

BANDA Y ASOCIACION ILICITA

*Por María Liliann Acoña**

- I) BANDA Y ASOCIACION ILICITA
- II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL
- III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION ILICITA

La Banda y la Asociación Ilícita, son conceptos que han suscitado desde antiguo las más encontradas opiniones en lo que hace a la diferencia que existe entre ellas. Tanto es así, que la Excelentísima Cámara ha resuelto en sucesivos Plenarios, exactamente en sentido inverso, la misma cuestión (Cfr. C.C.C. Fallos, T.V., Pág. 604, y Fallos Plenarios, T. I, Pág. 102).

Sábido es que al sancionarse el Código Penal, el senador A. Rojas observó que la definición de banda estaba contenida en el artículo 210, razón que le impulsó a eliminar la misma —que se encontraba precisada en el artículo 78—, con lo que entendía, se evitaban repeticiones, y se obviaba la pequeña discordancia existente entre el número de miembros a que una y otra disposición hacían mención. Aceptada esta postura, quedó el Código sin definición alguna atinente a precisar el concepto del que estamos hablando.

Esta circunstancia histórica, llamémosla así, originó diversas posiciones que concluyeron reforzando las posturas que asimilaban ambos conceptos (Banda igual Asociación Ilícita) y que no sólo se apoyaban en la explícita voluntad legislativa, sino en el hecho de que el mismo artículo 210 del Código Penal emplease tal como si se tratase de sinónimos los términos "asociación" y "banda".

No puede escapar al análisis, el conflicto que, por un defecto metodológico, se suscita al enfrentarnos con el cruce de dos corrientes de pensamiento que se reflejan en el hecho de sancionar y reprimir las bandas con independencia de los delitos que concretamente cometieran —Código Zanardelli y holandés— (más modernos por cierto)—, con un resabio del sistema político criminal de orientación típicamente española que elige combatir las bandas a través de sus manifestaciones o exteriorizaciones, es decir, de los concretos delitos que ellas cometen.

Ante quienes interpretaban de ese modo ambos conceptos, pronto se alzó la voz de aquellos que no compartían la semejanza atribuida a esos términos, negando, por otra parte, que el artículo 210 del Código Penal llevase en sí la definición de "la banda". En abono de su postura, dijeron quienes rechazaban la tesis expuesta en párrafos anteriores que el referido precepto legal —artículo 210— define sólo la "asociación ilícita", que es en realidad: "una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos" afirmación ésta, que no excluye por cierto la posible existencia de una asociación o banda destinada a cometer un solo delito.

Profesor titular de Derecho Penal II, Cámara del Dr. Eduardo Aguirre Oberio.

Lo que resulta cierto para quienes representan esta segunda postura es que aquello que la ley utiliza como síndromas no es "asociación ilícita" y "banda", sino "asociación" y "banda", afirmación que no puede reputarse errónea, ya que se advierte fácilmente que esos dos vocablos constituyen el género, del que una de sus especies es la de aquellas asociaciones o bandas destinadas a cometer no un solo delito, sino varios, especie esta que llevará el nombre de asociación ilícita, según reza la rúbrica del Capítulo respectivo.

Por fin, en la actualidad tras la reforma introducida por la ley 21.338, optan por retornar a la primitiva interpretación, aspecto al que habré de referirme en el siguiente punto, donde habré de analizar la vigencia del Plenario Coronel.

II) VIGENCIA DEL PLENARIO CORONEL

Puede sostenerse que después de la sanción de la ley 21.338 —que reproduce defectuosamente en esto las disposiciones del Decreto-Ley 4778/63, ratificado por la ley 16.478 y de la ley 17.567—, el Plenario Coronel ha perdido su vigencia, ya que la reforma introducida altera sensiblemente el marco de referencia de su doctrina legal. Para quienes así lo sostienen, los argumentos en su favor fluyen de las siguientes circunstancias: Tanto el Decreto-Ley 4778/63 y la ley 17.567, ambas posteriores al Pleno que se comenta, suprimieron toda referencia a la banda, con lo que dieron corte definitivo a las discusiones doctrinarias a que me he referido, con excepción a la figura del artículo 166 inciso 2° que aún conservaba un resabio de la terminología anterior.

Sin embargo, la sanción de la ley 21.338 nuevamente trae al tapete el problema, al alterar el cuadro de situación, toda vez que "la banda" del artículo 166 no puede ser distinta de la del artículo 167 inciso 2°, siendo que en ese precepto, el mantenimiento de esta calificante junto a la intervención de tres o más personas, motiva un verdadero engorro en la interpretación de la figura.

En efecto, además del notorio defecto que cabe señalar con relación a las normas indicadas, debe pensarse inevitablemente que nos enfrentamos a dos calificantes distintas, una de ellas que exige la mera intervención de tres sujetos, y la otra, que demanda otros recaudos.

Así las cosas, quienes desean ver el problema desde este ángulo, optan por sostener que cuando el Código se refiere a banda lo hace con el alcance que a ese vocablo asigna el artículo 210, mientras el inciso 4° del artículo 167 del Código Penal se referiría a la simple intervención de tres o más personas.

No obstante adherir a los juicios que reprochan una defectuosa redacción al artículo 167, que en dos de sus incisos introduce lo que podría llamarse agravantes numéricas, no creo poder unirme a los demás juicios efectuados, ya que con ser semejantes, no necesariamente deben ser entendidas como iguales la definición de banda que proporciona el Plenario Coronel, y la calificante del inciso 4°.

En primer lugar, el Plenario sienta como doctrina que: "A los fines de la aplicación de las agravantes previstas en los artículos 166 inciso 2°, 167 inciso 2°, 184 inciso 5° del Código Penal, es suficiente que tres o más personas hayan tomado parte en la "ejecución del hecho" —empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código— sin necesidad que tales partícipes integren a su vez una asociación ilícita de las que describe el artículo 210 del citado texto legal" (Cfr. Fallos Plenarios, T. 1, Pág. 102).

Véase que de dicha enunciación obligatoria, no sólo se extrae como conclusión que la banda y la asociación ilícita no son la misma cosa, sino que la banda es integrada por "tres o más personas" que hayan "tomado parte en la ejecución del hecho —empleada esta expresión en el sentido del artículo 45 del mismo Código—" lo

que impone referirse, para que haya banda, a que aquellos que intervienen lo hayan hecho cumpliendo el papel de autores, coautores o partícipes primarios cuando menos.

De ser ello así, la inclusión efectuada en el inciso 4º del artículo 167 —en función del inciso 9º del artículo 163 del Código Penal—, debe ser entendido como una forma de poder agravar la conducta de quienes han intervenido en el hecho, computándose el número mínimo de tres personas, aún con la actividad de los cómplices secundarios a los que se refiere el artículo 46 de ese Código.

Conjíguese lo dicho con la no descabellada posibilidad de que aún exista otra diferencia temporal en la forma en que desarrollan su actividad la banda y ese grupo de tres personas al que se refiere el inciso 4º del citado artículo. Si bien la banda no posee la perdurabilidad que caracteriza a la asociación ilícita, no es posible descartar que la misma posea una cierta duración en el tiempo, propia del concierto previo existente para llevar adelante los hechos, mientras la comisión efectuada por tres individuos no exige, ni tan siquiera, la débil estabilidad requerida por la agravante prevista en el artículo 167 inciso 2º del Código Penal.

Es decir que asociación es el conjunto de asociados para un mismo fin —cometer ilícitos indeterminados— mientras que banda es "la porción de gente armada" (Cfr. Diccionario de la Real Academia) que comete un delito y que, de acuerdo al Plenario está integrada por tres o más individuos que intervienen en el hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal, siendo de aplicación la agravante del inciso 4º del artículo 167 del Código Penal, para todos los demás casos en que el número de sujetos activos asciende a tres personas.

Esta solución a mi juicio, se compeade completamente con las causas que justifican agravar las penalidades por la mayor indiferencia en que se encuentra la víctima al ser despojada de sus pertenencias, generando asimismo, un armónico juego de los preceptos legales vigentes.

III) CONCURSO ENTRE BANDA Y ASOCIACION

Si banda y asociación ilícita quisieran decir lo mismo, significaría que los delitos en que se incluya el primero de los vocablos debe ser tenido por complejo, es decir contruidos sobre la base de una reunión, en una sola, de dos o más figuras delictivas autónomas. Ahora bien, como es sabido, en esta clase de delitos, las figuras que los integran son absorbidas por el tipo complejo, de modo tal que en ningún caso puede considerarse que cualquiera de esas figuras concurre materialmente con el delito complejo.

En efecto, resultará impropio que una misma conducta sea castigada dos veces, por una parte, como circunstancia calificante del delito mediante la creación de un tipo complejo, y luego como hecho independiente que concurre materialmente con el referido delito complejo (Robo agravado por ser cometido en asociación ilícita en concurso real con asociación ilícita —para hacer más evidente lo dicho, y partiendo del presupuesto de que ambos términos son sinónimos, los he reemplazado para que pueda advertirse la incongruencia a la que podría arriarse de sostenerse la posibilidad de que exista un concurso real—).

El razonamiento expuesto puede ser advertido nítidamente, por ejemplo, en el caso del robo con fuerza en las cosas, al que a nadie se le ocurriría adicionar el delito de daño producido por el uso de esa fuerza.

En consecuencia, si adherimos a la idea de que banda y asociación ilícita son la misma cosa, podremos hablar, en la solución práctica, de un concurso aparente de leyes. —"Cada vez que una disposición excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, existe un concurso aparente de leyes" L. Jimenez de Asúa, Tratado, To. II,

Fig. 463— pudiendo añadir que cuando una disposición contempla el acto A y otra también, pero agregando la particularidad B, si el delincuente realiza A-B, su conducta cae en las dos normas, pero ha de aplicarse la segunda porque contiene la variante específica del hecho.

Para el caso de no admitir dicha semejanza de términos, postura a la que en el capítulo II he adherido, la solución no ofrece ninguna dificultad, pues tratándose de delitos independientes el único concurso posible es el previsto en el artículo 53 del Código Penal, afirmación que se comprueba con lo resuelto en el Plenario Coronal, vigente, a mi juicio, aún después de la reforma 21.338.

La forma concursal de unión de los ilícitos no habrá de ser otra que la expuesta, ya que vinculando conceptos diversos no es posible suponer la existencia de un concurso formal, toda vez que las conductas protagonizadas no importan la existencia de una unidad de resolución, puesto que una cosa es asociarse —formar una banda para delinquir— y otra bien distinta, los robos que esa cometa.

Por otra parte, no pudiendo arribarse a la idea del delito complejo, es imposible aceptar la existencia de un concurso aparente, posición que inevitablemente nos conduce al punto de partida cuando señalamos la forma material como único modo de vincular los ilícitos a los que he estado haciendo referencia.