

Reflexiones ítalo-argentinas en delitos asociativos, con especial referencia a la asociación para delinquir, ilícita y de tipo mafioso

POR MARIO CATERINI(*) Y MARIO EDUARDO MALDONADO SMITH(**)

Sumario: I. Introducción.- II. El principio de ofensividad.- III. Los delitos de asociación criminal.- IV. El caso argentino.- V. El caso italiano.- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo brinda nociones generales sobre los principales delitos asociativos en el contexto argentino e italiano. Se analiza su estructura, su evolución interpretativa y los problemas que plantean frente a principios de raigambre constitucional. Bajo estos parámetros, los autores plantean la necesidad de una intervención legislativa dirigida a clarificar la indeterminación y ambigüedad presente en estos tipos penales para, por una parte, limitar el excesivo activismo judicial y, por otra, orientar constitucionalmente estas figuras bajo los cánones de taxatividad, certeza, ofensividad y protección de la persona.

Palabras claves: crimen organizado - mafia - asociación ilícita - principio de ofensividad

Italo-Argentine reflections on associative crimes, special reference to the association to commit a crime, illicit and mafia type

Abstract: this paper provides general notions about the main associative crimes in the Argentine and Italian context. Its structure, its interpretative evolution and the problems it poses in relation to principles of constitutional roots are analyzed. Under these parameters, the authors raise the need for a legislative intervention aimed at clarifying the indeterminacy and ambiguity present in these criminal types in order, on the one hand, to limit excessive judicial activism and, on the other, to constitutionally guide these figures under the canons of taxativity, certainty, harmfulness and human protection.

Keywords: organized crime - mafia

(*) Prof. Derecho Penal, Università della Calabria. Dir. del Instituto de Estudios Penales "Alimena", Centro de Investigación Interdepartamental: www.unical.it/dices/ispa

(**) Prof. Derecho Penal Económico, Universidad Internacional de la Rioja <https://www.unir.net/profesores/mario-eduardo-maldonado-smith/-->

I. Introducción

El presente trabajo se plantea dar a conocer al lector los lineamientos generales que identifican y caracterizan a los principales delitos de asociación criminal en el contexto argentino e italiano. Estas figuras se enmarcan en una tendencia global, derivada tanto de las obligaciones internacionales exteriorizadas en instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como también por el particular rigor sancionatorio que, en los últimos años, ha caracterizado a la potestad punitiva de los Estados en el combate a las diversas formas de criminalidad.

Los tipos penales que serán objeto de estudio son, en el caso argentino, el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 210 del Código Penal (en adelante, CP) y, tratándose de la realidad italiana, los delitos de asociación para delinquir (artículo 416 CP) y la asociación de tipo mafioso (416 *bis* CP). La selección obedece a la tradición jurídica de sus autores, así como a los diversos criterios que vinculan la tradición jurídica latinoamericana con la romana-germánica continental y, particularmente, la “tradición italiana”. A efectos de estructura y método, se planteará, en primer lugar, una consideración genérica sobre el principio de ofensividad y elementos conexos, posteriormente se clarificarán algunos aspectos vinculados con los denominados “delitos de asociación” para, tras ello, presentar el caso italiano y el argentino. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones conclusivas.

II. El principio de ofensividad

Uno de los principios cardinales de los Estados constitucionales es el principio de ofensividad, el cual, bajo su formulación más elemental, nos indica que únicamente aquellos comportamientos que ofenden bienes jurídicos de importancia fundamental pueden ser sancionados penalmente (Bricola, 1974; Mantovani, 1991; Donini, 1996; Caterini, 2004).

En la historia del derecho en general y del penal en lo particular, este principio constituye toda una revolución en tanto que el ámbito de lo punible queda circunscrito únicamente a los comportamientos socialmente ofensivos y no ya, como ocurriera en pasado, a los pensamientos, al pecado, al reproche moral o, inclusive, al carácter adscriptivo de la persona derivado de elementos físicos, étnicos o psicológicos. Bajo el panorama liberal, la pena viene determinada no por la condición volitiva o psicológica del agente, sino por la conducta efectivamente desplegada que lesiona o, al máximo, coloca en riesgo intereses sociales fundamentales (Luzón Peña, 2016, p. 21).

Sergio Moccia (1992, pp. 216 y ss.) enseña que el recurso a parámetros de criminalización fundados en presupuestos de tipo trascendental, irracionales y, por

tanto, no necesariamente compartidos por la generalidad de la población, no pueden constituir un factor de consenso en las reglas del ordenamiento jurídico, pues estos plantean múltiples problemas en relación con su individualización en casos concretos, dando como consecuencia que el derecho penal sea empleado como un mero recurso ante la vulneración de preceptos éticos, cuestión que, bajo el presupuesto de un Estado laico y, en teoría, respetuoso de la libertad moral del individuo, no debería ocurrir.

De ahí que, al ámbito de lo penal, en contextos liberales, le interesen únicamente aquellas conductas que ofenden bienes jurídicos, no la moral, no la fe, sentimientos o un cierto modo de ser o de pensar. Se tenga presente que, normalmente, en los procesos penales es la libertad del individuo la que está en vilo y, precisamente, por ello, el principio de ofensividad cumple una función limitativa del poder punitivo. Autores como Silvestroni consideran que, atendiendo a su función, el principio de ofensividad puede ser igualmente entendido como la “expresión de la libertad en el derecho penal” (p. 211).

Ahora bien, el principio de ofensividad no es solo un principio a observarse en la labor jurisdiccional (Mantovani, 1991, p. 72) sino lo es, también, en el momento de la propia creación normativa al erigirse como un límite en la potestad configurativa del legislador (Donini, 1996, p. 126). De este modo, el órgano parlamentario está constreñido a definir con precisión el bien jurídico concreto, así como los diversos supuestos en los que puede materializarse su ofensa (Caterini y Maldonado Smith, 2018, p. 8).

En los casos bajo estudio tenemos que, la Constitución Nacional argentina dispone expresamente este principio en su artículo 19 (Hernán Torres, 2015, pp. 1 y ss.) y, en el caso italiano, se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 13, 21, 25 y 27 constitucionales (Bricola, 1974, pp. 82 y ss.; Padovani y Stortoni, 2006, p. 90). En ambos casos, se entiende que la efectiva ofensa a un bien jurídico, como condición esencial para la actualización del poder punitivo del Estado, es un deber que atañe no solo a la actividad jurisdiccional sino también a la legislativa (Badoza, 2018, p. 54). Inclusive, en el caso italiano, la Corte de Casación (que sería la Corte Suprema) ha dicho que “el legislador está vinculado a elevar a delitos hechos que sean concretamente ofensivos de entidades reales. El intérprete de las normas penales tiene la obligación de adaptarlas a la constitución en vía interpretativa, haciéndolas aplicables solo a los hechos concretamente ofensivos” (Casación Penal, sentencia del 18 de julio de 2013).

De este modo, el legislador se encuentra facultado para la creación de diversos tipos penales a condición de que estos se encuentren claramente precisados y se sustenten en la efectiva ofensa de bienes jurídicos de particular importancia (Moccia, 1995, p. 343; Muñoz Conde y García Arán, 2002, p. 59). Ahora bien, bienes

omnicomprensivos, abstractos o imprecisos carecerían de los elementos indispensables para aprehender en cada caso concreto una efectiva ofensa y, por tanto, resultarían sumamente peligrosos en contextos no estrictamente democráticos. Es el caso, por ejemplo, de la seguridad y el orden público, la personalidad del Estado, el libre desarrollo de la personalidad o, inclusive el continente jurídico que representa la dignidad humana (Moccia, 1992, p. 109; Cavaliere, 2016, p. 1001).

Por lo anterior, es necesario el requisito esencial de una ofensa concreta, verificable, empírica, que permita corroborar y no meramente especular la actualización de una lesión o, al máximo, puesta en peligro de un bien jurídico; llanamente, Zaffaroni (1990) concluye: “La pena como respuesta a una acción que no afecta el derecho de nadie es una aberración absoluta que, como tal, no puede admitirse, porque su lesión del principio de racionalidad republicana es enorme” (p. 197).

Se vea, además, que bajo este análisis se presenta una particular relación entre la tipicidad y la ofensividad. Esta situación ha provocado múltiples interpretaciones y reflexiones. Una parte de la doctrina, por ejemplo, considera que una conducta inofensiva resulta atípica, otra parte que solo aparentemente típica o, incluso, hay quienes señalan que sí es típica, pero, sin embargo, no merecedora de una pena por ser irrelevante para el sistema penal (Gallo, 1951, p. 127; Neppi Modona, 1967, p. 980; Fiore, 1982, p. 57; Caterini, 2004, pp. 129 y ss.). Bajo este razonamiento, la tipicidad vendría a ser únicamente aparente pues el principio de legalidad vendría menguado en tanto que “la tipicidad debe ser la expresión de una lesión o de un peligro para los bienes jurídicos” (Caterini, 2016b, p. 483). No obstante, se reconoce la problemática derivada de aquellos tipos penales que el legislador crea sin una concreta afectación a algún bien jurídico, como ocurre en tratándose de los denominados “delitos de peligro no concretos”, mejor conocidos como “abstractos”.

En efecto, una problemática compleja es la planteada por los delitos de peligro (Canestrari, 1991; Corcoy Bidasolo, 2007). En este rubro, nuevamente Zaffaroni (2006b) indica que, cuando se habla de delito se habla de una ofensa a un bien jurídico, cuestión que puede actualizarse mediante el daño o su peligro concreto, más allá de estos casos y, sobre todo, ante los delitos de peligro abstracto o presunto, considera que nos colocamos ante figuras que no son propias de Estados de derecho, pues estos se erigen no sobre la efectiva lesión a un bien jurídico sino solo en su lejana e hipotética puesta en peligro.

En efecto, los delitos de peligro concreto constituyen ya un límite en la extensión punitiva del Estado al sancionar no una efectiva lesión sino solo la puesta en peligro de un cierto bien jurídico, dejando al juez, en cada caso, la valoración para determinar si la conducta desplegada efectivamente ha colocado en situación de riesgo al interés protegido o no (Caterini, 2017, p. 127; Kiss, 2010, p. 116). Por su

parte, en el peligro presunto no corresponde al juez valorar la conducta concreta sino únicamente constatar la situación de hecho para que, si esta se presenta, automáticamente se deriven las consecuencias penales (Canestrari, 1991, p. 2). Aquí el peligro no se demuestra, se presume *per se*, bajo una presunción que no admite prueba en contrario (Cerezo Mir, 2002, p. 47).

Además, la categoría del delito abstracto únicamente se sustenta en la eventual afectación bajo razonamientos anticipatorios o preventivos que difícilmente pueden justificarse a la luz de principios como los de ofensividad, determinación, personalidad de la responsabilidad penal, presunción de inocencia, razonabilidad, proporcionalidad, subsidiariedad, fragmentariedad, por citar tan solo algunos (Zaffaroni, 2006b, pp. 375 y ss.; Cavaliere, 2005, p. 120). Aunado a ello, se trata de figuras típicas en las que, antes que sancionarse una conducta ofensiva, con frecuencia tienden a perseguir una determinada cualidad, característica, forma o modo de ser que, como se ha visto, corresponde a parámetros ajenos a los de un derecho penal centrado en la conducta y no en la categoría del autor (Caterini, 2016).

III. Los delitos de asociación criminal

No es extraño al derecho penal la criminalización de determinadas conductas cometidas al amparo de una asociación (Cancio Meliá, 2008). Esta situación se presenta en diversas hipótesis típicas y suele implicar un juicio de reprochabilidad mayor, en tanto que, el o los autores se valen de entidades edificadas bajo una estructura, recursos (humanos, materiales, financieros), relaciones y diversos otros elementos que facilitan la comisión de conductas ofensivas de bienes jurídicos.

En todo caso, lo que sí es una novedad es la tendencia expansiva (Silva Sánchez, 1999; Díez-Ripollés, 2007) que suele observarse en la elaboración de categorías típicas en las que el elemento organizativo es visto no ya como una circunstancia modificadora de la punibilidad, sino, virtualmente, como un elemento constitutivo de la propia figura criminal. Además, se advierte igualmente la predilección que suele darse a bienes jurídicos abstractos e indeterminados sobre los que se justifican estas categorías delictuales como, por ejemplo, la paz, la tranquilidad, el orden público o la seguridad (Cavaliere, 2003).

Nicolás Cordini (2017, pp. 2317 y ss.) considera que, cuando se habla de los delitos de organización criminal, puede uno referirse a dos situaciones. En la primera se hace referencia a diversos delitos que, normalmente, se caracterizan por ser cometidos bajo el amparo de una organización; es el caso, por ejemplo, del lavado de activos, la trata de personas, el tráfico de armas o de estupefacientes, en los que la complejidad del tipo requiere normalmente de la intervención de diversas

personas y que, en la práctica, suelen ser realizados precisamente con el auxilio de organizaciones criminales. En esta primera hipótesis, el “hecho organizativo” no es visto como una entidad o un tipo penal autónomo, sino que viene a formar parte y a valorarse en sede penal como elemento constitutivo del delito o delitos “fin” por los que la organización fue constituida. Aquí, el elemento organizativo suele valorarse jurídicamente como una circunstancia agravante con incidencia en la punibilidad.

La segunda alternativa en la que puede ser empleada la expresión delitos de organización es la que se refiera a la asociación como una entidad y un tipo penal autónomo. En esta hipótesis, resulta irrelevante si los integrantes de la organización han concretado conductas ilícitas bajo el amparo de la entidad asociativa pues, a pesar del componente volitivo que los guía (cometer ilícitos) el mero hecho de ser parte de la entidad concretiza ya una conducta delictual. El elemento “organización”, “asociación”, “banda”, “grupo” (dependiendo del contexto) es tratado jurídicamente como una realidad autónoma que *per se* colma las exigencias descritas en la norma; por ello, este elemento (la asociación) es valorado como un elemento constitutivo del propio delito (de su tipicidad) y que, como se ha dicho, es autónomo respecto de los eventuales delitos fin que pueda cometer la organización (Cordini, 2017, p. 345).

En el contexto italiano, cuando se habla de los delitos asociativos se hace referencia a esta segunda hipótesis que, a su vez, suele estudiarse bajo una ulterior clasificación que distingue, entre “delitos meramente asociativos” y “delitos asociativos de estructura mixta o compleja”, una situación que, como se verá más adelante, resultará de especial importancia (Spagnolo, 1986; Amarelli, 2018); por el momento, basta señalar que los delitos de mera asociación se configuran por el hecho de la coincidencia de voluntades delictivas bajo el amparo de una organización, mientras que los de estructura mixta o compleja requieren elementos adicionales, por los que los asociados efectúan conductas concretas a valorarse.

Un clásico ejemplo de delito asociativo es el que se refiere a la “criminalidad organizada” que, como se verá, puede tipificarse ya como delito meramente asociativo o de estructura mixta. Esta figura delictual es, a su vez, una categoría conceptual ampliamente difusa en la sociedad del riesgo y de la permanente emergencia (Beck, 1998; Moccia, 2000) que provoca múltiples evocaciones, todas ellas caracterizadas por su vaguedad y/o abstracción, así como por su poderosa fuerza simbólico represiva (Zaffaroni, 1999, pp. 63 y ss.).

Múltiples son las consideraciones bajo las que el crimen organizado se identifica como un fenómeno de especial preocupación, sobre todo pública. Neppi Modona (1986, pp. 118 y ss.) considera que el disvalor inherente a esta forma de criminalidad obedece a su contenido político intrínseco toda vez que, aunque no

se señale o reconozca expresamente, la sola existencia de una organización criminal coloca en tela de juicio la potestad y las funciones propias de la autoridad pública. En tal sentido, la estructura, normas, procedimientos e instituciones de la organización compiten paralelamente con las del propio Estado, la mafia es así vista como una institución “anti-Estado” que merma o coloca en tela de juicio su potestad, una cuestión que, políticamente, no es tolerada.

A continuación, se estudiarán los casos argentino e italiano identificando el especial rigor sancionatorio de estos tipos penales, no solo en cuanto a su punibilidad sino, ante todo, en cuanto a su configuración normativa y que plantea diversas reflexiones en relación con los aspectos que previamente hemos delineado.

IV. El caso argentino

Como se adelantó, en la Argentina se dispone del tipo penal de “asociación ilícita” presente en el artículo 210 del Código Penal y que, en este país, configura el delito asociativo por excelencia. Se trata de un tipo genérico en el que quedarían subsumidas las figuras que, en otros contextos, se identifican con la “organización criminal”, “criminalidad organizada” o, incluso, la “asociación de tipo mafiosa”. Esto comporta que, en la Argentina, no exista un tipo especial referido a formas concretas de criminalidad, como la organizada o la de tipo mafioso, sino únicamente el tipo general antes señalado; de ahí que categorías diversas a las de asociación ilícita sean consideradas conceptos “extraños” para la legislación penal argentina (Cordini, 2017, p. 352).

El icónico artículo 210 del Código Penal argentino señala: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

A partir de la descripción típica, puede derivarse que el delito de asociación ilícita requiere de cuatro elementos: 1. La estructura objetiva, esto es, la “banda” o la “asociación”; 2. La presencia de tres o más personas; 3. El elemento volitivo de la intención de ser parte de la organización y; 4. Que la asociación tenga por propósito finalidades delictivas (Buompadre, 2012, p. 596; Soler, 1996, pp. 710 y ss.).

Desde un primer momento pueden advertirse diversas inconsistencias en el tipo penal, particularmente en lo que se refiere a la generalidad e indeterminación de sus diversos componentes (Cornejo, 2001, pp. 49 y ss.). No sin razón, la figura de la asociación ilícita ha planteado diversas interpretaciones doctrinales y jurisdiccionales (se verá en el siguiente apartado). Así, por ejemplo, en relación con la estructura objetiva, se ha indicado que, aunque el tipo penal no lo disponga

literalmente, para poder hablar de una organización criminal se requiere primeramente que esta disponga de una cierta permanencia y durabilidad (no transitoria) a fin de que el acuerdo de voluntades no se plantee como una eventual participación en un delito, y, particularmente, como una de las formas en que se actualiza la cooperación instantánea (Monzón Piorno y Palmou Fontana, 2015, p. 10).

Igualmente, la doctrina ha considerado que no es necesario circunscribir el actuar de los asociados bajo la idea de la “concertación”, ni siquiera es exigible que los asociados se conozcan, que actúen de manera conjunta o como parte de un régimen estatutario, toda vez que la expresión literal de la norma exige únicamente el “tomar parte” en la banda o asociación (Buompadre, 2012, p. 596).

En relación con el número de integrantes, se requiere que la organización disponga de al menos tres personas que hayan decidido tomar parte en la asociación. Se considera que, en aquellas hipótesis en las que una organización deje de existir, por cualquier razón, el delito dispuesto en el artículo 210 CP se considerará como cometido hasta el momento en que la organización deje de tener continuidad o la persona deje de ser parte de la misma. Finalmente, en cuanto al fin delictual, la ley claramente dispone que la organización debe tener por finalidad el cometer ilícitos, cuestión importante porque el tipo penal no exige la efectiva comisión de alguno o algunos delitos fin, sino que la conducta penal se actualiza “por el solo hecho” de ser parte de la organización.

Es importante señalar que el delito de asociación ilícita se ubica en el capítulo II del Título VIII del Código Penal, referido a los “Delitos contra el orden público”, de modo tal que es este bien jurídico sobre el que se sustentan las razones de tutela con las que este delito asociativo viene justificado.

Los anteriores elementos plantean diversas complicaciones en orden jurídico penal bajo una perspectiva constitucionalmente orientada. Como se aprecia, el tipo penal de asociación ilícita resulta ser extremadamente vago, abstracto e indeterminado, superando el límite configurativo autorizado constitucionalmente al legislador al sancionar de manera irracional, desproporcionada y sin ningún criterio de distinción la intención de cometer prácticamente cualquier delito, aún y cuando no se relacione con una ofensa al orden público, no sea grave o, inclusive, no se refiera siquiera a los “clásicos” delitos de delincuencia organizada, como pudieran ser la trata de personas, el secuestro o el tráfico de estupefacientes (Cordini, 2017, p. 350).

A las anteriores observaciones genéricas pueden sumarse otras que, de manera más específica, plantean complicaciones frente a los principios liberales iluministas sobre los que se sustenta el derecho penal garantista. A continuación, se reflexionará sobre ello.

IV.1. Problemas jurídico-penales en el delito de asociación ilícita (artículo 210 Código Penal)

El delito de asociación ilícita, por su propia naturaleza, requiere la concurrencia de diversas personas, lo que, bajo los criterios de la dogmática penal implicaría distinguir las variadas formas de concurrencia o participación en el delito (autores y partícipes) a fin de determinar, para cada uno de los intervinientes, una responsabilidad acorde con su conducta desplegada. Aplicar una misma pena para quien ha realizado conductas diversas con incidencia en el hecho criminal, señala Zaffaroni (2006b, p. 606), constituiría un “extremo máximo de irracionalidad”.

Pues bien, en el delito de asociación ilícita, la conducta sancionable es el “formar parte” de una asociación, que, por su naturaleza, requiere de la presencia de diversas personas (al menos tres) y que, conforme a nuestro objeto de estudio, tenga una finalidad criminal. Más allá de que en el caso concreto no se sanciona otra conducta que el “ser parte” de la entidad, tampoco existe una distinción entre los diversos roles que la persona pudiera desempeñar, salvo el caso de que se trate del jefe o los organizadores. En este supuesto, se observa que la misma *ratio sancionadora* viene a ser aplicable por igual a todos aquellos que formen parte en la asociación, bajo cualquier circunstancia o modalidad. Esta peculiaridad provoca, en el plano fáctico, la difuminación entre las figuras de autores y partícipes, sobre todo la de estos últimos que prácticamente desaparecen, porque, en términos del artículo 210 CP, todos los miembros responden como autores, inclusive en aquellos casos en los que, materialmente, se pudiera hablar de una mera participación (Monzon Piorno y Palmou Fontana, 2015, p. 12).

Además, vale la pena reflexionar que la desaparición de toda modalidad de partícipes ocurre en relación con el propio delito dispuesto por el artículo 210 CP, no así sobre los hipotéticos delitos independientes que pudieran realizarse actuando bajo la organización. Ello, en atención al carácter “autónomo” del delito de asociación ilícita, que es otra posible fuente conflictual en tanto que, si bien es cierto, al momento de actualizarse este tipo penal todos son autores por el simple hecho de formar parte de la asociación, en caso de efectuarse alguno de los delitos fin, se podría dar lugar a un problema concursal (Cornejo, 2001, p. 56).

Recalamos, por una parte, que el tipo penal exige el acuerdo de voluntades ilícitas (tres o más) sin que se requiera que alguna de esas voluntades se traduzca, en el mundo real, en alguna de las conductas típicas fin de la entidad pues, en caso de darse ese supuesto, la consecuencia jurídica sería la existencia, de una parte, del delito de asociación ilícita y, de otra, el delito o delitos adicionales e independientes del primero que, bajo el amparo de la organización se hubiesen cometido. Bajo este escenario, resulta probable que el componente asociativo sea valorado

no solo en tanto requisito esencial del tipo dispuesto por el artículo 210 CP, sino incluso como un acto preparatorio, una posible tentativa, una circunstancia agravante o, inclusive, un elemento típico, igualmente esencial, en la configuración de los delitos fin de la asociación, situación que comportaría una doble valoración de un elemento incriminante y que plantearía problemas con el principio *ne bis in idem* (Castex, 2004).

A lo ya dicho se agrega la decisión político-criminal de enmarcar el tipo penal como forma de tutela al omnipresente, complejo y difuso concepto del “orden público” (Cordini, 2017, pp. 337 y ss.), así como su pretendida puesta en peligro bajo actos de anticipación que, de no ser por la presunción absoluta de peligrosidad dictada por el legislador, *iure et de iure*, no resultaría punible (Silva Sánchez, 2008, pp. 98 y ss.).

En lo que hace al bien jurídico tutelado, consistente en el orden público, se ha dicho ya la abstracción e indeterminación que el mismo plantea, si bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha probado a delimitarlo (se verá más adelante), el resultado no ha sido menos exitoso e, incluso, ha contribuido aún más a su indeterminación al asociarlo con elementos valorativos como el “sentimiento” de tranquilidad o paz social e, incluso, con el “espíritu de la población” (CSJN, fallo Stancanelli, 20 noviembre de 2001).

Vale la pena detenerse un instante para reflexionar en torno a las conductas que, de manera directa o potencial, serían ofensivas de lo que, en palabras de la Corte, se trata de un “sentimiento” y, por ende, de un aspecto que es enteramente subjetivo y que, además, viene condicionado por circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales (Fiandaca, 1998). Se trata, en suma, de una relatividad absoluta y que, además, se vincula con elementos para los que el derecho penal de corte liberal no ha sido edificado (Lammoglia 2013, p. 96). Bajo esta interpretación tan amplia, quedan dispuestos los canales por los que se posibilita emplear a esta figura como un “comodín” en la que prácticamente cualquier conducta pudiera ser potencialmente ofensiva de los sentimientos de paz, tranquilidad o, del “espíritu” del pueblo.

Por lo que respecta a la presunción absoluta de peligrosidad, esta deriva de la propia configuración típica en la que se presume ya una situación de peligro abstracto. La asociación ilícita, de nueva cuenta, no requiere una concreta ofensa a un bien jurídico, ni tampoco una efectiva puesta en peligro sustentada en evidencias empíricas. El simple hecho de la coincidencia de tres o más voluntades para, hipotéticamente, delinquir bajo el amparo de una banda o asociación actualiza, de acuerdo con la norma, es una situación en la que el orden jurídico se pone en peligro.

Como se comentó, los delitos de peligro plantean ya diversas problemáticas y se ubican en las antípodas de lo que jurídicamente puede considerarse una ofensa a un bien jurídico. Una situación catalogada como de peligro abstracto o presunto excede ya el ámbito de lo ofensivo y, por ende, de lo que el derecho penal habría de sancionar, al menos, y de nueva cuenta, bajo los presupuestos liberal garantistas.

En el caso de la asociación ilícita, el juez queda despojado, por disposición legal, de su facultada para determinar si, en un caso, se verifica o no, una conducta que pudiera empíricamente catalogarse como de riesgo pues, bajo cualquier circunstancia, la descripción típica del artículo 210 CP, expresa que “por el solo hecho” de ser parte de una asociación delictiva la persona vendrá sancionada. Aquí, el operador jurídico no debe valorar elemento probatorio alguno, sino simplemente dar por supuesto, *iure et de iure*, que la situación planteada por el legislador constituye un peligro al bien jurídico protegido y, en consecuencia, aplicar a raja tabla la norma. De este modo, por un automatismo legal, el inculpado y su defensa quedan privados de toda posibilidad que les permita controvertir el carácter de peligro en la conducta, dejando únicamente la posibilidad de demostrar no ya el peligro, y, por ende, eventual riesgo para el bien jurídico, sino únicamente la circunstancia de “tomar parte” en la asociación, una consecuencia que enteramente se aleja de la visión ius-penalista fundada en la conducta y que se concentra más bien en el autor.

El conjunto de reflexiones anteriores circunda y nos aproxima al principio cardinal de la ofensividad. La Constitución argentina dispone con nitidez en su artículo 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”. Es importante clarificar que la Constitución argentina es del año 1853, lo que permite justificar su contenido teleológico; asimismo, se destaca que el artículo 19 se mantiene íntegro a pesar de las diversas enmiendas que la Constitución ha tenido, una de estas enmiendas es la que se realizó en 1994 al artículo 75, inciso 22 y que incorporó la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales en materia de derechos humanos, esto es, hacen parte de la Constitución. En razón de ello, autores como Hernán Torres (2015, p. 2) explican que el artículo 19 y su contenido ha de ser interpretado conforme a los cánones y principios que hoy se encuentran delineados en el ámbito de los derechos fundamentales.

Del mismo modo, la Corte Suprema ha reafirmado este parecer, en el caso “Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, 1º párrafo ley 23.737” (sentencia de 24 de abril de 2008) abiertamente reconoció el principio de interpretación *pro homine* en materia penal disponiendo que las normas penales habrían de interpretarse en

consonancia con el principio de *ultima ratio* y bajo la directriz que más derechos confiera al individuo frente al poder punitivo del Estado.

Dicho lo anterior, el artículo 19 en cuestión nos provoca múltiples cavilaciones. En primer lugar, la Constitución integra mediante esta disposición de principio (Alexy, 2012, pp. 536 y ss.) no solo una regla procedimental, sino algo mucho más profundo y es que la disposición en comento termina por delinear el modelo punitivo del Estado argentino decantándose claramente por uno de tipo “mínimo” (Ferrajoli, 1995, pp. 103 y ss.) en correspondencia con las directrices que entienden al ámbito de lo penal como una faceta fragmentaria de la realidad (Muñoz Conde y García Arán, 2002, p. 64) y como un recurso extremo o de *ultima ratio* (Luzón Peña, 2016, p. 22.). Por otra parte, también se determina el límite de la potestad punitiva del Estado (Defranco, 2014, p. 53) y, como también se ha dicho, del ámbito de configuración normativa del legislador al disponer que aquellas conductas que no ofendan bienes jurídicos deben de quedar fuera del ámbito penal (Donini, 1996, p. 126).

Conforme lo dicho, el legislador debe individuar un bien jurídico concreto, así como las eventuales conductas que puedan incidir en su ofensa, más no solo pues, en respeto al ámbito de la reserva de la persona y en aras de contener la potestad punitiva pública, habrá de distinguir aquel momento concreto en la estructura temporal del delito en donde la conducta comienza a ser punible (Badoza, 2018, p. 54).

En el caso *sub especie*, se tiene que el delito de asociación ilícita sanciona lo que, eventualmente, pudieran ser considerados como actos preparatorios de los delitos fin de la organización criminal. Sin embargo, esto plantea dos situaciones. La primera de ellas es que, razonando de este modo, el delito de asociación ilícita dejaría de ser autónomo pues lo que se valoraría sería, al fin de cuentas, las conductas que conducirían a los delitos fin (que requerirían como acto preparatorio la constitución de una organización). De esta manera, si bien los actos preparatorios permitirían extender la punibilidad a los delitos fin, lo cierto es que, entonces, el artículo 210 CP perdería su razón propia que lo identifica y es la de sancionar el acuerdo de esas voluntades criminosas. Se vea que, nos encontramos con una situación en la que, a la vez, y con el mismo tipo penal, se buscaría sancionar los actos preparatorios de eventuales delitos realizados bajo la figura de una asociación criminal y, al mismo tiempo, sancionar el mero acuerdo de voluntades “genéricas” de carácter criminal. Esta situación, planteamos, provocaría contradicciones con el principio de taxatividad (Zaffaroni, 2006b, pp. 106 y ss., 531 y ss.), al no saberse exactamente qué es lo que se está sancionado, y, eventualmente, con la personalidad de la responsabilidad penal pues, la responsabilidad penal de aquellos que, por ejemplo, si colaboran con actos preparatorios vendría a ser extendida a aquel

que únicamente forma parte de la asociación (Mir Puig, 2016, pp. 207 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, 2002, pp. 252 y ss.).

Ahora bien, en segundo término, si por actos preparatorios entendemos aquellos previos a la ejecución del delito y que se dirigen a facilitarlos (Salas Beteta, 2007) la retroactividad que se lleva a cabo, y que se retrotrae hasta el mero acuerdo de voluntades para la comisión de un delito, se advierte excesiva en términos de una efectiva lesión o, siquiera, una hipotética puesta en peligro del bien jurídico consistente en el orden público.

La asociación ilícita ha sido catalogada, igualmente, como un “delito de preparación”, esto es, un tipo penal en el que el legislador considera que, sobre la base de diversos indicadores, resulta adecuado adelantar la punibilidad frente a conducta que, como máximo, pudieran ser calificadas como preparatorias en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico determinado (Monzón Piorno y Palmou Fontana, 2015).

Tratándose de la asociación ilícita, no se verifica empíricamente una lesión o puesta en peligro, sino que el legislador presupone, sin más atisbo de duda, que por el solo hecho del acuerdo de voluntades ilícitas, bajo el amparo de una organización, se actualizan conductas que “preparan” el terreno para la lesión de bienes jurídicos. Hemos ya dicho que, si esos bienes jurídicos se refieren a los contenidos en los delitos fin de la organización, entonces, los actos preparatorios habrían de referirse a esos delitos y no al previsto en el artículo 210 CP, caso contrario, sí se hace referencia al orden público, no se entiende bajo qué presupuesto empírico, el mero acuerdo de voluntades prepararía el terreno para su vulneración o bien, si se verificaría *ipso facto* una lesión al mismo, como ha sido la orientación de la Corte Suprema argentina.

Aún en términos de la ofensividad, recordemos que el presupuesto base del legislador es la hipotética suposición de que la mera existencia de una asociación ilícita bastaría para afectar el orden público, entendido, de manera igualmente genérica, como la paz y tranquilidad social (Maidana, 2013, p. 3). Al mismo tiempo, si volvemos sobre la redacción del artículo 210 CP, tenemos que no existe distinción alguna en relación con los diversos delitos fin por los que una asociación ilícita se constituye, ni tampoco sobre si se trataría de delitos graves o no. Siendo así, podemos derivar interpretaciones extremas e irracionales, aunque perfectamente posibles, en las que cualquier acuerdo de voluntades (no transitorio) de tres o más personas, por ejemplo, para cometer delitos de poca entidad (se piense, por ejemplo, el llamado “robo hormiga” en supermercados) vendrían a ser equiparados a situaciones tan extremas como pudieran ser la trata de personas, el tráfico de estupefacientes o, incluso, el terrorismo internacional.

La inidoneidad del bien jurídico aplicable al caso concreto queda igualmente verificada atendiendo a la característica de secrecía que identifica tanto a las organizaciones criminales en sí, como a su modo de operar. Esto es así porque, partiendo de la consideración legislativa y judicial de que la mera existencia de una asociación criminal afectaría al orden público, entendido como paz y tranquilidad de las personas, no se entiende cómo podría verse este afectado cuando tales organizaciones son secretas y laboran, normalmente, en la opacidad y fuera de la inmediata cognoscibilidad pública.

En suma, la presunción legislativa de afectación al orden público resulta ser una mera construcción teórica que, en los hechos no se sostiene, situación que no sería extremadamente preocupante y peligrosa, de no ser porque se labora con una herramienta penal en la que en vilo se encuentra uno de los bienes jurídicos más importantes de todo ordenamiento liberal y garantista que es, la libertad de la persona.

Sí entonces queda verificado racionalmente que, en el fondo, no se sanciona una efectiva o hipotética puesta en peligro de un bien jurídico, salta el cuestionamiento de ¿qué sanciona la norma? Cuando la descripción típica castiga “por el solo hecho de ser miembro de la asociación” lo que en realidad persigue es la expresión de una voluntad, es esta y solo esta la conducta punible que, como se ha dicho, no requiere que en el plano fáctico se lleve a cabo alguno de los delitos-fin de la asociación, ni siquiera algún supuesto de tentativa o acto preparatorio.

Puestas, así las cosas, es la libertad expresiva de un sujeto lo que reprime la norma, una libertad que bien puede ser censurable y no compartida pero exclusivamente bajo consideraciones de tipo moral. Aquí, no hay conducta ofensiva, sino un mero acuerdo de voluntades con ideas o intenciones delictivas, en suma, se viene sancionado por lo que se piensa, por ser quien se es, por no plegarse a una doctrina moralizante edificada sobre la base de pensamientos buenos y malos, cuestión que no interesa en lo absoluto a un derecho penal liberal-garantista fundamentado en conductas efectivamente desplegadas que ofenden bienes jurídicos y no en los pensamientos, ideas, en el pecado, la malignidad o el reproche moral (Castex, 2004, p. 592).

IV.2. La jurisprudencia argentina

En diversas causas los tribunales argentinos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre los elementos de la figura de asociación ilícita defendiendo, por lo general, su constitucionalidad, aunque modulando sus elementos constitutivos, en especial en las características a reunir por parte de la asociación y, en cierto modo, en la determinación de un delito concreto (no abstracto) por el que se

justifique el empleo del tipo penal. Asimismo, es de destacar que al interior del poder judicial existen voces críticas dando cuenta que no existe un consenso unánime al respecto.

Un precedente fundamental en el delito de asociación ilícita es la causa “Stancanelli, Néstor Edgardo y otros s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad” (causa n. 798/95, de 20 de noviembre de 2001) en el que la Corte Suprema de Justicia señaló diversos aspectos de gran profundidad. En cuanto al tipo penal, la Corte puntualizó el carácter de delito autónomo al indicar que, para su actualización, no era necesario acreditar algún inicio en la ejecución de los actos delictivos que motivaban a la asociación criminal en tanto que, el delito *ex* artículo 210 CP, se integraba desde el momento en el que la persona tomaba o hacía parte en la organización, siendo irrelevantes las demás conductas. Enfatizó que, a fin de distinguir esta figura del mero acuerdo criminal no punible, era necesario que la entidad dispusiera de un carácter no transitorio, esto es, que tuviera una cierta permanencia.

En relación con el principio de ofensividad, la Corte Suprema señaló una fundamental cuestión pues, en su consideración, la conducta “debe reunir la virtualidad suficiente como para violar el bien jurídico que se intenta proteger, es decir, el orden público”. En esta sentencia, la Corte brindó una interpretación de lo que, para ella, debía entenderse por este bien jurídico, identificándolo como “sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social”. Hecho lo anterior, la Corte razonó que, si bien es cierto cualquier delito era susceptible de afectar el orden y la tranquilidad, no obstante, existían delitos que producían “alarma colectiva” y, en estos casos: “la criminalidad de estos reside esencialmente, no en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder”.

En el caso bajo estudio, y más allá de la estricta lectura del artículo 210 CP, la Corte determinó que la conducta concreta desplegada por el inculpado (consistente en su pertenencia a una asociación finalizada a la venta de armas exclusivas del ejército al exterior) no era susceptible de provocar la alarma colectiva o temor social, ya que, en todo caso, la conducta habría repercutido en otros bienes jurídicos (como el patrimonio del Estado), de ahí que no se habría verificado la lesión o puesta en peligro del orden público.

Se tenga presente que, en este caso, la Corte justificó constitucionalmente la figura de la asociación ilícita bajo el presupuesto de salvaguardar instituciones como la “tranquilidad pública”, la “paz social” o, incluso, “el espíritu de la población”, en

tanto que la alarma colectiva que se derivaría de la asociación ilícita afectaría tales elementos. No obstante, y en una apreciación nuestra, parecería que lo que la Corte hace es zanjar un importante precedente para que, en cada caso, los operadores judiciales valoren el elemento de peligro, no ya bajo una consideración abstracta, *iure et de iure*, sino bajo la concreta identificación del mismo en su correlación con el orden público pues, solo así, la conducta reuniría la “virtualidad suficiente como para violar el bien jurídico que se intenta proteger” pues, de lo contrario, y como la Corte afirmó en el caso Stancanelli, la resolución sería llanamente arbitraria. Haciendo un paréntesis, esta situación se asemeja a lo ocurrido en el caso italiano en relación con los delitos de peligro; para una referencia más amplia remitimos al lector a nuestro trabajo previo (Caterini y Maldonado Smith, 2019).

Esta sentencia es, adicionalmente, muy particular porque, al interior de sus considerandos (el número 10) se incluye una “reflexión” que, más bien, podría interpretarse como una reprimenda a los jueces *a quo* y, en general, a la labor judicial administrativa. La “reflexión” gira en torno al reconocimiento que la Corte Suprema hace respecto del abuso y empleo indiscriminado que se hace de la figura de asociación ilícita, particularmente con fines propagandísticos dando como resultado falsas “expectativas de punición” entre la población. En un fragmento de esta reflexión se indica:

Nada se resuelve creando delitos de la nada ni buscando el tipo penal que permita el procesamiento con efectiva privación de la libertad para luego acomodar los hechos a la figura, invirtiendo así el orden lógico del razonamiento (...). No es cuestión de satisfacer a la opinión pública presentándose como adalides de la lucha contra la corrupción administrativa sino de aplicar rigurosamente el ordenamiento jurídico sancionando mediante la utilización de los medios legítimos suministrados por el derecho a aquellos que lo violan (causa n. 798/95, de 20 de noviembre de 2001, pp. 5 y 6).

Como se ve, en esta particular sentencia existen diversos elementos de análisis; por un lado, la Corte reconoce un empleo indiscriminado y malicioso de la figura de asociación ilícita, situación que es debida en gran medida a la indeterminación del propio tipo penal, así como del bien jurídico que pretende tutelar. No obstante, la Corte no cuestiona la legitimidad constitucional del artículo 210 CP, e, incluso, contribuye a la confusión interpretativa del *omni* abarcable bien jurídico del orden público identificándolo con situaciones como la paz, la tranquilidad o, incluso, el espíritu de la población. Es de destacar la atrevida interpretación que se hace para, más allá del texto de la norma, considerar que la afectación al bien jurídico debe valorarse caso por caso y no automáticamente bajo el peligro abstracto que la norma dispone, cuestión que, sin embargo, estimamos debiera ser reconducida bajo los cánones de la función legislativa, no la del intérprete judicial, o bien, en el

ejercicio de sus facultades normativas, proceder directamente a la declaratoria de inconstitucionalidad, atendiendo a la necesidad de acreditar el peligro y no darlo por supuesto (Caterini 2016c, pp. 506 y ss.).

En el recurso de hecho “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita” (causa n. 259, 8 de marzo de 2005), la Corte Suprema aportó elementos dirigidos a la distinción entre el delito autónomo de asociación ilícita y los delitos que en dicha organización pudieran cometerse (los delitos fin). La sentencia es importante porque contribuye a enfrentar una situación desafortunadamente frecuente. En ella, la Corte dispuso que a los operadores judiciales les está vedado derivar presunciones sobre la responsabilidad de los asociados en la comisión de alguno de los delitos-fin de la organización, tan solo porque sean parte de la misma, en sus palabras: “la identificación de la actividad de un miembro de una asociación ilícita no basta por sí misma para atribuirle, automáticamente, la participación (sea necesaria o secundaria) en los delitos concretos cometidos por otros miembros de la agrupación” (causa n. 259, 8 de marzo de 2005, p. 39).

La Corte señaló que el carácter autónomo de la asociación ilícita configura por sí mismo un delito y que este es diverso a los que se llegaren a cometer al amparo de la asociación. Ante ello, los delitos-fin deben ser acreditados bajo elementos concretos de prueba que permitan derivar la responsabilidad concreta de la persona en ellos, sin que sea lícito hacerlo únicamente por la circunstancia de que la persona es miembro de la asociación delictiva. Además, los jueces interpretaron que, el “tomar parte” implica “estar en el concierto delictivo, con independencia de que se consumen o intenten los delitos que constituyen el objeto de la asociación”. De ahí que, todos los miembros de la asociación respondan por la comisión del delito dispuesto en el artículo 210 CP, más no así “de los delitos consumados por alguno de sus miembros” (causa n. 259, 8 de marzo de 2005, p. 39).

Tratándose de los tribunales inferiores, podemos citar el caso “Vargas Aignasse Guillermo s/secuestro y desaparición” (sentencia del 4 de septiembre de 2008), en la que el Tribunal Oral Federal de San Miguel de Tucumán justificó el carácter autónomo del delito de asociación ilícita expresando que para su actualización basta “que el sujeto sea consciente de formar parte de una asociación cuya existencia y finalidades le son conocidas”. Además, el Tribunal consideró que, la asociación, para ser tal, requiere de un “mínimo de organización o cohesión” expresada en sus miembros constitutivos, no bastando el simple “trato personal y directo” entre asociados. Igualmente, en esta causa se consideró que el bien jurídico *orden público* podía entenderse como un elemento del funcionamiento armónico del Estado, cuyo objetivo es que este “logre sus verdaderos fines, en este caso, el afianzamiento del vínculo jurídico en la sociedad, asegurando la paz social” (sentencia del 4 de septiembre de 2008, p. 56).

En el caso “Lupetti, Salvador Rafael y otros s/recurso de casación” (sentencia de 17 de febrero de 2007), la Cámara Federal de Casación Penal consideró que el delito de asociación ilícita, si bien prevé la expresión “por el mero hecho de ser miembro de la asociación”, a efecto de actualizar esta circunstancia se requiere aportar elementos probatorios que permitan brindar indicios para justificar que la persona forma o toma parte en la referida asociación y, a tal efecto, “no es necesario probar fehacientemente que sus miembros hayan cometido delitos concretos” (sentencia de 17 de febrero de 2007, p. 72).

La misma Cámara, en la causa “Soliz Medrano, Pedro C., y otros s/recurso de casación” (sentencia de 24 de abril de 1997) señaló que, el delito de asociación ilícita se colma por el “mero hecho de ser miembro” y que, la asociación, se forma mediante un acuerdo o pacto de sus componentes con el propósito colectivo de cometer ilícitos de manera indeterminada (“una pluralidad de planes delictivos”). Además, señaló que no cualquier asociación reuniría estos requisitos pues, debe de acreditarse una “relativa o cierta continuidad” pues, caso contrario, se trataría de una “convergencia transitoria” que integraría una mera participación en un delito, no así la actualización del tipo penal del artículo 210 CP.

En la causa “Porra, Ariel, Zenón y otros s/recurso de casación” (sentencia de 10 de noviembre de 2016), la Cámara Federal de Casación Penal agregó que el elemento distintivo de la asociación ilícita es el presupuesto de que, esta no se limita a la “consumación de un plan que comprenda un determinado número de hechos específicos”, sino que, lo que la “tipifica” es el “peligro de la variedad y de la repetición de los atentados criminales, es decir, el peligro de la divulgación del crimen (...) esto, precisamente, es lo que distingue la (...) asociación delictiva (...) [del] concurso de varias personas en el delito” (sentencia de 10 de noviembre de 2016, p. 121). El tribunal, además, aportó elementos con relación a la expresión “por el mero hecho de tomar parte” en el sentido de que, el tipo penal no requiere de formalidades especiales que permitan calificar a una persona como “miembro” en la asociación, ni declaraciones o actos escritos, sino que, el elemento central, de acuerdo con los jueces, es la “afiliación”. La ofensa al bien jurídico, por su parte “se produce y justifica por la sola existencia de una asociación de personas destinadas a cometer delitos (...) la mera existencia de la empresa criminal pone en crisis las expectativas sociales sobre el acatamiento del derecho, y se constituye en un factor determinante para que la tranquilidad pública —entendida esta como confianza de la sociedad en el respeto que han de generar las normas jurídico penales— se vea afectada” (sentencia de 10 de noviembre de 2016, p. 124).

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, en la causa “Pérez Aragón, Enrique Alberto p.s.a. asociación ilícita, etc. —recurso de casación—” (sentencia de 10 de mayo de 2010) consideró que el delito de asociación

ilícita ofende directamente al bien jurídico del orden público “por la inquietud social que produce la existencia de agrupaciones de individuos cuyo objetivo es la comisión de delitos”, en tanto tales hechos producen entre la población una “alarma colectiva”. Del mismo modo, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el caso “Bruzzone, Elbert (Sec.: Cantisani), Barrionuevo José Luisa” (sentencia de 20 de diciembre de 2014), señaló que la justificación sobre la que descansa la figura de la asociación ilícita reside en la “extrema peligrosidad” que la existencia misma de la asociación plantea y su repercusión en términos de tranquilidad y paz social.

Como se advierte, la jurisprudencia argentina justifica en general la legitimidad constitucional del artículo 210 CP. Además, la Suprema Corte de Justicia, no obstante haber contribuido a incrementar la indeterminación del bien jurídico, ha planteado directrices que buscan atemperar el peligro abstracto del tipo penal para concretizarlo en cada caso, situación que, como se ha visto, no es del todo seguida por los tribunales inferiores.

Presentamos, finalmente, un fallo en el que se da cuenta de la disparidad de criterios no ya sobre los elementos constitutivos del tipo sino directamente sobre su constitucionalidad. Se trata de la causa “Giraudi, Pablo E. y otros” en la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal número 1 (sentencia de 19 de marzo de 2003) determinó la absolución del imputado al no acreditarse fehacientemente su pertenencia a una asociación ilícita. Sin embargo, el juez Martín M. Federico planteó declarar la inconstitucionalidad del artículo 210 CP por su “indeterminación del tipo” argumentando que, la descripción normativa plantea “varias formas de interpretación posibles”, cuestión que se verifica en la disparidad criterios doctrinales e incluso jurisprudenciales, muchas de ellas contradictorias y excluyentes entre sí.

En sus palabras, el orden público resulta una expresión equívoca al plantear una enorme pluralidad de contenidos y supuestos que, al ser el objeto de tutela del tipo penal de asociación ilícita hace de este, “una ley mal nacida” empleada indiscriminadamente, en muchos casos con finalidades de persecución política. Además, señaló que su amplia vaguedad permite que sea aplicable a una infinita pluralidad de casos, a modo de un “saco roto en donde han ido a parar casos que no superan la mera complicidad en uno o varios hechos” (sentencia de 19 de marzo de 2003, p. 12).

De ahí que, para el juez Federico, el único elemento determinable en el tipo sea el monto de la pena pues, el conjunto restante de sus elementos se mantiene confuso e indeterminado lesionando con ello el principio de legalidad (artículo 18 Constitución Nacional). Frente a estos elementos, planteó declarar la inconstitucionalidad del artículo 210 CP, por su indeterminación de tipo. Es de resaltar que,

el referido juez, llama a la causa la reflexión formulada en el fallo Stancanelli a fin de restringir al máximo la interpretación judicial, pero, a diferencia de la validación que la Corte Suprema hace de la asociación ilícita, el juez Federico concluye su ilegitimidad constitucional por ser una “verdadera arma de la discrecionalidad” propia de un “totalitarismo jurídico penal inquisidor” (sentencia de 19 de marzo de 2003, p. 14).

V. El caso italiano

Al igual que en el caso argentino, Italia ha buscado responder al fenómeno de las asociaciones ilícitas de diversas formas, en el ámbito jurídico penal destaca el delito de “asociación para delinquir” presente desde sus orígenes en el artículo 416 del Código Penal italiano, también conocido como código “Rocco” y caracterizado por su histórico perfil autoritario (Ferrajoli, 1995, p. 469).

Como es bien sabido, durante la década de los años 70 y 80, Italia libró un arduo combate contra las mafias en su territorio (Fiandaca, 1991) que derivó en la creación de una pluralidad de leyes de “excepción” que luego pasarían a constituir parte de la “normalidad” bajo el argumento continuado de la perene emergencia (Moccia, 2000). El caso del crimen organizado, no fue la excepción.

En efecto, las diversas conductas de lo que, en contextos diversos pudiera identificarse con el crimen organizado, y no solo, sino, en una dimensión incluso más amplia, se expresan en Italia bajo la figura de las asociaciones mafiosas, en particular las catalogadas como “históricas” o “tradicionales”: *Cosa Nostra*, la *Camorra* y la *'Ndrangeta* (Pomanti, 2017). Durante muchos años, el fenómeno mafioso fue enfrentado a través de instrumentos penales como la llamada “asociación para delinquir”, tipificada en el artículo 416 CP. Sin embargo y como se viene indicando, en el contexto “emergencial” de lucha contra la mafia, el 13 de septiembre de 1982 fue emitida la Ley 646 que introdujo, entre otras modificaciones, el delito de “asociación de tipo mafioso” (artículo 416 *bis* CP), mismo que, más tarde, fue objeto de posteriores modificaciones (Spagnolo, 1997, pp. 4 y ss.).

De este modo, el panorama italiano actual, con relación a los delitos asociativos, nos sitúa ante dos figuras: la asociación para delinquir (artículo 416 CP) y la asociación de tipo mafioso (artículo 416 *bis* CP). Se vea que, a diferencia de lo que ocurría en el caso argentino, en Italia se dispone de dos figuras, una de ellas única en el mundo (Pomanti, 2018, p. 12), y que presentan características que, como en Argentina, han sido igualmente objeto de diversas críticas y reflexiones atendiendo a sus variadas inconsistencias.

Estos dos tipos de figuras asociativas se enmarca bajo las categorías conceptuales que previamente hemos advertido: los delitos de mera asociación y los de

estructura mixta o compleja (Spagnolo, 1986). En el primer caso, el tipo penal se actualiza con la mera concurrencia de voluntades criminosas bajo el amparo de la organización, sin importar que haya tenido lugar, ni siquiera como tentativa, alguno de los delitos fin de la organización. Aquí se ubica el artículo 416 CP, así como el delito de asociación ilícita argentino antes estudiado y que, como ocurre en tal contexto, también es objeto de críticas en relación con su indeterminación, abstracción y carencia de una efectiva ofensa a algún bien jurídico (Moccia, 1999, pp. 150 y ss.; Stortoni, 1992, pp. 39 y ss.).

En el segundo caso, la descripción típica viene enriquecida con elementos adicionales disponiéndose que los asociados habrán de realizar determinadas conductas bajo la llamada “fuerza de intimidación” que, en muchos casos, puede incluso coincidir con el inicio del programa criminal. Se trata de un modelo que aspira a ser “menos incoherente” con los principios constitucionales de taxatividad, materialidad, ofensividad y presunción de inocencia. En Italia, el tipo penal dispuesto por el artículo 416 bis CP es considerado por un amplio sector de la doctrina en esta categoría de delitos (Grosso, 1999, p. 141), sin embargo, existen también otras posiciones (Fiandaca, 1991, pp. 31 y ss.) e, independientemente de ello, el tipo penal presenta diversas complicaciones. Presentamos a continuación el texto correspondiente:

Artículo 416 bis. Asociación de tipo mafioso. Quien forme parte de una asociación de tipo mafioso formada por tres o más personas, es sancionada con pena privativa de libertad de diez a quince años.

Quienes promuevan, dirijan u organicen la asociación son sancionados, solo por eso, con pena privativa de libertad de doce a dieciocho años.

La asociación es de tipo mafioso cuando quienes la integran se valen del uso de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo y la condición de sometimiento y silencio que de ella se deriva para la comisión de delitos, para adquirir directa o indirectamente la gestión o, en todo caso, el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos o para obtener ganancias o ventajas injustas para uno mismo o para otros, o con el fin de impedir o dificultar el libre ejercicio del voto o procurar votos para uno mismo o para otros en casos de consultas electorales.

Si la asociación está armada, la pena es de prisión de doce a veinte años en los casos previstos en el primer párrafo y de quince a veintiséis años en los casos previstos en el segundo párrafo.

La asociación se considera armada cuando los participantes tienen la disponibilidad, para el logro de la asociación, de armas o materiales explosivos, aunque estén escondidos o guardados en un lugar de almacenamiento.

Si las actividades económicas que los asociados pretenden asumir o mantener en control son financiadas total o parcialmente con el precio, el producto o el lucro de los delitos, las penas establecidas en los párrafos anteriores se incrementan de un tercio a la mitad.

Frente al condenado es siempre obligatoria la confisca de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito o de las cosas que son el precio, el producto, la ganancia o que constituyen su uso.

Las disposiciones de este artículo también se aplican a la Camorra, a la 'Ndrangheta y a otras asociaciones, sin importar como sean llamadas localmente, también a las extranjeras que, utilizando la fuerza intimidante del vínculo asociativo, persigan fines correspondientes a aquellos de las asociaciones de tipo mafioso.

Dada la realidad del caso italiano, a efectos metodológicos plantearemos primeramente algunas consideraciones generales en relación con ambas figuras, la asociación para delinquir y la asociación de tipo mafioso, tras lo cual plantearemos consideraciones de tipo específico referidas a cada una de ellas.

En primer término, se ha criticado la ubicación que de los artículos 416 y 416 bis CP hace el legislador al colocarlos en el título V, del libro II del Código Penal referido a los delitos contra el "orden público". Las críticas se ciernen en la abstracción, rarefacción, esquividad, desmaterialización e indeterminación empírica de este concepto (Moccia, 1999, p. 154; Pomanti, 2018, p. 7) que, al igual que como ocurre en Argentina, suele identificarse con una situación de orden, tranquilidad o pacífica convivencia, cuestiones que no contribuyen a menguar la indeterminación, sino incluso a acrecentarla (Cavaliere, 1999; De Vero, 1998).

Ahora bien, en la doctrina italiana, existen voces que, respecto del bien jurídico, consideran a los argumentos dados para su justificación (legislativa y jurisprudencial) como razones más bien de tutela (la *ratio iuris*) y no como un efectivo bien jurídico individualizado. Sea como razón de tutela o, como efectivo bien a tutelar, en todo caso, se considera que resulta ilegítimo e inidóneo apelar, en un contexto democrático y liberal, a categorías conceptuales de este tipo (Moccia, 1999, pp. 156 y ss.; Cavaliere, 1999, pp. 307 y ss.).

Otro aspecto coincidente en los tipos penales se refiere a la anticipación de la punibilidad ya que, tanto en uno como en otro caso, lo que se sanciona es el "ser

parte” de una organización delictiva, si bien es cierto, la asociación de tipo mafioso incorpora la necesidad de acreditar determinados requisitos que configuran una asociación mafiosa, no por ello modifica la descripción del primer párrafo del artículo 416 bis CP, que, expresamente castiga el “ser parte” de una asociación de tipo mafioso. Esta situación coincidente, señala la doctrina, da muestra de la innegable vocación represiva al situar el límite de la punibilidad en la anticipación del riesgo (Insolera, 1986, pp. 149 y ss.).

En el caso de la asociación para delinquir, se ha cuestionado su autonomía respecto de los delitos fin de la asociación lo que se traduce en problemas concursales en el supuesto de que se verifiquen estos últimos. Al mismo tiempo, se cuestiona la punición de una conducta meramente asociativa que vendría a prefigurar, a lo sumo, una situación de actos meramente preparatorios que, bajo el ordenamiento italiano serían no punibles (artículo 115 CP). En este punto, incluso, hay quienes sostienen que ni si quiera se tratarían de actos preparatorios dirigidos a la comisión de un ilícito, sino que meramente se castigaría la existencia misma del aparato organizativo (De Vere, 1998, p. 391). En concordancia, se plantean observaciones sobre el peligro abstracto que sanciona “el mero formar parte” y que no requiere desplegar conducta ofensiva alguna. Adicionalmente se critica la indistinción que la figura hace frente a las diversas formas de participación (Cavaliere, 2003; De Francesco, 1995).

Como se advierte, las críticas vertidas sobre el caso italiano no son diversas a las presentes en la Argentina, por lo que, en su comprensión, nos remitimos directamente a lo esbozado con antelación. Esta situación es debida a las amplias coincidencias existentes entre el tipo de asociación ilícita y la asociación para delinquir, ambas figuras elaboradas sobre la base en cierta medida del peligro abstracto, disponiendo como bien jurídico una entelequia *omni* abarcable (el orden público), con un carácter autónomo (que, no obstante, suele confundirse con los delitos fin de la organización) y, además, con una enorme disparidad de criterios jurisdiccionales derivados de la precaria técnica legislativa empleada en su elaboración.

En relación con el tipo penal de asociación mafiosa la situación no es muy diversa. Antes que nada, se ha visto que, en la Argentina no existe una legislación *ad hoc* aplicable al fenómeno del crimen organizado o a fenómenos como la mafia, ello en razón de que todas estas manifestaciones criminales pueden ser subsumibles bajo el tipo penal de la asociación ilícita (artículo 210 CP). En Italia no es el caso, pues el legislador ha dispuesto una normativa especial para castigar las asociaciones de tipo mafioso (artículo 416 *bis* CP), esta intervención legislativa podría dar pauta a considerar que, o bien, frente al fenómeno mafioso no se contaba con instrumentos jurídico penales para hacerle frente o, por el contrario, que aquellos instrumentos con los que se disponía resultaban insuficientes.

Se ha señalado que antes de 1982 la mafia era combatida mediante el tipo penal de asociación para delinquir (artículo 416 CP), razón por la cual la asociación de tipo mafioso no vino a cubrir ninguna laguna legislativa en el ordenamiento italiano. Ahora bien, con base en las diversas críticas que ha recibido el artículo 416 CP, se podría esperar que la intervención legislativa de 1982 (y sus posteriores reformas) habrían de haber recogido las preocupaciones existentes y que el artículo 416 bis sería un tipo penal mejorado y más coherente con los dictados constitucionales. Sin embargo, esto no fue el caso.

Spagnolo (1997) ilustra que el delito de asociación de tipo mafiosa no vino en realidad a cubrir ninguna laguna jurídica en tanto que, previo a ello, el tipo penal del artículo 416 CP venía a aplicarse al fenómeno mafioso. En efecto, las diversas conductas dispuestas en el artículo 416 bis son todas ellas subsumibles en el delito de asociación para delinquir (artículo 416 CP) por lo que, en el plano fáctico, la intervención normativa no viene a aportar elementos adicionales, ni tampoco a superar las críticas formuladas a este.

Antes bien, la referencia expresa que se hace a organizaciones como la *Camorra* y a la *Ndrangueta* son una perfecta muestra del carácter exclusivamente simbólico de la intervención. Se trata, de una norma en extremo particular, con destinatarios claros y precisos (Fiandaca, 1983, pp. 259 y ss.; Dell’Osso, 2016, p. 66) olvidando aquel carácter definitorio de toda norma que es, su generalidad y abstracción. No se omite señalar que, si bien son estas asociaciones criminales el objetivo originario de la norma, la magistratura, con sus múltiples interpretaciones, ha extendido el ámbito de la punibilidad a “nuevos fenómenos mafiosos” en los que se incluyen las denominadas “mafias locales”, “mafias silenciosas”, “mafias deslocalizadas”, “mafias extranjeras”, entre otras (Manna y De Lía, 2020).

El tipo penal incluye, en su párrafo tercero, una descripción de lo que en doctrina se conoce como el “método mafioso”, que sería aquel elemento distintivo y diferenciador de la mafia frente a otras asociaciones delictivas. Este método es entendido como la fuerza de intimidación derivada del vínculo asociativo, así como de la condición de sometimiento y de silencio que esta supone. Ha sido precisamente esta disposición, que tiene un carácter más sociológico que jurídico, la que ha planteado innumerables interpretaciones y reflexiones que, como se viene señalando, contribuyen a la indeterminación del tipo.

Una parte de la doctrina (Cavaliere, 1999; De Vero, 1988; Giugni, 2018) considera que, sobre la base de lo que se entiende por método mafioso, así como por sus implicaciones, en realidad, el tipo penal se orientaría a la tutela de bienes jurídicos diversos al orden público o, en todo caso, no circunscritos a este en razón de que los actos de violencia, amenaza, así como la condición de sujeción afectarían aspectos como la autonomía, la libertad o la integridad de la persona; más aún, la

descripción del método mafioso refiere a conductas ampliamente disimiles que supondrían, igualmente, la vulneración de la libre concurrencia económica, el *buon andamento* de la administración pública, las finanzas del Estado, o los derechos político-electorales de los ciudadanos. Por ende, no se tutelaría, al menos exclusivamente, el orden público, sino que, se trataría, en todo caso, de un tipo pluriofensivo.

El método mafioso tiene un efecto directo en el comportamiento desplegado por el agente y que, en este caso, sí que vendría a superar una de las mayores críticas formuladas a los delitos de mera asociación. En efecto, para una parte considerable de la doctrina, el “método” implicaría acreditar una serie de conductas por las que se transitaria de la hipótesis de peligro abstracto a una de carácter concreto (De Vero, 1998, pp. 399 y ss.; Spagnolo, 1997, p. 65). De acuerdo con esta perspectiva, a fin de comprobar el método mafioso, se requeriría acreditar: 1) la fuerza de intimidación proveniente del vínculo asociativo; 2) la condición de sujeción y de silencio que deriva de aquel, y 3) El hecho de que los afiliados se valgan de los elementos anteriores para perseguir las finalidades descritas por el tipo penal (Cavaliere, 2007). Estos elementos permitirían identificar conductas de una clara anticipación criminal, pasándose de un modelo meramente psicológico a uno causal. Aquí, la asociación de tipo mafioso no sería una asociación para delinquir (artículo 416 CP) sino una que ya ha delinquido (De Vero, 1993, p. 115; Caterini, 2021, p. 22). No obstante, se tenga presente que, pese a estas reflexiones, el tipo penal mantiene aún la expresión que sanciona el meramente “ser parte” de ahí, si bien el método mafioso anticipa algunos criterios de ofensividad, no obstante, se sanciona aún la mera pertenencia asociativa.

Se destaca la intervención legislativa, pero, ante todo, la interpretación doctrinal por la que, en cierto modo, se reconoce que, a fin de combatir el fenómeno mafioso bajo una perspectiva constitucionalmente orientada, es necesario superar el peligro abstracto del artículo 416 CP, requiriéndose en el caso *sub specie* que, al menos, para sancionarse el “formar parte” de una asociación de tipo mafioso (artículo 416 *bis*, primer párrafo, CP) sea dispuesta una remisión a lo que habrá de entenderse por asociación mafiosa sobre la base de su “método” en el que, se despliegan procederes connotados de atributos causal ofensivos: fuerza de intimidación, condición de sujeción o sometimiento dirigidas al aprovechamiento directo o indirecto de ciertas actividades o, a impedir su realización (Merenda y Viscondi, 2019, p. 4). Sin embargo, el yerro legislativo se presenta al no superarse nítidamente el paso del peligro (que representa el “ser parte” de la asociación), así como en la indeterminación e inconsistencia que se traslada, en abundancia, a la descripción típica de los elementos constitutivos del método mafioso.

Así, por ejemplo, se han planteado diversas reflexiones atinentes a la efectiva comprobación de cuestiones como la “fuerza intimidatoria”, el “vinculo asociativo”, la “condición de sometimiento”, así como la forma de acreditar el aprovechamiento derivado de los anteriores elementos. Igualmente, se ha criticado la referencia que se hace al “silencio” que, en el contexto italiano, no es cualquier tipo de silencio sino la *omertá*, que, en el contexto de la mafia y de su territorio viene entendida como un “deber moral” expresado en la negativa absoluta a colaborar con los órganos del Estado. De este modo, un concepto sociológico con una profunda y compleja significación pasa a ser parte de la descripción típica contribuyendo con ello a la indeterminación de la figura delictiva (Pomanti, 2018, p. 21; Dell’Osso, 2016).

En el ámbito semántico existe igualmente confusión en torno al sentido y al alcance que ha de darse a expresiones como “sometimiento”, “valerse de”, la “gestión” o “control” de actividades económicas y, claramente, la expresa referencia que se hace al contenido de lo “injusto” en una ganancia o ventaja (Cavaliere, 2003, pp. 103 y ss.; Turone, 1995, pp. 109 y ss.; Spagnolo, 1997, p. 77).

Además, no debe perderse de vista que, si bien el método mafioso brinda ciertos elementos para poder presuponer actos preparatorios de una conducta ofensiva, el primer párrafo del artículo 416 bis CP sanciona, al igual que el artículo 416 CP, el hecho de “ser parte” en una asociación de tipo mafioso, cuestión que, como ocurre con la asociación ilícita, da pauta a problemas concursales en caso de la efectiva realización de algún delito o delitos al amparo de la asociación mafiosa e, igualmente, problemas en la determinación del rol de autores y partícipes (Moccia, 1999, p. 154; De Vero, 1998, pp. 388 y ss.).

Finamente, es de resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia (cfr. Cass. pen., sent. 18 abril 2012; Insolera, 1996, pp. 86 y ss.) han señalado, en relación con la asociación para delinquir y la asociación de tipo mafioso, que entre ambas figuras existe una especial relación de continuidad derivada del contenido del “método mafioso” y que permitiría entender a esta última como una forma especial de la asociación “común” para delinquir, se trata de un razonamiento no solo útil en su distinción sino, incluso, con efectos prácticos, en tanto que, de este modo, se evita eventuales situaciones de concurso entre estos dos delitos.

V.1. La jurisprudencia italiana

Existe una profusa jurisprudencia italiana referida a las asociaciones criminales, en especial a la de tipo mafiosa. Sin embargo, se advierten diversos criterios que no siempre son coincidentes y ello en razón a los diversos elementos constitutivos de los tipos penales que, como se ha indicado, se destacan por su indeterminación

(Caterini, 2021, p. 6). A tal efecto, incluso, la Corte Suprema italiana ha expresamente reconocido la necesidad de acudir a la interpretación judicial en tanto, tales supuestos “no proporcionan nociones definitorias de las asociaciones que se pretenden castigar, sino que, reenvían al intérprete a la identificación del concepto” (Cass. pen., Sez. VI, sent. 25 septiembre 1998).

De este modo, es frecuente evidenciar en los precedentes judiciales diversos puntos de vista, muchas veces contradictorios entre sí, en relación con los planteamientos que hemos previamente indicado. La constante que, sin embargo, se advierte es la legitimidad constitucional que, tanto de la asociación para delinquir (artículo 416 CP) como de la asociación de tipo mafioso (artículo 416 *bis* CP) es realizada, en general, por la jurisprudencia italiana. A continuación, trataremos de presentar una breve síntesis de esta difusa jurisprudencia señalando algunos aspectos generales en los que se evidencia la disparidad de criterios.

En el caso de la asociación para delinquir, los jueces han señalado, en algunos casos, que el tipo penal se colmaría mediante el mero acuerdo delictivo referido a un programa criminal genérico (Cass. pen., Sez. I, sent. 23 junio 1988; Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 junio 1995), una situación que, sin embargo, es una excepción al artículo 115 CP, que expresamente prohíbe el mero acuerdo para cometer delitos.

En cuanto a la estructura de la asociación, los tribunales han indicado que esta debe disponer los caracteres de estabilidad y permanencia precisamente para distinguirla del mero acuerdo (Cass. pen., Sez. I, sent. 25 marzo 2003; Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 julio 2011). Igualmente, se ha indicado que basta una mera predisposición común de actividades y medios entre los asociados (Cass. pen., Sez. I, sent. 16 noviembre 1984; Cass. pen., Sez. VI, 13 febrero 2009), sin que sea necesaria la demostración de una estructura orgánica jerárquica (Cass. pen., Sez. I, 13 febrero 2008; Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 julio 2011). No obstante, en otros casos se ha señalado que sí se requiere de una mínima estructura organizativa (Cass. pen., Sez. VI, sent. 25 septiembre 1998; Cass. pen., Sez. V, sent. 25 noviembre 2010) e, incluso, se ha considerado como esencial la demostración de un vínculo asociativo permanente (Cass. pen., Sez. I, sent. 20 junio 1995; Cass. pen., Sez. V, 5 mayo 2009), la predisposición de los medios necesarios para delinquir (Cass. pen., Sez. VI, sent. 4 junio 2012) o, la distribución de roles y competencias al interior de la asociación (Cass. pen., Sez. II, 9 febrero 1995; Cass. pen., Sez. VI, 7 noviembre 2011).

Del mismo modo que como ocurriera en el caso argentino, la práctica judicial evidencia también confusión entre los delitos fin a los que está llamada la organización y el delito autónomo configurado por el mero hecho de ser parte en la asociación, a tal grado que se ha llegado a considerar la configurabilidad y prueba del delito asociativo a partir de la realización de los delitos fin de la asociación (*cf.* Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 marzo 2012; Cass. pen., Sez. II, sent. 14 junio 2011;

Cass. pen., Sez. II, sent. 28 marzo 2001; Cass. pen., Sez. VI, 11 enero 2000). Al contrario, también se ha llegado a considerar como responsable de los delitos-fin de la organización a la persona por el mero hecho de ser parte de la asociación criminal (cfr. Cass. Pen. Sez. II, 13 julio 1999).

En cuanto a la asociación de tipo mafioso la jurisprudencia ha planteado igualmente diversas discordancias, en especial en relación con el “método mafioso” y que inciden en aspectos tan centrales como lo es el principio de ofensividad.

De la lectura del tipo penal se exigiría la actualización de los diversos elementos que configuran el método mafioso, esta ha sido la interpretación que, en algunas ocasiones, la Corte de Casación ha dado (Cass. pen., Sez. I, sent. 21 marzo 1989). En otros casos, ha señalado que se requeriría una efectiva puesta en práctica de actos de violencia y de amenaza, al menos de manera tentada, con el propósito de actualizar el elemento consistente en “valerse de” en la carga intimidatoria de la asociación (Cass. pen., Sez. I, sent. 14 enero 1987; Cass. pen., Sez. I, sent. 30 julio 1996; Cass. pen., Sez. I, sent. 18 octubre 1995).

Respecto de este carácter ofensivo, la Casación consideró en un momento al tipo penal como de daño actual, efectivo y real del orden público (Cass. pen., Sez. VI, sent. 22 de junio 2001). Bajo esta orientación, en la sentencia de 23 de abril de 2010 (Sez. I) se señaló que la capacidad intimatoria de la organización requería de actos concretos de exteriorización, no de presunción, al considerarse que “el método mafioso requiere siempre de un signo de exteriorización (...) por lo tanto, es necesario que en la conducta positiva de los participantes existan síntomas claros de su carácter mafioso (...) la difusión de tal fuerza intimidatoria no puede ser virtual y, por tanto, limitada al programa de la asociación, sino que debe ser efectiva y, por tanto, debe manifestarse concretamente en acto, con la realización de actos concretos”. Una posición que, igualmente, había sido defendida con antelación al requerirse “una contribución causal mínima, pero no insignificante a la vida de la asociación” (Cass. pen., Sez. I, 24 abril 1985).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha interpretado que no necesariamente habrían de actualizarse todos los elementos del método mafioso y que, como hemos visto, configurarían parámetros más objetivos para la verificación de una ofensa. Estas interpretaciones “novedosas” parten de la idea jurisprudencial de un “prestigio criminal” o “fama” en la asociación y, por el cual, se acreditaría la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo (Cass. pen., Sez. I, sent. 10 julio 2007; Cass. pen., Sez. I, sent. 30 julio 2010).

Como corolario de estos últimos parámetros de interpretación, sería suficiente acreditar la mera pertenencia del sujeto a una asociación criminal que, sobre la base de su “prestigio criminal” y su aparato organizativo, demostraría el potencial

intimidatorio requerido por el tipo penal (Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 noviembre 2005). En esta interpretación se aprecia que no es ya un requisito la necesidad de “valerse” de actos concretos de intimidación o de sometimiento pues estos serían presumibles (Cass. pen., Sez. V, 26 junio 2003; Cass. pen., Sez. V, 26 noviembre 2003; Cass. pen., Sez. I, sent. 16 mayo 2011).

Como un claro ejemplo, en la sentencia de 10 de enero de 2012, la sección I, de la Corte de Casación consideró que para calificar como mafiosa una organización criminal es necesaria la capacidad potencial, aunque no sea actual, de desencadenar, por el solo hecho de su existencia, una carga intimidatoria idónea para plegarse a sus propios fines la voluntad de cuantos vengan en contacto con las actividades del organismo criminal.

Puede verse que, en las últimas tendencias observadas, se regresa a considerar al tipo penal como de peligro abstracto dando como resultado que, al vincular el método mafioso con el primer párrafo del artículo 416 *bis* CP (en relación con la expresión “ser parte de una asociación de tipo mafioso”), baste acreditar la mera pertenencia a una asociación con “prestigio criminal” para, de acuerdo con la jurisprudencia, actualizar el tipo penal de asociación mafiosa. En la sentencia de 11 de enero de 2012, la Corte de Casación penal, sección II, llegó incluso a reconocer como subsistente el “peligro presunto para el orden público que constituye la *ratio* del delito”, cuestión que más recientemente fue confirmada en la sentencia de la sección II, de 31 de mayo de 2017, en la que se señala que el delito asociativo, de acuerdo con la estructura típica de los delitos de peligro presunto, se consuma con la sola declaración de adhesión de parte de la persona. Sin embargo, y, nuevamente de forma pendular, la Casación, ahora en secciones unidas, ha cambiado de parecer señalando que para “ser parte” de una asociación de tipo mafioso resulte esencial “una contribución, aún en forma atípica, pero efectiva, concreta y visible realizada por el participante a la vida de la organización criminal” (Cass. pen., sent. 11 octubre 2021). Se trata, esta última, de una sentencia en la que, además, la Corte se decanta por una posición no causal sino fundada en la “relevancia” de la conducta erigida sobre “máximas de experiencia”, esto es, generalizaciones empíricas de orden socio criminal extraídas de casos similares, y como podría ser el mero “status” de miembro de una asociación, por ejemplo, en las mafias históricas y en las que se presume un “compromiso de ejecución”. Se vea que, de nueva cuenta, la jurisprudencia rescata el elemento “presunto” y omite una clara toma de posición por una efectiva contribución causal a la asociación, por ejemplo, en términos de su conservación o reforzamiento (Caterini 2021).

Finalmente, otra de las “novedades” que han acompañado la interpretación judicial es la que se refiere a la llamada “afiliación ritual” y que consiste en aquellos ceremoniales por los que se avala el ingreso de un nuevo miembro a la asociación

mafiosa, una cuestión que suele caracterizar a las “mafias históricas”, como *Cosa nostra* o la *'Ndranguetta* (Caterini, 2021; Maiello, 2021). Frente a este ceremonial, la Corte de casación ha dado valor jurídico al mismo como un elemento probatorio que integraría, por sí mismo el delito de asociación de tipo mafioso (Cass., pen., sez. II, sent. 16 marzo 2005; Cass., pen., sez. II, sent. 31 mayo 2017), una cuestión que hace colocar al tipo penal en una clara valencia del tipo de autor (Merenda y Visconti, 2019, p. 21). Esta situación igualmente ha sido objeto de análisis en la sentencia de las secciones unidas antes referida y en la que, como se ha visto, la afiliación ritual puede ser derivada de las máximas de experiencia extraídas de casos similares o de la pertenencia del sujeto a ciertas mafias, como ocurre en el caso de Cosa Nostra (Cass. pen., sent. 11 octubre 2021; Caterini 2021).

En síntesis, puede verse en este apartado cómo la constante italiana es la ambivalencia e, incluso, contradicción en la interpretación normativa. Se observan, además, ciertas tendencias dirigidas a un mayor rigor punitivo bajo las consideraciones de abstracta peligrosidad que, de acuerdo con la jurisprudencia, representa la mera existencia de ciertas organizaciones criminales. Algunas sentencias, como la última reseñada en secciones unidas clarifican ciertos aspectos, pero sin derivar aún una interpretación constitucionalmente orientada sobre la base de la efectiva ofensividad, cuestión que, sostenemos, podría logarse a través de una interpretación fundada en la contribución causal a la asociación y a los compromisos (concretos) derivados de ser parte de ella y no sobre la base de presunciones (Caterini 2021).

VI. Conclusiones

El crimen organizado y sus diversas manifestaciones son, sin lugar a dudas, fenómenos de especial preocupación frente a los cuales resulta necesario acudir a los diversos instrumentos del Estado para su contención, incluyendo políticas públicas de prevención, apostar a la educación, a la existencia de condiciones económicas e igualitarias mínimas y, en casos extremos, bajo una lógica de *ultima ratio*, acudir al instrumento normativo penal. Caso contrario, la intervención legislativa pasaría a ser una más de las legislaciones simbólicas y de emergencia que no afrontan las profundas raíces que originan los fenómenos delictivos y se concentran exclusivamente en brindar recetas transitorias que, aunque sumamente populares, resultan casi siempre enteramente ineficaces.

Los tipos penales analizados en este trabajo se enmarcan claramente en esta lógica simbólica, populista, demagoga o, incluso *cool* (Zaffaroni, 2006) que, con el transcurso de los años, ha demostrado su entera ineficacia para afrontar exitosamente el fenómeno delincencial y, más bien, los tipos penales en cuestión han

demostrado con nítidas las enormes problemáticas que se derivan de su precaria redacción y que se trasladan al ámbito de su proficua y disímil interpretación.

Las imprecisiones y ambigüedades, además, parten de un vicio de origen que todos los tipos penales aquí estudiados comparten y que se deriva de su fundamentación en una abstracción sumamente útil a efectos de integración de la causa penal pero extremadamente peligrosa en confronto con quien la recibe, nos referimos al orden público como bien jurídico predilecto por el legislador y frente al cual, al día de hoy, no sabemos con certeza absoluta (una cuestión esencial en el derecho penal) exactamente a qué se refiere. Como se ha visto en este trabajo, la confusión ha sido incluso llevada al ámbito de la moral o de la religión cuando el intérprete judicial nos remite a expresiones como el “sentimiento” de paz o al “espíritu” de la población.

Mas no solo es el bien jurídico, es la propia descripción típica que, en todos los casos estudiados, se define por su extrema generalidad, *omni* comprensión, ambigüedades, contradicciones, indeterminación e, incluso, contenidos valorativos correspondientes al ámbito de la moral, la religión o la sociología, más no al campo de lo estrictamente jurídico. A partir de estas imprecisiones ha sido necesario que la jurisprudencia probara a colmar los contenidos típicos con elementos susceptibles de garantizar a sus destinatarios un mínimo de certeza y seguridad. Sin embargo, se ha visto que el resultado no ha sido este, sino todo lo contrario, existiendo tanto en Italia como en la Argentina una vorágine de interpretaciones judiciales que, en muchos casos, han llevado a extensiones o ramificaciones en las que, incluso, difícilmente se reconoce el tipo originario.

En estos casos, se actualizan un sinfín de vulneraciones a principios centrales sobre los que el derecho penal de corte liberal se ha erigido; vulneraciones que no solo son debidas a la imprecisión del tipo penal sino, incluso, al propio actuar del llamado “derecho viviente”. Así, nos preguntamos qué queda del principio de reserva de ley cuando una autoridad no investida de la legitimidad democrática es la que finalmente ha terminado por delinear el sentido y alcance (sumamente confuso) de los tipos bajo estudio. Del mismo modo, ¿qué queda de la certeza y la seguridad jurídica cuando estas han sido menguadas, no solo por el tipo penal, sino por los volubles cambios en la interpretación judicial?

Mención aparte merece el principio de ofensividad cuando se le confronta con tipos penales catalogados de peligro abstracto en los que se sanciona el mero hecho de ser parte de una asociación delictiva. Si bien es cierto, se ha intentado menguar la abstracción mediante remisiones a figuras concretas, como pudiera ser el llamado método mafioso, ello no modifica la expresión literal, presente en todos los tipos, por la que se sanciona la mera pertenencia. Aquí no hay una conducta concreta a valorar, ya sea como como daño o peligro, sino únicamente el nexo de

pertenencia lo que incide, de manera injustificada, en el ámbito de reserva de la persona.

La actualización de los delitos estudiados se configura con la pertenencia de una persona a una asociación (ilícita, para delinquir o mafiosa), con independencia de que se hayan o no cometido alguno de los ilícitos por los que la asociación se instituye, se tenga en cuenta que, más aún, ni siquiera en el ámbito de la tentativa queda configurada concretamente al menos una puesta en peligro del bien jurídicamente alegado (el orden público) o, siquiera, del de los delitos fin de la asociación. Ello nos revela peligrosamente una anticipación del riesgo (que no es riesgo) y que se retrotrae a un momento insospechado (aquel en el que se “es parte” de la asociación”), una cuestión que, como hemos expresado en este documento, resulta extremadamente irracional. Se tenga presente que ni si quiera en aquellos casos en los que, eventualmente, la adhesión del sujeto coincida con la realización de los delitos fin puede hablarse de una concreta ofensa y, por tanto, sancionarse a la persona por el mero “ser parte” pues, antes de ello, ha de comprobarse de manera fehaciente el nexo causal que la contribución del sujeto pudo tener en la continuidad o reforzamiento de la propia asociación.

Todo sumado, los delitos asociativos aquí analizados, en el plano fáctico, lo que vienen a sancionar es la libre manifestación de la voluntad, la capacidad expresiva del sujeto que, como hemos dicho, puede ser censurable desde el plano moral más no desde lo jurídico porque esta forma en la que se expresa la libertad no ofende ni coloca en peligro bien jurídico alguno. Antes bien, bajo esta consideración, lo que ocurre es que se transita a un modelo de derecho penal de autor que se presta a sancionar a la persona también por ser quien es, por no apearse a los cánones moralizantes respecto de lo que se considera bueno y lo que no.

En todos los casos, a fin de reconducir las figuras típicas al principio cardinal de la ofensividad es necesaria una intervención normativa que, bajo su potestad configurativa y representativa de la sociedad realice las adecuaciones conducentes, ya sea exigiendo en los tipos penales la actualización de un peligro concreto, requiriendo el inicio de una conducta ofensiva, sin excluir la valoración del elemento “asociativo” no como delito autónomo sino como una eventual circunstancia agravante de los delitos fin o, incluso, derogando las figuras en cuestión.

Las ideas que planteamos se limitan a ser meramente consideraciones a “tomar en cuenta” pues, recalamos, la función legislativa dispone de una amplia libertad configurativa que, sin embargo, tampoco es absoluta, pues, como hemos advertido, se sujeta a los principios constitucionales, entre los cuales el de ofensividad se erige como un límite formal y material.

En todo caso, abogamos por un retorno a una concepción del derecho penal fundada en la conducta efectivamente ofensiva. Se trata de colocar de nueva cuenta a la persona como centro convergente sobre el que el propio poder punitivo del Estado se justifica y no para sancionar a cualquier costo y con cualquier medio el solo “potencial” fenómeno criminal.

VII. Bibliografía

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Amarelli, G. (2018). Associazione di tipo mafioso e mafie non tradizionali -Le mafie autoctone alla prova della giurisprudenza: accordi e disaccordi sul metodo mafioso. *Giurisprudenza Italiana*, n. 4 (pp. 954-966). Torino: UTET.

Badoza, J. (2018). El principio constitucional de lesividad y el bien jurídico: una relación esencial para la dogmática penal. *Revista de Derecho penal y criminología*, n. 9 (pp. 54-70). Buenos Aires: La Ley.

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Bricola, F. (1974). *Teoria Generale del Reato. Estratto dal «Novissimo digesto italiano»*. Torino: UTET.

Buompadre, J. E. (2012). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea 2001, p. 368.

Cancio Meliá, M. (2008). El injusto de los delitos de organización: peligro y significado. En M. Cancio Meliá y J. M. Silva Sánchez, *Delitos de organización* (pp. 15-86). Buenos Aires: B de F.

Canestrari, S. (1991). Reati di pericolo. En *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXIV (pp. 1-19). Roma: E. I. Treccani.

Castex, F. (2004). El delito de asociación ilícita en clave constitucional. *Lecciones y Ensayos*, n. 80 (pp. 577-592). Buenos Aires: Facultad de Derecho.

Caterini, M. (2004). *Reato impossibile e offensività*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Caterini, M. (2016). La criminalización de lo diferente. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 8 (pp. 147-159). Madrid: UNED.

Caterini, M. (2016b). Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza. *L'indice penale*, n. 2 (pp. 468-505). Padova: CEDAM.

Caterini, M. (2016c). Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de *lege ferenda* per arginare la forza creativa del «diritto vivente». *Politica del diritto*, n. 3 (509-525). Bologna: Il Mulino.

Caterini, M. (2017). *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionale orientata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Caterini, M. (2021). Osso, Mastrosso e Carcagnosso. L'affiliazione rituale alle associazioni di tipo mafioso alla prova dei principi di offensività, proporzione e ragionevole dubbio interpretativo. *Archivio penale*, n. 3 (pp. 1-46). Pisa: Università di Pisa.

Caterini, M. y Maldonado Smith, M. E. (2018). Delitos de odio. Una comparación Ítalo-argentina. A propósito del fallo N.R.C. p. s. a. s/infracción Ley 23.592. *Revista La Ley*, n. 6 (pp. 6-10). Córdoba: La Ley.

Caterini, M. y Maldonado Smith, M. E. (2019). Delitos de odio. Una comparación Ítalo-española. *Revista General de Derecho Penal*, n. 31 (pp. 1-28). Madrid: Iustel.

Cavaliere, A. (1999). Effettività e criminalità organizzata. En S. Moccia (coordi.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali* (pp. 291-345). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

Cavaliere, A. (2003). *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

Cavaliere, A. (2005). Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto «vivente» a quello conforme alla legalità costituzionale. En G. Fornasari; A. Melchionda; L. Picotti y F. Viganò, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente* (pp. 117-142). Padova: CEDAM.

Cavaliere, A. (2007). Associazione di tipo mafioso. En AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, Vol. V (pp. 222-379). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

Cavaliere, A. (2016). La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 2 (pp. 1238-1258). Milano: Giuffrè.

Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 10 (p. 47-72). Madrid: UNED.

Corcoy Bidasolo, M. (2007). Algunas consideraciones sobre el injusto típico en los delitos de peligro. En *Revista de Derecho Penal*, vol. 2 (pp. 81-118). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Cordini, N. S. (2017). El «crimen organizado»: un concepto extraño al derecho penal argentino. *Revista DireitoGV*, v. 13, n. 1 (pp. 334-355). São Paulo: *Escola de Direito de São Paulo*.

Cornejo, A. (2001). *Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

De Francesco, G. (1995). Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418, cp. En P. Corso; G. Insolera y L. Stortoni, *Mafia e criminalità organizzata*. Torino: UTET.

De Vero, G. (1988). *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè.

De Vero, G. (1993). Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 1 (pp. 93-117). Milano: Giuffrè.

De Vero, G. (1998). I reati associativi nell'odierno sistema penale. *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, n. 2 (pp. 385-413). Milano: Giuffrè.

Defranco, A. G. (2014). El delito de asociación ilícita en clave constitucional. *Pensamiento Penal*. Buenos Aires: Asociación civil pensamiento penal.

Dell'Osso, A. M. (2016). I limiti del reato di associazione di tipo mafioso di fronte alle «Mafie in trasferta». *Rivista di Studi e Ricerche sulla Criminalità Organizzata*, vol. 2, n. 4 (pp. 63-81). Milano: Università Cattolica di Milano.

Díez-Ripollés, J. L. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F.

Donini, M. (1996). *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova: CEDAM.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Fiandaca, G. (1983). Comentario all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646. *Rivista La Legislazione penale*, n. 3 (pp. 237-256). Torino: UTET.

Fiandaca, G. (1991). Criminalità organizzata e controllo penale. *L'indice penale*, n. 20 (pp. 5-34). Padova: CEDAM.

Fiandaca, G. (1998). *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*. *Foro italiano*, vol. 121, fasc. 9 (pp. 505-509). Roma: Società editrice Il Foro Italiano.

Fiore, C. (1982). Tipicità e concezione realistica del reato. En G. Vassalli, *Problemi generali di diritto penale* (pp. 63-113). Milano: Giuffrè.

Gallo, M. (1951). *Il dolo. Oggetto e accertamento. Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*. Torino: UTET.

Giugni, I. (2018). La nozione di partecipazione associativa penalmente rilevante. *Archivio Penale*, n. 3 (pp. 1-22). Pisa: Università di Pisa.

Grosso, C. F. (1999). Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale. En S. Moccia (coord.), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali* (pp. 133-148). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

Hernán Torres, A. (2015). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. *Pensamiento penal*, 6 de agosto 2015. Buenos Aires: Asociación civil pensamiento penal.

Insolera, G. (1986). Sulle diverse forme organizzate di criminalità. En M. Ramat y G. Marinucci, *Beni e tecniche della tutela penale*. Milano: Franco Angeli editore.

Insolera, G. (1996). *Diritto penale e criminalità organizzata*. Bologna: Il Mulino.

Kiss, A. (2010). *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Lammoglia, D. E. (2013). Algunas consideraciones sobre la asociación ilícita. En *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal* (pp. 87-99). Buenos Aires: Ediciones Saij.

Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Maidana, R. (2013). Artículo 210 a 210 bis, Asociación ilícita. *Pensamiento penal*. Buenos Aires: Asociación civil pensamiento penal.

Maiello, V. (2021). L'affiliazione rituale alle mafie storiche. Al vaglio delle sezioni unite. *Sistema penale*, n. 5 (pp. 5-17). Milano: Università degli studi di Milano.

Manna, A y De Lía, A. (2020). Nuove mafie e vecchie perplessità. Brevi note a margine de una recente pronuncia della Cassazione. *Archivio Penale*, n. 1 (pp. 1-24). Pisa: Università di Pisa.

Mantovani, F. (1991). Il principio di offensività nella Costituzione. En AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV. Milano: Giuffrè.

Merenda, I y Viconti, C. (2019). Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416 Bis. Tra teoria e diritto vivente. *Diritto penale contemporaneo*. Milano: Associazione progetto giustizia penale.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*, 10 ed. Barcelona: Reppertor Editore.

Moccia, S. (1992). *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.

Moccia, S. (1995). Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (pp. 343-374). Milano: Giuffrè.

Moccia, S. (1999). Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale. En S. Moccia, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali* (pp. 149-174). Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

Moccia, S. (2000). *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizione scientifiche italiane.

Monzón Piorno, A. y Palmou Fontana, A. (2015). Criminalidad organizada: Las Barras Bravas. *Pensamiento Penal*. Buenos Aires: Asociación civil pensamiento penal.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Neppi Modona G. (1986). Criminalità organizzata e reati associativi. En M. Ramat y G. Marinucci, *Beni e tecniche della tutela penale*. Milano: Franco Angeli editore.

Neppi Modona G. (1967). *Novissimo Digesto Italiano*. t. XIV. Torino: UTET.

Padovani, T. y Stortoni, L. (2006). *Diritto penale e fattispecie criminose: introduzione alla parte special del diritto penale*. Bologna: Il Mulino.

Pomanti, P. (2017). Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416 bis CP *Archivio Penale*, n. 1 (pp. 1-45). Pisa: Università di Pisa.

Salas Beteta, C. (2007). El íter criminis y los sujetos activos del delito. *Revista Internáutica de Práctica Jurídica*, n. 19 (pp. 1-15). Valencia: Universidad de Valencia.

Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Silva Sánchez, J. M. (2008). La «intervención a través de organización», ¿una forma moderna de participación en el delito? En M. Cancio Meliá y J. M. Silva Sánchez, *Delitos de organización* (pp. 87-118). Buenos Aires: B de F.

Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Soler, S. (1996). *Derecho Penal Argentino*, tomo IV. Buenos Aires: TEA.

Spagnolo, G. (1986). Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista. En M. Ramat y G. Marinucci, *Beni e tecniche della tutela penale*. Milano; Franco Angeli editore.

Spagnolo, G. (1997). *L'associazione di tipo mafioso*. Padova: CEDAM.

Stortoni, L. (1992). Criminalità organizzata e legislazione di emergenza. En *Dei delitti e delle pene* (pp. 39-52). Torino: Giappichelli.

Turone, G. (1995). *Il delitto di associazione mafiosa*. Milano: Giuffrè.

Zaffaroni, E. R. (1990). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis.

Zaffaroni, E. R. (2006). Alla ricerca del nemico: Da Satana al diritto penale cool. En E. Dolcini y E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (pp. 757-780). Milano: Giuffrè.

Zaffaroni, E. R.; Alagia A. y Slokar A. (2006b). *Manual de derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Fecha de recepción: 13-03-2022

Fecha de aceptación: 12-10-2022