

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

Profesor en la Academia de la Magistratura
y en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

**ASOCIACIÓN
PARA
DELINQUIR**



E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

ASOCIACIÓN PARA
DELINQUIR



UNIVERSIDAD SANTI TORIBIO
BIBLIOTECA



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2005, José Luis Castillo Alva

© 2005, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión *Láser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2005-5050
ISBN 9972-04-065-8

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Jr. Lampa 1221
Telf.: 427 3147 / Telefax: 427 6038
Web: www.grijley.com
E-mail: grijley@terra.com.pe
Jr. Azángaro 1077 - Lima 1, Perú
Telf.: 321 0258

Sucursal en TRUJILLO
Jirón Pizarro 540
Telefax: 471640 / Celular: 843 4494

Sucursal en CHICLAYO
Telf.: 204146
San José 1067

Sucursal en AREQUIPA
Santa Martha 304 - Of. 103
Telf.: 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A mi abuelo, PEDRO ALVA:

*La muerte recoge tu cuerpo,
pero no tus obras.*

*Tu vida es la mejor inspiración y
ejemplo de comportamiento.*

PRESENTACIÓN

1. El delito de asociación para delinquir es una de las armas más eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada, como forma de criminalidad emblemática de la sociedad moderna y post industrial. Se trata de un viejo delito, de una necesidad y utilidad práctica actual innegable. De allí que su estudio y delimitación sea una de las tareas más importantes y justificadas que puede desarrollar la dogmática penal frente a las exigencias sociales presentes y futuras de la sociedad.

② El presente análisis pretende ser un aporte al estudio de un delito particularmente importante en la actual y –por lo que veo– futura actuación de la justicia penal peruana y latinoamericana.

Se trata de una primera aproximación que comenzó con los materiales que fueron preparados para una conferencia y que constituye uno de los capítulos de un libro sobre “Criminalidad Organizada”, en preparación.

No hemos buscado realizar una investigación horizontal que sólo tome en cuenta aspectos superficiales y no controvertidos del delito, sino más bien la preocupación ha sido dirigida a plantear y resolver la mayoría de problemas aplicativos y teóricos que la asociación para delinquir posee. Para ello hemos partido de una delimitación del bien jurídico, del estudio de la tipicidad objetiva y subjetiva, del análisis de las formas de ejecución y de las reglas de la autoría y participación, culminando, entre otros temas, con una visión político criminal y de

técnica legislativa a tener en cuenta por nuestro legislador en la reelaboración de la infracción.

En la medida de lo posible he tratado de tomar en cuenta los últimos avances registrados en la jurisprudencia nacional y los desarrollos del derecho comparado que tanto tienen que aportar en este ámbito.

3. La elaboración de este libro no hubiera sido posible sin la participación de distinguidos colegas vinculados al campo penal y constitucional con quienes discutí más de un tópico de los puntos tratados. A todos ellos mi gratitud. Debo agradecer también las facilidades proporcionadas por la firma de abogados *Sousa & Nakazaki*, a sus socios, y en especial a mi querido y admirado amigo César Nakazaki por todos los valores y calidad profesional que encierra y trasmite. También a los amigos y abogados del estudio y a los asistentes que colaboran conmigo, Justo Nieves y Fidel Mendoza.

La culminación de la obra coincidió con un trágico y doloroso suceso familiar, la muerte de mi abuelo materno: *Pedro Alva León*. El libro va dedicado a su memoria; él nos enseñó en la vida a manejar el formón, el torito, la garlopa, el martillo y el cincel como carpintero que fue.

San Borja, 13 de Junio del 2005

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR [ART. 317]

Artículo 317^{o1}:

«El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de treinta y cinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36^o, incisos 1, 2 y 4.»

¹ Texto conforme a la Ley N° 28355, que modifica diversos artículos del Código Penal y de la ley penal contra el lavado de activos.

Capítulo I

SU FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

I. Asociación Ilícita y Criminalidad Organizada

Uno de los fundamentos político-criminales y de utilidad social más importantes que justifica la existencia del delito de *asociación ilícita* es el constituir uno de los *instrumentos más útiles², eficaces³, fundamenta-*

² Cfr. Thomas WEIGEND, «Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado», en *Revue Internationale de Droit pénale. Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*, Vol. 68, Association Internationale de Droit Penale, 3 y 4 Trimestre de 1997, p. 557; Giovanni FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto Penale (Parte Speciale)*, Vol. I, Zanichelli, 2 ed. Ristampa aggiornata, Bologna, 1999, p. 471; Paulo José DA COSTA JR., *Curso de Direito Penal*, Vol. 3., Saraiva, 2 ed., Sao Paulo, 1992, p. 122; Giovannangelo DE FRANCESCO, «Razio di «Garanzia» ed exigente di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limite alla libertà di associazione», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXV, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 888.

³ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, *Asociación para delinquir y criminalidad organizada* (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS del 23 de Octubre de 1997 – Caso Filesa), *Doctrina XXVII*, pp. 1, 17 y 19: «es indudable que el delito de asociación para delinquir constituye un instrumento realmente adecuado para combatir la criminalidad organizada»; Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho Penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. II, Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 652, 661 y 665.

les⁴, insustituibles⁵ y una pieza clave⁶ en la lucha contra la criminalidad organizada⁷ que cada vez adquiere mayor importancia y que en nuestro país ha cobrado especial relevancia y notoriedad –alcanzando notas de escándalo internacional– en la década del 90, siendo el caso de Vladimiro Montesinos y el ex-presidente Alberto Fujimori. Un ejemplo la asociación criminal levantada sobre la base de la estructura de un gobierno, la Administración Pública y sus instituciones⁸.

El delito de asociación ilícita constituye un medio indispensable y adecuado de lucha contra la delincuencia organizada⁹. La razón que justifica la existencia de la infracción es la necesidad de impedir que se formen sociedades y asociaciones cuyo objeto y finalidad sea come-

⁴ Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Ujala JOSHI JUBERT, *Dictamen emitido a petición del Dr. Julio Rodríguez Delgado, abogado defensor del Sr. Manuel Delgado Parker en la instrucción seguida ante el Primer Juzgado Penal especial Anticorrupción, por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y asociación para delinquir en agravio del Estado*, p. 38.

⁵ Así, Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 159 y 361, quien considera al delito como «un soporte insustituible del Estado contra la delincuencia asociada, y no política [...] que no infringe ninguna garantía individual, política o de carácter constitucional [...]».

⁶ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 2, UNED, Madrid, 1998, p. 156.

⁷ Véase Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y Enrique ANARTE BORRALLLO (Editores), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, *passim*; José María RODRÍGUEZ DEvesa y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español* (Parte Especial), Dykinson, 17 ed., Madrid, 1994, p. 752; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 317º del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Idemsa, Lima, 2002, p. 283.

Sin embargo, considera que el delito de asociación para delinquir poco o nada tiene que ver con la criminalidad organizada: Raúl Eugenio ZAFFARONI, *El crimen organizado. Una categorización frustrada*, Leyer, 2 ed., Bogotá, 1996, p. 15.

⁸ Cfr. Leandro REAÑO PESCHIERA, «El delito de asociación ilícita», en César SAN MARTÍN CASTRO, Carlos CARO CORIA y Leandro REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 253 y ss.

⁹ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, *Op. cit.*, p. 471.

ter delitos¹⁰, garantizando la conservación del ordenamiento jurídico y los valores que éste representa, los cuales se orientan a la realización de la paz social y al logro de la seguridad jurídica.

La finalidad de la punición del delito de asociación para delinquir es controlar y disminuir los riesgos que se crean para los bienes jurídicos fundamentales y que derivan de la existencia de estructuras complejas, las cuales pueden desplegar de modo más eficaz e idóneo medios, estrategias y procedimientos para lograr sus objetivos que si se trata de un solo individuo¹¹.

De no existir esta figura delictiva se abriría la posibilidad y las compuertas para que, al margen del derecho vigente, puedan existir otra clase de ordenamientos que se opongan y sean contrarios a sus fines, poniendo en peligro el Estado de Derecho y el modelo de gobierno instaurado por la Constitución.

2. Función Preventiva

Según reconoce la doctrina, el delito de asociación para delinquir cumple básicamente una función político-criminal de naturaleza preventiva¹² por su misma condición de delito –para algunos– de prepara-

¹⁰ Cfr. Jörg ARNOLD, «L'associazione criminale e la criminalità organizzata in Germania ed in altri ordinamenti europei», en *Il Crimine Organizzato como fenómeno transnazionale*, Giuffrè, Milan, 2000, p. 231.

¹¹ Cfr. Mario VALIANTE, «Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 59.

¹² Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 461 y 472; Salvatore ARDIZZONE, «L'associazione per delinquere in Italia: Rilevanza normativa e caratteristiche strutturali», en *Il Crimine Organizzato como fenomeno transnazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 191; Carlo Federico GROSSO, «Le fattispecie associative: Problemi dottrinali e di politica criminale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXIX, Fasc. 2 – 3: Aprile – Settembre, Milano, 1996, p. 412; Mario VALIANTE, *Il Reato Associativo*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 9; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 9 nota 23; Sebastián SOLER, *Derecho Penal argentino*, T IV, TEA, 3 ed., 8 Reimp, Buenos Aires, 1978, p. 591; José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 165; Carlos CREUS, *Derecho Penal (Parte Especial)*, T II, Astrea, 6 ed., 2 Reimp., Buenos Aires, 1999, p. 103.

ción¹³, al facilitar el castigo a aquellos que no han llegado a delinquir, pero que se han agrupado para tal fin¹⁴.

Si bien desde el momento que constituyen una asociación con fines criminales la persona o los sujetos que la integran se hacen acreedores a una sanción penal –pena privativa de libertad, por lo general–, no debe quedar duda acerca de su sentido marcadamente preventivo, toda vez que con su configuración se busca remover el peligro que nace de la comisión de delitos objeto del programa asociativo, anticipándose la fase de intervención¹⁵.

3. Fundamento de su punición

La razón de su castigo reside en el hecho que la existencia de la asociación suscita inevitablemente alarma y preocupación en la ciudadanía, independiente de si los delitos se han cometido o no¹⁶.

El legislador nacional –como sucede con la mayor parte del Derecho Comparado– ha considerado insuficiente la tutela de los bienes jurídicos a través de los delitos particulares. A tal efecto, establece que en los casos de estructuras complejas de poder (asociaciones delictivas) debe crearse un delito específico que prevenga y reprima esta forma de criminalidad¹⁷.

Su existencia a nivel legislativo demuestra una inconfundible voluntad política de lucha contra la delincuencia asociada, dada su extrema gravedad y potencialidad lesiva. Asimismo, responde a una do-

¹³ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 648 y 669.

¹⁴ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 17.

¹⁵ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 472; José CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 31.

¹⁶ Cfr. Gabrio FORTI, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto CRESPI – Federico STELLA – Giuseppe Zuccala), Cedam, 4 ed., Padova, 2003, p. 1151; Francesco ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale* (Parte Especial), Vol. II, A cura de Luigi Conti, Giuffrè, 40 ed., Milano, 2003, p. 239.

¹⁷ Cfr. Mario VALIANTE, *Il Reato Asociativo*, p. 12.

ble exigencia: a) La de tutelar bienes de trascendencia social y constitucional, sin los cuales sería imposible el desarrollo de un Estado de Derecho y el respeto a la dignidad de la persona humana; y b) La de prevenir su lesión interponiendo las medidas más adecuadas¹⁸.

Sin embargo, ello no quiere decir que en el delito de asociación para delinquir se pena la actividad preparatoria del delito fin, sino que lo que se busca es castigar eficazmente, desde la perspectiva político-criminal, las conductas plurales de intervención activa en una asociación,¹⁹ en razón al peligro que generan contra bienes jurídicos, tanto colectivos como individuales. El delito de asociación para delinquir forma parte de una tutela avanzada de la sociedad respecto a la manifestación de la criminalidad organizada, tanto común como política²⁰.

Su configuración en la inmensa mayoría de países de nuestra órbita cultural se justifica en virtud a tres grandes razones.

a) Fundamento psicológico: Reduce las inhibiciones

En un grupo humano cohesionado y en el que se respeta el principio de jerarquía se reducen al mínimo y hasta se eliminan las *inhibiciones* y los factores de evitación del delito, que suelen concurrir cuando se actúa de manera particular²¹. Los mecanismos de inhibición, los niveles de decisión personales se encuentran profundamente recortados por el medio, contexto y las personas en las que el comportamiento se desarrolla.

Si una persona en una situación concreta tal vez hubiera evitado la comisión de un delito, por la existencia de un grupo y su influencia poderosa, recíproca y vertical (asociación criminal) muchas veces se ve compelida y empujada al crimen, pues tiene la confianza y la seguridad de la compañía y solidaridad de los demás integrantes.

¹⁸ Cfr. Id., p. 23.

¹⁹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 191; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 239.

²⁰ Cfr. Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 412.

²¹ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 677.

No sólo se siente parte de un todo, sino que el todo actúa y responde por él en la medida que así se justifica las ventajas de asociarse respecto a las conductas ejecutadas solitariamente. La asociación permite pasar del proyecto a la actuación del proyecto, cumpliendo con la esencia del factor organizativo²².

b) Fundamento organizativo: La mayor peligrosidad

La asociación, desde el mismo momento que implica una necesaria organización, jerarquía, distribución de funciones, estabilidad, permanencia y línea de mando, arrastra también una mejor *planificación* de los fines, métodos y medios que presidirán la actuación del grupo por encima de cualquier individuo concreto²³; en tal sentido, supone una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos de terceros o de la comunidad que la reportada por sujetos e individuos aislados (*mayor peligrosidad de la organización*).

Incluso, no sólo se logra adecuar el comportamiento de cada integrante a los intereses y fines de la asociación en la búsqueda de un determinado objetivo, sino que se garantiza serias medidas de protección, vigilancia y encubrimiento para todos aquellos que la conforman²⁴.

La suma de fuerzas, la intercambiabilidad y la posibilidad de reemplazo inmediato de los ejecutores, la colaboración recíproca y la tendencia a un objetivo común generan un mayor peligro para los bienes jurídicos, aunque dicho riesgo no sea inminente, situación que determina la necesidad de la tutela penal²⁵.

²² Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 897.

²³ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, «Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T XLVIII, Fascículo II, Madrid, Mayo – Agosto de 1995, p. 664; Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 677; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 19; Miguel OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999, p. 640.

²⁴ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 19; Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 662.

²⁵ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 592.

En las actividades humanas la cooperación y asociación de varias personas en búsqueda de un fin común permite una mejor articulación de voluntades y fuerzas al posibilitar el mayor éxito en el logro de las metas²⁶. La reunión de un número plural de personas vinculadas por un objetivo grupal no solo fortalece al ente colectivo y su organización, sino que permite, además, alcanzar las diversas metas individuales y sociales.

La asociación criminal tiene un contenido altamente peligroso para los bienes jurídicos, porque más allá del vínculo asociativo y meramente psicológico está preparada para el desarrollo y ejercicio de una actividad material que es dotada por el factor organizativo que le permite la predisposición de medios e instrumentos con la meta de cumplir sus objetivos²⁷.

c) Fundamento normativo: El mayor peligro para los bienes jurídicos

La futura y eventual *capacidad de actuación* de la asociación criminal, cuando ya no es real y concreta, es mucho mayor que la de un individuo²⁸ (la unión hace la fuerza), en la medida que supone una mejor administración de los recursos, fundada en la división del trabajo, una constante posibilidad de expansión no sólo territorial, sino económica, diversificando y obteniendo los mayores beneficios de las actividades económicas, políticas o sociales a las que se dedica; y en espe-

²⁶ Cfr. Abel CORNEJO, *Asociación ilícita, Ad - Hoc*, Buenos Aires, 1992, p. 38.

²⁷ Cfr. Cristina DE MAGLIE, «Teoria e Prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati - fine», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, 1987, p. 940.

²⁸ Cfr. Thomas WEIGEND, *Op. cit.*, p. 557: «Es una verdad incontestable que los delincuentes que operan en común son más peligrosos que los que actúan aisladamente, porque disminuyen las posibilidades de la víctima de defenderse o de poder evitar un perjuicio»; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 286; José CHOCLÁN MONTALVO, *Op. cit.*, p. 32; Justo LAJE ANAYA, *Comentarios al Código Penal*, Vol. IV, Desalma, Buenos Aires, 1982, p. 21.

cial, la que se relaciona con las circulación, explotación, producción de bienes y servicios²⁹.

El factor organizativo contribuye a cimentar y a aumentar la capacidad de rendimiento de las diversas manifestaciones de voluntad que convergen en un objetivo común, superando los obstáculos que se presenten en la realización del programa³⁰. La asociación aparece como una actividad susceptible de ser considerada como un acto idóneo y suficiente para lograr el resultado que se tiene en la mira.

Su poder, influencia y extensión es mucho mayor, tal como ocurre, por ejemplo, con el tráfico de drogas, prostitución, terrorismo, tráfico de armas y lavado de dinero, hecho que genera un efecto tan igual de corrosivo y grave: la corrupción y la subsiguiente erosión de las bases propias de un Estado de Derecho³¹.

4. ¿La asociación para delinquir se puede considerar como una norma de la parte general?

Según estima un sector de la doctrina penal comparada, que cada vez gana más adeptos, el delito de asociación para delinquir, lejos de ser una figura más de la parte especial, representa un precepto que, pese a su ubicación, posee el carácter de una norma de la parte general, toda vez que su aplicación se extiende a la generalidad de delitos contenidos en la parte especial del C.P. y las leyes penales especiales, sin ninguna clase de restricción en la actual situación legislativa³².

²⁹ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 678: «No es comparable el traficante individual de armas que la organización dedicada al tráfico ilegal a nivel internacional de armas. O el fraude de subvenciones a la Unión Europea cometido por un individuo aislado que el llevado a cabo por una organización. La fuerza logística de la organización terrorista la sitúa en un plano muy diferente del propio terrorista individual».

³⁰ Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 896.

³¹ Cfr. Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 559; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita», en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y Enrique ANARTE BORRALLO, Op. cit., p. 177; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 284; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 297.

³² Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 674, quien sigue a Schroeder.

Dicha caracterización lleva a desestimar la consideración del delito de asociación para delinquir como si se tratara de una infracción contra el orden público, siendo más bien una infracción que no tiene un bien jurídico propio e independiente, ya que aquí se protegerían los respectivos bienes jurídicos que se tutelan en el resto de delitos de la parte especial, de allí que se hable de «delitos contra el Derecho Penal». En efecto, si se asume la materialidad del delito de asociación para delinquir como norma de la parte general, la conclusión inmediata es postular que dicho «delito» no protege ningún bien jurídico propio o particular que no sea el del delito que la organización tienda cometer, máxime si las normas de la parte general no protegen ningún bien jurídico concreto³³.

³³ Cfr. Id., p. 675.

Capítulo II

SENTIDO HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR

1. En un inicio el delito de asociación para delinquir fue utilizado para combatir la *oposición y la disidencia política* y defender la autoridad pública constituida, sin dejar de lado el mantenimiento del monopolio de la violencia por parte del Estado. Las amenazas que recibía el Estado procedían de grupos que de manera secreta o pública atentaban contra la base del Estado y el sistema político imperante, buscando imponer una determinada ideología o un nuevo gobierno. De esa fecha proviene el nacimiento y desarrollo de los delitos contra la tranquilidad pública y la ubicación de la asociación para delinquir dentro de los delitos contra la paz pública, junto a las infracciones de alta traición, rebelión, etc.³⁴.

El contexto sociológico que favoreció la expansión de esta corriente fue la profunda y preocupante inestabilidad política que reinaba en Europa en el siglo XIX como el tránsito de las antiguas monarquías al Estado liberal y su alternancia en búsqueda de recuperar el poder durante un apreciable lapso de tiempo. De esta época data el desarrollo y auge del Derecho Penal político, orientado a la represión de los opositores al régimen que ponían en peligro la seguridad interior y

³⁴ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 14; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 287.

exterior del Estado³⁵. El Derecho Penal era utilizado como una herramienta eficaz para luchar contra la disidencia y oposición política, hecho que perduró en muchas ocasiones hasta muy entrado el siglo XX.

No faltan en la actualidad quienes suscriben el carácter eminentemente político del delito de asociación para delinquir y su aplicación alrededor de la vulneración y abuso de los derechos constitucionales, que difícilmente debe llevar a una extensión de su ámbito de cobertura, v. gr., los delitos cometidos en el seno de una persona jurídica³⁶; dado el eminente perjuicio que representa para el respeto de la libertad de actuación de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

Sin embargo, como oportunamente se afirma, el delito en mención no solo se aplica al ámbito político o a las infracciones que tienen que ver con la tranquilidad pública, sino que posee un alcance mucho más amplio y vasto en la medida que comprenden a cualquier delito proyectado por la organización criminal, sea o no de naturaleza política³⁷.

Por otro lado, una cosa es que en un delito de asociación para delinquir se haya vinculado de alguna forma a la lucha por la conservación del Estado y de la forma de gobierno –de allí que haya ostentado un carácter marcadamente político– y otra muy distinta es que su campo de acción no pueda ampliarse o sea incapaz de servir como instrumento útil en la lucha contra las nuevas formas de delincuencia que se gestan en la sociedad industrial y post industrial.

2. Posteriormente con el desarrollo y evolución de las sociedades aparecieron nuevos problemas y nuevas formas de criminalidad asociada. Una de ellas –tal vez la más importante– fue la insurgencia de *grupos terroristas* radicales que entraron al escenario de muchos países de Europa y América Latina en la década del 60 y 70, y que en el caso del Perú su efecto devastador se prolongó hasta muy avanzada la últi-

³⁵ Véase Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 649.

³⁶ Véase Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., p. 182 y ss.

³⁷ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 9 y 10.

ma década del siglo XX (Sendero Luminoso, MRTA)³⁸. En esta época se gestó una muy importante, frondosa y a veces contradictoria legislación antiterrorista, entre cuyos puntos y aspectos centrales estaba el delito de asociación para delinquir, que pretendía combatir a grupos secesionistas que buscaban la independencia de un determinado territorio o a grupos de izquierda o derecha de origen nacional o extranjera, v. gr., el art. 5º del D. Leg. Nº 46.

3. Con la superación –o a veces camuflaje– de los problemas del pasado y la configuración de nuevas encrucijadas sociales y económicos, el gran centro de aplicación del delito de asociación para delinquir es constituir una herramienta útil y adecuada en la lucha contra la más grave y principal forma de delincuencia del presente: la criminalidad organizada³⁹, que pese a no revelarse como un fenómeno nuevo y de reciente data, marca el signo de la evolución social y del Derecho Penal en el tiempo presente y futuro en las diversas naciones del orbe.

El crimen –al menos el más grave y de más devastadoras consecuencias económicas, sociales y políticas– no es el crimen individual, sino aquel que se perfila a través de la creación y expansión de estructuras criminales complejas que a manera de una empresa y de una necesaria organización expanden sus tentáculos hacia las diversas zonas y actividades económicas (producción, distribución y consumo) de la sociedad actual. El paradigma del fenómeno criminal ya no es la microcriminalidad, v. gr., el carterista, el asesino, el estafador, etc. sino la existencia de organizaciones (macrocriminalidad) cuyos fines de lucro, ganancia y poder a toda costa son cada vez más amplios y corrosivos que terminan por socavar la existencia de la sociedad y los principios y valores básicos de un Estado de Derecho.

Ya no estamos ante una criminalidad de puros ejecutores o de sujetos que actúan por su cuenta y riesgo, sino ante organizaciones con claras y nítidas disciplinas y metas corporativas, que con una maquinaria de recursos eficientes, con una línea jerárquica y con una capacidad de actuación que no dudan apelar al crimen y a la corrupción

³⁸ Cfr. Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 288.

³⁹ Cfr. Id., p. 289.

para lograr sus objetivos. La determinación de la responsabilidad penal se ha vuelto más compleja, exigiéndose a la dogmática, si quiere todavía prestar un servicio útil la elaboración de nuevas categorías e instituciones, el perfeccionamiento de las ya existentes⁴⁰ (mecanismos de imputación objetiva, autoría y participación, la instauración de nuevos mecanismos sancionatorios etc.).

⁴⁰ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, p. 652; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, p. 284.

Capítulo III

EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

I. Reconocimiento

El derecho de asociación es un derecho fundamental que no tuvo desde el principio un reconocimiento expreso en los textos políticos liberales como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano o la Constitución Federal Americana⁴¹.

Su aparición en el constitucionalismo contemporáneo se produjo a inicios del siglo XX, cuando se reconoció la legitimación democrática como fundamento del Estado⁴². De la prohibición inicial, pasando por la tolerancia, se terminó por considerar al derecho de asociación como una pieza esencial en la organización del Estado.

2. Fundamento

Dos de las exigencias más importantes de la democracia liberal –respeto a la dignidad de la persona humana y participación político

⁴¹ Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 381.

⁴² Cfr. JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 7 ed., Madrid, 2000, p. 459; JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 351.

social—requieren que haya oportunidad para que los individuos puedan reunirse y asociarse⁴³.

El derecho a asociarse es una libertad política fundamental que hace referencia a la participación del individuo en el proceso político. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre elevó el derecho de participar en el gobierno —en palabras de Loewenstein⁴⁴— a la categoría de «derecho fundamental clave y decisivo en un orden social libre».

a) Fundamento político-democrático

El Estado Democrático es un Estado de partidos que nace con el ejercicio del derecho a reunirse y a asociarse. La participación política en las democracias actuales se hace efectiva a través del derecho de asociación⁴⁵ en la medida que ella permite la discusión de ideas, propuestas y principios en el plano de la decisión democrática⁴⁶, fomentando el pluralismo político que supone el reconocimiento de grupos y formaciones sociales entre el individuo y el Estado⁴⁷.

Hay pluralismo cuando determinadas personas forman una asociación bajo objetivos comunes y una adecuada organización⁴⁸. La economía contemporánea no se entiende sin el ejercicio del derecho de sindicación que presupone el derecho de asociarse⁴⁹. La sentencia del

⁴³ Cfr. Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992; p. 335.

⁴⁴ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, 2 ed., Barcelona, 1976, p. 391.

⁴⁵ Cfr. Id., p. 391; Joaquín GARCÍA MORILLO, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 286.

⁴⁶ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 338 y 339.

⁴⁷ Cfr. Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, 3 ed., Madrid, 1999, p. 404.

⁴⁸ Cfr. Karl LOEWENSTEIN, Op. cit., p. 425.

⁴⁹ El art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe:

Tribunal Constitucional español Nº 3/1981 ha reconocido que un partido político es una forma particular de asociación.

El derecho de asociación constituye la vía idónea para garantizar la participación del individuo en los asuntos públicos y en las diversas actividades sociales⁵⁰, permitiendo un gobierno representativo o un control adecuado de la cosa pública. Representa una de las libertades públicas fundamentales, base del sistema democrático.

b) Fundamento en la dignidad de la persona humana

La participación en la formación de grupos sociales es vista por la sociedad y el derecho como un instrumento indispensable para la realización íntegra de la persona humana en la medida que contribuye al libre desarrollo de la personalidad.

En virtud al derecho de asociación se permite al ciudadano la posibilidad de realizar aquellos aspectos de la personalidad que individualmente no podrían realizarse, o se concretarían solo en parte o con gran dificultad. La asociación es vista como la proyección del hombre y como un instrumento para su plena realización y no tiene más límite que no sean los previstos para el ciudadano. Por ello la libertad de asociación es plena e incondicional⁵¹, siempre que se configure dentro de los parámetros de legitimidad constitucional y legal y de respeto a la libertad de los demás⁵².

Por otra parte, el derecho de asociación potencia al máximo la dignidad de la persona humana al permitir desarrollar bajo una misma organización los planes y objetivos comunes⁵³. En una sociedad com-

«Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.»

⁵⁰ Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 381.

⁵¹ Cfr. GIUSEPPE SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 5 ed., Padova, 1997, p. 11 y ss.

⁵² Cfr. MARIO VALIANTE, Op. cit., p. 18.

⁵³ Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, Op. cit., p. 335 y ss.

pleja como la presente es muy difícil que el individuo logre sus metas y desarrolle personalidad prescindiendo de asociarse. Es necesaria la integración con otros individuos en la realización voluntaria de un plan común. Esta relación con la dignidad de la persona humana ha sido valorada positivamente por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 1027-2004-AA/TC, donde se ha señalado que:

«[...] así como la persona humana tiene el derecho de desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar los medios que se ha propuesto, tiene también el atributo de unirse con algunos o muchos de sus semejantes para satisfacer los intereses comunes de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole que determinen sus conductas en mutua interferencia subjetiva».

3. Titularidad

El derecho fundamental de asociación es una facultad que se reconoce a todas las personas y no sólo a los ciudadanos peruanos⁵⁴. Sin embargo, dicha titularidad no implica que su ejercicio tenga las mismas condiciones y presupuestos⁵⁵.

El Estado peruano puede imponer ciertas limitaciones derivadas de la naturaleza de las cosas, y cuando las circunstancias lo ameriten, a la asociación de ciudadanos extranjeros en el Perú, v. gr., por razones de seguridad nacional, seguridad pública, la protección a la salud, la defensa del orden constitucional⁵⁶, etc.

⁵⁴ Cfr. Joaquín GARCÍA MORILLO, Op. cit., p. 289; Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 460; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 381; Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, Op. cit., p. 351.

⁵⁵ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 460.

⁵⁶ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 339; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 387.

El art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe:

«El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás».

4. La libertad de asociación en sentido positivo y en sentido negativo

La doctrina y la jurisprudencia comparada reconocen un contenido positivo y negativo del derecho de asociación⁵⁷.

a) La libertad de asociación en sentido positivo

En *sentido positivo* el derecho de asociación se presenta como la libertad que tienen las personas de asociarse con quien mejor les parezca para realizar cualquier actividad humana (cultural, política, social, etc.), sin que los poderes públicos o los particulares puedan impedirlo.

El Tribunal Constitucional peruano ha declarado en la sentencia recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC que: «Dicha facultad se erige como una manifestación de la libertad personal dentro de la vida coexistencial, a efectos de que las personas se unan para realizar una meta común». Vulnera este derecho fundamental el condicionar la conservación del empleo a la pertenencia a una determinada asociación⁵⁸ (sindicato).

aa) Exclusión del fin económico

Algunos autores excluyen, con razón, como derivado del derecho de asociación, a las agrupaciones humanas permanentes cuya finalidad es económica o lucrativa (sociedades mercantiles), por considerar que dicha condición se subsume más bien dentro de los parámetros de la libertad de empresa⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RIVAS, *Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 152; Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 462; Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 339; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 387; Joaquín GARCÍA MORILLO, Op. cit., p. 286; Enrique ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 404; Néstor Pedro SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, T II, Astrea, 3 ed., Buenos Aires, 2001, p. 503.

⁵⁸ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 340.

⁵⁹ Cfr. Joaquín GARCÍA MORILLO, Op. cit., p. 286.

Esta tesis ha sido reconocida expresamente por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC cuando admite el *fin altruista* señalando que: «los objetivos que permitan aunar voluntades en una misma dirección se caracterizan por el desapego a la obtención de ventajas o beneficios económicos. En ese sentido, la finalidad asociativa no puede sustentarse en la expectativa de obtención de ganancias, rentas, dividendos o cualquier otra forma de acrecentamiento patrimonial de sus integrantes», para luego matizar correctamente que: «la prescripción de una finalidad lucrativa no impide que la asociación pueda realizar actividades económicas; ello en la medida en que, posteriormente, no se produzcan actos de reparto directo o indirecto entre los miembros de la asociación. En consecuencia, dicho principio no riñe con políticas de obtención de ingresos económicos destinados a la consecución del fin asociativo».

ab) Contenido

Se trata de una libertad individual, pero de ejercicio concertado⁶⁰, que se basa en la autonomía de la voluntad⁶¹. Su contenido es variado y abarca: a) El derecho a fundar y participar en la asociación; b) El derecho a establecer la propia organización del ente; c) El derecho de incorporarse voluntariamente a cualquier asociación; y c) El derecho a desarrollar la acciones concretas o la actividad necesaria en la asociación⁶².

ac) Límites

El derecho de asociación condiciona la posibilidad de ingreso a la aceptación del candidato por parte de los miembros o al cumplimiento de ciertas condiciones fijadas previamente en el estatuto⁶³. Sin em-

⁶⁰ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 462.

⁶¹ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 336.

⁶² Véase FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 384. Ampliamente, también la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

⁶³ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 336.

embargo, este derecho no es absoluto ni irrestricto sobre todo cuando se atenta contra los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución,⁶⁴ v. gr., se prohíbe en una asociación la admisión de miembros mujeres (igualdad de sexos) o se prohíbe una asociación de estudiantes por sus antecedentes⁶⁵.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que dichos límites están dados por los principios de *razonabilidad* y de *no discriminación*, derivados de la *dignidad de la persona humana*⁶⁶.

La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir sus fines sociales y quienes ingresan se entiende que conocen las normas estatutarias a las que quedan sometidos.

Sin embargo, la asociación, o uno de sus órganos, no puede obligar a sus miembros a ser accionistas o copropietarios, porque de otra manera se terminaría vulnerando la libertad de contratación⁶⁷. En cambio, en el caso de asociaciones compulsivas, v. gr., colegios profesionales, sí es permitido imponer determinadas cargas públicas, v. gr., el control y pago de la matrícula.

ad) Características

Las características de constitución formal y permanente son las notas que distinguen el derecho de asociación del derecho de reunión que sólo tiene una existencia limitada y episódica en el tiempo⁶⁸, por más que la reunión se pueda repetir. Mientras que la reunión se encuentra premunida de la nota de informalidad, la asociación supone un

⁶⁴ Cfr. Néstor Pedro SAGÜES, Op. cit., p. 503.

⁶⁵ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 466; Carlos Santiago NIÑO, Op. cit., p. 338.

⁶⁶ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

⁶⁷ Cfr. Néstor Pedro SAGÜES, Op. cit., p. 503.

⁶⁸ Cfr. Enrique ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 404.

cierto grado de formalidad en cuanto requiere un acuerdo expreso de voluntades y una identificación definida de sus objetivos⁶⁹.

La Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC ha fijado como principales características del derecho de asociación:

- a) Existencia del derecho de asociación como un atributo de las personas naturales o jurídicas a asociarse libremente, sin autorización previa y con arreglo a la ley, con el objeto de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.
- b) El reconocimiento de la garantía institucional de la asociación como forma de organización jurídica (véase caso 33 *Congresistas vs. Congreso de la República*, Expediente N° 004-96-I/TC).

La asociación, organizada a través de una persona jurídica, se constituye con una pluralidad de sujetos en relación coexistencial cuyo propósito es la consecución de determinados fines consensuados.

Ello implica una acción de juntamiento con carácter estable a plazo determinado o indeterminado, según la naturaleza y finalidad del acto asociativo.

- c) Operatividad institucional conforme a la propia organización del ente creado por el acto asociativo; la cual, si bien se establece conforme a la voluntad de los asociados, debe sujetarse al marco de la Constitución y las leyes, las que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollan y regulan.

La organización debe establecerse en el estatuto de la asociación y debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley».

ae) Manifestaciones de la libertad de asociación positiva

La vertiente positiva del derecho de asociación tiene a su vez dos manifestaciones: la libertad de vincularse con otras personas y la libertad de optar por un modelo organizativo propio y libre dentro de la orga-

⁶⁹ Cfr. Joaquín GARCÍA MORILLO, Op. cit., p. 286.

nización. Por tanto, no sólo se tiene el derecho a asociarse, sino la libertad de elegir cómo asociarse, definiendo la estructura interna de la asociación. Hay, entonces, un derecho a la *autoorganización* que se ejerce con el establecimiento de los órganos que se encargarán de manifestar la voluntad y las normas de conducta que regirán su actuación social⁷⁰.

El derecho a la autoorganización debe garantizar en todo momento el ejercicio de los derechos fundamentales⁷¹, no siendo legítimo un derecho a la autoorganización que prescinda, por ejemplo, del debido proceso o la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

af) El principio de autoorganización

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el principio de autoorganización de la asociación al señalar que:

«permite encauzar el cumplimiento de los fines y demás actividades derivadas de la constitución y funcionamiento de una asociación de la manera más conveniente a los intereses de las personas adscritas a ella.

En ese sentido, el estatuto de la asociación debe contener los objetivos a alcanzarse conjuntamente, los mecanismos de ingreso y egreso, la distribución de cargos y responsabilidades, las medidas de sanción, etc.⁷²».

La asociación no sólo crea un vínculo jurídico, sino un deber moral de solidaridad y respeto recíproco basada en la confianza y la adhesión a los fines asociativos.

b) La libertad de asociación en sentido negativo

En *sentido negativo* el derecho de asociación reconoce la facultad de desafilarse o renunciar a la asociación⁷³. Asimismo, en su aspecto más

⁷⁰ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 463; Enrique ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 405.

⁷¹ Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 392.

⁷² Véase la sentencia recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

⁷³ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 338.

importante se rechaza la configuración de un deber u obligación de pertenecer a una asociación, que de existir supondría un peligro irrefrenable para el Estado democrático y contravendría los principios constitucionales básicos referidos al respeto de la dignidad de la persona humana y la autonomía de la voluntad⁷⁴, salvo que *excepcionalmente* se trate de cumplir con un fin o interés público absolutamente necesario para la convivencia social⁷⁵.

El art. 20. I de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: «Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación». Una asociación coactiva u obligatoria difícilmente puede reputarse como una verdadera asociación⁷⁶. Como reconoció la Corte Suprema de Argentina en el caso *Outon*: «la afiliación compulsiva frustra la libertad de agremiación y puede ser la base de un odioso sistema de sumisiones y preeminencias ilegítimas⁷⁷».

ba) Excepcionalidad de la asociación compulsiva. Las entidades de Derecho Público

La pertenencia a asociaciones forzosas de manera excepcional viene reconocida en un Estado Social Democrático y de Derecho cuando es necesaria la intervención en sectores de la vida social para satisfacer

⁷⁴ Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 384; CARLOS SANTIAGO NINO, Op. cit., p. 336; JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA, Op. cit., p. 351; ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 404.

⁷⁵ La jurisprudencia española ha establecido tres criterios mínimos de derecho de asociación en sentido negativo:

- No puede quedar afectado el derecho de asociación en sentido originario.
- El recurso a la afiliación obligatoria no puede ser convertida en una regla, sin alterar el sentido de un Estado Social y Democrático de Derecho.
- La afiliación obligatoria debe encontrar justificación en causas de indiscutible interés público

Ampliamente, JAVIER PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 469.

⁷⁶ Cfr. JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, Op. cit., p. 287; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 384; ENRIQUE ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 404.

⁷⁷ Véase CARLOS SANTIAGO NINO, Op. cit., p. 348; NÉSTOR PEDRO SAGÜES, Op. cit., p. 503.

y conseguir determinados fines públicos de innegable relevancia constitucional,⁷⁸ v. gr., el caso de los colegios profesionales.

La afiliación forzosa debe contar con una base directa en los mandatos constitucionales⁷⁹ y debe ser compatible con un manejo asociativo democrático, pluralista y transparente⁸⁰.

Según se reconoce, la «asociación compulsiva» sólo es compatible con la Constitución respecto a entidades de Derecho Público, excluyéndose en el campo de las relaciones privadas⁸¹. El ingreso a ciertas entidades, v. gr., Colegio de Abogados, no es tanto un acto voluntario, sino una suerte de carga pública o servicio personal⁸².

5. El derecho disciplinario sancionatorio en las asociaciones. El debido proceso

Desde el punto de vista jurídico-político, el derecho de asociación también comprende la posibilidad de aplicar sanciones o medidas contra los socios; o llegar, incluso, hasta la sanción más drástica: la expulsión,⁸³ si es que se atenta contra el pacto social y se incurre en las causales previstas en el estatuto, respetándose, claro está, la justicia y el debido proceso⁸⁴.

La doctrina consolidada del Tribunal Constitucional peruano ha establecido, para garantizar la legitimidad de los socios, las siguientes premisas:

⁷⁸ Cfr. Enrique ÁLVAREZ CONDE, Op. cit., p. 405. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

⁷⁹ Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, Op. cit., p. 386.

⁸⁰ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 338.

⁸¹ Véase la sentencia recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC con cita expresa a Néstor Pedro SAGÜES, Op. cit., p. 502.

⁸² Cfr. Id., p. 502.

⁸³ La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

⁸⁴ Cfr. Carlos Santiago NINO, Op. cit., p. 338; de manera expresa: la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

- a) «(...) las garantías del debido proceso –y los derechos que lo conforman (...)– resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha contemplado la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión (...)». (Caso Flor de María Gonzáles de Rojas y otros, Exp. N° 1414-2003-AA/TC).
- b) Se debe garantizar el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, previsto por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. (Caso Juan César Valencia Campoverde, Exp. N° 484-2000-AA/TC)
- c) Sólo se puede excluir a un asociado por causales establecidas en el estatuto. (Caso Francisco Hipólito Beltrán Ramos, Exp. N° 083-2000-AA/TC).
- d) Los hechos imputados a los asociados, como causales de exclusión, deben ser acreditados por la asociación. (Caso Flor de María Gonzáles de Rojas y otros. Exp. N° 1414-2003-AA/TC).
- e) El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, ésta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo. (Casos: Francisco Hipólito Beltrán Ramos, Exp. N° 083-2000-AA/TC; Flor de María Gonzáles de Rojas y otros. Exp. N° 1414-2003-AA/TC; Edwin Quispe Huamán, Exp. N° 1612-2003-AA/TC).
- f) No se podrá sancionar a un asociado dos veces por los mismos hechos. En tal sentido, si se le suspende, no se le podrá excluir posteriormente por la misma causa. (Caso Francisco Hipólito Beltrán Ramos, Exp. N° 083-2000-AA/TC) »⁸⁵.

6. Control jurisdiccional del derecho a asociarse

Las asociaciones sólo pueden ser disueltas por un mandato escrito y motivado del juez. Una autoridad administrativa no puede afectar

⁸⁵ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 1027-2004-AA/TC.

un derecho constitucional por más grave, ilegal y perturbador que sea el hecho cometido al amparo de la organización⁸⁶.

El control jurisdiccional es una reacción frente a las intervenciones arbitrarias provenientes del Poder Ejecutivo o el gobierno de turno y constituye la conservación del contenido esencial del derecho de asociación⁸⁷.

7. Condicionamientos histórico-políticos del delito de asociación para delinquir

Uno de los problemas más importantes que derivan de la formulación típica del art. 317^º del C.P. es el que atañe a la legitimidad constitucional y a la aprobación del test de razonabilidad del delito de asociación para delinquir si es que se lo compara y contrasta con el derecho fundamental, reconocido en la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos referido al derecho de asociación⁸⁸.

La Constitución Política, como todas las constituciones rígidas del mundo, reconoce abiertamente el derecho a asociarse sin establecer más restricciones que el fundar o pertenecer a una asociación que tiene fines criminales⁸⁹. El derecho a asociarse es la característica más importante de la sociabilidad del hombre, siendo el instrumento más eficaz de integración y desarrollo en todos los campos. Es el fundamento de la sociedad civil, constituye uno de los puntos cardinales del sistema democrático⁹⁰ al garantizar el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, en otros casos dicha limitación también nace en determinados tiempos y épocas, generalmente de turbulencia política,

⁸⁶ Cfr. Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, Op. cit., p. 351.

⁸⁷ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 466.

⁸⁸ Al respecto, Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 11 y ss.

⁸⁹ Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 888.

⁹⁰ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 17.

promovida por razones de orden público o la necesidad de garantizar la paz social. Más que reprimir las asociaciones o las reuniones de personas, el Estado limita o prohíbe su ejercicio bajo determinados presupuestos y circunstancias.

En todo caso, la mera prohibición se convierte en la amenaza o imposición de pena efectiva cuando además de concurrir razones de orden público y social la asociación persigue fines abiertamente opuestos al del orden jurídico, transgrediéndose elementales normas de convivencia: las del Derecho Penal.

8. Límites constitucionales a la punibilidad del delito de asociación para delinquir

No hay duda que la norma constitucional establece, en paralelo, que todo lo que se encuentra prohibido al ciudadano está prohibido a la asociación en la medida que el individuo vive en sociedad y es un sujeto asociado. La disposición constitucional impide que la asociación pueda someterse a límites cualitativamente diversos en relación a los impuestos al ciudadano: como este último es libre de actuar respetando la ley penal, también la libertad de asociación implica la necesidad de garantizar el respeto de la ley penal⁹¹. Este mandato impuesto al individuo asume una función de garantía de la libertad de asociación.

La determinación de los límites de licitud penal de la asociación no puede estar desvinculada de la valoración penal de los actos cometidos por el ciudadano común, lo cual significa, en otras palabras, que no es posible introducir un supuesto de asociación ilícita en función a la tutela de intereses cuya ofensa, si es realizada por un individuo, no da lugar a un delito⁹². Todo aquello que puede hacer un

⁹¹ Cfr. Filippo SCUBBI, «Condotta tipica e finalita dell'associazione per delinquere», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, p. 154, en Mario VALIANTE, Op. cit., p. 18.

⁹² Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 890; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 11 yss; Filippo SCUBBI, Op. cit., p. 154.

ciudadano por si solo, sin violar la ley penal, puede ser objeto y fin de la asociación⁹³.

Asimismo, lo que no es permitido a un individuo no puede ser consentido a la asociación⁹⁴. Todo aquello que no está expresamente prohibido por la ley puede realizarse a través del ejercicio del derecho de asociación⁹⁵.

Así, por ejemplo, como no es punible la mera exteriorización de los pensamientos, no puede considerarse delictiva una asociación que tenga como finalidad desarrollar una actividad que consista difundir un determinado pensamiento. Al no existir un delito de opinión no es constitucionalmente legítimo una formulación legal que quiera criminalizar la expresión de pensamiento (u opinión) de una asociación.

En el mismo sentido, si no se castiga penalmente al ciudadano que hace uso de ciertos medios, estrategias, mecanismos o procedimientos, al no tratarse, por ejemplo, de medios violentos, del mismo modo no puede considerarse delictiva una asociación que propende determinados objetivos a través de medios lícitos o utilizando procedimientos democráticos, v.gr., el ejercicio del derecho de huelga, protestas, etc. Incluso, el hecho que se realicen proyectos o se obtengan ventajas injustas, sin cometer delitos, es una conducta que puede ser ilícita desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico, mas no puede hallarse proscrita por el Derecho Penal⁹⁶.

En esta línea, el fundamento de punibilidad de las organizaciones terroristas no tanto reside en la disidencia ideológica o en la discrepancia que se asume con el Estado, sino en el empleo de medios delictivos (violentos) con el fin de subvertir el orden democrático. El objetivo de la alteración del orden constitucional y democrático se lo-

⁹³ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 181; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 12 y 13; Mario VALIANTE, Op. cit., p. 18.

⁹⁴ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 18.

⁹⁵ Cfr. Javier PÉREZ ROYO, Op. cit., p. 463.

⁹⁶ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 14.

gra a través de fines «instrumentales» con el empleo de conductas criminales violentas.

Desde la perspectiva garantista se debe analizar el significado del límite constitucional del derecho de asociación, toda vez que de la mayor o menor extensión de tales límites depende la verificación de la conformidad a la Constitución de la norma que incrimina y castiga determinadas formas del delito de asociación para delinquir.

Capítulo IV

BIEN JURÍDICO

A nivel de la doctrina penal y el Derecho Comparado surgen diversos planteamientos que buscan explicar de manera satisfactoria el bien jurídico protegido en el delito de asociación para delinquir. Entre los más comunes tenemos:

I. El abuso del derecho de asociación

a) *Exposición*

Este planteamiento, ahora minoritario en el Derecho Comparado, estima que el objeto de protección en el delito de asociación para delinquir es cautelar el recto ejercicio del derecho de asociación. El delito buscaría reprimir el ejercicio abusivo e ilícito de este derecho constitucionalmente consagrado⁹⁷.

⁹⁷ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (Parte Especial)*, Tirant lo Blach, 12 ed., Valencia, 1999, p. 787; José María TAMARIT SUMALLA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Director: Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1447; Francisco Javier PUYOL MONTERO, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (Coordinador: Cándido Conde - Pumpido Ferreiro), T III, Trivium, Madrid, p. 4540; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., p. 179; Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho Penal (Parte Especial)*, T II, Vol I, Bosch, 14 ed., Barcelona, 1980, p. 73; Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Ariel, 2 ed., Barcelona, 1991, p. 328; José María RODRÍGUEZ DEvesa y Alfonso SERRANO GÓMEZ, Op. cit., p. 748; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1958, p. 22.

Se parte de la premisa que es posible abusar de la facultad de asociación, de tal manera que el precepto en el que se regula el delito en cuestión sirve para precisar las asociaciones que por salir del ámbito en el que puede desarrollarse legítimamente son consideradas ilícitas (*Groizard*).

Esta tesis nace con el apogeo de las ideas liberales que se extendieron durante el siglo XIX y que en su acepción moderna estarían en condiciones de presentar al delito de asociación como una infracción contra la Constitución o los derechos fundamentales. No se trataría del ataque a un derecho determinado, sino de un ejercicio abusivo del mismo⁹⁸.

El derecho de asociación es la norma y regla general, mientras que las limitaciones y prohibiciones de ese derecho son la excepción⁹⁹. El ejercicio del derecho a asociarse tiene una vertiente positiva y negativa. En el primer caso, se refiere al derecho de fundar, crear, formar parte e integrar asociaciones. En la segunda hipótesis, alude al derecho de no ser obligado a formar parte de asociaciones en las que no se quiere participar ni a permanecer en ellas contra su voluntad¹⁰⁰.

b) Crítica

No creemos que el bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita sea el llamado derecho de asociación, pues –más allá de incurrir en el error metodológico al confundir derecho subjetivo y bien jurídico– no se repara que en este caso el derecho de asociación se utiliza de forma ilegítima o, mejor dicho, ilícita para levantar una organización con fines criminales.

⁹⁸ Id., p. 21 y ss.

⁹⁹ Guillermo PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal español* (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal), T II, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 714, consideran que el valor protegido en el delito de asociación ilícita es «el derecho de asociación como garantía constitucional. No se trata de un interés de Estado, sino de todos los ciudadanos a no ser limitados en este derecho, salvo cuando la ley, excepcionalmente, lo disponga».

¹⁰⁰ Ampliamente, Id., p. 713.

La adopción de una tesis como la descrita incurre en un círculo vicioso que no explica el bien jurídico protegido de manera satisfactoria dado que confunde dos cuestiones distintas: *cómo* puede afectarse un interés socialmente valioso y jurídicamente reconocido y *cuál* es el bien jurídico lesionado¹⁰¹. Se presta atención a lo primero, pero no a lo segundo. Como señala GARCÍA PABLOS: «Quien se asocia para *matar* no ejerce abusivamente el derecho de asociación, no rebasa los límites de este derecho, sino que actúa fuera de todo derecho, *actúa contra el derecho*¹⁰²».

Asimismo, se pasa por alto que las asociaciones ilícitas penadas por la ley son justamente las que se encuentran fuera de la Constitución y de la ley¹⁰³.

2. La tutela de otros bienes jurídicos de la parte especial y la protección de bienes jurídicos individuales

a) Exposición

Según un sector de la doctrina penal, en el delito de asociación para delinquir se tutelaría los bienes jurídicos amparados por otros delitos de la parte especial. Más que un delito contra el orden público, se estaría frente a un delito que busca prevenir e impedir comportamientos criminógenos, siendo su objeto de protección el mismo bien tutelado por el delito al que la asociación tiende o se dirige¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 127: «No parece correcto afirmar que una asociación que tiene por objeto cometer estafas es ilícita porque sus miembros abusan del derecho de asociación: la asociación es ilícita porque persigue la comisión de delitos y no a la inversa».

¹⁰² Id

¹⁰³ Cfr. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 9 nota 23.

¹⁰⁴ Cfr. ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pp. 647 y 674; LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 293 quien acoge esta postura de lege ferenda: «En realidad tutela los bienes jurídicos que protege el resto de los tipos penales de la parte especial».

El delito de asociación para delinquir no tendría bien jurídico específico y propio, sino que su objeto de tutela sería tomado del delito o delitos que la organización busca cometer; de allí que se lo ubique como una especie de los llamados «delitos contra el Derecho Penal» (F.C. Schroeder) junto al encubrimiento real y personal, la omisión del deber de denunciar ciertos delitos, etc¹⁰⁵.

Así, por ejemplo, si la asociación pretende cometer robos el bien jurídico protegido sería la propiedad, si la organización busca cometer asesinatos el bien jurídico sería la vida. Este punto de vista es asumido —o debería serlo— por todos aquellos que consideran a la asociación ilícita como un acto preparatorio punible.

b) Crítica

Las críticas a este planteamiento no se hacen esperar.

En primer lugar, se destaca que si el bien jurídico protegido es el mismo del delito que se pretende cometer, por aplicación del principio de proporcionalidad y exigencias del principio de justicia material, la pena del delito de asociación para delinquir debe ser siempre menor que la del delito fin, dado que la lesión es más grave que la provocación de una situación de peligro.

En efecto, sería irracional que la preordenación y planificación del delito cuente con una sanción más severa que su misma ejecución y consumación. Aquí hay lugar para dos opciones: a) Se disminuyen drásticamente las penas establecidas para el delito de asociación para delinquir; o b) Se adecua caso por caso la pena del delito de asociación a la pena del delito que se busca cometer como meta del programa asociativo.

En segundo lugar, se censura el hecho que este planteamiento termina exigiendo una *superposición de tutelas* a todas luces innecesaria ya que el bien jurídico cuya protección se pretende reforzar se encuentra tutelado de manera idónea por la respectiva figura delictiva. Si se

¹⁰⁵ Véase Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 675.

toma en cuenta que en el delito de asociación para delinquir se castiga cualquier vínculo asociativo que posea metas criminales, independientemente de si se trata de hechos graves o no, lo que se estaría planteando es una absoluta e indiscriminada anticipación de las barreras de protección de todos los bienes jurídicos del Código Penal y leyes penales especiales¹⁰⁶.

Sería imposible negar que si se adopta esta tesis todos los bienes jurídicos recibirían una doble protección: una por el delito que ya los tutela y otra por el delito de asociación ilícita. Se pasa por alto la misma estructura y naturaleza del delito de asociación para delinquir que se consuma no cuando el delito se ejecuta o se llega a prepararlo, sino cuando existe el vínculo asociativo y éste tiende a la realización de hechos criminales¹⁰⁷.

Finalmente, se recuerda que una tesis como la precitada lo único que logra es borrar de un plumazo la diferencia entre el delito de asociación ilícita y la figura de conspiración para delinquir que tanto trabajo ha costado elaborar, al pretender hacer pasar a una figura de la parte especial como si fuera un mecanismo que sólo castiga la conspiración o el conato de comisión de un delito¹⁰⁸.

3. El orden público y la tranquilidad pública

a) *Orden público: Objetivo y subjetivo*

Otro punto de vista estima que en delito de asociación para delinquir el bien jurídico tutelado es el *orden público*. Dos son las acepciones que se tienen de orden público. Desde el punto de vista *objetivo* denota

¹⁰⁶ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 141; Francisco Javier PUYOL MONTERO, Op. cit., p. 4540: «[...] el hecho de la asociación es anterior a la puesta en peligro de tales bienes jurídicos».

¹⁰⁷ Cfr. Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 284, quien alude al *carácter disfuncional* de esta tesis.

¹⁰⁸ Véase Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 141.

la existencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y el Derecho. Desde la perspectiva *subjetiva* alude al sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social como base de la vida civil. En este último sentido orden público es lo mismo que paz pública¹⁰⁹.

Se considera que en delito de asociación para delinquir únicamente se protege la dimensión subjetiva del orden público¹¹⁰, excluyendo la objetiva, la cual solo aludiría a un dato fáctico de carácter sociológico que no se identifica con el objeto de protección¹¹¹. En la precisión de la vertiente subjetiva de orden público se alude en ocasiones a una «sensación de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, puesto que los individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia¹¹²», y en otras se precisa que la sensación de zozobra no es de cualquier mal que pudiese afectar indistintamente a éste u otro sujeto, sino de males *constitutivos* de delito¹¹³.

b) Orden público y orden jurídico

La noción de orden público se diferencia tanto de la idea de orden jurídico como sistema de normas y entidades como del ordena-

¹⁰⁹ Véase, ampliamente, Giuseppe MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. III., Trad. de Ortega Torres, Temis, Reimp. de la 2 ed., Bogotá, 1985, p. 441.

¹¹⁰ Cfr. Carlos CREUS, Op. cit., p. 103, quien alude a «una específica repercusión en el ánimo de los individuos que forman la sociedad»; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 591, que se refiere a «la opinión de seguridad»; Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, TVI, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 388, alude a la «protección del sentimiento de tranquilidad pública»; Jesús BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Temis, Bogotá, 1965, p. 457, quien, citando a PESSINA, sostiene: «No basta que el orden público permanezca incólume; es necesario que en todos los espíritus permanezca imperturbada la consciencia (sic) de esa incolumidad, y entre los deberes que incumben al Estado está, precisamente, el de proteger tal consciencia».

¹¹¹ Véase José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 169.

¹¹² Carlos CREUS, Op. cit., p. 103.

¹¹³ Así, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 173.

miento estatal¹¹⁴. Sin embargo, no es correcto establecer una relación de extensión entre ambos conceptos como si el primero fuera de mayor cobertura que el segundo¹¹⁵.

La idea de orden público alude en ocasiones a instituciones de carácter constitucional¹¹⁶—no necesariamente políticas, v. gr., la propiedad— que comprenden una serie de principios jurídico-políticos supremos que determinan una organización jurídica concreta¹¹⁷. Sin embargo, esta noción excesivamente amplia de orden público sufre en Derecho Penal una profunda limitación que se reduce a la noción de tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento de la vida civil¹¹⁸.

c) Orden público y tranquilidad pública

Muchas veces en vez de orden público —y ello por la influencia del encabezamiento de la legislación particular que el intérprete comenta¹¹⁹— la doctrina alude a la *tranquilidad pública*¹²⁰ como bien jurídico protegido en esta clase de delitos en el que, a su vez, se incorporan como infracciones a una serie de actos preparatorios tipificados o de figuras accesorias anómalas, vinculadas a la comisión de otros delitos más graves¹²¹. A través de la tutela de la tranquilidad pública no se

¹¹⁴ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 229; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 441.

¹¹⁵ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 590. En contra, Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 455 siguiendo a MANZINI.

¹¹⁶ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 459. En contra, Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 230.

¹¹⁷ Sebastián SOLER, Op. cit., p. 590.

¹¹⁸ Cfr. Id., p. 591: «No se trata de defender la seguridad social misma, sino la opinión de esta seguridad, que, a su vez, en realidad, constituye un factor más de refuerzo de aquélla».

¹¹⁹ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 130.

¹²⁰ Véase Abel CORNEJO, Op. cit., p. 36; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 20; Carlos CREUS, Op. cit., p. 103; Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 388.

¹²¹ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 388.

protege de manera directa bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino formas mediatas de aquellos¹²².

El carácter público de la ofensa al bien jurídico no debe llevar a pensar que siempre la asociación debe ser identificada o reconocida como delictiva por la sociedad, identificándose su alcance, dimensión y estructura. Ocurre que la mayor lesión o puesta en peligro de la paz pública proviene de organizaciones criminales secretas que poseen medios, recursos, ingente material humano para cumplir sus objetivos¹²³.

En este sentido, la tranquilidad pública se define como la «confianza general en el mantenimiento de la paz social¹²⁴» o «la armónica y pacífica coexistencia del ciudadano bajo la soberanía del estado y del derecho¹²⁵», formulación que evitaría la ambigüedad ínsita que se atribuye a la noción de orden público.

Se sostiene que el delito de asociación para delinquir por su propia naturaleza no puede afectar de manera directa e inmediata a una persona en particular y sólo vulnera la tranquilidad de la población que se siente alarmada¹²⁶. Otros autores consideran que el bien jurídico protegido es la *paz pública*¹²⁷.

d) El delito de asociación para delinquir y el derecho peruano

El legislador peruano de 1991, en la regulación del delito de *asociación para delinquir*, ha decidido ubicarlo dentro del capítulo reserva-

¹²² Cfr. Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 2.

¹²³ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 109.

¹²⁴ Así, Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 389.

¹²⁵ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 230.

¹²⁶ Cfr. Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 20.

¹²⁷ Cfr. Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Vol. 3, Atlas, 7 ed., Sao Paulo, 1994, p. 187; Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 122; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 230.

do a los delitos que atentan contra la paz pública y que a su vez integran las infracciones contra la tranquilidad pública (Título XIV), junto a los delitos de *disturbios* (art. 315º), *apología del delito* (art. 316º) y *ofensa a la memoria de los muertos* (art. 318º).

La escasa doctrina penal que se ha pronunciado al respecto considera que la rotulación y encabezamiento del Código Penal revela en este ámbito el correcto bien jurídico¹²⁸.

El Tribunal Constitucional,¹²⁹ en una resolución reciente, abordó la noción de orden público en los siguientes términos:

«El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.»

¹²⁸ Cfr. Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 292 quien recurre a una interpretación sistemática, aunque de lege ferenda sostiene otra postura; Fidel ROJAS VARGAS, «El delito de asociación ilícita en el Código Penal peruano y en la perspectiva jurisprudencial», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, p. 67; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., pp. 286, 287 y 290: «A partir de la ubicación sistemática del precepto comentado en el CP peruano, y atendiendo a la dañosidad social del comportamiento incriminado, debe concluirse que el bien jurídico penalmente protegido está dado por la *tranquilidad y la paz pública*».

¹²⁹ Véase la sentencia recaída en el EXP. N° 3283-2003-AA/TC JUNÍN del 15 de Junio de 2004.

e) Orden público en sentido material y en sentido ideal

Un sector destacado de la doctrina penal –fundamentalmente italiana– alude a una distinción entre *orden público en sentido material* y *orden público en sentido ideal o normativo*¹³⁰.

La noción de orden público en el aspecto material se corresponde con un sentido empírico en la medida que alude a una condición de convivencia pacífica inmune al desorden y la violencia que puede equipararse a la seguridad colectiva y al buen orden exterior¹³¹. No es otra cosa que la convivencia pacífica y la coexistencia de los asociados en paz social (orden público en sentido objetivo) y se identifica al estado de los ciudadanos cuando gozan de tranquilidad y seguridad (orden público en sentido subjetivo)¹³².

Por su lado, el orden público ideal o normativo, más que evocar un estado de facto, supone una entidad ideal constituida por principios y aquellas instituciones fundamentales que permiten la continuidad e inmutabilidad del ordenamiento, equiparándose su sentido al orden legal constituido¹³³. Como la noción de orden público ideal o normativo se encuentra sometida a una serie de objeciones¹³⁴, se plantea como

¹³⁰ Por todos, Giovanni FIANDACA y ENZO MUSCO, Op. cit., p. 460 y ss.

¹³¹ Véase Andrea CASTALDO, «La criminalidad organizada en Italia: La respuesta normativa y los problemas de la práctica», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, Año 7 – Nº 27, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Julho – Setembro de 1999, p. 13: «Según la orientación mayoritaria, la existencia de una asociación orientada a la comisión de delitos es, por sí misma, un fenómeno disfuncional frente a la comunidad social y de allí el obstáculo para su regular funcionamiento».

¹³² Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 186; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 106.

¹³³ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 106.

¹³⁴ Entrás las que se destaca: a) El correr el riesgo que dicha noción sea manipulada interpretativamente, brindando cobertura a intereses diversos que no siempre y de manera efectiva merecen tutela; b) Si se sostiene que el orden público ideal puede constituir un límite general al ejercicio de toda la libertad constitucionalmente garantizada, se termina por introducir arbitrariamente un límite no previsto en la Constitución; c) Existe el peligro manifiesto de castigar el simple disenso y la manifestación discrepante de ideas con los valores recogidos en el ordenamiento jurídico.

bien jurídico protegido el concepto de *orden público orientado según la Constitución*¹³⁵, que entre otras cosas serviría a modo de antídoto contra la posible utilización del instrumento penal como medio de control del disenso político e ideológico, reclamando la interpretación de las diversas infracciones en un sentido capaz de exigir una *dimensión concretamente peligrosa* de cada una de ellas¹³⁶.

f) Orden público y gravedad del programa criminal

El orden público no debe medirse en función a la gravedad del programa criminal o al conjunto de delitos cometidos con anterioridad por la asociación o su concreta dimensión, pues de ser así estarían dejando fuera del ámbito de punibilidad de la infracción a todas aquellas asociaciones que por su característica, estructura y sentido no pueden dañar o siquiera poner en peligro el orden público¹³⁷.

g) Críticas

Si bien se destaca que la caracterización del orden público y su manifestación subjetiva: la tranquilidad pública, ha permitido reflejar que el bien jurídico protegido no se agota en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos singulares o de los intereses amenazados con el programa criminal de la organización¹³⁸, es cierto también que contra esta rotulación se han dirigido severas críticas y cuestionamientos como el que tiene que ver con su notoria imprecisión¹³⁹, indeterminación¹⁴⁰, ambigüedad congénita¹⁴¹, amplitud y

¹³⁵ Por todos, Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 461.

¹³⁶ Id., p. 461 y 462.

¹³⁷ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 186.

¹³⁸ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 137.

¹³⁹ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 590.

¹⁴⁰ Cfr. Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 413.

¹⁴¹ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 388.

equivocidad¹⁴², naturaleza proteiforme, etérea¹⁴³ y escasamente aprehensible¹⁴⁴ que dificulta no sólo la precisión de sus fronteras sino su mismo contenido, situación que lo convierte en una noción impracticable en el área penal¹⁴⁵.

Cuando la doctrina penal contemporánea señala que la noción de bien jurídico sirve de instrumento imprescindible en la interpretación de los tipos penales¹⁴⁶ y en el esclarecimiento de su sentido, no cabe pensar que la idea de «orden público» o «tranquilidad pública» cumpla con tan valioso papel, dado que su ambigüedad, lejos de ser útil para la interpretación, enturbia y perjudica su correcto entendimiento, con el peligro adicional que la fuerza expresiva y amplia del giro determina una aplicación desmesurada y excesiva del tipo penal.

El orden público no constituye un punto de referencia seguro en torno al cual se puede construir la *ratio* de la norma¹⁴⁷. En efecto, el bien jurídico lejos de operar como un límite garantista frente a la expansiva y avasallante intervención jurídico-penal fomentaría una aplicación desenfrenada del delito que de por sí ya es muy amplia.

El orden público no sería otra cosa que una mera ficción que encubre un expediente puramente represivo que carece de cualquier sen-

¹⁴² Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 139.

¹⁴³ Cfr. LEANDRO REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 284.

¹⁴⁴ Cfr. GIOVANNI FIANDACA y ERZO MUSCO, Op. cit., p. 459.

¹⁴⁵ Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 139.

¹⁴⁶ Véase HANS JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, Trad. de Miguel Olmedo Cardenete de la 5ª edición alemana, Comares, Granada, 2002, 26.I.2, p. 275; JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español (Parte General), Nociones Introductorias, Teoría del Delito*, Dykinson, 3 ed., Madrid, 2002, p. 55 y 59; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal (Parte General)*, Reppertor, 6 ed, Barcelona, 2002, 6/44; p. 165; CLAUDIUS ROXIN, *Derecho Penal*, Trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 2/7; p. 55, con precisiones; REINHART MAURACH y HEINZ ZIPF, *Derecho Penal*, T I, Trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson]; Astrea, Buenos Aires, 1994, 19/17, p. 339.

¹⁴⁷ Cfr. CARLO FEDERICO GROSSO, Op. cit., p. 413.

tido material¹⁴⁸. Se observa que difícilmente se puede hablar de una turbación de la paz social o de una alteración del orden público en los casos que la asociación se constituye de manera secreta o clandestina¹⁴⁹ y no ha dado incluso inicio a la ejecución de su programa criminal¹⁵⁰.

Por otro lado, la tesis subjetiva del orden público que prevalece en la doctrina penal latinoamericana es un planteamiento de corte psicológico-sentimental de dudoso valor normativo, que difícilmente refleja la necesaria referencia constitucional o social de todo bien jurídico. Si bien explica en el mejor de los casos el factor político-criminal (preventivo) que determina la punición de la asociación criminal, no constituye una pauta racional coherente que justifica el sentido último de la infracción en la perspectiva del principio de intervención mínima y la necesidad y merecimiento de pena.

Sea el objeto de protección la tranquilidad pública o el orden público, dichas nociones no dan la debida cuenta de la estructura de la asociación para delinquir, ya que ella puede desarrollarse independientemente de si existe o no un estado de alarma, zozobra o tensión en la comunidad, hecho que lleva a sostener que «el legislador ha creado un delito de riesgo en que se presume, sin que quepa argüir lo contrario, una perturbación al orden público como resultado de las acciones incriminadas¹⁵¹», a pesar que no contiene la descripción de un comportamiento inmediatamente perturbador de la tranquilidad pública¹⁵². Se pasa por alto que los estados de ánimo, la sensación de inseguridad, permanente o transitoria, son irrelevantes y en nada influyen en la configuración del objeto de protección¹⁵³.

¹⁴⁸ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 139.

¹⁴⁹ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1151.

¹⁵⁰ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 108.

¹⁵¹ José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 176.

¹⁵² Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1151.

¹⁵³ Cfr. Ampliamente, Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 139: «Si la asociación tiene por objeto *cometer algún delito*, será ilícita, con independencia de que fuese o no conocida, de que pudiese haber despertado alarma».

Más allá de esta forzada presunción, y si se adopta una interpretación vinculada al principio de proporcionalidad, debería reclamarse la restricción de la conducta típica a los casos en los que la asociación criminal por sus trascendencia, dimensión, naturaleza, envergadura o la cantidad de sus miembros está en condiciones de provocar un real estado de alarma y temor en la población; o por lo menos que se encuentre en aptitud e idoneidad de llegar a provocar una situación estado de *shock* y conmoción. De esta forma –quiérase o no– sólo los grupos conocidos, o que poseen dicho impacto social, estarían en condiciones de cumplir con las exigencias de tipicidad del delito, quedando fuera las asociaciones criminales secretas, encubiertas o que no logren causar un estado de alarma.

Frente al argumento que la noción de bien jurídico en el delito de asociación para delinquir vendría dado por el imperativo legal del encabezamiento donde el delito se ubica, hecho que llevaría a sostener que el objeto de protección inmediato es la paz pública y el bien jurídico mediato la tranquilidad pública, vale recordar que la elección de un determinado encabezamiento o epígrafe por parte del legislador no siempre condiciona el sentido del bien jurídico, más aún cuando dicha elección muchas veces se debe a cuestiones vinculadas a una determinada técnica legislativa, a criterios de conservación de la tradición legislativa o a razones de pura conveniencia y oportunidad¹⁵⁴.

Los criterios sistemáticos, de geografía legal o de ubicación de normas no son más que criterios auxiliares en la interpretación de los tipos penales respecto a los puntos de vista teleológicos a los que siempre se tiende en la construcción del bien jurídico protegido.

No creemos que sea correcto sostener que la referencia legal a *orden público* o *tranquilidad pública* obliguen necesariamente a asumir una postura de *lege lata* en la consideración del objeto de protección¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. José Luis CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal* (Parte General), Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 15 y ss.

¹⁵⁵ En sentido contrario, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 176.

4. La autotutela del poder del Estado

a) Exposición

En la asociación ilícita la acción típica no se dirige contra un bien jurídico individual o particular, sino contra el orden establecido por el Estado y el derecho que tendría la calidad de un bien jurídico *institucional*¹⁵⁶. Se apunta que el objeto de protección lo constituye la *autotutela del poder del Estado*¹⁵⁷ y su primacía como institución política y jurídica que se ve comprometida por la existencia de otra institución (asociación ilícita) que niega los valores que aquél representa al perseguir fines completamente distintos.

Algunos autores remarcan que el objeto de protección es el prestigio y autoridad del poder el Estado. La asociación ilícita es un delito contra el poder del Estado, su imperio y el derecho establecido.

Se trata de un delito de *peligro*¹⁵⁸.

La asociación ilícita es algo más que la reunión de personas o la superposición de voluntades que buscan alcanzar ciertos objetivos. Constituye una institución y una realidad viva que se pone en marcha y su proceder se dirige en sentido contrario a la actuación estatal, creando una situación permanente de agresión o estado de guerra respecto al ordenamiento jurídico¹⁵⁹. A través de la incriminación de las asociación ilícitas, lo que pretende el Derecho Penal es asegurar y proteger

¹⁵⁶ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 142 y ss.

¹⁵⁷ Véase J. C., Carbonell MATEU y T. S. Vives ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, T II, Tirant lo Blach, Valencia, 1996, p. 2012; Bernardo DEL ROSAL BLASCO, *Compendio de Derecho Penal español (Parte Especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 953; Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*, Dykinson, 5 ed., Madrid, 2000, p. 888.

Sin embargo, no faltan quienes como Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 144, señalan que: «La denominación de este bien jurídico es algo secundario, puramente terminológico. No veo inconveniente en utilizar la de: *seguridad del Estado*, siempre que se entienda en la forma expuesta».

¹⁵⁸ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1159; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 186.

¹⁵⁹ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 143.

la institución estatal —en una suerte de *autotutela originaria*¹⁶⁰—, su hegemonía y poder frente a cualquier otra agrupación que pretenda alcanzar fines opuestos a ella y que posee a la postre su propia organización, medios y estrategias.

Las asociaciones criminales desestabilizan las instituciones y constituyen un ataque frontal al poder constitutivo en un sistema democrático al exponer a un grave peligro el ordenamiento político constitucional afectándolo en sus bases últimas¹⁶¹.

b) Crítica

A esta tesis se le critica que si lo que se busca es cargar el acento en la dimensión política del imperio estatal ya no quedaría ninguna diferencia teleológica posible entre la asociación criminal y los *delitos contra la seguridad del Estado*. No es correcto sostener, desde la perspectiva dogmática, según se afirma, que la mera constitución de una asociación cuyo fin es cometer delitos ataque su entidad soberana; en todo caso, este giro sólo representaría una tesis metafórica que desborda la interpretación de las leyes. Tendría un valor más criminológico que dogmático¹⁶².

Por otro lado, se precisa que en la inmensa mayoría de casos la constitución de una organización criminal no va poner en peligro el imperio estatal ni la majestad del derecho, pues se trata de grupos reducidos y de alcance limitado. En el peor de los casos, una asociación, por más recursos, medios y estrategias que tenga, difícilmente va a poder equipararse y estar a la altura del poder estatal.

Asimismo, plantear como bien jurídico protegido a la autotutela del poder del Estado importa la utilización de un aparato conceptual muy vago y poroso en la medida que no se especifica qué aspectos de

¹⁶⁰ Cfr. Id.

¹⁶¹ Así, en Italia para el caso de las asociaciones mafiosas: Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 112.

¹⁶² José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., pp. 161 y 162, quien recuerda que la asociación criminal de dos personas orientada a cometer estafas o hurtos, ni por asomo desafían el poder del Estado, ni en el plano empírico ni en el plano valorativo.

la función estatal se busca garantizar y defender. GUZMÁN DALBORA remarca el hecho que «esta construcción especulativa enmascara, ora una *identificación* completa entre el objeto jurídico y su *sujeto pasivo*, ora una estilizada y amplísima concepción del *orden público*, y, en ambos casos, traduce una opción hermenéutica autoritaria, además, de peligrosa, por sus efectos y el norte políticocriminal que marca para la libertad y seguridad individuales¹⁶³».

Pese a las objeciones que se dirigen contra este punto de vista, creemos en su validez y utilidad para sintetizar el bien jurídico protegido en el delito de asociación para delinquir y su profunda relación con el fenómeno de la criminalidad organizada. No se trata de un bien jurídico de naturaleza individual, sino colectivo que busca defender el orden jurídico y el poder en un Estado de Derecho que se ve amenazado por las asociaciones criminales, independientemente de su gravedad y entidad. Más que un objeto de protección indeterminado o absolutamente vago, sirve para precisar la oposición que marca por un lado la existencia de las organizaciones delictivas y por el otro la vigencia de las normas jurídicas y el poder en un Estado de Derecho.

5. Sujeto pasivo

El *sujeto pasivo* del delito es el Estado como titular del *ius imperium*, que configura el orden social y detenta el monopolio jurídico¹⁶⁴. El titular no es la sociedad, la colectividad¹⁶⁵ o el conglomerado social¹⁶⁶ cuyos criterios valorativos o de estimación sobre lo que es lícito o ilícito puede variar rápidamente y de forma más ágil que los valores tutelados por el Estado y el ordenamiento jurídico¹⁶⁷.

¹⁶³ Id.; p. 166: «[...] la doctrina en examen urde un objeto jurídico inasible, incapaz de substanciar la materialidad de la ofensa implícita en la asociación criminal; ello, sin mencionar las manipulaciones a que podría someterse para hacerlo abarcar intereses indignos de tutela penal, ni excluir que, por los serpentinos derroteros de la autotutela estatal, la asociación criminal remate en el castigo de la disidencia política [...]».

¹⁶⁴ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 144.

¹⁶⁵ Así, Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 188.

¹⁶⁶ Así, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 177.

¹⁶⁷ No obstante, así: Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 187.

Capítulo V

TIPICIDAD OBJETIVA: EL CONCEPTO DE ASOCIACIÓN

I. Noción amplia y restringida de asociación

En la doctrina penal comparada se distingue entre un concepto amplio de asociación y un concepto restringido¹⁶⁸. En el primer sentido, asociación es sinónimo de acuerdo de voluntades, decisión común o simplemente de asociación de hecho. En el segundo sentido, el cual posee mayor rigurosidad jurídica, alude a una agrupación de dos o más personas vinculadas a través de una organización que tiene vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo.

El concepto de asociación se toma en su sentido material –y no estrictamente privado–, de tal manera que abarca a los comités, juntas o grupos que poseen regularidad y permanencia, independientemente de si poseen el carácter público, privado o secreto¹⁶⁹. Aquí no se trata de la participación (instigación o complicidad) en un delito determinado, sino de la intervención en una asociación des-

¹⁶⁸ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 223.

¹⁶⁹ Cfr. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 74.

tinada a realizarlos, al margen de si se ejecutan o no los hechos planeados¹⁷⁰.

La idea de asociación no depende de criterios jurídico-civiles, sino de criterios jurídico penales que parten de las necesidades y fines del Derecho Penal, del bien jurídico protegido, de las exigencias de tutela y la descripción típica de la conducta contenida en la formulación legal¹⁷¹.

2. El delito de asociación para delinquir como delito plurisubjetivo

El delito de asociación para delinquir es un delito plurisubjetivo¹⁷² de convergencia, en el sentido que para realizar la tipicidad objetiva se requiere de una necesaria pluralidad de sujetos y una pluralidad de conductas que, bajo la división de funciones, tienda a un objetivo común. Estamos frente a una pluralidad de sujetos y una pluralidad de conductas dirigidas hacia un fin común¹⁷³. El delito no puede ser cometido por una sola persona. Es un delito necesariamente plural o colectivo¹⁷⁴.

No es que la conducta individual sea dañina *per se*, sino que su significado normativo se observa cuando se la contempla que concurre junto con otras conductas y tiende a un fin criminal. El injusto deriva no

¹⁷⁰ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603; Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 122; Julio Fabbri MIRABETE, Op. cit., p. 189; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 457 y 458; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 296.

¹⁷¹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 183.

¹⁷² Cfr. Alberto CADOPPI y Paolo VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale* (Parte General), Cedam, Padova, 2002, p. 405: «el delito de asociación para delinquir representa el ejemplo paradigmático del delito de concurso necesario»; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1152; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 190; Mario VALIANTE, Op. cit., p. 50.

¹⁷³ Cfr. María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002; p. 51 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 49.

de una acción individual, sino de una estructura compleja que busca realizar un programa delictivo determinado.

El fundamento del delito pluripersonal es doble: en algunos casos el hecho tipificado sería imposible sin la concurrencia de varios sujetos y en otros porque el hecho, aunque sea posible sin la concurrencia de varios individuos, su presencia lo dota de un carácter diverso, recibiendo una valoración distinta¹⁷⁵.

El delito necesariamente plurisubjetivo se configura cuando la misma norma de la parte especial requiere una pluralidad de autores o sujetos activos¹⁷⁶. Lo determinante en un delito pluripersonal de convergencia es que los aportes de los partícipes necesarios sean del mismo tipo y se dirijan en la misma dirección a la consecución de un resultado común, habiendo una suerte de actuación conjunta¹⁷⁷.

La composición de un delito pluripersonal se caracteriza por estos factores: a) El hecho típico supone de forma explícita o implícita una pluralidad de conductas; b) Que dichas conductas pertenezcan a varios sujetos que intervienen libremente y con conocimiento del alcance lesivo de su actuación; y c) Que la puesta en peligro del bien jurídico tenga lugar por la actuación conjunta de modo que todos los intervinientes realicen el mismo delito¹⁷⁸.

Para algunos autores bastaría un acuerdo genérico de voluntades, independientemente de la estabilidad, organización y jerarquía entre sus miembros. Este criterio se basa en el hecho que la ley no realiza alguna exigencia adicional¹⁷⁹. Sin embargo, como recuerda la mejor doctrina, resulta indispensable exigir más que un acuerdo genérico

¹⁷⁵ Cfr. María del Mar CARRASCO ANDRINO, Op. cit., p. 54.

¹⁷⁶ Cfr. Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale (Parte General)*, Cedam, 4 ed., Padova, 2001, p. 572 y ss.; Alberto CADOPPI y Paolo VENEZIANI, Op. cit., p. 386.

¹⁷⁷ Cfr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Universitas, Madrid, 1996, p. 48.

¹⁷⁸ Cfr. María del Mar CARRASCO ANDRINO, Op. cit., p. 57.

¹⁷⁹ En este sentido, Eugenio CUELLO CALÓN, Op. cit., p. 76.

de voluntades, requiriendo, en su lugar, una situación de *estabilidad y permanencia* como una elemental organización tanto en su estructura jerárquica como en la distribución de funciones¹⁸⁰. *Asociarse* significa, en suma, unirse voluntaria y permanentemente para conseguir, con la actuación colectiva, un fin común, sea lícito o no¹⁸¹.

3. Acuerdo y Asociación

La existencia de un acuerdo no significa que haya una asociación¹⁸². La asociación es más que un acuerdo. Es una serie de actos típicos de un número plural de personas que tienden bajo una organización a un fin común. Es una estructura compleja adecuada para lograr un objetivo¹⁸³. El acuerdo de voluntades suele dirigirse a cometer un delito determinado y concreto (conspiración), mientras la asociación busca cometer un género y un número plural de delitos. Por ello, el complot no debe ser equiparado a la asociación ilícita ni a otras agrupaciones humanas en la medida que su único fin es cometer un delito concreto¹⁸⁴ y no tiene un plan o proyecto criminal.

4. ¿Quién puede ser autor del delito de asociación para delinquir?

Autor del delito de asociación para delinquir puede ser cualquier persona¹⁸⁵. La ley no impone ni en el tipo básico ni en el agravado la necesidad de que el sujeto ostente una condición o cualificación espe-

¹⁸⁰ Por todos, ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 224; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 3; J. C., CARBONELL MATEU y T. S. VIVES ANTÓN, Op. cit., p. 2012; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 328. En la doctrina penal argentina: JUSTO LAJE ANAYA, Op. cit., p. 21; CARLOS CREUS, Op. cit., p. 107; SEBASTIÁN SOLER, Op. cit., p. 604.

¹⁸¹ Cfr. JESÚS BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 463.

¹⁸² Cfr. FRANCESCO ANTOLISEI, Op. cit., p. 240.

¹⁸³ Cfr. MARIO VALIANTE, Op. cit., p. 39.

¹⁸⁴ Cfr. JUSTO LAJE ANAYA, Op. cit., p. 23.

¹⁸⁵ Cfr. GABRIO FORTI, Op. cit., p. 1152; SALVATORE ARDIZZONE, Op. cit., p. 190.

cial como ser funcionario público, reincidente, etc. Asimismo, no importa la clase de la organización criminal ni el tipo de programa (agenda) criminal que ostente en el caso concreto, aún cuando desde el punto de vista de la proporcionalidad concreta y la determinación de la pena sea un factor que determine la imposición de una sanción más drástica y elevada.

El hecho que el delito de asociación para delinquir sea un delito común no priva de la posibilidad de que pueda ser cometido por sujetos que ostentan determinadas cualidades como por ejemplo, tener un común una determinada profesión o actividad; o que se encuentren vinculados a una relación funcional con el Estado, v. gr., policías, miembros de las fuerzas armadas, etc.

5. El Requisito de la estabilidad y permanencia

La existencia de la asociación criminal está supeditada a la configuración de un acuerdo criminal que se prolonga en el tiempo entre dos o más personas¹⁸⁶, y es, por tanto, duradero y estable¹⁸⁷. No debe tratarse de una voluntad episódica, efímera y contingente, sino de un convenio que se extiende en el tiempo con el fin de alcanzar sus objetivos. La permanencia no se refiere sólo a mantener la decisión del acuerdo criminal, sino a prolongar el número mínimo de asociados, la organización adecuada y el plan delictivo delineado en sus aspectos fundamentales¹⁸⁸.

Se sostiene –intentando ensayar una diferencia entre las características de permanencia y estabilidad de la asociación ilícita– que mientras la estabilidad hace referencia a la estructura y base de la asociación¹⁸⁹, la permanencia alude al grado de adhesión y pertenencia de los miembros con la empresa criminal¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 22.

¹⁸⁷ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1154; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 183; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 240; Mario VALIANTE, Op. cit., p. 61.

¹⁸⁸ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 61.

¹⁸⁹ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 22.

¹⁹⁰ Así, Abel CORNEJO, Op. cit., p. 44.

El requisito de la estabilidad y duración de la asociación ilícita no debe llevar a pensar que la ley exige un determinado lapso de tiempo de modo fijo, inflexible o absoluto,¹⁹¹ v. gr., un año, cuatro meses, ochenta días, etc., para que el delito se entienda cometido.

Dicha condición debe interpretarse en un sentido abierto y teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto como si el transcurso de tiempo fuera necesario –como efectivamente lo es– para que la asociación pueda organizarse, distribuir funciones entre sus miembros y lograr desplegar alguna clase de actividad, aunque ésta no sea necesariamente criminal.

La estabilidad y duración pretende reflejar la existencia de la asociación en el tiempo, precisando la necesidad que esta no posea un carácter efímero, episódico o circunstancial a modo de una conspiración para delinquir¹⁹². De allí que la existencia del mencionado requisito adquiera una importancia *negativa* en la medida que excluye a las agrupaciones que tengan fines delictivos circunstanciales, no trascendentes. Empero, la estabilidad y duración de la asociación no implica que esta posea un carácter perpetuo o una duración completamente indefinida¹⁹³.

Sólo el requisito de la permanencia permite el desarrollo gradual y adecuado del programa criminal. Sin esta característica todos los demás requisitos y elementos del delito carecerían de sentido¹⁹⁴.

¹⁹¹ Véase la sentencia 134 de la casación italiana del 12 de Enero de 1990 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, *Codice Penale. Annotato con la Giurisprudenza*, Edizioni Giuridiche Simona, Napoli, 1998, p. 981, quien considera que: «[...] el elemento temporal no debe ser considerado como esencial [...], siendo suficiente un desarrollo de la actividad asociativa en un breve período».

¹⁹² Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, *Op. cit.*, p. 473; Andrea CASTALDO, *Op. cit.*, p. 13; Juan José GONZÁLEZ RUS, *Op. cit.*, p. 4; Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Ujala JOSHI JUBERT, *Op. cit.*, p. 38; José CHOCLÁN MONTALVO, *Op. cit.*, p. 31; Paulo José DA COSTA JR., *Op. cit.*, p. 122; Julio Fabbrini MIRABETE, *Op. cit.*, p. 189; José MOYNA MÉNGUEZ y otros, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, 5 ed., Madrid, 2000, p. 892; Leandro REAÑO PESCHIERA, *Op. cit.*, p. 297 y 300.

¹⁹³ Cfr. Jesús BERNAL PINZÓN, *Op. cit.*, p. 461.

¹⁹⁴ Cfr. Mario VALIANTE, *Op. cit.*, p. 128.

La permanencia de la asociación no se extingue necesariamente aún cuando gran parte de sus integrantes se encuentren privados de su libertad o estén purgando prisión provisional¹⁹⁵. La situación jurídica, status o calidad personal no es obstáculo para que se predique su permanencia y estabilidad.

El carácter permanente resulta esencial en la configuración del delito de asociación ilícita y es de tal magnitud que si esta falta a pesar que exista la confesión de los imputados acerca de haber llegado a un acuerdo para cometer una serie de delitos, no habrá responsabilidad penal por el delito de asociación ilícita¹⁹⁶. La permanencia es una característica indispensable, pero que debe analizarse según las particularidades del caso concreto y en función a la naturaleza y sentido de los planes, estructura y particularidades de la asociación¹⁹⁷.

La permanencia es una característica que se predica de la asociación criminal y no tanto es un requisito de sus miembros que pueden ingresar, salir voluntariamente o ser expulsados rápidamente¹⁹⁸. La asociación puede tener una regularidad en el tiempo del que difícilmente pueden gozar sus integrantes. La permanencia de la asociación es compatible con la posible contingencia de sus miembros. El concepto normativo jurídico de la asociación es distinto de quienes sean sus miembros.

6. Asociación para delinquir y reunión

Las notas de estabilidad y permanencia propias de la asociación permiten distinguirla claramente de la simple reunión de dos o más personas en la que se pacta la comisión de un delito o de una serie de

¹⁹⁵ Cfr. Id., p. 62.

¹⁹⁶ Cfr. Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 24.

¹⁹⁷ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603, quien alude a que el concepto de permanencia es una noción *relativa*; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 463.

¹⁹⁸ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 62.

hechos punibles¹⁹⁹. No toda reunión, conversación o charla en la que se acuerda la comisión de un delito significa que estamos automáticamente ante una asociación ilícita²⁰⁰. Para que ella exista es necesario una *regularidad y permanencia temporal* de la asociación, más allá de esa sola reunión.

Cuando nos referimos a la estabilidad y a la permanencia en el tiempo de la asociación no pretendemos aludir a que los miembros o integrantes de la asociación siempre deben ser los mismos o que si cambian dicha modificación no debe ser significativa, cuantitativa o cualitativamente hablando. En realidad lo que se pretende resaltar es sólo la permanencia y estabilidad de la asociación en el tiempo –entendida como ente colectivo– más allá de si sus miembros cambian o no o si son sustituidos por otros. No existe problema para admitir la asociación ilícita cuando los integrantes de esta se renuevan completamente.

La idea central de una asociación ilícita se deriva de la existencia de una organización con carácter de institución y con las notas de permanencia y regularidad en el tiempo. Ella no depende de la conservación y regularidad de sus miembros, los cuales pueden mudar constantemente sin que ello implique la alteración o fungibilidad de la asociación criminal.

Si bien la existencia de la asociación se manifiesta y prueba muchas veces a través de las reuniones periódicas o circunstanciales que realizan sus miembros, al mediar una presencia física no hay mayor problema para admitir la existencia de una asociación ilícita cuando los acuerdos, directivas, incorporaciones o aportaciones se llevan a cabo sin ne-

¹⁹⁹ Cfr. Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 461; Giuseppe MACGIORE, Op. cit., p. 71: «Cuando falta el acuerdo y la reunión es completamente accidental, tenemos la *agrupación*»; Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 66.

²⁰⁰ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603; Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 67: «La reunión ocasional donde se trate o considere la formación de una asociación ilícita es fase preparatoria del delito, en la medida que no existe continuidad que dé sentido orgánico y dinámico a la entidad o se agote sin trascender su propia naturaleza de aprestamientos o intentos de conformación».

cesidad que los miembros se reúnan alguna vez²⁰¹, habiten en el mismo lugar²⁰² o incluso se conozcan²⁰³, dado que dicha asociación puede entablar lazos de permanencia y comunicación a través del empleo de procedimientos técnicos como la utilización de la Internet, de la telefonía celular, del fax u otros medios tecnológicos semejantes. Es posible emplear también emisarios o correspondencia²⁰⁴.

Desde el momento que la ley no alude ni condiciona su aplicación a una especial forma, modo, o medio respecto a cómo debe llevarse a cabo el vínculo asociativo, queda claro que hay una serie abierta de posibilidades, entre las que la reunión solo es una de ellas²⁰⁵.

Lo dicho pretende remarcar que para la existencia de la asociación ilícita y la consecuente aplicación del art. 317º del C.P. no es necesario comprobar –como antaño– que sus miembros se hayan reunido alguna vez o que se hayan conocido o posean algún tipo de distintivo o identificación. Por tanto, no toda reunión en donde se planifica la comisión de un delito, o de una serie de hechos punibles, significa que estamos frente a un delito de asociación ilícita o que a falta de una reunión física entre los integrantes del cuerpo criminal faltará la comisión del ilícito en comentario.

Lo único que se debe acreditar de manera fehaciente es que la asociación tenga una vocación de permanencia y de duración en el tiempo²⁰⁶. Y ello de manera autónoma e independiente de si ha existido o no reuniones o si los miembros se han conocido o no.

²⁰¹ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 461.

²⁰² Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 405; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 461.

²⁰³ Cfr. Julio Fabbri MIRABETE, Op. cit., p. 188; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 461.

²⁰⁴ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 43; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 24; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 604.

²⁰⁵ Cfr. Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 461.

²⁰⁶ Cfr. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 450 nota 11.

7. El Requisito de «organización»

La idea central sobre la que reposa el sentido jurídico de la asociación para delinquir es la de «organización»²⁰⁷, concepto normativo²⁰⁸ que no se limita a la ordenación, distribución de funciones entre las personas que la integran, sino que se vincula a la administración y organización adecuada de medios, estrategias y recursos²⁰⁹.

El concepto de organización constituye el núcleo del injusto del delito²¹⁰. En efecto, la asociación ilícita está lejos de ser un conglomerado humano o una simple forma numérica en la que solo basta un concierto más o menos ordenado de voluntades superpuestas entre sí, sin ningún criterio rector o sin un sentido último.

En realidad, ella supone, en su acepción jurídica, una determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar (económicos, sociales, políticos, religiosos, etc.) y una adecuada selección de los medios y procedimientos; para lo cual se dispone de una elemental distribución de funciones—ya que no todos los miembros van a realizar la misma tarea—y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas.

La doctrina y jurisprudencia comparada establecen la necesidad de distinguir entre asociación y grupo, diferencia que no estriba en un punto de vista cuantitativo como el referido al mayor o menor número de integrantes en uno y otro caso, sino más bien a criterios *cualitativos*

²⁰⁷ Cfr. Manuel CANCIO MELIÁ, *Comentarios al Código Penal* (Director: Gonzalo Quintero Olivares), Civitas, Madrid, 1997; p. 1285; Bernardo DEL ROSAL BLASCO, Op. cit., p. 953. En la ciencia penal argentina, Carlos CREUS, Op. cit., p. 108; Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 405. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 450: «Lo que cambia el acuerdo en asociación y lo hace punible es la organización con carácter estable. Sin un mínimo de organización no hay asociación criminosa»; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 190 quien alude a una «organización rudimentaria».

²⁰⁸ Cfr. José CHOCLÁN MONTALVO, Op. cit., p. 31.

²⁰⁹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 184; Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 474 quienes aluden a una «organización de medios y personas»; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 188.

²¹⁰ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1152.

que se relacionan con el grado de estructura y de organización de la asociación. Mientras el grupo sólo exige una pluralidad de personas que se juntan de modo temporal y ocasional, sin una estructura organizativa propia, la asociación requiere una estabilidad y permanencia en el tiempo, una estructura con división de funciones y la imposición de un sistema de reglas de naturaleza disciplinaria que marcan las relaciones de sus integrantes²¹¹.

No hay asociación ilícita que pueda prescindir de una elemental o mínima organización, pues sólo así se logra distinguir de los simples conglomerados humanos o de las simples iniciativas para delinquir en la que participan sin orden y control alguno un número determinado de individuos²¹². La «organización» distingue a la asociación ilícita de la autoría y participación y de la conspiración para delinquir, ya que no basta la intervención de un número plural de personas en la fase preparatoria del delito para que pueda hablarse de asociación²¹³.

La exigencia de la organización es una característica distinta a la existencia del acuerdo, del vínculo y del programa criminal²¹⁴. Puede haber un acuerdo criminal, puede haber un vínculo permanente, pero puede faltar la existencia de una organización.

La gravedad de los métodos, medios (delictivos) y estrategias empleadas por un grupo de personas, por más inclementes y duros que sean, no convierten a éste automáticamente en una asociación criminal. Asimismo, la peligrosidad, inteligencia y habilidad de un grupo de personas no basta para construir el delito de asociación criminal sino cuenta con otros requisitos, v. gr., permanencia, estabilidad, distribución de funciones, idoneidad, etc., para conseguir sus objetivos.

²¹¹ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 24.

²¹² Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 193; Harro OTTO, «Problemes Dogmatiques de Droit penal dans la lutte contre le crimen organise», en *Revue Internationale de Droit penale. Les systemes penaux a l'épreuve du crime organise*, Vol. 68, Association Internationale de Droit penale, Association Internationale de Droit penale, 3 y 4 Trimestre de 1997, p. 613.

²¹³ Así, Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 237; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 450 nota 11.

²¹⁴ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 194.

La idea de organización queda satisfecha cuando la asociación criminal logra establecer una *distribución material de funciones* entre sus miembros²¹⁵ (*plano horizontal*), determinando los deberes y derechos de cada uno de ellos como la actividad que han de cumplir y, además, exista –por lo menos– una elemental *estructura jerárquica* entre los asociados²¹⁶ (*plano vertical*), señalando un cierto mando y rango entre los mismos, ya sea personal o colegiado, y una determinada línea de acción vertical basada en el compromiso, elemental lealtad y obediencia respecto a los acuerdos comunes. Se alude a una distribución jerárquica de funciones²¹⁷.

El concepto de organización es un requisito no escrito del tipo penal, pero que deriva de una interpretación teleológica de la norma, siendo necesario para la relevancia penal de la conducta²¹⁸.

No interesa ni se condiciona la tipicidad a la adopción de una particular forma de organización²¹⁹. La estructura organizativa es la predisposición de medios necesarios para la actuación del programa criminal común²²⁰.

En España la doctrina penal encuentra hasta tres definiciones de organización con la que opera y trabaja la jurisprudencia²²¹. El prime-

²¹⁵ Sin embargo, Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 190 señala que no se exige «una nítida separación de funciones, estatutos, jerarquía».

²¹⁶ Cfr. Harro OTTO, Op. cit., p. 613; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 3; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603; Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 38; José MOYNA MÉNGUEZ y otros, Op. cit., p. 892; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 297.

No consideran la exigencia de una línea o estructura jerárquica, Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558 nota 12: «[...] la existencia de una estructura jerárquica no siempre es un elemento esencial [...]»; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 450, pues «le basta un concierto, de carácter permanente, de intenciones y de acciones»; y la sentencia 10820 de la casación italiana del 8 de Noviembre de 1988 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 981.

²¹⁷ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 240.

²¹⁸ Cfr. Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 417.

²¹⁹ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 240.

²²⁰ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1154.

²²¹ Al respecto, Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 661 y ss.

ro de ellos exige una actuación a partir de un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal y que dificultan la persecución de los delitos cometidos (*concepto propio de organización*).

El segundo asimila la existencia de la organización a la configuración de la coautoría, requiriéndose una decisión común, distribución de funciones y realización conjunta del hecho (*concepto impropio de organización*).

El tercero, por su lado, solo requiere que dos o más personas establezcan un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, sin que sea preciso la existencia de una organización más o menos perfecta. Basta que haya, entonces, una organización elemental²²² o mínima²²³. Sin embargo, no basta el simple apoyo circunstancial (*concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales*)²²⁴. Según JOSHI JUBERT este último concepto de organización, más flexible y abierto, «permite su aplicación aunque no se haya podido probar plenamente la estructura jerárquica, ni la función que corresponde a cada uno de los implicados, pero indiciariamente, por el tipo de actividad llevada a cabo, puede presumirse su existencia²²⁵».

La exigencia de «organización» como requisito ineludible del delito de asociación para delinquir no siempre cuenta con adeptos en la doctrina o constituye una idea generalmente aceptada. Así, por ejemplo, GUZMÁN DALBORA sostiene que queda descartado el hecho que la asociación implique la existencia de una organización —aunque reconoce que la asociación a veces termina constituyendo una organización y que del acuerdo se deriva una distribución del trabajo, con la correspondiente distribución de funciones— argumentando que «no por nada en los Códigos casi nunca se echa de

²²² En la doctrina italiana: Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 417.

²²³ Así, Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 240.

²²⁴ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 663.

²²⁵ Cfr. Id., p. 664.

ver la mención de los jefes o dirigentes, junto a la de los simples miembros²²⁶».

Sin embargo, de aceptarse este planteamiento prácticamente se estaría eliminando el contenido teleológico del delito de asociación para delinquir, fomentando su identificación con las normas que regulan la autoría y participación o la misma conspiración para delinquir. Bastaría la existencia de cualquier conglomerado y grupo humano con fines criminales para establecer la existencia y la tipicidad de la infracción, quebrándose de esta forma un requisito que de manera uniforme y permanente ha venido exigiendo en este ámbito la doctrina y jurisprudencia comparada.

Desde el punto de vista de *lege lata*, más aún a partir de la modificación legislativa producida en nuestro ordenamiento jurídico penal a partir de la Ley N° 28355, del 06 de Octubre del 2004, que introduce la referencia clara a «organización» en sustitución del término «agrupación», no queda duda alguna que se debe exigir necesariamente la concurrencia en cada caso del mencionado requisito sin que sea posible prescindir de él.

El legislador peruano ha introducido un término de contenido más preciso y específico que la anterior referencia legal a «agrupación»; él mismo que tiene una mayor carga semántica que otros vocablos que se emplean en el Derecho Comparado y que aluden, en la mayoría de casos, a una asociación. Dicha elección no debe entenderse casual, carente de valor o intrascendente. Muy por el contrario, refleja la voluntad de dotar a la ley de un significado más técnico, cuyos elementos y requisitos son más comprensibles que si se usaran otros términos, ya que «organización» implica una necesaria distribución de funciones y roles de sus miembros, marca la existencia de una ordenación de medios y recursos, la actuación en base de un plan criminal y a una capacidad lesiva *ex ante*.

Hoy debe quedar claro que no toda agrupación o asociación pueden llegar a constituir una organización criminal.

²²⁶ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 182 y 184.

En otros casos, empero, no faltan quienes no sólo exigen una organización elemental o mínima, sino que reclaman una estructura organizativa de mayor envergadura y complejidad en la distribución de funciones y en la línea jerárquica de mando. Sólo así, se afirma, tendría sentido la elevada punición que se impone al delito en estudio. Por lo tanto, se estaría exigiendo una organización eficiente, minuciosa y más o menos acabada.

No obstante, este planteamiento cuenta con la desventaja de inutilizar el valor práctico del delito, reduciendo su aplicación a los casos graves de criminalidad organizada en las que hay verdaderas organizaciones empresariales del crimen y una segmentación de la distribución de trabajos y de funciones, dejando de lado, y sin punición, a las asociaciones delictivas embrionarias y que sólo cuentan con una rústica y elemental organización, hecho que le resta valor y operatividad al delito y su amplia cobertura que se le reconoce tradicionalmente.

A nuestro entender, más importante que la exigencia de una mínima organización o una organización más compleja, segmentada y eficiente es necesario exigir la *idoneidad* y *aptitud*, necesariamente *objetiva*, de la organización para alcanzar los fines criminales a los que se dirige, asumiendo una perspectiva *ex ante*, valorando los medios, la estructura interna y el contar con los hombres idóneos para realizar sus objetivos²²⁷.

Sólo así se logra entender a la asociación como una estructura de reglas, de servicios y de hombres que le permite permanecer con vida y ser eficientes encargándose de realizar el programa criminal²²⁸. De allí que se defina a la asociación para delinquir como la estructura organizativa estable y *adecuada* para alcanzar sus fines²²⁹.

En efecto, la organización sólo tiene sentido si estas características se analizan en función a la idoneidad para alcanzar los objetivos, de tal

²²⁷ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1155; Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 413.

²²⁸ Cfr. Mario VALIANTE, «Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale»; p. 55.

²²⁹ Por todos, Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 24.

manera que, si pese a la existencia de una organización formal, minuciosa o exhaustiva, se revela una inidoneidad material o falta de aptitud para conseguir los objetivos, no podrá hablarse de la realización del tipo objetivo²³⁰.

Una asociación no adecuada o no idónea es una asociación inofensiva, que no puede lesionar ni en abstracto ni en concreto el bien jurídico protegido. De allí que una interpretación teleológica, vinculada a los principios constitucionales y penales más importantes no puede prescindir del requisito de la idoneidad de la asociación²³¹.

El presupuesto de la *organización adecuada* se refiere a un requisito actual que debe comprobarse en cada caso concreto. No alude a una posibilidad futura de organización que paulatinamente puede ir mejorando en la medida que se vaya realizando el programa criminal²³².

Con ello queda claro que no toda organización se presenta como una estructura siempre idónea para alcanzar los fines que se proponen los asociados (programa criminal). Es necesario, caso por caso, asociación por asociación, verificar en concreto la adecuación y la aptitud lesiva de la organización, confrontando esta con la naturaleza y entidad del proyecto criminal trazado²³³.

²³⁰ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 474 quienes aluden a una «estructura organizada adecuada»; Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 894; Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 13 «[...] la jurisprudencia de la Suprema Corte (italiana) ha reconocido frecuentemente la necesidad que la organización de la asociación para delinquir tuviera el requisito de adecuación respecto al programa delictivo a realizar». Véase la sentencia de la casación italiana del 25 de Noviembre de 1995, recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 982, en la que junto a enumerarse los requisitos de toda asociación criminal v. gr. a) un vínculo asociativo; b) La indeterminación del programa criminal; se señala «c) La existencia de una estructura organizada que por mínima sea idónea y sobre todo adecuada para realizar el objetivo criminal que se tiene en la mira».

En España: FRANCISCO JAVIER PUYOL MONTERO, Op. cit., 4540: «[...] debe existir una adecuación objetiva de la asociación para la consecución de los fines por ella previstos [...]»; ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 236; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 328.

²³¹ Cfr. Mario VALIANTE, *Il Reato Associativo*, p. 128.

²³² En sentido semejante, Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156.

²³³ Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 897.

Un planteamiento de este tipo acerca el delito en cuestión al respeto del principio de ofensividad, convirtiendo un delito de peligro abstracto en un delito de peligro concreto al exigir la idoneidad de la organización para realizar su programa y los objetivos criminales propuestos²³⁴.

Se aplican aquí de manera uniforme las reglas y principios de la *imputación objetiva*. Así, por ejemplo, si en Apurímac y Huancavelica un grupo de campesinos quechua hablantes se asocia e integra con el fin de cometer atentados atómicos en el Perú o en el extranjero, sin contar con los conocimientos, recursos humanos y técnicos necesarios para cumplir con el fin trazado, por más que exista el vínculo asociativo, no se habrá realizado el tipo objetivo del delito de asociación para delinquir.

Ello demuestra que no basta, para la configuración del delito, la creación de la asociación, la existencia de una organización estable y permanente o la aparición de un fuerte e intenso vínculo asociativo²³⁵. A ello se agrega la idoneidad de la organización.

Se exige también que la organización precise o haya delineado elementos mínimos de actuación, v. gr., determinar la clase de delitos que se quieren cometer o, sobre todo, las formas comisivas de los mismos, distribuyendo funciones y áreas de actuación. Debe establecerse así un cuadro organizativo suficientemente articulado. Así, por ejemplo, si tres personas se asocian con el fin de cometer secuestros extorsivos pero no determinan todavía quién se encargará de interceptar y privar de la libertad a una persona y quién pedirá el rescate, difícilmente se podrá hablar que en este caso existe una organización adecuada para cumplir con el programa criminal²³⁶.

²³⁴ Cfr. Carlo Federico GROSSO, Op. cit., p. 413: «De este modo se parte de la premisa por la que el delito asociativo es punible en la medida que la organización representa un peligro concreto en orden a la comisión del delito fin».

²³⁵ Cfr. Giovanni FIANDACA y ENZO MUSCO, Op. cit., p. 474; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 188.

²³⁶ Cfr. Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 898.

No estamos frente al cumplimiento de los requisitos mínimos del delito de asociación para delinquir cuando sólo hay una estructura caótica y con tendencia a la improvisación de personas, cuando hay una composición rudimentaria o existe una clara carencia de medios y de eficiencia operativa²³⁷.

Asimismo, no es necesario en la prueba de la idoneidad de la asociación que se trate de una organización armada o que utilice medios letales. La noción de idoneidad no pasa necesariamente porque ésta utilice medios potencialmente lesivos²³⁸.

En realidad, más allá de la valoración de medios, estrategias y recursos debe tomarse en cuenta el concreto plan criminal de la organización y la clase de delitos que ésta busca realizar. Así, por ejemplo, una organización dedicada al lavado de dinero no necesitará emplear armas de fuego o sustancias potencialmente peligrosas. Basta que se aglutine a personal técnico y profesional adecuado que permita blanquear los capitales ilícitos, v. gr., economistas, expertos en finanzas, contadores, etc.

La organización *no* debe ser necesariamente *formal*, en el sentido de verse reflejada en un estatuto²³⁹, en un reglamento en el que se señala los cargos, competencias y funciones, o que cuente con un preciso *acto de constitución*²⁴⁰, ya que de ser así sólo las asociaciones que documenten su finalidad ilícita y la actividad que desarrollan serían alcanzadas por el Derecho Penal, quedando fuera las asociaciones irregulares y que no cumplen con éste requisito.

Se debe evitar incurrir en el grave error metodológico de transplantar las categorías propias del Derecho Privado (Civil y Comercial) al seno del Derecho Penal en la construcción del concepto

²³⁷ Cfr. Cristina DE MAGLIE, Op. cit., p. 939.

²³⁸ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 16.

²³⁹ Cfr. Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 300.

²⁴⁰ Véase la sentencia 5340 de la casación italiana del 26 de Mayo de 1993 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 982.

de asociación²⁴¹. Basta que dicha organización tenga un carácter material y en el que cada uno de sus miembros –o la mayoría de ellos– sepa las funciones y las tareas que le corresponde cumplir como los derechos y los deberes que se le asigna.

Otro de los requisitos que bulle y se encuentra detrás de la noción de organización es el *sometimiento y la aceptación* del «asociado», «miembro» o «integrante» a la voluntad general o a los acuerdos colectivos. Se habla aquí de una *disciplina corporativa*²⁴² y de un sistema de vida y de acciones²⁴³. Cuando la persona guarda silencio y se mantiene dentro de la organización realizando ciertas actividades y no coloca una barrera de contención sería para evitar el desarrollo ulterior del propósito criminal no queda exenta de pena. En el mejor de los casos implicara una atenuación de su responsabilidad.

No es necesario que la asociación se haya constituido de acuerdo a derecho y cuente con estatutos, junta directiva, etc. Debe recordarse que el derecho peruano también reconoce existencia y valor jurídico a las asociaciones de hecho. No se exige contar con un local para la realización de las sesiones o para la toma de acuerdos en la medida que ellos se pueden tomar apelando a cualquier medio idóneo²⁴⁴.

El formar parte de la asociación –o, mejor dicho, la relación de pertenencia del afiliado a la corporación criminal– no debe entenderse en términos formales, como si se exigiera un vínculo jurídico válido o un acto solemne que declare la vinculación de una persona con la asociación, pues de ser así dicha relación daría lugar a serias y graves lagunas de punibilidad en la medida que los vínculos que no cumplan con dicho requisito quedarán excluidos del ámbito de la tipicidad.

²⁴¹ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., pp. 227 y 234.

²⁴² Cfr. José CHOCLÁN MONTALVO, Op. cit., p. 31.

En contra, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 182: «[...] puede concebirse una asociación carente de disciplina interna, sin jefes ni subordinados, con tal que el fin criminal del consorcio sea practicable aun a falta de la más elemental organización».

²⁴³ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 133.

²⁴⁴ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 46.

La afiliación debe comprenderse en un sentido *material*, requiriendo únicamente la vinculación fáctica y real entre el integrante y la asociación, no importando la formalidad, naturaleza o modo del ligamen del socio con la organización criminal²⁴⁵.

La asociación ilícita requiere un acuerdo o pacto común entre los asociados²⁴⁶, por ejemplo, en el instante de su fundación; o en su caso, la adhesión de uno o de los demás asociados al pacto y al acuerdo inicial como una aceptación de los fines a los que la organización propende²⁴⁷. Dicho acuerdo puede ser expreso o tácito²⁴⁸. No es necesario que conste en algún documento o en un soporte material²⁴⁹. La adhesión puede ser informal²⁵⁰. Es más, la doctrina está de acuerdo en señalar que la afiliación se puede dar a través *de actos concluyentes*²⁵¹ o actos materiales de los miembros²⁵².

La jurisprudencia de la Corte Suprema²⁵³ de Justicia ha señalado que:

«Para la configuración de una asociación ilícita se requiere la existencia de la agrupación que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito. En el primer caso está constituido

²⁴⁵ Cfr. Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123.

²⁴⁶ Cfr. Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 13; José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 179.

²⁴⁷ Cfr. Carlos CREUS, Op. cit., p. 107.

²⁴⁸ Cfr. Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., pp. 67 y 69; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 295.

²⁴⁹ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 42.

²⁵⁰ Cfr. Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558.

²⁵¹ Cfr. Ferrando MANTOVANI, Op. cit., p. 577; Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 251; Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123.

²⁵² Cfr. Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 296.

²⁵³ Véase el Expediente N° 492 - 99 del 05 de Abril de 1999.

por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación».

Si se entiende que la relación de pertenencia o de afiliación es el núcleo del injusto del delito de asociación ilícita, tal característica permite delimitar y excluir del ámbito de la tipicidad una serie de comportamientos que caen fuera del círculo de la autoría como es el caso del tercero ajeno a la asociación que sin ser afiliado o integrante de la misma desarrolla actos de colaboración o de favorecimiento.

En ese sentido, queda claro que se puede actuar en la asociación, colaborar con la asociación, pero no pertenecer a ella²⁵⁴. Dichos actos de favorecimiento pueden dar lugar, en todo caso, a formas de participación –sobre todo de complicidad– en el delito. Sin embargo, ello no es óbice para que quien tiene la calidad de cooperador pueda luego pasar a formar parte de la asociación al haber sido aceptado²⁵⁵.

8. El Requisito de dos o más personas

La ley penal peruana cuando el regula el delito de asociación para delinquir no establece que su configuración y tipicidad objetiva dependa de un número elevado de socios o que se trate de una estructura compleja y articulada²⁵⁶. Sólo impone un número mínimo de integrantes. Dicha decisión refleja una determinada perspectiva político-criminal acerca de la funcionalidad del delito de asociación para delinquir²⁵⁷ que, para alcanzar ciertos niveles de adecuación e idoneidad, debe contar con un número necesario de integrantes, aún cuan-

²⁵⁴ Cfr. Carlos CREUS, Op. cit., p. 109; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 22; Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 251.

²⁵⁵ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 197; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 22.

²⁵⁶ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 25.

²⁵⁷ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 68.

do éste sea solo un criterio de valoración para medir la eficiencia y la aptitud lesiva de la organización.

La magnitud, complejidad y tamaño de la organización criminal tal vez será relevante a la hora de determinar judicialmente la pena o valorar la gravedad del injusto, pero no condiciona de modo alguno la tipicidad del delito.

La ley prescribe en el art. 317º del C.P. que se castigará por asociación ilícita al que forma parte de una agrupación de dos o más personas, estableciendo –desde la perspectiva del tenor literal– dos personas como número mínimo aparente para la configuración de la agrupación. Sin embargo, respecto al número total de integrantes de la asociación ilícita, pueden plantearse dos interpretaciones.

Desde el punto de vista *gramatical* se puede entender, de la simple redacción del tipo penal, que el número de personas (socios) requeridos para la existencia de la asociación es por lo menos de dos sujetos²⁵⁸, es decir, que el injusto penal queda configurado cuando la agrupación criminal está compuesta por los menos por dos personas y en el que puede incluirse al «que forma parte de la agrupación».

Por otro lado, desde el punto de vista *lógico* y del *sentido final de la norma* se sostiene que para la existencia del delito de asociación ilícita se requiere por lo menos de *tres* (3) personas (socios).

La interpretación que se realiza del tipo en cuestión es la siguiente: la agrupación delictiva debe contar por lo menos con dos (o más) personas a la que debe agregarse como socio una tercera al que hace referencia nuestra legislación cuando alude al que forma parte de una agrupación de dos o más personas. Para la existencia del injusto típico de la asociación ilícita debe cumplirse con estas dos posibilidades: 1º O desde el inicio tres personas forman la asociación criminal; o 2º Dos personas constituyen inicialmente una agrupación delictiva, la cual sólo será punible – es decir, constituirá una asociación ilícita propia del art. 317º del C. P. – si luego una tercera persona se integra a este acuerdo de voluntades.

²⁵⁸ Así, Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 294.

A diferencia del punto de vista gramatical, el último método de interpretación destaca que dos personas por sí solas no pueden todavía estar en condiciones de generar el delito de asociación ilícita si es que no se cuenta con la intervención de un tercer integrante. La asociación ilícita tiene como número mínimo tres y no dos personas. La inclusión de este tercer miembro –propio de la segunda hipótesis– a los dos ya existentes implica no sólo el nacimiento de la responsabilidad penal de quien se integra, sino también el principio de responsabilidad penal de los dos miembros iniciales.

Dicha responsabilidad no es retroactiva al momento en el que los dos miembros (fundadores) acordaron cometer delitos, sino que ésta se inicia recién desde el instante que se produce la adhesión de este tercer integrante.

La expresión legal del que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos debe entenderse en el sentido que el castigo al autor del injusto penal se supedita a que previamente exista una agrupación de por lo menos dos personas. La redacción de la ley no puede prestarse a confusiones o a desentendimientos dogmáticos, pues el hecho que se aluda a una agrupación de dos personas no quiere decir que con dos ya existe asociación ilícita. El sentido de la ley se dirige a plantear la necesidad que a ello se debe agregar el «nuevo socio» que forma parte del ente colectivo.

La agrupación se transforma en asociación cuando hay por lo menos tres (3) personas.

La hipótesis glosada debe diferenciarse del caso en el que hay tres o más miembros, pues aquí la asociación criminal ya tendrá existencia jurídica, independientemente de si se agrega o no un nuevo «socio» o integrante.

El formar parte –como núcleo del injusto de la asociación ilícita– puede entenderse en un doble sentido. Por un lado, como el *integrarse* a una asociación ya formada o fundada y, por el otro, como el *constituir o fundar* una asociación²⁵⁹.

²⁵⁹ Cfr. Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 22.

La ley sólo menciona el número mínimo de integrantes de la asociación. No alude a un número máximo, por lo que debe entenderse dicho límite de manera abierta, sin restricciones de alguna clase. Si bien el número de integrantes está en condiciones de influir en la idoneidad y estructura de la asociación luego que se logra obtener el número mínimo de miembros y una necesaria organización, resulta irrelevante el número ulterior²⁶⁰, salvo que se quiera medir el injusto o valorar la complejidad de la organización en el ámbito de la determinación judicial de la pena.

La norma no establece ninguna agravante cuando la asociación posee un número elevado de integrantes y se crean así mayores posibilidades de realizar maniobras delictivas y provocar alarma y zozobra social.

La existencia de la organización no necesita ni está supeditada al hecho que se encuentre formada por un número amplio de integrantes. Ello en todo caso se vincula a la clase y tipo de delitos trazados en el plan criminal²⁶¹, a sus características y a la naturaleza de su actividad, v. gr., económica, política, etc.

9. ¿Es un requisito la condición de imputabilidad de los miembros de la asociación?

Resulta indiferente a efectos penales si el número mínimo para la existencia de la asociación se alcanza con la intervención de personas imputables (mayores de dieciocho años) o si en ella participan también menores de edad²⁶² u otros inimputables²⁶³. Cuando la ley penal

²⁶⁰ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 69.

²⁶¹ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 662.

²⁶² En contra, Mario VALIANTE, Op. cit., p. 75; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 449: «Todos los componentes deben ser imputables por lo tanto no integran ese número los enfermos mentales, los menores de catorce años, etc.»; Abel CORNEJO, Op. cit., p. 40; Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 407; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603.

²⁶³ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 473; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 242; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1152.

utiliza la expresión «personas» no impone ninguna condición peculiar ni alude al hecho que dichas personas sean imputables penalmente. La redacción amplia y abierta de la ley no se presta a equívocos: una cuestión de autoría –perteneciente al tipo objetivo– no debe confundirse con un plano de análisis distinto: la imputabilidad que se ubica dentro de la culpabilidad.

La existencia de la asociación ilícita no se puede hacer depender de la punibilidad de los asociados, sino del acuerdo o adhesión al programa criminal. No sólo puede existir una asociación criminal de adultos, sino también de jóvenes o de personas que no cuentan con capacidad penal; en el primer caso se aplicará el Derecho Penal de menores, por lo que carece de sentido reclamar que por lo menos un miembro de la asociación deba ser imputable²⁶⁴.

Por otro lado, el argumento que el número mínimo de la asociación no puede completarse incorporando a inimputables residiría en que tales sujetos carecen de voluntad para «asociarse con fines delictivos».

Sin embargo, este punto de vista pasa por alto el hecho que el término delito debe interpretarse en el sentido de *injusto típico* (tipicidad y antijuridicidad), prescindiendo de la referencia a la culpabilidad.

El planteamiento que se propone posibilita a que también los inimputables sean considerados como potenciales integrantes o miembros de una asociación para delinquir. Una postura distinta a la aquí esgrimida pasa por alto que los menores también pueden realizar el injusto penal de la asociación para delinquir con la diferencia que su tratamiento caerá dentro de la esfera del Derecho de Menores y no del Derecho Penal.

Otro de los errores en los que incurre el punto de vista que aquí se critica es el confundir los requisitos que son necesarios para asociarse – y en los que basta la existencia de una voluntad natural y una comprensión respecto a lo que implica agruparse²⁶⁵– con la capacidad pe-

²⁶⁴ Empero, así, Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 122.

²⁶⁵ Cfr. Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 459; Carlos CREUS, Op. cit., p. 110.

nal (imputabilidad) indispensable para responder por los delitos que se cometan. Se olvida que en la asociación ilícita el programa delictivo constituye una tendencia trascendente que no hace falta poner en marcha, en el sentido de preparar, ejecutar y menos consumir.

Que una asociación se encuentre formada por lo menos de tres (3) personas no significa que los tres sean responsables penalmente²⁶⁶. Puede suceder que uno de los socios resulte impune ya sea por mediar alguna causa personal de exclusión de la pena o, como se anotó, porque posee la condición de inimputable.

No es necesario que los tres se encuentren incurso en el proceso penal correspondiente²⁶⁷—ya que uno de ellos puede estar prófugo²⁶⁸—o que se haya identificado plenamente a los tres²⁶⁹ o a todos los integrantes de la asociación. El hecho que se prohíba formar parte de una asociación ilícita no implica que deba castigarse—imponiendo una sentencia condenatoria— a todo aquel que forma parte. Es posible condenar a algunos miembros de la asociación y absolver a otros, por ejemplo, aplicando las reglas de la prescripción²⁷⁰.

²⁶⁶ Cfr. Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 188; Carlos CREUS, Op. cit., p. 111.

²⁶⁷ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 40; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 604.

²⁶⁸ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 407.

²⁶⁹ Cfr. Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 188.

²⁷⁰ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 604; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 23.

Capítulo VI

EL FIN DELICTIVO DE LA ASOCIACIÓN

La realización del delito de asociación para delinquir exige como elemento subjetivo del tipo que se forme parte de una asociación cuyo fin es cometer delitos. El fin personal que el sujeto tiene (altruista, móvil bajo, etc.) al pasar a formar parte de la asociación no goza de mayor peso ni interés si es que se lo compara con la finalidad a la que la entidad, como ente colectivo, debe aspirar, que es buscar cometer delitos²⁷¹. Sin el fin criminal no hay delito de asociación para delinquir.

La presencia de un fin criminal (programa delictivo) permite la configuración del delito, del mismo modo que la extinción del fin delictivo hace decaer la presencia de la infracción. El objetivo criminal plural puede surgir desde un primer momento con la misma creación del ente o puede haber un mudamiento del objeto social con posterioridad.

I. Exclusión de los fines inmorales e ilícitos no penales de la asociación

En el delito de asociación para delinquir sólo se castiga la asociación con fines delictivos, mas no la asociación formada para cometer

²⁷¹ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 109.

otra clase de ilícitos como los que derivan de la comisión de la infracción de las normas administrativas, civiles, comerciales, tributarias, etc²⁷². Asimismo, no se reprime en este tipo penal el formar parte de una asociación que busca cometer actos inmorales o que vulneren las normas éticas por mayor importancia que éstas posean,²⁷³ v. gr., asociaciones dirigidas a promover la infidelidad en las relaciones de pareja o las relaciones sexuales incestuosas entre personas mayores de edad.

La prohibición penal no descansa en reprobar el programa inmoral o antisocial de la asociación, sino su programa criminal²⁷⁴.

La ley penal, pudiendo ampliar su ámbito de cobertura normativa extendiendo el castigo a todo aquel que forme parte de una agrupación que persiga la comisión de cualquier fin ilícito o inmoral, ha limitado y restringido su aplicación a la asociación que se dirija a cometer delitos. Dicha opción está condicionada por una determinada decisión político-criminal²⁷⁵.

Aquí es posible encontrar una manifestación del principio de intervención mínima en su vertiente del sub-principio de fragmentariedad²⁷⁶, por el cual, de todos los ilícitos que es posible reprimir, la ley penal sólo debe reparar y seleccionar los ilícitos más graves y no cualquier clase de infracción independientemente de su naturaleza y gravedad; de allí que tenga pleno sentido y coherencia el castigo a nivel del artículo 317^o de la asociación orientada a la comisión de delitos. Creemos que si se respeta la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal y el rigor dogmático la disposición en comentario debería denominarse no tanto asociación ilícita, sino *asociación para delinquir*.

²⁷² Cfr. Carlos CREUS, Op. cit., p. 108.

²⁷³ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 241; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 451.

²⁷⁴ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 22.

²⁷⁵ Cfr. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 73.

²⁷⁶ Al respecto, José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 245 y ss.

El fundamento para la restricción del ámbito del tipo del injusto de esta infracción es la necesidad de respetar los alcances y postulados del principio de intervención mínima que hace ver que de todas las infracciones e ilícitos existentes, el ilícito penal es la forma más grave y reprochable de comportamiento antijurídico en la medida que supone una lesión o puesta en peligro de los intereses sociales más valiosos y los bienes jurídicos indispensables para lograr una vida social pacífica y organizada.

Si la ley penal debe prohibir y castigar los hechos más graves e intolerables no debe detenerse en sancionar cualquier finalidad a la que se oriente la organización criminal como la comisión indistinta de cualquier ilícito o acto inmoral. El legislador ha considerado que la única asociación que puede ser alcanzada por el Derecho Penal y la afiliación que debe castigarse es aquella que se dirige a la comisión de delitos al representar los hechos más graves que conoce la sociedad y la vida organizada. Se establece aquí una evidente selección –basada en criterios político-criminales– de los comportamientos y hechos que deben ser prohibidos.

La realidad legislativa peruana en el ámbito del artículo 317º tiene una aplicación mucho más restringida y limitada que las regulaciones normativas que se encuentran en el Derecho Comparado. Así, por ejemplo, en el derecho español (art. 515º del C.P. de 1995) las asociaciones ilícitas se castigan no solo cuando éstas se orientan a cometer delitos, sino cuando se emplea medios violentos para la obtención de un fin lícito (art. 515º inc. 3)²⁷⁷.

2. Valoración objetiva y material de los fines delictivos de la asociación

La naturaleza antijurídica de la asociación no viene dada por el hecho de agruparse, sino por la *constitución* de una asociación que busca cometer delitos. El asociarse o el agruparse por sí sólo, siendo un derecho constitucional, no puede legitimar ninguna clase de inter-

²⁷⁷ Véase Francisco MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 788.

vención jurídico penal y menos la configuración de un injusto típico. Lo que convierte una asociación en delictiva no es su constitución o el hecho de reunirse, sino el orientarse a cometer determinados delitos.

El artículo 317^º requiere que la asociación se encuentre destinada a cometer no cualquier tipo o clase de ilícito, sino un ilícito calificado, el más grave del ordenamiento jurídico, como es un delito. Lo que determina que una determinada agrupación de personas constituya una asociación ilícita no es tanto la creación de un cuerpo social irregular, de hecho o al margen de la ley, sino más bien la orientación de su finalidad a cometer hechos punibles.

La mafia, la camorra o un cartel no constituyen por sí mismos una asociación ilícita, sino que lo son en la medida que sus objetivos y programas busquen cometer hechos punibles²⁷⁸. La pregunta que marca el centro de gravedad del art. 317^º del C.P. no es tanto el hecho que dos o más personas se agrupen o un nuevo afiliado se incorpore al cuerpo social, sino cuáles son los delitos que se propone cometer la asociación. En efecto, si una agrupación de personas –por más irregular que sea– no tiene finalidad criminal no habrá modo alguno de incriminar y subsumir dicho comportamiento dentro de los alcances del art. 317^º.

El análisis de la finalidad de la asociación debe reposar en criterios objetivos y materiales.

Objetivos en la medida que es necesario tener en cuenta si la finalidad que pretenden alcanzar los miembros de la asociación contravienen las preceptos penales de un Estado de Derecho²⁷⁹, independientemente de la consideración personal o subjetiva de si los actos que se pretenden cometer constituyen o no delitos²⁸⁰.

²⁷⁸ Cfr. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 451: «[...] los pertenecientes a la *mafia*, la *camorra*, etc., aunque estén unidos por entendimiento, solidaridad y simpatía mutuos, no son «asociados para delinquir», en sentido técnico, si no consta su acuerdo con el programa de cometer delitos».

²⁷⁹ Cfr. Sebastián SOLER, Op. cit., p. 604.

²⁸⁰ Cfr. Bernardo DEL ROSAL BLASCO, Op. cit., p. 953; Abel CORNEJO, Op. cit., p. 50; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 605: «Se trata, pues, de un fin colectivo y como tal tiene naturaleza objetiva con respecto a cada uno de los partícipes».

Materiales, dado que no basta reparar en la finalidad aparente, de fachada o formal que persiguen sus miembros –bien respecto a su constitución jurídica o en su presentación ante la sociedad–, sino en el contenido real del propósito criminal²⁸¹. En el contexto probatorio y en la acreditación de la comisión del delito como ninguna agrupación o asociación va a declarar que comete delitos, se deberá esperar a conocer, por lo general, cuáles son sus actividades y el sentido de las mismas.

La finalidad y el objeto de la asociación debe dirigirse a la comisión de determinada clase de delitos que viene a representar el programa de la asociación. Como dice GARCÍA PABLOS: «Ilícita no es la asociación, sino su programa²⁸²». Dicho objeto tiene una existencia externa y no depende de si un asociado aprueba o consiente los fines sociales, dado que estos se configuran con independencia de una voluntad singular.

Ello significa que si el objeto y fin de la asociación es lícito y uno de los miembros pretende cometer algún delito valiéndose de la organización o cree erróneamente que la asociación tiene fines criminales no se incurrirá en el injusto típico del art. 317º, pues no existe el elemento necesario que es propio de la tipicidad objetiva del precepto en mención: la asociación que persigue fines criminales²⁸³.

3. «Objeto social» de la asociación para delinquir

El objeto social se fija en los estatutos de la asociación y los pactos fundacionales, los cuales pueden modificarse expresa o tácitamente. Debe distinguirse entre el «objeto social» que tiene un carácter abstracto y la «actividad social» de la asociación que es justamente el sector del tráfico jurídico, económico, social o político al que la agrupación se dedica. Para que la actividad social signifique una modificación

²⁸¹ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 790: «[...] lo decisivo para declarar ilícita una asociación son los *finés reales* y no los fines que formalmente se declararen entre sí».

²⁸² ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 279.

²⁸³ Cfr. Id., p. 241; LEANDRO REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 296.

del objeto social es indispensable la producción de cambios esenciales y no se debe tratar de meras desviaciones irrelevantes.

Lo importante en el delito de asociación ilícita es la *actividad social real* (delictiva) de la asociación y no el fin social aparente o el que surge formalmente –y de manera engañosa– de sus estatutos²⁸⁴.

No es necesario que la asociación se constituya desde un inicio –es decir, desde su fundación– como una asociación criminal²⁸⁵. Nada obsta a que la finalidad o la actividad delictiva pueda agregarse, incluso, en el transcurso de su iter social, luego de un tiempo de creada la asociación²⁸⁶.

Sin embargo, en este caso se ha de señalar que no deben ser considerados como responsables penalmente todos los integrantes de la asociación, sino aquellos miembros que hayan determinado el nuevo curso y los nuevos objetivos de la organización, como los que se hayan adherido –expresa o tácitamente– a ellos, descartándose a los socios primigenios que se hayan opuesto –negándose a integrar– al nuevo proyecto social, como a los que ignoran el cambio de rumbo de la asociación.

Creemos que en estos casos la responsabilidad penal de los socios primigenios debe exigir una adhesión positiva –generalmente expresa– y que puede también revelarse a través de actos concluyentes.

²⁸⁴ Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 328.

²⁸⁵ Cfr. Véase la sentencia 134 de la casación italiana del 12 de Enero de 1990 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 981: «Para la configuración del delito de asociación para delinquir la ley no reclama, como requisito necesario, la específica creación de una organización; basta con el uso de una estructura que puede ser preexistente a la ideación criminal y que contaba con una finalidad lícita»; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 4; Francisco Javier PUYOL MONTERO, Op. cit., p. 4540; Carlos CREUS, Op. cit., p. 108; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 294; Abel CORNEJO, Op. cit., p. 50; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 605; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 191.

²⁸⁶ En sentido crítico con este extremo: Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., pp. 184 y 188. En el Perú se muestra también crítico en este punto Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 66, cuando reclama la preexistencia de la organización criminal.

La diferencia entre la asociación creada para delinquir desde su inicio, de aquella asociación cuya condición criminógena la adquiere posteriormente, sólo reviste carácter temporal²⁸⁷ y no posee otro sentido.

Una de las principales objeciones que se dirige contra la amplia regulación del delito de asociación para delinquir es el posibilitar la aplicación indiscriminada de la infracción a todos los casos en los que se cometa delitos en el seno de una persona jurídica, ya sea por una decisión individual o por uno de sus órganos, determinando un incremento exagerado de la carga punitiva y una hipertrofia del sistema penal²⁸⁸. Frente a ello se oponen una serie de precisiones.

Una de ellas destaca que siempre el delito de asociación para delinquir ha tenido como uno de sus principales ámbitos de aplicación el desarrollo de las actividades y el marco organizacional de las personas jurídicas, al margen de si son de Derecho Privado o de Derecho Público, o de procedencia nacional o procedencia extranjera, lo cual no representa novedad alguna o un efecto expansivo de la infracción²⁸⁹.

Sin embargo, una cosa es que también las personas jurídicas se vean comprendidas por el delito de asociación y otra muy distinta que su aplicación se reduzca a ellas, cuando en realidad su cobertura es mucho más amplia, alcanzando a las asociaciones de hecho, sociedades irregulares o a simples vínculos asociativos, siempre que cuenten con una organización al menos rudimentaria y sus objetivos sean criminales.

²⁸⁷ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 4.

²⁸⁸ Así, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., pp. 182 y 184.

²⁸⁹ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 245: «la constitución de una entidad no santifica los fines perseguidos por ésta: ni ha de ser un absurdo obstáculo a la persecución de los actos criminales. ¿Por qué conceder tal prima a quienes no sólo se asocian para conseguir fines contrarios a la ley, sino que, además, ocultando y enmascarando fraudulentamente los mismos, obtienen una confortable apariencia de legalidad, amparándose en formas civiles y mercantiles? [...] Una sociedad o asociación debe reputarse ilícita si son ilícitos los fines que realmente persigue, prescindiendo de la *forma* que adopte en cuanto persona jurídica. Lo contrario abriría una peligrosa brecha en la necesaria tutela de bienes e intereses sociales, inadmisibles desde el punto de vista de política criminal»; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 10.

Por otro lado, el temor a que todo delito cometido por los órganos de una persona jurídica o en su interior genere un efecto criminógeno indebido por la aplicación del delito en examen se disipa fácilmente al tomar en cuenta que para que ello ocurra debe cumplirse primero con las exigencias derivadas del tipo penal como es que se trate de una agrupación de dos o más personas, la existencia de un vínculo asociativo, estable, permanente, con una adecuada organización que cuenta con una disciplina corporativa y un programa criminal determinado.

Si el delito o el conjunto de infracciones que se cometen se llevan a cabo de manera esporádica y eventual, y se prueba que no obedecen a una actitud criminógena de grupo o a la existencia de un plan criminal, sencillamente habrá que imponer una sanción por los delitos cometidos, sin aplicar el tipo legal en cuestión, dejando a salvo, claro está, la posibilidad de aplicar el comiso u otras sanciones penales.

Debe puntualizarse que la aplicación del delito de asociación para delinquir a una organización empresarial, o de manera general a una persona jurídica, no está condicionado a la prueba que todos los socios, jefes, fundadores, accionistas o trabajadores se hayan relacionado a través de un vínculo asociativo de naturaleza criminal, ya que la ley no lo requiere ni es necesario desde la perspectiva político-criminal.

Solo basta que dos o más miembros de la dirección, gerencia, consejo de administración o de vigilancia obren dentro de un programa criminal y bajo el cumplimiento de las condiciones dogmáticas anteriormente señaladas.

4. Los llamados fines intermedios o secundarios

La asociación ilícita se configura no sólo cuando los fines últimos de la organización son ilícitos, sino también cuando los fines intermedios tienen dicha naturaleza. Puede hablarse en tal sentido de fines *intermedios o secundarios*. Incluso puede suceder que los fines principales o últimos de la asociación sean completamente lícitos o altamente positivos, pero si la operatividad de ciertos medios²⁹⁰ (v. gr. violentos) o

²⁹⁰ Al respecto véase la sentencia del Tribunal Supremo español del 18 de Marzo de 1991 recogida en José MOYNA MÉNGUEZ y otros, Op. cit., p. 892.

la realización de los fines secundarios supone la ilicitud de los mismos, no cabe duda que estamos ante una asociación ilícita.

Con razón, se señala que no es necesario que el programa social o la finalidad de la asociación se agote en la proyección y comisión de cierto género de delitos, sino que basta que éste sea un fin secundario o que sirva de instrumento y medio para alcanzar los fines últimos²⁹¹. Es posible que haya una coexistencia de los fines criminales y la actividad lícita²⁹².

Resulta indiferente que el fin de cometer delitos sea instrumental respecto al objetivo o la actividad principal a la que piensa dedicarse o se dedica la asociación, v. gr., se cometen una serie de sabotajes y asesinatos con el fin de tomar el poder; o que la asociación se configure con el solo propósito de cometer exclusivamente delitos²⁹³.

5. ¿Qué debe entenderse por la finalidad de «cometer» delitos?

La ley peruana –como la mayoría de legislaciones penales del Derecho Comparado– hacen reposar la esencia de la asociación ilícita en la finalidad de cometer delitos. La problemática que deriva en este punto es precisar qué debe entenderse por la frase «cometer delitos».

En una primera lectura se podría equiparar el verbo *cometer* como sinónimo de *ejecutar* delitos; de tal modo que sólo se castigaría a las asociaciones que tiendan, ellas mismas, por sus miembros o a través de terceros, a ejecutar delitos. Si se sigue este planteamiento de manera irremediable caerían fuera del tipo penal los casos en donde el objeto o la actividad de la asociación no se dirige a ejecutar hechos delictivos, sino a incitar, inducir, favorecer o colaborar a la comisión de delitos o ella se orienta a encubrir u ocultar sucesos criminales. No serían

²⁹¹ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 246.

²⁹² Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1157.

²⁹³ Cfr. Id., p. 1157.

abarcados también los casos en el que la actividad de la asociación se limita a preparar –y no a cometer– delitos.

Una comprensión del «cometer delitos» como la que se acaba de aludir traería consigo profundas limitaciones de carácter político-criminal, pues dejaría fuera del contexto típico del art. 31^{7º} una serie de comportamientos que de modo indudable cumplen con el requisito del merecimiento y necesidad de pena. Ello se deriva de restringir su aplicación a los supuestos en los que la propia asociación o sus miembros ejecuten el o los delitos.

Una segunda interpretación de la frase «cometer delitos» sostiene que ésta no debe equipararse a *ejecutar* algún delito, sino más bien a llevar a cabo cualquier clase de comportamientos que puedan fundamentar en su caso la responsabilidad criminal del autor con arreglo de los preceptos de la parte general o de la parte especial, siendo indiferente el hecho de si la comisión del delito lo realiza un integrante de la asociación o un tercero²⁹⁴.

El cometer delitos –y, por tanto, la cobertura del delito de asociación ilícita– no sólo se limitará a los casos en los que la organización *ejecute por su cuenta*, por obra de sus miembros o de un tercero hechos criminales, sino recogerá los casos en los que se *provoca o incita* a terceros a delinquir o si se busca *encubrir* a los culpables en sucesos criminales o sólo existe la conducta de *preparar* la ejecución del delito para que terceros lo cometan.

6. La no exigencia del «principio de ejecución» de los delitos que son programa de la asociación

Como se ha señalado, la asociación ilícita se castiga siempre que la organización tienda a cometer delitos y no cuando su finalidad se oriente a cometer cualquier otra clase de ilícitos (civiles, administrativos, laborales, etc.) o actos inmorales, independientemente de su gravedad y naturaleza.

²⁹⁴ Así, ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 277; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 329.

Al afirmarse que la asociación debe orientar su objeto y actividad a cometer delitos se pretende remarcar que los hechos proyectados y delineados en su programa deben subsumirse en alguna figura del Código Penal o en algún tipo penal de una ley especial. Sin embargo, una cosa es exigir que la finalidad y objetivos de la organización se dirijan a cometer delitos y otra muy distinta es reclamar la necesidad que para la punición del comportamiento se requiera un principio de ejecución o por lo menos un acto preparatorio del hecho delictivo.

La ley penal peruana –como la inmensa mayoría de legislaciones del Derecho Comparado– hace descansar la punición de la asociación ilícita en el hecho que su programa y sentido se oriente a ejecutar delitos; mas no en que estos se ejecuten, preparen o se cometan realmente²⁹⁵.

El fin de cometer delitos implica asumir un plan serio de actividad, un compromiso con el programa de la asociación y no un propósito vago, genérico y ambiguo²⁹⁶.

7. La determinación e indeterminación del programa criminal de la asociación

No obstante, si lo que la ley exige es únicamente que el programa o el proyecto criminal sea delictivo –sin añadir otro requisito ulterior– el problema reside en precisar cuál es el grado de determinación y certeza que debe exigirse respecto a dicho programa o a los delitos que se proponen cometer.

La doctrina responde a esta interrogante señalando que no es indispensable determinar la especie del delito que se pretende realizar, ni la forma como se busca lograr su consumación.

La ley penal sólo exige que la asociación criminal esté destinada a cometer delitos, sin que importe la clase, naturaleza, modalidad típica y medios de consumación o la gravedad del hecho. Por ello, el juez no

²⁹⁵ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 45.

²⁹⁶ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1157.

debe exigir como un requisito del tipo y una condición para imponer la penalidad la prueba y explicación detallada y minuciosa de los delitos, su forma, clase, gravedad o modos de ejecución. Basta que se llegue a probar que la asociación buscaba cometer delitos.

Empero, ello no es obstáculo a que al juez pueda averiguarlo o que no se le permita conocer los detalles de la organización criminal. La indeterminación de los fines de la asociación no debe ser absoluta, sino *relativa*²⁹⁷. Sin embargo, no faltan quienes exigen que la asociación debe buscar cometer delitos *determinados*²⁹⁸ o que los delitos deben ser concretamente individualizables²⁹⁹.

En todo caso, se ha de recordar que sobre el carácter delictivo de los fines de la asociación no debe existir duda alguna, pues se trata de un elemento esencial del tipo penal en cuestión.

8. ¿Qué debe entenderse por delito? La exclusión de las faltas

Cuando la ley penal alude a la agrupación de dos o más personas «destinada a cometer delitos» no señala la clase de delitos, ni su ubicación en el C.P., ni el bien jurídico puesto en peligro o lesionado por la conducta criminal. Da lo mismo si se trata de un delito comisivo u omisivo³⁰⁰, de un delito de simple actividad o de resultado, de medios o modos de comisión referenciados o si es un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto.

También el programa criminal puede recaer en delitos perseguibles a instancia privada, v. gr., los delitos contra el honor o contra la intimidad, siendo indiferente el hecho que la persona haya o no interpuesto una querrela criminal³⁰¹.

²⁹⁷ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 281.

²⁹⁸ Así, Abel CORNEJO, Op. cit., p. 53.

²⁹⁹ Así, José María TAMARIT SUMALLA, Op. cit., p. 1448.

³⁰⁰ Cfr. Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123.

³⁰¹ Cfr. Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 241; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 194.

Asimismo, no importa la gravedad del delito o de los delitos que se proyectan cometer. El Código Penal peruano no establece ninguna discriminación acerca de los hechos punibles que pueden dar lugar al delito de asociación ilícita. Su silencio en este punto lleva a la reflexión que ningún delito debe considerarse excluido, independientemente de su naturaleza y de su gravedad. Se reprime igualmente a la asociación que se dirige a cometer delitos de bagatela o de poca escala penológica (daños, hurto simple, hurto de uso, injurias, etc.) como la asociación orientada a cometer los crímenes más horrendos o graves como asesinatos, genocidios, tráfico ilícito de drogas, etc.

Desde el punto de vista *teleológico* y de la mano del principio de *proporcionalidad* parece conveniente plantear, desde una perspectiva de *lege ferenda*, la necesidad que una futura reforma legislativa restrinja la aplicación de la asociación ilícita a los casos en que los fines delictivos que se pretendan cometer sean por lo menos de mediana gravedad, excluyéndose así de punición a la asociación que pretenda cometer, por ejemplo, delitos de bagatela o hechos que en cuanto a su gravedad y repercusión social son leves.

Sólo así se podría armonizar y compatibilizar los alcances del principio de proporcionalidad³⁰² y el delito de asociación ilícita que en su modalidad simple cuenta con una pena que va de los tres a los seis años y en su modalidad agravada impone una sanción no menor de ocho años, situación que lleva a plantear la imperiosa necesidad de exigir que por lo menos la clase de delitos, cuyo fin se propone cometer la asociación; cuenten con una penalidad mayor de tres años, pues de otro modo se corre el riesgo de incurrir en la paradoja de sancionar con una pena mayor –evidentemente desproporcional e injusta– la comisión de delitos que cuentan con una penalidad simbólica o de escasa entidad, llegando al absurdo de penar con mayor drasticidad la creación de una organización dirigida a cometer delitos que la propia comisión real y efectiva de los mismos.

No obstante lo dicho, una cosa es buscar armonizar el delito de asociación ilícita y su respectiva penalidad con los principios del Dere-

³⁰² Al respecto, José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 279 y ss.

cho Penal –en especial con el principio de proporcionalidad– y otra muy distinta es tratar de reducir los posibles delitos que busca cometer una organización criminal a un *numerus clausus*, por la situación errática dado que la realidad social se encargaría fácilmente de superar dicho catálogo con el consiguiente riesgo de impunidad y la afectación de los criterios preventivo generales³⁰³.

Si bien no está excluido de la asociación ilícita algún delito en concreto, pues el legislador parte de la premisa que cualquier infracción contenida en el C.P. o en una ley especial –siempre que sea delito en sentido técnico– está en condiciones de realizar la tipicidad del art. 317^o, la misma redacción del precepto hace ver que la ley penal ha establecido dos escalas de penalidad según la clase de delito que la asociación pretenda realizar.

Así, mientras en el primer párrafo se impone una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años para cualquier asociación con fines delictivos, en el segundo párrafo se impone una pena no menos de ocho años si los delitos que constituyen el programa de la asociación son el genocidio (art. 319^o), delitos contra la seguridad³⁰⁴ y tranquilidad públicas³⁰⁵, contra el Estado y la defensa nacional³⁰⁶ o contra los poderes del Estado y el orden constitucional³⁰⁷. Es

³⁰³ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 287.

³⁰⁴ Dentro de los delitos contra la seguridad pública puede enumerarse los delitos de peligro común (delitos de peligro común con medios catastróficos, conducción de vehículos en estado de ebriedad o por efectos de las drogas, fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos, etc.), Los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, delitos contra la salud pública (contaminación y propagación, tráfico ilícito de drogas), delitos contra el orden migratorio (tráfico ilícito de personas).

³⁰⁵ Las infracciones que se incorporan dentro de los delitos contra la tranquilidad pública son: delitos contra la paz pública (reunión tumultuaria y provocación a delinquir, apología del delito, actos de profanación o ultraje a los difuntos) y terrorismo.

³⁰⁶ Se pueden contar como delitos contra el Estado y la defensa nacional los atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, los delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado y los delitos contra los símbolos y valores de la patria.

³⁰⁷ Los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional son la rebelión, la sedición y el motín.

de lamentar el hecho que no se incluya dentro de la asociación ilícita agravada (art. 317, segundo párrafo) los delitos contra la humanidad –salvo el delito de genocidio– como la desaparición forzada o la tortura.

La interpretación del término delito debe efectuarse según criterios técnicos (injusto típico) y no de uso social. Sólo así es posible sostener la exclusión dentro del art. 317^o de la asociación cuya finalidad es cometer faltas y no delitos³⁰⁸.

A esta conclusión se arriba no sólo apelando a un uso técnico del lenguaje, sino en virtud a una interpretación respetuosa del principio de proporcionalidad y del principio de intervención mínima que ve como una expansión insoportable e innecesaria para la afectación de los derechos de los ciudadanos la incorporación dentro de la asociación ilícita de aquellos fines que se relacionen con la comisión de faltas.

Por otro lado, se descarta también del ámbito de punibilidad los casos en los que el delito que pretende cometer la organización criminal es un delito culposos o imprudente, dado que la finalidad e intencionalidad de la asociación ilícita es incompatible con la naturaleza y esencia de los delitos culposos³⁰⁹. Lo mismo ocurre con los delitos preterintencionales³¹⁰.

9. La referencia a la pluralidad de delitos

La ley peruana, en la redacción del tipo del injusto de la asociación ilícita, cuando se refiere a «cometer delitos» se ha decidido por emplear el plural. La pregunta que sugiere dicha fórmula legal es saber si

³⁰⁸ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 474; Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 194; Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 4; José María TAMARIT SUMALLA, Op. cit., p. 1448; Alfonso SERRANO GÓMEZ, Op. cit., p. 888; Juan BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 329; Carlos CREUS, Op. cit., p. 108; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 27; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 452; Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 408; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 606; Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123. En contra, Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 281 y ss.

³⁰⁹ Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 329; Julio Fabbriini MIRABETE, Op. cit., p. 190; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 463.

³¹⁰ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156.

puede existir una asociación ilícita dirigida a cometer un solo delito o si, en todo caso, como se desprende del expreso tenor legal, es indispensable que la finalidad de la organización criminal sea cometer varios delitos.

Respondiendo dicha interrogante, creemos que la finalidad de la asociación criminal debe ser cometer un número plural de delitos³¹¹. A ello abonan una serie de razones.

En primer lugar, la propia redacción del precepto se inclina por exigir que la organización se oriente a cometer *delitos*; no bastando el propósito de cometer un delito en particular (*argumento gramatical*). Si la ley hubiera querido exigir lo contrario le era suficiente tener en cuenta la necesidad de redactar el precepto en singular, excluyendo cualquier referencia al plural.

En segundo lugar, desde el punto de vista *teleológico*, se apunta que una diferencia esencial entre la asociación para delinquir y las formas tradicionales de participación –en especial la conspiración para delinquir– consiste en que mientras esta última supone un acuerdo circunstancial de voluntades para cometer un delito concreto, luego del cual por lo general se disuelve dicho acuerdo, la primera implica una organización estable y permanente en el tiempo que *trasciende y va más allá* de la finalidad de cometer un delito específico³¹². Mientras una sucumbe con la finalidad de cometer un delito, la otra se extiende en el tiempo y por su misma naturaleza de estabilidad se proyecta a la comisión de otros delitos.

En ese sentido, no puede calificarse como una asociación ilícita aquél acuerdo de voluntades dirigido, por ejemplo, a cometer un concreto delito de estafa. Sin embargo, habrá delito si dicho colectivo social luego de organizarse, distribuyendo funciones y manteniendo una

³¹¹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 194; Sebastián SOLER, Op. cit., p. 605; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 452; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 464, quien, siguiendo a MANZINI, anota: «la expresión delitos significa varios hechos delictuosos; es decir, varias acciones previstas en la ley como delitos, independientemente de su eventual unificación meramente jurídica».

³¹² Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1156; Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 242.

línea de mando, y teniendo duración en el tiempo, posee como finalidad cometer varios delitos de estafa.

El mantener la especificidad del delito no implica que la comisión del mismo no pueda ser plural³¹³. En tal sentido, asociarse para cometer un solo delito no integra la idea jurídico penal de asociación para delinquir³¹⁴. Si un grupo de personas quiere cometer un solo delito, por más que se llame y autodenomine asociación, estaremos aquí ante una conspiración para delinquir; y no precisamente ante el delito de asociación ilícita. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en la resolución de la Sala Anticorrupción C, de fecha 19 de Marzo del 2005, se señala que el plan de la asociación para delinquir debe dirigirse a la «*comisión de una pluralidad de delitos*», los cuales no se agotan en una conducta delictiva determinada³¹⁵.

Por otro lado, se destaca que si la asociación tuviera como finalidad la comisión de un solo delito no lograría cumplir con un requisito esencial para su existencia jurídica: la necesidad de organización. No se lograría explicar de manera suficiente el por qué en estos casos se prescinde de aplicar las reglas comunes de la autoría y la participación, apelándose a una figura penal como la asociación ilícita.

Pese a lo dicho, y habiéndose constituido la asociación con el fin de cometer varios delitos, puede suceder que la organización sólo llegue a cometer un solo delito; por ejemplo, porque luego de realizado el hecho se disolvió la asociación por causas ajenas a los socios, se detuvo a sus miembros, o se produjo la muerte de la mayoría de ellos, etc³¹⁶.

Los delitos que proyecta cometer la asociación no deben ser necesariamente de una sola clase, encontrarse reunidos bajo un mismo epígrafe o deben afectar a un mismo bien jurídico³¹⁷. Si bien esto es lo

³¹³ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1157.

³¹⁴ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 241.

³¹⁵ Véase el Expediente 039 - 04 - A.

³¹⁶ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 57.

³¹⁷ Cfr. Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 465.

común, no existe ningún inconveniente dogmático ni observación político-criminal válida que impida que los delitos que proyecte cometer la organización sean variados y de diversa índole, incluso puede que no exista alguna relación material entre sí. La existencia jurídica de la asociación y su relevancia penal no se debe supeditar a que los delitos sean de una sola clase, especie o se encuentren formal o materialmente relacionados entre sí.

Capítulo VII

TIPO SUBJETIVO

I. El dolo

La única modalidad comisiva del delito de asociación para delinquir por imperio del principio de legalidad (art. 12º) es la conducta *dolosa* en cualquiera de sus modalidades, ya sea dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado o dolo eventual³¹⁸. La ley no exige ningún elemento subjetivo especial o una motivación particular³¹⁹. Sólo hay una tendencia interna trascendente que queda reflejada por la referencia a *cometer otro delito*.

El dolo requiere ante todo el conocimiento y el saber que se forma parte de una agrupación de dos o más personas y cuyo fin es cometer delitos³²⁰. El sujeto debe saber que forma parte de una es-

³¹⁸ Cfr. Laura ZÓNICA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 295; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 24.

Exigen *dolo específica*: FRANCESCO ANTOLISEI, Op. cit., p. 243; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1158; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 198; Mario VALLANTE, Op. cit., p. 111; Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 14: «La presencia del dolo específico es sin duda un requisito delimitativo y selectivo de la responsabilidad penal y como tal abstractamente adecuado a un derecho penal de *extrema ratio*»; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 464; Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 68.

³¹⁹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 197; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 191.

³²⁰ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 475; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1158; Thomas WEIGEND, Op. cit., Sebastián SOLER, Op. cit., p. 603.

estructura organizada, o conocer su existencia, y de la finalidad a la que ella tiende³²¹.

No es necesario que el dolo abarque específicamente la clase y gravedad de los delitos que se pretende cometer en la asociación o los que el socio pretende realizar. Tampoco se requiere que el sujeto sea conciente del acto preciso en el que se integra a la asociación. Basta que conozca que forma parte de ella.

Desde el punto de vista sistemático el comportamiento doloso no puede ser de un solo sujeto, sino de todos los que forman parte de la organización criminal, en virtud a la naturaleza plurisubjetiva de la formulación típica³²². En efecto, si, por ejemplo, cinco personas forman la asociación y sólo una conoce –el líder– que se trata de un grupo criminal, mientras las demás prestan sus aportes sin la conciencia de ello no habrá delito de asociación para delinquir en la medida que hay una causa de atipicidad de naturaleza subjetiva (falta el dolo).

No se exige un conocimiento pleno de los delitos a los que la asociación se dedica. Ni tampoco que conozca la gravedad, número o naturaleza de los mismos. Basta que sepa que forma parte de una organización con fines criminales. Debe destacarse que una cosa es exigir el conocimiento de los fines delictivos de la asociación y otra muy distinta es el conocimiento de las actividades de cada socio en particular o los delitos que estos cometen dentro o al margen de la organización³²³. La ley sólo se detiene en lo primero, mientras que lo segundo resulta irrelevante.

Asimismo, debe diferenciarse el caso en el que se proyecta, informa o participa en la planificación o ejecución de un delito con un directivo, jefe, fundador o un mero integrante de la asociación criminal del hecho –completamente diferente– de formar parte, integrar

³²¹ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, *Op. cit.*, p. 198. Véase, además, la sentencia 709 de la casación italiana del 26 de Enero de 1993 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, *Op. cit.*, p. 984.

³²² Mario VALIANTE, *Op. cit.*, p. 112.

³²³ Cfr. Gabrio FORTI, *Op. cit.*, p. 1158.

o pertenecer a dicha organización. Las coordinaciones esporádicas o los apoyos coyunturales no determinan la calidad de socio o de integrante de la asociación. Aquí bien puede plantearse, si es que se acepta³²⁴, la posibilidad de participación en el delito de asociación para delinquir.

La ley penal reprime sólo el hecho de formar parte de una asociación que busca cometer delitos y no exige que el asociado quiera cometer los delitos a los que la organización se dedica. Incluso, puede suceder que la persona conozca que forma parte de una asociación ilícita pero no quiera intervenir materialmente en los actos criminales que ésta ejecuta, los que incluso es posible que los repruebe, pero aún así existe de modo inconfundible el delito de asociación ilícita³²⁵. Ello se debe al hecho a que la ley no le importa en absoluto que la persona quiera cometer delitos, pues lo único que le interesa es que forme parte de una agrupación que busca perpetrar delitos³²⁶, aún cuando nunca los cometa ni quiera cometerlos.

El formar parte de una asociación que tiene como fin cometer delitos, no equivale ni sustituye a la voluntad individual de delinquir. Es completamente irrelevante a la tipicidad del delito en cuestión el hecho que el integrante de la organización quiera o no cometer delitos, dado que basta en la realización del tipo con el formar parte de ella sabiendo que el ente colectivo busca cometerlos.

Los fines delictivos de la asociación no dependen de la creencia de la persona que se integra o que forma parte de ella. Así, por ejemplo, si alguien se afilia a una asociación para subvertir el orden público o alterar la tranquilidad pública no por ello va a responder bajo los alcances del art. 317^º, pues su voluntad criminal no es la voluntad de la asociación que sigue teniendo objetivos lícitos. No actúa típicamente respecto al delito de asociación ilícita. Si comete un acto delictivo por

³²⁴ En contra, Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 38.

³²⁵ En contra, Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 408, quien señala que el propósito de delinquir debe inspirar a todos y cada uno de sus miembros.

³²⁶ Véase la sentencia 709 de la casación italiana del 26 de Enero de 1993 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO. y R. PETRUCCI, Op. cit, p. 982.

su cuenta, valiéndose del ente colectivo que lo cobija su responsabilidad penal será por dicho delito, mas nunca por el art. 317º.

En sentido contrario, si una persona forma parte de una organización cuyo fin es alterar la tranquilidad pública responderá penalmente por el delito de asociación ilícita, a pesar que nunca altere la tranquilidad pública o pese a que no se afilie para subvertir dicha tranquilidad, siempre que –desde nuestra perspectiva (*ut infra*)– realice actos a favor de dichos objetivos. Tampoco es necesario para el dolo que el autor apruebe plenamente y de manera absoluta todos los objetivos criminales de la asociación a la que pertenece o que avale todos sus métodos, estrategias y tácticas.

El dolo no debe necesariamente abarcar el conocimiento de los detalles y pormenores de lo que ocurre dentro de la asociación ilícita como las características de su organización, de la distribución de funciones y el conocimiento de la cadena de mando. La ley no le exige al integrante un conocimiento vasto o pleno acerca de la organización delictiva. Tampoco le exige el saber la dimensión, alcance y cobertura del ente ni todos los fines criminales que persigue.

Asimismo, no es necesario que se conozca personalmente a todos los socios o integrantes de la asociación³²⁷. Incluso, puede suceder que no se conozca ni se tenga un trato personal con algún miembro. Ello no es problema para la tipicidad del comportamiento, pues lo único que la ley requiere es que se sepa que se forma parte de una agrupación de dos o más personas³²⁸, lo cual no implica que se conozca sus nombres, identidades o se tenga un trato o afinidad con ellos³²⁹.

La ley respecto al dolo exige el conocimiento de la existencia de la organización y de sus fines (criminales), mas no requiere de un conocimiento de sus miembros o de un conocimiento detallado de su organización interna. Por tanto, hay dolo cuando se conoce que se per-

³²⁷ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1158.

³²⁸ Mario VALIANTE, Op. cit., p. 52.

³²⁹ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 405; Abel CORNEJO, Op. cit., p. 46; JUSTO LAJE ANAYA, Op. cit., p. 24; Carlos CREUS, Op. cit., p. 109.

tenece a una organización que tiene fines criminales, pese a que no se sepa minuciosamente los alcances de su estructura interna o se ignore, por ejemplo, quiénes son sus jefes, los mecanismos de rotación en el ejercicio del poder, el lugar donde se encuentran, los planes futuros de expansión, los contactos con otras organizaciones extranjeras, los mecanismos de adquisición y protección de los fondos con los que financian sus actividades, etc.

Lo dicho es importante en la medida que no puede alegarse como excusa capaz de fundar un error de tipo el hecho que no se tenga plena idea acerca de la real dimensión, alcance y cobertura de la organización criminal. El que no se conozca a todos los miembros, ni se sepa de todas las actividades de la asociación criminal no debe conducir a pensar que el sujeto ha incurrido en un error de tipo, dado que a la ley lo único que le importa es el conocimiento de que se forma parte de una asociación destinada a cometer delitos, sin que sea necesario entrar a exigir un conocimiento pormenorizado.

2. El error

El error de tipo vencible o invencible excluye la responsabilidad penal (art. 14º). Dicha regla también es aplicable al delito de asociación ilícita. El error puede consistir en no saber que se forma parte de una organización³³⁰, ya sea porque un tercero sin autorización lo ha incorporado o porque la persona no conoce que en virtud del comportamiento realizado se encuentra vinculado a la asociación criminal, v. gr., Juan realiza una donación de 10.000 dólares a una asociación, la cual en sus estatutos dispone que todo aquél que efectúe una donación igual o por encima de dicha cifra se convierte automáticamente en asociado.

El error también puede recaer sobre la existencia jurídica de la agrupación y en particular en lo que atañe al número mínimo de integrantes de la misma³³¹. Por ejemplo, el que acuerda con otra persona

³³⁰ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, *Op. cit.*, p. 475; Gabrio FORTI, *Op. cit.*, p. 1159; Salvatore ARDIZZONE, *Op. cit.*, p. 198; Fidel ROJAS VARGAS, *Op. cit.*, p. 68.

³³¹ Cfr. Carlos CREUS, *Op. cit.*, p. 112.

formar una asociación con fines criminales, v. gr., estafar a determinadas personas ignorando que el número requerido para constituir una asociación ilícita es tres y no dos como erróneamente cree.

Asimismo, constituye error de tipo el no saber que la organización está dedicada a fines delictivos bajo la creencia, por ejemplo, que sólo se dedica a cometer otra clase de ilícitos como, por ejemplo, ilícitos civiles, administrativos, laborales, etc., o sólo persigue fines inmorales o atentados contra la ética.

Capítulo VIII

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

I. El problema de la autoría y la participación en el delito de asociación para delinquir

a) *¿Favorecer es lo mismo que formar parte?*

Los delitos de convergencia³³², entre los que se cuenta el delito de asociación para delinquir, presenta la dificultad acerca de si se aceptan formas de participación criminal, v. gr., la instigación o complicidad, o si, más bien, la única forma de intervención en el hecho es a través de la autoría y sus formas (autoría, coautoría y autoría mediata).

El problema reside en diferenciar la participación externa a favor de la asociación de lo que son las formas de realización del delito contenido en el art. 317º del C.P. y que viene dado por el «formar parte». Muchas veces se entiende que colaborar con la asociación es lo mismo que formar parte de ella.

Dicha problemática se agudiza más aún cuando la sensibilidad social se acrecienta y ve a la *contiguítá* (la colaboración del sujeto extraño

³³² Cfr. María del Mar CARRASCO ANDRINO, Op. cit., p. 155 y ss.

con la organización criminal) como uno de los aspectos más reprobables y perniciosos en el plano social³³³, generándose a su alrededor un debate político y jurídico de suma trascendencia³³⁴.

La pregunta que se formula: ¿Es suficiente que se efectúe cualquier forma de favorecimiento o colaboración con la entidad criminal para que se entienda realizada la tipicidad del art. 317º del C.P.?; ¿es necesario algo más (*quid iuris*) que el simple favorecimiento con el fin de precisar que se pertenece o forma parte de la asociación? En suma, ¿Es posible diferenciar «el colaborar» del «formar parte» o «el pertenecer»?

b) El déficit de determinación del supuesto de hecho. La crisis del principio de legalidad

El panorama sufre una complicación adicional cuando se observa que la dificultad de diferenciación y precisión proviene de los déficit de determinación y taxatividad marcados por la formulación típica del delito de asociación para delinquir que de manera abierta y general alude al que «forma parte», hecho que condiciona la actividad judicial, la cual goza de un amplio margen de discrecionalidad³³⁵ que en la mayoría de casos adquiere ribetes de arbitrariedad.

Asimismo, hay una clara ausencia de criterios jurisprudenciales uniformes, ciertos y unívocos que de manera homogénea delimiten la zona de la autoría y la participación. Muchas veces las soluciones que se ofrecen responden a las necesidades y problemas del caso

³³³ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 86; C. VISCONTI, «Il concorso «esterno» nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed exigente politico criminal», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXVIII, Milano, 1995, p. 1305.

³³⁴ Cfr. Giovanni FIANDACA, «Orientamenti Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'Asociazione criminale», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39.

³³⁵ Cfr. Carlo Federico GROSSO, «Contiguita e Concorso esterno», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004; p. 222.

concreto, incurriendo en una óptica exasperante³³⁶ que difícilmente contribuye a la consolidación de las formulaciones dogmáticas³³⁷.

c) Los planteamientos dogmáticos y jurisprudenciales

En la diferenciación de la autoría y la participación en delito de asociación para delinquir las posiciones se dividen en tres.

Una de ellas considera que el «formar parte» se satisface cuando hay de por medio una contribución *causalmente* vinculada con la constitución o conservación de la sociedad. Los autores que suscriben este planteamiento al exigir sólo una relación causal consideran innecesario la fijación de un concurso externo en el delito asociativo (*modelo causal*).

La otra posición estima que para formar parte se necesita pertenecer a la asociación criminal, ya sea a través de una afiliación formal, de un juramento solemne, la firma de un acta de sujeción o por medio de actos concluyentes; por lo que no todo acto de contribución es un acto de pertenencia a la organización. Esta tesis valora positivamente la capacidad de rendimiento de la construcción de la participación externa y su necesidad político-criminal (*modelo organizativo*).

Finalmente, hay quienes se muestran desencantados de realizar esta diferenciación, pese a admitir en abstracto dicha posibilidad, pero temen su uso indiscriminado³³⁸. Este criterio se denomina modelo sincrético aditivo y reúne las dos posiciones anteriores exigiendo tanto una relación de pertenencia a la asociación como una contribución a la misma³³⁹.

³³⁶ Al respecto, Sergio MOCCIA, «Emergencia e Defesa dos Direitos Fundamentais», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Año 7 N° 25, Sao Paulo, Janeiro – Marco de 1999, p. 64 y ss.

³³⁷ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 41.

³³⁸ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1307.

³³⁹ Por todos, Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 41.

d) Trasfondo político-criminal

Tras esta problemática se esconde la necesidad político-criminal de buscar respuestas de carácter dogmático para solucionar los casos de participación de terceros en la estructura, composición y programa de la asociación delictiva y de aprovechar los instrumentos jurídico penales con el fin de lograr un control penal lo más extenso y justo posible, adaptándola a la realidad criminológica³⁴⁰.

e) Las tesis principales

La doctrina y jurisprudencia comparada, especialmente la italiana, se ha dividido, a grandes rasgos, en dos grandes corrientes.

ea) Colaborar es lo mismo que pertenecer. El modelo causal

La primera corriente estima que toda forma de colaboración en la asociación criminal implica ya la realización del delito mismo, en virtud que la tipificación causal de la conducta de participación impide distinguir entre colaboraciones prestadas desde el interior o desde el exterior de dicha organización³⁴¹. En la medida que hay un aporte significativo es que se forma parte de la asociación.

La vigencia del *principio de legalidad y de las exigencias de seguridad jurídica* hace que se considere altamente reprochable distinguir entre participación en la asociación y actos de colaboración externa³⁴², más aún cuando se termina fomentando los ámbitos de arbitrariedad judicial.

Desde la *perspectiva sistemática* se alega que la aplicación de las reglas generales de la participación queda excluida por la existencia,

³⁴⁰ Cfr. Mario VALLANTE, «L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione criminosa)», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXVIII, Milano, 1995; p. 825; C. VISCONTI, Op. cit., p. 1304.

³⁴¹ Cfr. Alberto CADOPPI y Paolo VENEZIANI, Op. cit., p. 406.

³⁴² Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 219.

por ejemplo, de tipos penales de favorecimiento y asistencia a los asociados (Italia o España), de tal manera que al castigarse sólo algunas formas de participación externa la voluntad de la ley es dejar impune a las restantes.

En España la actividad de promoción engloba los supuestos de inducción³⁴³. La doctrina de ese país entiende que las normas de participación quedan excluidas por la tipificación expresa de conductas de colaboración realizadas por miembros o por sujetos extraños a la banda³⁴⁴.

A esta misma conclusión es posible llegar en el Perú cuando se observa que la Ley N° 25475 (06/05/92) regula las diversas formas comisivas de la figura penal de *colaboración en el terrorismo* (art. 4º) en la que se sanciona diversas acciones como: a) Suministro de documentos e informaciones sobre personas y patrimonios; b) La cesión o utilización de cualquier tipo de alejamiento o de otros medios destinados a ocultar personas o servir de depósitos de armas; c) El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculados con sus actividades delictuosas así como la prestación de cualquier tipo de ayuda; d) La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas; e) La fabricación, adquisición, tenencia, almacenamiento o suministro de armas municiones, sustancias y objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos; c) Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas.

Se entiende que más allá de las conductas de colaboración descritas en el art. 4º de dicha ley no es posible sancionar actos de colaboración por más reprochables y eficaces que fueran, máxime si aquí se regulan formas tipificadas de participación.

³⁴³ Por todos, María del Mar CARRASCO ANDRINO, Op. cit., p. 164.

³⁴⁴ Véase Id.

eb) Colaborar es distinto que pertenecer. El modelo organizativo

La segunda posición doctrinal y jurisprudencial³⁴⁵ plantea a favor de la posibilidad de participación criminal diversos argumentos.

Así, por ejemplo, desde el plano *lógico* se subraya que es posible diferenciar la posición de quién contribuye como miembro de la sociedad de quién de manera ocasional y esporádica presta una colaboración relevante para su mantenimiento³⁴⁶.

La ley cuando alude al «formar parte» pretende destacar la profunda compenetración que debe caracterizar la relación entre el sujeto y la asociación³⁴⁷.

El partícipe que no forma parte de la asociación no tiene un grado de compenetración ni desarrolla un rol en su interior. Asimismo, la relación del integrante de la asociación está marcada por un vínculo de estabilidad y de permanencia, mientras que la relación del partícipe por el binomio de intervención ocasional, episódica y por el carácter no institucional de su contribución. El partícipe es aquél que no pertenece a la estructura orgánica de la asociación y se ha limitado de manera ocasional y de forma no institucionalizada a prestar su contribución idónea con el fin que ella alcance sus fines³⁴⁸.

Desde el punto de vista *valorativo*, que tiene en cuenta el modelo de Derecho Penal establecido en la Constitución y los principios jurídico penales, es una obligación mantener la distinción en la esfera de la asociación para delinquir de los casos de autoría que no sólo nacen del formar parte de la organización, sino requieren de una regulari-

³⁴⁵ Al respecto, véase la abundante jurisprudencia italiana citada por Mario VALIANTE, Op. cit., p. 820 nota 1; Roland RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale* (Parte General), Cedam, 4 ed., Padova, 2002, p. 369.

³⁴⁶ Cfr. Carlo Federico GROSSO, «Le contiguita alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXVI, Fasc. 2 - 3: Aprile - Settembre, Milano, 1993; p. 1191.

³⁴⁷ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1324.

³⁴⁸ Cfr. Federico GROSSO, Op. cit., p. 1188.

dad, permanencia, distribución de funciones y una adecuación de medios para lograr sus fines, de los supuestos de participación criminal en donde no hay un dominio del hecho y solo media una asistencia, colaboración y ayuda en la vida social de la organización.

La subsunción y tratamiento de las formas de participación criminal como si fueran modalidades de autoría resulta contrario a las bases constitucionales y legales de nuestro Derecho Penal que reconoce un sistema restrictivo de autor y no un sistema unitario, en el que las diferencias entre autor y partícipe desaparecen. Asimismo, no es igual pertenecer y contribuir activamente con una estructura criminal organizada que ayudar a una asociación en sus fines.

Desde la perspectiva *sociológica* se constata la excesiva frecuencia de casos de participación en la asociación criminal que revisten diversas formas,³⁴⁹ v. gr., labores de reclutamiento, provisión de medios, y recursos, labores de adoctrinamiento, etc.,³⁵⁰ y que se distinguen de las formas de autoría.

Desde el punto de vista *preventivo general* las reglas de participación evitan situaciones de impunidad en la medida que permiten el castigo de sujetos que de otra manera quedarían impunes a pesar de su proximidad y contribución objetiva con la organización. Los que no forman parte de la organización, pero que contribuyen con ella, son alcanzados por las normas de la participación, v. gr., políticos, empresarios³⁵¹, etc., o que –según un sector de la doctrina– pueden clasificarse en aportes de tipo político, empresarial, judicial y profesional³⁵².

f) Relación entre la actividad probatoria y la calificación de la autoría y participación

Por otro lado, se remarca que en muchas ocasiones la calificación de autores y partícipes en el delito de asociación para delinquir de-

³⁴⁹ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1324.

³⁵⁰ Cfr. Federico Grosso, Op. cit., p. 1191.

³⁵¹ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1324.

³⁵² Cfr. Federico Grosso, Op. cit., p. 1185.

pende más del acervo probatorio con el que se cuente en cada caso que de criterios dogmáticos o técnicos de validez general. Así, por ejemplo, cuando no es posible probar la pertenencia efectiva a una asociación criminal queda el camino de calificar el aporte como una forma de participación, v. gr., complicidad o instigación.

Se aplica aquí el *in dubio pro reo* como relación lógica y probatoria gradual que no siempre tiene que terminar en situaciones de impunidad. En estos casos se produce una evidente y clara *procesalización* de las categorías penales sustantivas³⁵³.

2. La Autoría

a) *Delimitación del «formar parte» de la organización*

La ley penal peruana castiga como autor del delito de asociación para delinquir a quien forma parte de ella. No basta, por tanto, la simple adhesión, reconocimiento, respeto o aprobación del programa criminal, si es que este acto no viene acompañado de manera unívoca de un «formar parte activa»³⁵⁴.

La condición de autor y el formar parte de la asociación no viene dado por pertenecer a la cúpula directiva, al mando dirigente ni a la estructura intermedia de la asociación, sino simplemente por formar parte de ella en cualquiera de sus niveles u órdenes jerárquicos.

b) *La existencia de un «rol específico»*

La autoría depende del ejercicio –y no la mera adhesión formal– de la concreta esfera de competencia y del rol de integrante que el sujeto cumple dentro de la organización. En la dogmática tradicional y en la jurisprudencia común normalmente bastaba, para dar por cumplida la prueba de la autoría, el hecho que el sujeto manifieste su voluntad de pertenecer a la asociación. Era suficiente la adhesión vo-

³⁵³ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 41.

³⁵⁴ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 85.

luntaria para que se entienda cumplido uno de los requisitos de la tipicidad del art. 317º del C.P.

Sin embargo, en la actualidad la mejor doctrina y jurisprudencia viene exigiendo que se delimite y diferencie el simple hecho de formar parte de la organización de la necesidad y la obligación legal de probar el rol efectivo, la función concreta o la actividad específica que la persona cumple en la asociación³⁵⁵.

No es suficiente que se precise un rol genérico o indeterminado³⁵⁶ que se puede entender deriva del simple «formar parte», sino que se tiene que individualizar y concretar cuál es la función que la persona cumple dentro de la organización. El acto típico de la asociación constituye un comportamiento concreto y específico que contribuye a la formación o a la operatividad del ente criminal.

Todo asociado debe cumplir con el rol, competencia y función que se le asigna³⁵⁷. No basta saber que el sujeto es afiliado, sino que se precisa conocer qué ha hecho y como ha contribuido con la organización³⁵⁸. En todo momento se debe diferenciar lo que es la mera *atribución* del rol de la efectiva y real probanza del mismo.

c) *Los prejuicios en la aceptación del «rol específico»*

Sin embargo, no siempre esta exigencia ha sido entendida por la jurisprudencia comparada, normalmente a raíz de dos prejuicios: uno *criminológico* y otro *probatorio*³⁵⁹. El prejuicio criminológico surge al resolver los problemas de las grandes organizaciones criminales contemporáneas, v. gr., la mafia, la yakuza o los grupos terroristas, que por su dimensión, complejidad y envergadura renuncian a exigir la prueba

³⁵⁵ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 42.

³⁵⁶ En contra, Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 86.

³⁵⁷ Cfr. Mario VALIANTE, *Il Reato Asociativo*, p. 99.

³⁵⁸ Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 45.

³⁵⁹ *In extenso*, Id., p. 43.

de la actividad concreta realizada por el socio limitándose a requerir la mera pertenencia formal, presumiendo que quien se incorpora desarrolla inmediatamente una función ejecutiva en beneficio de la organización, quebrantando, así, el respeto necesario al principio constitucional de la presunción de inocencia.

El prejuicio probatorio proviene, por su lado, de la utilización como principal medio de prueba de los colaboradores de la justicia (*pentiti*) quienes al momento de declarar se limitan a incriminar personas, precisar o entregar nombres y no a identificar qué tipos de actividades cumplían dentro del organigrama de la asociación.

d) El requisito formal y material

Sólo puede ser considerado como autor el socio activo (*ut infra*) que no es otro que aquél que desarrolla actividades en bien o al servicio de la asociación una vez que forma parte de ella. El autor del delito debe cumplir con un requisito *formal* y un requisito *material*. El requisito formal es pertenecer o integrar la organización criminal y el material lo configura el realizar actos objetivos en favor de la misma. Desde el punto de vista temporal, el acto de pertenencia o incorporación a la asociación es y debe ser anterior en el tiempo respecto a la contribución y al aporte causal que se presta a la misma³⁶⁰.

Debe valorarse, en el caso concreto, el rol y la contribución que el sujeto realiza en la asociación, tomando en cuenta que el dato formal de la afiliación puede ser una condición no suficiente o por el contrario un hecho no indispensable si se mide la regularidad de su aporte³⁶¹.

No sólo es autor aquél miembro activo de la organización que se encarga de realizar, favorecer o ejecutar el programa criminal, sino aquél que, formando parte de ella, efectúa otra clase de aportes relevantes, v. gr., aportando medios financieros o medios para su subsistencia³⁶².

³⁶⁰ Id., p. 45.

³⁶¹ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1331.

³⁶² Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1153.

Sin embargo, el requisito formal debe matizarse en el sentido que no es necesario que haya un reclutamiento y un procedimiento de iniciación formal³⁶³ sumamente riguroso (investidura, aprendizaje, pruebas y juramento), pues basta para pertenecer a la agrupación criminal que el ingreso se haya producido a través de actos concluyentes³⁶⁴. Sólo así se evita interpretar la norma desde una perspectiva subjetiva-semántica que lo único que haría es el privilegiar la impunidad o el tratamiento injustificadamente benigno³⁶⁵.

Desde el punto de vista político-criminal y dogmático se ha de valorar que toda extensión de las condiciones y casos de autoría en el delito de asociación criminal implica como correlato la disminución del ámbito de aplicación de las formas de participación,³⁶⁶ v. gr., instigación y complicidad.

e) Condición de autor y conservación de plena autonomía

No es autor del delito, al no formar parte de la asociación, aquél que conserva su posición de autonomía³⁶⁷ y aporta eventualmente una contribución en el plano objetivo con el fin que la asociación cumpla sus metas. Ese es el caso de quien vende una remesa de armas o drogas a la organización, pero sin pertenecer o unirse materialmente a ella.

Lo mismo ocurre con el ejecutor de un delito que se encuentra dentro del programa criminal de la asociación, pero que no se ha incorporado a su estructura y que sólo opera como brazo percutor. En efecto, no siempre aquél que ejecuta un delito que se encuentra dentro del plan delictivo importa la asunción de la calidad de miembro o que forma parte o pertenece a la organización³⁶⁸.

³⁶³ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 192.

³⁶⁴ Cfr. Ferrando MANTOVANI, Op. cit., p. 577; Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 44.

³⁶⁵ Cfr. Federico GROSSO, Op. cit., p. 1189.

³⁶⁶ Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 45.

³⁶⁷ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 86.

³⁶⁸ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1158.

f) No basta con la intención de pertenecer a la organización para ser considerado como autor

Asimismo, no basta que el sujeto tenga deseos de pertenecer a la asociación o que demuestre su deseo de contribuir eficazmente. Tampoco es suficiente un aporte espontáneo y unilateral. La realización de un acto en favor de la asociación no convierte al sujeto en un integrante de la misma como tampoco recibir unos de sus beneficios o el efectuar contraprestaciones recíprocas.

La realización de un conjunto de actos materiales al servicio de la organización criminal si bien puede ser un indicio o un acto concluyente que demuestra la posible pertenencia a la estructura delictiva, diluye la consideración de autor del delito si es que, según la particular tradición o estructura (formal o material) de la asociación, ésta, a través de las instancias correspondientes (órganos directivos, jefes, mandos intermedios), no aceptan al sujeto como miembro o simplemente no le reconocen dicha cualidad, pese a su importante contribución.

El formar parte de una asociación delictiva no es algo que dependa del sujeto individual, de su voluntad, de su predisposición o de las acciones que realiza en beneficio de la asociación o de su programa criminal³⁶⁹, sino de un acto soberano, libre y que depende exclusivamente de los estatutos, de la decisión de sus órganos rectores, en particular de quienes ocupan o tienen cargos de dirección o cuentan con el poder de decisión para admitir o excluir a sus miembros.

No interesa el momento que se ingresa a formar parte de la estructura organizativa³⁷⁰. Lo único que importa es comprobar que se forma parte de una asociación ya operativa, en marcha con una estructura organizativa idónea, aún cuando ésta no haya cometido delitos.

³⁶⁹ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 87.

³⁷⁰ Cfr. Id., p. 87.

g) ¿Quién presta una colaboración regular a la organización es siempre autor?

Incluso la realización de una conducta más o menos permanente a favor de la asociación no convierte a la persona en integrante o miembro automático de la misma. Hay supuestos de colaboración que no implican necesariamente pertenencia o afiliación obligatoria, aún cuando en la mayoría de casos se pueda construir un indicio y sospecha en tal sentido.

Para determinar la condición de autor o partícipe en ocasiones es un parámetro valioso el identificar la actividad o el tipo de giro al que la organización se dedica, precisando la característica criminológica de la misma,³⁷¹ v. gr., si se trata de una agrupación dedicada a la lucha armada, de una organización política, de una estructura de poder económico-financiero, etc. Hay aquí una prevalencia del fenómeno socio-criminológico sobre el papel literal de la norma.

i) Peso de aporte y su relevancia en la pena concreta

La necesidad de diferenciar el tipo y el peso de la contribución y la pertenencia activa a la organización criminal como forma de autoría y participación no debe llevar a pensar que en el caso concreto no pueda imponerse la misma pena tanto al autor o al partícipe.

Si bien de modo general el autor realiza un injusto más reprochable que el partícipe (cómplice o instigador) por tener en sus manos el dominio del hecho y el rumbo de los acontecimientos, hay casos en los que por la ejecución de algunas acciones o por el significado objetivo de los aportes que se desarrollan se puede hablar de un disvalor y reprochabilidad semejante, por lo que es posible en estas condiciones plantear un *quantum* de pena similar.

³⁷¹ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 40.

h) ¿Se puede formar parte de varias organizaciones delictivas?

Un ciudadano puede formar parte de varias asociaciones criminales y en las mismas cumplir un papel completamente distinto: en una puede ser dirigente o fundador y en otra no ser más que un miembro o socio activo; o puede pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas y a la vez formar parte de una organización terrorista³⁷².

De ser así podrá ser penado a título de un concurso real de delitos, toda vez que el formar parte de una u otra organización criminal son acciones completamente distintas y separadas entre sí.

3. La participación

a) Delimitación

Partícipe de la asociación es todo aquel que no forma parte de ella pero contribuye, auxilia o favorece de alguna manera, ya sea en su consolidación, estructuración o logro de sus fines³⁷³. La participación puede darse, incluso, cuando la organización todavía no se encuentra formada, sino en proceso de ordenación y estructuración. Sin embargo, es normal que la participación se produzca cuando la asociación ya se encuentra estructurada de manera idónea.

La participación –que siempre ha de configurarse sobre comportamientos externos y objetivos– debe permitir la prolongación de la vida de la asociación o de sus fines; o por lo menos su consolidación o el mantenimiento de su capacidad operativa,³⁷⁴ v. gr., venta de armas o de productos que luego ingresan a otro país de contrabando, la provi-

³⁷² Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1170.

³⁷³ Cfr. Ferrando MANTOVANI, Op. cit., p. 577; Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 44; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1153; Mario VALLANTE, «L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione criminosa)»; p. 820; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 86; Federico GROSSO, Op. cit., p. 1187.

³⁷⁴ Cfr. Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale* (Parte General), Dolcini, Emilio Giuffrè, Milano, 2004, p. 280; Federico GROSSO, Op. cit., p. 1189.

sión de sustancias estupefacientes³⁷⁵, etc. El aporte debe prestarse mientras ésta se encuentra formando o despliegue su existencia³⁷⁶.

b) Requisitos

La participación requiere que la persona no forme parte activa de la estructura orgánica de la organización criminal³⁷⁷, es decir, que no se haya incorporado a la estructura de poder (requisito negativo) y que además haya aportado una contribución causal de una cierta consistencia (requisito positivo)³⁷⁸.

En Italia la posibilidad de participación criminal en el delito de organización para delinquir (o asociación mafiosa) es negada normalmente por los abogados que patrocinan y defienden a miembros de organizaciones criminales³⁷⁹.

c) La necesidad de relevancia causal

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia de manera mayoritaria la viene aceptando por razones de conveniencia político-criminal y de justicia material, derivadas del principio de intervención mínima y de proporcionalidad de la intervención jurídico penal, exigiendo la *relevancia causal* de la contribución prestada por el partícipe, la cual debe valorarse no sobre la base de criterios subjetivos-individuales, sino sobre una base *objetiva-material*. En tal sentido, se reclama que el aporte del partícipe debe haber influido en la vida de la organización, ya sea ayudándola a subsistir, a mantenerse o a cumplir los fines a los que tiende.

³⁷⁵ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 86; Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, Op. cit., p. 280.

³⁷⁶ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 224.

³⁷⁷ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 820.

³⁷⁸ Cfr. Federico GROSSO, Op. cit., p. 1188.

³⁷⁹ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 820.

Se alude a que el aporte y la contribución del partícipe debe traducirse en ventajas o beneficios objetivos para el ente criminal³⁸⁰. De tal manera que si no hay una ventaja o un beneficio tangible por más que haya aporte no hay una participación eficaz en el delito. No es partícipe quien sólo brinda un hospedaje temporal a una persona que pertenece a una organización criminal³⁸¹ o le brinda alimentación temporal³⁸².

Toda acción (aporte o contribución) por importante y decisiva que sea, no realiza la condición de autoría en el delito de asociación para delinquir si es que no cumple con los requisitos objetivos y subjetivos fijados en el art. 317º del C.P. referido a «formar parte», «pertener» o «integrar» una organización criminal.

d) Limitaciones de la relevancia causal

El requisito de la relevancia causal no debe exagerarse en la medida que en las organizaciones complejas, altamente tecnificadas y con un alto grado de especialización difícilmente se puede probar la relevancia causal del aporte del partícipe³⁸³.

e) Diferencias entre participación en el delito cometido y la participación en la asociación para delinquir

Se debe distinguir entre la participación en la asociación para delinquir de la participación en el delito cometido por la asociación para delinquir. La primera aparece como una ayuda o influencia sobre el socio o la organización criminal, mientras que la segunda recae sobre el delito concreto y puede darse al margen de la asociación.

³⁸⁰ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 45.

³⁸¹ Véase Ejecutoria 94-99 Lambayeque 19/12/94, en Instituto de Defensa Legal, Jurisprudencia sobre delito de terrorismo, Lima; 1996; p. 22.

³⁸² Véase Ejecutoria 1107-93 Callao 05/04/94, en Instituto de Defensa Legal; Op. cit., p. 23.

³⁸³ Por todos, Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 49.

f) Instigación y complicidad

La participación puede configurarse a título de complicidad o de instigación. La complicidad es toda ayuda, auxilio material o psíquico que se brinda a un miembro de la asociación o a la organización criminal sin que en este caso recaiga necesariamente en uno de sus miembros, v. gr., las contribuciones de índole económica.

El aporte puede ser esencial (complicidad primaria) o no esencial [complicidad secundaria), el cual debe ser visto desde una perspectiva *ex ante* en la concreta circunstancia en la que se materializa. La complicidad psíquica aparece cuando se refuerza la decisión de una persona de integrarse a la estructura criminal. Normalmente la complicidad se revela como contribución material a través del aporte de bienes y servicios³⁸⁴.

En el caso de la colaboración que se presta a una organización delictiva proporcionando determinada información ésta debe ser una información de cierta relevancia, útil a sus objetivos o a su programa criminal, o como ha tenido la ocasión de pronunciarse jurisprudencia peruana respecto a un supuesto de colaboración al terrorismo, «aquí se sanciona al que proporciona información idónea y siempre que la misma no esté al alcance de cualquier o sea por todos conocida³⁸⁵».

La instigación se configura cuando se influye o determina a una persona a pertenecer a una organización criminal³⁸⁶ ya existente o cuando se determina a su creación o consolidación.

g) ¿En quién debe recaer el aporte?

Se discute si la contribución del partícipe debe recaer en la asociación criminal o basta que se produzca un aporte a uno de los socios

³⁸⁴ Cfr. Giuseppe SPACNOLO, Op. cit., p. 86.

³⁸⁵ Véase Ejecutoria 489-93 Junín 18/04/95, en Instituto de Defensa Legal; Op. cit., p. 20 y 21.

³⁸⁶ Cfr. Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, Op. cit., p. 280; Federico GROSSO, Op. cit., p. 1187.

que la integran. En este ámbito la polémica no deja de ser aparente y superflua en la medida que se observa que el apoyo a uno de los socios que no cuenta con una incidencia directa favorable o beneficiosa en la asociación criminal no tiene relevancia jurídico penal alguna en el delito.

La contribución que se presta al socio, por más importante y significativa que fuese, en la medida que objetiva y subjetivamente —esto es que haya sido querida— no repercuta en la asociación carece de significado jurídico penal³⁸⁷.

h) Pluralidad de asociaciones

Hay que distinguir los casos en donde una organización tiene filiales o sucursales, ya sea en otros países o dentro de un Estado, pero todas responden al mismo programa criminal de aquéllos supuestos en donde hay distintas organizaciones delictivas, habiendo entre ellas un alto grado de coordinación y trabajo conjunto. En éste último caso las asociaciones son distintas y conservan su autonomía.

i) Casos de participación en la asociación para delinquir

Son ejemplos de actos de colaboración con una asociación criminal el caso de quien adiestra a una parte de sus integrantes en técnicas de interceptación telefónicas; el caso del abogado que se encarga de portar un mensaje al jefe de la organización para que éste tome una decisión, el propietario de un inmueble que deliberadamente presta su local para que se produzca una reunión de los líderes del grupo criminal³⁸⁸, el médico que realiza una prestación sanitaria a los miembros de un grupo terrorista o el juez que ayuda a excluir de responsabilidad al miembro de una organización criminal.

³⁸⁷ En sentido semejante, Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 49 y ss.

³⁸⁸ Cfr. C. VISCONTI, Op. cit., p. 1304.

j) ¿Es necesaria la contraprestación económica en la participación?

Los actos de colaboración pueden ser a título oneroso como, por ejemplo, a través de una contraprestación económica o de otro orden, como también gratuitos. No obstante, debe quedar claro que no es necesario que quien colabora reciba un beneficio o ventaja por parte de la asociación o de sus afiliados. La colaboración puede producirse por mero convencimiento ideológico, por simpatía, por común interés político o por el mero deseo de ayudar. En todo caso, siempre debe exigirse un acto objetivo de favorecimiento.

k) El dolo de la participación

Es necesario que el sujeto de manera consciente sepa que está prestando un acto de ayuda o apoyo a la asociación criminal³⁸⁹. A efectos de probar dicho conocimiento es útil y relevante que se conozca la razón por la que el sujeto prestó su colaboración³⁹⁰.

El aporte objetivo que se brinda exige que el sujeto conozca que está brindando un auxilio o favorecimiento a la organización³⁹¹. El hecho de que se desconozca la existencia en el caso concreto de la organización o que sabiendo de su existencia se ignore que el aporte va dirigido a ella, elimina el comportamiento doloso y la punibilidad de la conducta. No es necesario el dolo específico o de primer grado³⁹².

La jurisprudencia nacional cuando se ha referido al elemento subjetivo de la participación ha hecho alusión a la *voluntariedad* de la colaboración³⁹³.

³⁸⁹ Cfr. Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, Op. cit., p. 281.

³⁹⁰ Cfr. Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 45.

³⁹¹ Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 224.

³⁹² Cfr. Ferrando MANTOVANI, Op. cit., p. 577; Roland RIZ, Op., cit., p. 369.

³⁹³ Véase Ejecutoria 816-94 Junín 12/07/95, en Instituto de Defensa Legal; Op. cit., p. 20.

1) *¿La colaboración mediante chantaje o extorsión es una forma de participación criminal? El caso de la coacción a participar*

Hay también colaboración en la asociación para delinquir cuando por amenazas, chantaje o empleo de vías de hecho se termina pagando determinados cupos a una organización criminal a cambio de seguridad, de la no destrucción del patrimonio o con el deseo de evitar represalias que pueden terminar comprometiendo bienes jurídicos fundamentales.

En estos casos, pese a que se haya realizado la tipicidad objetiva de la complicidad, puede obtenerse la impunidad en base a la aplicación de las reglas del estado de necesidad o del miedo insuperable.

En este ámbito la jurisprudencia comparada, especialmente la italiana, ha distinguido el caso del *empresario complaciente* que no tiene mayor problema de aportar y contribuir a la organización, por las razones que fuera (simpatía, identificación, simpatía, razones ideológicas, etc.) del caso del *empresario sometido a amenazas y chantajes*³⁹⁴. En el primer supuesto estamos frente a una evidente colusión y, por tanto, frente a actos de colaboración y en el segundo frente a un empresario víctima que obra amparado por una causa de inculpabilidad en base al elevadísimo nivel de coacción de la organización³⁹⁵.

También son frecuentes los casos en donde se coacta y se ejerce una presión psíquica intensa sobre las personas con el fin de lograr su colaboración en una determinada organización criminal.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto. Así, por ejemplo, en una ocasión señaló que quien ayudaba a los miembros del MRTA a transportar víveres dos veces por mes «diciéndole que si en algún momento lo traicionaba o decía algo al ejército o la policía lo iba a matar o tomar represalia con el encausado y su familia» se encontraba exento de responsabilidad penal por el

³⁹⁴ Al respecto, Giovanni FIANDACA, Op. cit., p. 40; Filippo SGUBBI, Op. cit., p. 155;

³⁹⁵ Cfr. Id., p. 155.

delito de colaboración con el terrorismo³⁹⁶. Lo mismo ocurre con quien desempeñaba la función de guía y vigía «mediando fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona»³⁹⁷, aunque aquí no se señaló en qué consistía la coacción o la grave amenaza.

II) ¿Un abogado puede ser partícipe de la organización criminal?

El abogado de la organización criminal o de uno de sus miembros que realiza las tareas propias de la defensa, a través de medios legítimos y dentro de los parámetros constitucionales amplios³⁹⁸, no debe ser considerado como colaborador o partícipe de la asociación por más que desde el punto de vista objetivo haya contribuido a la conservación o reforzamiento de la misma³⁹⁹, salvo, claro está, que su conducta vaya más allá del empleo de los recursos y medios de defensa legítimos, dejando lo que es el terreno de la asesoría técnica para pasar a reforzar las bases y estructuras de la asociación, sus métodos y estrategias, adiestrando a sus integrantes en tácticas ilegales, en el empleo de conductas que lo único que garantizan y tienden es a fortalecer la impunidad y los objetivos criminales.

También realiza un comportamiento de participación el abogado que asume el papel de *correa de transmisión* de órdenes e informaciones entre los dirigentes detenidos o encarcelados (a los que defiende) y los miembros activos que se encuentran fuera de prisión⁴⁰⁰.

La jurisprudencia penal peruana exoneró correctamente de responsabilidad penal a un abogado que defendía a personas acusadas de terrorismo pese a que se le encontró literatura afín a esos grupos esti-

³⁹⁶ Véase la Ejecutoria 705-94 Junín 12/07/95, en Op. cit., p. 99 y 100.

³⁹⁷ Véase Ejecutoria 283-95 Junín 29/09/95, en Op. cit., p. 19 y 20.

³⁹⁸ Tal como afirma Mario VALIANTE, Op. cit., p. 820: «La defensa del imputado es un derecho fundamental garantizado por la Constitución y que se reconoce como esencial para el desarrollo de la persona humana y es, por tanto, inviolable».

³⁹⁹ Cfr. Federico GROSSO, Op. cit., p. 1204.

⁴⁰⁰ Cfr. Mario VALIANTE, Op. cit., p. 831.

mando que su lectura es propia de la cultura que debe tener un letrado que ejerce dichas defensas⁴⁰¹.

En estos casos debe diferenciarse los supuestos en donde el abogado pasa de defensor de los miembros de la asociación criminal a abogado de la organización criminal, defendiendo sus fines, intereses y métodos. Sin embargo, la participación no puede deducirse de meras infracciones del código deontológico, de faltas administrativas u ofensas a las autoridades.

Asimismo, la doctrina ha considerado de manera general que sólo el cumplimiento de un deber inherente a la profesión, al oficio y al cargo puede justificar y dejar impune un determinado «comportamiento objetivo de colaboración»; de tal manera que todo acto que no fuera obligatorio o que cayera más allá del correcto y necesario ejercicio o actividad profesional sería una colaboración punible⁴⁰².

El terreno lícito o ilícito por el que puede discurrir el comportamiento profesional de un abogado es en ocasiones muy tenue y leve. Por ejemplo, se discute si la constitución de una empresa *off shore* en un paraíso financiero que termina siendo el principal medio de protección y escudo de acciones de lavado de dinero constituyen actos de colaboración criminal.

Lo mismo si se señalan los riesgos de inversión, si se advierte acerca de la posible identificación y ulterior persecución penal si es que se opta por determinada forma jurídica de adquisición de bienes o aquél que consciente de su actividad se dedica a simular transferencia de acciones o de bienes a los integrantes de un grupo criminal.

⁴⁰¹ «Del análisis de las diligencias tanto policiales como judiciales se advierte que no se ha acreditado la comisión del delito ni la responsabilidad penal de los encausados, en vista de que no fueron detenidos en flagrante delito ni en peligro inminente de su perpetración, sino que fueron arrestados en sus propios domicilios; *su detención obedece al hecho de patrocinar a imputados por terrorismo, en el libre ejercicio de su profesión de abogado; en cuanto a la literatura encontrada en el estudio del encausado se infiere es parte de la cultura en el caso de un letrado que ejerce la defensa*, es más los procesados han negado rotundamente los cargos que se le imputan, en consecuencia no existen evidencias de que sean integrantes de la organización subversiva Sendero Luminoso». Ejecutoria 323-93, Lima 27/04/94).

⁴⁰² Véase Giorgio MARINUCCI y Emilio DOLCINI, Op. cit., p. 281.

m) ¿Un profesional de la salud puede ser partícipe de una organización criminal?

Otro de los problemas frecuentes que debe resolver la jurisprudencia son los casos en donde se debe determinar si puede haber participación criminal cuando los actos de ayuda los brindan los profesionales de la salud.

Aquí valen también los principios sentados para el caso de los abogados y los profesionales en general.

Sin embargo, debe dejarse sentado que el puro acto médico o de servicio asistencial a la salud no constituye ningún crimen o colaboración en la comisión de un delito o un encubrimiento, por más trascendencia objetiva o repercusión social que posea dicha asistencia, v. gr., salvar la vida a un terrorista conocido o curar las heridas del jefe de una banda de atracadores de bancos. El caso es aún más claro aún cuando el acto médico o asistencial se presta mediando coacción⁴⁰³.

La jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en tan delicado tema. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, cuya sentencia fue expedida el 18 de Noviembre de 2004, ha declarado lo siguiente:

«94. La Corte observa que el acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica⁴⁰⁴. A modo de ejemplo, el artículo 12º del Código de Ética

⁴⁰³ Véase Ejecutoria 489-94 Lambayeque 03/07/95, en Instituto de Defensa Legal; Op. cit., p. 24.

⁴⁰⁴ Cfr. Código Internacional de Ética Médica, Asociación Médica Mundial; Reglaciones en tiempo de conflicto armado, Asociación Médica Mundial; Principios de Ética Médica Europea; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, Tomo IV, folios 846 a 857); y Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, Tomo IV, folios 858 a 941).

y Deontología del Colegio Médico del Perú consagra que «[a]cto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico».

«95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18º del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que «[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos». Asimismo, el artículo 16º del Protocolo I y el artículo 10º del Protocolo II, ambos protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que «[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad». Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.»

Incluso, la Corte Interamericana da un paso más y señala correctamente que los médicos no tienen la obligación de denunciar delitos, expresando que:

«96. La sentencia de 21 de noviembre de 1996 (*supra* párr. 73.27) consideró, además, «que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas».

«97. Al respecto, la corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de

su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que «el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente».

«98. En este sentido, la Constitución del Perú de 1993, que prevalece sobre cualquier otra norma interna del ordenamiento jurídico peruano, establece en su artículo 2.18 que toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.»

«99. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141º que «no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión».

«100. El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica».⁴⁰⁵

«101. La Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos».

Sin embargo, debe distinguirse los casos en los que el profesional de la salud realiza un simple acto médico de aquellos supuestos en donde el acto médico o asistencial se presta como un acto de la perso-

⁴⁰⁵ Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999).

na que pertenece a una organización criminal en la que cumple concretas funciones y su contribución al interior es justamente realizar prestaciones asistenciales de salud.

Capítulo IX

TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

I. Naturaleza permanente o instantánea del delito de asociación para delinquir

Uno de los mayores problemas que surgen del estudio e interpretación del delito de asociación ilícita es el averiguar si este delito tiene o no el carácter de delito instantáneo o permanente. Se descarta, de forma unánime, que sea un delito de resultado⁴⁰⁶ o de daño⁴⁰⁷.

a) *La tesis del delito instantáneo*

A favor del carácter *instantáneo* de la infracción está el hecho que la ley lo que castiga no es la existencia misma de la asociación criminal,

⁴⁰⁶ En contra, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 180, quien señala que el tipo penal no indica si estamos frente a un delito de simple actividad o de resultado, situación que dependerá de la valoración del hecho concreto o la dinámica del acto delictivo. En la nota 77 sostiene que: « [...] si la declaración de los agentes [...] se realiza en presencia de los demás, el delito será predominante de actividad; pero en los supuestos de declaraciones mediatas o hechas por escrito, como a la diversidad lógica entre la manifestación de voluntad y el evento se añade una cesura espaciotemporal, el delito es de resultado».

⁴⁰⁷ Sin embargo, así Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 115, para el caso de la asociación mafiosa.

sino el hecho de vincularse o formar parte de ella, situación que se produce cuando la persona pasa a integrar en calidad de socio, afiliado o miembro su estructura interna.

El delito se consumaría cuando una persona ingresa a la asociación, siendo este suceso un comportamiento instantáneo. Desde el momento que la ley no sanciona directamente la existencia de la agrupación criminal o el desarrollar determinada clase de actividades en su interior o en beneficio de ella, sino únicamente el formar parte de la asociación es lógico –se apunta– que el núcleo del disvalor del comportamiento típico resida en el hecho de adscribirse y afiliarse, siendo irrelevante cualquier acontecimiento ulterior.

b) La tesis del delito permanente

Por su parte, a favor del carácter *permanente* del delito de asociación ilícita –posición a la que nos adherimos⁴⁰⁸– concurren razones de peso e importancia.

En primer lugar, se sostiene que la ley no castiga únicamente el sólo hecho de afiliarse o de obtener la calidad de socio o integrante de la organización, sino el formar parte de ella, situación que si bien implica el pasar a ser miembro o una conducta positiva de integrarse supone también un estado temporal –más amplio–, distinto del afiliarse.

⁴⁰⁸ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 241; Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 184 y 198; Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 475; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1159; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 116; Mario VALIANTE, «Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale», p. 59; Giovanni Maria FLICK, «L'associazione a delinquere di tipo mafioso interrogativi e riflessioni sui problema proposti dall'art. 416 bis CP», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988; p. 859; Mario VALIANTE, *Il Reato Associativo*, p. 61; Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 256; Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 14; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 24; Carlos CREUS, Op. cit., p. 108 y 111; Abel CORNEJO, Op. cit., pp. 48 y 49; Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 404; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 453; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 190; Jesús BERNAL PENZÓN, Op. cit., p. 465. En la doctrina nacional: Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 296; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 299.

El formar parte, si bien comienza con la adscripción o afiliación del nuevo miembro a la organización, posee un contenido mucho más vasto que exige una prolongación temporal y una vinculación permanente del socio con la organización criminal. Esta vinculación permanente es la esencia de la asociación que requiere de una organización estable debidamente adecuada que se prolonga en el tiempo⁴⁰⁹. El delito se consuma en el lugar y en el momento en el que se empieza a formar parte de la asociación⁴¹⁰.

El criterio que repara en la incorporación de una persona a la asociación se detiene sólo a contemplar de manera arbitraria y censurable una parte del problema (el inicio del vínculo) y no la complejidad del mismo.

La redacción del delito de asociación para delinquir no tendría mayor inconveniente de constituir un delito instantáneo y no permanente si la ley en lugar de aludir a un «formar parte», castigara el hecho de afiliarse o de adscribirse a la organización.

El comportamiento de afiliarse o adscribirse es una acción instantánea, mientras que el formar parte es un estado temporal que nace con la afiliación y se prolonga hasta que exista un vínculo entre el socio y la organización criminal.

Si las razones de *lege lata* y el correcto entendimiento de los tipos penales no bastara a la hora de sustentar el carácter permanente del delito de asociación ilícita, debe sumarse otras consideraciones de carácter político-criminal, las cuales remarcan en las consecuencias desestabilizadoras para el sistema penal y los perniciosos efectos en el campo preventivo general respecto a la prescripción y a las posibilidades de persecución del delito si es que se asume el eventual carácter instantáneo del delito, toda vez que el tiempo de la prescripción empezaría a correr desde el momento de la afiliación o la incorporación del miembro a la organización criminal, situación que generaría insostenibles lagunas de punibilidad si es que dicho socio lleva un tiempo

⁴⁰⁹ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 116.

⁴¹⁰ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 184.

prolongado, v. gr., seis, ocho, diez o veinte años, perteneciendo a la asociación ilícita.

El carácter instantáneo del delito ofrecería una inmejorable puerta de impunidad para los socios antiguos o a aquellos que tienen un tiempo prolongado en la asociación, pues a mayor tiempo que se tenga en la asociación menos posibilidades de ser perseguido y castigado.

c) Duración del vínculo asociativo

El formar parte se inicia con la afiliación pero abarca y se extiende hasta el tiempo en el que se conserva el vínculo asociativo. En efecto, se forma parte de algo –en este caso de la asociación– no sólo desde que existe una adscripción formal o material, sino hasta que medie una efectiva desvinculación que impida seguir hablando de un formar parte. Ello recién ocurre cuando la asociación se disuelve, existe una separación, destitución o una renuncia voluntaria del socio⁴¹¹.

El formar parte es un estado temporal que dura mientras haya un vínculo que ligue al miembro con la organización o a la parte con el todo. Una vez que se rompe dicho vínculo recién se puede hablar que ya no se forma parte de algo.

d) La consumación y permanencia del delito depende de la duración del vínculo asociativo

La consumación del delito para cada miembro de la asociación –de la mano del principio del hecho propio y de la personalidad de las penas– requiere tomar en cuenta el momento de la efectiva afiliación y el hecho de formar parte de una organización criminal⁴¹², sin reparar en la asociación como ente y estructura, en su fecha de constitución o cuando comienza sus actividades o ejecuta un plan criminal.

⁴¹¹ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 183.

⁴¹² Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 116.

La consumación del delito, por lo general, difiere de un sujeto a otro, desde el momento que no todos ingresan conjuntamente o en el mismo momento. Igual ocurre cuando se trata de la cesación del vínculo delictivo.

La consideración de la asociación para delinquir como delito permanente no debe llevar a olvidar que la cesación de estado antijurídico por parte del afiliado (abandono o renuncia) o la misma disolución de la entidad criminal no afecta en absoluto a la tipicidad del comportamiento realizado ni enerva la consumación del delito⁴¹³.

La calidad de delito permanente de la asociación ilícita se configura no tanto mientras dura y extiende su vida la organización criminal, sino mientras rige el vínculo entre cada miembro –individualmente considerado– y la asociación⁴¹⁴.

La permanencia se da en la medida que la persona (autor) siga perteneciendo a la organización. El delito cesa para cada integrante en el momento que se desvincula de la ella⁴¹⁵, aunque la asociación siga existiendo⁴¹⁶.

La posibilidad de cometer el delito de asociación para delinquir se inicia cuando existe el vínculo asociativo de por lo menos tres personas, esto es cuando la asociación se echa a andar.

Por su parte, frente a una asociación criminal ya instaurada o creada el delito se consuma cuando el sujeto se integra a la asociación por cualquier medio o procedimiento, v. gr., oral, por escrito, etc. Ambos aspectos deben distinguirse nítidamente, aunque a veces existen confusiones⁴¹⁷.

⁴¹³ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 256.

⁴¹⁴ Cfr. Carlos CREUS, Op. cit., p. 111.

⁴¹⁵ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 184.

⁴¹⁶ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 49.

⁴¹⁷ Así, José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 179: «El delito se consuma, a nuestro modo de ver, en el momento que la asociación principia su existencia, o sea, cuando al conjugarse en plural su verbo rector, esta queda constituida, sin perjuicio, además, de que éste es también el instante en que surge el peligro (abstracto) para el orden público».

2. La tentativa

a) Tentativa y la interpretación de cada tipo penal

Las reglas de la parte general en su interpretación más amplia suponen que todo delito puede incriminarse a título de tentativa, salvo que por la misma estructura material o la redacción de los tipos penales tal premisa deba descartarse.

Como recuerda la doctrina penal, el problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de la tentativa en los tipos de la parte especial pasa ante todo por constituir un problema de interpretación que se debe resolver en cada caso concreto.

b) La consumación del delito de asociación para delinquir no depende de la realización del programa criminal

La consumación del delito queda plenamente justificada cuando se forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos; ello de modo independiente a si existe o no alguna fase de realización del programa criminal o se cometen los delitos a los que la organización tiende⁴¹⁸. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en la resolución de la Sala Anticorrupción C, de fecha 19 de Marzo del 2005, se señala que no resulta trascendente a la hora de determinar la tipicidad objetiva del delito verificar si los delitos se cometieron o no⁴¹⁹.

El problema de la tentativa en el delito de asociación ilícita es ajeno a si el programa o los fines delictivos de la asociación comienzan a ejecutarse o no⁴²⁰. No importa que los delitos se hayan o no cometido. La ley penal sólo exige que se haya querido cometerlos⁴²¹.

⁴¹⁸ Cfr. Salvatore ARDIZZONE, Op. cit., p. 184; Abel CORNEJO, Op. cit., p. 43.

⁴¹⁹ Véase el Expediente 039 - 04 - A.

⁴²⁰ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1159; Giovannangelo DE FRANCESCO, Op. cit., p. 894; Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558; Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 14; José María TAMARIT SUMALLA, Op. cit., p. 1448; Alfonso SERRANO GÓMEZ, Op. cit., p. 889.

⁴²¹ Cfr. Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 453.

La tipicidad y consumación del art. 317º del C.P. no se supedita a que los hechos punibles que pretende perpetrar la asociación ilícita tengan un principio de ejecución, se consumen o que por lo menos lleguen a la fase preparatoria.

c) La necesidad del pacto sceleris en la consumación del delito

El delito no se consuma con las reuniones o conversaciones previas en la que se discute la posibilidad de concretar la unión o con la existencia del vínculo asociativo (*afectio sceleris*) que puede obedecer a muchas causas, v. gr., afinidad, mancomunidad de ideas, amistad, objetivos comunes etc., sino cuando habiendo el vínculo asociativo existe el programa criminal (*pacto sceleris*) determinado o indeterminado.

El vínculo asociativo sólo refleja la existencia o inicio de la asociación, pero lo que define y determina la perfección del delito, y específicamente la asociación *para delinquir*, es cuando existe el plan criminal o alguien se adhiere a él (dos o más) y se configura una organización adecuada⁴²². Ello no obsta a que el vínculo asociativo pueda coincidir temporal y plenamente con la configuración del plan criminal.

La acreditación de la responsabilidad penal a título de autor del delito de asociación para delinquir requiere primero que deba probarse la existencia de la asociación para luego recién pasar a probar si una persona pertenece o no a la misma. Sin la existencia de una asociación criminal es imposible que pueda castigarse a un ciudadano por formar parte o pertenecer a ella, dado que no se cumple con el requisito y presupuesto necesario.

El formar parte de una asociación ilícita no convierte de manera automática a un integrante responsable –a título de autor o partícipe– de los delitos que puede cometer otro miembro de la organización o un tercero que obra a cuenta o en interés de la asociación⁴²³. La res-

⁴²² Cfr. Gabrío FORTI, Op. cit., p. 1159.

⁴²³ Cfr. Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 14; Justo LAJE ANAYA, Op. cit., p. 26; Jesús BERNAL PINZÓN, Op. cit., p. 465.

ponsabilidad por el delito de asociación ilícita no se extiende a los delitos cometidos por la organización o sus miembros.

En todos estos casos la responsabilidad es individual⁴²⁴. No pierde su vigencia aquí el principio del hecho propio⁴²⁵ ni el principio de la responsabilidad penal personal por el cual para responder por cualquier delito a título de autor o partícipe debe probarse en el caso concreto que el sujeto ha participado efectivamente como autor o partícipe en su comisión⁴²⁶.

La pertenencia a una asociación criminal en calidad de dirigente, fundador o mando superior no determina por sí sola la condición de autor o partícipe en la comisión de los delitos fines a los que tienda el programa criminal⁴²⁷.

Debe necesariamente probarse, por imperio del principio de responsabilidad subjetiva y por el principio del hecho propio, la existencia de una relación de causalidad o de imputación objetiva entre el aporte del jefe o mando de la asociación y el delito fin cometido, v. gr., prometer refugio, garantizar la fuga, proveer de armas o medios, etc; y el necesario conocimiento de que el hecho va a cometerse⁴²⁸.

En este último aspecto, no basta que el sujeto conozca el programa criminal o los delitos concretos a los que la estructura organizativa tiende. Una representación vaga, genérica e indeterminada no es suficiente⁴²⁹.

Es necesario que se conozca y que se haya contribuido causalmente con el delito fin, el cual debe estar adecuadamente individualizado en

⁴²⁴ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, Op. cit., p. 405.

⁴²⁵ Véase José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 453 y ss.

⁴²⁶ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, «Il problema dei limite della responsabilita degli associati per i delitti - scopo commessi da altri associati», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, 1987; p. 42.

⁴²⁷ Cfr. Cristina DE MAGLIE, Op. cit., p. 924.

⁴²⁸ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 44.

⁴²⁹ Cfr. Id., p. 47.

su aspecto espacio-temporal, además de perder su base genérica propia de la fase previa.

d) La cesación de la actividad de la organización delictiva

Cuando se afirma que el delito de asociación para delinquir tiene un carácter permanente se pretende remarcar que la posibilidad de cometer el delito –formar parte– se extiende hasta que, de modo material, la organización deja de desplegar y ejecutar sus actividades, sin importar, por ejemplo, en caso posea la fachada de una empresa formal, si se ha disuelto o liquidado; o cuando no se cumple con el número mínimo de integrantes exigido por la ley.

La captura del jefe o fundador, de las cabezas visibles, del consejo directivo, o de los integrantes más destacados, no significa que la organización se ha disuelto, desaparecido, ha sido desarticulada; que el capturado deja de pertenecer a la asociación automáticamente⁴³⁰ o deja de ejercer algún tipo de influencia sobre ella o sus colaboradores.

En todo caso se plantea que la *sentencia condenatoria* pone fin a la responsabilidad del imputado respecto a la pertenencia de la organización, siempre, claro está, que se trate de la misma organización criminal y no de otra distinta.

Sin embargo, luego que la sentencia condenatoria quede consentida y ejecutoriada es posible que el delito de asociación para delinquir pueda volver a cometerse, tal como lo prueba el hecho que desde prisión las bandas criminales y las organizaciones delictivas pueden seguir controlando sus negocios, actividades e inversiones⁴³¹.

La prisión desde el punto de vista jurídico y criminológico no es el momento lapidario y de clausura para poner fin a la asociación criminal, la cual normalmente sigue operando en estas circunstancias.

⁴³⁰ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, p. 116.

⁴³¹ Cfr. Id., p. 116.

e) Tentativa: Casos

La doctrina señala como ejemplos de tentativa⁴³² en el delito de asociación ilícita los casos en los que existe un período de prueba para los aspirantes a miembros o socios de la organización criminal⁴³³. Sin embargo, si se considera –como nosotros lo hacemos– que no basta para la consumación del tipo penal con el sólo hecho de afiliarse o de adscribirse a la asociación para consumir el tipo (*ut infra*), sino que resulta indispensable realizar actos de favorecimiento, promoción o facilitación de los fines de la asociación, la sola afiliación puede constituir una tentativa del delito si es que no se realizan actos materiales en beneficio de los fines de la asociación.

No es tentativa del delito de asociación para delinquir el sólo persuadir o conversar con otras personas tratando de captarlas para que formen parte de la agrupación⁴³⁴, o el hallarse reunidos discutiendo la posibilidad de formar una organización criminal⁴³⁵.

⁴³² Niegan la posibilidad de tentativa en el delito de asociación ilícita, Paulo José DA COSTA JR., Op. cit., p. 123; José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., pp. 186 y 188; Carlos CREUS, Op. cit., p. 111; Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 191; Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 453.

⁴³³ Véase Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 334.

⁴³⁴ Cfr. Julio Fabbrini MIRABETE, Op. cit., p. 191.

⁴³⁵ Cfr. Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 67.

Capítulo X

ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR

I. La conspiración para delinquir

Muchas veces –tanto en el plano jurídico como social– se suele confundir a la asociaciones para delinquir con la conspiración para delinquir, a pesar que ambas figuras poseen diferencias estructurales.

Hay conspiración cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La doctrina penal perfila como sus requisitos: a) Unión de voluntades; b) Orientación de todas al mismo hecho; c) Decisión firme de ejecutarlo que debe plasmarse en un plan concreto; d) Actuación dolosa de cada concertado⁴³⁶.

Un sector calificado de la doctrina penal la concibe como un caso de coautoría anticipada, exigiendo que los conspiradores resuelvan ejecutar el delito como coautores⁴³⁷, mientras que otro sector conside-

⁴³⁶ Cfr. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., p. 187.

⁴³⁷ Véase al respecto, Santiago MIR PUIG, Op. cit., p. 333; Francisco MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 519; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 457, recuerda los requisitos para la conspiración: a) Unión de voluntades; b) orientación de todas al mismo hecho; c) decisión firme de ejecutarlo; d) actuación dolosa de cada concertado; e) viabilidad del proyecto.

ra que basta que los conspiradores adopten la decisión que uno de ellos ejecute el delito⁴³⁸. No basta que se influya en la adopción de la resolución de ejecución del delito (inducción recíproca).

Es indispensable que todos los conspiradores decidan y resuelvan ejecutarlo, lo cual requiere que los conspirados se encuentren en condiciones de realizar el respectivo tipo penal y que la decisión repose en la comisión de un delito determinado⁴³⁹. De allí que no exista ni sea punible una *complicidad en la conspiración* ni una *conspiración en la complicidad*⁴⁴⁰.

La conspiración no requiere sólo de un intercambio de impresiones o la sola deliberación, sino que resulta indispensable que se tome la resolución de cometer el delito⁴⁴¹. Quien no se ha resuelto a cometer el delito a pesar de haberlo pensado o quien ha deliberado sin llegar a tomar una decisión o ha pedido un tiempo para meditarlo, no se puede decir que ha conspirado.

2. Diferencias entre el delito de asociación ilícita y la conspiración para delinquir

Si en la asociación para delinquir se persigue cometer un género o un número plural de delitos –de allí que el tenor literal aluda a destinadas a cometer delitos–, v. gr., tráfico de drogas, proxenetismo, corrupción, etc., en la conspiración para delinquir lo que generalmente se busca es cometer un delito concreto.

La asociación ilícita supone una mayor estabilidad y duración en el tiempo. Con razón, se habla de un carácter institucional y de una ma-

⁴³⁸ Así, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, T III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 181.

⁴³⁹ Véase Santiago MIR PUIG, Op. cit., p. 333; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., p. 457.

⁴⁴⁰ Cfr. Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Tirant lo Blach, Valencia, 1999, p. 722; Joaquín CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 51.

⁴⁴¹ Cfr. José CEREZO MIR, Op. cit., p. 180.

por organización⁴⁴², a diferencia de la conspiración que tiene por objeto un delito determinado⁴⁴³. En la conspiración para cometer un delito sólo basta un acuerdo de voluntades, mientras que en la asociación para delinquir es necesario una organización eficiente y adecuada, una vida institucional y una proyección para cometer un número plural de hechos punibles⁴⁴⁴.

La conspiración se agota y termina en el acuerdo de cometer un determinado delito o, en todo caso, cuando estos se ejecutan, mientras la asociación constituye una organización que sigue vigente más allá de la comisión de los delitos. La conspiración acaba una vez que el delito se comete, mientras que la asociación subsiste a ello⁴⁴⁵. Se señala que la asociación ilícita es a la vez más y menos que la conspiración: más en la medida que requiere un mínimo de organización y una cierta estabilidad y duración temporal; y menos porque no requieren en los asociados la intención de ejecutar delito alguno⁴⁴⁶.

La asociación ilícita no implica la realización de conductas y maniobras conspirativas, toda vez que para asociarse y delinquir no se requiere conspirar –en el sentido de proyectar la comisión de un delito concreto–; del mismo modo que para conspirar no se requiere asociarse en el sentido del art. 317º del C.P. En todo caso, la conspiración es siempre un *minus* respecto a la asociación.

Se anota también como diferencia esencial entre la asociación ilícita y la conspiración el distinto *objeto de protección* entre una y otra. Mientras en la primera existe un bien jurídico autónomo como es la *autotutela del poder del Estado* frente a agresiones o amenazas organizadas, en la

⁴⁴² Cfr. Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás VIVES ANTÓN, Op. cit., p. 723.

⁴⁴³ Cfr. José CEREZO MIR, Op. cit., p. 181, quien remarca que la distinción entre asociación ilícita y conspiración se debe cifrar en criterios formales y en la mayor estabilidad de la asociación.

⁴⁴⁴ Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 328, para quien «La falta de organización es la diferencia fundamental de la asociación ilícita con la conspiración».

⁴⁴⁵ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 237.

⁴⁴⁶ Así, J. C., Carbonell MATEU y T. S. Vives ANTÓN, Op. cit., p. 2012.

conspiración el bien jurídico protegido es el mismo que el del delito concreto que se pretende ejecutar.

Por otro lado, mientras en la conspiración –desde el momento que se trata de una coautoría anticipada– el conspirador obra con un *animus auctoris*, en la asociación ilícita basta que el sujeto integre la agrupación delictiva, independientemente del elemento subjetivo o de si pretende o no participar en los hechos delictivos que constituyen la actividad de la asociación. Incluso, puede que el asociado nunca intervenga, como autor o partícipe, en el género de delitos a los que se dedica la organización criminal y aún así sea castigado aplicando el precepto contenido en el art. 317^a.

Por último, se anota que no importa la ejecución o no del delito que constituye el programa de la asociación ilícita. Si éste se comete se abre el paso a un concurso de delitos, mientras que en la conspiración si el delito se comete desaparece la responsabilidad por conspiración, castigándose sólo este hecho con las reglas generales de la autoría y la participación⁴⁴⁷.

3. La Regulación peruana

En el Perú –a diferencia de lo que sucede en el Derecho Comparado⁴⁴⁸– en donde se regula expresamente los actos preparatorios punibles, entre los que cabe contar a la conspiración, no existe una norma o precepto en la parte general que establezca el castigo de la conspiración para cometer un delito; de tal manera que si dichos comportamientos suceden en la realidad –como de hecho ocurren– no pueden ser objeto de sanción jurídico penal, puesto que se encuentran, por imperio del principio de legalidad,⁴⁴⁹ dentro de una

⁴⁴⁷ Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 237 y ss.

⁴⁴⁸ Este es el caso del Derecho Penal español, en donde la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir se castigan en los casos específicamente previstos en la ley, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 17.3 y 18.2 del Código Penal de 1995, reservando su punición a los delitos de homicidio y asesinato, lesiones corporales, detenciones ilegales y secuestros, terrorismo y traición. Véase, ampliamente, JOSÉ CEREZO MIR, Op. cit., p. 179 y ss.

⁴⁴⁹ Al respecto, JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 21 y ss.

zona de impunidad al no existir una regulación normativa que los comprenda.

En nuestro derecho positivo el *solo acuerdo* para cometer un delito *no es punible*. Únicamente se castiga el delito cometido en grado de tentativa o de consumación⁴⁵⁰.

Ahora bien, creemos que no es legítimo desde el punto de vista dogmático y constitucional pretender castigar genuinos casos de conspiración para cometer un delito, utilizando como vehículo para salvar la laguna de punibilidad existente –en una abierta aplicación de la analogía *in malam partem*⁴⁵¹– al delito de asociación ilícita para delinquir.

En efecto, no es correcto alterar y subvertir las categorías jurídico penales, quebrantando el sentido y alcance de los tipos penales, con el fin de lograr colmar un campo de impunidad.

Las exigencias político-criminales y el merecimiento y necesidad de pena no debe conducir de manera mecánica a que los casos fragantes de inmoralidad sean necesariamente castigados, más aún si con ella se quebranta el principio de legalidad, que es el axioma y garantía más importante del Derecho Penal contemporáneo en la medida que protege la libertad y los derechos de los ciudadanos de intervenciones estatales arbitrarias y fomenta la seguridad jurídica⁴⁵².

Como dice ROXIN:

«Que en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ella merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado)⁴⁵³».

⁴⁵⁰ Cfr. en el derecho italiano Giuseppe MAGGIORE, Op. cit., p. 450.

⁴⁵¹ Véase José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 178 y ss.

⁴⁵² *In extenso*, Id., p. 38 y ss.

⁴⁵³ Cfr. Claus ROXIN, Op. cit., 5/3; p. 138.

Capítulo XI

LA PRUEBA DE LA ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR

La configuración procesal del delito de asociación para delinquir requiere ante todo y como primera medida de la existencia de la organización criminal concreta⁴⁵⁴. Si es que se demuestra que no hay una asociación criminal o se genera una situación de duda al respecto no es posible expedir sentencia condenatoria a los inculcados por este delito.

La *prueba* de la existencia de la asociación ilícita es consecuencia de la determinación de su esquema operativo, del establecimiento de sus funciones y competencias, del número de miembros con los que contaba y el tipo y clase de actividad a las que se dedicaba. Sin embargo, dicha tarea es más difícil de lo que a veces se cree dada la característica de clandestinidad, actividad encubierta o mimetismo con actividades lícitas con la que ella actúa y se desenvuelve,⁴⁵⁵ más aún cuando se pretende demostrar la existencia de un centro de decisiones o identificar a sus jefes y administradores⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Cfr. Filippo SCUBBI, Op. cit., p. 153.

⁴⁵⁵ Cfr. Jörg ARNOLD, p. 232.

⁴⁵⁶ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 662/3: «Estas organizaciones, a diferencia de los delitos que se puedan cometer a través de empresas legales, operan, desde un comienzo, fuera de la ley. Su constitución misma es ilegal, el reparto de funciones no constará por

La jurisprudencia comparada exige, en base a la elevada penalidad que se le asigna al delito, que la prueba de la voluntad de formar parte e intervenir en una asociación criminal deba ser puntual y rigurosa⁴⁵⁷.

El concepto de organización es un concepto funcional ligado a las exigencias del caso concreto y sin más limitaciones que su idoneidad y suficiencia para lograr los fines (ilícitos) que se ha trazado⁴⁵⁸. Se debe reparar en *modus operandi* y la forma de actuar de la asociación, bastando en algunos casos la verificación de la realización de varios hechos delictivos⁴⁵⁹ en equipo o el despliegue de actividades comunes⁴⁶⁰.

Una prueba que acredita la existencia de la asociación –más allá, por ejemplo, de la denuncia de uno de sus afiliados– puede ser la comisión de un delito, la preparación del mismo o la tarea de difusión o propaganda que se efectúa en determinados sectores de la población o de una clase social.

Sin embargo, dada la estructura y composición típica del delito en comentario debe diferenciarse muy bien el plano conceptual o de interpretación del contenido de la prueba del mismo. En este último aspecto el juzgador debe ser muy cuidadoso, creativo y flexible y en todo momento debe evitar exigir como prueba necesaria e irrefutable que la asociación haya cometido una serie de delitos como condición para entender probada su existencia, pues ello no sólo no es necesario desde el punto de vista práctico, sino que no viene a ser un requisito previsto en la ley⁴⁶¹.

escrito, será más bien tácito, tampoco existirán órdenes escritas, ni se llevarán contabilidades transparentes y legales. En definitiva, su real funcionamiento interior será raramente descubierto, como también lo será la cúpula».

⁴⁵⁷ Véase la sentencia 5970 de la casación italiana del 19 de Junio 1997 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO. y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 984.

⁴⁵⁸ Véase ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 236; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 328.

⁴⁵⁹ Véase el Expediente N° 492 – 99 del 05 de Abril de 1999.

⁴⁶⁰ Cfr. Abel CORNEJO, Op. cit., p. 54.

⁴⁶¹ Pese a ello así parece entenderlo la Corte Suprema en algunos de sus pronunciamientos: véase el Expediente N° 492 – 99 del 05 de Abril de 1999.

No se exige, asimismo, que exista denuncias presentadas, que haya un proceso penal en curso o que por lo menos medie una investigación fiscal en trámite. Hay delito de asociación para delinquir aún cuando no se haya cometido algún delito o se haya ejecutado el programa criminal.

No obstante lo dicho, ha de remarcarse el hecho que una cosa es la prueba de la existencia de la asociación criminal y otra muy distinta es la demostración que hay un vínculo de afiliación de una persona con la organización delictiva. En efecto, una cosa es la acreditación que la asociación criminal existe y otra muy distinta es la prueba de la vinculación de una determinada persona con la asociación. En la demostración procesal de la tipicidad del art. 317^º debe dejarse plenamente sentado ambos extremos si es que se quiere dictar una sentencia condenatoria.

Asimismo, debe diferenciarse de modo nítido lo que es la prueba de la pertenencia a una asociación criminal de la prueba de su programa criminal y el conocimiento que debe tener quien la integra. No basta la acreditación que el sujeto pertenece a la organización criminal, se debe verificar, además, la configuración del programa criminal (característica, sentido, objeto, etc.) bajo el riesgo que de no ser así se termine castigando la culpa en vez del dolo y se consagre una clara expresión de responsabilidad objetiva⁴⁶².

En lo que atañe a la prueba de la relación de afiliación de una persona con la asociación criminal debe tenerse en cuenta –por lo menos de forma indiciaria– la relación de afiliados, los padrones de asociados con los que cuenta la organización, el pago regular de las cuotas corporativas (cotizaciones), las donaciones o préstamos efectuados al ente colectivo, la asistencia a las reuniones periódicas en locales sociales o lugares acordados, la participación en las diversas actividades organizadas por el ente colectivo, la intervención en deliberaciones y proyectos⁴⁶³ –aunque no sean necesariamente de naturaleza criminal–, el hacer propaganda y actos de proselitismo a favor de la misma, difundir los objetivos de la organización, la captación y adoctrinamiento de adeptos, el dar cobijo, alojamiento y protección a

⁴⁶² Cfr. Giovanni Maria FLICK, *Op. cit.*, p. 862.

⁴⁶³ Cfr. Fidel ROJAS VARGAS, *Op. cit.*, p. 68.

sus miembros o a sus colaboradores, etc.⁴⁶⁴, la defensa cerrada que se realiza de uno de los miembros cuestionados, la disposición y puesta en marcha de medios, personas y recursos con el fin de impedir la acción de la justicia, la negativa de iniciar una investigación parlamentaria, etc.

Lo importante aquí es lograr demostrar que existen lazos permanentes o, por lo menos, regulares en el tiempo que dejan en claro el compromiso, la lealtad y la obediencia del afiliado respecto a las directivas de la asociación criminal.

En una organización criminal es común que haya una natural y necesaria distribución de funciones, v. gr., algunos miembros se ocupan de la labor ideológica o de la línea política, otros del adoctrinamiento y enseñanza de los nuevos cuadros, otros del reclutamiento de nuevos miembros y finalmente un buen número de la ejecución del plan criminal⁴⁶⁵.

La asistencia esporádica y eventual a una reunión o sesión de la organización criminal no debe conducir a sostener y dar por probada la calidad de socio. Lo mismo ocurre cuando sólo se sostienen entrevistas o conversaciones circunstanciales con algún miembro o las cabezas visibles del ente delictivo⁴⁶⁶.

Resulta irrelevante para la prueba del delito o de la calidad de socio el hecho de si los integrantes de la asociación, o por lo menos uno de ellos, cuentan con antecedentes penales, policiales o de otro orden, pues de ninguna manera un documento que en nada se conecta con los hechos que motivan la imputación puede servir de

⁴⁶⁴ Cfr. Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 251 y 255.

⁴⁶⁵ Cfr. Cristina DE MAGLIE, Op. cit., p. 939; Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1153.

⁴⁶⁶ Cfr. Jesús María SILVA SÁNCHEZ y Ujala JOSHI JUBERT, Op. cit., p. 39; Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 68: «[...] incluso habrá irrelevancia penal en el caso que se converse de materias lindantes con lo delictivo o sobre temas delictivos, si del contenido de la conversación o aprestamientos se advierte que no se derivan planes o acuerdos concretos que supongan involucramiento, voluntad de integración a la agrupación y/o mancomunidad de destino ilícito».

prueba idónea para acreditar o desvirtuar la responsabilidad penal⁴⁶⁷. Una persona puede ser inocente del hecho aún contando con antecedentes penales o policiales o alguien puede ser culpable pese a no tenerlos.

Es un error gravísimo pretender deducir la calidad de un asociación para delinquir del solo detalle que los inculpados se encuentran sometidos a un mismo proceso penal y una misma acusación fiscal por haber sido detenidos de manera conjunta⁴⁶⁸.

La doctrina comparada critica de manera persistente la práctica jurisprudencial que en orden a probar el elemento finalístico o subjetivo del delito simplemente lo deduce de la mera referencia a la existencia de la organización criminal⁴⁶⁹, renunciando a practicar una necesaria labor probatoria y de indagación del dolo, hecho que conduce a una erosión de las garantías procesales mínimas y del debido proceso.

Cuando existe déficit probatorio o simplemente no es posible demostrar el momento en el que se constituyó la organización criminal, ya sea por el silencio y renuencia a declarar de sus miembros, por el fallecimiento, desaparición o no captura de los miembros fundadores, o porque se trata de una asociación que en un primer momento tuvo un origen lícito, la jurisprudencia italiana acude al elemento *subsidiario* y *presuntivo* del primer delito cometido por la organización o del primer acto directo tendiente a realizar y ejecutar el programa criminal⁴⁷⁰.

Por su parte, la jurisprudencia española sostiene que uno de los elementos idóneos de prueba de la asociación para delinquir es el empleo de medios ilícitos y con mayor motivo de medios ilícitos pena-

⁴⁶⁷ En contra, la ejecutoria recaída en el Exp. N° 492 – 99 – CONONORTE recogida en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales; Lima; Grijley; N° 2; 2001; p. 682. En sentido, crítico también, Leandro REANO PESCHIERA, Op. cit., p. 295.

⁴⁶⁸ Cfr. Fidel ROJAS VARGAS, Op. cit., p. 68, al comentar la Ejecutoria Suprema N° 1157 – 99 del 14 de Mayo de 1999.

⁴⁶⁹ Cfr. Andrea CASTALDO, Op. cit., p. 14.

⁴⁷⁰ Véase la sentencia 600 de la casación italiana del 19 de Marzo de 1991 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 985.

les por parte de la organización o de sus integrantes, hecho que refleja su naturaleza criminal por muy altas metas a las que tienda⁴⁷¹.

Si bien la ejecución y realización del programa criminal no es condición para la existencia del delito, no hay duda ni creemos que pueda discutirse que partiendo de la comisión de ciertos delitos, al margen de si encuentran conexión objetiva entre sí, sea posible a través de una inferencia llegar a demostrar la efectiva configuración de la asociación delictiva⁴⁷².

Aquí es útil reparar en la relación objetiva o subjetiva entre los ejecutores, directores o jefes, el interés o los posibles beneficiarios de los actos, la semejanza de medios, recursos o circunstancias empleadas.

La demostración de la participación del dirigente o jefe de la organización en el delito fin cometido lo determina el consentimiento que da éste a la perpetración del hecho, la influencia psicológica ejercida, el reforzamiento de la decisión criminal (complicidad psíquica) o la emisión de una orden (verbal, escrita o por actos concluyentes) para que el delito se ejecute (instigación).

La relación que media entre la pertenencia a la organización criminal y el delito cometido da lugar a un concurso real de delitos⁴⁷³ y no a un concurso ideal, dado que se trata de dos hechos distintos y que tienen una notoria diferencia en el contexto espacial y temporal, salvo el caso en el que junto al comienzo de formar parte de la asociación el sujeto comete un delito que se encuentra dentro del programa de la estructura de poder, bien porque es su prueba de fuego, se trata del requisito para ser aceptado o porque coincide la ejecución del delito con su ingreso⁴⁷⁴. En este caso nos enfrentamos a un concurso ideal de delitos.

⁴⁷¹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo español del 18 de Marzo de 1991 recogida en José MOYNA MÉNGUEZ y otros, Op. cit., p. 892.

⁴⁷² Al respecto la sentencia 11446 de la casación italiana del 17 de Noviembre de 1994 recogida en S. BELTRÁN, R. MARINO, y R. PETRUCCI, Op. cit., p. 984.

⁴⁷³ Cfr. Mario VALIANTE, *Il Reato Associativo*, p. 39; Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 160.

⁴⁷⁴ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, Op. cit., p. 158.

Ha de quedar claro que la aplicación de las reglas de los concursos no debe ser resuelta en abstracto o en el puro plano de la interpretación de la norma, sino teniendo en cuenta las características del caso concreto.

Para que exista responsabilidad penal de los miembros de la asociación (directores, jefes, fundadores, etc.) en los delitos cometidos por sus miembros debe probarse su participación material o moral en dichos sucesos⁴⁷⁵, ya sea a través de la instigación implícita derivada del acuerdo previo, necesariamente específico, de la instigación por actos concluyentes, la cual se explica por la posición eminentemente directiva o de poder del que participa como líder de la asociación⁴⁷⁶. No hay participación en el delito por el sólo acto de adherirse al ente colectivo⁴⁷⁷.

Debe también valorarse el hecho, criminológicamente comprobado, de que las acciones de participación en el delito fin operan luego de mediar un vínculo de subordinación y de respeto a la disciplina corporativa y se practica, por lo general, a nivel de los actos ejecutivos dejando a otros la iniciativa⁴⁷⁸.

Sin embargo, debe obrarse con sumo cuidado con el fin de conjurar el peligro de entender que el sólo hecho de ostentar la calidad de fundador, jefe o líder de una organización criminal convierte a una persona automáticamente en autor o partícipe del delito fin⁴⁷⁹, cuando lo correcto es verificar caso por caso si se ha dado alguna forma de intervención en el hecho, de otra manera se habrá incurrido en una forma oculta y soterrada de plantear una responsabilidad objetiva de

⁴⁷⁵ Cfr. Francesco ANTOLISEI, Op. cit., p. 242.

⁴⁷⁶ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, «Il problema dei limite della responsabilita degli associati per i delitti - scopo commessi da altri associati», p. 42.

⁴⁷⁷ Cfr. Gabrio FORTI, Op. cit., p. 1153.

⁴⁷⁸ Cfr. Mario VALIANTE, «Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale», p. 55.

⁴⁷⁹ Cfr. Ferrando MANTOVANI, Op. cit., p. 577, quien previene la necesidad de evitar la «responsabilidad por la posición o la presunción de responsabilidad».

carácter colectivo⁴⁸⁰. Es necesario aquí diferenciar la conducta asociativa de la intervención en la actividad de la asociación⁴⁸¹.

Debe quedar lo suficientemente diferenciado el problema de orden lógico o estructural que viene dado, por ejemplo, con la ostentación de la calidad de asociado que sólo comporta la comisión del delito de asociación para delinquir, del problema de orden probatorio procesal de acreditación del delito fin, por el cual la condición de jefe o líder de la asociación criminal sólo puede representar un indicio o un elemento de trabajo que puede servir, siempre que existan otras corroboraciones objetivas para plantear un acto de participación criminal⁴⁸².

⁴⁸⁰ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, p. 167.

⁴⁸¹ Cfr. Cristina DE MAGLIE, *Op. cit.*, p. 939.

⁴⁸² Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, «Il problema dei limite della responsabilita degli associati per i delitti - scopo commessi da altri associati», p. 43.

Capítulo XIII

ASOCIACIÓN ILÍCITA Y PRINCIPIO DEL HECHO PROPIO

I. Generalidades

Uno de los problemas más importantes que presenta el delito de asociación ilícita es su compatibilidad con los principios jurídico-penales de un Estado de Derecho en especial el que se vincula con el principio del hecho propio. Éste principio consagra que el ciudadano no debe responder por comportamientos (activos u omisivos) de terceros, sino por su propia conducta y las consecuencias de la misma. Queda proscrita la responsabilidad que se funda en la pura sospecha o en un hecho que carece de lesividad, lo mismo que se prohíbe la responsabilidad por el hecho ajeno⁴⁸³.

El inconveniente que se presenta desde el punto de vista constitucional en el delito de asociación para delinquir es justamente su compatibilidad con la necesidad de un comportamiento (externo) que sea capaz de poner en peligro un determinado bien jurídico (principio del hecho propio y principio de ofensividad), más aún cuando en dicha infracción lo único que se castiga es el formar parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos y no se

⁴⁸³ Ampliamente, José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., p. 471 y ss.

detiene para nada –mejor dicho se prescinde– de la exigencia que la conducta que se ejecuta ponga en peligro o lesione un bien jurídico penal de estimable valor⁴⁸⁴.

Se objeta que el integrar o el pasar a formar parte de una agrupación, asociación o ente colectivo, no constituye un comportamiento jurídicamente relevante en un Estado Democrático de Derecho, pues no se crea un riesgo intolerable y grave (riesgo típico) para un concreto bien jurídico, sino que más bien representa un comportamiento irrelevante y que carece de eficacia para lesionar un interés socialmente valioso.

No es lo mismo delinquir realizando un determinado y concreto comportamiento (activo o positivo) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, v. gr., matar, lesionar, secuestrar, que el formar parte de una organización que planea en el futuro comenzar a realizar hechos delictivos y que todavía no los perpetra o que, en el peor de los casos, habiéndolos cometido –debiendo, por ello, recibir una sanción– no los repite ni ejecuta nuevamente. La asociación para delinquir sería una suerte de responsabilidad penal por hechos futuros que tal vez nunca se cometan.

Se afirma que el sólo hecho de formar parte de un ente colectivo –una asociación– no puede determinar el nacimiento de una responsabilidad penal, ya que falta que se demuestre que la persona, por lo menos, haya comenzado a ejecutar una conducta con el propósito de cometer el delito, situación que no se logra de manera satisfactoria y atendible si es que sólo se repara en que lo que se pune es el integrar una asociación.

Que alguien forme parte de una asociación, incluso ilícita, no convierte a la persona automáticamente en un criminal, ni da pie a que se pueda afirmar que ha infringido las normas penales, ya que puede suceder que dicha persona nunca cometa un delito ni pase el umbral de lo prohibido penalmente.

⁴⁸⁴ Véase Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 560.

La ley penal no debe prohibir integrar una agrupación con fines delictivos, sino más bien comportamientos (actos u omisiones) concretos que pongan en riesgo o lesionen un bien jurídico, independientemente de si estos se producen de forma individual o de modo asociativo. Si el Derecho Penal sólo prohíbe conductas que lesionan un interés social valioso da lo mismo que lo haga de manera individual que apelando a una agrupación con fines delictivos.

Por el delito de asociación para delinquir no se trata de castigar a una persona estableciendo un sistema penal autoritario o que se funda en un Derecho Penal de autor⁴⁸⁵, sino que se pretende brindar una cobertura integral creando un instrumento adecuado y eficaz de lucha contra la delincuencia organizada.

2. La Necesidad de una interpretación teleológica. El problema del socio activo

Por los problemas antes descritos, un sector importante de la doctrina penal reclama la necesidad de la desaparición del delito de asociación para delinquir por atentar contra el principio del hecho propio y el principio de ofensividad en la medida que dicha disposición puede ser utilizada para lograr los más diversos y variados fines político-criminales que pueden ir desde beneficiar a los gobiernos autoritarios que pretenden deshacerse de sus enemigos políticos hasta desencadenar una hipertrofia del sistema penal al fomentar una elevación sustancial del número condenas, toda vez que se castiga el solo hecho de pertenecer a la asociación criminal⁴⁸⁶.

Para evitar efectos tan perniciosos y opuestos a indiscutibles principios penales de raigambre democrática es necesario realizar una *interpretación teleológica* del tipo penal (art. 317^o) en mención.

A nuestro criterio, no basta con exigir –tal como aconseja el expreso tenor literal de la norma– que el imputado forme parte de la agru-

⁴⁸⁵ Cfr. Sergio MOCCIA, Op. cit., p. 62; José CHOCLÁN MONTALVO, Op. cit., p. 35.

⁴⁸⁶ Cfr. Federico GROSSO, «Le fattispecie associative: Problemi dommatici e di politica criminale», p. 413; José María RODRÍGUEZ DE VESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, Op. cit., p. 753.

pación para que se cumplan con los requisitos típicos y se active inmediatamente el ejercicio del *ius puniendi*. Si fuera así bastaría comprobar una relación de pertenencia o adscripción formal del individuo respecto a la asociación para que la intervención del Derecho Penal quede plenamente justificada⁴⁸⁷.

El ámbito de aplicación del precepto desbordaría cualquier previsión alcanzando ribetes insospechados. Por ello es que apelando a una interpretación teleológica del tipo penal en cuestión se plantea la necesidad de exigir, junto al *formar parte*, el realizar determinadas conductas de promoción, favorecimiento o facilitación a favor de la asociación, ya sea difundiendo sus fines, captando nuevos miembros, creando satélites, sucursales o alentando –mediante técnicas y procedimientos– la consecución de sus metas criminales.

Creemos que la correcta interpretación del art. 317^o del C.P. debe reclamar la sola punición del *socio activo*, es decir, de aquél sujeto que además de pertenecer a la organización realiza maniobras positivas a favor de los fines y objetivos de la misma⁴⁸⁸, descartando el castigo –al menos como autor– en el marco de la tipicidad del delito del llamado *socio pasivo* o del *simple afiliado* que no realiza ningún comportamiento a favor de ente colectivo más allá de su mera adscripción formal⁴⁸⁹.

Por tanto, el miembro de la asociación debe ser activo, debe operar y trabajar en pos de los objetivos del ente criminal⁴⁹⁰.

Tal vez la única ventaja que ofrezca el conservar a nivel legislativo el delito de asociación ilícita sea el establecer un mecanismo normativo eficaz en la lucha contra la delincuencia económica y la criminalidad

⁴⁸⁷ No obstante, sigue este criterio Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 251, cuando sostiene que: «No puede cuestionarse, por ejemplo, que para adquirir la condición de *socio* unas veces será necesario desplegar una determinada *actividad*, mientras que –otras– bastará con la mera *adscripción* formal a la entidad [.....]».

⁴⁸⁸ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 197.

⁴⁸⁹ En contra, Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Op. cit., p. 253.

⁴⁹⁰ Cfr. Mario VALIANTE, *Il Reato Associativo*, p. 99.

organizada en general, con el fin de impedir notorias cuotas de impunidad cuando se proyecta y traza en el futuro la comisión de delitos graves que socavan la confianza en las normas.

Sin embargo queda pendiente resolver si la utilidad político-criminal es de tal magnitud que justifica el mantenimiento de la figura penal en cuestión a pesar que, de modo visible, pone en entredicho y en serio peligro las garantías del Derecho Penal democrático que es propio de un Estado de Derecho si es que los elementos que configuran el injusto no se interpretan teleológicamente de la mano de los principios del Derecho Penal.

3. El problema interpretativo luego de la vigencia de la Ley N° 28355

La Ley N° 28355 establece la punición como autor del delito de asociación para delinquir a quien solo forma parte de la organización o, de modo literal, «por el sólo hecho de ser miembro de la misma».

La introducción de esta modificación legal, que constituye tal vez la más importante reforma material en el ámbito de la asociación para delinquir, pareciera que de manera inconfundible plantea la punición de todo aquél que forma parte de la organización, sin hacer distinciones ulteriores respecto a si se es o no socio activo.

La ley, en una evidente tendencia criminalizadora y omnicomprensiva, sanciona como autor a todo aquél que realice un comportamiento de afiliación a la organización criminal. La condición de autor se adquiere así por razones formales de simple pertenencia o vinculación, pero no por criterios materiales de pertenencia y colaboración con el plan, fines o acciones de la asociación ilícita.

El legislador con la adopción del nuevo modelo legislativo se ha mostrado poco respetuoso del principio constitucional de raigambre garantista del hecho propio. Desde la redacción literal de la norma poco importa si el sujeto colabora, realiza acciones ejecutivas, de prestación o de auxilio respecto a la asociación, pues sólo basta constatar su adscripción y relación formal.

Pese a la literalidad de la norma, creemos que, desde la perspectiva judicial y de la mano con un razonamiento *teleológico garantista*, se impone necesariamente interpretar el tipo penal restrictivamente de acuerdo a los principios constitucionales, buscando la compatibilidad con el principio del hecho propio o también conocido como principio de *materialidad de la acción*; de tal manera que sólo se permita castigar como autor del delito a la persona que, además de pertenecer a la organización, realiza actos concretos que ayudan a su funcionamiento y propenden al cumplimiento de sus fines o de los objetivos criminales.

La ley penal no sólo debe tener como referencia o como criterios rectores las pautas político-criminales o de conveniencia y utilidad al momento de crear un delito o establecer una sanción. También debe tomarse en cuenta los valores constitucionales, los principios garantistas y la inderogable necesidad de respetar los derechos fundamentales propios de un Estado de Derecho.

Por otro lado, la homologación del tratamiento del socio pasivo con el del socio activo constituye una seria infracción al principio de proporcionalidad, toda vez que hay la ausencia de colaboración y de ayuda material o psicológica por parte del primero. No es igual desde el punto de vista del injusto penal el sólo hecho de afiliarse o pertenecer a una organización que colaborar a través de actos materiales o psicológicos al cumplimiento de sus fines. Esta última conducta despliega evidentemente un mayor reproche a raíz de la comisión de un injusto más grave.

Finalmente, debe precisarse que la mencionada modificación legal no impide mantener la distinción dentro del delito de asociación para delinquir de las reglas de la autoría y la participación. El hecho que se considere que la condición de autor se asume por la sola virtud de ser miembro de la organización no implica que la autoría y participación de la asociación para delinquir desaparezca, dado que tal reforma sólo incide en el tratamiento del socio pasivo o del mero afiliado a la asociación y no sobre quiénes, sin formar parte o pertenecer a la asociación, colaboran con ella externamente o fuera de ella.

En todo caso, la modificación legislativa sólo llega a tocar y a tomar partido por uno de los diversos problemas que distinguen la participación criminal en el delito de asociación para delinquir.

Capítulo XIII

OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR. SU CARÁCTER PREVENTIVO-POLICIAL

Se ha señalado al comenzar este estudio que el delito de asociación para delinquir constituye el instrumento más importante en la lucha de la criminalidad organizada, hecho que se ve facilitado por su naturaleza eminentemente preventiva. Desde el punto de vista operativo cumple, de manera general, dos funciones claramente definidas:

I. Permite una mejor cobertura y obtención de la prueba

Sirve como marco de facilitación de los diversos elementos de prueba de los delitos cometidos por el grupo criminal⁴⁹¹. El inicio de las investigaciones por parte de la policía o del Ministerio Público, como actos preparatorios a un eventual proceso penal, que requieren, por lo menos, de la sospecha de la comisión de un delito, encuentra en el delito de asociación para delinquir una oportunidad valiosa para conocer, investigar y determinar la naturaleza y sentido de la organización, de sus actividades, sus contactos y la serie de delitos cometidos.

⁴⁹¹ Cfr. Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558; Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 670; Laura ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 300.

La certeza de la existencia de una asociación con fines criminales permite poner en marcha una serie de pesquisas, diligencias y averiguaciones para precisar el conjunto de delitos cometidos, recopilando una serie de pruebas (testimonios, documentos, etc.), logrando conocer a los cabecillas y a las personas que de forma directa o indirecta apoyan a la organización y perpetran los hechos delictivos⁴⁹².

Normalmente se alude en el Derecho Comparado a que el delito de asociación para delinquir cumple en este contexto la función de «paraguas legal», de justificación o de «encubrimiento» para iniciar, potenciar y favorecer investigaciones que, de otra forma, al no existir de manera clara e inobjetable la sospecha de un delito, sería imposible llevarlas a cabo⁴⁹³.

Las indagaciones policiales y judiciales merced al empleo de la figura de asociación para delinquir permiten el descubrimiento de nuevos delitos o de la obtención de pruebas que, o bien terminan en la apertura de nuevos procesos penales, o en la consolidación de prueba para los ya existentes. Con razón se refiere que el delito de asociación para delinquir es una muestra de la «fuerza configuradora del Derecho Penal del derecho de prueba» (Langer-Stein)⁴⁹⁴.

El vínculo asociativo no sólo permite una cohesión y articulación de fuerzas de los miembros y socios en pos de alcanzar un objetivo común (ganancias, lucro, obtención de influencia, poder, etc.), sino que implica una preordenación y selección de medios, instrumentos y estrategias que se gestan a través de una previa planificación, que por lo general, se va ejecutando paulatinamente y que, una intervención oportuna por parte de las autoridades judiciales y/o policiales, permite develar y descubrir tanto la estructura interna como la serie de delitos realizados.

El inicio de las investigaciones, luego de acreditada la existencia de la asociación criminal, y el conocimiento de su estructura y organiza-

⁴⁹² Cfr. Laura ZÓNIGA RODRÍGUEZ, Id.

⁴⁹³ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 670.

⁴⁹⁴ Véase Id., p. 671.

ción interna, tiene la ventaja, respecto a la investigación de un delito particular cometido por un integrante de la organización, de ofrecer un panorama de análisis más amplio, facilitando la determinación no sólo de los ejecutores materiales, sino de quienes planificaron y ejecutaron la comisión de los delitos, los medios, instrumentos empleados y la infraestructura material y económica utilizada.

Un delito concreto muchas veces representa un hecho aislado, inexpresivo que por sí mismo no explica nada o carece de la gravedad necesaria (v. gr. hurto) para llamar la atención de las autoridades encargadas de perseguir el delito (Policía Nacional, Ministerio Público), pero sólo cuando recién se lo coloca dentro de los intereses y fines trazados por la organización adquiere su real sentido y valor, siendo el hilo de la madeja que permite el descubrimiento de otros delitos más graves y de mayor envergadura, v. gr., social o económica.

2. Evita la impunidad

El delito de asociación para delinquir permite la condena, al menos por un delito, cuando no se cuenta con los suficientes elementos probatorios acerca de la intervención —a título de autor o partícipe— de un sujeto en un delito o varios hechos cometidos a favor, por orden o en interés de la organización⁴⁹⁵.

En estos casos se suple la débil, escasa o a veces inexistente labor probatoria en la acreditación de la autoría de ciertos delitos —que conduciría a todas luces a la impunidad—, por la punición en base a su afiliación o pertenencia material a la asociación criminal⁴⁹⁶.

Si bien desde el punto de vista teórico una persona (jefe, fundador, directivo, etc.), miembro de una organización criminal, que ha ordenado la comisión de un delito, v. gr., asesinato, un acto de corrup-

⁴⁹⁵ Cfr. Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y Enrique ANARTE BORRALLÓ, Op. cit., p. 152 y ss; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 300; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 279 siguiendo a MUÑOZ CONDE.

⁴⁹⁶ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 17.

ción, transporte de drogas, robo, secuestro, extorsión, encubrimiento, etc. debe ser castigado por los hechos en los que interviene: asociación para delinquir y el concreto delito cometido; la experiencia procesal enseña que muchas veces resulta muy difícil, hasta imposible, encontrar pruebas (testimonios, documentos, etc.) que permitan vincular de manera directa e irrefutable al jefe o directivo de la organización con el delito cometido.

Luego de tediosas investigaciones y actuación de un número importante de diligencias la justicia penal tiene que capitular, quedando sólo la absolución y ulterior impunidad; si es que no se quiere vulnerar sendos principios de raigambre liberal y garantista, tales como el principio de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

Sin embargo, el recurso y la existencia del delito de asociación para delinquir permite el castigo de dicha persona por su pertenencia a la organización criminal, que de otra forma se vería libre de cualquier responsabilidad con la consiguiente erosión de la confianza que la población deposita en el derecho y en la administración de justicia, siempre, claro está, que previamente se demuestre, por un lado, la existencia de la asociación y, por el otro, la pertenencia a la misma.

El delito de asociación para delinquir actúa como una forma de cerrojo –tipo de recogida⁴⁹⁷– para evitar la impunidad de los altos directivos de la organización criminal.

⁴⁹⁷ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 672.

Capítulo XIV

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR Y AFINES

La naturaleza y condición del delito de asociación para delinquir reclama el cumplimiento de una serie de requisitos a fin de compatibilizar su estructura con los principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo como, por ejemplo, la garantía de determinación y taxatividad derivada de la vigencia del principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y el principio del hecho propio⁴⁹⁸. Veamos:

I. Restricción de aplicación a delitos graves

Se plantea la necesidad que la formulación legislativa de la asociación para delinquir se restrinja a la punibilidad de los casos en los que se proyecta la comisión de delitos graves, o por lo menos de mediana gravedad, renunciando a la punición indiscriminada –como por ejemplo ocurre en el derecho peruano y en el derecho español– de todo delito al que la organización tienda ya sea de manera planifi-

⁴⁹⁸ José Luis CASTILLO ALVA, Op. cit., pp. 67, 279 y 453.

cada o contingente⁴⁹⁹. Solo así se impediría una *hipertrofia* del sistema punitivo⁵⁰⁰.

En la actual realidad legislativa peruana se pune tanto la asociación criminal que se dirige a la comisión de delitos contra la familia, el honor o el patrimonio como aquella que tiende al tráfico de drogas o la comisión de asesinatos. Si bien semejante extensión puede considerarse apropiada desde el plano político-criminal, dado el supuesto combate sin fisuras y concesiones al crimen organizado, la figura presenta una colisión directa con la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

La salida que se propone consiste en una doble opción que va desde tomar como referencia a un límite mínimo de la penalidad (tres o cuatro años de pena privativa de libertad) del delito o delitos a los que la asociación tiende; o a la elaboración de un catálogo más o menos exhaustivo de delitos graves, v. gr., tráfico de drogas, asesinato, delitos contra la administración pública, prostitución, tráfico de armas, extorsión, etc⁵⁰¹.

Esta doble opción, empero, en nada cuestiona la idea acerca de la necesidad de limitar al máximo el delito de asociación criminal restringiendo su punición según la gravedad de los delitos que la organización busque cometer.

En este caso se parte de la idea que las conductas de preparación, o que se alejen del principio de ofensividad, sólo deben castigarse de manera excepcional, y no de modo generalizado⁵⁰².

⁴⁹⁹ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 19; Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 291.

⁵⁰⁰ Véase Sergio MOCCIA, Op. cit., p. 65; Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita», p. 181, aunque luego sostiene [p. 190] que la única tipicidad precisa – más allá de las críticas a la regulación del delito de asociación ilícita – lo debe tener la pertenencia a una organización criminal (tipo mafia o similar).

⁵⁰¹ Véase las posibilidades que ofrece en este campo las regulaciones del Derecho Comparado en Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 559.

⁵⁰² Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 678.

No faltan en este ámbito quienes se afilian a la idea de eliminar el delito de asociación para delinquir y sustituirla por regulaciones específicas que castiguen la pertenencia a una organización criminal, tipo mafia o similar, utilizando el argumento que la represión a las asociaciones ilícitas se encuentran incorporadas en determinadas circunstancias agravantes de responsabilidad por haberse aprovechado de la estructura de la organización o haber actuado en interés de ella⁵⁰³. Sin embargo, este planteamiento es inadecuado desde la perspectiva política criminal, dogmática y criminológica⁵⁰⁴.

2. Necesidad de diferenciar grados de responsabilidad

Dada la característica del delito de asociación para delinquir se reclama la conveniencia y necesidad de diferenciar los grados de responsabilidad, o por lo menos una distinta sanción penal, según se trate de un simple afiliado o de un jefe o fundador⁵⁰⁵ (presidente, jefe, directivo, etc.) en la estructura de la organización criminal, hecho que posibilita y condiciona una serie de privilegios y potestades en la adopción de ciertas decisiones y que determina una posición de superioridad y de supremacía jerárquica⁵⁰⁶.

En efecto, no cuenta con la misma valoración jurídica y estimación social el ser un mero afiliado o pertenecer a una asociación en la condición de socio activo o pasivo que mantener puestos de privilegio y de mando dentro del grupo criminal. El ordenamiento jurídico penal incurriría en un error si no diferencia ambos extremos e impone penas distintas a comportamientos que si bien poseen un desvalor su necesidad y merecimiento de pena puede diferenciarse nítidamente.

⁵⁰³ Cfr. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Op. cit., p. 189 y ss; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 292, quien sigue expresamente a QUINTERO OLIVARES.

⁵⁰⁴ Ampliamente, al respecto Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 14.

⁵⁰⁵ Cfr. Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 558; Laura ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Op. cit., p. 291 y 295; Leandro REAÑO PESCHIERA, Op. cit., p. 302, quien recomienda aplicar de *lege lata* el artº. 46 -A del C.P., siempre que se haya integrado la asociación aprovechándose de la condición de miembros de las fuerzas armadas y policiales.

⁵⁰⁶ Cfr. Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, Op. cit., p. 472.

Con razón se postula que quien dirige, promueve o funda una asociación tiene mayor grado de culpabilidad que el simple miembro, por lo que debe ser castigado de forma más drástica⁵⁰⁷.

Incluso, se postula una distinta valoración jurídica, que debe contar con un correlato en el marco penal a establecer respecto al hecho, de crear y potenciar una asociación con fines criminales que adscribirse o afiliarse a un grupo ya creado.

3. Principio de proporcionalidad e intervención mínima y determinación del marco abstracto de punibilidad

La doctrina penal insiste, cada vez con mayor énfasis, en la exigencia de cumplir con los requerimientos derivados del principio de proporcionalidad respecto a la menor penalidad con la que deben contar los comportamientos alejados de la lesión de bienes jurídicos si se los analiza en función de aquellas acciones que las lesionan o ponen en peligro directo e inmediato.

Si el principio de proporcionalidad es un elemento integrante de la idea de justicia común a un Estado de Derecho,⁵⁰⁸ ha de quedar suficientemente precisado que los delitos de lesión deben contar con una penalidad mayor que los delitos de peligro (abstracto) o que los actos preparatorios punibles –amen de recibir un tratamiento punitivo excepcional– deben contar con una penalidad mayor que la sanción de los actos anteriores a la preparación, entre los que justamente cabe incorporar al delito de asociación para delinquir.

Una penalidad excesiva del delito de asociación para delinquir no sólo deviene en una pena desproporcional, sino que es contraria al sistema de penas establecido en el Código y a las valoraciones jurídicas elementales que se deducen de la Constitución, revelando la actitud oculta de castigar a través de este delito las diversas infracciones cometidas por la asociación, pero en las que no hay prueba suficiente de su

⁵⁰⁷ Cfr. Giuseppe SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, p. 87 y ss.

⁵⁰⁸ Cfr. José Luis CASTILLO ALVA, *Op. cit.*, p. 281.

comisión o de la responsabilidad penal del autor que permita su castigo independiente⁵⁰⁹, vulnerando de esta forma el principio del hecho propio y el principio de presunción de inocencia.

Es por lo menos desmesurado sancionar con una pena elevada a un delito de peligro que genera un riesgo lejano para un bien jurídico por encima de un delito de lesión, más aún si se asume, como pretende un sector de la doctrina, que el bien jurídico protegido en el delito de asociación para delinquir es el mismo que el delito que se busca realizar o que aquí se tutela el mismo interés que se protegen en los demás tipos de la parte especial.

4. Necesidad de armonizar las formulaciones típicas y los criterios políticos criminales

En gran parte de los códigos penales de nuestra órbita cultural el delito de asociación ilícita se consagra como una circunstancia agravante en un determinado campo de delitos generalmente graves, v. gr., lavado de dinero, tráfico de drogas, etc., ya sea con dicha denominación o con otra similar, v. gr., organización. Con ello se busca remarcar la importancia que adquieren las estructuras criminales complejas en ciertas actividades o áreas de actuación estableciendo el legislador una pena agravada respecto al supuesto básico a la vez que da muestra de una labor ágil, atenta y decidida, amén de la oportunidad y conveniencia de su regulación.

Sin embargo, la principal consecuencia que se deriva es la imposibilidad de plantear un concurso de delitos, ya sea real o ideal, entre la asociación para delinquir y el delito que ostenta la agravación. Aquí solo es válida la posibilidad del concurso aparente de leyes que resuelve a través de la aplicación del principio de especialidad⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 680.

⁵¹⁰ Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 18 y 6: «[...] Los tipos agravados por la pertenencia a una organización delictiva comprenden ya el desvalor propio del delito de asociación criminal que, por consiguiente, no podrá ser aplicado de forma autónoma en concurso de delitos con el tipo cualificado que corresponda. Se trata, pues, de un concurso de normas, a resolver en base a la especialidad, y no de un concurso de delitos».

La doctrina no mostraría ninguna preocupación si la pena a imponer guardara relación con el sistema penológico adoptado por el Código Penal. No obstante, bien vistas las cosas nos enfrentamos a la paradoja que la aplicación de la pena en el supuesto agravado que contiene la asociación para delinquir sería mayor que la de un concurso ideal pero menor que la de un concurso real.

En este ámbito la deficiencia más notoria estriba en los casos en los que no hay tipo agravado de la organización criminal –que son la inmensa mayoría de delitos– y donde la pena a imponer por aplicación de las reglas del concurso real: la comisión del delito específico y del delito de asociación para delinquir es por lo general mayor que la aplicación pura de la pena del tipo agravado, que tal como se dijo repele toda forma de concurso.

Se tendría una aplicación paradójica en cuanto a la gravedad de las penas: las sanciones más graves provendrían de aquellas infracciones que no presentan una modalidad típica agravada de asociaciones u organizaciones criminales respecto a las figuras que por su naturaleza o exigencias político-criminales sí lo ostentan. Es por ello que se recomienda una mayor coherencia político-criminal y un tratamiento penológico cuando estamos ante un tipo agravado y existe la posibilidad de recurrir al concurso de delitos⁵¹¹.

5. Asociación para delinquir y Derecho Procesal Penal. Relajamiento de las garantías

Los nuevos retos y problemas que surgen alrededor de la criminalidad organizada afecta de manera directa la regulación y correlato procesal del delito de asociación para delinquir, sobre todo en lo que atañe a la normatividad de las garantías inherentes al Derecho Procesal Penal⁵¹². Si el arma privilegiada en la lucha contra la criminalidad organizada es el potenciamiento del delito de asociación ilícita, es im-

⁵¹¹ Véase Juan José GONZÁLEZ RUS, Op. cit., p. 18.

⁵¹² Cfr. Sergio MOCCIA, Op. cit., p. 65.

posible que exista una lucha eficaz en este ámbito sin la provisión de reformas en el campo del Derecho Procesal.

Se habla en este punto de una relajación de las garantías procesales como consecuencia de la magnitud, gravedad y complejidad de los problemas que ofrece esta forma de criminalidad que van desde la concesión de mayores poderes de intervención a la policía⁵¹³ hasta la instauración de novedosos institutos y procedimientos con el fin de lograr recabar una prueba útil a utilizarse en juicio.

En la cruzada de lucha contra la delincuencia organizada es frecuente la regulación, empleo y referencias en cuanto a su eficacia del llamado agente encubierto, de las interceptaciones telefónicas, de la protección de testigos, de las leyes que propenden la colaboración eficaz de autores y partícipes, la entrega vigilada, entre otras figuras afines⁵¹⁴.

6. Necesidad de eliminar las regulaciones típicas especiales de las formas de participación criminal

En aquellos derechos positivos en donde se encuentran regulados los casos de cooperación, auxilio, favorecimiento o propaganda de las asociaciones ilícitas se recomienda su desaparición en la medida que es suficiente y basta con las normas generales de punibilidad de la participación⁵¹⁵.

Si la asociación para delinquir constituye un delito de peligro de discutible legitimidad dogmática en virtud al adelantamiento de las ba-

⁵¹³ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 679.

⁵¹⁴ *In extenso*, Joaquín DELGADO MARTÍN, *La criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2001; *passim*; Carlos GRANADOS PÉREZ, «Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (Director: Carlos Granados Pérez), Madrid, II – 2001, p. 71 y ss; Juan Jacinto GARCÍA PÉREZ, «Criminalidad organizada y protección de testigos en el proceso penal español», en *Id.*, p. 269 y ss.

⁵¹⁵ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 679.

rreras de punibilidad es aconsejable, según se postula, la eliminación de los tipos específicos de colaboración en la asociación criminal⁵¹⁶ o la exclusión de las formas de participación: instigación o complicidad.

7. Asociación para delinquir y Derecho Penal premial

Algunos códigos penales –v. gr., los códigos francés, italiano, alemán, austriaco, portugués– han introducido normas especiales para la atenuación o exoneración de la pena en los supuestos de desistimiento y arrepentimiento eficaz de integrar el delito de asociación para delinquir, a modo de una causa de exclusión de la pena⁵¹⁷.

La razón estriba en consideraciones de prevención y eficacia en la lucha contra el crimen organizado, ofreciendo una salida adecuada a los integrantes del grupo criminal, amenguando su responsabilidad penal⁵¹⁸. Si el Estado mantiene de manera inflexible el castigo a todos aquellos que han desertado de una organización delictiva, pese a haberla integrado en algún momento, tal vez estará postulando una pena justa, pero difícilmente útil respecto a los objetivos que busca alcanzar, entregando una razón más al crimen y a la consolidación e integración de la asociación.

8. Aplicación subsidiaria del delito

Un sector de la doctrina penal comparada vienen sugiriendo la estimación del delito de asociación para delinquir como si fuera un tipo penal de naturaleza subsidiaria que sólo sería aplicable en la me-

⁵¹⁶ Cfr. José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 192.

⁵¹⁷ Cfr. Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 681; José Luis GUZMÁN DALBORA, Op. cit., p. 190 y ss.

⁵¹⁸ Véase Thomas WEIGEND, Op. cit., p. 561: «La remisión de la pena o la impunidad a favor de los miembros de un grupo que hayan cambiado de bando y suministrado informaciones útiles para la prevención del delito puede justificarse no sólo por necesidades de la persecución penal, sino también sobre la base de que esos delincuentes han mostrado su deseo de volver a la legalidad y asumen el riesgo de ser castigados por el grupo por su *traición*».

dida que no se castigue de manera ejemplar los delitos cometidos por los integrantes de la organización. Se plantea evitar recurrir a la figuras del concurso ideal o real de delitos, como ocurre normalmente en los tribunales de justicia para determinar los casos en el que la organización criminal llega a realizar y ejecutar los delitos.

En el mejor de los casos, se sugiere la posibilidad de seguir aplicando las reglas del concurso siempre que se restrinja de manera drástica –en el sentido apuntado en los párrafos precedentes– la amplia y desmesurada cobertura del delito de asociación para delinquir, v. gr., restricción a los delitos más graves, en caso se trate de jefe o fundador, etc.⁵¹⁹. Debe remarcarse que este planteamiento sólo es posible mantenerlo desde una perspectiva de *lege ferenda*.

⁵¹⁹ Véase Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., p. 681.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, 3 ed., Madrid, 1999.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale (Parte Especial)*, Vol. II, A cura de Luigi Conti, Giuffre, 40 ed., Milano, 2003.
- ARDIZZONE, Salvatore, «L'associazione per delinquere in Italia: Rilevanza normativa e caratteristiche strutturali», en *Il Crimine Organizzato como fenómeno transnazionale*, Giuffre, Milano, 2000.
- ARNOLD, Jörg, «L'associazione criminale e la criminalita organizzata in Germania ed in altri ordinamenti europei», en *Il Crimine Organizzato como fenomeno transnazionale*, Giuffre, Milano, 2000.
- BELTRÁN, S., MARINO. R. y PETRUCCI, R., *Codice Penale. Annotato con la Giurisprudenza*, Edizioni Giuridiche Simona, Napoli, 1998.
- BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Temis, Bogotá, 1965.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Ariel, 2 ed., Barcelona, 1991.
- CADOPPI, Alberto y VENEZIANI, Paolo, *Elementi di Diritto Penale (Parte General)*, Cedam, Padova, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Comentarios al Código Penal (Director: Gonzalo Quintero Olivares)*, Civitas, Madrid, 1997.

- CARBONELL MATEU, J. C. y VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, T II, Tirant lo Blach, Valencia, 1996.
- CARRASCO ANDRINO, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.
- CASTALDO, Andrea, «La criminalidad organizada en Italia: La respuesta normativa y los problemas de la práctica», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais (Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, Año 7 – Nº 27, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Julho – Setembro de 1999.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de Derecho Penal (Parte General)*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, T III, Tecnos, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal*, Tirant lo Blach, Valencia, 1999.
- CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita, Ad – Hoc*, Buenos Aires, 1992.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal (Parte Especial)*, T II, Astrea, 6 ed., 2 Reimp., Buenos Aires, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal (Parte Especial)*, T II, Vol I, Bosch, 14 ed., Barcelona, 1980.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español (Parte General), Nociones Introductorias, Teoría del Delito*, Dykinson, 3 ed., Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito*, Bosch, Barcelona, 1978.
- CHOCLÁN MONTALVO, José, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DA COSTA JR., Paulo José, *Curso de Direito Penal*, Vol. 3., Saraiva, 2 ed., Sao Paulo, 1992.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, «Razio di «Garanzia» ed exigente di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limite alla liberta di

- associazione», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXV, Giuffrè Editore, Milano, 1982.
- DE MAGLIE, Cristina, «Teoria e Prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati – fine», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, 1987.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Compendio de Derecho Penal español* (Parte Especial), Marcial Pons, Madrid, 2000.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La criminalidad organizada*, Bosch, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLLO, Enrique, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- FIANDACA, Giovanni, «Orientamenti Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell' Associazione criminale», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo Zanichelli, *Diritto Penale* (Parte Speciale), Vol. I. 2 ed. Ristampa aggiornata, Bologna, 1999.
- FLICK, Giovanni Maria, «L'associazione a delinquere di tipo mafioso interrogativi e riflessioni sui problema proposti dall'art. 416 bis CP», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, T VI, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1969.
- FORTI, Gabrio, *Commentario breve al Codice Penale* (Alberto CRESPI – Federico STELLA – Giuseppe Zuccala), Cedam, 4 ed., Padova, 2003.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.

- GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto, «Criminalidad organizada y protección de testigos en el proceso penal español», en *La criminalidad organizada. aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial (Director: Carlos Granados Pérez), Madrid, II – 2001.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Asociación para delinquir y criminalidad organizada* (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS del 23 de Octubre de 1997 – Caso Filesa), Doctrina XXVII.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumento procesal en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (Director: Carlos Granados Pérez), Madrid, II – 2001.
- GROSSO, Carlo Federico, «Le fattispecie associative: Problemi dommatici e di politica criminale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXIX, Fasc. 2 – 3: Aprile – Settembre, Milano, 1996.
- GROSSO, Carlo Federico, «Contiguita e Concorso esterno», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Giuffrè, Milano, 2004.
- GROSSO, Carlo Federico, «Le contiguita alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè Editore, Nuova Serie, Anno XXXVI, Fasc. 2 – 3: Aprile – Settembre, Milano, 1993.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Nº 2, UNED, Madrid, 1998.
- HUERTA TOCILDO, Susana y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Derecho Penal* (Parte General), Rafael Castellanos, 2 ed, Madrid, 1986.

BIBLIOGRAFÍA

- JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal* (Parte General), Trad. de Miguel Olmedo Cardenete de la 5ª edición alemana, Comares, Granada, 2002.
- JOSHI JUBERT, Ujala, «Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T XLVIII, Fascículo II, Madrid, Mayo – Agosto de 1995.
- LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Vol. IV., Depalma, Buenos Aires, 1982.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, 2 ed., Barcelona, 1976.
- LUZÓN PEÑA, Diego - Manuel, *Curso de Derecho Penal*, Universitas, Madrid, 1996.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. III., Trad. de Ortega Torres, Temis, Reimp. de la 2 ed., Bogotá, 1985.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale* (Parte General), Cedam, 4 ed., Padova, 2001.
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto Penale* (Parte General), Giuffrè, Milano, 2004.
- MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho Penal*, T I, Trad. de Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal* (Parte General), Reppertor, 6 ed, Barcelona, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal* (Parte Especial), Vol. 3, Atlas, 7 ed., Sao Paulo, 1994.
- MOCCIA, Sergio, «Emergencia e Defesa dos Direitos Fundamentais», en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Año 7 N° 25, Sao Paulo, Janeiro – Marco de 1999.
- MOYNA MÉNGUEZ, José y Otros, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, 5 ed., Madrid, 2000.

- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal* (Parte Especial), Tirant lo Blach, 12 ed., Valencia, 1999.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, *La inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid, 1999.
- OTTO, HARRO, «Problemes Dogmatiques de Droit penal dans la lutte contre le crimen organise», en *Revue Internationale de Droit penale. Les systemes pénaux a l'épreuve du crime organise*, Vol. 68, Association Internationale de Droit penale, Association Internationale de Droit penale, 3 y 4 Trimestre de 1997.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 7 ed., Madrid, 2000.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, *Curso de Derecho Penal español* (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal), T II, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (Coordinador: Cándido Conde – Pumpido Ferreiro), T III, Trivium, Madrid.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Compendio de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, «La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita», en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y Enrique ANARTE BORRALLA (Editores), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Curso de Derecho Penal*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- REAÑO PESCHIERA, LEANDRO, «El delito de asociación ilícita», en César SAN MARTÍN CASTRO, CARLOS CARO CORIA y LEANDRO REAÑO PESCHIERA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.

- RIZ, Roland, *Lineamenti di Diritto Penale* (Parte General), Cedam, 4 ed., Padova, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español* (Parte Especial), Dykinson, 17 ed., Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- ROJAS VARGAS, Fidel, «El delito de asociación ilícita en el Código Penal peruano y en la perspectiva jurisprudencial», en *Diálogo con la Jurisprudencia*.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T II, Astrea, 3 ed., Buenos Aires, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, «Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho Penal político hasta la lucha contra el crimen organizado», en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. II, Ediciones de la Universidad Castilla la Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español*, Dykinson, 5 ed., Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y JOSHI JUBERT, Ujala, *Dictamen emitido a petición del Dr. Julio Rodríguez Delgado, abogado defensor del Sr. Manuel Delgado Parker en la instrucción seguida ante el Primer Juzgado Penal especial Anticorrupción, por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y asociación para delinquir en agravio del Estado*.
- SCUBBI, Filippo, «Condotta tipica e finalita dell'associazione per delinquere», en *Criminalità Organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T IV, TEA, 3 ed., 8 Reimp, Buenos Aires, 1978.

- SPAGNOLO, Giuseppe, *L' associazione di tipo mafioso*, Cedam, 5 ed., Padova, 1997.
- SPAGNOLO, Giuseppe, «Il problema dei limite della responsabilita degli associati per i delitti – scopo commessi da altri associati», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffre Editore, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, 1987.
- TAMARIT SUMALLA, José María, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Director: Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VALIANTE, Mario, *Il Reato Associativo*, Guffre, Milano, 1990. «L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione criminosa)», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffre Editore, Nuova Serie, Anno XXXVIII, Milano, 1995.
- VALIANTE, Mario, «Natura plurisoggettiva della partecipazione all'associazione criminale», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffre Editore, Milano, 1997.
- VISCONTI, C, «Il concorso «esterno» nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed exigente politico criminal», en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffre Editore, Nuova Serie, Anno XXXVIII, Milano, 1995.
- WEIGEND, Thomas, «Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado», en *Revue Internationale de Droit penale. Les systemes pénaux a l'épreuve du crime organisé*, Vol. 68, Association Internationale de Droit Penale, 3 y 4 Trimestre de 1997.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *El crimen organizado. Una categorización frustrada*, Leyer, 2 ed., Bogotá, 1996.
- ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Comentarios al artículo 317º del Código Penal: la criminalización de las asociaciones ilícitas a la luz del Derecho Comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 12, Idemsa, Lima, 2002.

ÍNDICE

Presentación	7
EL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR [ART. 317]	9
CAPÍTULO I: SU FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL	11
1. Asociación Ilícita y Criminalidad Organizada	11
2. Función Preventiva	13
3. Fundamento de su punición	14
a) Fundamento Psicológico: Reduce las inhibiciones	15
b) Fundamento Organizativo: La mayor peligrosidad	16
c) Fundamento Normativo: El mayor peligro para los bienes jurídicos	17
4. ¿La Asociación para delinquir se puede considerar como una norma de la parte general?	18
CAPÍTULO II: SENTIDO HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR	21
CAPÍTULO III: EL DERECHO DE ASOCIACIÓN	25
1. Reconocimiento	25
2. Fundamento	25

a)	Fundamento Político – Democrático	26
b)	Fundamento en la dignidad de la persona humana....	27
3.	Titularidad	28
4.	La libertad de asociación en sentido positivo y en sentido negativo	29
a)	La Libertad de asociación en sentido positivo	29
aa)	Exclusión del fin económico	29
ab)	Contenido	30
ac)	Límites	30
ad)	Características	31
ae)	Manifestaciones de la libertad de asociación positiva	32
af)	El Principio de autoorganización	33
b)	La Libertad de asociación en sentido negativo	33
ba)	Excepcionalidad de la asociación compulsiva. Las entidades de Derecho público	34
5.	El derecho disciplinario sancionatorio en las asociaciones. El debido proceso	35
6.	Control jurisdiccional del derecho a asociarse	36
7.	Condicionamientos histórico – políticos del delito de asociación para delinquir	37
8.	Límites constitucionales a la punibilidad del delito de asociación para delinquir	38
CAPÍTULO IV: BIEN JURÍDICO		41
1.	El abuso del derecho de asociación	41
a)	Exposición	41
b)	Crítica	42
2.	La tutela de otros bienes jurídicos de la parte especial y la protección de bienes jurídicos individuales	43
a)	Exposición	43
b)	Crítica	44

ÍNDICE

3.	El orden público y la tranquilidad pública	45
a)	Orden Público: Objetivo y subjetivo	45
b)	Orden Público y Orden Jurídico	46
c)	Orden Público y Tranquilidad Pública	47
d)	El delito de Asociación para delinquir y el derecho peruano	48
e)	Orden Público en sentido material y en sentido ideal ..	50
f)	Orden Público y gravedad del programa criminal	51
g)	Críticas	51
4.	La autotutela del poder del Estado	55
a)	Exposición	55
b)	Crítica	56
5.	Sujeto pasivo	57
 CAPÍTULO V: TIPICIDAD OBJETIVA: EL CONCEPTO DE ASOCIACIÓN		59
1.	Noción amplia y restringida de asociación	59
2.	El delito de asociación para delinquir como delito plurisubjetivo	60
3.	Acuerdo y Asociación	62
4.	¿Quién puede ser autor del delito de asociación para delinquir?	62
5.	El Requisito de la estabilidad y permanencia	63
6.	Asociación para delinquir y reunión	65
7.	El Requisito de organización	68
8.	El Requisito de dos o más personas	79
9.	¿Es un requisito la condición de imputabilidad de los miembros de la asociación?	82
 CAPÍTULO VI: EL FIN DELICTIVO DE LA ASOCIACIÓN.....		85
1.	Exclusión de los fines inmorales e ilícitos no penales de la asociación	85

2.	Valoración objetiva y material de los fines delictivos de la asociación	87
3.	«Objeto social» de la asociación para delinquir	89
4.	Los llamados fines intermedios o secundarios	92
5.	¿Qué debe entenderse por la finalidad de «cometer» delitos?	93
6.	La no exigencia del «principio de ejecución» de los delitos que son programa de la asociación	94
7.	La determinación e indeterminación del programa criminal de la asociación	95
8.	¿Qué debe entenderse por delito? La exclusión de las faltas	96
9.	La referencia a la pluralidad de delitos	99
CAPÍTULO VII: TIPO SUBJETIVO		103
1.	El dolo	103
2.	El error	107
CAPÍTULO VIII: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN		109
1.	El problema de la autoría y la participación en el delito de asociación para delinquir	109
a)	¿Favorecer es lo mismo que formar parte?	109
b)	El déficit de determinación del supuesto de hecho. La crisis del principio de legalidad	110
c)	Los planteamientos dogmáticos y jurisprudenciales	111
d)	Trasfondo político-criminal	112
e)	Las Tesis principales	112
ea)	Colaborar es lo mismo que pertenecer. El modelo causal	112
eb)	Colaborar es distinto que pertenecer. El modelo organizativo	114
f)	Relación entre la actividad probatoria y la calificación de la autoría y participación	115
2.	La Autoría	116

a)	Delimitación del «formar parte» de la organización	116
b)	La existencia de un «rol específico»	116
c)	Los prejuicios en la aceptación del «rol específico»	117
d)	El Requisito formal y material	118
e)	Condición de autor y conservación de plena autonomía	119
f)	No basta con la intención de pertenecer a la organización para ser considerado como autor	120
g)	¿Quién presta una colaboración regular a la organización es siempre autor?	121
i)	Peso de aporte y su relevancia en la pena concreta	121
h)	¿Se puede formar parte de varias organizaciones delictivas?	122
3.	La participación	122
a)	Delimitación	122
b)	Requisitos	123
c)	La necesidad de relevancia causal	123
d)	Limitaciones de la Relevancia causal	124
e)	Diferencias entre participación en el delito cometido y la participación en la asociación para delinquir	124
f)	Instigación y complicidad	125
g)	¿En quién debe recaer el aporte?	125
h)	Pluralidad de asociaciones	126
i)	Casos de participación en la asociación para delinquir	126
j)	¿Es necesaria la contraprestación económica en la participación?	127
k)	El dolo de la participación	127
l)	¿La colaboración mediante chantaje o extorsión es una forma de participación criminal? El caso de la coacción a participar	128
ll)	¿Un abogado puede ser partícipe de la organización criminal?	129
m)	¿Un profesional de la salud puede ser partícipe de una organización criminal?	131

CAPÍTULO IX: TENTATIVA Y CONSUMACIÓN	135
1. Naturaleza permanente o instantánea del delito de asociación para delinquir	135
a) La Tesis del delito instantáneo	135
b) La tesis del delito permanente	136
c) Duración del vínculo asociativo	138
d) La consumación y permanencia del delito depende de la duración del vínculo asociativo	138
2. La Tentativa	140
a) Tentativa y la interpretación de cada tipo penal	140
b) La consumación del delito de asociación para delinquir no depende de la realización del programa criminal	140
c) La Necesidad del <i>pacto sceleris</i> en la consumación del delito	141
d) La cesación de la actividad de la organización delictiva	143
e) Tentativa: Casos	144
CAPÍTULO X: ASOCIACIÓN ILÍCITA Y CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR	145
1. La Conspiración para delinquir	145
2. Diferencias entre el delito de asociación ilícita y la conspiración para delinquir	146
3. La Regulación peruana	148
CAPÍTULO XI: LA PRUEBA DE LA ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR	151
CAPÍTULO XII: ASOCIACIÓN ILÍCITA Y PRINCIPIO DEL HECHO PROPIO	159
1. Generalidades	159
2. La Necesidad de una interpretación teleológica. El problema del socio activo	161

3. El problema interpretativo luego de la vigencia de la Ley 28355	163
CAPÍTULO XIII: OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR. SU CARÁCTER PREVENTIVO – POLICIAL	165
1. Permite una mejor cobertura y obtención de la prueba.	165
2. Evita la impunidad	167
CAPÍTULO XIV: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR Y AFINES	169
1. Restricción de aplicación a delitos graves	169
2. Necesidad de diferenciar grados de responsabilidad	171
3. Principio de proporcionalidad e intervención mínima y determinación del marco abstracto de punibilidad	172
4. Necesidad de armonizar las formulaciones típicas y los criterios políticos criminales	173
5. Asociación para delinquir y Derecho Procesal Penal. Relajamiento de las garantías	174
6. Necesidad de eliminar las regulaciones típicas especiales de las formas de participación criminal	175
7. Asociación para delinquir y Derecho penal premial.	176
8. Aplicación subsidiaria del delito	176
BIBLIOGRAFÍA	179

