiene que ver con el análisis de la verdadera dimensión y aplicación y análisis que la figura debiera tener.

Como indicara Donna (2002), la figura debe ser aplicada y debe estar destinada al abordaje del crimen organizado y de la criminalidad compleja organizada.

Entiendo que, para la correcta aplicación del tipo penal, deberá estarse también en presencia de dos escenarios, que no son excluyentes entre sí, pero que abarcan las posibilidades que generalmente se presentan.

Por un lado, objetivamente, para acreditar la existencia de la asociación ilícita, entiendo que deberá contarse con la presencia de al menos dos hechos delictivos constatados y atribuibles a sus miembros o partícipes del hecho concreto, más allá de la participación que pudiera otorgarse a cada uno.

Por el otro, para el caso de que no se pudiera constatar la efectiva manifestación de esos planes indeterminados en hechos concretos como configurativos independientemente de ilícitos penales, deberán contarse con

elementos vehementes de la existencia de aquellos. Es decir, probanzas efectivas de que el grupo conformado por al menos tres personas tiene por objeto cometer delitos. Deberá acreditarse, además de las notas típicas recogidas y mencionadas sobre la figura, los planes que, en definitiva, resultan constitutivos de la aparición del grupo en sí mismo, ya sea por intermedio de intervenciones telefónicas, testimonios directos, documentación, etc.

Lo contrario, esto es, favorecer la discrecionalidad en la imputación con sujeción a la indefinición del tipo, reduce la figura, restándole potencia y eficacia, haciendo de ella, más que una herramienta político criminal, la aplicación de una figura cuya redundancia devendrá necesariamente en un aumento injustificado de la punibilidad.

VIII.- Bibliografía

- Ángel Custodio Yalet y otros s/asociación ilícita” (2022). Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Argentina. [https://www.scba.gob.ar/includes/descarga.asp?id=50916&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%20B0%207212\).pdf](https://www.scba.gob.ar/includes/descarga.asp?id=50916&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%20B0%207212).pdf)
- Battistesa, Eduardo Ramón y otros s/procesamiento con prisión preventiva y embargo” (2014). Cámara Federal Criminal y Correccional de la Nación. Argentina. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/39039-battistesa-eduardo-ramon-y-otros-s-procesamiento-prision-preventiva-y-embargo>.
- Bello, L. (2022). Investigación de empresas criminales. Ed. Hammurabi. Argentina.
- Buompadre, J. E. (2021). Derecho Penal Parte Especial. 3ra. Edición. Editorial Contexto. Chacho, Argentina.
- Castex, F. y Soberano, M. (2001). Un análisis de la afectación al principio de reserva a través de los delitos asociativos. Compilación: Hendler, E. Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque Histórico-Comparado. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, Argentina.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los Derechos Humanos en México (2015).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Zonas Silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión (2017).
- Comisión de Reformas Legislativas (1904). Editorial Tipografía de la Cárcel de Encausados, Buenos Aires, Argentina.
- D’Alessio, A. J. (2004). Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial, Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

- Donna, E. A. (2002). Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-C. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- Ley 27.304 (2016). Código Penal, Modificación. Infoleg.
- Ley 27.319 (2016). Delitos Complejos. Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades. Infoleg.
- P., R. D. s/procesamiento CCC 60321/2014/CA5 (2016). Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional. Argentina. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/fallos42905.pdf>.
- Piñero, N., Rivarola, R. y Matienzo, J.N. (1898). Proyecto del Código Penal para la República Argentina. 2da. Edición. Editorial Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional. Buenos Aires, Argentina.
- Rivarola, R. (1890). Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina. Tomo 1. Ed. Félix Lajouane. Buenos Aires, Argentina.
- Soler, S. (2022). Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 3, 6ta Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- 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 nro. 798/95-". (2001) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-stancanelli-nestor-edgardo-otro-abuso-autoridad-violacion-deberes-funcionario-publico-incidente-apelacion-yoma-emir-fuad-fa01000080-2001-11-20/123456789-080-0001-0ots-eupmocsollaf>.
- E. R. Zaffaroni (2007), Conferencia Mundial de Derecho Penal. El Derecho Penal del Siglo XXI. Guadalajara (MÉXICO), Globalización y crimen organizado.
- Ziffer, P. (2007). El Delito de Asociación Ilícita. 1ra. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina.

IX.- Anexo de entrevistas

A los fines académicos y con el objeto de poder traer al presente trabajo algunas precisiones de los operadores judiciales, se llevaron a cabo tres entrevistas con representantes del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

Se hace necesario indicar en este sentido que atendiendo al alcance de determinados delitos que se entienden abarcados por el crimen organizado en los términos explicados, se intentó contactar (a los fines expuestos en el presente anexo) con la Unidad Fiscal Federal de Crimen Organizado recientemente creada por la Procuración General de la Nación; así como también con al menos un

miembro del Ministerio Público Fiscal de actuación en el ámbito federal, ello sin éxito.

De esta manera, se pensó la entrevista sobre las siguientes preguntas, ello para adentrarnos en la dimensión empírica del fenómeno y avanzar en una comprensión más acabada del crimen organizado, de la criminalidad organizada y el rol de la figura de la asociación ilícita.

Vale decir que las mismas funcionaron de eje vertebrador, destacando que a partir de la conversación mantenida con los magistrados provinciales, se pudo obtener la información pretendida. La transcripción se ha hecho siguiendo las normas usuales de gramática y sintaxis propias del transcriptor, en este caso el autor del TFM.

Así, se pensaron en las siguientes preguntas:

1) De tu experiencia como fiscal/secretario etc.: ¿qué entiendes por crimen organizado? Por ejemplo, ¿qué hechos encuadran en los tipos legales de narcotráfico, trata de personas, etc.-es decir, delitos predeterminados- o grupos delictivos de cualquier índole?

2) ¿Cuál consideras que es el estado actual de la aplicación de estos tipos penales, en relación con la situación del departamento judicial? -Provincia de Buenos Aires y/o la Nación-.

3) Según tu opinión: Es factible hablar de crimen organizado y de criminalidad organizada ¿son lo mismo? ¿son cosas/tipos penales destinados a regular situaciones distintas?

4) A luz de la situación actual en materia de lucha contra el crimen organizado y sus diversas formas: ¿consideras que la figura tipificada de asociación ilícita puede ser utilizada como una herramienta para impulsar una investigación? O es solamente, en la práctica, la tipificación de ciertas conductas que pueden quedar abarcadas por el tipo penal bajo análisis (es decir, calificación legal).

5) ¿Podrías indicar un caso donde se haya aplicado con éxito la figura de asociación ilícita en relación a hechos que podrían encuadrarse en crimen organizado?

6) ¿Cuáles son los desafíos que enfrentan los fiscales y los operadores judiciales a la hora de investigar casos de crimen organizado y de criminalidad organizada?

7) Me gustaría conocer tu opinión sobre cómo concurre la figura de asociación ilícita con el inc. C del art. 11 de la ley 23.737 (tres o más personas organizadas para cometerlos)?

8) Me gustaría saber si hay algo más sobre estos temas que puedas comentarme de tu experiencia en la función judicial que no esté incluido en las preguntas precedentes.

a) Entrevista con el Agente Fiscal Sebastián Villalba

En un primer momento, se entrevistó entonces al actual titular de la Unidad Funcional de Instrucción nro. 2 del Departamento Judicial de Mercedes, quien brindó su consentimiento para participar de la misma y a ser mencionado en el presente trabajo. A continuación, se transcribe su contenido.

Yo: La primera pregunta, de la experiencia como fiscal en este caso, que se entiende por crimen organizado, si son hechos que puntualmente encuadran en algún tipo penal o alguna temática específica como narcotráfico, trata de personas, o si se puede hablar de crimen organizado como un fenómeno general que tiene que ver con distintos grupos, en distintas actividades, determinados delitos, delitos de gravedad, delitos leves.

E: Yo lo que creo es que el crimen organizado es, para mí, aplicable a cualquier tipo de, a ver, dependiendo de la tipología del delito. De los, las exigencias objetivas y subjetivas, que requiere cada delito. Pero no es exclusivo de una figura delictiva. Sí es cierto que hay determinados tipos de delitos que requieren de una estructura para poder ser cometidos. Por ejemplo, el tráfico de drogas, la trata de personas, la trata laboral. Digo, la complejidad de la figura penal para ser cometida requiere quizás de actividades de distintas personas o de intervenciones de distintas personas. Entonces, para mí viene por ese lado. Después el crimen organizado, lo que yo entiendo que es, esto, un grupo de personas, porque la actividad a la que se dedican requiere de la intervención de varias personas, y de medios y de logística y de recursos puestos a disposición de este grupo que lo hacen altamente vulnerante a la sociedad. De hecho, bueno la asociación ilícita está dentro de lo que es el delito contra el orden público, un poco

por esto. Son grupos que ya por sola existencia causan un estado de alerta o alarma a la sociedad.

Yo: Lo que también, por ahí para empalmarlo con la tercera pregunta, a mi entender existen como dos niveles, lo que hablamos hoy, de crimen organizado propiamente dicho y después un nivel intermedio entre ese nivel de organización y esa, también, ese carácter que cruza las fronteras nacionales si se quiere, del crimen organizado pero como que hay un sector ahí medio que, también, es una criminalidad organizada y por ahí no es tan expansiva a esos niveles, por fuera de lo que es el estado de un país.

E: más doméstico.

Yo: Claro, más doméstico, pero igual de nocivo y peligroso. No sé si lo ves así.

E: Sí, a ver. Nosotros acá en lo cotidiano lo que vemos más que nada es ese tipo de criminalidad. A ver. Organizada a ese nivel. La banda o la asociación ilícita que es siempre la discusión, la diferencia doctrinaria entre lo que es la banda en el robo en banda y la asociación ilícita. Un poco diferenciándola por la permanencia, la cohesión del grupo, la distribución de roles, ¿no? La asociación ilícita a diferencia de la banda. Pero yo creo, es cierto eso, hay un nivel de organización más pequeña que se está viendo o que se ve no solamente en los delitos de droga y ese tipo de delitos sino a veces en delitos contra la propiedad. Que hay grupos de sujetos que se organizan y tienen permanencia en el tiempo, tienen distribución de roles, tienen medios, tienen logística, no grandes medios, pero si al menos medios que les permite generar o llevar a cabo los delitos y sostenerlos en el tiempo. Sostener la organización en el tiempo. Incluso generando un círculo digo de, para sostenerse ellos y sus familias de esa misma actividad. Pero bueno, sin llegar a ser trasnacional como decíamos hoy o sin traspasar las fronteras del estado, hay grupos que en menor escala están, permanecen en el tiempo y generan estado de alarma y alerta social.

Yo: Que serían, delitos contra la propiedad, prácticamente, vinculados al narcotráfico.

E: Pueden ser también las estafas. Las estafas están habiendo. Para mi hay una organización. No digo que todos los hechos de estafa, este tipo de estafas o secuestros virtuales que hay hoy en día, no digo que todos sean organizaciones. Porque a veces hay grupos reducidos que hacen lo mismo y después si puede ser

que haya organizaciones, una organización más grande que va cometiendo delitos en distintas o abarcan un territorio un poco más grande. Por lo menos lo que se ve en la experiencia. A veces que vos ves, lo que le llaman, en el tipo de estafa por ejemplo digo, el “call center”, que es un lugar, un teléfono dedicado para hacer los llamados. Otra parte que se dedica a ir a recoger el dinero. El otro que se dedica. Y se hace a gran escala. Se ha evidenciado que se hace a gran escala por que se ha detectado, yo he tenido casos, donde vos ves que hay incluso interdepartamentalmente han tenido, cometido hechos, y capaz que sin llegar a descubrirlos vos sabes que es la misma banda que la estuvo operando por que se han efectuado llamadas desde un mismo teléfono a infinidad de personas. A veces tomando los usuarios de la guía telefónica. Ahora no existe más la guía telefónica. Pero antes cuando estaba, se hacían llamados y, de hecho, hasta buscando nombres de personas mayores de edad o lo que ellos entendían que podían ser personas mayores de edad por entender que es una franja etaria más vulnerable o más expuesta a ese tipo de conductas.

Yo: Si, incluso también, esto que decís, de interdepartamental y que cruza los estados provinciales. También lo hace más, algunas asociaciones o grupos que tienen más alcance.

E: Si, por eso es que es cada vez se ve más esto, no del crimen organizado a gran escala. Sino también estos pequeños grupos con una organización no tan sobredimensionada pero que están afectando a la sociedad con este tipo de hechos. Con las estafas, con los robos de entradera. Bueno, obviamente la venta de drogas y todo eso. Pero bueno, fuera de esto de lo que es droga se me ocurre las estafas, el robo.

Yo: Si, serían los que requieren más organización.

E: Bueno, el abigeato está también, el abigeato, el robo de vehículos. El abigeato está, en los casos de organizaciones, está lo que se ha llamado los desarmaderos de ganados. De vacas o de caballos donde vos tenés los cuatreros que sustraen los animales en menor escala, uno, dos, tres o cuatro. Y los llevan a campos donde están, los tienen ahí a los animales detenidos. Medio acomodando los, la documentación, si es que hay. A veces, ni siquiera hay. Y esos animales después son trasladados a los frigoríficos, también, entendés. Están en la cadena. Ingresan animales sin guía, sin documentación. Y en negro. También con otros delitos. O también el robo de sojas. Eso pasa también. Se hacen robo quizás no tan a gran escala, pero a menor escala. Que después son comercializados a las

empresas de alimentos balanceado o de, y que también tienen una entrada en negro de los cereales y son procesados inmediatamente para evitar que se le pueda hacer un seguimiento a los cereales porque de hecho los animales deberían tener un seguimiento a través de la guía, la caravana y demás. Los cereales también. Tienen una documentación y se le puede hacer un análisis genético. Del grano. El ingeniero agrónomo puede hacer un ADN me parece. Pero bueno, hay todo un sistema que va llevando a que eso sea, se dificulte. Pero bueno se ve. Esta criminalidad organizada no a tan elevada escala que afecta, yo creo que va afectando la, a la población, y hay una estructura detrás que permite rápidamente. O el también, la piratería del asfalto. Eso también hay una organización, porque hay una necesidad de colocar la mercadería rápidamente, dependiendo de la naturaleza de la mercadería, ¿no? Pero también tiene que haber un lugar de ubicación rápido para poder sacarse de encima la mercadería y evitar que sea, que pueda ser descubierto el hecho, esclarecido el hecho.

Yo: La siguiente pregunta sería, si la figura de la asociación ilícita o la tipificación de la asociación ilícita puede llegar a funcionar como una herramienta como para impulsar una investigación de estas características o si solamente, es una característica más del hecho delictivo y es para adecuarlo típicamente en una calificación legal.

E: ¿Si es útil? Si, yo creo que si porque muchas veces, a ver. Más allá de lo que implica la figura de la asociación ilícita con los cuestionamientos constitucionales.

Yo: Si, de la reunión, del derecho a reunirse, el adelantamiento de pena de los actos preparatorios.

E: Claro. Sería un acto preparatorio de un delito y que hay un adelantamiento de la punibilidad. A mí me parece que sí que es útil, sobre todo cuando hay delitos de menor escala. Porque la asociación ilícita permite darle una dimensión, la dimensión que verdaderamente tiene un grupo que se está organizando y que está alterando el orden social. O provocando esa alarma social que justamente es el bien jurídico tutelado por el delito de asociación ilícita y que muchas veces la continuidad de delitos menores quizás quedaría como sancionado con una pena baja. Si hablamos por ahí de un grupo que se dedica a cometer este tipo de estafas o hurtos. Como hemos, acá ha habido casos de hurtos. Lo que pasa también es que la delincuencia va continuamente generando una dinámica, tratando de dificultar o tratando de que.

Yo: Minimizar el costo.

E: Claro. La conducta quede abarcada por delitos no tan severos. Por ahí se trata de llevar, en vez de, un robo, disfrazarlo de un hurto. Una extorsión, de una estafa. Más allá de cual delito sea, si vos tenés muchos delitos menores, pero, hay un grupo que sistemáticamente se ha organizado, que se ha dispuesto de los medios. Comúnmente que pasa, grupos que vienen de zonas de mayor confluencia de personas o un conglomerado urbano más denso, a zonas del interior donde la gente está más desatenta, o vive en otra, con otro ritmo. Es una herramienta útil que permite hacer valer todas estas circunstancias que son relevantes porque son puestas, mecanismos que son articulados para cometer el delito, o sea. En ese sentido para mí sí es de utilidad. Como decía, más allá de los cuestionamientos que pueda haber. Yo, en lo que a posiciones doctrinarias se trata, soy más del lado de que, no afecta garantías constitucionales porque hay una afectación de un bien jurídico concreto que es este. Y que la sola existencia del grupo ya provoca esa afectación del bien jurídico. No es que el adelantamiento de la punibilidad. Que hay un adelantamiento de punibilidad a actos preparatorios o que no se da el principio de lesividad de bienes jurídicos. Hay una conducta, por que está. La conducta existe. Es esta: organizarse para cometer delitos. Formar parte del grupo, dividir los roles, buscar los medios. Y la lesión existe también. Si bien es un delito de peligro, la lesión está, existe.

Yo: Si, siempre y cuando haya elementos objetivos que permitan demostrar esa intencionalidad por parte del grupo, no habría ningún cuestionamiento.

E: Si, para mi desde mi punto de vista no. Desde mi punto de vista completamente válida la aplicación de la figura, por esto que decíamos. A ver, los delitos de peligro están aceptado, con sus cuestionamientos también, pero el adelantamiento de la punibilidad existe desde el momento que el legislador evalúa que hay conductas que son, deben ser relevantes para el derecho penal, ya con la sola comisión de la conducta, sin esperar a que se cometa. Son tan lesivas para la sociedad que la sola actividad ya provoca, ya es punible y provoca la lesión al bien jurídico. Como la tenencia de armas, por ejemplo. Para mí es útil en esos casos.

Yo: Estas dos preguntas estaría vinculadas en el sentido de si hay algún caso que consideres, que te haya tocado llevar adelante, que la figura se aplicó con éxito, es decir que no hubo ningún tipo de cuestionamiento al respecto y bueno, cual es también el desafío, frente a la aplicación de la figura. Cuáles serían los puntos más complicados de probar.

E: En la práctica me parece que es esto. Lo que hablamos un poco recién. La actividad mayor se ve, sobre todo en el departamento judicial de Mercedes y en la Provincia de Buenos Aires y en lo que nos toca a nosotros intervenir, nos ha sido útil y nos sirve para este tipo de hechos, los llamados “cuento del tío” o los grupos que desembarcan en las zonas del interior, con logística y con medios para delinquir. Que se advierte que hay permanencia y que van provocando alteración y estado de alarma en los pequeños pueblos, cuando se detecta que hay denominadores comunes y que hay grupos que persisten en el tiempo, sí. Lo hemos utilizado. Robos con entraderas. Estafas de este tipo de modalidades del cuento del tío. Otros tipos de estafa. En casos de mecheros. Cuando hay una sistemática, cuando se detecta que hay un grupo y hay organización y hay distribución de roles y se pueden acreditar mínimamente los elementos constitutivos de la asociación ilícita, se ha aplicado y al menos en la etapa de instrucción, yo creo que ha sido, se ha aplicado exitosamente. Después, si es una figura compleja porque tiene varios elementos que hay que acreditar, pero al menos en lo que ha sido la etapa de instrucción se ha podido acreditar al menos mínimamente. Pero no deja de ser una figura complicada, compleja, que se vuelve difícil de acreditar sobre todo por ahí la permanencia, pero bueno a nosotros tampoco no la aplicamos cuando no vemos esa situación.

Yo: Claro, eso te iba a decir. Por ahí es el denominador común de todas estas organizaciones, entre comillas, es siempre la existencia de por lo menos dos delitos que se les haya acreditado.

E: Claro por eso, sí. Nosotros por lo menos, acá en la fiscalía tratamos de aplicarla cuando advertimos, yo creo que la hemos aplicado en algún lugar o alguna situación. Hubo un caso de un grupo de imputados chilenos que había, el hecho era que esperaban que saliera una persona del banco, una persona mayor. Y le tiraban billetes al suelo y le decían que se le habían caído, lo engañaban en esa situación. Y cuando la víctima empezaba a buscar, a juntar. Porque era plata de verdad. Le sustraían lo que tenían encima, lo que había dejado arriba del auto, lo que había sacado momentos antes del banco. En ese momento había sido un solo hecho, pero se había podido detectar que este grupo había estado en otras provincias. Que habían venido desde Chile. Y habían tenido hechos similares en otros lugares. Nosotros no los habíamos podido imputar acá otros delitos, pero en base a que se había podido certificar que estaban. Aparte se habían secuestrado teléfonos. Que habían estado en esas ciudades, y que en esas ciudades se habían cometido ese tipo de delitos y que se estaban investigando. En esa, si bien en el

departamento judicial no le pudimos acreditar otros delitos se le imputó también la asociación ilícita. Pero con más dificultad, sí. Porque una de las cuestiones más difíciles es la permanencia. Nosotros comúnmente la aplicamos cuando vemos o podemos acreditar al menos ese elemento con una continuidad.

Yo: Si, eso y la indeterminación de hechos o de delitos. Esa está más. Porque ahí medio que choca eso de tengo una asociación de delito de peligro y como acreditar que está conformada para cometer delitos indeterminados.

E: Si por eso. Es un poco la permanencia en el grupo y la sistemática de la conducta y también a veces la articulación de los miembros de la banda que hace notar una asiduidad en los hechos una continuidad, un obrar ya mecanizado o más, casi automático u automatizado, hace pensar que hay un grupo que viene desde hace tiempo o que hay una dedicación de parte de los miembros del grupo a que esa logística y esa práctica salga de la manera que sale y de la manera que se terminan cometiendo los hechos. En la distribución de los roles, en la organización, en los detalles, en la planificación, en la prolijidad de la articulación de los miembros del grupo se advierte también esa situación de permanencia, esa organización y esa distribución que, o se infiere por ahí, que requiere la asociación ilícita pero bueno, siempre es bueno o siempre es mejor si uno puede, a ver siempre es mejor aplicarla cuando uno ve no solamente inferirlo de uh mira este grupo se maneja tan bien que es evidente que están metiendo un montón de hechos sino en los hechos concretos cometidos. Me parece que, si bien en alguna situación lo hemos hecho con un solo hecho, han sido las menos y no sé cómo nos fue. No las seguí las causas esas, pero. Yo, para mí la permanencia tiene que ser acreditada objetivamente con hechos indeterminados, varios hechos, no uno solo. Eso pasa por que a veces uno advierte que el grupo, lo que uno piensa es que este grupo, para actuar de esta forma, no es que se conocieron ayer. Acá hay una articulación, un pensamiento previo de toda la sistemática que se emplea que requiere eso, requiere la organización, tiempo de en el conjunto permaneciendo y existiendo y tiempo en común para poder ir teniendo esa dinámica tan fluida al momento de cometer el delito. De hecho, esta que yo decía recién de los chilenos, ellos se hacían señas hasta con la mirada, eso habla de una organización previa un conocimiento que viene más de mucho más tiempo que juntarse o del requisito de, quizás, temporal de la banda. El requisito temporal o casual de la banda del robo. La banda el robo puede ser hasta ahí, momentáneo, la reunión de las personas. No deja de ser un delito difícil de acreditar y que para mí tiene que ser, lo distinto, los distintos puntos y requisitos del delito tienen que ser acreditados al menos, al

menos mínimamente en esta etapa y después con las exigencias de la etapa siguiente de manera objetiva para poder avanzar con algo serio. Pero bueno, es cierto que los delitos de mayor, que demandan mayor infraestructura quizás sea más fácil si uno tiene un grupo dedicado a eso, quizás sea más fácil inferir que hay una estructura detrás o que para cometerlos debió haber una estructura detrás. Pero bueno, en estos casos acá, en la Provincia de Buenos Aires y en este tipo de delitos menores lo hemos aplicado también. Después no le he seguido el camino a lo que ha pasado en juicio con los hechos esos.

b) Entrevista con el Agente Fiscal Leandro Marquiegui

En segundo término, se entrevistó entonces al actual Fiscal General Adjunto del Departamento Judicial de Mercedes, quien también brindó su consentimiento para participar de la misma y a ser mencionado en el presente trabajo. A continuación, se transcribe su contenido.

Yo: Como habíamos hablado, el objetivo que yo tengo en la tesina, el trabajo final, analizar un poco lo que es el crimen organizado y lo que a criterio mío o lo que uno viene observando de la práctica y también a veces de lo teórico, que existen como dos niveles. Algo que es el crimen organizado propiamente dicho que parece como una circunstancia o una política de estado, estos temas son importantes, nosotros ponemos el foco en eso y después también en el medio, me da la sensación que hay como un grupo de algo, de gente, de organizaciones o lo que sea que por ahí no tienen tanta trascendencia como, no sé, narcotráfico pero que igualmente demuestran cierta organización. Entonces, por lo menos yo lo veo así de, analizar el crimen organizado, esa criminalidad organizada que no llega a ser tan a gran escala si se quiere, analizar eso. Y desde eso analizar también la figura de la asociación ilícita y si esa figura sirve como una herramienta a nivel político criminal, es decir, bueno, sirve para iniciar o impulsar una investigación, o no, esa sería un poco la idea del trabajo. La primer pregunta sería esa, desde tu experiencia.

E: Que entiendo por crimen organizado. Y que hechos encuadrarían específico en narcotráfico, trata de personas o ya este, hechos delictivos de cualquier índole que entiendo se adecuarían a un esquema, entiendo, de crimen organizado. Bueno para mí crimen organizado es un concepto bastante amplio. Tiene que ver con, desde el inicio con una reunión de personas, ¿no? Ponele que puedan ser más de tres, eso se estipulará. Cada estado lo podrá estipular. La ley lo podrá estipular. Tendrás la asociación ilícita. Ahí vos mencionas también la ley 23737 que habla de tres personas. Ponele como parámetro de tres para arriba. Para

mí tendría que ser un grupo de personas. Destinado, como finalidad, vamos al fin, destinado a cometer delitos. Delitos graves. No, me parece que tienen que ser delitos graves. Y esa organización es, ese grupo de personas tiene que tener una mínima organización, una estructura, no necesariamente un reparto de funciones, pero sí una mínima organización y estructura. Y esa finalidad de cometer delitos. Ahora, no me parece que tenga que estar vinculado a una temática específica. Si bien está estandarizado, narcotráfico, trata de personas, corrupción pública, contrabando y como que siempre se tiende a eso, yo creo que pueden haber otros delitos que un grupo de personas más o menos organizadas, estructurada está destinado a cometer y puede conformar un crimen organizado. Porque reúne esos requisitos. No sé, me imagino una extorsión, ¿no? Destinado a cometer extorsiones. O destinado, ahora como vemos tanto con las estafas digitales. Las estafas virtuales. Ahí tiene que atrás un grupo de personas que organizan. Está el que llama, el que busca la información, el que se ocupa de las cuentas. Ya si tenés tres o cuatro personas que están mínimamente estructuradas y están cometiendo ese tipo de delitos yo lo podría llegar a englobar ahí.

Yo: Si, algo que evidentemente se desprende de la estafa común y corriente.

E: Exacto, pero que no deja de ser un delito ordinario si se quiere. Que no se lo vincula necesariamente en general al crimen organizado, yo lo podría vincular.

Yo: Pero que requiere una complejidad, una logística mayor. Que una estafa común y corriente.

E: Exactamente.

Yo: La otra pregunta que, cual considero que es el estado actual de la aplicación de estos tipos penales en relación a la situación del departamento judicial.

E: Y yo no creo que estemos en un nivel de aplicación óptimo. Me parece que no. Yo no lo veo eso. Me parece que todavía está faltando despegarnos de las estructuras comunes, de la dogmática penal, ¿no? Siempre vamos a la participación, coautoría o participación. Salimos de la participación secundaria. Vamos, nos quedamos en el encubrimiento, el encubrimiento realmente de que ¿Atrás hay una organización? ¿Y el delito precedente quien lo cometió? ¿Hay gente organizada frente a ese delito precedente? Y el encubrimiento realmente es un encubrimiento o es una pata más del delito. Está ocultando el dinero. Puede ser lavado. Nosotros nos quedamos muchas veces con lo básico. No está mal porque es una forma de

reprimir esa conducta específica, concreta, ahí, acotada. Me parece que todavía nos falta ponerle si se quiere perspectiva de crimen organizado a las investigaciones. Nos quedamos con lo que se presenta. Investigamos, pero hasta que comprobamos lo mínimo. Y el crimen organizado por ahí está atrás. Ahí, esperando. Me parece que eso es todavía un paso que nos falta dar.

Yo: La tercera es, si es factible, bueno esto un poco ya lo hablamos en la primera.

E: Si. Crimen organizado. Para mí te diría que es lo mismo. No veo que regule situaciones distintas. Me imagino si quiero buscarle un tamiz, la criminalidad organizada me suena más a un aspecto sociológico, es decir, esto es toda la realidad, todo lo que tiene que ver con la criminalidad, la criminalística, la dogmática, los convenios internacionales, las leyes de cada estado, toda esa realidad. El crimen organizado es una de las formas de manifestación de esa realidad de la criminalidad organizada. Por ejemplo, el narcotráfico. El narcotráfico es una de las formas de crimen organizado. La trata de personas es una de las formas de crimen organizado. Otras de las características, volviendo a la primer pregunta, que muchas veces uno encuentra en el crimen organizado es la transnacionalidad ¿no? Eso es lo que te da una, porque hablamos de extorsión, de estafa, pero a nivel por ahí de interjurisdiccionalidad. Por ahí más de acá. Te llaman de Córdoba para engañar de Mercedes y la plata termina siendo, no sé, retirada en otra provincia. Esa complejidad que le da. Pero en este punto criminalidad organizada y crimen organizado, yo más que ese matiz no le encuentro. No recuerdo, tampoco que estudié el tema profundamente pero no recuerdo de haber encontrado diferenciados los dos aspectos.

Yo: La figura de la asociación ilícita, ¿puede ser una herramienta para impulsar una investigación? O es, más que nada tengo esta figura, tengo esta gente. Tengo este delito. Se subsume en lo que es la asociación ilícita. Es decir, como un tipo penal nada más.

E: Para mí es el tipo penal por excelencia para utilizar ¿no? Si bien no está bien receptado porque por lo general la asociación ilícita queda siempre fuera, me parece que es la figura que en principio hay que utilizar para englobar esto. La asociación ilícita no puede faltar digamos. Después si encontramos que eso engloba en alguna práctica específica que esté regulada como por ejemplo en la ley de estupefacientes, bueno, ahí se verá si queda desplazada o no la asociación ilícita. Pero me parece que la asociación ilícita es el disparador para englobar esta

conducta y tener comprendida toda la actividad de la banda, de la asociación. De la organización digamos.

Yo: ¿Te acordás de algún caso?

E: Yo pensé, traté de acordarme. Yo no me puedo acordar, de crimen organizado así.

Yo: De asociación ilícita.

E: Me acuerdo una vez unas estafas que investigue en Luján. Y habíamos llegado, habíamos encontrado de que en realidad había una organización atrás. Con distintos roles, que se habían adjudicado funciones y que teníamos, habíamos postulado asociación ilícita y no, se cayó. La asociación ilícita es muy difícil pasar digamos el tamiz de la jurisdicción. En general no hay una buena recepción. Cuando vos decís bueno tenemos el grupo de tres o más personas, tenemos la asociación o banda, el destino a cometer delitos indeterminados, que no solo cometen hechos, sino aparte también están metidos en esta otra variedad, bueno. Pero no, en ese momento no. No me acuerdo bien cuales eran las modalidades específicas del delito. La verdad que no me acuerdo de otro caso de criminalidad organizada.

Yo: La última es ¿Cual, si es que hay, cual podría ser el desafío que enfrentan los fiscales u operadores judiciales para investigar este tipo de delitos?

E: Me parece que hay distintos aspectos. Tienes a nivel investigativo de contar no solo con recursos y herramientas ¿no? Porque esto tiene que muchas veces con cuestiones complejas. Si no, figuras que a veces rozan con el límite de tolerancia de las garantías constitucionales que tienen que ver con el agente encubierto, el revelador. Todas esas cuestiones que muchas veces para entrar a una organización criminal no solo presenta en narcotráfico sino en otras variantes, se necesita este tipo de interferencias. Y bueno, eso tiene sus cuestionamientos, pero sé que se utilizan. Bueno nosotros acá en Mercedes, no sé si estamos utilizando mucho, eso te lo pueden decir los chicos que están en la especialización de estupefacientes. Pero no creo que a nivel de UFI ordinaria se esté utilizando mucho esa figura, no sé en complejas. Yo no lo he visto hasta ahora, pero si me consta que en otros departamentos o a nivel nacional, a nivel federal donde tramitan especialmente este tipo de delitos se utilizan. Y tiene ya una trayectoria jurisprudencial que lo avala. Me parece que ese es un desafío. A nivel investigativo, contar con herramientas sin forzar las garantías que puedan ayudar a la producción de la prueba. Después hay

otro tema, con descubrir el destino del producto. Porque todas estas organizaciones en definitiva tienen, buscan un beneficio económico. Bueno, ese beneficio económico que es el producto del delito, como lo recupero, como lo aprovecho, como lo decomiso para el estado. Hoy por hoy uno de los desafíos creo que es el tema de las criptomonedas. Muchos se están convirtiendo y están buscando esa veta. Digamos la criptomoneda como objeto del delito y como forma de transformar lo producido. Una cosa virtual que después no tenés forma de llegar. Ahí si en la provincia se ha avanzado. Se que en otros departamentos judiciales han avanzado sobre cuentas de criptomonedas. Incluso con secuestros y decomisos dirigido a eso. O sea que eso es otro desafío. Después bueno, la transnacionalidad ya ahí implica un desafío de por sí, porque tiene que ver con la colaboración y la cooperación trasnacional. Ese es un tema que necesita una preparación específica. Eso me parece que son desafíos que llevan este tipo de delitos.

c) Entrevista con el Fiscal General Pablo Merola

En tercer y último lugar, se entrevistó entonces al actual Fiscal General del Departamento Judicial de Mercedes, quien también brindó su consentimiento para participar de la misma y a ser mencionado en el presente trabajo. A continuación, se transcribe su contenido.

E: Para mí crimen organizado, pensándolo también desde el lugar que nos toca a nosotros, que es la justicia de la provincia de buenos aires. Aplica, no a esas grandes concepciones de temas que quizás la transnacionalidad lo puede caracterizar y por eso, está bastante ligado a la justicia federal si se quiere. Pero lo cierto es que la trata, la terminaron bajando a la provincia para contribuir con el flagelo. Y que el narcotráfico, que, si bien sigue siendo federal, se desfederalizó la última, el último eslabón de la cadena delictiva, con lo cual son fenómenos que empiezan a generar mucho impacto en la comunidad cotidiana y que claramente están organizados. Pero también, nosotros tenemos delitos comunes por llamarlos de una forma en donde hay una organización atrás. Donde hay un grupo, no sé si trasnacional, pero un grupo que a veces son tres, a veces son cinco, a veces son diez. Que se dedica de manera reiterada y sistemáticamente, y con un nivel de organización en cuanto predeterminación a usufructuar de una determinada modalidad delictiva. Y lo más claro que nosotros estamos viendo es las estafas virtuales. Ya sea “cuento del tío”, ya sea por alguna metodología de phishing. Esto no son transnacionales, ni mueven la cifra que movería el tráfico de armas, de personas, el narcotráfico. Pero ahí son el principal objeto de persecución penal

para nosotros muchas veces. Porque el vecino que viene, vemos muchas veces gente vulnerable, gente mayor de edad. En todas las ciudades con discurso, una metodología, un verso muy similar, y delante de nuestras narices se repite, se repite, se repite y se repite el delito. Y primero parecía que era una banda, y después eran dos y después tres y eso se termina generalizando, pero tienen un nivel de organización que para mí es delito organizado y aplicaría perfectamente la figura de la asociación ilícita. Ahora, la figura de la asociación ilícita, que sabemos que es un delito autónomo, y alcanzaría con, a ver, con la intención de los miembros de pertenecer a esa organización con fines de cometer delitos de manera indeterminada, pero lo cierto es que probatoriamente es imposible probar una asociación ilícita sin vincularla a los hechos. Nosotros siempre tenemos asociación ilícita más hecho uno, después más el robo, el robo, el robo. Porque esto es lo que ha permitido inferir la existencia de la asociación. Pero sabemos que la asociación perfectamente, si no fuera por una cuestión de prueba, existe como tipo autónomo, con las características estas que dijimos. Entonces ¿una asociación ilícita es un grupo de narcotraficantes? Si, seguramente. ¿Es un tipo de gente que trafica armas, o personas o trata? Si. Pero también, perfectamente pueden ser esto que hablamos. Estafas o robos. Gente que se dedica a robar, con la misma modalidad. Como nosotros llamamos, escruches, robos con armas. Con lo cual, para mí y con una mirada, insisto, del lugar que nos toca día a día, claramente el delito organizado puede concebirse en esta dimensión y lo que caracteriza al delito organizado que quizás sea otra pregunta y por ahí voy mezclando, es la existencia del negocio, del rédito. Y acá viene el tema de como debiéramos atacar entonces el delito organizado. Yo veo que a veces, y esto es un defecto, es una expectativa, que me gustaría, que agudicemos el ingenio para sin salirnos de los principios generales del derecho, como atacar al que maneja el negocio. Porque muchas veces nos estamos quedando con el fungible. Con una pieza, con un peón y eso sabemos que se cambian, y no atacamos. Entonces, le damos todo un trabajo al sistema, aprehensiones, traslados, 308, preventiva, elevación a juicio, abreviados, debate, lo que fuera, y el negocio sigue. Entonces tenemos que tratar de tener una mirada que apunte al negocio. Y ahí es donde nosotros no tenemos las herramientas conceptuales como a veces vemos que en algunos cursos en Capital se aplican ¿no? De atacar al tema de las finanzas. Hoy, es más, nosotros seguimos persistiendo en las medidas de coerción personal de la persona y muchas veces descuidamos el decomiso de los bienes producidos. El secreto bancario. Estas herramientas que debieran ser herramientas más comunes para nosotros y sin embargo parece que nos complican más el día a día. Pero no atacamos el negocio. Por eso es que esa criminalidad organizada sigue subsistiendo. A ver, Estados Unidos combate el

narcotráfico y no lo ha erradicado por lo cual, está claro que no es tan sencilla la cuestión. Pero bueno, por lo menos como para poner una primera dimensión de lo que uno visualiza como crimen organizado, como asociación ilícita bajado a la realidad de la Provincia de Buenos Aires, más allá de las concepciones de la parte general que puede tener esta cadena organizacional.

Yo: Si, incluso el otro día cuando entrevisté al Dr. Villalba, el me daba ejemplos claros y lo que se ve que por ahí lo único que le falta es, la dimensión, que vaya por fuera de las barreras del estado, porque pareciera como que dentro del estado, se replican lo mismo, es decir, interjurisdiccional, ya sea entre ciudades o entre provincias, incluso el Dr. Villalba me hablaba de casos de abigeato, casos de granos, quizás a menor escala pero que se vincula con esto que estás diciendo del producto, que hago con el producto del ilícito, como lo introduzco de alguna manera al mercado, como se obtiene un rédito económico, como si fuese la misma práctica, se replica.

E: Si, siempre se hablaba de la corrupción de la obra pública como el funcionario público era el corruptor cuando en realidad el funcionario público muchas veces puede ser el corrompido. Porque hay un privado que va y usufructúa de ese negocio. Pero generalmente hubo una matriz acá creada desde el estado. Pero como vos decís, hubo empresarios que usufructuaron de ex profeso, y entraron en esa dinámica, entonces recién ahí se empezó a ver mucho bueno, y a los empresarios, entonces se atacó no solo a los funcionarios sino también a los empresarios, creo leer esto que vos decís la parte privada. La parte de la sociedad también que está muy predispuesta en buena medida a si hay un negocio, por ahí, y si es grande, mirar para otro lugar, después la ética o el delito, son cuestiones que quedarán para otro. La ética quedará para cuando cierre los ojos y el delito quedará por si me pescan.

Yo: Otra de las preguntas es, vos fuiste fiscal de instrucción muchos años, si recordás algún caso en el que se haya aplicado la figura de la asociación ilícita con éxito.

E: Me acuerdo en ese momento un tema que trabajé mucho con telefonía, a la vieja usanza. Con las sábanas. Vos decís, que es las sábanas. Bueno, no teníamos ningún programa. Eran planillas y planillas de ir buscando este con aquel. Y era una de las que me acuerdo, era una organización que se dedicaba al tráfico de combustible. Es decir, robaban camiones de combustible. Una sub modalidad de piratería del asfalto. Robaban camiones en la zona de Luján de la ruta 6 o la ruta 7.

Y ellos tenían una vieja estación de servicios de banderas, esas que se le llaman de bandera blanca. Y ellos robaban, descargaban el combustible y después tiraban el camión. Eran dos hermanos más cuatro personas más. Y se presentaban distintas situaciones. Por un lado, el tema de telefonía con aquella modalidad que era la verdad recontra engorrosa. Y les pudimos aplicar la asociación ilícita, se los detuvo y la verdad que se yo. Fue un orgullo en el sentido de me acuerdo haber pasado noches haciendo trabajo de unir teléfonos y le aplicamos la asociación ilícita más allá de haber probado otros cuatro o cinco hechos de camiones. Y también me había generado una suerte de tensión por que estaba esta cosa de la flagrancia. Es decir, estaba la gente de policía haciendo inteligencia, en aquel momento la policía trabajaba un poco más en las tareas de campo. Y entonces venían haciendo seguimientos cuando había algún robo y en un momento me decían doctor, acá vimos que se dio el hecho y yo tenía que optar entre decirles déjenlos correr y que se perdiera y que se consumara el hecho, probablemente se perdiera porque todavía no sabíamos donde bajaban la nafta. Y me acuerdo que estuve re nervios pero les dije no, no podemos quedarnos con un tipo arriba de un camión que están organizados hasta que no podamos encontrar donde está la madriguera. Y yo me preguntaba esto si yo estaba como funcionario asumiendo una responsabilidad de dejar que, en las narices, porque la policía decía, doctor, estamos viendo que se está cometiendo un hecho, tenemos que proceder. No, no. Estamos en el curso de una investigación, estamos en el curso de una investigación organizada, tenemos que atacar el negocio de estos y no podemos quedarnos con un tipo arriba de un camión porque, no va. A costa de que, insisto, algún damnificado podía llegar a plantear desde ese lugar. Lo cierto es que tuvimos que dejar pasar dos camiones de esos y esto era como una olla a presión, porque la policía quería, bueno listo, acá está, agarramos al tipo. Lo esclarecimos al hecho. Bueno, gracias a Dios, insisto, con todo el trabajo de telefonía pudimos, después los choferes que a veces uno tenía la duda de si estaban entregando o eran víctimas decían, me acuerdo uno que iba encapuchado que lo habían llevado por la ruta que hacía “tac, ta tac, ta tac, ta tac” y ya teníamos que la ruta 7 vieja estaba permanentemente no se si transitada o cortada, no, todo con un. Entonces iba “tac, tac, tac”. Entonces dijimos, tiene que estar en esa zona. Entonces trabajando con los círculos concéntricos de los teléfonos fuimos dando, fuimos dando hasta que llegamos a dar con una estación de servicio, insisto, de bandera blanca ahí justo en la reja, en el triángulo. Se determinó más o menos las personas que más o menos la administraban. Se les hizo un trabajo de seguimiento también, hasta que un día si se dio el camión, ya con gente apostada y se dio los procedimientos. Bueno ahí tuvimos un caso insisto de, que le aplicamos la asociación ilícita, de crimen organizado que era un subtipo

de robo de mercadería en tránsito, que en aquella época estaba muy de auge lo que era la ruta 6 y demás. Y que tuvo esta perla que, además de la telefonía manejada a la vieja usanza, esta cosa de, si podemos dejar pasar un delito. Sabemos hoy que, en el marco de la justicia, de la ley de lucha con el narcotráfico hay distintas figuras, de entregas controladas y demás. Pero en aquella época y para nosotros en el ámbito de la provincia, no operan en estas figuras, entonces fue como un extra. Esto de tratar de atacar, insisto, al negocio a la parte más nuclear y no quedarnos con la parte más débil o el último.

Yo: La siguiente pregunta va a eso, cuáles son los desafíos que uno tiene cuando asume una investigación de estas características, de estos grupos y bueno, también un poco esas herramientas, si se cuenta con las herramientas necesarias y recursos, o la falta.

E: No bueno, ahí ya vamos un poco a la realidad. La realidad ya sabemos que los recursos siempre son escasos. Pero hoy, la metodología de investigación cambió mucho. Y en su momento siempre nuestra pregunta, por ejemplo, cuando se hablaba de la policía judicial, quien va a ser el investigador, quien va a hacer las tareas de campo. Quien hace las tareas de campo si queremos reemplazar a la policía. Lo cierto es que hoy hay mucho que se puede hacer desde el escritorio. Con las bases de datos abiertas y demás. Entonces hoy el investigador de campo casi va a chequear una situación ya más o menos diagnosticada. Por los teléfonos, por los lugares y demás. Los círculos concéntricos donde están operando, el recorrido. Con lo cual ahí ya tenemos una primera cuestión. Antes, si vos no tenías de campo, no se iba a ningún lado. Hoy podríamos pensar que en el crimen organizado tenemos que trabajar, mucho con base de datos, y después hacer un último trabajo que se necesita de chequeo. Y ahí podemos utilizar a la policía ya de manera más controlada. Mas encomendándole una tarea puntual que es una forma de controlar. Y no darle abiertamente un cheque en blanco que vengan con un paquete diciendo “pasa esto, pasa esto” que no se sabe de donde salió. Entonces primera reflexión es, las técnicas de investigación han cambiado. Fundamental, la base de datos. Se puede trabajar desde el escritorio con lo cual hoy un investigador no necesariamente tiene que ser un tipo que esté dispuesto a tirarse en una zanja a sacar una foto camufladamente. Entonces eso también potencia el recurso porque las bases de datos están. Hoy gente para ir a tirarse en una zanja, no. Creo que se pueden hacer cosas. Pasa más por la capacidad, por la capacitación. Obviamente por ahí estamos hablando de necesidad de software, cosas más caras. Pero esa sería la gran inversión y falta de recursos. Antes me acuerdo que en droga, no, no tiene

la cámara, no tiene nafta. Estamos hablando de faltante de recursos muy básicos. Hoy me parece que hay un giro en eso. Y me parece que vos me preguntabas cual sería el desafío. Me parece que el desafío está por ahí. Capacitarse y vuelvo a lo mismo. Como respetando los principios del derecho clásico que hoy nos imperan, como poder atacar el crimen organizado. Es decir, si yo tengo una persona que es parte del delito y lo pongo como testigo o como imputado. Estoy haciendo algo bien o estoy haciendo algo mal. Técnicamente podés decir, esta persona delinquiró, hay que tomárselo. Hoy ya me parece que hay, y en algún momento la cámara o un juez te lo podría haber marcado. Hoy me parece ya que hay una mirada de, che, me trajeron el último eslabón. No siguieron para arriba. Me parece que hay una concepción de todo el sistema judicial de ir entendiendo esto del crimen organizado. Y si utilizamos como escalera para escalar precisamente en la pirámide delictual, tendríamos que obviamente buscar la forma para justificarlo, emprolijarlo y no hacer una muy cosa osada. Pero no me parece que hoy, salvo una estrategia de una defensa, me parece que el órgano jurisdiccional vaya a poner la uña en eso y esto lleva a otras responsabilidades. Hay diferentes miradas de como atacar una investigación, con una perspectiva de crimen organizado a donde hay que apuntar. Y ese es un desafío para cómo, respetando los principios del derecho, la participación, la autoría, el tipo penal, la conducta típica. Como poder atribuírsela con una suerte de dominio del hecho, según dominio funcional o coautoría. El desafío es como poder tener otra mirada.

Yo: Si, ampliarla. Una mirada más integral.

E: Juntar, no dividir. La misma situación que se da cuanto juntamos o separamos IPP. Cuando queremos investigar y potenciar, empezamos a juntar y vos ahí te vas dando cuenta que hay una interrelación de un montón. Y, por el contrario, cuando actuamos muy formalmente decimos no, esta es anterior, esta es más grave, esta es menos grave. Esto está probado, esto no está probado. Bueno, un montón de argumentos ficticios para no potenciar la investigación, tomarle una imputación muy sencilla, clara, lineal a la persona y elevarla a juicio o lo que fuera. Ese es el desafío para mí. Tener una mirada más profunda porque me parece que es la mejor forma de atacar el crimen en general y ni hablemos, el crimen organizado. El crimen organizado va dejando en una causa, en otra, en una, en una. Hoy perdió uno. Hoy perdió el otro. Acá lo agarraron a tres. Si miras todo separado y de eso yo siempre siento que se ríe el delincuente. Viene el abogado y plantea una cosa, el tipo se va en libertad. Después no lo encontrás en el domicilio y bueno. No podemos ser tan ingenuos frente al crimen organizado. Ya sea de

magnitud transnacional o de la magnitud de la que nosotros. Porque estoy seguro que una causa de esas, bien instruida, genera mucha más repercusión y limpia mucho más las calles y limpia mucho más la criminalidad que diez de las otras. Ese es el objetivo. El desafío. Dentro de la ley, con los principios legales que hoy imperan, como ver, tener esta perspectiva integradora, global de coautoría funcional, de dominio del hecho, de sentirlos parte de un grupo organizado como una asociación ilícita que sistemáticamente se dedican a equis tipo de delito. Y bueno, después ahora tenemos el rol de jefe, todas estas cuestiones que son propias del tipo penal.

Yo: No quedarse con lo que asoma.

E: No. Eso es un facilismo. Porque es más fácil pensar algo lineal. El tema, el desafío es la complejidad. El rompecabezas. El que en este tengo a tres, pero no lo tengo a este. En este tengo dos, pero me falta uno. En el otro tengo uno solo pero como hago para, ¿sí? Pero es el gran desafío porque ya te digo, no es una cuestión de ego, sino que creo que es la mejor forma de generar un pacto en la criminalidad. Porque si todos sabemos que los recursos son escasos, que la modificación del sistema acusatorio, una de las esencias que tenía era que el Ministerio Público como representante o titular de la acción penal sea una unidad y pudiera establecer flexiblemente líneas de criminalidad, de política criminal y demás, estaba precisamente para priorizar los recursos. Es decir, no podemos tratar igual una amenaza que un homicidio. Eso no puede ser. Porque está en la pila. Porque entró primero la amenaza que el homicidio. Eso, bueno por ahí vos que sos más joven por ahí lo das por sentado, pero antes era como, uno tenía una pila de cosas y era la policía la que muchas veces seleccionaba la cifra negra, que cosas investigaba, que cosas no. Bueno. Ante recursos escasos, hay que priorizar. Y al priorizar viene la política criminal. ¿Qué es la política criminal? Es esto, son decisiones estatales de persecución penal. El primer lineamiento viene dado por el legislador que dice que cosas son delito y que cosas no lo son. El segundo viene dado en la organización de la provincia de Buenos Aires por las instrucciones de la Procuración, en que poner el eje. Y después viene completado por los lineamientos o las instrucciones de que pueda dar la Fiscalía General. A través de instrucciones generales, alguna situación puntual en alguna causa o básicamente en la organización del Ministerio Público, las reuniones para interactuar con los fiscales. Que se persigue, que, como, cuando, donde poner el eje. Bueno, algunos pueden ser más formalistas otros un poco más informales, pero esa es la función un poco de porque se vino a un sistema acusatorio. Porque por un lado bien se entiende por qué es el que mejor

respetar las garantías por que el juez salió de la investigación, ser un tercero imparcial. Pero al Ministerio Público, le sirve para esto, para intentar, es por eso que mi objetivo es lograr que las fiscalías no funcionen como compartimentos estancos, porque volvemos un poco a la vieja usanza de que cada juzgado tenía su mirada. Y no es así, precisamente por esto, porque hay que darle una continuidad. La división es meramente ordenatoria la de turnos.