

LA ASOCIACIÓN ILÍCITA SIMPLE Y LAS CALIFICADAS

HÉCTOR FRANCISCO VARELA

Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Salvador.

I. INTRODUCCIÓN: La ley 17.567, publicada en el B. O. del 12-1-68, emanada de la autoridad ejecutiva de la Revolución Argentina, que por virtud de su artículo 8º comenzó a regir el 1º de abril del año en curso, incorpora a la legislación penal las figuras de asociación ilícita calificadas (art. 210 bis).

“Aquí introducimos —dicen los redactores de la ley— como ocurre en diversos códigos extranjeros, algunas agravaciones relacionadas con la disposición de armas de fuego, por parte de la asociación y la adopción de distintivos o uniformes, así como una organización de tipo militar, caracteres que, naturalmente, acentúan la peligrosidad del grupo”.

Se trata, como en todas las figuras del Título VIII, Libro II del Cód. Penal, de tipos de “peligro de peligro” según la denominación de la doctrina alemana, esto es, que dado en la realidad el cumplimiento de las conductas descriptas, ello —de por sí— implica el peligro de que se cree peligro para las personas y para sus bienes, en forma indeterminada. Por tanto, la acentuación de la peligrosidad del grupo, a que se refiere la Exposición de Motivos, corresponde situarla en el primero de aquellos dos tiempos en que la noción de peligro se mueve. La “simple tenencia de armas de guerra” a que se refiere el tercer párrafo del artículo 189 bis (también incorporado por la reciente reforma), por figurar entre los delitos del Título VII, Libro 2º del Cód. Penal, comporta, en cambio peligro común para personas y bienes puestos en común y no, como en el caso anterior, el peligro de que algún peligro surja para las personas y sus bienes.

La simple asociación ilícita: Asociación de tres o más personas, es decir, concierto de voluntades para la concepción, pre-

paración y ejecución de hechos delictuosos. Diferencia de la participación criminal del Título VII, Libro 1º del Cód. Penal, en la voluntad de los miembros asociados a cometer pluralidad de delitos, específica o no, es decir, delitos iguales o de distinta naturaleza, contra un mismo o distintos bienes jurídicos penalmente tutelados. Si un sujeto se asocia con otro u otros (tres o más) para cometer un delito determinado, no incurre en la asociación ilícita de que se trata, quedando su responsabilidad referida a las distintas graduaciones de la autoría del hecho a que refieren los artículos 45 y siguientes del Cód. Penal. Si, por lo contrario, se asocia con otros de modo que se reúnan tres o más, y planean pluralidad de delitos, los preparan y/o ejecutan, tentándolos o consumándolos, será punible como miembro de una asociación ilícita, haya o no participado en la comisión de los otros delitos, pues se castiga “por la sola circunstancia de ser los sujetos miembros de tal asociación”.

Ahora —y también antes de la reciente reforma— es necesario una cierta permanencia de la unión de sujetos, a la manera de una relativa “*afectio societatis*” cual se requiere en las asociaciones civiles y que, para la asociación ilícita, puede revelarse en que el botín de cada delito consumado se junte y reparta luego, o en que los miembros dispongan de un mismo lugar de reunión o de seguridad posterior a la comisión de delitos (aguantadero), sin que por ello se descarte pensar que los miembros puedan desconocerse entre sí, a condición de que cada uno tenga plena conciencia de pertenecer a la asociación.

Además se requiere que los miembros hayan consumado, tentado o por lo menos planeado, pluralidad de delitos cometidos o por cometer. Al menos este planeamiento se requiere como condición mínima para tener por acreditada la asociación ilícita. En la realidad, lo común será que primero se aprehenda a los sujetos por la comisión de cualquier otro delito o delitos, y que, luego surja la prueba de la asociación que los vinculaba.

La responsabilidad por los delitos cometidos por la asociación ilícita no se extiende a todos sus miembros sino que recaerá solamente sobre aquellos de los que esté probada su participación individual (en los distintos posibles aspectos de autor material, autor moral —o instigador—, coautor, partícipe principal o partícipe secundario). Ello, porque basta la pertenencia a una asociación ilícita para ser responsabilizado por este delito y, de participarse en otros delitos, concursaran entre sí y con la asociación ilícita, materialmente (art. 55 del Cód. Penal). Puede inclusive

darse concurso real dentro del mismo tipo de la asociación ilícita, si el sujeto perteneciera, como miembro, a más de una asociación ilícita y, no obstante, ignorando aquel sujeto esta pertenencia de sus partícipes, no cabrá reprocharle por el delito de asociación ilícita.

II. LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS CALIFICADAS: La reforma la construye con los mismos elementos anteriores, pues se trata básicamente de la misma asociación, pero agrava las penas "si la asociación dispusiera de armas de fuego o utilizarse uniformes o distintivos, o tuviere una organización de tipo militar" y aún más gravemente "si la asociación dispusiere de armas de guerra o tuviere una organización de tipo militar". En otro orden de ideas también agrava la pena en un tercio (debe entenderse un tercio más tanto en el mínimo como en el máximo fijado a la pena de reclusión o de prisión) por la distinta actividad desplegada en relación a la asociación ilícita en sí misma (no con relación a los demás delitos que la asociación pueda encarar), como antes se especifica para jefes y organizadores de la asociación ilícita simple del artículo 210 cuando la reforma eleva el mínimo de pena.

Cabe resaltar que para la primera línea de agravación las tres circunstancias obran calificando separadamente. Así resulta de la cópula disyuntiva "o".

III. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA NUEVA FIGURA: La agravación gira en torno a tres circunstancias a saber: a) la disposición de armas de fuego y la disposición de armas de guerra; b) la utilización de uniformes o distintivos; y c) el tener una organización de tipo militar.

a-1) El verbo empleado es "*disponer*" en futuro imperfecto del subjuntivo. Precisa Alberto Sexto Millán ("Las reformas al Código Penal", pág. 288) que "no significa que porten armas alguno o algunos de sus componentes (de la asociación ilícita) sino que la asociación disponga de ellas". Vale decir entonces que la correcta interpretación del artículo finca en entender que la asociación, con independencia de la circunstancial y personal posibilidad de que sus miembros posean armas, sea la que disponga de aquellas armas, tanto de fuego, cuanto de guerra, esto último para más grave penalización. Con ello se aclara parte del problema. Cabe aún preguntarse si las armas pertenecieran al cabecilla y fuera él quien las suministra a los demás miembros, si to-

davía continúa entendiéndose que es la sociedad quien las posee. Pensamos que el disponer de armas, no es necesariamente poseerlas, ni la sociedad ni alguno de sus miembros. La sociedad dispondrá de armas si le fueran suministradas por ejemplo por un armero (persona dedicada al comercio de armas). En consecuencia el contenido del concepto sobre que se estructura el tipo es más rico y no se agota en la disgresión de si las armas son poseídas o aportadas por uno o varios de sus miembros. Tampoco podrá exigirse la acreditación de que pertenezcan al ente asociación y a ninguno de sus miembros como personas físicas individuales (lo contrario sería llevar muy lejos el concepto de asociación y tener exigencias de cumplimiento de la ley civil o comercial). Disponer, significa también, tanto como poder emplear a discreción. De allí la mayor peligrosidad de la asociación. No entenderlo así significará tanto como aplicar siempre la figura agravada, pues toda vez que se acreditara la comisión plural de hechos delictuosos en que intervinieron los mismos autores y hubieran empleado armas de fuego o de guerra, cabría creer que la asociación ilícita que constituyeran, dispuso de armas de fuego o de guerra. Y así desaparecería, por inaplicable, la asociación ilícita simple.

a-2) *Si dispusiera de armas de fuego*: la asociación será figura calificada, pero aún mayor será la pena *si las armas son de guerra*. Por arma de fuego entendemos el artefacto que, accionado por el hombre, despide un proyectil en una dirección por aquél determinable, mediante el empleo de fuerza procedente de una explosión de fuerza procedente de pólvora. Con ello se excluyen las bombas (en que no hay proyectil, salvo los trozos de carcasa cuya dirección no puede ser controlada por el hombre), las granadas (que detonadas arrojan proyectiles en todas direcciones) y los explosivos arrojadizos en general (en que el artefacto es el proyectil en sí mismo y obra por la expansión de masas de gas). Son ejemplos claros de armas de fuego, el revólver, la pistola, la escopeta, el rifle, carabina, máuser, ametralladoras, etc.

La ley 13 945 del 5 de octubre de 1950 (B. O. del 13-10-50) fue el primer ordenamiento legal que esquematizó la calificación y clasificación de las armas, separando las armas de guerra de las civiles. El decreto 3189 del 28 de marzo de 1960 (In.) (B. O. 5-4-60) reglamentó aquella ley, y califica como *armas de guerra* todas las no portátiles; de las portátiles, las de fuego, largas y automáticas, todas y semiautomáticas sólo las de repetición y de

tiro a tiro; de las portátiles, de fuego, cortas: todas las automáticas, de las semiautomáticas: las de calibre superior al 25; de repetición: las de calibre superior al 38 (revólveres) y de tiro a tiro: las de calibre superior al 38, menos las de avancarga, de iluminación y las lanzaguías). Las de lanzamiento (que separadas de las de fuego), prohibidas como de guerra: todas.

Corresponde señalar que la circunstancia de la disposición de *armas de guerra* no funciona sola pues para calificar la asociación y reprimible con el máximo de pena se requiere que juegue aquella circunstancia con más la que se verá en el punto "c". Es decir que *la asociación ilícita más penada será aquella que, disponiendo de armas de guerra, tengan una organización de tipo militar*. Con lo que las *armas de guerra*, por sí solas, no califican la asociación.

b) *La utilización de uniformes o distintivos*: es circunstancia también calificante de la asociación ilícita. Este elemento objetivo del tipo corresponde calificarlo como modo de la acción a desplegar por la asociación, mientras que el *empleo* de armas de fuego, o de guerra, es medio de la acción a desarrollar. El modo en sí, revela que la asociación se ha perfeccionado y que, en la posterior actividad que sus miembros despliegan, inspirarán mayor temor, desde que el uniforme da la idea de cuerpo y de disciplina. Desde otra perspectiva, el empleo de uniformes hará más difícil la individualización de los sujetos que intervengan en determinado hecho delictuoso, pues que el rasgo de igualdad y semejanza que el uniforme imparte hará más difícil, para las víctimas el reconocimiento de los malhechores. Por su parte, los distintivos permitirán al grupo mayor cohesión en la ejecución de un hecho delictuoso determinado, especialmente, si han de actuar en medio de público más o menos numeroso.

c) *El tener una organización de tipo militar*, como elemento objetivo calificante del tipo corresponde entenderlo como medio comisivo, más que como modo, pues que será a través de la trama de la organización a que sujetan la constitución de la asociación —jerarquías y subordinación plena— que los hechos delictuosos posteriores se cumplirán con mayor efectividad.

Tanto este medio como aquel modo (el empleo de uniformes o distintivos) revelarán en la práctica particular característica de la asociación ilícita que los asuma. En efecto, es difícil concebir a un grupo de delincuentes comunes constituyéndose en asocia-

ción y empleando uniformes o distintivos, cuando para la mejor práctica de su ilícito proceder el incógnito es primordial. A su vez la organización de tipo militar no puede entenderse como un simple plan táctico para la ejecución de determinado hecho delictuoso. Si así se lo considerase, la mayor capacidad o capacitación de los integrantes de cualquier asociación ilícita, transformaría a la misma en calificada. Lo que la figura requiere es una organización de *tipo militar*, es decir, que no sólo en la dinámica de cada "golpe" se revela un plan táctico, sino que, todo el grupo funcione en forma semejante a una organización militar, en consecuencia, que tenga jerarquías, reglas, arsenal común, subordinación plena y, sobre todo, instrucción más o menos permanente de sus miembros, circunstancia esta última que extraemos del propio texto cuando en su última parte menciona a los "instructores".

Ni el medio, ni el modo precitado parecen adecuados a ser apreciados en una vulgar asociación ilícita de delincuentes comunes. De donde su presencia nos señalará también, casi con seguridad, una asociación ilícita con la particular característica de su finalidad política (empleado el vocablo en su más amplia acepción). De ahí que, frente a la nueva asociación ilícita calificada pierdan vigencia las palabras de Rodolfo Moreno cuando en el t. VI, págs. 7 y 8 del "El Código Penal y sus antecedentes" dice refiriéndose al artículo 210 anterior "La disposición no rige para los delitos de rebelión o sedición. La asociación ilícita de que trata este precepto no se refiere a los delitos políticos". Antes por el contrario, lo más probable es que la asociación ilícita, así calificada, tendrá carácter político, cometerá delitos políticos y también comunes conexos con aquella finalidad. La realidad de nuestros días, y en nuestro medio, nos muestra la existencia de estas asociaciones que, si creadas alguna vez para fines lícitos, desvían de su ruta e ingresan al Código Penal, por la más amplia puerta de la asociación ilícita calificada. Un acierto más de la reforma, que ha sabido interpretar así, la mayor peligrosidad y la mayor temibilidad que estas asociaciones despiertan día a día dentro de la comunidad.