

ASOCIACIÓN ILÍCITA Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

FRANCISCO CASTRÓN

El tipo legal previsto en el art. 210, CPen.¹ da lugar a múltiples y encontradas posiciones desde la jurisprudencia y la doctrina.

Hemos escogido tres fallos que demuestran tal afirmación. Uno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, otro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y el último de un Tribunal Oral, también del fuero federal.

La diversidad de criterios vuelve necesaria una delimitación del alcance y validez normativa del tipo penal y su legitimación externa.

I. Los casos

El fallo de la Corte Suprema es el conocido precedente "Stancanelli"², cuyos hechos están vinculados con la causa por tráfico de armas en la que estuvieron involucrados altos ex funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. Los hechos imputados consistieron en la falsificación ideológica de decretos que autorizaban la venta de armas a otros países, encubriendo en realidad el envío de armamento bélico a países distintos. Se sostuvo que todo ello había sido orquestado por una asociación ilícita en la que participaron, el ex presidente de la Nación, ministros del Poder Ejecutivo, militares de distintos rangos, funcionarios de aduana y particulares. Mediante esta estratificada y compleja asociación se logró materializar el *affectus societatis* de aquella que consistió en la venta ilegal de armas.

¹ Art. 210, "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembros de la asociación. Para los efectos de la organización de la asociación el número de la pena será de cinco años de prisión o reclusión".

² Caso Sup., "Stancanelli", no. 2011/2001, 3471 JCC/00.

Al calificar estos hechos se dijo que el acuerdo de voluntades al que alude el art. 210, CPen. se encuentra presente valorando la pluralidad de maniobras delictivas que se le achacan a los procesados como ser falsedades documentales, malversación de caudales públicos, contrabando, etc.

Posteriormente la Corte Suprema consideró arbitraria esa subsunción legal y revocó la prisión preventiva, pues a su entender estaba ausente "la consideración fundada acerca de la existencia del acuerdo de voluntades explícito o implícito que caracterica a la figura, acudiendo que el a quo extraxo simplemente de la pluralidad de presuntos hechos delictivos, algunos de los cuales inclusive no existen o no están siquiera indiciariamente demostrados: del mismo modo, se ha perdido de vista el fundamento del tipo penal en cuestión, ya que no se ve claramente en qué medida la supuesta organización para efectuar ventas de armas al exterior pueda producir alarma colectiva o temor de la población de ser víctimas de delito alguno, pues en todo caso aquéllas habrían estado dirigidas contra el erario nacional y no contra personas en particular...".

... El segundo caso fue dictado por la Cámara Federal³ y está vinculado con una supuesta asociación ilícita en el marco de una entidad financiera. Se dijo que existía una asociación de personas mayores al número requerido por el tipo penal, constituida por funcionarios del BON, CQN, Banco Comercial y San Luis Financiera y una cantidad innumerable de empleados y funcionarios de las entidades financieras mencionadas. La asociación funcionaba organizada y permanentemente con el propósito de cometer "posibles planes ilícitos" o "posibles actos de administración infiel" o actos cuya "legalidad puede ser seriamente puesta en duda" u "operaciones económicas... de dudosa regularidad" o "planes presuntamente ilícitos".

Se calificó el hecho como constitutivo de una asociación ilícita y se procesó a los principales responsables.

El tercer fallo fue dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1⁴. Un grupo de personas fue llevada a juicio oral, acusado de conformar una asociación ilícita dedicada a la adulteración y falsificación de documentos.

La mayoría del Tribunal Oral absolvió a los imputados por cuestiones procesales, mientras que la minoría declaró la inconstitucionalidad de la figura legal. En su voto el Dr. Federico expuso que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 210, CPen., pues la indeterminación del tipo y

³ C. Nac. Apel. Crim. y Cor., sala II. "Rakim y otros y asociación ilícita y subversión económica", no. 15/12/02.

⁴ Trib. Oral Fed., n. 1. "Cincoel", 19/3/2003, LL 28/3/2003.

la excusa o nula determinación del bien jurídico protegido que surge de su texto contraría gravemente el principio de legalidad consagrado en el art. 18. CN.

Como se advertirá, se trata de tres posturas bien diferenciadas respecto de universos fácticos similares. En lo que sigue veremos sus compatibilidades o no con los principios que deben gobernar en un Estado de Derecho.

II. GENERALIDAD DEL TIPO

El Código Tejedor de 1886 no significaba la "asociación ilícita" como un injusto individual y autónomo, sino que establecía los delitos de *complot* y *banda*⁷, en el capítulo referido a autoría y participación. El primero tenía lugar cuando dos o más individuos resolvían cometer un delito, estableciendo obligaciones de auxilio recíproco, antes, durante o después de la ejecución. La "banda" se definía como la asociación de dos o más individuos que resolvían llevar a cabo delitos indeterminados y se los consideraba autores en todos los hechos que ella cometiera, salvo la prueba en contrario de la no participación en el hecho o hechos determinados⁸.

Posteriormente, en el Proyecto de 1891⁹, redactado por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matzeno, se suprimió el concepto de *complot* pues se sostuvo que éste era una especie de la participación criminal. También se suprimieron los artículos referidos a *bandas*, pues se dijo que la *banda* o *la asociación para delinquir* constituía un delito autónomo, por el mero hecho de su formación, y que, consecuentemente, debía figurar en la parte especial del Código Penal y sostuvieron que la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros de la banda, sea por haberla constituido, o por los delitos que la asociación hubiese ejecutado, se determinaría a partir de las reglas de la parte general y especial del Código¹⁰.

Éste fue el Proyecto que incorporó por primera vez a la dogmática argentina, el delito de asociación ilícita, que pasó a estar descrito en sus arts. 252 y 253. El primero reprimía al que tomase parte en cualquier *asociación o banda destinada a cometer delitos*, mientras que el segundo sólo castigaba el simple hecho de la participación en cualquier otra asociación

⁷ Arts. 39 y 45, respectivamente (cfr. ZARATEO, Eugenia R. - ANASTON, Miguel, *Diagnóstico del Código Penal Argentino*, t. I, A-2, 1996, "Código Penal de la Provincia de Buenos Aires", pp. 203/0).

⁸ CASTEX, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Rubinzal-Cultroni, Buenos Aires, 2001, p. 46.

⁹ ZARATEO, E. R. - ANASTON, M., *Diagnóstico*, t. II, cit., p. 273 y m.; GÓMEZ, Basilio, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, 1929, p. 223.

¹⁰ CASTEX, A., *Asociación*, cit., p. 46.

prohibida por la ley. Sin embargo, en el año 1903¹⁰, la ley 4189 de reformas al Código Penal hizo caso omiso a las propuestas mencionadas en el Proyecto de 1891.

El Proyecto de 1906¹¹ también previó el delito de asociación ilícita en forma autónoma, reprimiendo al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos (art. 228), y al que participara en cualquier otra asociación con un fin delictivo (art. 229).

Finalmente, el Proyecto redactado por Rodolfo Moreno que dio lugar a la sanción del Código Penal de 1921¹², reprodujo el art. 228 del Proyecto de 1906, suprimiéndose el art. 229, pues se lo consideró redundante.

El artículo redactado por Rodolfo Moreno se encuentra actualmente vigente. Sólo ha sido agregado el segundo párrafo del art. 210, mediante la ley 17.567, que luego de un período en el que estuvo derogada, fue restablecida por la ley 30.642 de 1974¹³.

III. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

La figura¹⁴ exige el concurso de un número no menor de tres personas, que en forma organizada y permanente, se pongan de acuerdo para cometer delitos, siempre y cuando dicha organización tenga un carácter estable que dé lugar a la existencia de un vínculo de comunidad y pertenencia entre sus miembros. De ahí que sus caracteres principales sean la organización y la permanencia.

¹⁰ Zerbantes, E. R. - Acevedo, M., *Diogenes*, ... t. III, cfr., pá. 153 y ss.

¹¹ Zerbantes, E. R. - Acevedo, M., *Diogenes*, ... t. III, cfr., pá. 247 y ss.

¹² Zerbantes, E. R. - Acevedo, M., *Diogenes*, ... t. IV, cfr., pá. 197 y ss.

¹³ Esta ley también altera los parágrafos que este tipo penal tenía anteriormente castigados.

¹⁴ El delito de asociación ilícita está ubicado entre los delitos contra el "orden público", de acuerdo con la denominación original utilizada por el Código Penal de 1921. Según Siles "no debe considerarse por orden público la definición técnica de esta noción, como conjunto de principios jurídicos políticos o políticos que definen una organización jurídica concreta, sino la intangibilidad y coherencia social en el sector desinteresadamente público de la vida civil" (Siles, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, 1974, p. 589). Para Ruffini, por su parte, "de lo que se trata es de una situación subjetiva, no reprimida porque cuya criminalidad no reside en la lesión efectiva de instituciones, como es permanente, sino en la percepción que los hechos tienen para el espacio público, producido alarmo y terror (...) en este sentido, la asociación ilícita afecta la intangibilidad pública por la inquietud que produce la existencia de asociaciones cuya objeto es la comisión de delitos" (Ruffini, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. VI, Córdoba, 1976, p. 173). Gómez, en relación a los delitos contra el orden público sostiene que "los delitos que se cometen contra ningún bien jurídico desinteresado, sino que se los impone en posar únicamente en el orden público al que hacen referencia sino que, al producirse en ellos, que en sí mismos colectivos, atacan el derecho a la intangibilidad que todos los ciudadanos tienen" (Gómez, Esteban, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, 1938, p. 185).

1. Debe existir un acuerdo previo. Éste se da cuando los sujetos interesados han manifestado, expresa o implícitamente, su voluntad de obrar concertadamente para cometer delitos, prestándose cooperación a tal efecto. El delito de asociación ilícita es independiente de la comisión o no de delitos, hasta que se compruebe el acuerdo de voluntades entre sus integrantes¹⁴.

La sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Diamante, Gustavo y otros s/ recurso de casación", resuelta el 26/4/2001¹⁵, en el voto de la vocal proponente Dra. Berrag de Vidal sostuvo: "(...) la asociación ilícita... configura un delito mediato, secundario o complementario si se tiene en cuenta que no reprime la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda que tiene el propósito de cometerlos, sin que se haga de tener en cuenta su ejecución o inexecución (...)"¹⁶.

La acción típica será el "tomar parte" en la asociación¹⁷. La que se da cuando se realiza un aporte a la actividad delictiva, que puede consistir en el "mero ser miembro", no exigiéndose por sí una actividad material, sino "la de estar intencionalmente en el concierto delictivo que se forma o bien asistir al ya formado, o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos"¹⁸. Se requiere solamente una agrupación con cierto grado de organización, cohesión y penencia¹⁹.

¹⁴ En aquel sentido, Coraggio sostiene que "se perteneció o no se perteneció a la asociación, en sí no constituye la constitución típica" (Coraggio, A., *Asociaciones...*, cit., pp. 252/3). Más allá expresa que "el hecho de tomar parte en la asociación constituye un delito por sí, siendo la persona punible por el solo hecho de ser miembro de aquella e independientemente de que, finalmente a ejecucón del delito, se concurren o no con los demás" (Coraggio, A., *Asociaciones...*, cit., p. 310).

¹⁵ LL. 2001-P-167.

¹⁶ Marzavato, Alfredo J., *Los delitos*, Tem, Buenos Aires, 1996, p. 142.

¹⁷ Coraggio, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Auzora, Buenos Aires, p. 109. En relación a este punto, Coraggio afirma que "(...) cuando la asociación ilícita es un delito (...) cuya actividad material consiste en el acuerdo organizado de tres o más personas, y su punibilidad se basa en el hecho de "tomar parte de la asociación", de ningún modo puede admitirse la distinción, como tampoco la participación criminal, debido a que, la misma en la sociedad criminal, al consistir precisamente, en "tomar parte" en ella, excluye cualquier clase de complicidad" (Coraggio, A., *Asociaciones...*, cit., p. 80).

¹⁸ Coraggio, A., *Asociaciones...*, cit., p. 98. En igual sentido, la C. Naz. Apel. Crim., sala IV (suf.), G.ómez, Néstor Carlos, Barboza, resuelve en la causa, 45.744, "Belaio, Luis N. y otros", 17/03/1998 que "... las agrupaciones o asociaciones para que la misma constituya delictiva de tres o más personas puede consistir en la figura prevista en el art. 240 CP en sus pretermitos, organización y múltiples objetivos delictivos. Las pretermitos se caracterizan como una agrupación no momentánea de voluntades, que se organiza por el paso sucesivo del tiempo, con o sin el fin de una pluralidad de actividades con fines delictivos y de carácter continuado. El elemento organizativo de la asociación se manifiesta a través de la distribución de roles entre sus integrantes. Los objetivos se establecen por la existencia de una interrelación estructural, destinada a la perpetuación de reiterados hechos delictivos..."

2. Se trata de un delito de preparación, en tanto reprime actos que normalmente quedan impunes, por no constituir siquiera comienzo de ejecución de un hecho ilícito determinado (art. 42, CPen.). Por ello, importante parte de la doctrina ha puesto en duda su constitucionalidad, en tanto resultaría una figura enunciativa del principio de lesividad¹⁹.

Günther Stratenwerth afirma que "la responsabilidad por acciones preparatorias solamente se puede sostener cuando tales acciones, excepcionalmente se dirijan inequívocamente al delito cuya preparación constituyan, y la lucha eficaz contra esa forma de criminalidad requiera una intervención temprana"²⁰. Sin embargo, sostiene Patricia Ziffer que si bien su estructura coincide con la de estos delitos, se le reconoce autonomía para afectar el bien jurídico tutelado y por ello, se sostiene que no se trata solamente de un caso de adelantamiento de la punibilidad²¹. Por esta razón, ella es punible con independencia de la comisión efectiva de alguno de los delitos que constituyen su objeto, tratándose de un delito autónomo.

Parte de la doctrina sostiene que no se trata de un adelantamiento de la punibilidad sino de un supuesto de lesión de un bien anticipado. Günther Jakobs²² señala que el comportamiento delictivo no puede anticipar discretionalmente a la lesión de un bien jurídico, si bien puede ser posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico, fraccionándolo en diversos injustos parciales. De tal modo que aparecen normas de "flaqueo", que, si bien no son las normas principales, tienen como misión garantizar las condiciones de vigencia de éstas²³. Algunos autores afirman que los casos de asociación no se tratan de injustos de preparación, sino del injusto parcial de una perturbación de la paz jurídica²⁴.

3. El Código prevé un número mínimo de sujetos de la asociación, de al menos tres, a los cuales se les exige, con excepción de Ricardo Núñez²⁵,

¹⁹ Ferrerías, Luigi, *Derecho y razón*, Tronto, Madrid, 1995, p. 474 y ss.; Zorrerón, Egonio R., *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 777.

²⁰ Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte general*, v. 1, 60th, Madrid, 1982.

²¹ Ziffer, Patricia, "Lincamientos Níveles del delito de asociación ilícita", LL 34/122000, p. 2.

²² Jakobs, Günther, "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, Inst. Fernando Rosas, Suarez González y Carlos Melis, Civitas, Madrid, 1997, p. 293/944.

²³ Se ha criticado dicha concepción diciendo que: "Cuando se dice que ello cumple una importante función para el Estado de Derecho, eso no puede tener más fundamento que el de que, como regla general, la preparación es impune, cuando no lo es, el principio del hecho no puede decir más en contra" (SANTOJA, Marcelo A., *Fundamentación teórica del delito y desistimiento de la conducta*, Temis, Bogotá, 1995, p. 44).

²⁴ BROWN CASAS, Luis M., "Problemática de los delitos asociativos: autoría y participación", en *Manifiesto penalista*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 142.

²⁵ Núñez, R., *Derecho...*, cit., p. 186.

que sean imputables, puesto que deben tener la capacidad jurídica para expresar válidamente la voluntad que presupone el pacto criminal.²⁶

4. La asociación, a su vez, debe tener como objeto la comisión de delitos dolosos probados mínimamente, no siendo suficientes las contravenciones ni las conductas antijurídicas que no configuren delitos.²⁷ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la finalidad del acuerdo de la asociación "tiene que ser la de ejecutar actos calificados por la ley como delitos del derecho penal pues si éstos no se tipifican como tales no habría ilicitud de la asociación".²⁸ Lo contrario importaría una interpretación análogica *in malam partem*, violatoria del principio de legalidad (art. 18, CN).

Lo característico será, dentro de este orden de ideas, la finalidad de la asociación, por lo cual una asociación no se convierte en ilícita por el hecho de cometer un delito en forma ocasional, sino que éste debe ser su objetivo esencial, o el medio habitual de conseguir sus fines.²⁹ En este punto, es interesante observar lo afirmado por Giuseppe Maggiore: "la sombra de una organización más o menos metódica o tenazmente que se proyecte sobre tres o más personas, como la mafia, la camorra (...) no sirve para exonerar al juez de la obligación de comprobar en cada caso si los denunciados o acusados constituyen una asociación dirigida a cometer delitos. La mala vida, no forma asociación para delinquir".³⁰

5. La asociación debe tener cierta permanencia, este elemento se convierte en fundamental para distinguir a la sociedad de otros delitos con pluralidad de personas, y particularmente de la participación criminal, puesto que una cosa es la reunión de personas, organizada y estable para cometer delitos, y otra que un grupo se ponga de acuerdo, antes de

²⁶ Castex, A., *Asociación...*, cit., p. 23.

²⁷ Véase Bazzani, Oscar T., *Asociación de delincuentes*, en Hamarzo y Clavé Reiss, Córdoba, 2001, p. 405. En general, se sostiene que debe tratarse de "delitos indeterminados", sin embargo, la característica de indeterminación se refiere a los planes, intenciones, que pueden no estar concretados, pero que ya son alcanzados por el tipo penal (Castex, A., *Asociación...*, cit., p. 24). En este sentido, la Cámara de Apelaciones de la Criminal Federal sostuvo que "la asociación ilícita consiste en una organización estable para la comisión de delitos indeterminados, debiéndose tener en cuenta que indeterminados son los planes que, para cometer los delitos perjuratorios determinados, acordan los miembros de la asociación (...). Se requiere que se tengan en mira una pluralidad de planes delictivos" (Isla II, causa 17.353, reg. 18891, 34/5/2001).

²⁸ S. 471, XXXVIII, 20/10/2001, caso 5.

²⁹ Zappá, P., "Investigaciones...", cit., p. 2.

³⁰ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal, Parte especial*, vol. III, *Delitos en particular*, trad. de José F. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1993, p. 452.

ejecutar un delito en concreto, para lograr mayor posibilidad de éxito cometido.³¹

6. El tipo subjetivo de la figura requiere solamente el conocimiento de estar integrando un grupo formado al menos por otras dos personas, así como el objetivo delictivo de la asociación y la voluntad de contribuir a su actuar. No es necesario conocer la identidad de los otros integrantes, ni tampoco cuáles son los delitos concretamente planeados o cometidos.³²

7. La comisión de un hecho punible objeto de la organización no pertenece al tipo. Esto deriva, claramente del fin de protección de la norma, que adelanta la punibilidad a la etapa de la preparación,³³ con consecuencias en las reglas del concurso. La doctrina³⁴ y la jurisprudencia³⁵ coinciden en que cuando alguno de los miembros de la asociación comete un delito, éste concurre materialmente con el de asociación ilícita.

Sin embargo, recientemente se ha sostenido la posibilidad de concurso aparente, derivada de la naturaleza preparatoria del delito de asociación ilícita, puesto que si se trata de un delito de preparación, la comisión de un delito específico debería absorber la punibilidad por el asociarse. Según esta opinión, y siguiendo la doctrina de Stratenwerth con relación al fundamento de la punición excepcional de los actos preparatorios, se ha dicho que este delito,

³¹ En este sentido, la Corte Sup. de la Nación en la causa "García/Alf. Néstor E. y otro s/indicio de aprehensión de Yuma, Erika P.", resolvió el 29/10/2001 respecto que "... la asociación ilícita requiere la existencia de otros delitos consumados o en trámite de ejecución, y en consecuencia, constituye materialmente la mera acción típica del concurso eventual, ya que aquella requiere su elemento de punibilidad... que puede darse por pluralidad la comisión de varios delitos, pero que es esencialmente unitaria. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes de hechos y no necesariamente pluralidad de delitos..." (SA 2001-IV-386). A su vez, "La asociación ilícita es distinta de la participación criminal. En esta, el acuerdo de los partícipes versa sobre un hecho decomponible. Además, la participación, para ser tipificada, exige la producción de otros elementos constitutivos de un delito culposamente. La asociación ilícita, en cambio, sólo requiere por elemento final de sus miembros el acuerdo" (Gómez, E., *Tratado...*, cit., p. 273).

³² En este sentido, la C. Nac. Apel. Crim. y Corr. Fed., sala 3, resolvió en la causa nro. 23.498 "Falcón, H." de fecha 29/6/1995 que "No es preciso que la asociación se forme por el trato personal y directo de los asociados, basta que el sujeto sea consciente de formar parte de un organismo organizativo y finalidades le sea otorgadas. No es preciso en consecuencia, el trato personal, ni el conocimiento de la identidad de los demás" (Boletín de Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, t. 97, folio 93).

³³ Zúñiga, R., *Lineamientos...*, cit., p. 2.

³⁴ Nájera, R., *Delincuencia...*, cit., p. 189; Fontán Ballester, C., *Delincuencia...*, cit., p. 430; Sotelo, S., *Delincuencia...*, cit., p. 600; Carriá, C., *Delincuencia...*, cit., p. 129.

³⁵ "La asociación ilícita concurre en forma real con cada uno de los delitos que cada integrante comete, aun dentro de la estructura asociativa en cuestión" (C. Nac. Apel. Crim. sala VII, s. 2.862, "Caceres Barco, F. J.", s/13/1994, Boletín de Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, t. 92, folio 13 y C. Nac. Apel. Crim. y Corr. Fed., sala I, s. 25.993, "Fernández, J.", 10/5/1995, *Jurisprudencia Penal de Buenos Aires*, t. 92, folio 38).

por ser de peligro abstracto, debe ser aplicado únicamente cuando no se ha dado principio de ejecución a las conductas reprimidas por la ley sustantiva. En caso contrario, la aplicación conjunta del delito consumado o tentado más la figura de asociación ilícita, llevaría a la doble imposición de pena por preparar el delito y por consumarlo.³⁶

No obstante ello, Ziffer considera que el sentido mismo de la punición de la asociación ilícita viene inescindiblemente unido al adelantamiento de la punición, esto es, a legitimar la intervención del derecho penal en el campo previo a la afectación del bien jurídico. La aplicación del concurso aparente llevaría a rechazar el carácter autónomo del tipo penal analizado, cuyo disvalor no podría residir en el puro adelantamiento.³⁷

Se advierte que no se trata de castigar la participación en los delitos del grupo, sino el hecho en sí mismo de participar en el grupo con independencia de la responsabilidad que pueda resultar por los delitos particulares cometidos, fundado en la necesidad de protección de la tranquilidad pública que estaría afectada ya por su sola existencia.

Aun cuando se cometieran todos los delitos objeto de la asociación ésta seguiría siendo punible, y, a su vez, cada miembro respondería por los delitos en que haya intervenido, pero no por los que no hubieran recibido su participación.³⁸

A diferencia de lo que ocurre con el tipo de *conspiración*, la *asociación para delinquir* no requiere la participación de sus autores en el delito objeto de la misma. Por lo tanto, no se produce la absorción que se da en la *conspiración*, pues desde el punto de vista de la participación de los sujetos, no existe una relación de progresión entre el delito de asociación y el planeado, cosa que sí ocurre en la *conspiración*. En definitiva, y sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento la *conspiración* es un delito independiente, puede decirse que, formalmente, no es más que una etapa previa a la participación en el delito principal³⁹; en cambio, la *asociación ilícita* es un delito autónomo⁴⁰. El "socio", al no concertarse para delinquir, jamás po-

³⁶ Ziffer, P., "Lincamientos...", cit., p. 3.

³⁷ Ziffer, P., "Lincamientos...", cit., p. 3.

³⁸ Cártes, C., *Delitos...*, cit., p. 121; Conzatti, A., *Asociación...*, cit., p. 69.

³⁹ Egan & Wood, *Crimes and materials in criminal law*. Third edition by Michael J. Allen, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 445ff. The line of conspiracy that makes possible and enables intervention by the law to prevent the commission of the substantive offence per Lord Scarman.

⁴⁰ Conzatti Conzatti, *Asociación para delinquir*. La conspiración para cometer el delito (Las etapas preparatorias de la participación) (Bosch, Barcelona, 1978, p. 75). La significación no significa que nos encontramos que la figura de asociación ilícita es, de hecho y no formalmente, un tipo preparatorio para la comisión de cualquier otro delito.

diría responder como "conspirador"; aquél responde ya sólo por el afiliarse a una asociación que persigue fines delictivos. Por ello, la figura de la *conspiración* es desplazada cuando el delito principal comienza a ejecutarse y no ocurre lo mismo con la asociación ilícita.⁴²

La tipificación de este delito revela una ampliación del ámbito del ius puniendi del Estado que no puede realizarse sin afectar el principio de lesividad, y sin que, a su respecto, puedan admitirse legitimaciones basadas en el supuesto peligro de afectación a los derechos y libertades que la forma democrática de derecho garantiza a los ciudadanos.

IV. COMPARACIÓN CON OTRAS LEGISLACIONES Y CON OTRAS FIGURAS DE PELIGRO ABSTRACTO

Tan cuestionable constitucionalmente es el delito que nos ocupa por eventual incompatibilidad con los principios de legalidad —por su amplitud— y lesividad —por la punición de actos preparatorios— que las legislaciones extranjeras que contemplan figuras similares prevén una pena ostensiblemente menor que la estipulada por nuestro legislador. Ello, obviamente, con el propósito de evitar un avance mayor sobre los derechos de los justiciables.

A modo de ejemplo, podemos ver que la legislación alemana prevé una pena no mayor de cinco años sustituible por multa para los que se asocian con fines ilícitos, sin agravantes para los jefes u organizadores.⁴³

El Código Penal español prevé una pena de prisión de 1 a 3 años para los miembros de la asociación con fines delictivos y de 2 a 4 para los jefes de aquélla.⁴⁴

El Código Penal cubano que contempla una figura análoga a la de nuestra legislación prevé una pena de prisión de 1 a 3 años, sin agravantes para los jefes.⁴⁵

En cuanto al Brasil, la pena prevista para el tipo de delitos que nos ocupa es de 1 a 3 años de reclusión, sin agravantes para los jefes.⁴⁶ La legislación peruana posee una pena de 3 a 6 años de prisión sin agravantes para los jefes (art. 317). Por su lado, la legislación mexicana también tipifica el delito sin

⁴² Hirschin, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 94.

⁴³ Cf. art. 129, Código Penal alemán, Margal Pozo, Barcelona, 2000, p. 94.

⁴⁴ Cf. art. 317, *Comentarios al Código Penal español*, Anzoradi, Madrid, 1996, p. 2097.

⁴⁵ Cf. Código Penal cubano asociado, con introducción del Tribunal Supremo Popular, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1998.

⁴⁶ Cf. art. 188 del Código Penal brasileño de 1984.

agravantes para los jefes y con una pena de 1 y 8 años de prisión (art. 164, Código Penal mexicano de 1995).

Finalmente, el código penal francés prevé una figura con características similares que no posee agravantes y con pena de prisión sin mínimo y no mayor a los 10 años ⁴⁰.

Con otro tipo de infacción, pero con el mismo espíritu el derecho penal federal norteamericano tiene legislado el delito de conspiración (*conspiracy*) cuya pena es de prisión de hasta 5 años sustituable por multa ⁴¹.

Podemos advertir que la pena prevista por nuestra actual legislación lejos está de corresponderse con la razonabilidad que garantizan los diferentes sistemas legales del derecho comparado. En pocas palabras, nuestro legislador pena la asociación ilícita, que no es otra cosa que actos preparatorios de delitos, en muchos casos con pena mayor que la que prevé para aquellos que presumiblemente fueron tentados o ejecutados acabadamente.

Sin embargo, ello no siempre fue así. Al legislarse la figura en los proyectos anteriores al Código Penal de 1921, se previó una pena de 1 a 4 años de penitenciarío (ley 4189, AdL, 1889-1919, 597) que fue mantenida con mínimas variaciones en las legislaciones posteriores. Fueron los avatares políticos tan repudiables de los años 70 los que llevaron la pena a la desproporcionalidad e irrazonabilidad que hoy posee (leyes 20.509 y 20.642).

No hay duda de que la doctrina que funda la afectación al bien jurídico previa al comienzo de ejecución, sosteniendo la existencia de un peligro abstracto, no comparte o no compartiría el quantum del castigo previsto por esta figura ⁴². Y ello es así, pues si bien se acepta la punibilidad de actos preparatorios mediante la ficción del peligro abstracto, lo cierto es que en ninguno de esos delitos nos encontramos ante un mínimo de prisión tan elevado.

El art. 14, ley 23.737, que penaliza la tenencia para consumo, prevé una pena de prisión de 1 a 6 años. El art. 213, que penaliza la apología del crimen, prevé una pena de prisión de un mes a un año. La tenencia de armas de guerra se pena con prisión de 3 a 6 años, mientras que la tenencia de arma civil sin autorización de 6 meses a 3 años de prisión (art. 189 bis). Finalmente, el delito de tenencia de material para falsificar prevé una pena de un mes a un año de prisión.

Observamos, entonces, que ninguna de estas penas se acerca siquiera mínimamente a la pena prevista por el delito de asociación ilícita.

⁴⁰ Cf. art. 450, *Código Penal francés*, Cornu, *Granat*, 2000, p. 100019.

⁴¹ Blomquist, E., *Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU.*, cit., p. 97.

⁴² Ferrer, R., "Licitaciones...", cit.

V. LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El delito de asociación ilícita, al igual que otros delitos de peligro abstracto, plantea serios problemas dentro de un derecho penal liberal, respetuoso del principio de lesividad (art. 19. CN).

La figura de la asociación ilícita, como vimos, no requiere ninguna acción lesiva de derechos de terceros, sino que se pernan meros acuerdos, integrantes del fuero íntimo de las personas, resguardados por el principio de reserva (art. 19. CN).

En un derecho penal liberal, respetuoso de los derechos y garantías de los ciudadanos, deben diferenciarse dos tipos de acciones humanas. Por un lado, aquellas acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros y que son consideradas "privadas", puesto que afectan a una moral privada, personal o autointerferente de los individuos. Por otro lado, acciones que implican perjuicios a terceros, en cuanto afectan a la sociedad toda, es decir a una moral intersubjetiva⁴⁹. La mera inmoralidad de una conducta que no ocasiona daño a terceros no habilita al poder punitivo del Estado a interferir, quedando tales acciones exentas de toda injerencia estatal (art. 19. CN)⁵⁰.

En este sentido, John Stuart Mill, sostuvo que: "El único objeto que autoriza a los hombres, individual y colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; (...) Para que esta coerción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquellos que no le causa más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta"⁵¹.

El art. 19. CN, impide al ius punitivo del Estado entrometerse en nada que no lesione bienes jurídicos ajenos (principio de lesividad). La lesión debe ser efectiva o de un peligro real y el mero hecho de asociarse constituye un acto preparatorio muy lejano a la lesión. El daño debe ser sustancial⁵², su probabilidad de ocurrencia debe ser *razona a la certeza*⁵³, la conducta so-

⁴⁹ Nieto, C. S., *Fundamentos...*, cit., p. 304.

⁵⁰ "... El principio en cuestión no es tan absolutamente o rotundo como se ha inferido de la interpretación estatal que se le ha hecho. Tal como puede inferirse con acierto, lo que el principio prohíbe es que el Estado no pueda alegar como bases para intervenir del modo alguno, directo o indirecto, con una acción de un individuo, el que éste degrade el carácter moral de ese individuo y obtenga de su preferencialmente moral (cf. Nieto, C. S., *Fundamentos...*, cit., p. 304). Véase, Clases *Derecho penal. Parte general*, t. I, Fundamentos, Civitas, 1997, Madrid, p. 52. Asimismo, *Principios Lógicos, Derecho y acción*, Trava, Madrid, 1995, pp. 401/484.

⁵¹ Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. por Jesús Saint Polito, Hyspanica, 1980, p. 30.

⁵² Nieto, C. S., *Fundamentos...*, cit., p. 306.

⁵³ Feenstra, *Jud. Moral re Offens*, Oxford University Press, 1984, p. 188.

metida a evaluación debe ser diversa en sí misma⁵⁴ y no una simple condición previa a la acción que causa el daño⁵⁵.

Con la figura de asociación ilícita se penaliza las actividades realizadas por asociaciones, aun cuando no existen actos dirigidos a afectar derechos de terceros. La aplicación de la agravante por pluralidad de personas en algunos delitos contra la propiedad tiene su fundamento en el mayor poder vulnerante de la actuación de la banda frente al bien jurídico protegido, en donde el número o pluralidad de intervinientes importa una mayor eficacia delictiva. El concepto de "banda" alude sin duda alguna a la manera de ejecución o manera de comisión del hecho. La existencia y aplicación de la agravante implica necesariamente un robo o daño tentado o consumado. Es decir, debe haber una conducta lesiva concreta a un bien jurídico ajeno. Por lo que se encuentra excluida de las limitaciones impuestas en el art. 19. CN.

Dentro de este pensamiento, Jiménez de Asúa enseña que "no hay banda sin un delito consumado o intentado, en cambio, puede haber asociación ilícita sin que se haya cometido aun delito alguno, con lo cual dicha asociación no es *cris* *crisis* —como dice la ley— que un acto preparatorio para cometer delitos"⁵⁶.

Sólo en presencia de acciones (que deben exteriorizarse de una manera perceptible) y sólo cuando afecten derechos de terceros, de tal entidad que pasan a ser considerados derechos⁵⁷ mercedederos de protección jurídica⁵⁸, puede reaccionar el derecho penal.

⁵⁴ Hacerse lo dicho que "...no todo hecho de un sujeto humano tiene carácter de delito, exige una reacción mediante el derecho penal, sino tan sólo aquella que además, por su propio carácter de sujeción delictiva, es decir que en sus efectos lesiona con más allá del conflicto entre autor y víctima y del dolo individual que ésta sufre" (Hernández, *Wolfrum, Fundamentos del derecho penal*, Buzhú, Barcelona, 1984, p. 37).

⁵⁵ Fariña, Martín D., *El delito ilícito*, Abogado-Prensa, Buenos Aires, 1988, p. 156 y ss.

⁵⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. VIII, Losada, Buenos Aires, 1970, p. 377.

⁵⁷ Ya Mill dice que "...El simple hecho de vivir en sociedad impone a cada uno una cierta forma de conducta hacia los demás. Esta conducta constante, promueve, por su naturaleza, los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, no por sus disposiciones legal expuestas, sino por su carácter mismo, deben ser considerados como derechos..." (Mill, J. S., *Sobre la libertad*, cit., p. 89). En relación con lo citado se ha dicho que el bien jurídico es un interés jurídicamente protegido, de ahí que se afirma que son los propios ciudadanos quienes deben decidir que objetos merecen las condiciones impositivas para constituir bienes jurídicos y que "El Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos constitutivos de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social..." (El derecho penal de un Estado social no ha de ocuparse de respetar mandatos puramente formales, valores puramente morales ni intereses no fundamentados que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social) (Márquez, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1996, p. 92).

⁵⁸ Así Márquez lo dice que "...el penalista de exclusiva protección de bienes jurídicos también no se puede ser amparado por el Derecho penal interestes meramente morales" (Márquez, S., *Derecho Penal*,... cit., p. 81). También para Luchack el derecho penal tiene como misión proteger bie-

Permitir la actuación del *ius privandi* estatal, cuando no hay afectaciones a bienes jurídicos ajenos, sino meros acuerdos, ideas, pensamientos, trae inexorablemente aparejado la ampliación del campo de acción del Estado, despojando a la idea de bien jurídico ⁷⁹ de su valor inicial, es decir, como límite al poder punitivo del Estado.

Vemos cómo la asociación ilícita se fundamenta en una anticipación de la punibilidad partiendo de una meta afectación a una norma penal, una voluntad no debida, puesto que, como vimos, no hay actos dirigidos a afectar bienes de terceros.

La libertad de unirse para la consecución de un fin cualquiera no puede ser cercenada cuando se presente como inofensiva para los demás ⁸⁰ y en la medida en que, como se dijo, no hay lesividad si no hay acto y que sólo puede ser considerado acto susceptible de ser sometido a *ius privandi* del Estado, aquel que siendo externo represente alguna perturbación a un bien jurídico ⁸¹.

Sostener una posición contraria implica fundamentar esta clase de figuras en la protección de la seguridad jurídica y no en la protección de bienes jurídicos, privilegiando la vigencia de las normas antes que el respeto por los derechos de las personas, abriendo las puertas al Estado para actuar ilimitada y arbitrariamente.

La Corte Suprema en la causa "Stancanelli" sostuvo respecto de la asociación ilícita que: "...finalmente, no cabe perder de vista que... más allá de las sucesivas denominaciones del título del Código Penal que lo incluye... deben reunir la virtualidad suficiente como para violar el bien jurídi-

no jurídicos (Derecho, Hans-Honrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, Bosch, Buenos Aires, 1981, ps. 7 y 8). En contra, Lakoff cuando afirma que "las reglas sociales, según la cual los juristas no conciben punitivos las conductas perturbación alguna de la vida social, no previene en absoluto del criminal de organizarse que se pueden extraer de los principios de la protección de bienes, más que hacer que ser violado desde dentro: una sola 'lesión' no puede ser definida no sólo a través de la integridad de bienes jurídicos..." (L. Jaeger, Günther, "Criminalización en el estado proceso a la lesión de un bien jurídico", en *Fundamentos*, cit., p. 183).

⁷⁹ Sobre el concepto de bien jurídico, Haeuserer afirma que "es obra del legislador de la limitación. Es fundamental a *trattato Paul Lehmann* *Grundriss des Strafrechts* como la obra sobre una concepción metafísica del derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería haber que suponga una violación de una norma ética o divina, es decir, más todo, la prueba de que lesionar intereses materiales de otras personas, es decir, que lesionen bienes jurídicos" (Haeuserer, W., *Fundamentos*..., cit., p. 37).

⁸⁰ Al respecto ver Mar. J. S., *Sobre la libertad*, cit., p. 33.

⁸¹ Así no podrá entenderse el ámbito de acción del poder punitivo del Estado al caso inconstitucional de ideas, para proyectar delitos que conarriba levemente al bien jurídico de que se trata, o que, directamente, afectan bienes jurídicos de esa entidad (v.g., parálisis de voluntarios que planean delictivos o poseer bienes y/o datos —punto exacto de vivienda, destino paradas de voluntarios, telefónicas públicas y tener y/o vender pequeñas dosis de estupefacientes en lugares públicos—).

en que se intenta proteger, es decir, el orden público. Si bien es cierto que la comisión de cualquier delito perturba la tranquilidad, la seguridad y la paz pública de manera mediana, algunos —tales como los incluidos en el mentado título— la afectan de forma inmediata, ya que el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, por lo que los delitos que la afectan producen alarma colectiva al enfrentarlos con hechos marginados de la regular convivencia que los pueden afectar indiscriminadamente. En consecuencia, 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..." (cons. 5).

A su vez, probar que existe la finalidad de cometer delitos, es decir, hallar actos que evidencien actos preparatorios es prácticamente imposible. Por lo que la utilización de figuras como la asociación ilícita no sólo permite al Estado entender como potencial peligro, y de este modo entresacarse, cualquier conducta grupal asociada, ya sea para la protección de bienes jurídicos o para mantener la vigencia de la norma, sino también volver a la utilización de las denominadas "penas de sospechas", propias del sistema inquisitivo y violatorias de los principios básicos del Estado de Derecho, en especial, del de culpabilidad y de debido proceso ⁴².

El delito de asociación ilícita para "meros acuerdos" no exteriorizados entre personas, aun cuando no existen actos dirigidos a afectar derechos de terceros. Lo prohibido es la mera reunión de personas y, por ende, se trata de un delito de peligro abstracto. La prohibición se efectúa, entonces, sobre un acto preparatorio y, por lo tanto, significa un apartamiento de los principios generales (art. 42, CPen.) que viola los principios constitucionales de reserva y lesividad (art. 19, CN).

El mero propósito antijurídico no constituye una cuestión punible, el principio de lesividad exige la efectiva afectación de un derecho o interés de un tercero para imponer una pena. Sostenen lo contrario implica poder definir toda preparación de un delito como una conducta que es no privada y así concluir que ya no hay motivo alguno para no ir más allá del co-

⁴² Zerna, Patricia. "El consenso entre la retirada de arma de guerra y el robo con arma", en *Comentarios de Derecho y Jurisprudencia Penal*, tomo 2, serie 3, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 337. También, Zerna, Patricia. "Acuerdo de los delitos cometidos por los miembros de una asociación ilícita como reflejo del campo del delito", JA 2000-IV-298.

mienzo de ejecución, abarcando hasta la criminalización de los pensamientos.¹⁶, ampliando de manera ilimitada el campo de injerencia del *ius puniendi*.

El sujeto, como portador de pensamientos, pasa a ser considerado como un potencial enemigo del bien jurídico, reemplazándose el derecho penal de acto por el derecho penal de autor, propio de un Estado de Policía, no respetuoso de los derechos y garantías de las personas. Y en esta opción somos los ciudadanos quienes tenemos asegurada la derrota.

¹⁶ Así lo entiende Jakobs en "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico", en *Fundamentos* s.v., p. 191. Sin embargo, si hace el análisis de Jakobs vertiendo desde el principio de hecho, lo cierto es que, como vimos, para justificar la criminalización de actos preparatorios recurrió a la utilización de ciertos pensamientos que ninguna relación tienen con el principio aludido.