



Universidad de Chile
Facultad de Derecho

POLITICA CRIMINAL DE REPRESIÓN, VIOLENCIA POLITICA, FORMACIÓN DE GRUPOS DE COMBATE ARMADO COMO ASOCIACION ILICITA ESPECÍFICA Y PROBLEMAS CONCURSALES

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ALUMNOS: RODRIGO GARAY ROJAS
 FELIPE HAZBÚN MARÍN
 GONZALO MIRANDA AVILÉS
 SEBASTIÁN PÉREZ SAN MARTÍN
 ADRIANA SILVA PILAR

PROFESOR GUIA: MYRNA VILLEGAS DIAZ.

DEDICATORIA

“Las frágiles democracias de América Latina, que tienen vivos en la memoria los recientes regimenes de terror escudados en el objetivo de la defensa de la libertad, asisten consternadas a la instauración de practicas que se deslizan hacia el terrorismo de Estado en países que se presentan como modelos del respeto a las libertades y derechos.

A partir de los atentados del 11 de Septiembre de 2001, en Estados Unidos y Europa se han sancionado leyes que agrandan el papel de la policía y reducen libertades civiles. ¿Un triunfo del terrorismo?”

Ignacio Ramonet
Director de Le Monde Diplomatique

AGRADECIMIENTOS

*A los Luchadores Sociales, que inspiraron la realización de este trabajo,
A mis Padres, Isabel y Hugo, por el apoyo, entendimiento y amor incondicional...definitivamente esto es de
y para ustedes.*

*A mi Familia, por el orgullo de ser parte de ellos, en especial a mi hermana Chabela, por demostrarme que
en la vida la única lucha que se pierde es la que se abandona (tú no la abandonaste).*

A Florencia, por alegrar y darle sentido a mis mañanas...

*A Todos los que sueñan, al igual que yo, con un mundo distinto, más justo, más solidario, más fraterno y
más feliz.*

Rodrigo Garay Rojas

*Esta memoria la terminé un día de invierno del año 2002, cuando en representación del Centro de
Estudiantes de Derecho, por primera vez ingresé a la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago, para visitar a
los presos políticos de la "democracia", lo que aquí se presenta en palabras son sólo las conclusiones
político-jurídicas de lo que ese día sentí. A mi madre por su apoyo incondicional, a mi hermana y su
alegría, a mi abuelo Julio al cual admiro, a mi padre y sus conflictos, a Gonzalo, a Sebastián, a Rodrigo, a
Carmen, a Ramón, a Helmut, a Luis Puz, Andrés Hidalgo, Daniel Jadue, en fin a tantos más con los cuales
comparto una idea de construcción, "el futuro nos pertenece".*

Felipe Hazbún Marín

*A mis padres y hermanos por estar siempre junto a mí, en silencio o a través de sus palabras, dándome
las fuerzas necesarias para el día a día.*

*A Carmencita por su cariño, paciencia y apoyo incondicional en cada momento difícil de mi etapa
universitaria, y en general, de mi vida.*

*A Rodrigo, Felipe, Adriana y Sebastián por embarcarse en este proyecto y creer en la lucha social,
comprometiendo sus ideas y esfuerzo en escribir estas páginas, que espero sólo sea el comienzo de una
pelea en conjunto por un mundo mejor y más justo.*

*A mi abuela que siempre me inspiró con su grato recuerdo y dulces palabras en los días difíciles.
Y a los luchadores sociales que conocimos durante nuestra etapa universitaria, que en definitiva nos
inspiraron a escribir estas páginas.*

Gonzalo Miranda Avilés

*A todos los que durante este arduo e incierto tiempo, creyeron y confiaron en mí... muy en particular a mis
padres y amigos, quienes sin su incondicional e irrestricto apoyo, alcanzar esto no habría sido posible. A
mi hermano, quien sin expresarlo ha sido una fuerza para poder continuar.*

*A Carmen Gloria Nova, quien en mis últimos años de estudio me brindó maravillosos e inolvidables
momentos, y en quien he situado mi norte.*

Y a todos los que seguimos creyendo y construyendo lo que muchos se obstinan en llamar sueños.

Sebastián A. Pérez San Martín

A Dios por levantarme día a día,

A mi familia los cuatro pilares fundamentales de mi vida,

A mis padres Adriana y Guillermo por su paciencia, comprensión y amor,

A mi hermano por su fraterna comprensión,

A mis amigas y hermana Antonia y Carmen por su apoyo incondicional y crítica constructiva.

A aquellos que lucharon por un mejor mañana,

A todos ellos y otros sin los cuales este proyecto nunca hubiera terminado.

Adriana Silva Pilar

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: ASPECTOS POLÍTICO CRIMINALES EN RELACIÓN A LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	
1- POLÍTICA CRIMINAL.	17
1.1- CONCEPTOS DOCTRINARIOS DE POLÍTICA CRIMINAL	17
1.2- CONCEPTO PROPIO DE POLÍTICA CRIMINAL.	22
1.2.1- Crítica a los conceptos doctrinarios y toma de postura.....	24
1.2.2- Argumentos a favor de nuestro concepto.	28
1.3- CARACTERÍSTICAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.	34
1.4- OBJETIVO DE LA POLITICA CRIMINAL.	35
1.5- COMPOSICIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL	36
1.6- POSTURAS POLÍTICOS CRIMINALES	37
1.7- PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLITICA CRIMINAL	43
- <u>Principio de tipicidad</u>	44
- <u>Principio de la intervención mínima.</u>	46
- <u>Principio de legitimidad.</u>	47
- <u>Principio de culpabilidad</u>	48
- <u>Principio de prevención</u>	49

- <u>Principio del acto o conducta.</u>	53
- <u>Principio del bien jurídico.</u>	53
- <u>Principio de la presunción de inocencia.</u>	54
- <u>Principio de la jurisdicción.</u>	56
1.8- PRESUPUESTOS PARA CONSTRUIR UNA POLÍTICA CRIMINAL.	57
1.9- CRÍTICAS A LAS ACTUALES POLÍTICAS CRIMINALES	65
2- POLÍTICA CRIMINAL EN LA LEY DE CONTROL DE ARMAS CHILENA	68
2.1 PLANTEAMIENTOS GENERALES	68
2.2 COMPATIBILIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE CONTROL DE ARMAS CON EL ACTUAL ESTADO DE DERECHO CHILENO	85
3-POLÍTICA CRIMINAL EN LO RELATIVO AL CONTROL DE ARMAS EN EL DERECHO COMPARADO.	89
3.1. POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN ARGENTINA.	89
3.2 POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN BRASIL.	96
3.3 POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN COSTA RICA.	103
3.4 POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN EL SALVADOR.	106

CAPITULO II: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

1- LA VIOLENCIA POLÍTICA COMO FENÓMENO GLOBAL.	113
1.1- DEFINICIÓN DE VIOLENCIA.	113
1.2- CLASIFICACIONES DE VIOLENCIA.	116
1.3- JUSTIFICACIÓN ÉTICA DE LA VIOLENCIA.	121
1.4- FUNCIONES DE LA VIOLENCIA	125
1.5- ORIGEN DE LA VIOLENCIA POLÍTICA.	127
1.6- VIOLENCIA DE ESTADO.	131
1.7- VIOLENCIA POLÍTICA EN DIVERSOS ESTADOS MODERNOS.	147
1.7.1- ITALIA.	147
1.7.2- ESPAÑA	149
1.8- BREVE RESEÑA A LA EVOLUCIÓN DEL DELITO POLÍTICO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO TERRORISTA.	152
2- LA DESVIACIÓN CRIMINAL.	157
2.1- CONCEPTO Y ASPECTOS DE LA DESVIACIÓN CRIMINAL	157
2.2- BREVE RESEÑA A LAS TEORÍAS DE LA DESVIACIÓN CRIMINAL.	159
2.3- PELIGROS Y VENTAJAS DE LA DESVIACIÓN.	160

3- TIPOLOGÍA DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN

GRUPOS DE COMBATE ARMADO	162
3.1 EN EL NACIMIENTO DE LOS GRUPOS DE COMBATE	162
3.2 EN EL DESARROLLO DE LOS GRUPOS DE COMBATE	164
3.3 LA GENERACIÓN DE LA CONCIENCIA COLECTIVA	169

C A P Í T U L O III: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

1- INTRODUCCIÓN	173
2- HISTORIA DE LA LEY Nº 17.798 EN GENERAL Y DEL ARTÍCULO 8º EN PARTICULAR	175
2.1- ANÁLISIS SOCIO-POLÍTICO DE LA HISTORIA DE LA LEY Nº 17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS	177
2.2- ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY Nº 17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS	182
2.3- ANÁLISIS PARTICULAR DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY SOBRE CONTROL DE ARMAS.	187
3- ANÁLISIS TÍPICO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	193
3.1- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO TIPIFICADO POR ESTE ARTÍCULO	195
3.2- VERBO RECTOR	198

3.3- ANÁLISIS TÍPICO DE LA HIPÓTESIS DELICTIVA DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.	200
3.4- ANÁLISIS TÍPICO DE LA HIPÓTESIS DELICTIVA DEL INCISO 3º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.	204
3.5- PRESUNCIÓN DEL INCISO 5º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY	206
3.6- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ESPECÍFICAMENTE POR EL ARTÍCULO 8º DE LA LEY	208
4- CONCEPTO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.....	209
5- CONCEPTO DE GRUPO DE COMBATE ARMADO.	227
6- ASOCIACIONES ILÍCITAS EN DERECHO COMPARADO.....	236
6.1- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN BRASIL.....	236
6.2- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ARGENTINA.....	238
6.3- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ITALIA.....	240
6.4- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ESPAÑA.....	242
CAPITULO IV: PROBLEMAS CONCURSALES DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	
1- CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL DELITO DE ASOCIACION ILÍCITA, ¿ACTO PREPARATORIO O DELITO?	256
1.1- EL ACTO PREPARATORIO DENTRO DE LA	

TEORÍA DEL ITER CRIMINIS	256
1.2- LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS, CRITERIOS Y LÍMITES	258
1.3- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA, ACTO PREPARATORIO EXCEPCIONALMENTE TIPIFICADO COMO DELITO	261
2- TIPIFICACIÓN Y PENALIDAD DE LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS.	269
2.1- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	269
2.2- ANÁLISIS TÍPICO DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	275
3- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA ASOCIACIÓN ILÍCITA.....	291
3.1.-Análisis de fallos que ilustran las características de las asociaciones ilícitas.....	291
3.2.- Caso de asociación Ilícita de Colonia Dignidad.....	301
3.3.- Caso Spiniak.....	303
3.4- Caso Banda de la Legua.....	304
3.5.- Caso de Carlos Menem y Emir Fuad Yoma.....	305
4- ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y SUSTANTIVO PENAL DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	309

4.1- EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.	309
4.2- ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	318
4.3- ANÁLISIS SUSTANTIVO PENAL DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.	323
4.4- LA PENALIDAD DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA	325
4.4.1- ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PENALIDAD DEL ARTÍCULO 292 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL, CON EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS	326
5- ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS CON LOS ARTÍCULOS PERTINENTES DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO Y LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS. PROBLEMAS CONCURSALES.	331
5.1- EL CONCURSO REAL E IDEAL DE DELITOS.	332
5.2- PROBLEMA CONCURSALES.	334
a) Artículo 8º de la Ley de Control de Armas en relación con la Ley Nº 18.314, sobre Conductas Terroristas.	334
b) Artículo 8 de la Ley de Control de Armas en relación con la Ley Nº 12.927, de Seguridad del Estado.	339

c) Artículo 8 de la Ley de Control de Armas en relación con el Código Penal.	341
d) Posible concurso real surgido en aplicación de la ley 18.314.....	345
e) Problema concursal del artículo 8 de la Ley de Control de Armas con el delito de porte ilegal de arma de fuego.....	349
5.3-OPINIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS	
RESPECTO A LA SITUACIÓN DEL ESTADO CHILENO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 18.314.....	352
5.4- NUEVOS PROBLEMAS CONCURSALES	
GENERADOS CON LA LEY N° 20.064.....	360
6- BREVE ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO	
8° DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS Y	
SUS PROBLEMAS CONCURSALES.	365
CONCLUSIONES.....	377
BIBLIOGRAFÍA.....	387
LEYES, CÓDIGOS Y TEXTOS COMPLEMENTARIOS.....	400
LITERATURA COMPLEMENTARIA.....	402

INTRODUCCIÓN

Nuestra primera aproximación al tema de estudio que nos convoca en esta oportunidad, no se produjo por la lectura de textos doctrinales, concurrencia a seminarios o ramos impartidos en nuestra Universidad, sino que el interés nace por una necesidad práctica, relacionada con el contacto voluntario que tuvimos con un grupo de presos políticos de la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago, en lo que decía relación con el tratamiento de sus procesos y el compartir experiencias de vida.

En esa oportunidad descubrimos una realidad ignorada por la sociedad y poco estudiada por la doctrina nacional, y pudimos constatar que en los procesos llevados a cabo contra estas personas existían graves violaciones a principios fundamentales del Derecho Penal, como por ejemplo el Non Bis In Ídem, como también pudimos darnos cuenta que los procedimientos aplicados carecían del respeto de las garantías del debido proceso, lo que no se condice o adecua con un Estado social y democrático de Derecho.

Es por esto que creemos de gran relevancia jurídica abocar nuestro estudio al análisis de la Ley de Control de Armas, en particular su artículo 8º, en relación a la Ley de Conductas Terroristas, a la Ley de Seguridad del Estado y

al Código Penal, constatando los problemas concursales que se podrían presentar en su interpretación y aplicación práctica.

Cabe señalar que este conjunto de normas responde a una política criminal adoptada por el Estado chileno, que no sólo tiene por objeto el monopolio en el uso de la fuerza por parte del Estado, sino que también, en un momento determinado de nuestra historia, fue utilizada para perseguir, castigar, reprimir y eliminar a un importante sector de la sociedad que no compartía las políticas centrales del gobierno de facto. Es por ello que el primer capítulo analiza y conceptualiza la política criminal en general y la que inspiró la Ley de Control de Armas y sus posteriores modificaciones, como también hacer un breve análisis comparativo de la política criminal de control de armas de otras naciones latinoamericanas.

Luego, en el segundo capítulo, abordaremos la violencia política desde un punto de vista teórico, analizándolo como un fenómeno social, sus manifestaciones prácticas en la vida política y social, y como ésta se relaciona con el actuar de las distintas organizaciones armadas.

El tercer capítulo tiene por objetivo central analizar de forma histórica, política, social y jurídica la Ley sobre Control de Armas en general y el artículo 8º de dicho cuerpo normativo de manera particular, así como también

adentrarnos en las distintas definiciones que se dan tanto de grupo de combate armado, como de asociación ilícita, entendiendo que entre ellos existe una relación de especie a género, para terminar con el estudio típico de la figura delictual de dicho artículo, es decir, de la formación y funcionamiento del grupo de combate armado.

En el último capítulo se analizan las características esenciales de la asociación ilícita y su regulación legal y, además, ahonda en los problemas concursales que se pueden presentar por la aplicación del artículo 8º de la Ley de Control de Armas con las demás normativas antes señaladas, tomando en consideración la perspectivas constitucionales y penales sustantivas de dicho artículo, terminando con un breve análisis jurisprudencial al respecto.

En cuanto a la hipótesis medular de nuestro trabajo, ésta se centra en la constatación de una defectuosa regulación de las asociaciones ilícitas, cualquiera que sea el apellido que éstas tengan, producto de lo cual se generan distintos problemas teóricos y prácticos, como por ejemplo concursos aparentes de delitos, transgresiones a principios del Derecho Penal y Jurisprudencia contradictoria.

Finalmente, la metodología a utilizar en este trabajo será el método inductivo, histórico, comparativo, de análisis y exegético, recopilando los

diversos autores que tratan el tema del control de armas, grupos de combate armado y las asociaciones ilícitas, y teniendo como base una investigación aplicada, explicativa, documental y empírica.

CAPÍTULO I

ASPECTOS POLÍTICO CRIMINALES EN RELACIÓN A LA LEY DE CONTROL DE ARMAS

1- POLÍTICA CRIMINAL.

1.1- CONCEPTOS DOCTRINARIOS DE POLÍTICA CRIMINAL.

La política criminal es una locución que forma parte del Derecho Penal y que tiene tantos significados como autores que han escrito sobre ella. Ello se debe en parte al significado de la palabra política, que es extraordinariamente amplio y abarca cualquier género de actividad directiva autónoma. Por ello, para tener una comprensión mucho más acabada de lo que es la política criminal, es necesario referirse a los diversos conceptos existentes en la doctrina, para luego tomar una posición definitiva.

El profesor José Botero Bernal considera que lo primero es aclarar el término “política”, entendiendo este último como configuración mediante una serie de pautas de un determinado sector de la realidad para la obtención de un fin previamente establecido (intencionalidad). Teniendo presente la aclaración anterior, se define a la política criminal como configuración del sistema penal, esto es, el porque y para qué de la creación, aplicación, ejecución y post-ejecución de ese sistema. En otras palabras, la política criminal sería la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad que viene

dada por el poder punitivo.¹ De acuerdo al concepto antes expuesto, se concluye que es la política criminal la que construye el sistema penal y al interior de este la política penal configura el derecho penal.

Otros autores han definido a la política criminal como el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto de dirigir y organizar el sistema social en relación con la cuestión criminal.² Conceptos más simples la han entendido como una estrategia para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, o como la disciplina que estudia la manera como la colectividad reacciona organizadamente frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión o desarrollo armónico y que determina los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia.

Sergio Politoff Lifschitz define a la política criminal como “aquella disciplina a la que le incumbe la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones en el ámbito del Derecho Penal”.³

¹ BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. Lineamientos generales de una política criminal de los derechos humanos. [s.a.]. [en línea]. <www.diritto.it/materiali/transnazionale/bernal.pdf>. [Consulta: 8 de agosto de 2006].

² BUSTOS RAMIREZ, JUÁN. [s.a]. Política Criminal y Estado.[en línea].<www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista>. [Consulta: 2 de enero de 2007].

³ POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. 1997. Derecho Penal, Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Cono Sur. 13 y 14p.

El licenciado José Díaz de León Cruz entiende a la política criminal, de acuerdo a un concepto tradicional, como la planeación específica de la reacción del Estado en contra de la delincuencia existente en su territorio, y de forma mucho más moderna, como una sistematización sociopolítica y jurídica de las prioridades, actividades y medios dirigidos al control y eventual erradicación de los fenómenos delincuenciales suscitados en un territorio determinado; política criminal que debe ser congruente con nuestra Constitución y su ideología.⁴

El profesor Mario Garrido Montt define política criminal como “aquella cuyo objetivo es plantear ideas o caminos a seguir frente a los comportamientos desviados, entre ellos los delitos, y sirve para la creación o perfeccionamiento de la normativa destinada a enfrentar esos comportamientos”.⁵

Ahora bien, uno de los primeros penalistas que concibe a la política criminal con una visión moderna, fue V. Liszt, el cual entiende a la política criminal como “aquella disciplina que señala las pautas para la valoración del derecho vigente, para su aplicación a los casos particulares, y por otra parte,

⁴ DÍAZ DE LEÓN CRUZ, JOSÉ. Reflexiones sobre la política criminal en México. <http://www.coladimx.org/Publicaciones>. En: CASTRO RAMÍREZ, OSCAR ANTONIO. [s.a.]. Propuesta de Política Pública sobre Materia Criminal en El Salvador, Tesis sometida para obtener el grado de Master en Ciencias Políticas en la Facultad de Ciencias del Hombre y la Naturaleza de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. [en línea]. <www.uvmnet.edu/investigacion/episteme/numero5-05/enfoque/a_politica.asp>. [Consulta: 2 de enero de 2007].

⁵ GARRIDO MONTT, MARIO. 2001. Derecho Penal parte general, tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 162p.

es el punto de partida para el desarrollo del programa de una legislación del porvenir”. Desde otro punto de vista, Liszt entiende a la política criminal como “el arte de enjuiciar críticamente al derecho penal en vigor y de realizar su reforma o modificación, de acuerdo con los datos proporcionados por la ciencia sobre la forma y recursos mas adecuados para combatir el delito”.⁶

Por otra parte, para el catedrático de derecho penal Claus Roxin, “la política criminal es aquella que se ocupa de la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social”.⁷

Jescheck, presenta a la política criminal como aquella ciencia que se ocupa de configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la sociedad.⁸

La Dirección Institucional de Investigación e innovación tecnológica de la Universidad del Valle de México, en una revista publicada en diciembre del año 2005, define a la política criminal como la política encargada de la determinación del contenido y función de la justicia penal bajo un determinado

⁶ CURY URZÚA, ENRIQUE. 2001. Derecho Penal parte general, Tomo I. 2ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 96 a 101p.

⁷ GARRIDO MONTT, MARIO. 2001. Derecho Penal parte general, tomo I. 2ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 162 a 163p.

⁸ CURY URZUA, ENRIQUE. 2001. Derecho Penal parte general, Tomo I. 2ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 96 a 101p.

modelo de regulación de ésta y en función de la realización de actividades puntuales con la finalidad de mejorarla.⁹

Otro concepto de política criminal lo da el profesor Gustavo Labatut Glerna, quien señala que “ésta (la política criminal) no es una ciencia autónoma, sino que es el arte de legislar según las necesidades y posibilidades del momento, y a la cual le compete también examinar si el derecho vigente corresponde o no a las exigencias de la sociedad y proponer las reformas que reclama a fin de que la ley actúe eficazmente en la represión y prevención del delito”.¹⁰

De acuerdo a lo expresado por el profesor Eduardo Novoa Monreal, la política criminal “no es una ciencia, sino que es el arte de conciliar la doctrina con los hechos y que tiene como objetivos procurar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, abarcar tanto el aspecto preventivo como el represivo, hacer la crítica de las leyes vigentes y proponer su reforma fundada en antecedentes de derecho penal y criminología”.¹¹

⁹ UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MÉXICO. RECTORÍA INSTITUCIONAL. Diciembre 2005. Episteme No.6. Año 2. [en línea]. <www.uvmnet.edu/investigacion/episteme>. [consulta: 2 de enero de 2007].

¹⁰ LABATUT GLENA, GUSTAVO. 1990. Derecho Penal parte general, tomo I. 9ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 17 a 19p.

¹¹ NOVOA MONREAL, EDUARDO. 2005. Curso de Derecho Penal parte general, tomo I. 3ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 45 a 46p.

Para don Santiago Mir Puig, la política criminal puede ser vista en dos sentidos. En primer lugar, “consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia, refiriéndose al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad”. Y en segundo lugar, la entiende como “aquella rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el derecho penal o que éste debería expresar”.¹²

Para don Oscar Antonio Castro Ramírez, en su tesis para optar al grado de master en ciencias políticas, la política criminal es “aquella disciplina inmersa en la política social que tiene como principal objetivo crear las decisiones estatales encaminadas a combatir la criminalidad y su prevención, dicha disciplina integra varios elementos del ámbito jurídico-dogmático y criminológico. Implica hacer un estudio socioeconómico, crear un programa de evaluación para medir el grado de efectividad o no de las decisiones en esa materia, revisar el ámbito jurídico, formular un marco conceptual que sirva de base para la comprensión y delimitación de la problemática y contar con los recursos humanos y materiales para su implementación”.¹³

¹² MIR PUIG, SANTIAGO. 2005. Derecho Penal parte general. 7ª edición. Santiago de Chile. Editorial Barcelona. 59 a 60p.

¹³ CASTRO RAMÍREZ, OSCAR ANTONIO. [s.a.]. Propuesta de Política Pública sobre Materia Criminal en El Salvador, Tesis sometida para obtener el grado de Master en Ciencias Políticas en la Facultad de Ciencias del Hombre y la Naturaleza de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. [en línea]. <www.uvmnet.edu/investigacion/episteme/numero5-05/enfoque/a_politica.asp>. [Consulta: 2 de enero de 2007].

1.2- CONCEPTO PROPIO DE POLÍTICA CRIMINAL.

Según nuestra modesta opinión, creemos que el concepto que más se acerca a la realidad de las cosas, es el de José Fernando Botero Bernal, en Lineamientos Generales de una Política Criminal de los Derechos Humanos, texto en que se define primero la palabra política, y en definitiva entiende a la política criminal como “configuración del sistema penal mediante una serie de pautas”, pero a esa definición le agregaremos ciertos elementos para así construir un concepto de política criminal más completo. Dicha configuración puede fundamentarse en posturas realistas o idealistas, brindando cada una de esas posturas un método diferente de construcción del sistema penal, y de tal manera determina el Derecho Penal vigente en cada sociedad.

De tal manera, podemos definir a la política criminal como la configuración del sistema penal mediante una serie de pautas con una determinada intencionalidad, que viene dada generalmente por los grupos dominantes de una sociedad, y que es generada fundamentalmente por el poder político (ejecutivo y legislativo) atendiendo a populismos y situaciones de emergencia, debiendo intervenir además en su construcción la jurisprudencia y la dogmática como contención del poder punitivo, y los grupos sociales organizados.

Ahora bien, para comprender las razones por las cuales hemos adoptado este concepto, es preciso señalar a continuación ciertas críticas a los conceptos doctrinarios dados en el punto uno, y formular argumentos a favor de nuestra definición.

1.2.1- Crítica a los conceptos doctrinarios.

En primer lugar, señalaremos que el concepto dado por don José Botero Bernal es el que más se acerca a una definición correcta de policita criminal, toda vez que incluye la intencionalidad en la configuración del sistema penal, lo que se acerca más a la realidad de las cosas. En todo caso, es una definición que resulta incompleta, y por ello, nosotros a la hora de conceptuar a la política criminal, tomamos parte de este concepto, y le agregamos los elementos que a nuestro juicio era necesario incluir, esto es, el ser y deber ser de la política criminal que expondremos en los argumentos a favor de nuestro concepto.

En segundo lugar, cabe destacar que el concepto dado por Juan Bustos no resulta suficientemente completo, ya que habla *“del poder de definir los procesos criminales”*, no incluyéndose el ser y deber ser de la política criminal, y siendo un concepto que entiende que la configuración penal es una actividad neutra sin ninguna intencionalidad, lo que nosotros de plano rechazamos,

debido a que en todo Estado dicha configuración va a ser fundamental para la conservación del sistema, toda vez que va a controlar o excluir a aquellos elementos que no compartan o atenten en contra de los valores imperantes de la sociedad.

Por otra parte, tampoco estamos conforme con el concepto dado por don Sergio Politoff, debido a que entiende a la política criminal como *“una disciplina”*, algo que solo es parte del mundo científico, alejado de la intervención de los gobiernos y los poderes fácticos (lo cual no ocurre en la realidad), y tampoco incluye la intencionalidad a la que nos referimos en nuestro concepto.

En cuanto al concepto dado por el licenciado José Díaz de León, éste atiende a una intencionalidad, señalando *“que la política criminal debe ser congruente con nuestra Constitución y su ideología”*, pero la crítica que le hacemos consiste en que solo considera una parte de la política criminal, esto es, la reacción ante la delincuencia y no toma en cuenta la prevención del delito.

Siguiendo con nuestra crítica a los conceptos doctrinarios, destacamos que no compartimos las definiciones expuestas por Mario Garrido Montt Y Claus Roxin por ser incompletas, debido a que no señalan quien genera la

política criminal, además de no destacar que cada política criminal tiene un fin impuesto por los grupos dominantes de la sociedad.

Además criticamos el concepto dado por Von Litz, ya que solo considera el aporte científico en la elaboración de la política criminal y no toma en cuenta que se deben tener presente también los datos empíricos, y por otro lado, dicho concepto solo considera un actor en la configuración del sistema penal (científico), sin tomar en cuenta la intervención de otros actores, como la jurisprudencia, el poder político y los medios de comunicación social.

En cuanto al concepto expuesto por Jeschek, éste presenta dos imperfecciones fundamentales: En primer lugar, señala que la política criminal es *“una ciencia que se ocupa de configurar el sistema penal de la forma más eficaz”*, y por lo tanto considera a la eficacia como un elemento de la política criminal, lo que es deseable pero irrelevante a la hora de definirla, ya que no es una cualidad inherente, y en la práctica se da el fenómeno contrario, en el sentido de que no se configura de manera eficaz. En segundo lugar, la definición señala *“para que pueda cumplir (la política criminal) su tarea de protección de la sociedad”*; ahora bien, nuestras preguntas son, protegerla de que?, y a que tipo de sociedad?, o mejor dicho, a que grupo social?, o su tarea es proteger a la sociedad o a determinados intereses?. Por lo tanto, se concluye que el concepto es vago, impreciso e incompleto.

Tampoco nos parece acertado el concepto expuesto por la Dirección Institucional de Investigación e Innovación Tecnológica de la Universidad del Valle de México, ya que su concepto se centra en la justicia penal, no tomando en consideración la generación del derecho a cargo del poder político, y la generación e interpretación a cargo de la dogmática penal.

Por otro lado, el concepto señalado por don Gustavo Labatut no es lo suficientemente completo, ya que como la mayoría de las definiciones doctrinarias, no incluye la intencionalidad en la configuración del sistema penal. Además señala que la política criminal “*es el arte de legislar*”, y por lo tanto considera que el único medio de la política criminal es la ley, sin tomar en cuenta que existen otros instrumentos como la jurisprudencia, las políticas públicas, el mayor acento en las políticas sociales para prevenir los delitos, etc...

El concepto expresado por don Oscar Castro Ramírez es bastante completo, ya que considera a la política criminal parte de la política social del Estado, y en la cual interviene la dogmática penal y la criminología. Pero, podemos hacer la misma crítica que hemos hecho a las anteriores definiciones: no se incluye en el concepto la intencionalidad en la configuración del sistema

penal, que a nuestro juicio es la idea central a la hora de construir un concepto completo y realista de política criminal.

En cuanto al concepto dado por Santiago Mir Puig, este es bastante correcto, ya que entiende a la política criminal desde el punto de vista científico y desde el punto de vista empírico. Pero la crítica que podemos formularle es que pudo haber reunido esas dos facetas de la política criminal en una sola definición, señalando los diversos actores que influyen en su generación, como el poder legislativo, jurisprudencia, dogmática penal, etc... Tampoco ésta definición contempla la referida intencionalidad inherente a toda política criminal, que nuestro juicio como hemos señalado, es esencial para formular un concepto completo.

1.2.2- Argumentos a favor de nuestro concepto.

Cabe destacar que el concepto propuesto toma en su construcción el ser y el deber ser de la política criminal. En efecto, el **ser** de la política criminal, dado por lo que se produce en la realidad, consiste en la configuración del sistema penal mediante una serie de pautas con una determinada intencionalidad, que viene dada generalmente por los grupos dominantes de una sociedad, y que es generada fundamentalmente por el poder político (ejecutivo y legislativo) atendiendo a populismos y situaciones de emergencia.

Por otra parte, lo que nosotros consideramos el **deber ser**, esto es, lo que se espera de una correcta política criminal desarrollada en un Estado social de derecho, consiste en la configuración del sistema penal mediante una serie de pautas con una determinada intencionalidad, debiendo intervenir además en su construcción la jurisprudencia y la dogmática como contención del poder punitivo, y los grupos sociales organizados.

Ahora bien, hemos señalado en el concepto propuesto, que la política criminal es la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad. Claramente la política criminal tiene una determinada intencionalidad, un camino a seguir, ya que la adopción de una u otra postura político criminal depende del fin previamente establecido, concluyéndose que el fin determina el camino a seguir y no al revés. De esa manera, cada Derecho Penal es la realización de una determinada orientación político criminal, y por lo tanto, no es cierto que la clase de Derecho Penal que tenemos en un país dependa solo del mismo Derecho Penal.

Por otra parte, señalamos en el concepto dado que la intencionalidad de la política criminal viene dada generalmente por los grupos dominantes de una sociedad. Ello es así, debido a que los grupos dominantes están interesados en contener la desviación criminal de manera que esto no perjudique la finalidad del sistema económico-social y sus propios intereses, y de esa manera

mantener la propia hegemonía en el proceso selectivo de definición y persecución de la criminalidad. Esa intervención en la intencionalidad de la configuración del sistema penal es comprensible, ya que de esa manera se mantendrán las condiciones actuales y se reproducirán en el tiempo las relaciones de producción imperantes.

Pero hemos dicho que la política criminal es la configuración del sistema penal mediante una serie de pautas con una determinada intencionalidad, que viene dada generalmente por los grupos dominantes de una sociedad. Consideramos que es “*generalmente*”, porque es posible que en algunos lugares del mundo, no en los países latinoamericanos, los grupos dominados están desarrollando una lucha en el desplazamiento de la actual política criminal a importantes zonas socialmente nocivas e inmunes al proceso de criminalización y penalización, como por ejemplo la criminalidad económica, atentados contra el medio ambiente, corrupción política, mafia, etc. Esas zonas en muchos casos son socialmente bastante más dañosas que la desviación criminal perseguida, que afecta fundamentalmente a los grupos dominados.

La afirmación que venimos señalando se comprueba con un dato empírico determinante: en los países latinoamericanos, y en general, en los Estados capitalistas, la gran mayoría de la población penal es de origen proletario, y los delitos más perseguidos son aquellos contra la propiedad, lo

que se da en los tres niveles de incriminación. En la fase de incriminación primaria se contemplan un número importante de figuras penales destinadas a proteger a la propiedad; la incriminación secundaria destina la mayor parte de los recursos humanos (policiales y judiciales) y materiales a los delitos contra la propiedad; y finalmente, la fase de incriminación consiste en que el sistema penitenciario debe estar destinado también a los atentados contra la propiedad.

Y tenemos que recalcar que de acuerdo a la intencionalidad mencionada, y a pesar de la consagración del principio de igualdad, el Derecho Penal se aplica fundamentalmente a las clases menos favorecidas, siendo un instrumento de control social de aquellas clases. Ello es así, porque el sistema social resulta discriminatorio debido a que se fundamenta en un sistema de valores, y quien adecue más su conducta y proyecto de vida hacia esos valores, más posibilidades tendrá de integrarse a este sistema social, y por ende, aquellos que se aparten de este sistema, éste como mecanismo de supervivencia tenderá a erradicarlos o controlarlos.

En el concepto señalado, hemos afirmado que la configuración del sistema penal es generada fundamentalmente por el poder político, atendiendo a populismo y situaciones de emergencias, situación que se acentúa en los países latinoamericanos. En efecto, debido a la legitimidad democrática del poder legislativo o a su intrínseca naturaleza política, se da por hecho que la

creación del derecho es asunto de los políticos, que no precisa de grandes elaboraciones conceptuales. A esto se suma una mayor relevancia de los medios de comunicación social y de los grupos de víctimas, a través de los cuales se genera una mayor e ilusoria sensación de inseguridad.

Todo lo anterior, sumado a la corta duración de los periodos presidenciales, genera una falta de continuidad en la implementación de una política criminal. Además, las medidas de emergencia que adoptan los gobiernos debido a la coyuntura traen aparejado un correlativo aumento de la dureza en la represión punitiva, desarrollando de esta manera una política criminal autoritaria en un Estado democrático, lo que resulta contradictorio. Y así, los gobiernos han implementado una serie de medidas de urgencia cada vez más represivas y restrictivas de los derechos humanos de los inculpados a fin de combatir la criminalidad, y no para prevenirla, y dar solución a los problemas sociales que derivan en la delincuencia habitual.

Al contrario de la realidad de las cosas, nosotros consideramos que la política criminal debe contar con una fundamentación científica, que permita realizar diagnósticos adecuados, establecer prioridades y orientar adecuadamente la inversión de los escasos recursos del sistema penal, racionalizando su uso para obtener resultados más óptimos. Hoy en día, la experiencia cotidiana de la ciudadanía, su percepción inmediata de la realidad y

de los conflictos sociales, han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar el sistema penal. Ahora bien, es legítimo que en una sociedad democrática tales experiencias condicionen la creación y aplicación del derecho, pero lo que nosotros criticamos es que se demanden sin intermediarios y sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva.

Por otra parte, nuestra definición señala que en la configuración del sistema penal deberían intervenir además la jurisprudencia y la dogmática como contención del poder punitivo, y los grupos sociales organizados. Ello porque además de la función propia del poder político en la generación de la política criminal, que al parecer en Latinoamérica se ha considerado como el único actor en la construcción de las políticas criminales, es importante la intervención de dos actores fundamentales. En primer lugar, la función de la jurisprudencia y la dogmática en la interpretación de la legislación penal, teniendo como principal misión a nuestro juicio acotar y contener al poder punitivo ejercido por el poder legislativo y las agencias policiales. En segundo lugar, para la correcta configuración de la política criminal, es necesaria la intervención de la sociedad a través de los grupos organizados. De esta manera, en la generación de la política criminal se tomaran en cuenta aspectos doctrinarios y empíricos, y así su construcción será eminentemente científica, pero también cercana a la realidad y adaptable a los procesos histórico-sociales.

1.3- CARACTERÍSTICAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL.

En este segundo acápite relativo a la política criminal, vamos a tratar los rasgos generales que según nuestra modesta opinión debe incluir toda política criminal. Para una adecuada comprensión y sistematización, haremos una enumeración de cada uno de ellos:

1- El carácter preventivo, a través de ésta característica, se define y ubica al Derecho Penal en su contexto real, como la última ratio, dejando a la prevención como el elemento inicial y fundamental para resolver los conflictos sociales. Además, en virtud de ésta característica, se vinculan y relacionan las políticas sociales con la política criminal, ya que en la prevención del delito el Estado debe dirigir sus esfuerzos a las causas de la desviación criminal, desarrollando correctas políticas de salud, de educación, de vivienda, laborales, etc.

2- El carácter legislativo, implica que la política criminal otorga a la función legislativa el conocimiento y los elementos necesarios para la elaboración de normas jurídicas que tengan verdadero sustento en la realidad, y coherencia en el tiempo.

3- El carácter multi e interdisciplinario, lo cual importa que en la elaboración de la política criminal no hay que atender solamente a una sola ciencia o campo del conocimiento, como han creído algunos al considerar solo al derecho

penal en la construcción de la política criminal, sino que es necesario debido a la complejidad de la materia, considerar muchas ciencias y relacionarlas entre si. De esta manera lograremos un acabado entendimiento de la realidad social y las políticas que se van a aplicar tendrán una mayor aceptación y efectividad.

4- El carácter social de la política criminal es el mas relevante de todos, ya que si se tiene presente que toda política pública se aplica a un conjunto social, se hace necesario estudiar previamente dicha realidad, ya que las acciones a tomar deben incidir en dicha sociedad, y con mucha mas razón en aquella parte las políticas publicas que se encarga de los procesos criminales.

5- La función de contención que ejerce Derecho Penal sobre el poder punitivo. Ello consiste en que el Derecho Penal, a través de la constante interpretación de la legislación penal ejercida por la jurisprudencia y la dogmática, tiene como función fundamental contener el poder punitivo ejercido por el legislativo y los agentes policiales.

1.4- OBJETIVO DE LA POLITICA CRIMINAL.

La generalidad de los autores coincide en que el objetivo fundamental de la política criminal es la **prevención del delito**. A pesar de la claridad de ello, es necesario hacer una precisión. Hace algún tiempo se entendió que la política criminal tiene por finalidad el control de la criminalidad; pero con

posterioridad a partir de la preocupación que surge por las necesidades de las víctimas, la política criminal se extiende al control de las consecuencias del crimen, además de la prevención.

1.5- COMPOSICIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

En esta etapa de la investigación se hace necesario examinar a grandes rasgos cuales son, en la práctica, los elementos de la política criminal, para así determinar si en una determinada realidad social existe o no una política criminal propiamente tal.

En primer lugar, cabe señalar que el primer elemento de la política criminal esta dado por los **presupuestos** criminológicos, dogmáticos y fácticos claros, con los cuales comienza la construcción de la futura política pública que incidirá en los procesos criminales. El diseño de la política criminal debe partir de un diagnóstico profundo y no visto solo desde la óptica del Derecho Penal, sino que debe existir una interacción de diversas disciplinas que permitan conocer mejor la realidad, siendo completamente veraz en la formulación del diagnóstico, sin ocultar información, para así lograr una adecuada política publica acorde con la realidad social. Luego, es necesario que cada política criminal se proponga conseguir determinados **objetivos**, uno general que ha sido enunciado como la prevención del delito, pero también objetivos

específicos que se deriven del anterior y que sean acordes con cada realidad social. Y en tercer lugar, en virtud de los presupuestos, se deben diseñar e implementar **instrumentos** político-criminales adecuados para alcanzar los objetivos propuestos.

A partir de estos tres elementos podemos considerar que estamos frente a una política criminal. Es por ello que consideramos (como señalaremos con mayor profundidad más adelante) que en nuestro país no existe propiamente una política criminal, ya que en la gran mayoría de las modificaciones hechas a nuestra legislación, y las que se proponen en la actualidad obedecen a la coyuntura social o electoral, y no se parte de estudios serios que nos permitan determinar los presupuestos, ni tampoco se tiene claro cuales serán los objetivos a conseguir en el corto, mediano y largo plazo. No hace falta señalar que los instrumentos utilizados (como el aumento exacerbado de las penas) no son los más idóneos para conseguir los resultados deseados.

1.6- POSTURAS POLÍTICOS CRIMINALES

Cuando definimos qué es lo que se entiende por política criminal, vimos que es la configuración del sistema penal con una determinada intencionalidad, lo cual implica que existen diversas posturas atendiendo a las distintas intenciones y finalidades perseguidas por cada sociedad. Es por ello que nos

referiremos a las principales posturas político criminales, las cuales nos van a permitir distinguir posteriormente que política criminal adopta nuestra ley de control de armas.

En los párrafos siguientes, nos referiremos a tres posturas político criminales que se diferencian unas de otras principalmente por su funcionalidad, además de otros aspectos relevantes.

En primer lugar, tenemos a las **políticas criminales totalitarias**, las cuales tienen como característica central el concebir al hombre como un instrumento del y para el poder, ya sea individual o de masas. Ahora, además del aspecto primordial antes referido, estas políticas criminales destacan por otras características, las cuales estarán más o menos presentes dependiendo del contexto social y político, y de la irracionalidad del poder ejercido. En lo que se refiere a los que instan o instigan desde atrás a la construcción de las políticas criminales totalitarias, son las fuerzas económicas preponderantes, que hoy están constituidas fundamentalmente por las empresas transnacionales. Ahora bien, mientras esas fuerzas instan a la adopción de políticas autoritarias, los que aparecen ante la sociedad construyéndolas son los funcionarios de gobierno, miembros del parlamento y juristas que intentan dar fundamento racional para convencer de su aplicación a la sociedad.

Otra característica de las políticas criminales totalitarias esta dada por la intencionalidad de ellas, que consiste en configurar un sistema penal de carácter autoritario que proteja los intereses de las fuerzas económicas imperantes; pero lo fundamental de esa configuración es que no tiene ningún limite, y de esa manera el sistema penal que se construye va a afectar sin limitación diversos aspectos de la vida de los ciudadanos. Como manifestación de esa falta de limitación, podemos señalar el constante aumento exacerbado de las penas asignadas solo a delitos que atentan en contra de la propiedad, lo que demuestra que sólo se protege en mayor medida el derecho de dominio, dejando de lado otros valores fundamentales, como por ejemplo la protección del medio ambiente: Por otra parte, tampoco se persigue y condena con la misma intensidad la comisión de delitos “de cuello blanco”, esto es, los delitos económicos cometidos por personas que pertenecen a determinados sectores sociales. Otra manifestación de la falta de limitación, consiste en la tendencia de algunas legislaciones a la disminución de las garantías de los imputados, y fundamentalmente, la restricción de la concesión de la libertad provisional, transformándose ésta en una pena anticipada.

Una tercera característica de las políticas criminales totalitarias, es que frecuentemente se acude a ideas fuerzas como “el orden, la seguridad nacional o ciudadana”, los que son expuestos a la ciudadanía de manera populista., y que permiten y facilitan la configuración de un sistema penal sin limitación,

debido a la vaguedad de dichos términos. Estas ideas fuerzas comienzan a ser aceptadas por la comunidad debido a la labor de los medios de comunicación social, que día a día se refieren a ellos. El problema básico es que los medios de comunicación en su mayoría pertenecen a las fuerzas económicas imperantes, y de tal manera pueden manejar dicha información, y para agravar más la cuestión, normalmente en este tipo de políticas criminales el sistema penal que se configura se basa en datos sociales falsos.

Finalmente, las políticas criminales totalitarias configuran un sistema penal de la guerra que sólo busca neutralizar a los disidentes del gobierno de turno y de las fuerzas económicas imperantes.

En segundo lugar, existen también las **políticas criminales críticas**, las cuales tienen como idea central la configuración de sistemas penales con límites. En una primera aproximación, podemos constatar que los titulares de la configuración de las políticas criminales críticas también son las fuerzas económicas imperantes, los que se da en los modelos neoliberales impuestos en Latinoamérica. En efecto, estas fuerzas instan a la construcción de las políticas a través de la influencia que ejercen en los parlamentarios, financiando sus campañas, y también hay muchos políticos que son parte de esas fuerzas económicas, los que entran a la política contingente a proteger sus propios intereses y no aquellos que benefician a todos los ciudadanos.

Pero a diferencia de las totalitarias que no conocen límite alguno, en estas si se establecen limitaciones. Entre las limitaciones del sistema penal podemos señalar a modo ejemplar, las restricciones establecidas en la ley para la actuación de los órganos policiales, que deben respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales. Otro caso es la limitación a la aplicación de la prisión preventiva, estableciéndola sólo para casos excepcionales, y cumpliendo determinados requisitos taxativos. También se señala como ejemplo el límite al poder punitivo en la tipificación de los delitos, sancionando sólo aquellos hechos que atenten de manera grave en contra de los valores fundamentales de la sociedad, dando cumplimiento al principio que señala que el Derecho Penal es la última ratio.

Y serán también los funcionarios administrativos quienes actúen como instrumentos de las fuerzas económicas en la construcción de las políticas criminales, pero aquí estarán guiados por académicos que proponen límites al poder directo.

Una segunda característica de las políticas criminales críticas es su intencionalidad, la cual consiste en limitar la configuración del sistema penal, limitación dirigida tanto a la función legislativa como a la función jurisdiccional.

Por otra parte, en las políticas criminales críticas, debido a que tiene limitaciones, es deseable en teoría que no se utilicen ideas fuerza populistas como la seguridad ciudadana, pero en la práctica estos términos son usados por el poder directo (legislativo) en la configuración de esas políticas, aunque se encuentran parcialmente limitados. Y a diferencia de las políticas criminales totalitarias, en las críticas, la configuración no debe basarse en datos sociales falsos, pero, debido a ciertos idealismos, en algunos casos se apartan de datos proporcionados por la realidad.

Y en tercer lugar, se plantea en la doctrina una **política criminal de los derechos humanos**, la cual propone que el sistema penal además de ser limitado, debe ser deslegitimado. Esta política criminal coincide con las políticas criminales críticas en cuanto tienen por objeto limitar la construcción del sistema penal, pero difieren en que en las críticas dicha limitante es utilizada como legitimador de la construcción proveniente del poder directo, mientras que en una política criminal de derechos humanos se procede a limitar la construcción a través de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho Internacional y la Constitución, sin que sea utilizada la limitación para legitimar la construcción que hace el poder punitivo. En esta política criminal, el centro y razón de ser es la ***persona real***, y en su desarrollo se debe respetar la realidad material de los fenómenos sociales e individuales. Para aclarar esta postura, debemos entender a la persona real como un conjunto compuesto

por su individualidad, su apertura al mundo en el encuentro con otros, su comunicación y su libertad, esta última condicionada por la realidad social, cultural y económica de un lugar determinado.

Es para y desde la persona real que se debe configurar el sistema penal y construirse la política criminal pero esta persona real en su tarea de configuración debe respetar la realidad material.

De acuerdo a esta perspectiva de la política criminal, se deja de lado la visión de configuración del sistema penal, definiéndola por tanto como la construcción de una serie de limitantes normativos de la configuración del sistema penal, los cuales provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de una Constitución Política que sea garantizadora de derechos fundamentales.

1.7- PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLITICA CRIMINAL.

La política criminal, entendida ésta como una política pública que tiene por objeto orientar, integrar, sistematizar y estructurar los medios de que dispone el Estado en su lucha contra el fenómeno criminal, debe estar sometida a nuestro juicio a ciertos principios reconocidos en la dogmática penal. Estos principios se dan en mayor o menor medida dependiendo del

desarrollo que tenga la política criminal y de la vocación autoritaria o democrática del Estado en el cual se aplica.

Estos principios rectores, que se demuestran con toda intensidad en un Estado social y democrático de derecho, son los siguientes:

- Principio de tipicidad

Este principio consiste en que la conducta desarrollada por el sujeto activo de un delito que lleva aparejada una sanción, debe encuadrarse de manera perfecta con cada uno de los elementos que integran la descripción típica hecha por el legislador penal. De tal manera que no existe pena sin tipicidad.

Ahora bien, para comprender claramente este principio del Derecho Penal, haremos una breve reseña a la evolución histórica de la tipicidad, y luego vamos a distinguir entre el tipo y la tipicidad.

- a) Evolución histórica de la tipicidad: El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto objetivos como subjetivos. Luego, en 1906 aparece la doctrina de Beling que considera el tipo como una descripción.

Posteriormente Max Ernesto Mayer afirma que la tipicidad no es solo descriptiva sino que nos indicaría la existencia de antijuricidad, lo que implica que no toda conducta típica es antijurídica.

Dicho concepto es modificado a partir de Edmundo Mezger, quien señala que el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica sino que la razón de ser de ella, es decir, su fundamento. Según lo afirmado por Mezger el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causal de exclusión del injusto.

- b) Concepto de tipo y tipicidad: Por tipo se entiende la figura abstracta e hipotética contenida en la ley que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias; en cambio, la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley.

Por otra parte, es importante señalar que la tipicidad es el elemento esencial para la configuración del delito, y su manifestación dentro de la política criminal consiste en que a través de dicha tipicidad se van encuadrando las conductas que la sociedad (o los grupos dominantes) desean prohibir y sancionar para la mantención de las condiciones e intereses del sistema social. De esta manera, dependiendo de la política criminal imperante, se van a establecer en el Código Penal de un Estado determinado una serie de conductas típicas acordes con los intereses que se quieren proteger. Por ejemplo, en nuestra sociedad se protege y

valora la propiedad, y es así como en nuestro Código Penal se tipifican varias conductas que puedan atentar en contra del derecho de propiedad.

- Principio de la intervención mínima.

Este principio consiste básicamente en que el Derecho Penal sólo puede ser usado como “última ratio legis”, de manera que proteja a los bienes jurídicos de mayor jerarquía para la sociedad y de las violaciones de mayor gravedad. O sea, siempre que puedan utilizarse otros medios menos drásticos para ordenar o impedir una determinada conducta con eficacia, debe prescindirse del Derecho Penal, y sólo cuando estos resulten ineficaces e insuficientes se puede acudir a él.

- Principio de legitimidad.

En virtud del presente principio se faculta al Estado para prevenir y reprimir el delito, a través de la creación de diversas entidades publicas, como también a través de la creación y aplicación de planes de acción y programas para luchar contra el fenómeno criminal. La facultad se encuentra referida a la soberanía estatal, su forma de gobierno, el bien colectivo y los fundamentos constitucionales que dotan de validez a los actos de autoridad. El Estado esta facultado para reprimir la criminalidad por medio de los instrumentos de control social, como por ejemplo la legislación penal sustantiva y procesal,

policía preventiva, órganos que entregan justicia penal, tribunales e instituciones de readaptación social.

Ahora bien, la legitimidad consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza estatal. Y de esta manera, la legitimidad de un determinado régimen va a depender del hecho de que exista un interés concreto que íntegra a las fuerzas que aceptan dicho régimen, interés que consiste en la conservación de las instituciones que rigen la lucha por el poder.

Un Estado va a considerarse legítimo, y por lo tanto será legítimo el uso de la fuerza que se lleve a cabo a través de la prevención y/o represión del delito, cuando se acepten los valores y estructuras fundamentales de la sociedad, pero en la realidad de las cosas lo que se da es un consenso impuesto. Por ello consideramos que sería más legítimo un Estado en el que el consenso pudiera expresarse más libremente y en el que fuera menor la intervención del poder y de la manipulación, y por tanto, menor el grado de deformación ideológica de la realidad social en la mente de los individuos. Un Estado será más legítimo en la medida en que se realice el valor del consenso manifestado libremente por una comunidad de hombres autónomos y

conscientes, o sea, en la medida en que se acerque a la idea de la eliminación del poder en las relaciones sociales.

Finalmente, cabe destacar que el sentido de legitimidad no es estático sino que es dinámico. De tal manera, cuando el poder entra en crisis porque su estructura ha entrado en contradicción con el desarrollo de la sociedad, entra también en crisis el principio de legitimidad que lo justifica. Ello ocurre en las fases revolucionarias en las cuales el aparato del poder se deshace, y en donde caen los velos ideológicos que lo ocultaban a la población, y se manifiesta a plena luz su incapacidad para resolver los problemas sociales. Y como consecuencia de lo anterior, la conciencia de las masas entra en contradicción con la estructura política de la sociedad, volviéndose todos políticamente activos.

- Principio de culpabilidad.

Este principio consiste en que la sanción impuesta a un determinado sujeto activo de un delito no debe rebasar el límite de culpabilidad que le fuese graduado, de tal manera que su función es asegurar a los particulares que el Estado no extienda su potestad penal más allá de lo que le corresponde a un individuo respecto a su responsabilidad.

Ahora bien, el vocablo culpabilidad es empleado en la doctrina penal en diversos sentidos. En primer lugar, se entiende como una categoría dogmática, que para algunos forma parte del concepto de delito, y para otros, constituye el presupuesto de aplicación de la pena. En segundo lugar, se identifica a la culpabilidad como un elemento de la graduación de la pena, en donde se establece bajo el principio de proporcionalidad una relación entre culpa y castigo. Y en tercer lugar, se entiende por culpabilidad la fijación de la comprobación de la presencia de dolo o culpa para la admisión de la responsabilidad penal, en oposición de la responsabilidad objetiva. Y a esta última acepción la doctrina jurídico-penal tradicional ha identificado como el principio de culpabilidad.

- Principio de prevención

En virtud de este principio, el Estado debe orientar la política criminal hacia la prevención del delito por encima de la represión del mismo, para así optimizar los recursos escasos de que dispone. La pena se justifica por la ejemplaridad de su aplicación; por tanto, la prevención es vista desde la esfera de la "prevención general", para evitar futuras conductas ilícitas.

Ahora bien, para entender mejor lo expuesto respecto de este principio, se hace necesario realizar una breve exposición en torno a las teorías de la

pena, entre las cuales se distinguen las teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión o mixtas.

a) Teorías Absolutas: Son aquellas que sostiene que la pena halla su justificación en si misma sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Esta concepción recibe su carácter de absoluta debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil sino que dicho sentido radica en que la culpabilidad del auto sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma. De esa manera, niega una concepción del castigo que convierta al hombre en un medio instrumental en beneficio de la sociedad, considerando que las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana ya que solo cabe motivar con el castigo a los animales y respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma.

La pena es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, siendo un pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n.

b) Teorías Relativas: Estas renuncian a ofrecer fundamentos 3ticos a la pena, y se distinguen entre las teorías de la prevenci3n especial y general.

b.1- Teorías de la prevención especial: En estas teorías, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles y solo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, procurando readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización, siendo entonces la necesidad de prevención especial la que legitima la pena. Esta concepción no admite la libertad de voluntad, y niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

b.2- Teorías de la prevención general: Estas teorías conciben a la pena como una amenaza por medio de las leyes que se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor, debido a que por este acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de este criterio exige que las penas sean cumplidas).

c) Teorías mixtas o de la unión: La polémica entre las teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena, ya que ninguna de esas concepciones agota el fundamento para su explicación, y por ello las teorías mixtas procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna.

En estas teorías pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones, aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención solo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución, y aquellas que sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

El criterio unificador de la teoría se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere, de modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, el criterio retributivo pasaría a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, y el criterio de la prevención especial incidiría más durante la ejecución, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

Por ello, el principio de prevención expuesto anteriormente, se relaciona con la teoría de la prevención general, ya que se señala que la pena se justifica por la ejemplaridad de su aplicación, para así evitar futuras conductas ilícitas. Pero es necesario que la política criminal tenga en cuenta también la resocialización del autor del delito, incluyendo así la prevención especial, y en la

sentencia penal deberá establecerse preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor, incluyen así el criterio retributivo.

- Principio del acto o conducta.

Este principio consiste en que con el puro pensamiento, la ideación o el proceso mental no son susceptibles de constituir una materia del derecho penal o de la política criminal. De esta manera se garantiza un derecho penal de acto y se elimina la posibilidad de un derecho penal de autor, castigando a un sujeto sólo por lo que hace o deja de hacer cuando existe una norma prohibitiva o preceptiva, y no por lo que se es.

- Principio del bien jurídico.

El derecho penal se caracteriza por proteger los valores fundamentales de la sociedad, y por ello se limita a castigar sólo las conductas que violan los más elementales deberes ético-sociales. Por ello, es condición sine qua non para que intervenga el derecho penal que exista una necesidad social digna de protegerse. Donde basten la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, ha de retraerse el derecho penal, por ser la pena la reacción más enérgica. Una característica más de este principio en relación con los bienes jurídicos, es que los que serán protegidos se encuentran vinculados con valores e intereses que son percibidos universalmente en la conciencia de

todos los ciudadanos como comportamientos “capaces de desencadenar la reacción social”.

- Principio de la presunción de inocencia.

En virtud del presente principio, existe la necesidad de demostrar la culpabilidad de un sujeto conforme a las leyes positivas, y si no es posible ello, no puede ser objeto de una condena penal.

La verdadera importancia de este principio en su aplicación, está en que configura la libertad del sujeto, que le permite entonces ser libre en cuanto por actitudes comprobadas no merezca perder su libertad, correspondiéndole solo al Estado determinar si una persona sigue siendo inocente o no.

El principio de presunción de inocencia parte del supuesto de que todos los hombres son buenos, y para considerar lo contrario, es necesario que se les haya realizado un juicio previo a través de un debido proceso legalmente tramitado, y que en virtud de una sentencia ejecutoriada emanada de un juez competente, se declare su responsabilidad penal. Es necesario que la situación de inocencia sea destruida mediante la certeza con pruebas suficientes e idóneas, y no solo a través de meros indicios, ya que en caso contrario, se mantiene el principio de inocencia y el estado de libertad del sujeto. La construcción de la culpabilidad se debe verificar a través de pruebas lícitas, no

debiendo considerar el juez pruebas contrarias a la ley o que violen los derechos fundamentales del imputado.

El principio de presunción de inocencia constituye un derecho fundamental consagrado en Tratados Internacionales ratificados por Chile. De esta manera, el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental. Por otra parte, el Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 8 inciso 2° que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”*. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVI que *“se presuma que todo acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario”*. Finalmente, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”*.

Así, vemos que la presunción de inocencia lejos de ser un principio teórico del derecho, representa una garantía procesal reconocida a nivel internacional, y constituye uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

De acuerdo a la presunción de inocencia, es que la prisión preventiva no puede ser considerada como un cumplimiento anticipado de la pena, a pesar de que la opinión pública crea lo contrario, y lo que es preocupante, también la

mayoría de la prensa (aunque es posible cierto manejo en esa información y no ignorancia de parte de los medios de comunicación social, los cuales conocen o deben conocer los conceptos básicos del Derecho Procesal Penal).

El principio de presunción de inocencia se manifiesta en la práctica judicial en que el imputado tiene derecho a ser tratado como inocente durante todo el proceso penal, tiene derecho a no ser privado de su libertad (salvo en los caso calificados que señale la ley), y tiene derecho a no tener que probar su inocencia debido a que la carga de la prueba le corresponde al Estado.

- Principio de la jurisdicción.

El Estado a pesar de contar con su facultad de imperio debe quitarse su investidura soberana y crear una construcción técnica artificial, que es el proceso ante tribunales previamente establecidos por ley, para así garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas ante la aplicación de una sanción penal. Esta construcción técnica elimina cualquier posibilidad de selección personal y establece reglas claras ante la aplicación del derecho penal.

1.8- PRESUPUESTOS PARA CONSTRUIR UNA POLÍTICA CRIMINAL.

En la doctrina nacional y comparada se ha escrito bastante en torno a lo que debe ser una verdadera política criminal, respetuosa de los derechos humanos y con resultados efectivos a corto, mediano y largo plazo. A nuestro juicio, una política criminal adecuada es aquella que parte del mundo real, tomando en cuenta que existen diferencias culturales y sociales, por lo que la igualdad se plantea como un programa teniendo en cuenta que existe una desigual distribución del poder de definición en cuanto este no considera dichas diferencias. Además como postulado general, una política criminal debe tener como fundamento la libertad, teniendo presente como lo señala la Constitución Política que “el Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común”¹⁴, y será adecuada aquella política criminal que se desarrolla en un Estado social y democrático de derecho. Un Estado social es aquel en el cual hay una socialización del poder de definición, esto es, una efectiva participación de todos los sectores de la sociedad; por otra parte, un Estado de derecho es aquella organización jurídico-social destinada lograr un mejor funcionamiento del sistema para alcanzar la mayor realización de las personas, por lo que el sistema penal sólo es una cuestión de estricta necesidad. En virtud de todo lo antes expuesto, vamos a señalar de manera

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2005. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

específica algunas pautas que a nuestro juicio son fundamentales para la construcción de una política criminal asentada en un Estado social y democrático de derecho.

En primer lugar, es recomendable evitar la construcción de leyes que establezcan diferencias positivistas entre los ciudadanos, o sea, aquellas que se fundan en el concepto de peligrosidad antes del delito y aquellas leyes contravencionales de vagos y mendigos. Por otra parte, es necesario permitir una mayor participación de los grupos afectados por la criminalización selectiva del sistema penal, esto quiere decir que, aquellos sectores de la sociedad mas carentes tenga voz en el proceso de formación de las leyes que eventualmente pudieran afectarles, para así lograr soluciones más a largo plazo a los conflictos sociales ahí suscitados, teniendo presente la opinión de los directamente involucrados.

En segundo lugar, es necesario establecer al interior de los sistemas penales una readecuación de los principios de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica, y de mínima intervención penal, para así garantizar a los ciudadanos el debido respeto a sus derechos humanos. Siguiendo con lo antes expuesto, se podría incluir en nuestra legislación sanciones alternativas a la pena privativa de libertad y penas no privativas de libertad (con la reforma procesal penal se pretende aplicar estos postulados), distinguir entre la

criminalidad grave y la menos grave para así diseñar diferentes instrumentos político-criminales, implementando las salidas alternativas y dando cabida al principio de oportunidad;¹⁵ descriminalizar una serie de conductas contravencionales que no representan violación a bien jurídico alguno o no significan un grave atentado a valores sociales e incluir tendencias despenalizadoras, esto es, pasar conductas del derecho penal a ilícitos administrativos. De esta manera, es posible lograr que el sistema penal incluya de verdad el principio fundamental de convertir al derecho penal en última ratio legis.

El Estado que no siga el principio antes señalado se acerca hacia un modelo de Estado autoritario y en muchas ocasiones, a un Estado totalitario. La ciudadanía debe comprender que el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha contra el fenómeno criminal, teniendo en cuenta que la criminología señala que el delincuente no teme tanto a la pena sino que a ser descubierto, esto es, a la eficacia del sistema penal.

Al contrario, el exceso de rigor penal genera sufrimientos inútiles que recaen mayoritariamente en los sectores sociales más carentes; colabora con la generación y reproducción de la criminalidad, ya que el funcionamiento del sistema con la estigmatización de los imputados al exponerlos muchas veces

¹⁵ En nuestro país, en el Código Procesal Penal se da lugar a estos instrumentos.

innecesariamente en los establecimientos de detención y prisión, contribuye a que muchas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a la carrera delictiva o refuercen su decisión de mantenerse en ella; y crea la ilusión en la sociedad civil de que la mayor rigurosidad en las penas es un instrumento idóneo para controlar la criminalidad, no dejando lugar a la aplicación de otras medidas que si podrían dar solución al fenómeno criminal.

En tercer lugar, para lograr una eficiente política criminal respetuosa de los derechos fundamentales, es necesario que se base en estudios que partan de un análisis profundo de los procesos sociales, evitando de esa manera construcciones idealistas que no tomen en cuenta las claves de las conductas definidas como delito. Es imperioso que la política criminal se desarrolle con un conocimiento interdisciplinario del fenómeno criminal y de esa manera rechazar la pretensión de centrar la atención de los penalistas exclusivamente en los problemas técnico - jurídicos propios de la interpretación de la ley. Dentro de esta perspectiva de la política criminal, es importante que la sociedad toda tenga presente las limitaciones del derecho penal como medio de solución de conflictos sociales,¹⁶ y por otra parte, que los juristas abandonen su posición tradicional de legitimar las categorías jurídicas por el sólo hecho de existir, y

¹⁶ Lo que no ocurre hoy en nuestro país, siendo determinante la influencia de los medios de comunicación social.

que se recupere de esa manera el carácter histórico y relativo del derecho, superando la enorme brecha existente hoy entre la teoría y la práctica.

A nuestro juicio, la política criminal de una Estado de derecho debe ser consciente de las desigualdades existentes en la sociedad. Para entender dichas desigualdades hay que aclarar que mientras las clases dominantes están interesadas en contener la desviación criminal para que ésta no perjudique el funcionamiento del sistema económico-social, y de esa manera conservar la hegemonía en la definición y persecución de la criminalidad, las clases dominadas están interesadas en la superación de las condiciones propias del sistema socioeconómico capitalista, y por otro lado, están interesadas fundamentalmente en el desplazamiento de la política criminal a comportamientos aún inmunes al proceso de criminalización y de efectiva penalización, pero que son en muchos casos más dañinos que la desviación criminal perseguida.

Comportamientos tales como la criminalidad económica, los daños al medio ambiente o la criminalidad política de los detentadores del poder, son ejemplos de actos todavía ajenos a la penalización, ya que son generalmente las clases de extracción proletaria las seleccionadas negativamente por los mecanismos de criminalización, y la mayoría de los delitos perseguidos en los

países capitalistas son aquellos contra la propiedad, siendo estos una reacción individual ante las contradicciones del sistema de distribución de la riqueza.

Cabe agregar otra forma de criminalización que recae en las clases dominadas, la cual dice relación con la criminalización terrorista que se da con más fuerza en países con marcada tendencia autoritaria. De acuerdo a todo lo antes expuesto, proponemos la interpretación por separado de los fenómenos criminales que se dan en las clases dominantes y los dados en las clases dominadas; planteamos la penalización de la criminalidad económica, de la criminalidad política dada en organismos del Estado y de la gran criminalidad organizada, pero por otra parte, proponemos la despenalización de los delitos de desacato, de los delitos de opinión, algunos en contra de la “seguridad del Estado”, etc..., y en general disminuir la presión del sistema penal sobre las clases dominadas; además debe enseñarse la importancia de la opinión pública, la cual es portadora de la ideología dominante, legitimando de esa manera el sistema penal. Esto último debido a que la opinión pública en momentos de crisis es manipulada directamente por las fuerzas políticas detentadoras del poder a través de diversas campañas, pero además es constantemente manejada para la efectiva conservación del poder, promoviendo luchas contra determinado tipo de delincuencia (como se señaló mas arriba) y criminalizando a todo disidente del sistema político vigente.

Siguiendo con las pautas para la construcción de una política criminal desarrollada en un Estado social y democrático de derecho, es deseable que esta política sea tan sencilla en su explicación y transparente, que permita el completo análisis y discusión por parte de los organismos estatales y la sociedad. Debe tratarse de una política criminal objetivamente verificable, esto es, que sus resultados sean sujetos a mediciones constantes y concretas, ya sea través de encuestas de opinión o través de la labor ejercida por el parlamento. Es fundamental a nuestro juicio a la hora de proyectar una determinada política criminal, que se realice previamente una investigación empírica de las causas sociales que rodean el fenómeno criminal, para así dirigir los esfuerzos estatales a la prevención de los conflictos sociales que generan el delito.

Por otra parte, la política criminal debe partir de un análisis profundo con toda la información disponible, sin falsedades, y no ser vista sólo desde la óptica del derecho penal y sus diversas sanciones. Luego, en virtud del diagnóstico inicial, se deben plantear los objetivos que se quieren alcanzar, examinando su factibilidad y dejando sólo aquellos que pueden ser alcanzados, reservando los demás objetivos a momentos en que se tengan mejores condiciones para su logro. En virtud de todo lo anterior, la política criminal debe plantear el diseño de las estrategias y el impacto que estas tendrán en la realidad social, para luego desarrollar los programas a aplicar, los cuales

estarán sujetos a una evaluación posterior, construida sobre la base de diversos elementos tales como el examen del parlamento e indicadores de gestión institucional.

Otro elemento que debería estar presente en la política criminal de los Estados contemporáneos consiste en la armonización de las políticas sociales, educativas y económicas con la política criminal, de manera tal que esta última tenga un carácter preventivo más que represivo. De acuerdo con lo anterior, las penas que pudieren aplicarse a los que cometan delitos deberán cumplir una función social que permita la reestructuración del tejido social, teniendo un carácter preventivo y resocializador. Y en los casos en que exista graves atentados a bienes jurídicos de vital importancia para la sociedad, debe existir igualmente en la práctica un respeto a los derechos humanos de los condenados, cumpliendo así con el mandato constitucional del artículo 5°, el cual establece que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.¹⁷ Teniendo presente que la prevención del delito es básico en toda política criminal, podemos afirmar entonces que esta se

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2005. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

encuentra íntimamente ligada a otras ramas del conocimiento tales como la psicología, la sociología, la estadística, la medicina y la criminología.

1.9- CRÍTICAS A LAS ACTUALES POLÍTICAS CRIMINALES

Para finalizar con el análisis de lo que se entiende por política criminal, es necesario referirse desde luego a ciertos aspectos negativos que se encuentran presentes en las políticas criminales de nuestros Estados, para luego en el siguiente acápite tratar la política criminal que inspira a la ley de control de armas.

En primer lugar, es importante destacar que todos los recursos públicos (económicos, técnicos y humanos) que se utilizan en el control y erradicación de los delitos, durante largos años han sido dispersos. Ello significa que no existe una efectiva coordinación entre los diversos agentes encargados de la materia, ya sea entre los distintos gobiernos y el gobierno federal central en un Estado federal, o entre el Estado central y los municipios en un Estado unitario. Esa falta de coordinación se manifiesta fundamentalmente en los diversos planes de acción que se adoptan por parte de los diferentes agentes, lo cual hace que se lleven a cabo dobles esfuerzos, y lo que es peor muchas veces dichos planes resultan contradictorios.

En segundo lugar, otro problema que se da en las políticas criminales actuales consiste en la falta de una planificación a largo plazo y la ausencia de continuidad en su aplicación. En efecto, cada vez que asume un nuevo gobierno en un país determinado se realiza una modificación o eliminación de los planes de acción llevados a cabo por el gobierno anterior, provocando la ineficacia de las políticas públicas a largo plazo en torno al fenómeno delictivo.

En tercer lugar, otra crítica que se le puede formular a las actuales políticas criminales dice relación con el progresivo aumento en la represión punitiva, lo que puede ser apreciado en diversas reformas a nuestra legislación penal. Así por ejemplo, la reforma a los delitos sexuales a través de la ley 19.927 ha supuesto una exasperación generalizada de las penas, teniendo presente el aumento de 12 a 14 años como límite de edad para consentir la realización de conductas de connotación sexual, lo que supone un desconocimiento absoluto de la realidad social chilena. Otro ejemplo del aumento de represión punitiva, lo da la promulgación de la ley 19.950 que aumenta las sanciones a hurtos y faltas y facilita su denuncia e investigación, dirigido a los llamados “hurtos hormiga”, reforma patrocinada por grandes cadenas de supermercados y que no contribuye racionalmente a la disminución de los delitos. Y como último ejemplo, podemos señalar propuesta de reforma de algunos candidatos presidenciales llamada “la tercera es la vencida”, lo que

refleja populismo y un absoluto desconocimiento de la dogmática penal y los aportes de la criminología, y solo refleja la afirmación de algunos políticos de que con aumento de las penas se disminuyen los delitos.

Todo lo expuesto en el párrafo anterior se debe a la inexistencia de una política criminal unitaria y continua, con planificación a corto, mediano y largo plazo. Es por esa ausencia de una verdadera política criminal que los gobiernos se ven en la necesidad de adoptar una serie de medidas de urgencia, de carácter represivas y restrictivas de los derechos fundamentales.

Finalmente, una cuarta crítica a las políticas criminales se refiere a la discrepancia que existe entre el discurso oficial de las autoridades de gobierno y el contenido específico y práctico de las propuestas. En efecto, desde el discurso de las políticas criminales se dice por los gobiernos que las soluciones al fenómeno criminal son más complejas que el sólo aumento de la represividad del sistema penal, pero en la instauración de dichas políticas se observa marcadamente una tendencia represiva.

2- POLÍTICA CRIMINAL EN LA LEY DE CONTROL DE ARMAS CHILENA.

2.1- PLANTEAMIENTOS GENERALES.

Como primera aproximación cabe aclarar que el examen de la política criminal implícita en la ley de control de armas se realizara fundamentalmente bajo la visión de las posturas político-criminales expuestas en la primera parte de la presente memoria.

Teniendo presente lo antes señalado, y como una afirmación preliminar, podemos afirmar que nuestra ley de control de armas se encuentra inspirada en una política criminal totalitaria. Pero, ¿cómo llegamos a dicha conclusión?

En primer lugar, hay que situarse en el contexto histórico en el cual fue promulgada dicha ley, para así tener clara la “intencionalidad” implícita que se desprende de su articulado. El progresivo clima de violencia vivido en los años 70 que enfrentaba a grupos políticamente rivales hizo que el Estado chileno, a través del poder ejecutivo y legislativo, tomara la decisión de dictar una ley de control de armas de fuego, para así evitar enfrentamientos con consecuencias fatales. Además, se consideraba que en los años 70 se estaban formando grupos paramilitares, y por otra parte, existía un incremento del contrabando de armas.

Ahora bien, producto de las convulsiones políticas y sociales generadas post- golpe de Estado del año 1973 y a juicio de los detentadores del poder de la época, en virtud del progresivo aumento de las armas en manos de grupos civiles, el Estado, a través del gobierno de facto, vio la necesidad de implantar en Chile una política criminal totalitaria, y su principal o más importante instrumento fue la ley de control de armas, fortalecida a través de sucesivas reformas.

En aquellos años, el Estado comenzó su lucha contra la tenencia y porte de armas en Chile a través de la referida ley de control de armas. Pero en el desarrollo del combate, la aplicación de la ley de control se extiende a los grupos de combate armado, con penas durísimas, siendo utilizada en iguales casos conjuntamente con la ley de conductas terroristas y de seguridad interior del Estado, generando problemas concursales y transgrediendo el derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (*non bis in idem*).¹⁸

Siguiendo con el análisis de la política criminal de la ley de control de armas, es importante referirse en este punto a los fundamentos implícitos y explícitos que informan aquella legislación. De acuerdo con ello, el núcleo central de toda ley de control de armas es la seguridad, entiendo a ésta como el

¹⁸ El tema de los problemas concursales será tratado en profundidad en el capítulo IV del presente texto.

conjunto de acciones hechas por los integrantes de un Estado para obtener y conservar las circunstancias propicias para el logro de su proyecto nacional. Ahora bien, nuestra ley de control de armas y principalmente sus posteriores modificaciones a través de diversos decretos leyes se inspiran fundamentalmente en el concepto de la “seguridad nacional”. Y afirmamos lo anterior debido al contexto histórico en el que fueron dictados los decretos leyes que fueron modificando la ley de control de armas.

Para comprender los enunciados antes expuestos es necesario exponer brevemente lo que significa la doctrina de la seguridad nacional. La doctrina de la seguridad nacional considera a los propios ciudadanos de un país como posibles amenazas a la seguridad de la nación, que se encontraría amenazada permanentemente por la infiltración de elementos que buscarían la eliminación del modo de vida democrático. De tal manera, las fuerzas armadas se transforman en la encarnación del Estado, actuando para imponer y mantener el orden, lo que produce la militarización de la política. Y así, todo aquel que proponga objetivos diversos a los dominantes es tomado como exponente de la subversión, y toda oposición o disidencia política al régimen es considerada como una forma de guerra permanente.

Ahora bien, este estado de “guerra permanente” supone un “estado de emergencia”, en el cual se fundamenta la concesión de poderes especiales en

lo jurídico, político, social y económico, convirtiendo a la represión en la prioridad del accionar estatal.

Esta doctrina fue un producto de la guerra fría, ideada por los sucesivos gobiernos de los Estados Unidos que veían en el bloque comunista un inminente peligro debido a la posibilidad de resistencia de los pueblos de los países subdesarrollados, principalmente latinoamericanos. Para la protección de sus intereses económicos y políticos, los Estados Unidos consiguen unificar el accionar de las diversas dictaduras latinoamericanas instaladas y apoyadas por la CIA, como la de Augusto Pinochet en Chile, Jorge Rafael Videla, Roberto Viola y Leopoldo Galtieri en Argentina, el general Banzer en Bolivia y otras tantas esparcidas por el continente, además de la instalación de la Escuela de las Américas en Panamá, en la cual se enseñaron salvajes técnicas de interrogación a militares sudamericanos quienes realizaron durante muchos años el trabajo sucio contra la insurrección.

Esta doctrina de la seguridad nacional así entendida pasa a formar parte de la ideología imperante de la fuerzas armadas que ya no sólo son defensores de la frontera sino que ejercen la defensa contra el propio pueblo, y por otra parte, se asienta una visión amplia del enemigo, tomando no sólo a los que poseen armas sino también a las personas que propagan ideas contrarias al concepto de sociedad que tiene el gobierno de facto. Para finalizar con este

punto, cabe agregar que ésta doctrina fue reiterativa en afirmar que el mundo estaba dividido en dos facciones: occidente cristiano y oriente comunista; para ésta doctrina, la seguridad nacional y la sociedad civil estaban en peligro, y por lo tanto, el pueblo se encontraba indefenso ante la conspiración internacional comunista que le arrebataría su “identidad nacional”, y por ello no quedaba más alternativa a las fuerzas armadas que asumir la conducción política del Estado en defensa de los valores que ciertos grupos dominantes consideraban propios de toda la sociedad civil.

Ahora bien, fuera de estas pautas de la seguridad nacional, siempre será importante para un Estado generar una ley de control de armas, ya que a él le corresponde dirigir su acción a la obtención del bien común, creando situaciones ideales de seguridad que fomenten la libertad de las personas y disminuir los riesgos existentes, pero todo ello dentro de un marco de respeto a los derechos humanos.

Un Estado para hacer efectivo el monopolio del uso de la fuerza legítima (que es una de sus bases) deberá disminuir los riesgos que provengan de la tenencia y posesión indiscriminada de armas de fuego y explosivos, ya que ello se convierte en una posible amenaza para el cumplimiento de sus postulados. Y es por ello que nuestra Constitución Política consagra el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado, estableciendo en su actual artículo 103 (antes

artículo 92) el fundamento de la ley de control de armas, el cual señala lo siguiente: *“Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta. El Ministerio encargado de la Defensa Nacional o un organismo de su dependencia ejercerá la supervigilancia y control de las armas en la forma que determine la ley”*. Básicamente nuestra tradición jurídica sigue los postulados del Estado moderno, planteadas por Hobbes y Weber, según los cuales el poder político ostenta el monopolio de la violencia legítima, aquella que es indispensable para alcanzar el objetivo mínimo de dicho poder, este es, posibilitar la coexistencia pacífica entre los ciudadanos.

Otro fundamento para la creación de la ley 17.798 de control de armas y explosivos, y que fue citado en su momento por los legisladores era la diversidad de normas establecidas en distintos cuerpos legales que se referían al tema de las armas. Como ejemplo de dichos preceptos están los siguientes:

El Reglamento de fabricación y comercio de armas de fuego, municiones, explosivos y productos químicos, aprobado por decreto supremo N° 3.144 de 1954 y publicado en el diario oficial el 21 de Junio de 1955; la ley N° 12.927 de 1958 sobre seguridad del Estado publicada en el diario oficial el 6 de Agosto de 1958; el Código Penal en su título IV, párrafo 6° del libro II relativo a la falsificación de pasaportes, **porte de armas** y certificados, y en el título VI,

párrafo 8° del libro II referente a las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas; y finalmente podemos citar el Código de Justicia Militar que también regulaba el tema del control de las armas de fuego y explosivos. Es por ello que se pretendió coordinar y sistematizar la legislación referente al control de armas de fuego, para así lograr una ordenación de la materia facilitando su conocimiento por parte de la sociedad civil.

En la época de las modificaciones de la ley de control de armas a través de decretos leyes se dio como fundamento de su contenido cada vez más represivo, el clima de violencia vivido en aquellos momentos, y que se manifestaba en la existencia de grupos políticos antagónicos que se armaban cada día más. Muchos legisladores de principios de los setenta señalaron que era necesario garantizar que las armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función.¹⁹ Por ello se entregó el control de las armas a las Fuerzas

¹⁹ SENADOR JUAN DE DIOS CARMONA. Sesión parlamentaria de fecha 6 de Abril de 1977. En: TORAL BUSTAMANTE, GUILLERMO y YAÑEZ LEÓN, GERMÁN. 1985. De los delitos contemplados en la ley 17.798 de 1972. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Armadas, y todo lo relacionado con la investigación y disolución de grupos armados considerados inconstitucionales se entregó a la competencia de los tribunales militares. De esta manera, en el ámbito político se vio la necesidad de dictar esta legislación, la cual según la mayoría tenía el carácter de “ley de emergencia”, debido a que en el país se vivía una situación de conmoción interna y por tanto era apremiante una legislación eficaz y urgente. Dicha normativa fue circunstancial, y es por ello que se ha criticado su vigencia sin modificaciones por muchos años, habiendo cambiado las circunstancias que motivaron su dictación. Aunque en la actualidad se han hecho algunas modificaciones, creemos que no es la legislación que debería ser parte de un Estado de derecho social y democrático.

Continuando con el análisis de la política criminal vigente en la época de dictación de la ley de control de armas, es importante agregar que ésta normativa, además de los fundamentos e intencionalidad que tuvo en los tiempos de su entrada en vigencia, fue progresivamente modificada a través de diversos decretos leyes, los que aumentaron su carácter represivo y atentatorio de los derechos fundamentales, demostrando claramente que su intencionalidad se iba alejando del sólo control de armas inicial, y se acercaba cada vez más a una legislación dirigida a neutralizar por completo a determinados grupos políticos, siendo reflejo de un derecho penal del enemigo.

Así por ejemplo, el decreto ley N° 5 de 1973 introduce importantes modificaciones a la ley de control de armas, entre las cuales destaca el aumento de las penas establecidas y además se agrega la circunstancia agravante de la comisión del delito en tiempos de guerra respecto de algunos tipos penales; también destaca el decreto ley N° 23 de 1973, el cual se limita a aclarar el sentido de las modificaciones introducidas por el decreto ley N° 5; el decreto ley n° 559 de 1974 que en primer lugar agrega el tipo penal consistente en portar armas y/o elementos del artículo 3, y por otra parte crea como excusa legal absolutoria la defensa del orden público portando las armas mencionadas en el artículo 2º. Todas estas modificaciones refuerzan la acción del Estado de esos días tendientes a neutralizar a determinados grupos políticos, dejando a criterio de tribunales militares la aplicación o no de los preceptos de la ley de control, teniendo presente que la excusa legal absolutoria de “defensa del orden público” exime de responsabilidad al autor del delito.

Deteniéndonos brevemente en el tema de los tribunales militares, en la doctrina nacional y comparada se ha criticado bastante tanto la competencia de los tribunales militares en tiempos de paz como también su aplicación a civiles, ya que en lo referido a su competencia en tiempos de guerra hay cierta unanimidad en su existencia. El hecho de que los civiles sean juzgados por los tribunales militares atenta contra las garantías de los imputados establecidas en convenciones internacionales ratificadas por Chile. Las garantías afectadas, y

establecidas en tratados internacionales, se contemplan respecto de todos los ciudadanos, y no vemos razón alguna para que a determinados civiles se les aplique un procedimiento que no contemple tales garantías, incurriéndose por tanto en una discriminación arbitraria. Podemos apreciar en este caso una violación del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra lo siguiente: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...”* ; y lo que ocurre es que durante muchos años veremos a civiles sometidos a un determinado procedimiento, y a otros civiles sometidos al procedimiento sin las debidas garantías consagradas en tratados internacionales establecido en el Código de Justicia Militar, lo cual constituye una discriminación arbitraria establecida por la ley. Es cierto que con la reforma procesal penal y el antiguo sistema penal inquisitivo ocurre algo similar, pero por lo menos tenemos el consuelo de que ello constituye una situación transitoria.

Además cabe agregar que la competencia de tribunales militares sólo se justifica cuando el delito tiene el carácter de militar, situación que jamás podrá ser perpetrada por civiles sino que por militares. Lamentablemente y siguiendo con la política criminal estatal de fuerte represión y violadora de los derechos

humanos, el Código de Justicia Militar somete a civiles a juzgamiento por tribunales militares en forma directa, ya sea sin que haya intervenido en el hecho algún militar o sin que el delito sea propiamente militar desde el punto de vista de la doctrina, considerando como delito militar en virtud de un precepto legal a todos aquellos que estén en un determinado cuerpo legal.²⁰

Ahora bien, claramente podemos ilustrar la política criminal implementada por el Estado de Chile en la ley de control de armas en otras normas promulgadas en ese contexto, tales como el artículo 8 de la Constitución Política de la República, el cual disponía que: *“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.*

*Las organizaciones y movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales”.*²¹

²⁰ CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, artículo 5º: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 1. De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código...”. 2004. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

²¹ Artículo derogado por el artículo único, nº de la ley 18.825, publicada en el diario oficial el 17 de Agosto de 1989. Hoy existe un nuevo texto agregado al artículo por la ley 20.050, artículo 1 nº 2, publicada en el diario oficial el 26 de Agosto de 2005.

Por su parte, el artículo 9 de la Carta Fundamental disponía que: *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.*

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer empleos, funciones o actividades a que se refiere el inciso cuarto del artículo anterior, sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos.

Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales”; básicamente su contenido se mantiene, pero la parte referida a la prohibición a la libertad provisional, a la amnistía y al indulto ha sido eliminada. Estos artículos en su texto original son el fiel reflejo de la política criminal represiva implementada durante los años 70, y es por ello que han sido parcialmente modificados.

Ahora bien, la improcedencia de la libertad provisional respecto de este tipo de delitos establecida en el antiguo artículo 9° claramente era contrario a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y por ello era necesario compatibilizar el precepto con dicha normativa internacional. La negación a optar a la libertad provisional a los procesados por estos delitos transgrede en primer lugar el artículo 14 n° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que: *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*; también se violenta el artículo 9 n° 3 del Pacto Internacional, el que señala lo siguiente: *“...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*; y en virtud del artículo 3° y artículo 2° N° 2 del referido Pacto, los Estados firmantes están obligados a adecuar su legislación a las disposiciones de la presente Convención.²² Además el antiguo artículo 9° de la Constitución

²² Artículo 3°: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.
Artículo 2° n° 2: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

viola el artículo 8° N° 2 del Pacto de San José de Costa Rica, el cual establece:
“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Por otra parte, y de acuerdo a las características de una política criminal totalitaria, podemos observar que cada una de estas se da en la dictación, aplicación e interpretación de nuestra ley de control de armas, lo cual observaremos a continuación.

1- En cuanto a los titulares de la configuración de las políticas, esto es, los que incitan a su construcción, en nuestra ley de control de armas serán las fuerzas económicas imperantes de los años de gobierno militar, las que necesitaban de un marco jurídico-institucional para poder implantar el nuevo modelo neoliberal que se pretendía aplicar en Chile. Pero lo fundamental es que dicha política criminal, a diferencia de una política criminal crítica, no tiene límite alguno; y ello se puede observar en la irracionalidad de las penas que la ley de control de armas contempla, entre las cuales encontramos algunas excesivamente altas. Por ejemplo, se establece en el artículo 9 de la ley 17.798 lo siguiente: *“Los que poseyeren o tuvieran algunas de las armas o elementos señalados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2º, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4º o sin la inscripción establecida en el artículo 5º, serán sancionados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo”*

(esto es, de quinientos cuarenta y un día a tres años, y de cinco años y un día a diez años).

No obstante, si de los antecedentes o circunstancias del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o tenencia de las armas o elementos a que se refiere el inciso anterior estaba destinada a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales.

*En tiempo de guerra la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, siempre que las circunstancias o antecedentes permitan presumir al tribunal que la posesión o tenencia de armas, estaba destinada a alterar el orden público o a atacar a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o a civiles”.*²³

De esta manera la sanción puede llegar a los diez años de privación de libertad, lo cual es bastante excesivo, y además deja a criterio del tribunal presumir si dichas armas o elementos estaban o no destinados a alterar el orden público o atacar a las FFAA, lo cual es demasiado discrecional si

²³ Artículo 9 de la Ley n° 17.798, de Control de Armas y Explosivos.

tenemos en cuenta que de no aplicar dicha presunción se aplica sólo una pena de multa.

Lo aconsejable sería, por la trascendencia de la normativa, establecer ciertos criterios objetivos en la ley que permitan al tribunal considerar cuándo se altera el orden público, ya que de lo contrario estamos frente a una ley penal en blanco, la que se define como aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda fijada con exactitud invariable su sanción. Además la ley de control de armas en su artículo 9 dice que “en tiempo de guerra”, sin definir que se entiende por guerra, ni quien determina si hay o no dicho estado (lo que puede ser declarado discrecionalmente por el gobierno de facto), lo cual permite a un tribunal aplicar hasta 20 años de privación de libertad sólo por la posesión o tenencia sin autorización o inscripción en su caso. Todo lo anterior nos demuestra que no existe límite alguno en la configuración de esta política criminal.

2- En cuanto a la calidad intelectual de quienes fungen como instrumentos, efectivamente la construcción teórica de la política criminal de los años 70 se hizo por académicos, recubriendo su “armazón totalitario” bajo un manto de seudointelectualismo. Dicha construcción teórica, que fundamenta un determinado tipo de sociedad neoliberal fue impartida en Universidades, diarios

y revistas especializadas, dando el soporte intelectual necesario a la “nueva sociedad” que se pretendía aplicar en Chile.

3- En lo referido a la intencionalidad de esta política criminal, claramente el contexto jurídico-institucional en que se enmarca la ley de control de armas junto a la ley de conductas terroristas y de seguridad interior del Estado, está dirigido a la protección de los intereses de los grupos económicos imperantes. Y por tanto, la finalidad de dicha política criminal, de la que es parte la ley de control de armas, es la configuración de un sistema penal autoritario que proteja dichos intereses, sin admitirse limitación alguna en esa regulación.

4- A mayor abundamiento, cabe señalar que es punto común en las políticas criminales autoritarias la utilización de ideas fuerza, que por su vaguedad e imprecisión, ayudan a que los límites al sistema penal sean difusos. Por ello, en los años posteriores a 1973 se acudió a la idea fuerza de la “seguridad nacional”, y en su general aceptación tuvo una influencia determinante el papel de los medios de comunicación, los cuales ayer y hoy están en manos de las fuerzas económicas supranacionales imperantes.

Por otra parte, el establecimiento de la ley de control de armas junto a las otras leyes que tiene por objeto contener a los grupos de combate armado (ley de seguridad interior del Estado y ley de conductas terroristas), obedece

fundamentalmente a ésta idea fuerza de la seguridad nacional, la que como en todas las políticas criminales totalitarias, se cimienta en datos sociales falsos o al menos no totalmente ciertos. Ello se debe a que para lograr el control de grupos que no comparten la forma de sociedad que se propone implantar, es necesario exagerar los datos existentes, como por ejemplo el número de armas que circulan, el nivel de organización, todo lo cual es común también de una política criminal totalitaria.

5- Finalmente, y a nuestro juicio, una de las características fundamentales de las políticas criminales totalitarias y que se da también en nuestra ley de control de armas, es la configuración de un sistema penal de la guerra. En dicho sistema, como se propuso en Chile, se busca neutralizar a todos los que no comparten las doctrinas dominantes y que no estén de acuerdo con el dictador que las impone. Cabe destacar en todo caso, que un sistema penal de la guerra puede darse y de hecho se da en nuestras democracias protegidas latinoamericanas. Y efectivamente nuestra ley de control de armas se enmarca dentro de una política que en un determinado momento histórico, buscó eliminar la disidencia para así lograr la implantación definitiva de un determinado sistema económico, bueno para alguno y malo para otros.

2.2- COMPATIBILIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE CONTROL DE ARMAS CON EL ACTUAL ESTADO DE DERECHO CHILENO.

Como primera aproximación al tema que nos convoca, hay que destacar como aspecto fundamental de un Estado social y democrático de derecho, nuestra Constitución en su artículo 1 inciso 4°, que consagra la premisa de que el Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Por otra parte, el artículo 19 de la Constitución desarrolla esa idea, consagrando un catalogo de derechos fundamentales.

Ahora bien, la ley de control de armas excluye de manera casi absoluta el ejercicio de los derechos de una persona, y deja a la discrecionalidad de la autoridad de turno, en vez de establecer un criterio objetivo, la autorización para la inscripción. Es importante aclarar que aquí no abogamos por un “pase libre” en el uso de las armas, sino que constatamos como debería ser un Estado de derecho social y democrático, que se supone es el chileno, y que no sólo nuestra ley de control de armas sino que todo el sistema penal debe reconocer a la persona como ente autónomo, además de sus derechos y garantías.

En un Estado de derecho social y democrático las normas jurídicas no son imperativos, sino que instruyen e informan sobre determinados modelos de comportamiento. De esta manera, nuestra ley de control de armas junto a la

ley de conductas terroristas y de seguridad interior del Estado, a pretexto de la seguridad nacional y de una situación de emergencia generan una violación constante de los derechos fundamentales ya sea en sus aspectos materiales como también en lo netamente procesal.

En segundo lugar, en un Estado social y democrático de derecho se exige que exista participación de todos en el poder de definición. Claramente nuestra ley de control de armas y su política criminal implícita no obedecen a dicha lógica, toda vez que fue aplicada con dureza durante un gobierno de facto y autoritario en el cual, para bien o mal de muchos, no había una efectiva intervención de la sociedad en la generación de las leyes, ya sea a través de representantes o en forma directa. Por lo tanto un segundo elemento de un Estado social y democrático de derecho tampoco se da en la política criminal de la ley de control de armas. En todo caso, atendida la época de su dictación, no podría haber sido de otra manera, toda vez que lo que se perseguía era una reducción al máximo del poder destructor de los “enemigos”. Por otra parte, la política criminal de la ley de control de armas tampoco establece un sistema de control de los poderes de definición, como sería apropiado en un Estado social y democrático de derecho, a través de organizaciones de diversos sectores de la sociedad.

En tercer lugar, en un Estado de derecho social y democrático, el sistema de control penal es sólo una cuestión de extrema y estricta necesidad. La política opuesta implícita en la ley de control de armas es patente, ya que nos demuestra la llamada “violencia dura”, a través de las largas penas privativas de libertad. Ello contradice la finalidad perseguida en un Estado de derecho.

Por todo lo antes expresado consideramos que nuestra ley de control de armas no es compatible con un Estado social y democrático de derecho, que es la organización jurídica en la cual se supone vivimos. Y por lo tanto tenemos dos opciones: modificar nuestra ley de control de armas para armonizarla con el tipo de Estado en que se supone vivimos, o derechamente reconocer que nos encontramos ante un Estado que no es social ni democrático, y que no es completamente un Estado de derecho.

Ahora bien, si nos alejamos de la realidad contingente y damos un vistazo a todos los Estados modernos, veremos que la razón básica y primera de una la ley de control de armas es el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado. Ello radica fundamentalmente en que el Estado al tener además el monopolio en la creación de normas colectivas vinculantes requiere el apoyo de los medios de coerción. La monopolización absoluta de la fuerza de los Estados modernos y el rechazo inmediato de las expresiones consideradas ilegítimas de

agresividad han hecho que la violencia sea así lanzada de una zona oscura, a la que se le niega ya no su naturaleza de instrumento social y de medio de comunicación culturalmente pautado, sino incluso a su propia condición de propiamente humana. Tanto los medios de comunicación social como también los discursos políticos condenan la violencia, pero sólo aquella que se considera por ciertos grupos como ilegítima, pero no se condena en absoluto la violencia que se genera a partir de los misiles inteligentes, o de los bloqueos contra la población civil, o no hacen alusión alguna a las víctimas incalculables de la guerra y la represión política.

3-POLÍTICA CRIMINAL EN LO RELATIVO AL CONTROL DE ARMAS EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1- POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN ARGENTINA.

Lo primero que haremos en este apartado es describir someramente el contexto político y social de Argentina, para luego adentrarse propiamente en la política criminal Argentina en lo relativo al control de las armas, y las medidas específicas que se han tomado en la materia.

Argentina en los últimos años ha sufrido una fuerte crisis económica, lo que ha generado a su vez exclusión social y deterioro de las instituciones más fundamentales de la sociedad. Junto con lo anterior, ha habido un fuerte aumento en las tasas de delitos y de la violencia, como también en el uso y proliferación de armas de fuego. Para ejemplificar lo relativo al uso de armas de fuego, es importante destacar las estadísticas del gobierno argentino según las cuales, el porcentaje de los homicidios que eran cometidos con armas de fuego creció del 49% en 1991 al 78 % en 1997;²⁴ los robos que son cometidos con armas de fuego aumentaron de 40% en 1995 a 71% en el 2003. A mayor abundamiento, un estudio de victimización realizado por la Dirección Nacional de Política Criminal, señala que en Argentina hay un arma cada dos hogares; según se desprende de ese informe, el arsenal de los argentinos orillaría las 4.800.000 armas, pero el Estado sólo sabe dónde están 1.200.000, y el resto se halla fuera de las planillas oficiales. En Capital y Gran Buenos Aires, el 50 por ciento de los poseedores de armas admiten que se armaron para protegerse de los delitos, pero durante el último año una persona murió cada dos días por causas no delictivas; en otras palabras, 182 personas fueron víctimas de una discusión trivial que terminó en tragedia.

²⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA, DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. 1999. Hacia un plan nacional de política criminal. [en línea]. <www.jus.gov.ar>. [Consulta: 12 de diciembre de 2006].

A comienzos del año 2003 se produce en Argentina el auge de los secuestros, y en marzo del 2004 se levanta finalmente una gran presión sobre el gobierno con el secuestro y posterior muerte de un joven estudiante llamado Axel Blumberg, luego de una descoordinada acción de las policías. Lo anterior genera una serie de movilizaciones que culmina con una manifestación de aproximadamente 200.000 personas en la Plaza del Congreso, en la que se presentó un petitorio exigiendo mayor rigurosidad en las leyes penales.

A mayor abundamiento, otro hecho que generó la indignación de la comunidad, fue el asesinato de tres alumnos de un colegio llevado a cabo por un compañero en el año 2004, luego de lo cual, comenzaron a salir a la luz nuevos incidentes con armas en diversas escuelas.

Ahora bien, debido al contexto político y social antes expuesto, el Estado Argentino, ha implementado una política criminal de control de armas que se ha incrementado sólo en los últimos años, y que va desde el sólo aumento de las penas, hasta la presentación de innumerables proyectos sobre el tema. Sin perjuicio de lo anterior, para un análisis exhaustivo de la política criminal argentina, es necesario examinar cuáles han sido las acciones llevadas a cabo por el poder ejecutivo y el poder legislativo, muchas de las cuales han sido adoptadas en forma precipitada debido a la presión social.

El Congreso de la República Argentina, en los últimos años ha generado una serie de reformas, las cuales están dirigidas al aumento del control en el uso y proliferación de las armas de fuego. La primera de estas modificaciones consistió en la creación del Registro nacional de armas de fuego y materiales controlados, Secuestrados o incautados, en virtud de la ley n° 25.938. Un aspecto importante a destacar en la ley, es que se invita a los gobiernos provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a dicha ley, debido a que Argentina es un país federal y se podría entender que la competencia corresponde a las provincias y no ha sido delegada al gobierno central. Entre los aspectos más importantes que modifica esta ley, podemos mencionar políticas de destrucción de armas y la obligación de informar sobre alguna incautación o secuestro de armas por parte de diversas autoridades al Registro Nacional de Armas.

Otra modificación que fortalece la política criminal de control de armas esta dada por la reforma al artículo 189 bis del Código Penal, a través de la ley N° 25.886 del año 2004, el cual sanciona la tenencia, portación, provisión y fabricación ilegal de armas. Entre las características de estas modificaciones podemos destacar el fuerte aumento de las penas y ciertos vacíos legales provocados en la normativa. Como ejemplo de lo primero, podemos señalar la tenencia ilegal de armas de uso civil que antes sólo era una infracción (falta), hoy con la modificación es un delito penado con prisión de 6 meses a 2 años y

multa de \$1000 a \$10.000; además las penas por portación ilegal de armas tuvieron un aumento, fijándose penas de prisión de 2 a 4 años en las de uso civil, y de prisión o reclusión de 3 años y seis meses a 8 años y 6 meses en las armas de guerra.

Otra innovación importante dice relación con la fabricación ilegal de armas de fuego, delito sancionado con penas de reclusión o prisión de 5 a 10 años, el cual no se encontraba tipificado en la legislación anterior, a diferencia de nuestro país que contempla este delito desde los años setenta.

En cuanto a los vacíos legales que se encuentran en esta nueva normativa, destaca la omisión de penar la provisión ilegal de municiones y piezas de armas, como tampoco se tipificó la adquisición ilegal de armas; y en cuanto a la provisión de armas, la pena es de prisión de 1 a 6 años, lo que entra en abierta contradicción con las otras penas aumentadas, ya que es excesivamente menor, tomando en consideración que a través de la provisión se puede llegar a la tenencia o porte de armas.

Otra de las modificaciones a la legislación trasandina que endurece el control de las armas, es la del artículo 166 del Código Penal, en el que se establece como nueva figura agravada el robo con armas de fuego, artículo

criticado duramente debido al uso del simple aumento de las penas como método de política criminal.²⁵

Luego de este somero análisis de la política criminal argentina en su aspecto legislativo, podemos apreciar que a pesar del aumento de las penas a los diversos delitos en que existen armas, estas aún son considerablemente menores a las existentes en Chile, lo que nosotros consideramos muy negativo para nuestro país, y constituye un reflejo de nuestra democracia protegida, a la que aún le sirven normas propias de sistemas autoritarios.

En cuanto a la política criminal de control de armas llevada a cabo por el gobierno argentino, desde el año 2004, al igual que en el ámbito legislativo, se vienen realizando una serie de acciones que están dirigidas a endurecer el control de las armas en el país. Es así como el Ministerio de justicia de ese país, luego del asesinato del joven Axel Blumberg anuncia un Plan Nacional de Seguridad implementado conjuntamente con la Secretaria de Seguridad, y que pretende controlar el tráfico y uso ilegal de armas de fuego. Por otra parte, la misma Secretaria de Seguridad impulsó un plan de destrucción de armas decomisadas y provenientes de stock sobrantes de la Policía de la Provincia de

²⁵ Hay que tomar en cuenta que, a diferencia de nuestro país, Argentina cuenta con una Dirección Nacional de Política Criminal, dándose mucho mayor importancia al tratamiento global del fenómeno criminal.

Buenos Aires, y el Ministro del Interior de la época anunció un plan de recolección de armas a través de su compra.

En el ámbito exterior, el Estado argentino a llevado a cabo diversas acciones dirigidas a lograr una coordinación internacional en torno al control de armas, entre las que podemos destacar la adhesión a la Declaración de Bogota sobre el funcionamiento y aplicación de la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de armas de fuego de 9 de Marzo de 2004, el voto favorable a la resolución 59/86 sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Armas Ligeras en todos sus aspectos y además el Protocolo Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Finalmente, en Santiago de Chile los Presidentes del MERCOSUR en conjunto con Bolivia y Chile acordaron un entendimiento para la creación de un mecanismo conjunto de registro de compradores y vendedores de armas de fuego.

Para concluir cabe agregar que Argentina, al igual que otros países de la región, ha implementado una política criminal que tiene por objeto endurecer las penas y aumentar el control en el uso de las armas por los particulares. Argentina, a través de la Dirección Nacional de Política Criminal ha tratado de llevar a cabo un plan de acción que no sólo se centre en medidas populistas y

de corto plazo, tomando en consideración varias estadísticas y estudios relativos al tema del control de armas, pero, como todo gobierno latinoamericano, no ha podido abstraerse completamente de la opinión pública y de la presión ciudadana. Y por lo tanto, igual ha llevado a cabo ciertas medidas que no responden a una política criminal integral, basada en datos científicos serios y una investigación previa.

3.2- POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN BRASIL.

Para comenzar es necesario resaltar que Brasil es considerado como el principal productor de armas pequeñas dentro de los países del MERCOSUR y el segundo productor de armas en el hemisferio occidental. Junto con lo anterior, en las últimas décadas, Brasil, ha sufrido un fuerte espiral de violencia al que contribuye principalmente el crimen organizado y la explotación ilegal y forzosa de recursos minerales y madereros, todo lo cual ha generado en la sociedad civil el deseo de frenar el aumento explosivo de las armas y de los hechos de violencia.

Teniendo presente lo antes expuesto, para enfocar de manera global la política criminal, analizaremos en primer lugar la situación de Brasil en torno al control de armas antes de la última reforma llamada “Estatuto de desarme”, para luego examinar someramente en que consiste la nueva legislación

brasileña de control de armas, y para terminar señalaremos las acciones del gobierno brasileño en el plano internacional.

En primer lugar, el CONARM²⁶ del Ministerio de Justicia es el encargado del control de la circulación de las armas, y dentro de él, el Sistema Nacional de Armas es el órgano de la Policía Federal que autoriza la compra y venta por parte de personas naturales, y por otro lado, la comercialización, producción y en general la oferta de armas pequeñas en el ámbito nacional es fiscalizada por Ministerio de Defensa a través del Ejército. Ahora bien, para comprar un arma por parte de una persona natural se debe obtener la autorización de las policías locales previo chequeo de antecedentes y visto bueno del Sistema Nacional de Armas, pero el registro no habilita a una persona a portar un arma, ya que para ello se requiere la autorización del Sistema Nacional de Armas.

En lo que se refiere a la legislación penal de control de armas, la ley N° 9437/97 sanciona varias conductas, entre las cuales podemos destacar las siguientes: poseer, portar, fabricar, adquirir, vender, alquilar, transportar, ceder, prestar, remitir, utilizar u ocultar armas de fuego de uso permitido para civiles sin la debida autorización o en desacuerdo con la determinación legal reglamentaria; la pena aplicable consiste en uno o dos años de privación de libertad y multa. Por otra parte, se establece un catálogo de armas de uso

²⁶ Coordinación Nacional de Armas (Brasil).

prohibido para la población, las que sólo pueden ser usadas por las fuerzas de seguridad o fuerzas armadas, y que son: las armas químicas, armas disimuladas (todas aquellas que no demuestren que se trata de un arma), armas neumáticas (todas aquellas armas que utilicen aire comprimido por acción de resorte que disparen munición de un calibre igual o superior a los 6 mm), armas largas, etc.

Por otra parte, en cuanto a los requisitos que establece la legislación brasileña para la obtención de un arma por parte de civiles, se exige entre otros ser mayor de 21 años, nombre completo, filiación y lugar de nacimiento del interesado, dirección residencial, dirección comercial, identificación del fabricante y del vendedor y número de registro en el SINARM.²⁷ Una vez concedido el permiso, el registro tendrá validez en todo el territorio nacional y su tránsito de un Estado a otro depende de la autorización de la policía federal, y, en los límites territoriales del Estado o del distrito federal, de autorización de las policías civiles. Vale la pena señalar que en el Estado de Río de Janeiro existen normas diversas en lo relativo al control de armas, ya que posee organismos propios de registro de usuarios de armas, que mantiene dependencia del Sistema Nacional de Armas, y por otro lado, la portación de armas esta directamente prohibida según la ley N° 3680/01.

²⁷ Sistema Nacional de Armas (Brasil).

Una vez analizado el contexto social brasileño y luego de un somero análisis de su legislación de control de armas, nos vamos a referir a continuación a la nueva normativa que se intentó establecer en dicho país. En el año 2003 fue aprobado por el Congreso Federal con casi la totalidad de los legisladores, y luego sancionada por el presidente Da Silva, un proyecto de ley sobre control de armas con reglas mucho más rigurosas.

Como ejemplo de estas nuevas restricciones podemos señalar que se prohíbe a los civiles el transporte y la portación de armas por el territorio brasileño, y los que tengan autorización para tener armas sólo podrán conservarlas en sus domicilios o propiedades que no sean públicas o semipúblicas.

Por otra parte, se establece que aquel ciudadano que posea un arma no registrada podrá entregarla en el plazo de 90 días a las autoridades sin recibir pena alguna por la posesión ilegal de la misma (sin perjuicio de lo cual el Estado le abonara una indemnización por esta entrega).

A diferencia de la anterior legislación, en donde cada Estado fiscalizaba la tenencia de armas a través de sus organismos de seguridad, este registro pasa a manos de la Policía Federal; además se ha aumentado la edad como requisito para poder adquirir un arma de fuego permitida, ya que ahora es necesario contar con veinticinco años para acceder a un arma como titular de la

misma; a diferencia del contrabando de elementos varios, se distingue especialmente al contrabando de armas como delito particular, con penas de hasta quince años sin derecho a fianza. Siguiendo con su línea restrictiva, el proyecto establece que la portación ilegal de armas de fuego será sancionada con una pena máxima de seis años de privación de libertad.

El proyecto de ley establece que en octubre del año 2005 se realizará un referéndum en el cual la población podrá decidir si desea que se prohíba totalmente la compra y la tenencia de armas portátiles por parte de los civiles. En el caso de que el plebiscito sea favorable al desarme, sólo podrán tener, transportar, portar y usar armas los integrantes de las fuerzas de seguridad y de defensa del Brasil, y se supone que todas las armas en poder de la civilidad serían confiscadas. Pero para sorpresa de muchos, casi los dos tercios de los ciudadanos, estos es, el 63,94% de los votos validamente emitidos rechazó la prohibición de venta de armas de fuego y municiones en el país.

La discusión en dicho país giro básicamente en torno a dos intereses contrapuestos: el derecho a la legítima defensa y el desarme de Brasil. Los argumentados dados para apoyar a la primera posición se basaron en la incapacidad del Estado para ofrecer defensa a la población y por lo tanto surge este derecho a la legítima defensa tomando en consideración la imparable violencia ciudadana que se vive en ese país. A pesar de que el referéndum sólo

se refiere a comercio de armas de fuego, muchos en Brasil señalan que la negativa ciudadana debilitará otras disposiciones de la ley, que restringen el porte, la posesión y la compra de armas livianas por parte de civiles. Un ejemplo de lo anterior, esta dado por los argumentos de diversas acciones interpuestas ante la Suprema Corte de Justicia, en las cuales se cuestiona la constitucionalidad de esa ley, ya que estaría sofocando la actividad comercial y derechos como el de la legítima defensa.

Para finalizar con el análisis de la política criminal brasileña en torno al control de armas de fuego, nos vamos a referir a las acciones llevadas a cabo por el Estado en el ámbito internacional, que nos demuestran una preocupación constante sobre el tema, y varios intentos de coordinación con países de la región. Como ejemplos del accionar de Brasil podemos destacar en primer lugar, la ratificación de la CIFTA²⁸ en el mes de Septiembre de 1999, ha asumido desde el año 2002 la Secretaria Pro Tempore del Comité Consultivo de la CIFTA a través de su representación ante la OEA y es uno de los 23 países miembros que ha sido representado en el grupo de expertos que apoya al Secretario General en un estudio de factibilidad para desarrollar un instrumento internacional de rastreo y marcaje de armas pequeñas.

²⁸ Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados.

Por otra parte, la Secretaria Nacional de Seguridad Pública del Estado de Río de Janeiro y autoridades policiales argentinas, realizan constantemente intercambio de información a través de correo electrónico encriptado, debido a la ausencia de sistemas informáticos formales y oficiales.

Finalmente cabe destacar que la legislación brasileña en materia de importación y exportación de armas pequeñas es compatible Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, estableciendo de esta manera procedimientos bastantes exhaustivos.

De acuerdo a todo lo antes expuesto podemos concluir que Brasil se ha propuesto como objetivo endurecer progresivamente la política de control de armas de fuego durante la última década, todo ello dentro de un contexto internacional dirigido en el mismo sentido, pero dicha política criminal no ha sido compartida por todos los sectores sociales, lo que ha traído diversas dificultades para la superación de los problemas que según el gobierno brasileño se generan a partir del aumento explosivo de las armas. A nuestro juicio, la política criminal brasileña ha estado basada principalmente en torno a los aspectos reglamentarios y penales, y no ha sido una política integral que se preocupe también de las causas generadoras del problema, sino que parte de construcciones idealistas y no resuelve de manera definitiva el conflicto social que se está produciendo en Brasil. Simplemente se han preocupado de

endurecer las restricciones al uso y porte de armas por parte de civiles, y no hay todavía un tratamiento integral del problema que se pregunte porqué los civiles recurren a las armas, porqué el fenómeno de violencia armada civil se da con tanta fuerza en las ciudades, y básicamente porqué existe la necesidad en sectores populares como las “favelas” de recurrir al uso de armas de fuego.

3.3- POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN COSTA RICA.

Costa Rica es considerado un país en donde existe una relativa paz, pero ello no lo hace ajeno al fenómeno del aumento en el control de las armas llevado a cabo por los Estados latinoamericanos. Pero a pesar de la relativa tranquilidad, este país se ha convertido en un punto de tránsito constante de las armas que van hacia Colombia ya sea por mar o por tierra, y por otra parte se está produciendo un aumento considerable de la violencia criminal y social cometida con armas de fuego. Por otra parte, a pesar de que en Costa Rica se ha mantenido una continuidad democrática desde los años cincuenta, siendo considerada como una excepción en Centroamérica por su estabilidad interna, igualmente se verá afectada desde los años ochenta por las repercusiones de los conflictos internos producidos en otros países de la región y por las profundas crisis económicas de sus vecinos.

Ahora bien, una vez analizada someramente su realidad social, nos vamos a referir a su legislación de control de armas, para sí apreciar cual es la política criminal implementada en dicho Estado.

Para comenzar, cabe mencionar que los encargados del control de las armas son el Ministerio del Interior, Seguridad Pública y la Oficina General de Armamentos de la policía, teniendo esta última tres oficinas, a saber, Control de armas y explosivos, Registro Nacional de Armas y el Arsenal Nacional.

En lo que dice relación con la tenencia, posesión y porte de armas por los particulares, cabe señalar que la ley considera como armas permitidas aquellas de uso civil, armas de fuego deportivas, armas coleccionables y armamento de carácter militar, todo vendedor en Costa Rica tiene la responsabilidad de reportar toda venta e información del comprador. Según algunos, la legislación costarricense en materia de control de armas es una de las más permisivas de Latinoamérica. Como ejemplo de lo antes expuesto, se señala en la ley N° 7.530 de control de armas que cualquier persona de 18 años puede poseer y portar armas, salvo que se lo impidan las causales elementales que la ley establece, las cuales son las siguientes: estar cumpliendo condena, haber sido condenado por delito cometido con armas o estar inhabilitado mediante resolución judicial para usar armas. Además, una vez adquirida un arma, cada ciudadano costarricense puede llegar a tener hasta tres armas de

fuego y 500 rondas de municiones al año, lo cual los habilita solo para conservarlas en su domicilio, ya que para llevar un arma en público se debe tener una autorización especial y basarse en razones legítimas. A mayor abundamiento, la ley N° 7.530 autoriza, para uso civil armas que son de uso militar en los países de la región, como las pistolas semiautomáticas calibre 45 y las 9 mm, cuya bala logra atravesar la puerta de un automóvil.

En lo que dice relación con los aspectos penales, la legislación costarricense castiga una serie de conductas consideradas como prohibidas, entre las que destacan las siguientes: la posesión de armas prohibidas, tráfico ilegal, fabricación y reparación ilegal, portación de armas sin licencia y alteración de números de serie. Las sanciones van de seis meses de privación de libertad hasta ocho años de privación de libertad en el caso de tráfico ilegal de armamento militar. A simple vista podemos apreciar que las penas son considerablemente más bajas que las contempladas en la legislación chilena, en la ley 17.798 sobre control de armas y explosivos.

Ahora bien, en cuanto a la exportación de armas, no existe en Costa Rica una industria propiamente tal, por lo que la mayoría de las armas que salen del país son re-exportadas. Sin perjuicio de aquello, cada exportador debe estar acreditado ante el departamento para el control de armas y explosivos, y obtener un permiso para cada embarque.

A manera de conclusión, podemos señalar que la legislación de Costa Rica y su política de control de armas se considera como una de las más permisivas de Latinoamérica, y ello puede influir en la presión internacional que puedan realizar otros países de la región, ya que la legislación de un Estado en lo relativo al control de armas influye de manera significativa en la situación de otros Estados. Ello debido a que puede generarse una fuerte industria de armas que amenace ingresar a los países vecinos, ya sea a través de exportaciones legales o a través de tráfico de armas. Y por ello creemos que la presión internacional hacia Costa Rica va a tornarse cada vez más firme para que realice una progresiva reforma de su legislación, básicamente a través del aumento de las penas a aplicar.

3.4- POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN EL SALVADOR.

Antes de dar un breve vistazo a la política de control de armas de este pequeño país centroamericano, es preciso realizar algunas apreciaciones. En primer lugar, es importante señalar que en El Salvador fueron distribuidas miles de armas durante los doce años de guerra civil, entre los años 1980 y 1992, y se considera por los expertos que existe un exceso de armas en dicho país toda vez que el armamento distribuido a la población civil por los bandos confrontados no fue recogido en su totalidad al finalizar la guerra.

Ahora bien, cabe destacar que un estudio del Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP) de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, señala tres causas principales por las cuales las armas constituyen un factor de desestabilización social en El Salvador. En primer lugar, los insuficientes controles estatales efectivos sobre el volumen total de armas circulantes. En segundo lugar, las instituciones nacionales no han podido evitar aún el fuerte tráfico de armas ilegales en el país. Y finalmente, como tercera causa se considera el frecuente uso de armas, legales e ilegales, en actividades delictivas de todo tipo. Además se considera por los expertos de dicho país, que las armas son vistas por un segmento importante de la población, como el instrumento adecuado para la defensa personal. Sin embargo, los análisis permiten decir que esa forma de respuesta constituye una “normalización” del uso de la violencia como forma de resolver conflictos y de autodefensa. Incluso, según el discurso oficial y popular se considera que las instituciones encargadas de la seguridad y justicia no tiene la capacidad suficiente para la defensa de la población.

Teniendo presente el contexto social vivido en El Salvador respecto de las armas, a continuación analizaremos los órganos encargados del control de las armas y echaremos un breve vistazo a la legislación vigente, haciendo

referencia también a la última reforma llevada a cabo, la cual nos ilustra con claridad cual es la política de control de armas de El Salvador.

En lo que respecta a las instituciones a cargo del control de la circulación y uso de las armas en El Salvador, destaca el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional Civil (PNC), el primero a cargo del control de armas y el segundo en lo referido a su aplicación práctica. Pero además colaboran en la función de control Agencias especializadas en el tráfico y uso de armas de fuego, tales como la División de armas y explosivos (DAE) y la División de frontera y finanzas de la PNC. Por otra parte, también tiene un importante rol en la materia la Fiscalía General de la República (FGR), la que está encargada de investigar y perseguir casos, además de confiscar armas de fuego como evidencia en casos relacionados con el crimen organizado, infractores juveniles, trafico de drogas y delitos contra la propiedad. Ahora bien, el Instituto de Medicina Legal (IML) se encarga de mantener estadísticas sobre todas las actividades criminales en las cuales hay resultado de muerte, incluidas aquellas que involucran armas de fuego, y finalmente podemos mencionar al Ministerio de Salud Pública y Seguridad Social (MSPSS), que interviene en esta materia llevando información sistemática sobre lesiones no fatales causadas con armas de fuego, además de dar particular atención a los niños heridos por armas de fuego a través de un programa especial en el Hospital Nacional Infantil.

Ahora bien, antes de la década de los ochenta el tema de las armas era regulado sólo a través de decretos del ejecutivo, pero, debido a la necesidad de vigilar los movimientos de armas que pudiesen llegar a manos de la guerrilla se dictó en 1980 una ley de control de armas que se mantuvo vigente por casi trece años, ya que en 1993 se redactó una nueva ley de control.

En lo que dice relación con el uso y posesión de armas por los particulares, se establece que los propietarios de las armas deben registrarse con el Ministerio de Defensa Nacional, y además deben obtener una licencia para poseer y/o portar armas de fuego en lugares públicos. Tanto las licencias de tenencia como las de porte deben ser renovadas, las primeras cada seis años, y las segundas cada tres años. Según la legislación salvadoreña, son actividades ilegales la importación y exportación ilegal, la posesión de armamento ilegal o legal sin permiso correspondiente, la posesión de artefactos militares, el disparar al aire, etc....; y las sanciones van desde multas de USD 25 a USD 12, suspensión de licencias y en pocos casos privación de libertad, de lo que se desprende que esta normativa es bastante permisiva, teniendo presente las otras legislaciones latinoamericanas. Por otra parte, se permite a los civiles portar armas de fuego en los espacios públicos salvo determinados lugares como bares, instituciones oficiales y eventos multitudinarios, y además la legislación permite a los particulares poseer armas de manera ilimitada.

Es por lo anterior que en 1999 se aprobó una nueva ley que incrementó las restricciones para la tenencia de armas, y posteriormente, en el año 2002, se hicieron reformas que aumentaron las penas por delitos con armas y se incrementaron los controles para la tenencia y la portación en espacios público. Entre las modificaciones llevadas a cabo por el Estado salvadoreño, destacan las siguientes: Se amplía de 18 a 21 la edad para las matrículas de tenencia; se incrementa de 21 a 24 la edad para portar armas de fuego, medida que no afectará a miembros de la Fuerza Armada, Policía Nacional Civil, Academia de la Seguridad Pública y empresas de seguridad; será un delito tener un arma de fuego sin contar con los debidos permisos, estableciendo como sanción tres a cinco años de prisión; se penaliza con prisión de tres a cinco años a personas que porten armas bajo los efectos de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes; no se permitirá portar armas en bares, cervecerías, pensiones, hoteles, barras show, manifestaciones, parques ecológicos, espectáculos deportivos y culturales, centros sociales, culturales y educativos; se prohíbe la publicidad de armas excepto en publicaciones especializadas; se dispone que cada persona, natural o jurídica, no podrá adquirir más de dos armas de fuego al año, aun cuando quedan exentos de cumplir este punto las personas calificadas de alto riesgo, los tiradores deportivos federados o acreditados y las personas jurídicas dedicadas a dar seguridad privada.

Finalmente cabe destacar la participación que ha tenido el Estado salvadoreño en el ámbito internacional en lo relativo al control de armas de fuego y explosivos. En primer lugar, El Salvador firmó la Convención de la ONU contra el Crimen Organizado Transnacional el 14 de diciembre del 2000 junto con su Protocolo sobre armas de fuego el 15 de agosto del 2002. Por otra parte, El Salvador ha ratificado la CIFTA (Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados) con fecha 18 de Marzo de 1999, ha adoptado el Reglamento modelo de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas; materia que influye indirectamente en el control de armas de fuego) y finalmente es parte ratificante del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica.

En El Salvador los expertos consideran que este país presenta altos niveles de violencia con armas de fuego, sin perjuicio de lo cual, el Estado no ha tomado medidas tan drásticas que disminuyan la tenencia y porte de armas. La razón ha estado fundamentalmente en la realidad social vivida en ese país, en el cual las armas han pasado a formar parte de lo cotidiano, y por otra parte, muchos sectores consideran que el Estado no tiene la fuerza suficiente para proteger a la sociedad civil, lo que obliga a los ciudadanos a defenderse con sus propios medios.

CAPITULO II

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

1- LA VIOLENCIA POLÍTICA COMO FENÓMENO GLOBAL.

1.1- DEFINICIÓN DE VIOLENCIA.

Como primera aproximación al tema de la violencia política, es necesario proceder a conceptualizar el término violencia. Al respecto, Julio Aróstegui ha definido a la violencia como “toda interacción social como resultado de la cual personas u objetos resultan dañados físicamente de manera intencionada, o a los que se amenaza de manera creíble con padecer dicho quebranto”²⁹. El concepto expuesto resalta el aspecto físico de la definición, pero reconoce también el aspecto psíquico.

Por otra parte, Adela Cortina en su texto “Ética y violencia política”, define a la violencia como procedimiento y medio. Señala en primer lugar que “un procedimiento violento es aquel en el que se utiliza la fuerza para obtener un fin, en contra de la tendencia natural de la cosa sobre la que se aplica la fuerza”. El procedimiento violento trata de forzar la voluntad de quien, en caso contrario, no desearía actuar de ese modo. En segundo lugar, expone a la violencia como “una forma de poder, como un medio para conseguir determinados objetivos”.

²⁹ ARÓSTEGUI, JULIO. 1996. La Especificación de lo Genérico: La Violencia Política en Perspectiva Histórica. Revista Sistema (132-133). 12p.

Las profesoras Irma Arraigada y Lorena Godoy en su texto “Seguridad ciudadana y violencia en América Latina” han propuesto el siguiente concepto de violencia: “Es el uso o amenaza de la fuerza física o psicológica con intención de hacer daño de manera recurrente y como una forma de resolver los conflictos”.³⁰

Otra definición de violencia, plantea que esta consiste en “la presión de naturaleza física, biológica o psíquica, ejercitada directa o indirectamente por el ser humano sobre el ser humano que, pasado cierto umbral, disminuye o anula su potencial de realización, tanto individual como colectivo, dentro de la sociedad de que se trate”.³¹

Una quinta definición de violencia, entiende ésta como “el uso de la fuerza con la intención de causar lesiones o muerte a sí mismo o a otro individuo o grupo(s) e incluye las amenazas de uso de la fuerza para controlar a otro individuo o grupo, y el comportamiento humano agresivo, involucrando el

³⁰ ARRAIGADA, IRMA- GODOY, LORENA . Agosto de 1999. Seguridad ciudadana y violencia en América Latina, Serie Políticas Sociales, 32. División de Desarrollo Social, CEPAL, Naciones Unidas. Santiago. 8p

³¹ LÓPEZ, FRANCISCO. “La violencia: una gramática social perversa”. En “Persona y Sociedad”, Instituto Latinoamericano de Doctrina y Estudios Sociales, Vol. VII-N4, 1993.

uso de la fuerza física, psicológica o emocional, con la intención de causar daño a sí mismo o a otros”.³²

Julio Aróstegui, en su texto violencia política en perspectiva histórica, define a la violencia como “un proceso de resolución no pautada de conflictos”³³. Dicho autor considera que la violencia es una forma de relación social inserta en cualquier conformación particular de las sociedades.

Otros han definido a la violencia “como aquellos actos agresivos que se distinguen por su malignidad y tendencia ofensiva contra la integridad física, psíquica o moral de un ser humano”. El mismo texto define a la violencia como “una forma perversa o maligna de agresividad que ejerce un individuo contra otro de su misma especie y que se caracteriza por su carencia de justificación, tendencia ofensiva, ilegitimidad (ausencia de aprobación social) y/o ilegalidad (estar sancionado por las leyes)”.³⁴

³² EL COMITÉ NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LESIONES. Prevención de Lesiones: Alcanzando el Desafío. American Journal of Preventive Medicine, 1989.[en línea]. <www.partners-for-peace.org/spanish/princS.html>. [Consulta: 8 de enero de 2007]

³³ AROSTEGUI, JULIO. La violencia política en perspectiva histórica. 12p.

³⁴ DE LOS ÁNGELES, CARLOS. [s.a.]. Fenomenología de la violencia. Profesor de Post-Grado de Psiquiatría (UASD-SESPAS).[en línea]. <www.monografias.com>.[Consulta: 6 de enero de 2007].

En cuanto al origen etimológico de la palabra violencia, cabe señalar que en lenguas de raíz indoeuropea el concepto violencia significa fuerza vital. La raíz es *qwei*, de donde viene *vita* en latín y *bíos* en griego. Violencia entonces es la cualidad de “vio-lento”, formado por la raíz *vis* que es fuerza y el sufijo *lent* que da intensidad a la raíz que acompaña. Así pues, violencia significa fuerza intensa.

Sobre la dimensión de la política, etimológicamente es de la misma familia que la palabra griega pólis, ciudad-Estado, de donde derivan: politeia, Estado, constitución, régimen político, república, politiká, las cosas políticas o cívicas y politiké, el arte de la política. Con la palabra política, se puede estar haciendo mención a la filosofía política, a la ciencia política y al arte o práctica de la política.

Ahora bien, para evitar la singularidad del sujeto de la acción, en este caso el Estado, nos quedamos con la idea de práctica. Así orientaremos nuestro análisis a la idea del uso de la fuerza intensa en la práctica política

1.2- CLASIFICACIONES DE VIOLENCIA.

La primera clasificación que haremos de la violencia, es aquella que distingue entre violencia sistémica y violencia reactiva. La primera, es aquella ejercida por la sociedad sobre sus integrantes con el objeto de someterlos a sus requerimientos y en donde hay una incapacidad de la estructura social para satisfacer los intereses y expectativas de los sujetos. En cuanto a la violencia reactiva, ésta consiste en la reacción de los sectores que ven insatisfechas sus expectativas e intereses, y ejercen una reivindicación de dichos intereses frente a la estructura social y los intereses contradictorios preferidos por ésta.

Por otra parte, la violencia puede catalogarse como armada o no armada, dependiendo si se utiliza o no el elemento armas para la consecución de determinados fines. Ambos tipos de violencia pueden ser subclasificados en violencia política y violencia social. La violencia política es aquella que se origina en el conflicto entre gobernantes y gobernados, siendo empleada como un instrumento de coacción para alcanzar determinados objetivos políticos. La violencia social es aquella que aparece en los conflictos en los que no se implican directamente problemas de poder, sino que desajustes en el plano del orden social, y a diferencia de la violencia política, carece del elemento ideológico y de la intencionalidad estratégica. Cabe destacar en este párrafo, una expresión particular de la violencia política, conocida como la violencia

militar, la que se estructura en forma de doctrina y se organiza como cuerpo armado. Para ejemplificar la estructuración en doctrinas, podemos señalar que en el seno de los países latinoamericanos, aún prevalece en la región la doctrina de la “seguridad nacional”, que con la entrada en vigencia de las democracias protegidas ha tendido hacia lo que se conoce hoy como la “seguridad ciudadana”.

Otra clasificación de la violencia es aquella que distingue entre la violencia legítima e ilegítima. La violencia es legítima cuando al interior de la sociedad no existe otro recurso más que la fuerza para producir cambios sociales. Ahora bien, la violencia es ilegítima cuando existen otros recursos para producir cambios sociales al interior de la sociedad, en un contexto político y social en el que se encuentran abiertos los canales de participación democrática de manera real. Además es considerada ilegítima la violencia cuando en su ejercicio se utilizan procedimientos brutales que atacan frontalmente a los derechos humanos, en especial cuando se llega a afectar con la violencia a un amplio sector de la sociedad. Y también es considerada ilegítima la violencia que se origina a consecuencia de la dominación económica de los países poderosos sobre los países más empobrecidos, y la violencia estructural, esto es, aquella que proviene de las instituciones mismas de un sistema social que favorece la desigualdad, aún cuando en sus textos constitucionales y legales consagren la igualdad ante la ley.

Atendiendo desde donde se ejerce la violencia, podemos clasificarla en violencia de Estado y violencia insurgente. La primera es aquella desarrollada por el aparato estatal, pero sólo la ejercida de manera legal, y que sea estrictamente necesaria. La segunda, es aquella que nace con el objetivo de oponerse a un sistema político, económico y social determinado, siendo una respuesta a la violencia estructural.

Como una subclasificación dentro de la violencia ejercida por el Estado, podemos distinguir a la violencia institucionalizada legítima y legal, que es aquella cuyo ejercicio se encuentra justificado sobre la base de la necesaria reacción frente a conductas que se oponen al orden jurídico vigente, ejercida conforme a la legalidad y sólo cuando es absolutamente necesario. Y por otra parte, se habla de la violencia institucional ilegítima, que es aquella que proviniendo de un poder políticamente legítimo, se excede en el uso de la violencia a través de la misma legalidad (como por ejemplo la legislación penal de excepción), y la violencia institucional ilegal, que es aquella ejercida por el Estado faltando a la legalidad vigente, empleada tanto en sistemas democráticos como en dictaduras.

Dentro de la violencia insurgente, encontramos una subclasificación que distingue entre el terrorismo y la guerrilla. En ambos casos, se trata de grupos

organizados que se enfrentan al Estado y hacen de la violencia el instrumento esencial para lograr sus objetivos, y cuentan en los dos casos con ideólogos que justifican las actuaciones violentas desde ideologías políticas. Ahora bien, la violencia terrorista se ha definido como aquella en que se usa la violencia, sobre todo física, en contra de personas indefensas, sean civiles o no, con el objeto de atemorizar. En cambio, las guerrillas son aquellas que nacen frente a una violencia originaria injusta e ilegal, como una violencia de respuesta que puede estar éticamente justificada en cuanto se originan con la pretensión de que se reconozca a la mayor parte de la población que son personas, o sea, que son interlocutores válidos, y siempre que tengan por objetivo lograr ese reconocimiento.

Una última clasificación es aquella que distingue entre los siguientes tipos de violencia: La violencia estatal, en la que se reconoce la guerra entre Estados y la violencia ejercida dentro del Estado; La guerra civil, definida como cualquier confrontación bélica cuyos participantes no son en su mayoría fuerzas militares regulares, sino que están formadas u organizadas por personas generalmente de la población civil, siendo su característica más común el hecho de que el conflicto armado se desarrolle en un mismo país, enfrentándose entre sí personas de un mismo lugar: ciudad, pueblo, comunidad, defendiendo generalmente dos ideologías o intereses distintos; y la violencia contra el Estado, la que se divide a su vez en guerrilla y terrorismo, ya definidos, y la

revolución, la que se define como un proceso impulsado por la gran masa de la sociedad y que trae como consecuencia una variación total en el modo de producción imperante, un cambio o transformación radical y profundo respecto al pasado inmediato, una ruptura del orden establecido, afectando todos los ámbitos de la vida en sociedad, tales como el económico, cultural, religioso, político, social y militar.³⁵

1.3- JUSTIFICACIÓN ÉTICA DE LA VIOLENCIA.

La pregunta que se han hecho muchos autores es la siguiente: ¿es justificable la violencia en determinados casos, específicamente en el ámbito de la política?

Entre las muchas respuestas que se han dado, nos interesa destacar dos exposiciones, la de Max Weber y de Adela Cortina.

El primero de los autores, Max Weber, distingue entre la ética absolutista y ética de la responsabilidad. Según la absolutista, se considera que ciertas acciones humanas (la mentira, la violencia) pueden considerarse malas de forma absoluta, independiente del contexto en que se realicen y las consecuencias que tengan. En cambio, la ética de la responsabilidad considera

³⁵ DEFINICIÓN.ORG. [s.a.]. [en línea]. < <http://www.definicion.org/revolucion>>. [consulta: 10 de enero de 2007]

que en la calificación de una acción debe tomarse en cuenta el contexto en que se realiza y las consecuencias que tenga en esa situación, o sea, dependiendo del fin para el que se emplea la violencia.

Por otro lado, Adela Cortina en su texto “ética y violencia política”, considera, como la mayoría de los autores, que la violencia es en sí misma mala entendida en sentido absoluto. Sin embargo, lo que ocurre es que el modo de entender lo absoluto ha ido variando, ya que en un principio se señalaba que los mandatos morales obliguen de modo absoluto, significa que han de cumplirse en cualquier contexto sin condiciones ni excepciones, mientras que posteriormente se entendió que debe ser obedecido el mandato antes de considerarlo en las situaciones concretas, y en tales situaciones, ha de cumplirse siempre que no entre en colisión con otros deberes igualmente morales, porque en ese caso será necesario resolver el conflicto entre deberes, decidiendo por el que parezca tener mayor obligatoriedad moral. Esto último según la citada autora, significa que un mandato moral al quedar relegado frente a otro de mayor peso, no por eso deja de ser un mandato moral, o sea, no deja de obligar.

Nosotros compartimos esta segunda posición, considerando que la violencia puede ser utilizada en determinadas condiciones, utilizando el mínimo

indispensable para evitar males mayores y esforzándose por instaurar las bases de una sociedad en que se haga innecesario el recurso a la violencia.

Ahora bien, en nuestras sociedades modernas podemos distinguir dos nociones de violencia. La llamada violencia directa, como puede ser un secuestro, un atentado, la destrucción de propiedad, y la violencia indirecta o estructural, como la pobreza, la carencia de salud y de vivienda, y la miseria. A pesar de que ambas violencias son reprobables, lo que ocurre es que a través de los medios de comunicación y la educación en un determinado sistema, se tiende a adscribir un carácter mucho más negativo a la violencia directa que a la indirecta. Por otra parte, a través de la manipulación ideológica de la realidad, se legitima la violencia ejercida por el sistema considerándose necesaria y positiva. Mientras que la violencia ejercida desde la base de la organización siempre se considera mala y dañina. En consecuencia, toda consideración moral de la violencia política tiene que ver con el sistema de valores que se tenga en una sociedad para lograr la estabilidad del sistema o la consecución de otros objetivos superiores. Por ello, se critica el uso de la violencia en política, en la misma medida que se crean organismo de seguridad y de lucha antisubversiva, y se aumentan los presupuestos para las Fuerzas Armadas y de Orden.

De esta manera, coincidimos con la exposición de la señora Adela Cortina, en cuanto a la justificación de la violencia, ya que el mandato moral de

no uso de la violencia puede colisionar con otros deberes morales, como por ejemplo, el levantamiento del pueblo para derrocar a un tirano que abusó de sus poderes, y de esa manera se debe resolver el conflicto de deberes acudiendo a un principio o criterio ético, como en el ejemplo sería el bienestar general de la sociedad.

Es por todo lo antes expuesto, que no puede aceptarse el sistema de valores imperantes como el único referente para medir lo positivo o negativo del uso de la violencia, ya que si procedemos así, la violencia ejercida desde la base será siempre reprobable, debido a que pone en peligro los intereses de aquellos que imponen el sistema de valores. De esa manera, si tomamos como referente para medir lo positivo o negativo del recurso a la violencia, la moral de la sociedad toda, y no aquella que es construida y viene impuesta desde las “elites”, la violencia sería moralmente válida en ciertos casos y siempre y cuando sea utilizada para lograr el cambio social necesario para erradicar la violencia estructural generada por el sistema, y sólo ejerciendo el mínimo necesario.

Podríamos seguir exponiendo ideas en torno a la violencia política, lo que nos alejaría del fondo de este trabajo, ya que en el presente acápite sólo se busca exponer brevemente una justificación ética del uso de la violencia, planteada en términos generales sin analizar un caso en particular. Por ello, lo

importante es destacar que la violencia política va a ser calificada como buena o mala dependiendo del punto de vista del cual se mire.

1.4- FUNCIONES DE LA VIOLENCIA

En este número del capítulo 2, nos referiremos a las funciones de la violencia que diversos autores le han asignado. Para ello, seguiremos lo señalado por el sociólogo Peter Walkman en su texto “Diferentes formas de violencia política”. De acuerdo a lo anterior, podemos distinguir tres funciones de la violencia: la función instrumental, la función comunicativa, y la función expresiva.

La **función instrumental** consiste en utilizar la violencia como medio para alcanzar una meta determinada. A lo largo de la historia se la ha considerado como en sí misma indeseable, como un medio perverso, cuyo uso sólo se legitima si con él se pretende evitar una violencia mayor. Es así, como el sociólogo alemán Max Weber expone lo relativo a la guerra justa y a la legitimidad de quitar la vida al tirano cuando no gobierna atendiendo a la tarea que Dios le ha encomendado, al afirmar que ninguna tradición ética ha podido dejar de justificar un mínimo de violencia: la indispensable para contrarrestar una violencia mayor.

Ahora bien, la función instrumental de la violencia es ejercida por el Estado, ya que éste justifica su uso a través de la coacción para conseguir el cumplimiento de las normas jurídicas, lo que se manifiesta en el monopolio del uso de la fuerza en su territorio. También los Estados recurren a ésta función de la violencia a la hora de justificar las guerras entre los países, ya que siempre toda confrontación entre Estados va a perseguir varias metas, tanto aquellas que exponen a la comunidad internacional, como también aquellas que no se dan a conocer (éstas últimas generalmente se relacionan con intereses económicos particulares).

También la función instrumental de la violencia es ejercida por las guerrillas, las cuales buscan conseguir determinadas metas, que generalmente consisten en conseguir un reconocimiento a la mayor parte de la población de ciertos derechos, o mejorar su calidad de vida.

La **función comunicativa** consiste en el uso de la violencia por alguien que recurre a ella para transmitir un determinado mensaje. Como el ejemplo clásico de ella tenemos las acciones de los grupos terroristas (utilizando el concepto en sentido estricto), ya que esas organizaciones se caracterizan fundamentalmente por realizar actos dirigidos al Estado o la sociedad, o a una parte importante de ésta, con el fin de asustarle o intimidarle.

La violencia entendida como medio para comunicar un mensaje es un procedimiento éticamente legítimo en aquellas ocasiones en que una persona o grupo ha intentado todos los medios pacíficos para obtener justicia, y aquellos a quienes corresponde ni siquiera quieren escuchar su mensaje. En tales casos, con la violencia se busca ser reconocido como interlocutor válido en la toma de decisiones que le afectan. De esta manera, los “responsables” de la violencia no son sólo los que desencadenan la violencia física, sino que también los que ya habían desencadenado la violencia estructural.

La **función expresiva**, en virtud de la cual una persona ejecuta acciones violentas por el puro placer de realizarlas, por el disfrute que le proporcionan. Esta función de la violencia no tiene justificación ética alguna, y el deber de toda sociedad consiste en tratar de prevenir el riesgo de que las personalidades patológicas puedan actuar, analizando las causas sociales, psicológicas y estructurales que la generan.

1.5- ORIGEN DE LA VIOLENCIA POLÍTICA.

La violencia política, entendida como una forma particular de violencia, consiste en el conflicto que se da entre gobernantes y gobernados, o la forma

de articular la relación entre estos.³⁶ Ahora bien, la violencia como forma de relación social ha estado presente en todas las sociedades históricas de que se tiene conocimiento, y por lo tanto, lo que cabría distinguir entre una y otra época es el grado y frecuencia con que se presenta la violencia.

En cuanto a la violencia política, ella estará presente en los grupos humanos que se encuentren organizados, desde las primitivas tribus hasta el moderno Estado democrático, por lo que podemos afirmar que la violencia política ha existido desde el comienzo de la historia, e incluso en la prehistoria, en donde también había organización social. En toda sociedad en la que existen gobernantes y gobernados habrá violencia política en mayor o menor medida, ejercida ya sea por los que tiene el poder o por los que quieren cambiar las condiciones de vida imperantes.

Ahora bien, la afirmación que hemos realizado sobre el origen de la violencia política no quiere decir necesariamente que ésta sea connatural al hombre y que por tanto no pueda ser eliminada, sino que de acuerdo a las formas de organización del poder y de la producción que se han desarrollado en nuestra historia, ha sido inherente el uso de la violencia política. Queremos

³⁶ DAHRENDORF, R. (1979). Hacia una teoría del conflicto social. En A. Y E. Etzioni: Los cambios sociales. Fuentes, tipos y consecuencias. FCE. México.

decir con esto que la violencia política posee una base material y no es una constante histórica, por lo que es factible su desaparición en una fase superior del desarrollo humano.

Por otra parte, en nuestra historia podemos distinguir dos tipos de violencia: La violencia primitiva y la violencia moderna, utilizando como separación entre una y otra, la revolución industrial, que produjo una total transformación de las relaciones sociales.

Lo que ocurre es que la transformación social y política producida por la revolución industrial que devino en el capitalismo, es tan profunda, que las formas de violencia primitiva ya no sirven frente a los nuevos poderes, como el Estado, órgano mejor organizado y con mejores medios técnicos. El crecimiento demográfico, la urbanización, la industrialización y los nuevos medios de transportes y de comunicación, generaron grandes cambios que en el corto plazo actuaron como amortiguadores de la violencia colectiva, mientras que a largo plazo, esos cambios estructurales modificaron las condiciones de la violencia colectiva, y por lo tanto, cambiaron las acciones de violencia y su organización.

En cuanto a las diferencias existentes entre la violencia primaria y la violencia moderna, cabe destacar que producto de la revolución industrial se

produjo una transferencia del mundo rural al urbano del nacimiento, dirección y resolución de los grandes movimientos de violencia.

Otra diferencia entre las violencias, es la existencia del Estado capitalista, el que adquiere progresivamente el monopolio de la violencia, creándose un nuevo orden en las relaciones sociales. Existe en estas sociedades capitalistas un doble control, el del Estado sobre la violencia fundada en el monopolio de los instrumentos de coerción, y del mercado, a través del contrato de trabajo capitalista. En esta etapa posterior a la revolución industrial, la violencia se institucionaliza y pierde importancia la violencia ejercida por individuos.

Una tercera diferencia entre la violencia primitiva y la moderna, es el sentido instrumental que se le asigna en una y otra. La violencia en los movimientos sociales primitivos precapitalistas es prácticamente consustancial, más frecuente e incluso más mortífera que en los movimientos posteriores a la revolución industrial. En los movimientos que se generan en la Edad Media hasta el fin del Antiguo Régimen la violencia y el movimiento mismo son casi inseparables, mientras que en los movimientos posteriores a la revolución industrial las coyunturas determinan la gravedad de la violencia. Esto último quiere decir que la aparición de la violencia sería la etapa final y no necesaria

del movimiento de protesta, ya que la violencia depende de las condiciones históricas previas, perfectamente previsibles y analizables.

1.6- VIOLENCIA DE ESTADO.

En la doctrina moderna, se considera que el Estado ostenta el monopolio de la violencia legítima para alcanzar el objetivo mínimo del poder político, esto es, posibilitar la coexistencia pacífica entre los individuos de una sociedad. Diversos autores han realizado esta afirmación y analizado esta característica del Estado, como por ejemplo Max Weber y Norberto Bobbio, Pero es importante destacar al pensador alemán Max Weber, quien expone en una de sus obras famosas, La política como vocación que “el Estado posee el monopolio legítimo de la fuerza y es una empresa de dominio que requiere administración continua”. Weber define al Estado moderno como: *“Una asociación de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónoma, que anteriormente dependían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismo, en el lugar de ellos, en la cima suprema”*.³⁷

³⁷ WEBER, MAX. 1978. Economía y sociedad. Santiago. Editorial Diego de Almagro.

Para Weber, la política se entiende como “enfrentamientos de los diferentes sectores sociales, políticos y económicos para obtener el poder, y las relaciones entre las personas son, en definitiva, relaciones de fuerza, de una persona sobre otra, o de una clase sobre otra”. De esta manera, el trabajo de Weber se basa por una parte, en el análisis del Estado moderno como una organización política institucional cuyo objetivo final es el mantenimiento de la dominación, y por otra parte, en como lograr que esa dominación sobre un territorio dado sea duradera e incuestionable por los diferentes actores del sistema, y así entonces surge la idea del monopolio del uso de la fuerza por el Estado moderno, junto con su justificación.³⁸

En la época actual vemos que la violencia se ha transformado en recurso necesario para la solución de los problemas, con el exterminio de los reales o supuestos responsables de los males sociales, se ha convertido en una opción política, en alternativa o medio para lograr determinados propósitos.

Diversas teorías políticas aluden a la legitimación de la violencia como instrumento de lucha para acceder al poder, confirmando así la naturaleza violenta del poder mismo. La violencia política, por consiguiente, puede ser tanto de derecha como de izquierda. La violencia de derecha concibe al poder y a la fuerza como las únicas formas de lograr y conservar el orden social; la

³⁸ WEBER, MAX. 1985. La política como vocación; en ensayos de sociología contemporánea I. Barcelona. Editorial Planeta.

violencia de izquierda dice empujar hacia un nuevo orden, mejor que el anterior. La primera corresponde al nacionalsocialismo; la segunda, al marxismo-leninismo.

En su Diccionario de política, Norberto Bobbio define a la violencia como: "la intervención física de un individuo o grupo contra otro individuo o grupo". La violencia conlleva una intervención física y una intención: destruir, dañar y/o coartar. Hay violencia cuando se actúa directamente, pero también cuando se hace uso de medios indirectos destinados a alterar el ambiente físico en el que se encuentra la víctima por medio de la destrucción, el daño o la sustracción de recursos materiales. En este sentido descriptivo, la violencia puede considerarse como sinónimo de fuerza.

La violencia es un concepto muy amplio que no solamente incluye la fuerza o coacción de cualquier tipo llevado a cabo por los sectores marginados de la sociedad --sean estos grupos de presión, criminales o simplemente monopolios del mercado--, sino también los sistemas legales de presión o control. Se trata, por tanto, de todo tipo de fuerza empleada para obligar a otros a realizar acciones concretas, aceptar imposiciones, seguir directrices o prestar colaboración, pero todo ello para conseguir fines determinados.

Aun así, el ámbito de la violencia es muy amplio, ya que incluye tanto el uso de la fuerza por la autoridad legalmente constituida, aunque sea para el bien de la comunidad, como el uso de la fuerza por grupos minoritarios para sus propios fines, que pueden o no ser de interés para la gran comunidad.

Cabe destacar que Bobbio respecto al monopolio de la fuerza por parte del Estado señala lo siguiente: “El monopolio de la fuerza, como se ha dicho, es condición necesaria pero no suficiente de la existencia de un grupo político que pueda definirse como estado. En todos los contextos Weber añade que esta fuerza debe ser legítima. El problema que surge de inmediato es que sólo un poder legítimo está llamado a perdurar, y sólo un poder duradero y constante puede constituir un Estado [...] No basta que el poder soberano sea absoluto, también debe ser perpetuo.”³⁹

Noberto Bobbio expresa considera que un régimen democrático nace en primera instancia de un pacto de no-agresión puramente negativo entre individuos y grupos en conflicto, consistente en el compromiso recíproco de excluir el uso de la fuerza en sus relaciones, y de un segundo pacto positivo a partir del cual los mismos contrayentes concuerdan en establecer reglas para la solución pacífica de las

³⁹ BOBBIO, NORBERTO. 1985. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Buenos Aires. Editorial Debate.

controversias futuras. Y con el propósito de que este pacto sea garantizado contra posibles violaciones se requiere un contrato por el que siempre los mismos contrayentes, coinciden en atribuir a un tercero por encima de las partes la capacidad de hacer respetar, respaldado por la fuerza, los convenios anteriores. Este poder común es el que caracteriza al gobierno democrático cuando el pacto que lo origina prevé que sea limitado por los derechos inviolables de la persona, que se ejerza con el máximo de participación y, por consiguiente, de consenso de los involucrados. Bobbio afirma categóricamente que no existe Estado sin monopolio de la fuerza legítima; pero a diferencia de lo que ocurre en los Estados autocráticos, el ejercicio exclusivo de la fuerza por parte del Estado democrático debe servir para garantizar el uso pacífico de las libertades civiles y políticas. Agrega que, el derecho de reunión está garantizado con tal de que los convocados no porten armas. El derecho de asociación está reconocido con excepción de las sociedades militares y paramilitares. La libertad de expresión y la libertad de prensa son reconocidas a condición de que no sean usadas para instigar a la violencia. La principal forma de oposición de masas, que es la huelga, es una típica forma de oposición no violenta.

Para Maquiavelo, el uso de la crueldad en el ejercicio del poder no es en sí mismo bueno ni malo, sino que es necesario cuando las circunstancias lo

aconsejan. Desde su óptica, un gobierno estable lo es en buena medida por ejercitar lo que denomina el "*buen uso de la crueldad*". Así, podemos citar a este autor que señala lo siguiente: "*Bien usadas pueden llamarse aquellas crueldades que (si del mal es lícito hablar bien) se hacen de golpe por la necesidad de afianzarse en el poder, y sobre las que luego no se insiste, sino que por el contrario se convierten, en lo posible, en una gran utilidad para los súbditos. Mal usadas son aquellas que, aun siendo pocas al principio, con el tiempo van aumentando en lugar de disminuir*".⁴⁰

Con ello reproduce su criterio del uso de la fuerza en la proporción que las circunstancias políticas aconsejen, y con ello también introduce una escisión entre la visión del gobernante con una fundamentación moral definida, y la visión del que separa la moral y la política y, aunque diferencia mal y bien, le importa bien poco que de lo uno o de lo otro deba usar para obtener el resultado esperado.

Ahora bien, si se considera que el Estado está facultado por la soberanía para ejercer la violencia, debe su actuación cumplir con cuatro requisitos básicos a juicio nuestro: Que el Estado recurra a la violencia indispensable, dentro del ámbito de la legalidad, que no aumente la violencia existente y que su actuación sea legítima.

⁴⁰ MAQUIAVELO, NICOLAS. 1941. El Príncipe. Santiago. Editorial Zig-zag. 37p

De lo antes expuesto, surge entonces la posibilidad de que el Estado ejerza una violencia ilegal, al no respetar las normas vigentes en la actuación de sus órganos. También puede emanar del Estado moderno una violencia ilegítima, aún cuando actúe dentro de los límites de la legalidad y se trate de un poder legítimamente adquirido. Ello puede ocurrir ante un exceso de regulación que haga a la legislación tan amplia y tan compleja, que el ciudadano medio no podrá conocerla con normalidad, y se encontrará en una situación de indefensión y heteronomía. Por ello, el Estado debe velar por regular en forma transparente las sanciones a las que se exponen quienes incumplen las leyes, informar a los ciudadanos, evitar la dictación de leyes penales en blanco y de leyes penales abiertas,⁴¹ y entender al derecho penal como ultima ratio legis.

Ahora bien, una violencia mucho más cruel y degradante para el ser humano ejercida por el Estado, es el llamado "abuso de poder". Las torturas, las

⁴¹ Con respecto a este tema, cabe destacar que el Tribunal Constitucional de nuestro país con fecha 09 de Noviembre del 2006, dictó sentencia abordando en forma exhaustiva materias esenciales y que inciden en la Juridicidad de las Leyes Penales en Blanco.

En lo que concierne a la juridicidad de las leyes penales en blanco, el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente en su considerando sexto de su sentencia: "Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que estas tenga en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originaria en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aún cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajusta a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad"(por lo tanto no serían constitucionales, y por tanto no se permiten las leyes penales abiertas).

ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas constituyen el abuso de poder, y en muchas ocasiones, se produce con el apoyo del sistema penal, ejerciendo de esa manera de forma indebida el poder del Estado en contra de los ciudadanos, contrariando el principio de que el Estado debe promover el bien común. Si bien es cierto que en pocas ocasiones (para no decir ninguna) el Estado a través de sus gobernantes tiende a promover el bien común, ya que se satisfacen ciertos intereses particulares de grupos de poder, resulta aún más aberrante que se utilice para violar los derechos de las personas.

El abuso de poder ha sido denominado en la doctrina de derechos humanos como terrorismo de Estado. Ahora bien, el terrorismo de Estado se caracteriza por consistir en una reacción de fuerza extrema por la cual se aplican métodos de guerra y de exterminio para resolver los conflictos internos, calificando a parte importante de la población como enemigo contra quien se ejerce el poder soberano. Se ha definido al terrorismo de Estado como la utilización por parte de un gobierno de métodos ilegítimos orientados a inducir el miedo en una población civil determinada para alcanzar sus objetivos sociales, políticos o militares, o fomentar comportamientos que de otra forma no se producirían.⁴² Se trata de una unificación forzada de la sociedad en torno a la ideología de rechazo al enemigo y el ejercicio del poder se desarrolla bajo la

⁴² WIKIPEDIA. [s.a.]. [en línea]. < <http://es.wikipedia.org>>. [Consulta: 13 de enero de 2007].

óptica del mando autoritario y obediencia, y se rechaza toda participación e integración de los ciudadanos.

Por otra parte, el Estado de derecho se ve lesionado desde que un grupo determinado se aut nombra depositario del poder constituyente y legislativo, realizando toda una producción legislativa tendiente a la eliminación del enemigo interno, restringiendo las garantías fundamentales y dando amplias atribuciones policiales normalmente asumidas por organizaciones de inteligencia, abriendo paso a la violación sistemática y reiterada de los derechos humanos. Destacamos que el terrorismo de Estado se da normalmente en los gobiernos de facto, pero ello no obsta a que un gobierno democrático se convierta luego en un Estado que abusa del poder.

En el derecho internacional no se ha dado total reconocimiento como terrorismo de Estado a las acciones de abuso de poder, e incluso con posterioridad a la segunda guerra mundial, los instrumentos internacionales sólo se dirigen hacia la represión del terrorismo llevado a cabo por bandas armadas.

Si hacemos un escueto examen a los principales instrumentos que regulan el terrorismo, como los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977, y el Convenio de Nueva York de 1973, en ninguno de

ellos se condena directamente al terrorismo de Estado como sujeto activo del delito. Las razones para ello pueden ser la falta de desarrollo teórico del tema, el surgimiento explosivo del terrorismo de las bandas armadas, o simplemente, la falta de voluntad política de los países, ya que la regulación del terrorismo de Estado podría perjudicar a muchos gobernantes, especialmente a aquellos de naciones poderosas como también a aquellos de gobiernos latinoamericanos.

Un ejemplo claro de violencia ejercida por el Estado a lo largo de la historia es el caso chileno, cuyo aparato estatal ha desarrollado distintas etapas e intensidades de violencia política. En un comienzo de nuestra historia republicana, las "elites" se apoderaron violentamente del poder y se instalaron en el aparato del Estado, basando su actuar de ahí en adelante en la violencia ejercida en contra de la sociedad civil, ya que se creó en esa época un Estado autoritario consagrado en la Constitución de 1833.

Desde un comienzo se apagó todo atisbo de democracia real y se consideraba necesario un disciplinamiento social del llamado "bajo pueblo", y por ello, principios como el orden y la legalidad fueron guías a la hora de construir la nueva legislación del Estado chileno.

De esa manera, la violencia ejercida por las elites a través del Estado chileno en su nacimiento fue claramente dirigida a apagar cualquier foco de

organización, y esa política además de las armas, se basó en el derecho vigente para lograr sus fines.

Con posterioridad, a comienzos del siglo XX, el Estado chileno siguió con su política de mantener el orden y la estabilidad ejerciendo violencia política en contra de la sociedad civil. En esta etapa, la violencia ejercida por el Estado se manifiesta a través de la vía armada (por ejemplo la matanza de Santa María), aunque no con la fuerza de un comienzo debido al surgimiento de la clase media, la discusión de la cuestión social y la creciente organización de la sociedad civil. También la violencia estatal en esa época se da a través de la legislación, como por ejemplo la dictación del Código de Procedimiento Penal (escaso en garantías para los acusados), y la reticencia de la clase política a otorgar mayor participación a la ciudadanía, aunque ya hay atisbos de mayor democracia y participación.

Ahora bien, a medida que transcurría el siglo XX, los sectores medios fueron incorporándose al Estado, el que antes era dominado exclusivamente por las elites. Además, la sociedad civil siguió organizándose aún más a través de las mutuales y asociaciones de trabajadores, logrando espacios de ciudadanía participativa. Por otra parte, las elites que se habían retirado del poder del Estado dando paso a la clase media, vieron en esta naciente organización social una pérdida del orden y estabilidad construida a lo largo de

nuestra historia. Y es así como en el año 1973 comienza la etapa en que el Estado chileno despliega una violencia política nunca antes vista, y que se dirige al exterminio de un importante sector de la sociedad chilena.

La violencia política ejercida por el Estado chileno a partir de esa época está compuesta de varios elementos. Por un lado está la legitimación penal que se utiliza para reprimir a los adversarios políticos a través de la justicia militar, y uno de sus primeros instrumentos fue la Ley de Control de Armas, y por otra parte, las violaciones a los derechos humanos a través de las desapariciones forzadas y las torturas, fueron la expresión máxima de la violencia política ejercida por el aparato estatal chileno. Además, cabe destacar que la violencia ejercida desde el Estado tenía dos objetivos fundamentales: eliminar a un sector de la sociedad que las elites consideraban perjudicial para sus intereses económicos; e implantar en Chile un sistema neoliberal sin que existiera ninguna traba ni discusión al respecto. A mayor abundamiento, hay que señalar que durante la dictadura militar la sociedad chilena vivió una brutal represión en todas las expresiones, esto es, tanto la política, la cultura, las asociaciones ciudadanas, la educación, los medios de comunicación y el arte fueron objeto de un estricto control que daba a la ciudadanía la sensación de una vigilancia constante.

En nuestra historia más reciente, con la llegada de la democracia, la violencia política del Estado no se manifiesta en su forma de brutal represión, dada por las desapariciones forzadas y las torturas. Sin embargo, igualmente el Estado chileno sigue ejerciendo cierta violencia política sobre sus ciudadanos, que se manifiesta en la dureza de la represión penal, apoyada por los medios de comunicación social, y que se deja caer sobre los sectores más carentes de la sociedad. Y estamos hablando de que hoy en día el Estado chileno ha reemplazado el concepto de “seguridad nacional” (por el cual se luchaba en contra de un enemigo interno) por el concepto de “seguridad ciudadana”, en virtud del cual se lucha en contra de un enemigo interno, constituido por la delincuencia. Pero hay que tener claro que son cierto tipo de delitos (básicamente los que atentan en contra de la propiedad) los que son sancionados socialmente, dejando fuera otros delitos que afectan a sectores más pudientes (delitos económicos, delitos ambientales), y sin perjuicio del verdadero daño que pueden generar en la sociedad, existe una sensación de inseguridad creada por los medios, que es mucho más alta que los delitos efectivamente cometidos. Y por ello consideramos que el Estado con el aumento exacerbado de las penas, transgrediendo el principio de culpabilidad, ejerce una violencia sobre sus ciudadanos, los cuales quedan indefensos ante este inmenso aparato de represión.

Por otra parte, el Estado chileno siguió ejerciendo violencia política en contra de sus ciudadanos durante los años 90, a través de la mantención de la institucionalidad autoritaria del gobierno militar, que no permite desarrollar espacios de democracia real y efectiva. Lamentablemente el Estado chileno aplicó mecanismos institucionales que también fueron utilizados durante el gobierno militar, y los gobiernos de turno no hicieron ningún esfuerzo por modificar estos reductos de autoritarismo.

En primer lugar, se aplicó a los presos políticos de la democracia la Ley 18.314 sobre conductas terroristas, lo que no parece correcto, ya que estos integrantes de grupos de combate armado no cumplen con ciertas características de los terroristas que han sido señalados por la doctrina internacional. Para entender mejor lo antes expuesto, es preciso señalar que el terrorismo ha sido definido como una acción de carácter violento y con motivaciones políticas dirigidas contra una víctima inmediata, de tal manera que no pueda defenderse, a fin de provocar el miedo y la intimidación en los demás.⁴³ De esta manera, podemos señalar como características de un grupo terrorista las siguientes:

- Es una forma de acción
- Una acción fundada sobre el miedo o la impotencia de las víctimas
- Una acción fundada en una motivación política o ideológica.

⁴³ CASTILLO BARRANTES, ENRIQUE. [1990]. Criminalidad Organizada. Informe General de la sociedad Internacional de Criminología. Milán.

- Una acción que se basa en la violencia o su amenaza.

Por su parte, el autor Andrés Domínguez ha definido al terrorismo como “una conducta violenta que engendra terror o intimidación, atentando contra la vida o la integridad personal, o la salud física o moral, o la libertad de las personas, de la población de un Estado, orientada por un móvil que puede ser político, social, filosófico, ideológico o religiosos, transgrediendo las prescripciones del derecho humanitario, en particular por el empleo de medios crueles y bárbaros, el ataque a objetivos inocentes o que no pueden tener interés militar alguno”.⁴⁴

Ahora bien, es importante destacar el concepto de terrorismo y sus características comunes, reconocidas en la doctrina internacional, para recalcar la diferencia que existe entre esas bandas terroristas y los grupos de combate armado chilenos, y así constatar el error en que se cae incluso a nivel jurisprudencial de catalogar esas conductas como terroristas.

En efecto, los grupos de combate armado chilenos surgidos durante los años 80 efectivamente desarrollaron una forma de acción fundada en una motivación política. Pero a diferencia del terrorismo, su acción no está fundada sobre el miedo o la impotencia de las víctimas, ya que sus ataques no se dirigen

⁴⁴ DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. [1990]. Terrorismo y Derechos Humanos. Santiago de Chile. Comisión Chilena de Derechos Humanos. 10p

a la población civil, sino que en contra de los organismos represivos del Estado. A diferencia del terrorismo, que es una acción indirecta en el sentido de que se dirige al Estado o sociedad, aunque se dañe a víctimas inocentes, los grupos de combate armados chilenos dirigían sus acciones sólo al Estado, sin afectar en sus operaciones la vida de civiles, que si eventualmente se veían involucrados , lo fue por la dura respuesta de las fuerzas policiales de esa época. El fin de los grupos de combate es desarticular los medios de represión estatal o ayudar a su debilidad, y nunca se buscó el terror de las víctimas civiles inocentes.

En segundo lugar, se implementaron instituciones de represión en democracia bajo la denominación de Oficina de Seguridad Pública, la cual aplicó procedimientos intrusivos de infiltración para que Carabineros y la Policía de Investigaciones aplicaran la tortura en forma indiscriminada, por la que pasaron los presos políticos de la democracia.

Y el tercer mecanismo de represión que se aplicó en esta democracia protegida fue la justicia militar, procedimiento en el que el debido proceso no se reconoce de manera alguna y en el que no se cumplen con las bases del ejercicio de la jurisdicción, como son la inamovilidad, la independencia y la imparcialidad de los jueces.

1.7- VIOLENCIA POLÍTICA EN DIVERSOS ESTADOS MODERNOS.

En éste acápite analizaremos brevemente la violencia política que se ha generado en algunos Estados durante el siglo XX, en los cuales podemos encontrar características similares, examinando el caso de Italia y España.

1.7.1- ITALIA.

En este país, se desarrollo un terrorismo revolucionario que acompañó los ciclos de protesta de masas de 1968 y de 1977. De esa manera, en los años 70 nacieron las Brigate Rosse, las cuales se establecieron inicialmente en las zonas industriales del norte de Italia, específicamente Turín y Milán. Sus primeros militantes eran obreros, empleados públicos, profesores y estudiantes de clase media, fundando sus primeras acciones violentas en la explotación de los conflictos laborales.

En el año 1972 la presión policial obligó a las Brigate Rosse a entrar en la clandestinidad, dejando a un lado su aspiración a ser la expresión armada de las luchas obreras reales, pasando a preconizar la lucha contra el Estado capitalista de las multinacionales.

Pero estas organizaciones no tuvieron una extensa duración, y es así como en 1974 los principales dirigentes brigadistas fueron arrestados, momento en el cual surge una nueva generación de dirigentes menos especulativos y más eficientes.

Luego, desde el año 1976 surgen nuevos ciclos de protesta social y movilización estudiantil, lo que encendió una nueva ofensiva de grupos armados, apareciendo Prima Línea, creada en Milán.

Ahora bien, la reacción del Estado frente a esta violencia fue categórica. Se dictó la denominada ley real de 22 de mayo de 1975, la que permitió los registros personales sin mandato judicial, amplió los plazos de prisión preventiva y otorgó amplias facultades a las fuerzas de seguridad. Luego, la ley de 18 de mayo de 1978 estableció la militarización de las cárceles, la potestad de clausura gubernativa de las sedes políticas sospechosas, los interrogatorios policiales sin presencia de abogado defensor, etc.

Con posterioridad, en el año 1981 las Brigatte Rosse se dividieron en varios movimientos, lo que devino en la anarquía y posterior desaparecimiento de ellas.⁴⁵

1.7.2- ESPAÑA

La violencia política ha estado constantemente presente en la vida española, tanto a través de grupos armados, como también de actos terroristas, y por supuesto la violencia ejercida desde el Estado. Ciertamente en España los problemas de modernización social han tenido como tope la dificultad de construir un Estado eficiente y no represivo, existiendo una incapacidad para poner en marcha un nuevo modelo de Estado, lo que ha llevado muchas veces inevitablemente al uso de la violencia para exigir mejores condiciones de existencia y de dignidad humana.

Ahora bien, en España se distinguen cuatro ciclos de violencia política en el siglo XX, que comienzan con la consolidación de la Monarquía Borbónica Restaurada.

En primer lugar, está la etapa de rebelión de las clases inferiores, que va desde 1890 a 1917, y en donde su principal protagonista es el mundo rural,

⁴⁵ REVISTA DIGITAL ARTEHISTORIA. La Violencia Política en Europa. [en línea]. <<http://www.artehistoria.jcyl.es>>. [Consulta. 13 de enero de 2007].

revelándose a un sistema de relaciones sociales donde la ciudad impone sus condiciones de vida y normas de influencia. Aún cuando la violencia política de ésta época proviene del mundo rural, surge un germen de nuevas formas de violencia y de organización que se manifestarán con fuerza en la siguiente etapa, como son el terrorismo de Estado, el pistoleroismo y el terror urbano.

Luego, conviene destacar la segunda etapa de violencia política española, que va desde el año 1918 a 1939, y que se caracteriza por la represión de las clases subordinadas. En este período se manifiesta con fuerza el pistoleroismo⁴⁶, el Ejército demuestra un cambio de actitud orientado a nuevas formas de intervención en la política como institución y además se desarrollan las llamadas milicias políticas. Básicamente lo que ocurre en España en esa época no escapa a lo que ocurriría en otras latitudes, en el sentido de que ante movimientos populares de reivindicación de derechos sociales, surge con mayor fuerza un movimiento reaccionario tendiente a eliminar todo atisbo de insurrección, es otras palabras, es la forma en que el sistema se defiende y se niega a dejar de existir. Esta etapa llega a su final con el alzamiento militar antirrepublicano de 1936 y posteriormente con la guerra civil española.

⁴⁶ Método usado en España que consistía en la contratación de matones a sueldo por parte de los patrones para hacer frente a los sindicalistas y trabajadores más activos. A su vez, los trabajadores respondieron con sus propios *pistoleros*.

Una tercera época de la violencia política española, está representada por la opresión social y la persecución política de los detractores del régimen, que va desde el año 1939 a 1975. La represión de las clases inferiores continúa igual que en épocas anteriores hasta que a comienzos de los años sesenta es eliminada definitivamente la guerrilla rural que combatía a Franco y que provenía de la guerra civil de 1936, y es en ese instante que comienza en España una nueva violencia política que se orienta a la discusión del sistema social inspirada en ideologías de izquierda. Además en esta época apareció un nuevo fenómeno de violencia política denominado terrorismo urbano.

Finalmente, una cuarta etapa de la violencia política en España está representada por el desarrollo de la sociedad democrática, periodo que se extiende desde 1975 hasta nuestros días. Esta etapa se caracteriza por el protagonismo primordial del terrorismo urbano en las manifestaciones de violencia política. La diferencia con el periodo anterior, es que los grupos terroristas de antes se oponían al sistema en su conjunto basados en ideologías de izquierda, pero los grupos terroristas de esa época tienen un fundamento nacionalista. Ahora bien, sin perjuicio de que aun es muy pronto para efectuar un análisis histórico en torno al año 2000, es importante destacar que en España junto al fenómeno del terrorismo de origen nacionalista, se suma el

fenómeno del terrorismo internacional, representado en estos días por Al Qaeda, sin perjuicio de otros grupos menores.⁴⁷

1.8- BREVE RESEÑA A LA EVOLUCIÓN DEL DELITO POLÍTICO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO TERRORISTA.

La delincuencia política entendida como un ataque al soberano o a la organización del Estado ha existido en todos los tiempos, caracterizándose su represión por la amplitud de su calificación y el rigor de su castigo.

En un primer momento se habló del delito de lesa majestad (comúnmente se señala que son aquellos actos perpetrados contra el estado actual de la republica). Luego, es Montesquieu el que por primera vez llama la atención sobre las numerosas conductas que comprendía el crimen de lesa majestad. También Beccaria señala la excesiva extensión del delito de lesa majestad, y aunque lo califica como el de mayor gravedad, señala un argumento que más tarde servirá para obtener un trato más benigno para el delito político, y que consiste en la naturaleza mudable de estos delitos, esto es, que va a depender su sanción de los intereses políticos preponderantes en una época.

⁴⁷ AROSTEGUI, JULIO. La especificación de lo genérico: La violencia política en perspectiva histórica. Revista Sistema (132-133). 30-39p

Y de esa manera, se intenta una conceptualización del delito político, y así, Filangieri señala que “el crimen de lesa majestad es ahora un ataque a la soberanía que detenta quien ejerce la facultad legislativa como expresión de la voluntad publica”.⁴⁸

Posteriormente, va a surgir un concepto objetivo del delito político, recogido en los Códigos Penales a través de los “delitos contra la seguridad del Estado”. Aunque en la Ilustración se propugna un tratamiento más benigno para el delincuente en general, el delito político sigue siendo considerado como el más grave y contra el cual se ejerce la mayor represión, incluso la pena de muerte.

En cambio, el panorama en el Derecho Internacional es absolutamente diverso, ya que en esa época se inicia una corriente de tratamiento más benigno para el delincuente político, lo que se concretiza a través del derecho de asilo. Y se señala como el comienzo de este tratamiento más benigno el Tratado de Paz de Amiens de 1802, celebrado entre España, Francia e Inglaterra, en el cual no se incluye el delito político entre los que dan lugar a la extradición. Siguiendo con esta línea, en los primeros años del siglo XIX la atenuación del delito político se extenderá en algunas legislaciones, como por ejemplo la ley española que regula el derecho de asilo de 1855, en la que se

⁴⁸ LAMARCA PEREZ, CARMEN. 1985. Tratamiento jurídico del terrorismo. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. 52p

establece que en ningún convenio ni tratado podrá estipularse la extradición de los extranjeros perseguidos y procesados por hechos o por delitos políticos. En contradicción con la tendencia a favor del tratamiento más benigno, surgen también intentos por limitar los privilegios del delito político, y es así como la ley Belga de extradición de 1856 establece la llamada “cláusula belga”, de acuerdo a la cual no se considerará delito político, ni conexo con él, el atentado perpetrado contra la persona del Jefe de Estado extranjero o miembro de su familia, cuando el mismo revistiere la forma de homicidio, asesinato o envenenamiento.

Lo importante de la ley de 1856 es que se inicia el camino para la tajante separación entre el delito político y el delito de terrorismo, sancionando con notable dureza el segundo y excluyéndolo en el ámbito internacional de los beneficios del derecho de asilo.

Es por lo anterior que se hace necesario distinguir entre el delito político y el delito terrorista, ya que muchas veces se cae en confusión, ya sea otorgando beneficios propios del delito político a delincuentes terroristas, o comprendiendo dentro del concepto de terrorista a persona que comenten delitos políticos, y de esa manera privándolos del trato benigno. Los delitos políticos son una construcción siempre ad-hoc, en el sentido de que se definen en relación al acuerdo o desacuerdo con una forma de gobierno o sistema

político, y son los detentadores del poder quienes determinan para su permanencia, que quien busca ponerle término al sistema o forma de gobierno, realiza un delito. El delincuente político es alguien que en ejercicio de su libertad de conciencia se rebela en contra del orden establecido para hacerlo evolucionar hacia formas superiores de realización humana, propugnando por ejemplo normas más coherentes con la dignidad humana en el trabajo, la educación, la salud o para poner fin a las discriminaciones. Comúnmente muchas personas consideradas delincuentes políticos en su época, son consideradas en el análisis histórico como fundadores y líderes, al haber evolucionado la sociedad en la cual lucharon.

Ahora bien, cabe destacar que los delitos políticos puros son aquellas conductas que lesionan exclusivamente el ordenamiento del Estado. Los delitos políticos relativos son aquellos que buscan lesionar el ordenamiento del Estado pero afectan al mismo tiempo un bien jurídico privado. Y los delitos políticos conexos son aquellos que se iniciaron mediante la agresión a un bien jurídico privado pero que sirven de medio para realizar un delito político puro o es originado en un móvil político.⁴⁹

En cuanto al delito terrorista, en un principio se privó a éste de su motivación política para diferenciarlo del delito político, y se caracterizó por el

⁴⁹ LAMARCA PEREZ, CARMEN. 1985. Tratamiento jurídico del terrorismo. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

medio utilizado, en cuanto crea un peligro común y existe una indeterminación de las víctimas y de los bienes jurídicos atentados. Pero luego se llega a la conclusión de que la definición del delito de terrorismo no puede hacerse desde una despolitización del tipo penal, y así se llega a definiciones que exigen para que exista delito terrorista una conducta criminal que usa un tipo de violencia capaz de crear un peligro común para generar un estado de alarma con un propósito político. Recordando párrafos anteriores, debemos destacar que se ha definido al terrorismo como una acción de carácter violento y con motivaciones políticas dirigidas contra una víctima inmediata, de tal manera que no pueda defenderse, a fin de provocar el miedo y la intimidación en los demás.⁵⁰

Por lo tanto, la diferencia entre el delito político y el delito terrorista (lo que tiene importancia distinguir a la hora de la adecuación típica de la conducta y su sanción) no está en sus propósitos políticos, sino en que el delito terrorista se trata de una conducta violenta que engendra terror o intimidación, atentando contra la vida, integridad física y psíquica de la población de un Estado, transgrediendo las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario y teniendo finalidades políticas, religiosas, sociales o filosóficas, mientras que el delito político no comparte esas características. El delincuente político no atenta en contra de inocentes y no tiene por objeto el terror de la población, ya que

⁵⁰ CASTILLO BARRANTES, ENRIQUE. [1990]. Criminalidad Organizada. Informe General de la sociedad Internacional de Criminología. Milán.

sus objetivos se dirigen al sistema político o forma de gobierno, para favorecer a la población de un lugar determinado.

2- LA DESVIACIÓN CRIMINAL.

2.1- CONCEPTO Y ASPECTOS DE LA DESVIACIÓN CRIMINAL.

Para comenzar, debemos señalar que la desviación criminal ha sido entendida como la violación de una norma social que se sanciona negativamente. Ahora bien, una norma social es un estándar de conducta, esto es, lo que se espera que la gente haga o debiera hacer y no lo que realmente hace. Y por lo tanto, estamos frente a un sujeto que no hace lo que la sociedad considera que debe hacer.

Dentro de este concepto de desviación, está la llamada desviación criminal, la que consiste en la violación o infracción de una norma jurídica que se sanciona y que se encuentra consagrada en la legislación penal. De tal manera, la sociedad a través del poder legislativo tipifica determinadas conductas que atentan en contra de bienes jurídicos fundamentales, y quien incurra en ellas se hace merecedor de una sanción penal.

Pero lo que ocurre en la práctica es que las normas jurídicas de la legislación penal no siempre expresan el sentimiento de la sociedad en su conjunto. En otras palabras, son grupos dominantes de una sociedad quienes hacen prevalecer sus intereses ante el poder legislativo y judicial, protegiendo determinados valores y de esa manera defenderse de cualquier intento que dañe sus intereses económicos, que se considerará como desviación criminal.

La desviación criminal, es el resultado del control social y de la reacción social, ya que donde existan reglas, existe la desviación. En cuanto al primer elemento señalado, el control social es aquel realizado por las fuerzas o instituciones creadas por los gobiernos o el legislativo para evitar que los ciudadanos se aparten o violen las reglas establecidas. En cuanto a la reacción social, ésta puede tener variadas aristas. En primer término, consiste en la manera en que los miembros de un grupo social dominante reaccionan ante un evento que viola las reglas establecidas para vivir en comunidad. También puede darse la reacción social como reacción religiosa o reacción política. Pero la que interesa para efectos de la desviación criminal es la reacción jurídico penal, manifestada por las leyes, Códigos Penales y el sistema de justicia criminal, ya que ellos son formas de control social dirigidas a prevenir y/o corregir el comportamiento desviado.

Ahora bien, según la autora Wanda Santiago Carrasquillo, la desviación puede envolver dos aspectos fundamentales: la desviación primaria y la desviación secundaria. La primera se refiere a la violación o infracción de la norma y la reacción de la sociedad ante la conducta que no es aceptada. La desviación secundaria se produce cuando la persona asume una conducta y estilo de vida antisocial relacionado con la etiqueta impuesta por los demás, siendo una forma de aceptación y adaptación a un estilo de vida antisocial que surge cuando somos rechazados por la comunidad.⁵¹

2.2- BREVE RESEÑA A LAS TEORÍAS DE LA DESVIACIÓN CRIMINAL.

Ahora haremos una pequeña referencia a las teorías más importantes de la desviación, que se encargan de explicar las causas u origen de ella.

- 1) Teorías Patológicas: Su máximo exponente es Cesar Lombroso, quien constata y expresa que el criminal es un ser atávico, genéticamente diferente, identificable por estigmas o marcas visuales. Diferencias como las enormes mandíbulas, los altos pómulos, la insensibilidad al dolor, la vista aguda, el gusto por las orgías y el deseo irresistible por el mal, son características señaladas por Lombroso asignadas a los criminales. Según esta teoría, la tendencia de estos individuos a cometer delitos se debe a una organización física y psíquica, la cual es esencialmente

⁵¹ SANTIAGO CARRASQUILLO, WANDA. [2004]. La desviación. [en línea]. <<http://www.monografias.com>>. [Consulta: 7 de enero de 2007].

diversa a la del hombre normal, aún cuando se reconocen causas de tipo económico social siempre sometidas en un plano de inferioridad en relación a las causas morfológicas.⁵²

- 2) Teorías Estructurales: Estas teorías en primer lugar consideran al concepto de desviación como algo dañino, sin perjuicio de lo cual, señalan que la desviación se produce porque hay algo que no funciona en las estructura social y no debido a causas individuales.

Dentro de estas teorías se considera que existe un conflicto entre culturas que genera la desviación criminal, aunque algunos consideran que el conflicto surge dentro de la misma sociedad. Otras subdivisiones dentro de esta teoría sostienen que la desviación criminal se trasmite de una generación a la siguiente.⁵³

2.3- PELIGROS Y VENTAJAS DE LA DESVIACIÓN.

En primer lugar, señalaremos los peligros y aspectos negativos de la desviación criminal, considerada de manera general. En primer término, si la desviación no es controlada a tiempo, puede ser destructiva para una organización o institución social. Puede afectar el funcionamiento de una actividad mayor, puede destruir la voluntad de las personas para cumplir sus

⁵² Pagina web oficial de alumnos de ingeniería en criminalística del Instituto Profesional La Araucana.>www.pericia.cl>. [Consulta: 14 de enero de 2007]

⁵³ WIKILEARNING. [s.a.]<www.wikilearning.com>. [Consulta. 17 de enero de 2007]

deberes, y puede ocasionar la pérdida de la confianza en las instituciones, las reglas y en los demás.

Ahora bien, como aspectos positivos, la desviación puede contribuir al éxito y vitalidad de los sistemas sociales. Ello se explica porque las normas provienen de la experiencia de la vida en comunidad, y las necesidades e intereses van cambiando a lo largo de la historia. Así, la desviación puede llamar la atención sobre los problemas sociales de una comunidad o gobierno determinado, ya que si no se protesta o no se denuncian las cosas injustas o ilegales nada se va a hacer para que se produzca el cambio social.

3- TIPOLOGÍA DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN GRUPOS DE COMBATE ARMADO ^{54 55}

3.1- EN EL NACIMIENTO DE LOS GRUPOS DE COMBATE.

Para poder entender que tipo de personas se integran a los grupos de combate armado, es necesario adentrarse en las causas que motivan el ingreso a dichas organizaciones paramilitares.

En primer lugar, debemos señalar que no existe una motivación general para el ingreso a organizaciones político-militares, sino que existen diversas causas que dependen de elementos políticos, sociales, económicos, culturales e incluso familiares.

Una de las motivaciones más recurrentes para ingresar a grupos de combate armado es el deseo de muchos por luchar contra las injusticias y lograr así una sociedad más justa y equitativa, sentimiento que a veces se ve reforzado por haber vivido experiencias personales de abuso de poder por parte de gobiernos de facto.

⁵⁴ Información que se obtuvo a través de las experiencias vividas al visitar a los presos políticos de la "democracia".

⁵⁵ ARMIJO GARRIDO, LORENA.[2004]. La construcción de la identidad nacional desde el discurso de género en la historiografía conservadora chilena. Tesis para optar título de socióloga, Facultad de Ciencias Sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile.

Otros sujetos pueden ingresar a grupos de combate en virtud de que son los descendientes de la generación expuesta a las violaciones a los derechos humanos, sufriendo la desaparición y muerte de familiares.

Como elementos fundamentales a la hora de motivar la decisión de ingresar a grupos de combate armado, la Universidad o el Liceo se transforman en lugares claves para generar conciencia social que deriva en sentimientos de lucha en contra del sistema vigente. Además de ello, la influencia de la familia y de amigos en la educación y sentimiento de lucha son fundamentales en las decisiones que toman muchos jóvenes para ingresar a estas organizaciones. Si bien normalmente la influencia de la familia se da por ser ella políticamente activa, motivando de esa manera la crítica social, en otras ocasiones la influencia familiar se da en sentido contrario, como por ejemplo un sujeto de una familia de extrema derecha toma la decisión de luchar en contra del sistema como una causa para revelarse primero frente a la familia y luego contra el sistema mismo.

Ahora bien, los integrantes de estos grupos sufren una serie de cambios a la hora de ingresar a la organización que se relacionan con la seguridad personal, el alejamiento de la familia y la renuncia a los proyectos personales de vida.

Por otra parte, debido a normas de seguridad que tiene estos grupos para su mejor funcionamiento, las personas al ingresar a la organización deben alejarse de su barrio, de sus amistades de niñez y cortar los vínculos sociales que poseían. Otros cambios que sufren estos sujetos al ingresar al grupo, dicen relación con su vida cotidiana, debido a las tensiones que implica el pertenecer a una organización armada. Esos cambios van desde las alteraciones del sueño, alteración en las comidas e incluso modificación de las relaciones de pareja.

Por otra parte, en ciertos grupos de combate se les exigen a sus integrantes una fuerte preparación, ya que deben estudiar, informarse de actualidad y de política, y tener excelente estado físico. De esa manera, estos integrantes generan una mentalidad en que los intereses individuales quedan absolutamente subordinados a la organización, y donde los sacrificios personales no tienen límite alguno.

3.2- EN EL DESARROLLO DE LOS GRUPOS DE COMBATE.

En el funcionamiento de los grupos de combate armado se generan una serie de relaciones, que van vinculando a sus integrantes y van modelando su personalidad.

De esta manera, a medida que va transcurriendo la lucha armada, se van generando lazos de hermandad entre los integrantes, llegando al extremo de ofrecer la propia vida para salvar la integridad de su compañero. La hermandad entre los integrantes se enriquece a su vez día a día a través del combate, y el tener un enemigo común constituye un elemento que afianza los sentimientos de unidad.

Desde otro punto de vista, cabe destacar que en los grupos de combate también se generan relaciones de manos entre los jefes y combatientes. Así, los jefes de las agrupaciones son responsables de la disciplina militar del grupo de combate a su cargo, y además tiene que preocuparse por el crecimiento militar, intelectual y físico de sus integrantes. Además en estos grupos el jefe tiene la función fundamental de motivar a los combatientes a la hora de efectuar las operaciones, lo que entrega seguridad y fortaleza para emprender situaciones complejas, sobre todo si corre peligro la propia vida.

Por otra parte, los grupos de combate armado comparten varias características comunes, que les facilitan el trabajo y la eficiente organización militar. En primer lugar, destaca la llamada compartimentación, la cual consiste en evitar que las operaciones sean conocidas por la totalidad de los combatientes, por lo que todas las comunicaciones son verticales a través de la

jefatura. Ello contribuye a evitar que las operaciones sean conocidas por los organismos de inteligencia del aparato represivo. De esa manera cada unidad de combate dentro del grupo conoce sólo su papel dentro de una operación, y sólo la jefatura general conoce todas las funciones de cada una de las unidades dentro del plan.

Además, la compartimentación no sólo abarca las operaciones de combate sino también las relaciones humanas. Es así como entre los integrantes del grupo de combate no debe existir una relación más allá que la de ser miembro del equipo operativo, no dando a conocer su verdadera identidad, pero en la práctica será bastante complejo que esto último se de a cabalidad.

Por otro lado, existe en los grupos de combate armado una rigurosa disciplina, la que permite lograr el éxito en las operaciones. La disciplina es esencial para mantenerse en estas organizaciones, ya que al estar de por medio la utilización de armas y enfrentarse a un enemigo de mayor infraestructura, cualquier acto de indisciplina pone en riesgo a la organización o la vida de sus integrantes. De tal manera, los actos de indisciplina son castigados en estas organizaciones con mucha rigurosidad, ya sea asignando una misión menos compleja o separando al infractor de una determinada operación.

Siguiendo con ciertas características de los integrantes de grupos de combate armado, cabe destacar que los sujetos pueden ser combatientes que se aíslan en la clandestinidad, o pueden ser combatientes que se mantengan con su vida normal. En este último caso, la relación con el medio no militante es necesaria, claro que un elemento fundamental es que no pueden hablar más de la cuenta, ya que con ello se protege a la organización y al entorno familiar. Pero además de los combatientes de un grupo armado, existen en ciertas organizaciones los llamados “ayudistas”, los cuales también son parte del grupo, pero ellos no utilizan las armas sino que su trabajo se orienta a facilitar casas de seguridad o para dormir y lugares de reuniones. Estos integrantes son fundamentales y arriesgan su vida igual que cualquier combatiente, con la diferencia que no participan en la lucha armada, pero de todas maneras serán objeto de los aparatos estatales de represión.

Los sujetos que integran a grupos de combate armado heredan como hemos dicho de su familia, situación social, educación y religión un conjunto de valores de los cuales van escogiendo aquellos que más los representen y a través de ellos guiarán sus acciones. Normalmente estos valores son de carácter colectivo, pudiendo mencionar a la solidaridad, generosidad, preocupación por los demás, etc... Estos valores de carácter colectivo se encausan en un proyecto más amplio que el de la propia experiencia individual

y que consiste en crear una nueva sociedad, buena para algunos o mala para otros, lo cierto es que todos intentan llegar a ese objetivo o establecer las bases para alcanzar dicho objetivo en generaciones futuras.

Cabe destacar que los sujetos revolucionarios suelen sentirse provistos de una moral superior a la de la masa, lo que se genera debido a la sacralización de la política, que consiste en la necesidad de aislar lo político de lo personal, lo que conduce a confundir la política con lo sagrado. Pero por sobre todas las cosas, estos sujetos por su participación en acciones militares tiene la necesidad de mantener la sangre fría, a controlar las emociones y sensaciones físicas. Lo perjudicial de dicho control es que puede conducir a un endurecimiento de la sensibilidad, lo que degenera en una inflexibilidad que a veces se expresa de manera despótica. Y por tanto, a veces se puede caer en una inconsecuencia, ya que se lucha por acabar con la dominación y a la vez se reproduce una dominación en los espacios propios.

Ahora bien, uno de los valores esenciales de los integrantes de grupos de combate es el compañerismo, ya que con sus pares se establece una relación especial debido a que con ellos se viven experiencias muy fuertes que no pueden ser compartidas con el resto. Además la experiencia armada ayuda al desarrollo de la confianza absoluta entre los integrantes, ya que así será la

única manera de emprender acciones riesgosas, incluso estando dispuestos a dar la vida por los compañeros.

Para concluir este acápite relativo a la tipología de los integrantes de los grupos de combate armado en su desarrollo, es preciso destacar que la autodisciplina en sus integrantes es la clave a la hora de formar un grupo que consiga sus objetivos y no muera en el intento. Una vez convencidos y concientes de que es necesario transformarse para poder transformar a la sociedad, decir que se es disciplinado no es suficiente, y por ello la disciplina debe ser demostrada en cada acto, y sobre todo en las jefaturas.

3.3- LA GENERACIÓN DE LA CONCIENCIA COLECTIVA.

Diversos son los elementos preponderantes que influyen en la conciencia colectiva de los grupos de combate armado. Pero en unos y otros casos se repiten básicamente ciertos elementos comunes.

El primer elemento ha destacar y que constituye el primer intermediario entre el sujeto y la sociedad, es la familia. Aún cuando no existe una familia tipo de la cual se generen integrantes de grupos armados, son ellas las que influyen sobre los sujetos a la hora de formar la conciencia colectiva e ingresar a esas

organizaciones, influencia que se manifiesta ya sea por oposición o por continuidad al pensamiento familiar.

Por otra parte, influyen también en la generación de conciencia en los integrantes de bandas armadas los espacios educacionales como el liceo o el colegio, además de la clase social de la cual se proviene, ya que ésta determina las condiciones materiales de los sujetos, y normalmente los aparatos de represión golpean con más dureza a los sectores populares, lo que trae como consecuencia que muchos elementos de esos sectores se integren a grupos de combate armado para cambiar su realidad material y la de los suyos.

Además de los elementos ya señalados que constituyen la experiencia personal que lleva a un sujeto a formar parte de los grupos armados, hay que destacar que las vivencias, luchas, triunfos y derrotas de generaciones anteriores son determinantes en la construcción de la conciencia colectiva. Todo lo vivido por las generaciones anteriores confieren al presente un sentido, un camino a continuar, claro que de acuerdo a las interpretaciones y particularidades del presente.

Finalmente y como elemento fundamental en el nacimiento de una conciencia para integrar grupos armados, está el marco teórico que otorgan los textos en que se inspiran dichas organizaciones, las cuales pueden tener

fundamentos ideológicos, religiosos o sólo reivindicaciones de determinados derechos sociales.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE L ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS

1- INTRODUCCIÓN.

La formación de grupos de combate armado encuentra su manifestación típica, es decir, su expresión normativa en el artículo 8º de la Ley N° 17.798, conocida también como Ley de Control de Armas. De ahí la importancia de realizar un análisis exhaustivo del tipo penal que dicho articulado consagra, para así poder llegar a una conclusión acorde con el sentido general de este trabajo que, como bien hemos expresado, tiene por objeto central desentrañar los problemas que se suscitan en la aplicación práctica de éste artículo, o sea, en los problemas concursales que se presentan con la Ley N° 12. 927 (Seguridad Interior del Estado), con la Ley N° 18.314 (sobre Conductas Terroristas) y con el Código Penal, en lo particular en lo que dice relación con la figura típica de la Asociación Ilícita, así como también, la forma cómo la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha ido solucionando dichos problemas sin que exista, hasta el día de hoy, una homogeneidad en sus resoluciones, con lo pernicioso que resulta esto, sobretodo en lo que dice relación con la violación que esta práctica produce en los principios informadores del Derecho Penal, sobretodo, el de Legalidad y el Non Bis In Ídem.

Sin embargo, no basta con analizar dicho artículo solamente, es menester complementar este análisis con la profundización de otros temas o conceptos que servirán para un mejor desarrollo del estudio en cuestión. Por ello la importancia de, primeramente, tratar la historia de esta ley en general y el artículo 8º en particular, para así entender que este cuerpo legal responde a una determinada raíz histórico, política y social, responde a una realidad práctica y concreta de un momento determinado de nuestra historia legislativa y judicial, y como esta realidad influyó de sobremanera en la política criminal que engloba a esta ley⁵⁶.

Así también, se hace necesario tratar en este capítulo ciertos conceptos de instituciones que de una u otra forma se relacionan estrechamente con el análisis típico del artículo en estudio, de ahí que en esta parte de nuestro trabajo también desarrollaremos los distintos conceptos que se han dado tanto de la asociación ilícita como delito consagrado en distintos cuerpos legales, sus distintas clasificaciones, los elementos centrales que componen esta figura y los problemas que trae consigo dicha institución; como también, qué entendemos por grupo de combate armado, que definición podemos dar al respecto, cuales serían sus elementos distintivos de otras figuras, y como este concepto se relaciona directamente con otras formas de organización, sus similitudes,

⁵⁶ Para un mayor análisis de este tema en particular, remitirse al capítulo I de este trabajo.

diferencias y los problemas que se han suscitado al no definir claramente la línea que separa a estas organizaciones.

2- HISTORIA DE LA LEY Nº 17.798 EN GENERAL Y DEL ARTÍCULO 8º EN PARTICULAR.

Hoy en día, en los inicios del siglo XXI, donde el neoliberalismo, entendido como fase superior del capitalismo, parece triunfar sin contrapeso como sistema de desarrollo de la humanidad, donde cualquier atisbo de desarrollo alternativo al modelo imperante parece una utopía o una aberración, dependiendo del análisis que se haga al respecto, donde lo que los autores han llamado “Pax Neoliberal” parece apoderarse de las mentes de los seres humanos, cada vez menos cuestionadores, menos sujetos de cambios revolucionarios, donde nos convertimos en simples números dentro de un mercado que nos trata como mercancías que valemos en base a lo que somos capaces de producir o consumir, que vivimos en un país como Chile, claro ejemplo de lo que acabamos de decir, país en el cual el sistema neoliberal fue impuesto por la Dictadura de Pinochet y que ha sido cómodamente administrado y profundizado por los gobiernos de la Concertación, nos surgen la siguientes dudas: *¿Se condice la legislación antiterrorista (dentro de la cual se enmarca la Ley Nº 17.798) que tenemos desde hace 30 y más años o esta*

requiere de una modernización que esté acorde al desarrollo que ha experimentado nuestra sociedad?, ¿Teniendo en cuenta que la legislación responde a una realidad concreta, no será necesario darse cuenta que la política criminal que guió la dictación de esta legislación antiterrorista se encuentra obsoleta en la praxis?

El Terrorismo, entendido como fenómeno social, ha variado sus formas y características, ya casi no existen los grupos terroristas que existían hace más de 3 décadas, donde las organizaciones adoptaban diversas posturas (como por ejemplo guerrillas, ya sea urbanas o rurales, milicias privadas, grupos de combate, etc.), en la que las mayoría de las veces se intentaba ser una respuesta a sistemas dictatoriales de corte autoritario que imponían un determinado desarrollo socio-político como única verdad, donde las actividades de estos órganos giraban en torno a ser una alternativa a ese desarrollo, utilizando para ese efecto todo lo que estuviese a su alcance para la consecución de sus fines. Hoy día vemos que los ataques a la soberanía nacional, a la seguridad u orden públicos, a la tranquilidad y normalidad de la sociedad toda (bienes jurídicos que son los protegidos por la legislación antiterrorista) son más bien escasos y/o difusos, pudiendo concluir, modestamente, que el terrorismo ha entrado en una nueva fase de desarrollo, ha adoptado características nuevas, quizás jamás vista en los años de desarrollo de la humanidad, sobretodo si analizamos las dos figuras más

recurrentes del terrorismo actual: particularmente el Terrorismo de Estado y el Terrorismo Multinacional, que a la vez adopta forma de lucha entre hemisferios, donde Oriente y Occidente luchan por formas de vida y mercados diametralmente opuestos, en el que bajo las banderas de la religión por ejemplo se esconden los intereses de las grandes potencias mundiales por nuevos mercados a explotar.

De ahí la importancia de historizar nuestra actual legislación sobre control de armas (entendida dentro de un todo antiterrorista), saber y entender el contexto histórico, político, social y jurídico que influyó en su dictación. Pues bien, este análisis histórico lo dividiremos desde dos puntos de vistas: el primero tendrá un tinte más social, más político; y en el segundo, analizaremos la historia de esta ley desde un aspecto jurídico.

2.1- ANÁLISIS SOCIO-POLÍTICO DE LA HISTORIA DE LA LEY N° 17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS.

La Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, fue publicada el 21 de Octubre de 1972, es decir, durante el gobierno constitucional y democrático del Presidente Salvador Allende Gossens, en el cual la situación política y social que experimentaba nuestro país era bastante delicada.

Desde inicios del gobierno de la Unidad Popular, la situación en Chile tuvo caracteres de inestabilidad, no provocados, precisamente, por el actuar del gobierno y de la coalición que la sostenía, sino más bien por el contexto nacional y mundial en el cual se desenvolvía éste. La llamada Guerra Fría, como expresión de tensión constante entre dos polos diametralmente opuestos en la forma de ver el mundo desde toda perspectiva, hacía que todas las naciones del globo se enmarcaran dentro de alguno de estos “bandos”. La Unidad Popular, como conglomerado de partidos y movimientos de izquierda, con su programa de reformas sociales y su “vía chilena al socialismo”, entraba dentro de la órbita de los países que seguían la línea de la U.R.S.S, Cuba y China, y se enfrentaba al otro poderoso dentro de este periodo, EE.UU., país que haría todo lo que estuviese de su parte por derrotar y derrocar a todos los que se alinearan con el socialismo a nivel mundial.

En el plano interno, se repetían las mismas lógicas que a nivel mundial. También existían dos “bandos” antagónicos, cada uno de los cuales tenía grupos armados dentro de sus componentes (léase MIR y Patria y Libertad por citar un ejemplo), los partidarios del gobierno del Presidente Allende y la oposición, quienes financiados por los EE.UU., eran capaces de arruinar todas las iniciativas sociales, políticas y culturales que la coalición gobernante intentaba desarrollar. Frente a este escenario no era difícil adivinar cómo iba a

terminar todo este periodo: o con una guerra civil o con un golpe de estado, como precisamente ocurrió.

Ahora bien, este contexto histórico, político y social hizo que hubiera que tomar otras determinaciones, dentro de las cuales encontramos precisamente la preparación del proyecto de ley sobre control de armas. Dicho proyecto fue presentado (su articulado) por el senador Juan de Dios Carmona en sesión parlamentaria de 6 de Abril de 1972, quien a su respecto señalaba, tomando como hecho coyuntural el asesinato del Ministro del Interior de aquel entonces, señor Edmundo Pérez Zujovic (palabras que nos ayudan para el análisis en cuestión): *“Nuestra patria ha sido estremecida en estos últimos tiempos por acontecimientos de tipo político delictual que no se compadecen con su amplia tradición democrática, ni menos con el respeto que en un país civilizado merece la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera que sea su ideología política, su postura intelectual o social o su convicción religiosa”*.

“Es menester pues, dictar disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, para garantizar

*que las armas sólo estén en poder y ser usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función*⁵⁷

Luego, en sesión de 17 de Julio de 1972, el mismo senador señala:
*“Ambas iniciativas (la suya y la del ejecutivo) responden a la urgente necesidad de legislar sobre la materia. La violencia como arma política y la existencia de grupos armados eran desconocidas hasta hace poco tiempo en nuestra República*⁵⁸

Otros senadores opinaron en la misma línea y también demuestran el contexto en el cual se dictó la ley. Así el Senador señor Aguirre sostuvo: *“El país vive un clima de emergencia por la violencia existente y por la formación de numerosos grupos paramilitares. Por ello, debía dictarse una ley de emergencia con disposiciones suficientemente eficaces para terminar con esta anómala situación”*.

⁵⁷ Diario de sesiones del Senado, sesión de 6 de Abril de 1972. En: TORAL BUSTAMANTE, JORGE Y YÁÑEZ LEÓN, ALFONSO. 1985. De los Delitos Contemplados en la Ley 17.798 sobre Control de Armas y posteriormente modificaciones. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 13p.

⁵⁸ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión de 19 de Julio de 1972. anexos de documentos.

El senador Carmona por su parte expresó: *“...el país vivía una situación de emergencia y que, en consecuencia, la legislación que se dicte debe tener ese carácter y ser eficaz”*.⁵⁹

Pues bien, como ya hemos señalado, son estas opiniones de los senadores que presentaron, discutieron, tramitaron y promulgaron esta normativa (no exentas de divergencias, por ejemplo, los senadores de la coalición gobernante se abstuvieron o rechazaron este proyecto, principalmente por encontrar que éste era coyuntural y no atacaba el fondo del origen de la violencia y, además, porque sólo representaba una línea discursiva y no había recogido las enmiendas que el ejecutivo había realizado y que giraban en quitarle a las Fuerzas Armadas alguna de las tantas atribuciones que tenían en el proyecto original en cuanto a la administración y fiscalización de la ocupación de las armas) las que ejemplifican de mejor manera el clima de tensión e inestabilidad que se vivía en Chile en dicha época y que ya analizamos con anterioridad y que sirvió de base esencial para la dictación de la Ley en estudio.

Así también se hace necesario recordar que la dictación de esta legislación se vio, hasta cierto punto, truncada por el golpe de Estado del año 1973, provocándose con posterioridad al golpe un clima más hostil y violento,

⁵⁹ Opiniones encontradas en Informe emitido por la Comisión de Legislación, Constitución, Justicia y Reglamento del Senado, 1972, Agosto.

con un terrorismo de Estado justificado desde amplios sectores, con persecuciones, detenciones ilegales, torturas y tratos crueles y degradantes para todo aquel ser humano que pensaba distinto a la Junta Militar, que fue la encargada de sistematizar esta legislación hacia el año 1978, pues durante aquellos años ésta había sufrido innumerables adecuaciones que justifican su actuar, pero esta vez con una clara política criminal tendiente a perpetuar el sistema impuesto y a castigar y reprimir cualquier atisbo de cuestionamiento a dicho sistema.

2.2- ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 17.798, SOBRE CONTROL DE ARMAS.

Desde un punto de vista histórico-jurídico se hace necesario señalar que esta ley viene a responder a una necesidad práctica, por cuanto antes de su dictación existía una gran variedad de normas que se referían a la materia, ubicadas en distintos cuerpos legales, lo que hacía muy complicado su estudio, sistematización y aplicación. Pues bien, dentro de esta amplitud de normas dispersas que trataban la materia podemos señalar las siguientes:

- a) El Reglamento de Fabricación y Comercio de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Productos Químicos, aprobado por Decreto Supremo N° 3.144 (1955);
- b) La Ley N° 12.927, de 1958, sobre Seguridad del Estado;
- c) El Código Penal contemplaba algunas disposiciones relacionadas con la materia en su Título IV, Párrafo 6° del Libro II, como por ejemplo: portes de armas y certificados. Como también en el Título VI, Párrafo 8° del Libro II, denominado “De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares”.

Es esta diversidad y dispersión de normas la que constituyó una de las razones de peso para que el legislador dictase esta normativa sistémica y ordenada en relación con el control de armas.

Ahora bien, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Control de Armas, esta ha sufrido las siguientes modificaciones (más que nada se enumerarán, pues escapa al objetivo central de nuestro estudio):

- 1) El Decreto Ley N° 5, de 1973, que introduce algunas modificaciones de importancia a esta ley, contenidas en su artículo 3°, y que giran en regular la inscripción de las armas, de dar mayor penalidad a ciertos delitos, etc.

- 2) El Decreto Ley N° 10, también de 1973 y que en sus consideraciones da cuenta de la situación de emergencia que se vivía en el país y que impide el normal funcionamiento de determinados poderes públicos y servicios administrativos.
- 3) El Decreto Ley N° 23, también de 1973 y que introduce modificaciones de forma, para aclarar puntos oscuros de la ley, en particular con el artículo 5°.
- 4) El Decreto Ley N° 87, que modifica el artículo 3° de la ley, en cuanto enumera los organismos públicos facultados para poseer armas de fuego, suprimiendo de estos al Departamento de Investigaciones Aduaneras del Servicio de Aduanas.
- 5) El Decreto Ley N° 559, de 1974, que en su artículo 13° agrega expresamente la figura delictual del artículo 13° de la ley: portar armas y/o elementos del artículo 3° de la ley.
- 6) El Decreto Ley N° 2.156, de 25 de Abril de 1978.
- 7) El Decreto Ley N° 2553, de 19 de Marzo de 1979.
- 8) Debido a esta gran cantidad de modificaciones, es que haciendo uso de las facultades que el Decreto Ley N° 2.042, de 1977, confiriera al Dictador para dictar o fijar textos refundidos, el “Ejecutivo” fijó texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798, a través de Decreto Supremo N° 400, de 6 de Diciembre de 1977, del Ministerio de Defensa Nacional, publicado en el Diario Oficial el 13 de Abril de 1978.

- 9) La Ley N° 18.342, de 26 de Septiembre de 1984.
- 10) La Ley N° 18.592, publicada en el Diario Oficial el 21 de Enero de 1987.
- 11) La Ley N° 18.887, de 10 de Enero de 1990.
- 12) La Ley N° 18.903, de 19 de Enero de 1990.
- 13) La Ley N° 19.029, 23 de Enero de 1991.
- 14) La Ley N° 19.047, de 14 de Febrero de 1991.
- 15) La Ley N° 19.680, de 25 de Mayo de 2000.
- 16) La Ley N° 19.806, de 31 de Mayo de 2002.
- 17) La última modificación es la Ley N° 20.014, de 13 de Mayo de 2005.

Ahora bien, es importante hacer ver que las constantes modificaciones que ha sufrido esta ley, si bien no han afectado al fondo de la misma, si tienen estrecha relación con el momento político, social, cultural y jurídico que atravesaba el país en un momento determinado, de ahí que es tan relevante la política criminal en relación con esta ley y sus modificaciones, por ejemplo, la última modificación (Ley 20.014) viene a verificar una realidad muy diversa a la existente durante la publicación original de esta ley, de ahí que esta modificación busca penalizar mayormente, ya no el delito de formación de grupos de combate armado (pues, en la práctica ya no existen y dejaron de ser un problemas socio-jurídico), sino que el porte o tenencia de armas, pues es en esta materia en la que se ve un “aumento” en los delitos cometidos. Sin embargo, para nosotros estas modificaciones, sólo tienden a criminalizar otros

sectores, responde a las lógicas con las que opera la política criminal hoy en día, que no es más que reprimir y reprender a cualquiera que ose desestabilizar la institucionalidad chilena.

Siguiendo con este análisis histórico-jurídico que estamos realizando de la Ley de Control de Armas, es necesario tocar sucintamente dos temas que también tienen relación con este análisis.

El primero dice relación con el bien jurídico protegido por esta ley, pues si bien es un tema que se tocará mas profundamente cuando analicemos típicamente el artículo 8º en el desarrollo de este mismo capítulo, y también en el capítulo IV al tratar de las asociaciones ilícitas y su relación con esta ley en particular y con la legislación antiterrorista en general, es importante para complementar el análisis histórico de la dictación de esta ley, por cuanto son bienes jurídicos que se condicen con la realidad concreta que se estaba viviendo en el país al momento de su tramitación y dictación.

Así, la idea central en torno a la cual giran los diversos tipos delictivos de la Ley de Control de Armas es La Seguridad, entendida como certeza práctica, pero agregándole un apellido, La Seguridad Jurídica, es decir, el conocimiento de que éste sistema obliga a todos por igual, que obliga inclusive al Estado (en realización del Estado de Derecho) y que es válido en cuanto es derecho

positivo vigente, es una certeza derivada de las normas. Así también, dentro de esta ley podemos encontrar otros bienes jurídicos protegidos, todos los cuales giran en torno a la idea de seguridad que recién explicábamos, como serían: la Seguridad del Estado, la Seguridad Nacional, etc, pero específicamente esta ley dentro de su tipificación protege la Tranquilidad Pública (Orden Público) fundamentalmente cuando penaliza todo lo que dice relación con armas (porte, tenencia, ocupación, etc.) y la Normalidad Institucional, como aspecto integrante de la seguridad del Estado, cuando en esta ley se penaliza la formación de grupos de combate armado, milicias privadas, etc. (artículo 8º).

El segundo tema que se relaciona con este análisis histórico que estamos haciendo, dice relación con el carácter de emergencia que esta ley tuvo al momento de su dictación. Ya citábamos con anterioridad a los senadores que durante la tramitación de esta ley dejaban en claro que la emergencia se debía a la situación coyuntural que vivía el país en aquella época, y esto es importante, pues refleja las preguntas que nos hacíamos al iniciar el desarrollo del capítulo: una ley de emergencia no puede sobrevivir 30 años y más sólo con pequeñas modificaciones, lo que demuestra claramente la necesidad de una reforma estructural a todo el sistema antiterrorista que rige hoy en Chile, y por sobretodo a la ley de control de armas.

2.3- ANÁLISIS PARTICULAR DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY SOBRE CONTROL DE ARMAS.

Pasando a la historia particular del Artículo 8º de esta ley, lo primero que debemos señalar es que este artículo no escapa de la historia misma de la ley en general y, por ende, todo lo dicho al respecto lo trasladamos para este artículo. Sin embargo posee particularidades que se hace importante revisar.

De partida este artículo se encuentra al iniciarse el Título II de esta ley, denominado “De la Penalidad” y a grandes rasgos castiga la formación de grupos de combate armado, milicias privadas o partidas militarmente organizadas (vuelvo a recordar que el análisis típico de este artículo se realizará con posterioridad), y se hace particularmente importante, pues era precisamente lo que se quería combatir al momento de dictarse esta ley, de ahí que este artículo sea el que tuviese mayor aplicación práctica, pues además engloba la tipicidad de la asociación ilícita en esta normativa.

En el Diario de Sesiones del Senado podemos encontrar parte de la historia de la dictación de este artículo; así, señalaba un Senador: *“es menester pues, dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las*

*armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función*⁶⁰.

Pues bien, luego de la discusión del proyecto del Senador Carmona, que a grandes rasgos tendía a sistematizar en un cuerpo legal las distintas disposiciones que penalizaban la formación de grupos de combate armado y el porte y tenencia de armas, se llega a la siguiente conclusión normativa en la Cámara Alta:

“Proyecto de Ley:

Artículo 1º: Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley de Seguridad del Estado, N° 12.927, de 1958:

- 1) Deróguense la letra d) del artículo 4º, la letra e) del artículo 6º y el artículo 10; (todos los cuales trataban precisamente del posterior delito tipificado en el artículo 8º de la Ley de Control de Armas)
- 2) Reemplázase, en el inciso primero del artículo 26, la coma colocada al término de la frase “los procesos a que dieron lugar los delitos previstos en esta ley” por una “y”;
- 3) Agréguese un inciso 4º al artículo 26;
- 4) Agréguese a continuación del Título IV un Título V nuevo, con la siguiente denominación y articulado: *Título V: Control de armas por las Fuerzas Armadas. Prohibición de la existencia de grupos armados y*

⁶⁰ Diario sesiones del Senado, sesión 6ª, de 5 de abril de 1972, anexos de documentos. 352p.

*delitos cometidos por miembros de éstos. En este título se sistematizaba el estudio que nos convoca, particularmente en el artículo 16 de dicho cuerpo legal, acerca de la formación de grupos de combate armado*⁶¹.

De esto mismo habla el autor y profesor Sergio Cea Cienfuegos, en los siguientes términos: *“...el propósito original de la primera iniciativa legislativa tendiente a englobar en un solo cuerpo legal todo lo concerniente a las armas, fue poner freno a la proliferación de partidas armadas creadas al margen de la institucionalidad vigente. Por ello, la moción del Senador Carmona para modificar la Ley de Seguridad del Estado contenía un artículo, el 16, que sancionaba penalmente la existencia de milicias o grupos armados formados al margen de la Constitución y la Ley y sirvió de base para la redacción de otra norma que finalmente fue sometida a la votación parlamentaria y obtuvo sanción legal en términos muy similares al actual artículo 8º de la Ley de Control de Armas*⁶².

El artículo al que hacemos mención se funda en una referencia a la Constitución y a la legislación a ella supeditada, tratándose de sancionar penalmente a quienes se organicen militarmente fuera de estas normas. Actualmente, en cambio, la ilicitud se funda en la tenencia y porte, por parte de

⁶¹ DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Sesión 6ª, de 5 de abril de 1972, anexos de documentos. 354p

⁶² CEA CIENFUEGOS, SERGIO. 2006. Control de Armas: Manual de aplicación de la Ley N° 17.798. Santiago. Editorial Lexis Nexis. 76p.

un grupo organizado militarmente, de elementos prohibidos, de aquellos descritos en los artículos 2º y 3º de la ley. Sin embargo, el artículo 16 antes mencionado, en su inciso segundo, sanciona como ilícito penal la sola organización de estos grupos sin que sea necesario que éste actúe al margen de la ley para configurar el delito, puesto que la formación de un grupo armado constituye un delito en sí y de carácter militar.

Debemos señalar también, que el artículo 8º contiene una conducta típica que puede asimilarse a descripciones contenidas en otras normas penales que se refieren a la organización de grupos o la conformación de asociaciones con diferentes finalidades, como serían:

- Asociación ilícita (Código Penal)
- Organización de milicias privadas o grupos de combate armado u otras organizaciones semejantes con la finalidad de sustituir a la fuerza pública o de alzarse contra los poderes del Estado (Ley de Seguridad Interior del Estado)
- Asociación ilícita terrorista (Ley de Conductas Terroristas).

Es esto lo que sucedía en 1972 y que fue el motivo que indujo al Senador Carmona para formular indicaciones a fin de legislar sobre la materia. Es así como nace este artículo en la legislación chilena.

Para finalizar esta parte del capítulo y a modo de complemento, es importante recordar lo que la Comisión de Legislación, Constitución, Justicia y Reglamento del Senado (que era la encargada de estudiar esta materia), señaló respecto de tratar en una normativa de control de armas, la formación de grupos armados:

“Vuestra Comisión, después de un largo debate, acordó legislar sobre la materia, por considerar que las normas sobre control de armas quedarían incompletas si no se sancionara a los grupos armados, que son precisamente los que atentan con mayor peligrosidad en contra de las instituciones democráticas”⁶³

A modo de conclusión de esta parte del capítulo y como producto del desarrollo analítico que en éste se ha dado, nos gustaría respondernos las preguntas que al inicio nos hacíamos, pues creemos que habiendo estudiado la historia fidedigna de la ley y habiendo analizado social, política y jurídicamente ésta, se hace necesario una modernización de la legislación antiterrorista en su conjunto y en particular de la Ley Sobre Control de Armas, pues entendemos que la realidad concreta actual en el país es diferente de la que existía al establecerse esta legislación, creemos que la modernización no pasa con criminalizar a otro sector de la población (creemos que ese es el fin de las

⁶³ DIARIO SESIONES DEL SENADO. Sesión 18ª, de 19 de julio de 1972, anexos de documentos. 1204p

últimas modificaciones a esta ley), sino que pasa por la prevención de cualquier acto que atente contra los bienes jurídicos que se crean deben ser protegidos. Además creemos que es esta misma realidad concreta la que demuestra que la política criminal de los últimos años ha sido errada y se mantiene la doctrina de la seguridad nacional en esta materia, criminalizando a quienes exigen con justicia sus derechos mínimos (pobladores, pueblos originarios, menores de edad, etc.) y penalizándolos con penas altísimas y violentando sus derechos básicos y violentando también los principios informadores del Derecho Penal. De ahí la urgente y necesaria revisión y reforma de esta legislación, que creemos nosotros debe ir por la prevención (ex ante) y no la penalización y represión ex post.

3- ANÁLISIS TÍPICO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

Como ya señalábamos con anterioridad, este artículo contempla la figura delictiva de formación de grupos de combate armado. Por ende, para un correcto análisis típico se hace menester citar explícitamente el articulado en cuestión, el que señala expresamente:

“Los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, ayudaren, instruyeren, incitaren o indujeren a la creación y funcionamiento de milicias

privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3º, serán sancionados con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados”.

“Incurrirán en la misma pena, disminuida en un grado, los que a sabiendas ayudaren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armados con algunos de los elementos indicados en el artículo 3º”.

“Los que cometieren alguno de los actos a que se refiere el inciso primero con alguno de los elementos indicados en el artículo 2º y no mencionados en el artículo 3º, serán sancionados con la pena de presidio o relegación menores en su grado máximo a presidio o relegación mayores en su grado mínimo, cuando amenacen la seguridad de las personas”.

“Si los delitos establecidos en los incisos anteriores fueron cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública, en servicio activo o en retiro, la pena será aumentada en un grado”.

“En los casos en que se descubra un almacenamiento de armas, se presumirá que forman parte de las organizaciones a que se refieren los dos primeros incisos de este artículo, los moradores de los sitios en que estén

situados los almacenamientos y los que hayan tomado en arrendamiento o facilitado dichos sitios. En estos casos se presumirá que hay concierto entre todos los culpables”.

“En tiempo de guerra externa, las penas establecidas en los incisos primeros y tercero de este artículo serán, respectivamente, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”.

De acuerdo a la redacción original de este artículo, en conjunto con las diversas modificaciones que ha sufrido durante los últimos años, es posible realizar el análisis típico del mismo en los siguientes términos: primero que todo, es importante señalar las principales características que presenta éste, posteriormente es necesario señalar el verbo rector de la tipificación en cuestión, luego es indispensable analizar detalladamente las conductas delictivas que se señalan en los incisos 1º y 3º, de forma separada, analizando en cada uno de los casos la penalidad de los mismos, su agravantes, etc., pues se señala que estos incisos tratarían dos figuras distintas, el primero bastándose con el sólo hecho de organizar un grupo armado y el segundo agregándole un factor o elemento objetivo, que consistiría en que el grupo efectivamente amenace la seguridad de las personas, para posteriormente

finalizar con la presunción del inciso 5º y con el bien jurídico protegido por todo este articulado.

3.1- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO TIPIFICADO POR ESTE ARTÍCULO.

Antes que todo, se hace indispensable señalar y entender (sobretudo para poder señalar correctamente cuales son las características de este delito) que todo el artículo 8º es un precepto que viene en la práctica a sancionar las asociaciones ilícitas armadas y que, por ende, la figura típica descrita en él comparte las características centrales de toda asociación ilícita, a saber:

- a) Debe existir una asociación (entendida como grupo de combate, partida militarmente organizada o milicia privada), es decir, un grupo de personas (a lo menos 2 sujetos) concertados para cometer crímenes o simples delitos indeterminados (de lo contrario sólo estaríamos frente a una conspiración para delinquir, que por regla general es impune), con una estructura determinada, con ciertos grados de permanencia jerarquía, etc.
- b) Los crímenes o simples delitos que se propone cometer la asociación no necesariamente deben haber llegado a consumarse, pues la asociación importa un delito por el solo hecho de organizarse.

- c) La asociación (con cualquier apellido que tenga, es decir, terrorista, armada, común) es un delito que existe por el solo hecho de organizarse, apareciendo acá el carácter formal del delito en cuestión.
- d) Los objetivos que debe perseguir la asociación (y que dice relación con el bien jurídico protegido, situación que veremos más adelante) es atentar en forma general contra la normalidad institucional.
- e) Se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, de aquellos en que basta la simple amenaza de un determinado bien jurídico, la simple posibilidad inmediata de su violación, aún cuando no haya una efectiva lesión jurídica del mismo, para que la figura creada por el legislador quede perfecta y más aún, de aquellos en que la ley sólo exige verificar la concurrencia de una determinada circunstancia objetiva, de la cual la ley presume que ha existido peligro. Esta característica se hace menos notoria cuando analizamos el tipo delictual del inciso 3º, por cuanto para que se esté en aquel tipo la ley en este caso exige la concurrencia de un elemento que transformaría este delito de peligro abstracto en peligro concreto, como sería: amenazar la seguridad de las personas, es decir, se estaría en el tipo delictual únicamente cuando las acciones en el descritas amenacen la seguridad de las personas que conforman la sociedad y se transformaría de esta manera en un delito de peligro concreto (en este inciso en particular), que son precisamente aquellos

delitos en los que la ley exige que se compruebe que efectivamente existió un peligro.

- f) Es un acto preparatorio especialmente penado, pues por regla general dichos actos no son penados por la ley.
- g) Es un delito colectivo, con sujeto activo múltiple, es decir, que requiere del concurso de 2 o más sujetos activos⁶⁴.
- h) Es un delito permanente. Aquellos que tienen la particularidad de crear un estado de hecho delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, no obstante haberse perfeccionado en un momento, de tal manera que ellos se continúan consumando indefinidamente mientras subsiste el mencionado estado⁶⁵. Aplicado al delito en cuestión, podemos señalar que el grupo de combate se forma para cometer delitos indeterminados por un tiempo igualmente indeterminado.
- i) Por último estamos en presencia de una figura mixta alternativa, es decir, pluri-hipotética, porque la misma disposición legal tipifica diversas conductas punibles, las que apuntan a una misma idea: formar grupos armados.

3.2- VERBO RECTOR.

⁶⁴ LABATUT, GUSTAVO.1979. Derecho Penal, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 176p.

⁶⁵ COUSIÑO M., LUIS, 1975. Derecho Penal Chileno, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.177p.

La acción consumativa de todo delito está representada por el verbo rector, que en el articulado en cuestión tiene ocho variables:

- 1- Organizar: según el Diccionario de la Real Academia de La Lengua significa establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla. Y para el delito analizado implica participar activamente en la organización y puesta en marcha del grupo de combate, dando las directrices para ello, estableciendo la forma de actuar, las fuentes de recursos, los planes a seguir y su estructura.
- 2- Pertenecer: Según el Diccionario de la RAE, significa ser parte integrante de algo, por ende, implica ser miembro del grupo de combate, con las obligaciones que esto implica, significa participar en sus actividades.
- 3- Financiar: Según el Diccionario de la RAE significa crear o fomentar una empresa aportando el dinero necesario, es decir, en la especie implica contribuir económicamente a las finanzas de estos grupos o partidas, proporcionar el dinero suficiente para su creación y funcionamiento (o una parte de ello).
- 4- Dotar: Según el Diccionario de la RAE significa, en términos amplios, dar a una cosa alguna propiedad o cualidad ventajosa, o sea, equipar y proporcionar de lo necesario para las actividades de estos grupos.

- 5- Ayudar: Según el Diccionario de la RAE significa prestar cooperación, poner los medios para el logro de alguna cosa. En la especie implica auxiliar, beneficiar o cooperar con el grupo de combate, cualquiera sea la forma en que esta ayuda se materialice.
- 6- Instruir: Según el Diccionario de la RAE significa enseñar, comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos, doctrinas, etc. En el delito en cuestión es una forma especial de ayudar, implica una ayuda para enseñar e informar acerca de la forma en que el grupo debe actuar, como utilizar las armas, etc., de acuerdo a los objetivos perseguidos.
- 7- Incitar: Según el Diccionario de la RAE significa mover o estimular a una persona para ejecute una cosa (en la especie la formación del grupo de combate).
- 8- Inducir: Según el Diccionario de la RAE significa mover a uno, persuadir o instigar.

Así, cada una de estas diversas modalidades o formas de cometer el delito en estudio, deben tener por finalidad la creación y funcionamiento de un grupo armado. El legislador empleó estas expresiones precisamente porque ellas importan actividades que constituyen vías, generalmente idóneas, a través de las cuales será posible formar o crear un determinado grupo de personas.

3.3- ANÁLISIS TÍPICO DE LA HIPÓTESIS DELICTIVA DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.

El precepto señalado dispone lo siguiente:

“Los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, ayudaren, instruyeren, incitaren o indujeren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3º, serán sancionados con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados”.

1) *La Conducta:* Como ya señalábamos, la norma transcrita emplea como verbos rectores los siguientes: organizar, pertenecer, financiar, dotar, ayudar, instruir, incitar e inducir. Encontrando aquí la más amplia gama de conductas encaminadas a la organización de la asociación armada que nos ocupa, al margen de que dentro de la variedad de autores a que se refiere el artículo 15 del Código Penal la disposición que estudiamos contempla todo el espectro.

Es así como esta norma sanciona el “pertenecer” a una milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada (artículo 15 N° 1: autor en sentido estricto, el que toma parte inmediata en la ejecución del hecho); el “incitar” o “inducir” a la creación y funcionamiento de tales grupos, milicias o partidas (artículo 15 N° 2 segunda parte: inducción directa, autoría mediata); el

“organizar”, “financiar”, “dotar”, “ayudar” e “instruir” los grupos armados señalados (artículo 15: autores cooperadores). Es más, en una de sus últimas modificaciones (Ley N° 19.047), se agrega un nuevo inciso, actualmente el 2º, que viene a reafirmar la penalidad para aquellos que ayudaren a la creación y funcionamiento de estos grupos. Creemos que este inciso estuvo de más, pues el tipo penal y la autoría del mismo ya venían dados por el verbo rector “ayudar” del inciso primero.

2) *Complementos de la Conducta*: En primer lugar, las conductas regidas por los verbos rectores antes mencionados deben referirse no a cualquier asociación ilícita, sino que a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, es decir, se trata de asociaciones armadas al margen de la ley, lo que no necesariamente implica que sean asociaciones ilícitas terroristas, por cuanto a estas últimas es su finalidad la que le da el carácter de terrorista, o sea, es el hecho de que la finalidad para asociarse sea el cometer alguno de los delitos contemplados en el articulado antiterrorista, y que cumplan con los requisitos para catalogarlas como tal.

Por otra parte, y como segundo complemento de la conducta, tenemos el objeto material del delito, el cual recae sobre las armas y elementos que especifica el artículo 3º de la ley, esto es, armas y elementos totalmente

prohibidos (como serían por ejemplo: armas largas recortadas, armas cortas automáticas, ametralladoras, metralletas, etc.), quedando fuera de la prohibición única y exclusivamente los personales de las instituciones que señala el inciso final del mencionado artículo 3º (por ejemplo: personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública). La alta y extrema peligrosidad de estas armas y elementos hace que sólo pueda concluirse por parte de la doctrina que los grupos armados con ellas solamente pueden perseguir alterar la normalidad institucional.

3) *Sujetos del Delito*: Como sujeto activo encontramos que puede ser cualquier persona que ingrese a estas organizaciones de manera conciente y voluntaria, no tiene mayores particularidades, excepto en cuanto existe una agravante de este delito, en el inciso 4º, que prescribe que si este delito es cometido por algún miembro de las Fuerzas Armadas y de Orden, en servicio activo o en retiro, la pena asignada a él se verá aumentada en un grado.

Como sujeto pasivo, esta figura tampoco tiene particularidades y se condice con toda la normativa de las asociaciones ilícitas y legislación antiterrorista, teniendo por tal a toda la sociedad, es de sujeto pasivo abstracto hasta cierto punto, pues no se determina específicamente una persona, sino que la comunidad toda.

4) *Naturaleza Jurídica de la figura (tipo objetivo)*: Se trata de un delito de acción, es decir, aquel en que la conducta punible es comitiva e infractora de una norma prohibitiva, y de peligro abstracto, en el cual el peligro del bien jurídico es presumido de derecho, sin admitir prueba en contrario, por el solo hecho de ejecutarse la acción prohibida. En la práctica también podría considerarse la figura de este inciso como un delito de mera actividad.

5) *Penalidad*: Se sanciona la comisión del delito con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. La cual variará dependiendo de ciertos factores, como serían: si el delito se comete en tiempos de guerra externa (presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo), si el delito lo comete un funcionario de las Fuerzas Armadas y de Orden, en servicio activo o en retiro (se aumenta en un grado como ya se señaló, hipótesis de sujeto activo calificado) y, por último, si una persona sólo ayuda a la creación o funcionamiento del grupo armado (se rebaja en un grado la pena), situación que se señala en el inciso 2º de este artículo, siendo un autor cooperador, descrito en el artículo 15 del Código Penal, y que requiere actuar con dolo directo.

3.4- ANÁLISIS TÍPICO DE LA HIPÓTESIS DELICTIVA DEL INCISO 3º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.

Dispone este precepto lo que sigue:

“Los que cometieren alguno de los actos a que se refiere el inciso primero con alguno de los elementos indicados en el artículo 2º y no mencionados en el artículo 3º, serán sancionados con la pena de presidio o relegación menores en su grado máximo a presidio o relegación mayores en su grado mínimo, cuando amenacen la seguridad de las personas”.

Al respecto se señalará, en el análisis de este inciso en particular, sólo las diferencias que existen al describir el tipo de este inciso, en relación con el análisis ya señalado del inciso 1º.

1) En relación con esta figura cabe considerar que sus elementos descriptivos, en cuanto a su conducta se refiere, son los mismos que en el caso del inciso 1º antes analizado, con la diferencia de que es necesario que exista una “amenaza para la seguridad de las personas”. Y en relación con este punto y como también señalábamos con anterioridad, creemos que la figura se transforma en un delito de peligro concreto, puesto que a la descripción se ha incorporado la efectiva puesta en peligro del bien jurídico que se ha deseado proteger.

Sin embargo, para un mejor análisis del tipo, corresponde que estudiemos cuál es el alcance de esta frase. Al respecto, creemos que se trata de un elemento determinante del tipo, puesto que si no se da el hecho de que el grupo provisto con aquellas armas menos potentes que señala el artículo 2º, ha

amenazado efectivamente la seguridad de las personas, la respectiva conducta no encuadrará dentro de esta figura, por lo tanto, la acción del agente que organizó, ayudó o indujo a organizar dicho grupo deberá considerarse como principio de ejecución o sencillamente como acto preparatorio, o bien tal conducta se desplazará hacia otro tipo penal y, en último término, ella podría quedar impune por falta de encuadramiento en la Ley de Control de Armas, sin perjuicio de merecer castigo a título de otro delito. De ello se desprende que pensemos que esta figura es de peligro concreto.

2) En cuanto al objeto material, se trata de elementos sujetos a control, más no a prohibición, señalados en el artículo 2º de la ley y que no hayan sido mencionados en el artículo 3º (por ejemplo: armas de fuego, municiones y cartuchos, fuegos artificiales, etc.).

3) Respecto de la penalidad, la figura se incrimina con la pena de presidio o relegación menores en su grado máximo a presidio o relegación mayores en su grado mínimo. Pena que se verá alterada por los siguientes acontecimientos: si el que cometiére dicho ilícito es un miembro activo o en retiro de las Fuerzas Armadas y de Orden (la pena será aumentada en un grado) y si el delito se comete en tiempos de guerra externa (la pena será presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo).

3.5- PRESUNCIÓN DEL INCISO 5º DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.

Versa este inciso:

“En los casos en que se descubra un almacenamiento de armas, se presumirá que forman parte de las organizaciones a que se refieren los dos primeros incisos de este artículo, los moradores de los sitios en que estén situados los almacenamientos y los que hayan tomado en arrendamiento o facilitado dichos sitios. En estos casos se presumirá que hay concierto entre todos los culpables”.

Creemos que este inciso establece una presunción de autoría en el evento que se descubra un almacenamiento de armas. En efecto, en esta situación, la ley presume que pertenecen a alguna de las organizaciones cuya creación y funcionamiento castiga y, por tanto, son culpables del delito de formación de grupos armados, las siguientes personas:

- a) Los moradores de los sitios en que están situados los almacenamientos;
- b) Los que hayan tomado en arrendamiento el lugar o sitio que sirvió de almacenamiento;
- c) Los que hayan facilitado dichos sitios.

Para que esta presunción opere, más allá que encuadremos a los presuntos culpables con los que señala este inciso, se requiere además el descubrimiento de un almacenamiento de armas, por lo tanto, se puede entender que el precepto se refiere a cualquier sitio (almacén, bodega, casa, etc.) en el cual se halle un número más o menos considerable de armas, pues si se trata de un número pequeño de éstas estaría mal utilizada la expresión almacenamiento, que, creemos, conlleva la idea de un conjunto numeroso de cosas u objetos.

3.6- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO ESPECÍFICAMENTE POR EL ARTÍCULO 8º DE LA LEY.

Como ya señaláramos con anterioridad, creemos que el bien jurídico específico que se ha deseado proteger es la Normalidad Institucional, debiendo entenderse este término (según lo ha señalado la doctrina en la actualidad) como la circunstancia de que los problemas de nuestra sociedad, sean estos políticos, económicos o sociales, deben ser solucionados a través de los procedimientos establecidos en la Constitución y en la normativa vigente, señalándose además que la formación de este tipo de organizaciones sólo intentan buscar la solución a tales problemas por medio de vías distintas a las legales o constitucionales y, evidentemente, por medio del empleo de la fuerza. Creemos que el problema es mucho más profundo que lo expresado, que el

bien jurídico protegido es muy abstracto y sirve para penalizar y criminalizar a todas aquellas personas que se organizan para intentar cambiar el sentido común o el estadio actual de las cosas, sin, a priori, intentar menoscabar la normalidad institucional vigente, sino que tan solo cuestionarla e intentar cambiarla.

4- CONCEPTO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Al entrar al análisis de esta parte del capítulo, es necesario comenzar señalando que este no es un tema pacífico dentro de la dogmática jurídica penal, pues si bien muchos autores, nacionales o extranjeros, tocan este tema de forma amplia, son muy pocos los que dan una definición acabada al respecto, así, la mayoría de estos autores profundiza en lo que concierne a los elementos y características del delito en cuestión y hacen un análisis del tipo penal en que éste se encuadra, pero en lo netamente definitorio, se bastan con la definición que cada normativa da en su articulado, las cuales, más que conceptuarlo, lo que hacen es señalar sus principales características y elementos. Por ende, creemos ver en este punto un cierto vacío, que en la práctica impide comenzar un correcto estudio de dicho delito.

Además, es de importancia para el desarrollo de la tesis central de este estudio, por cuanto (y como ya señalábamos con anterioridad), existiría una relación de género a especie entre la asociación ilícita tipificada en el Código Penal y la formación de grupos de combate armado, al entender a estos como asociaciones armadas, que comparten las características y elementos de toda asociación ilícita.

De ahí que este estudio, aparte de conceptuar en sí el delito de asociación ilícita, también tiene por objeto profundizar en el tema, analizando las diversas definiciones que de él se han dado, tanto desde el punto de vista penal, como del derecho privado y constitucional, e inclusive desglosando el significado del mismo.

Primero que todo, es importante recordar que el asociarse en Chile es un derecho constitucionalmente asegurado a todas las personas y se encuentra consagrado en el grupo de garantías que nos corresponden a todos por el solo hecho de ser persona humana, es decir, se encuentra dentro del grupo de derechos que son inherentes a todo ser humano y que, por tanto, es deber del Estado otorgar, proteger y garantizar.

El reconocimiento constitucional en términos formales y explícitos de esta garantía data del año 1874, época en que se estableció el derecho de asociarse sin permiso previo. Desde entonces, nuestras leyes contemporáneas recogieron de uno u otro modo este derecho⁶⁶.

La actual Constitución deja entrever en el inciso 3º del artículo 1º un esbozo del derecho de asociación cuando expresa que: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través del los cuales se organiza la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

No obstante esto, es en el artículo 19 Nº 15, que nuestra ley suprema establece explícitamente el Derecho de Asociación, en los siguientes términos: *“La Constitución asegura a todas las personas: “El Derecho de Asociarse sin permiso previo”.*

La actual Constitución desarrolla extensamente el derecho de asociación, a diferencia de la Constitución de 1925 y sus posteriores modificaciones, que trataban el tema sucintamente. Sin embargo, igualmente es en este mismo numeral donde encontramos las limitaciones a este derecho, pues el inciso 4º

⁶⁶ GUERRA ARELLANO, ABRAHAM. 1985. Asociación Ilícita en el Código Penal Chileno y en la Legislación Comparada. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago. 85p.

del numeral 15 del artículo 19 expresa: *“prohíbese las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”*.

Así podemos ver que, serían limitantes al derecho a asociarse: la moral, las buenas costumbres y la seguridad del Estado, esto es conocido en doctrina constitucional como principios de las democracias protegidas o militantes, concepto que viene muy bien a la realidad chilena, tanto a la época de dictación de nuestra Carta Fundamental, como en la actualidad.

Relacionando lo antes expuesto con el motivo de estudio de nuestro capítulo, podemos señalar que acá encontramos el carácter constitucional del delito de asociación ilícita, por cuanto podemos concluir, que serían lícitas aquellas organizaciones que respetan la moral, las buenas costumbres y la Seguridad del Estado, y, por el contrario, estaríamos en presencia de una asociación ilícita cuando la organización fuese contraria a estos principios.

De esto podríamos inferir el primer concepto de asociación ilícita, en los siguientes términos: *“son aquellas organizaciones que en su actuar infringen la moral, las buenas costumbres y la seguridad del Estado”*.

Lo recién manifestado es aceptado por la mayoría de la doctrina chilena, que ve en estas limitantes del derecho de asociación, la conceptualización

constitucional de la asociación ilícita, empero, es necesario señalar la opinión del profesor Grisolía al respecto, quien señala: *“que las asociaciones ilícitas del código penal constituyen una especie de asociaciones prohibidas ya que ellas no cubren todo el espectro de la prohibición”*⁶⁷. O sea, para este destacado profesor existe una relación de género a especie entre la asociación ilícita del Código Penal y lo que se puede inferir de asociación ilícita consagrada en la Constitución.

Además, el delito de asociación ilícita se encuentra en otras disposiciones de nuestra Constitución, en lo que se ha denominado “gérmes de asociaciones ilícitas”, ya que de materializarse los hechos que en estas disposiciones se describen, se configurará lo señalado en el artículo 292 del Código Penal (figura típica del delito de asociación ilícita), pues está implícita la idea de entidades o grupos de personas atentando contra el orden social, estos artículos serían: artículo 5º inciso 1º, artículo 7º incisos 2º y 3º, artículo 9º, artículo 92 inciso 1º.

Ahora bien, pasando a la conceptualización legal de la asociación ilícita, podemos señalar que esta la encontramos en el artículo 292 del Código Penal, en los siguientes términos:

⁶⁷ GRISOLÍA, FRANCISCO. 2004. El Delito de Asociación Ilícita. Santiago. Revista Chilena del Derecho, Volumen 31, N° 1. 79p.

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.

La historia fidedigna del establecimiento de este precepto legal⁶⁸, que jamás ha sido modificado desde el inicial cuerpo legal, nos señala que la Comisión Revisora se aparta en este punto de su alma mater, es decir, del Código Penal español de 1848, y toma como base los artículos 322 a 326 del Código Penal belga de 1963, con raigambre en el Código francés de 1810, reformado en 1832 y 1834. El artículo 322 de dicho Código reza: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra las personas o las propiedades, es un crimen o un delito, que existe por el solo hecho de la organización de la partida”. Las similitudes están a la vista, sin embargo, la Comisión Revisora introdujo algunas modificaciones y alcances de interés.

Es importante destacar que con anterioridad, el artículo 292 del Código Penal poseía un inciso 2º, que había sido agregado por el Decreto Ley N° 2.521 de 1979, y que tenía por objeto prevenir con más eficacia los actos de carácter terrorista y la organización de agrupaciones que persigan esas finalidades, así como castigar con mayor severidad la ejecución de dichos actos, este inciso señalaba: “Se presumirá que la asociación ha tenido alguno de los objetos que

⁶⁸ Ídem. 76 a 79p.

se indican en el inciso anterior, cuando uno o más de sus miembros ha ejecutado algún acto que constituya un atentado contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades”.

Este inciso, verdadero “engendro legal” (en palabras de Grisolía), fue acertadamente derogado por el artículo 4º de la Ley N° 19.047 de 1991, de manera tal que la norma definitoria de las asociaciones ilícitas volvió a su estado inicial como inciso único del artículo 292, que ya anotamos, y que define legalmente a la asociación ilícita como aquella organización que tiene por objeto atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades y que importa delito por el solo hecho de organizarse.

En base a esta definición legal, podemos señalar como elementos del delito los siguientes:

- Toda asociación, es decir, miembros (a lo menos 2 sujetos) del grupo delictual concertados para cometer crímenes o simples delitos indeterminados, con jerarquía y reglas internas.
- Dicha asociación debe tener por objeto “atentar”, es decir, no es necesario que el crimen o simple delito llegue a consumarse.
- Los objetos sobre los que recae el delito de asociación ilícita son: el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades.
- Basta con el solo hecho de organizarse (carácter formal del delito).

Otros autores⁶⁹ señalan como elementos de este delito: pluralidad de personas o sujetos activos, finalidad dirigida a crímenes o simples delitos, pluralidad de estos crímenes o simples delitos, crímenes o simples delitos indeterminados y propósito de permanencia de la asociación.

Por otra parte, podemos señalar como características del delito de asociación ilícita tipificado y conceptuado en el Código Penal las siguientes (sólo se enumeraran, pues el análisis más en profundidad de las mismas se puede encontrar en el próximo capítulo):

- Es un Delito Formal
- Es un Delito Colectivo
- Es un Delito de Peligro
- Es un Delito Permanente
- Es un Delito Simple
- Es un Delito de Acción Penal Pública
- Por sobretodo es un Acto Preparatorio excepcionalmente penado

Para finalizar el análisis del concepto legal de la asociación ilícita, creemos necesario hacer un estudio comparado con otras legislaciones, en el sentido de saber cómo estas tratan y conceptúan dicha figura típica.

⁶⁹ GUERRA ARELLANO, ABRAHAM. Ob.cit.1985, 115p.

Primero que todo, es necesario señalar que la denominación de asociación ilícita que emplea nuestro Código Penal no es siempre coincidente con la terminología que le da la legislación penal extranjera a la delincuencia asociada, veamos algunos ejemplos:

a) Alemania:

El Código Penal Alemán estructura 3 figuras delictivas, a saber: Las Bandas Armadas (como delito autónomo y no como agravante del delito de asociación ilícita), Las Asociaciones Secretas y aquellas autorizadas por la autoridad, pero cuyos estatutos u objetos sociales sean clandestinos y las que podríamos denominar Asociaciones para Cometer Infracciones.

b) Argentina:

El ordenamiento penal trasandino hace un tratamiento dicotómico del delito de asociación ilícita, pues, por una parte lo trata como un delito común y por otra le da un carácter de delito político, no escapando a la tendencia general de considerar la asociación ilícita como un delito formal y de establecer una diferenciación jerárquica de los partícipes para la aplicación de las penas. Exige, además, la concurrencia de 3 personas a lo menos.

c) Austria:

Las leyes penales austriacas castigan: La Adhesión a las Sociedades Secretas (donde lo secreto de la figura le da su carácter de ilícita), La Adhesión a Sociedades Prohibidas (sin autorización para funcionar o que ha sido disuelta por la autoridad) y La Ocultación de Miembros de una Sociedad Autorizada.

d) Cuba:

El Código de Defensa Social de la República de Cuba sanciona variadas presunciones de asociaciones ilícitas: en primer término, castiga a aquellos organismos establecidos con infracción u omisión de los requisitos que reglamentan el ejercicio del derecho de asociación. En segundo lugar, se pena a los individuos que sustentan ideas que conlleven el empleo de la violencia y que tengan por objeto atentar contra la paz social y la moral pública. Por último, cataloga como ilícitas las asociaciones cuya finalidad sea la perpetración de hechos delictuales, sea que estos estén contemplados en el Código de Defensa Social o en leyes especiales.

e) España:

La legislación penal española contempla: La Asociación Ilícita Propiamente Dicha, siendo tales: las que tuvieran por objeto cometer algún delito, o que después de constituidas promuevan su comisión; las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución; las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar y las que promuevan

la discriminación racial o inciten a ella. Así también, dicha legislación contempla como delito autónomo a la banda armada.

f) Italia:

El Código Penal Italiano distingue diversas clases de asociaciones punibles, a saber: Las Asociaciones Antinacionales (figura subsidiaria de la asociación subversiva), Las Asociaciones Subversivas (de 2 clases: anarquistas y totalitarias), Las asociaciones Ilícitas Internacionales (dadas por el interés del Estado de controlar en su territorio la constitución y existencia de toda asociación con carácter internacional) y Las Asociaciones para Delinquir o Asociaciones Propiamente Criminales (cuya tipicidad viene dada por su finalidad).

Terminado este punto, es necesario pasar a examinar los conceptos de asociación ilícita que dan distintos autores, nacionales o extranjeros, así como también estudiar que se entiende por asociación e ilicitud, tanto a nivel del derecho privado, como del diccionario de la Real Academia, para así llegar a una definición propia del concepto en cuestión.

Para el profesor Francisco Grisolia, la asociación ilícita sería: *“el conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos”*.

Para este autor el ilícito se consuma por el solo hecho de organizarse, independientemente de la comisión de los delitos. Señalando que la asociación ilícita es un delito pluriofensivo, que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación. El tipo objetivo supone la existencia de una organización trabada por un vínculo de carácter de cierta permanencia y estabilidad, pero además requiere la convergencia anímica en la finalidad criminosa de los sujetos que la componen⁷⁰.

El autor español Muñoz Conde, antes de conceptualizar la asociación ilícita en sí, observa que la legislación española en ningún lugar define primeramente lo que es una asociación (error que también comete la legislación chilena), por ende, este académico enfoca su estudio en determinar, en primer lugar, qué ha de entenderse por asociación, y señala al efecto que: “*es toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines*”, y en base a esta definición concluye que la licitud o ilicitud de esta asociación estará dada por sus fines⁷¹.

Para Ranieri, asociación para delinquir, como él la define, sería: “*la unión voluntaria y permanente de 3 o más personas, con el conocimiento en cada una de la conducta ajena con el propósito común de cometer varios delitos*”. Así, para este autor italiano serían elementos diferenciadores del delito: la pluralidad

⁷⁰ GRISOLÍA, FRANCISCO. Ob.cit. 2004. 82p.

⁷¹ RANIERI. En: GRISOLÍA, FRANCISCO, ob.cit. 76p.

de sujetos activos y de conductas, el resultado que consuma el delito y el acuerdo de voluntades con el propósito de cometer varios delitos⁷².

El destacado académico nacional, profesor Alfredo Etcheverry, trata, en su estudio de las asociaciones ilícitas y terrorismo, a estas figuras como delitos de peligro común. No conceptúa especialmente a la asociación ilícita, sino que se encarga de señalar que éstas restringen la libertad de asociación, que en principio es asegurada por la Constitución Política de la República, además, afirma que los más importantes casos de penalización de la figura delictiva de asociación ilícita se encuentran en la Ley de Seguridad Interior del Estado (12.927) y en la Ley de Conductas Terroristas (18.314). Finaliza su estudio analizando la definición legal del artículo 292 del Código Penal y la penalidad que esta figura posee al tenor del artículo 293 del mismo cuerpo legal⁷³.

Por su parte, el prestigioso y destacado jurista y profesor de nuestra escuela, Juan Bustos, en su trabajo acerca de los delitos en particular del Código Penal español, nos señala que ha de entenderse por asociación ilícita y cuales son sus principales características. Nos enseña este profesor que la asociación implica fundamentalmente la existencia de una organización, por tanto estaríamos en presencia de un concepto funcional, es decir, un concepto

⁷² Ídem. 77P.

⁷³ ETCHEVERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Prólogo de Sebastián Soler. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 317p.

que dependerá, en su estructura, de los objetivos que se de la organización y del cual surgen siempre una determinada estabilidad y permanencia de ella más allá de los actos concretos que realice, además, requiere de una pluralidad de personas, siendo un tema a discutir el número mínimo para que se produzca el tipo penal descrito. Así, para que esta organización adopte caracteres de ilicitud, dependerá de su objetivo social real, es este el que le da dicho carácter, por ende, si su objetivo es delictual, nos encontraremos en presencia de una asociación ilícita, por ejemplo⁷⁴.

Edgardo Alberto Donna, autor argentino, realiza una crítica a la tipicidad de la figura de asociación ilícita, en la forma en que es consagrada y definida en su país, pues según este autor, da margen para que se produzca un abuso por parte de la justicia, en el sentido de penalizar y criminalizar parcialmente e influenciados políticamente. Señala este autor: el tipo penal de asociación ilícita es en sí mismo un delito problemático, más aún cuando se lo ha confundido con la participación criminal y ha terminado siendo una especie de “saco roto”, en donde han ido a parar casos que no superan la mera complicidad de uno o varios hechos, además se lo ha desvinculado de la llamada Banda, con los problemas de interpretación jurisprudencial que esto produce, dando pie para que este delito sea manejado por intereses turbios. Termina por analizar el artículo 210 del Código Penal argentino, que señala una asociación es ilícita

⁷⁴ BUSTOS, JUAN. 1991. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Barcelona. Editorial Ariel. 119 a 122p.

(también denominada banda) cuando está compuesta por 3 o más personas, destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación⁷⁵.

Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maillo, siguen la tradición doctrinal española al respecto y señalan que una asociación es ilícita cuando tenga por objeto cometer algún delito⁷⁶.

El catedrático español, señor José Antonio Choclán Montalvo, realiza un concepto de la asociación ilícita netamente descriptivo de las características principales de toda asociación, señalando: *“son organizaciones delictivas que disponen de estructura que opera o haya operado durante un periodo de tiempo determinado o que se haya establecido con una finalidad delictiva específica de carácter grave”*. Es necesario señalar que esta definición la realiza en el marco de un trabajo acerca de las organizaciones criminales y el crimen organizado, en el cual se tratan los diversos tipos de estos crímenes⁷⁷.

Federico Puig Peña parte señalando que el derecho de asociación es una garantía reconocida legal (en la ley de asociaciones de 1964) y

⁷⁵ DONNA, EDGARDO ALBERTO. 2003. Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 291 a 293p.

⁷⁶ SERRANA G., ALFONSO y SERRANO M., ALFONSO. 2005. Derecho Penal Parte Especial. Madrid. Editorial Dykinson. 357p.

⁷⁷ CHOCLAN, JOSÉ ANTONIO. 2000. La Organización Criminal: Tratamiento Procesal y Penal. Madrid. Editorial Dykinson. 87p.

constitucionalmente en España, pero dicho derecho debe ejercerse con fines claros y determinados. Para este profesor, serían ilícitos: aquellos fines contrarios a los principios del movimiento y demás leyes, fundamentalmente los sancionados por las leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España. Es decir, una asociación sería ilícita cuando sus fines sean contrarios a las leyes españolas, la moral, etc. Termina este autor haciendo un análisis exhaustivo de todos los casos de asociación ilícita contemplados en la legislación española⁷⁸.

El último autor que citaremos es el profesor chileno don Gustavo Labatut quien, luego de analizar someramente la garantía constitucional del artículo 19 N° 15 y el reconocimiento legal del artículo 292, señala que: *“sería ilícita toda asociación cuyos fines sean la perpetración de hechos calificados de delitos por las leyes, cualquiera sea el número de sus componentes y la duración fijada a la asociación, sin importar tampoco que los delitos hayan sido cometidos o no efectivamente, sólo basta que se hayan querido cometer”*⁷⁹.

Analizando los distintos conceptos que nos entregan los autores mencionados, podemos notar que dentro de estos existen dos tipos de conceptualizaciones, aquellas que describen el tipo delictual en si, en el sentido

⁷⁸ PUIG PEÑA, FEDERICO. 1969. Derecho Penal. Madrid. Revista de Derecho Privado. 227p.

⁷⁹ LABATUT, GUSTAVO. 1990. Derecho Penal, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 109p.

de señalarnos las características del delito en cuestión y como este se encuentra consagrado legal o constitucionalmente; y las que verdaderamente implican un concepto del mismo, señalándonos que dependerá de su objetivo o finalidad el hecho de que la asociación se considere lícita o ilícita, de ahí que compartamos las visiones de los autores Bustos y Labatut, que se inclinan por esta segunda conceptualización.

Empero, antes de conceptuar nosotros la asociación ilícita, creemos necesario agregar dos antecedentes a la materia que nos convoca, y es, precisamente, que se entiende por ilícito a nivel del Derecho Privado nacional y también cuál es el significado real y obvio que tienen las palabras asociación e ilícita, para el acervo común de la sociedad anotando lo que dice el diccionario de la RAE.

Para el Derecho Privado nacional, un acto lícito es aquel que no se opone ni contraviene a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, a contrario sensu, sería ilícito aquel acto que contraviene o se opone a la ley, al orden público y a las buenas costumbres⁸⁰. Como podemos notar, no se aleja mucho de lo que se entiende por ilícito en el derecho penal en particular y en el derecho público en general.

⁸⁰ VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. 2000. Teoría del Acto Jurídico. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 208 a 210p.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define de la siguiente forma los conceptos que nos interesan⁸¹:

- *Asociación:*

- 1- f. Acción y efecto de asociar o asociarse.
- 2- f. Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada.
- 3- f. Figura que consiste en decir de muchos lo que sólo es aplicable a varios o a uno solo, ordinariamente con el fin de atenuar el propio elogio o la censura de los demás.

- *Asociar.* (del latín *associare*)

- 1- tr. Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo.
- 2- tr. Unir una cosa con otra para concurrir a un mismo fin.
- 3- tr. Relacionar, juntarse, reunirse para algún fin.

- *Ilícito, ta:* (del latín *illicitus*)

- 1- adj. No permitido legal o moralmente.
- 2- m. Delito (in culpa, quebrantamiento de la ley).
- 3- m. der. Acto contrario a derecho.

⁸¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. [En línea]. <http://buscon.rae.es> >.[Consulta: 10 de Enero de 2007]

4- f. Lo que se opone a las leyes o a la moral.

Teniendo todos los elementos, creemos que podemos concluir que una asociación ilícita sería:

“Toda organización, compuesta por 2 o más personas, que en su interior adopta cierto funcionamiento y estructuración propias y que tiene por objeto o finalidad oponerse a las leyes o a la moral durante un tiempo mas o menos prolongado”.

5- CONCEPTO DE GRUPO DE COMBATE ARMADO.

En este punto en particular creemos ver un cierto vacío, tanto doctrinal como jurisprudencial, pues es muy difícil encontrar definiciones claras que nos ayuden a entender qué es un grupo de combate, sólo se señalan, y aisladamente también, cuales son los elementos y características distintivas de estas organizaciones, pues debemos partir de la base que estamos hablando de una especie de asociación ilícita, de un agravante de estas que viene dada, precisamente por su carácter armado.

En Chile estas organizaciones encuentran su consagración legal en el artículo 8º de la Ley N° 17.798, como ya anotábamos con anterioridad, y en forma de especie de un todo más amplio como serían las asociaciones ilícitas, y tipificados como grupos de combate armado, milicias privadas o partidas militarmente organizadas, agravantes todas del delito de asociación ilícita, por su carácter armado. Es decir, no estamos en presencia de un delito autónomo.

En la legislación comparada, podemos notar diversos países que usan esta connotación para describir el tipo de una determinada organización, sin embargo, tampoco hay unanimidad para tratar este delito, pues existen legislaciones que lo tratan como delito autónomo, y otras como agravante del género asociación ilícita.

Alemania, Austria, España, Italia, Argentina, Brasil, entre otras naciones ocupan de alguna de estas 2 maneras el delito creación y/o funcionamiento de una banda armada.

Empero, lo que nos convoca en esta parte del capítulo es conceptualizar esta figura, tarea que no será fácil, pues como ya señalásemos, es un tema poco tratado por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, pero nuestros esfuerzos irán enfocados en ese sentido, en poder dar un concepto propio Grupo de Combate Armado.

Primero que todo, y al igual que para la conceptualización de la asociación ilícita, nos apoyaremos en el sentido natural y obvio de las palabras que componen este concepto, de ahí que nuestro primer acercamiento será gracias al Diccionario de la RAE⁸², quien las define en los siguientes términos:

- *Banda*:

- 1- f. Grupo de gente armada.
- 2- f. Parcialidad o número de gente que favorece y sigue el partido de alguien.
- 3- f. Bandada, manada.
- 4- f. Pandilla juvenil con tendencia al comportamiento agresivo.

- *Armada*:

- 1- adj. Provista de armas.
- 2- adj. Provista de un instrumento o utensilio.
- 3- adj. Que se desarrolla con la utilización de las armas.

- *Grupo*: Conjunción de personas, unión de personas.

- *Combate*: Lid, pelea, lucha, acción bélica o pelea en que intervienen fuerzas militares de alguna importancia.

⁸² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. [En línea]. <http://buscon.rae.es> >.[Consulta: 12 de Enero de 2007]

- *Grupo de Combate*: conjunto de personas organizado para desempeñarse bélicamente, de ahí que para definirlo es preciso atender al tipo de organización que el arte de la guerra o combate impone. Así tenemos que se trata de grupos organizados jerárquicamente, cuyos miembros, entrenados militarmente, cumplen diferentes funciones, propias de un ejército, como serían: logística, inteligencia y operaciones, de manera habitualmente reducida y compartimentada⁸³.
- *Milicia*: tropa o gente de guerra.
- *Milicia Privada*: tiende a delimitar el sentido del grupo, denotando claramente que esta banda o tropa o fuerza armada no sirve al Estado, sino a los intereses particulares.
- *Partidas Militarmente Organizadas*: el Diccionario de la Real Academia, define el concepto “partida” como: “pequeño grupo de tropas que hace la descubierta”, “grupo de paisanos armados sin un mando militar superior”, y “conjunto poco numeroso de gente armada, con organización militar u otra semejante”, es decir, se trata de un conjunto de personas armadas con un alto grado de improvisación, reunidas para un fin contingente o inmediato, y carente de elementos fundamentales del orden militar que, si están presentes en el grupo de combate armado.

⁸³ CEA CIENFUEGOS, SERGIO. Ob.cit. 2006. 81p

Ahora bien, para la continuación de este tema, nos centraremos en los estudios de 2 destacados profesores de la facultad, quienes, tomando como base la legislación española (una de las pocas que lo trata más en profundidad), estudian la figura en cuestión, estos son: Juan Bustos y Myrna Villegas, sobretodo esta última.

Para Bustos, lo que caracteriza al grupo de combate armado, más que la existencia de una organización, con jerarquía y disciplina interna, es justamente la utilización de armas (en el caso de Chile, provistos con las armas, ya sea, del artículo 2º o 3º de la Ley de Control de Armas), además la banda no necesariamente persigue un fin político o terrorista (de aquí que un grupo de combate armado no es una asociación ilícita terrorista, sino más bien otra especie dentro de este espectro), sin perjuicio que su actividad lleve a poner en peligro concreto la seguridad del Estado⁸⁴.

Para la profesora Myrna Villegas⁸⁵, quizás quien más ha tratado este tema en la doctrina nacional y con una notable acuciosidad, el legislador no ofrece un concepto claro de grupo de combate armado, sólo se limita a tipificarlo como un tipo agravado de asociación ilícita y cuya pena es superior a la establecida para dichas asociaciones. Otro problema que ve esta autora, es

⁸⁴ BUSTOS, JUAN. Ob.cit. 1991. 133p.

⁸⁵ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. 2002. Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la Legislación Comparada. Especial Referencia a la Legislación de Chile y España. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, España, sin publicar. 623 a 630p.

que se tiende a confundir a los grupos de combate armado con las organizaciones o grupos terroristas, cometiendo un error al no diferenciar los fines de cada una de estas.

Los elementos centrales que forman parte del concepto de grupo de combate armado serían:

a) La Organización: Es ante todo un grupo organizado que posee de una cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, con vínculos estables y con jerarquías y disciplina interna. No basta con una concurrencia ocasional y transitoria, sino que debe tratarse de una estructura que se proyecte más allá de la realización de actos delictivos concretos y que sobrevive a la consumación de los mismos.

Así también, la existencia de la organización se verifica cuando existe una pluralidad de individuos en un número suficiente como para formar una estructura, ¿cuál es ese número? Para la doctrina mayoritaria el mínimo de individuos suficientes es 3, para el caso chileno, asemejándolo al delito de asociación ilícita, bastaría la unión de un mínimo de 2 personas, sin embargo, creemos, concordando con la profesora, que esta doctrina mayoritaria cae en un error al señalar este número, pues no bastaría con un número solamente, sino que se requieren de otros elementos, como serían una cierta organización, cierta estructura estable con objetivos definidos. Así, para que exista una banda, basta con la unión de varios (sin encuadrarlo en un número

determinado) para un fin, unión que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad. Empero, el elemento estructural u organizativo de grupo de combate tampoco es el único rasgo distintivo y esencial de esta figura, a él debe agregársele el elemento intencional de naturaleza política (en Chile este elemento implicaría la conciencia de ingresar o pertenecer a una asociación ilícita armada).

b) El Carácter Armado: Es necesario que la organización posea armas que estén a disposición de sus integrantes, sin importar si estas armas están en posesión material de sus miembros. El tipo de armas dependerá de cada legislación en particular, por ejemplo en Chile deben ser aquellas armas señaladas en los artículos 2º y 3º de la Ley de Control de Armas, lo que si es necesario es que estas sean de especial gravedad. Por ende, una banda sería armada, cuando en su actuación delictiva utiliza armamento, que puedan causar alarma en la población y alterar la convivencia ciudadana (como paz pública, entendida no necesariamente como el bien jurídico protegido, pero si como elemento de posibilidad de lesión o puesta en peligro del ordenamiento constitucional democrático).

En cuanto al número de armas que deben poseerse, concordamos con la profesora cuando señala que dependerá de la clase de las mismas, pues no es

lo mismo poseer un revolver a una ametralladora. En Chile no se da ninguna regla al respecto.

Por ende, y a modo de síntesis de lo expresado en este punto, el delito de grupo de combate armado como agravación específica del de asociación ilícita, requeriría, además de las notas de organización y carácter armado, que se trate de grupos que por el uso de armamento que poseen o por la clase de delitos que comenten, causen inseguridad en la población, impidiendo de esta forma el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social, es decir, produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, signo que es distintivo del terrorismo y por ende podríamos aceptar la doctrina que asemeja la figura del grupo de combate armado con la de organización terrorista, pero como ya dijimos, creemos que este es un error, pues estos autores no advierten que se requiere, además, de un especial elemento subjetivo del injusto, siendo necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o sin subvertirlo, la diferencia radicaría en el elemento finalista de la organización.

Pues bien, para finalizar este punto, es necesario señalar que el concepto de grupo de combate armado, como asociación ilícita agravada, requiere de 4 elementos:

- 1- La organización o asociación ilegal, bastando la unión por un tiempo permanente de varios para un fin,
- 2- Que tal banda sea armada, que utilice en su actuación delictual armamento,
- 3- La banda debe tener capacidad para causar inseguridad en la población, inseguridad que proviene de la clase de armamentos utilizados y de delitos perpetrados, y
- 4- La banda debe tener por finalidad subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

Creemos que estas características o elementos señalados por la profesora Myrna Villegas al estudiar en profundidad la figura de banda armada en la legislación española, encuadra perfectamente con el delito de formación de grupos de combate armado y por ende, se puede trasladar al concepto que demos al respecto. Así, podríamos definir al grupo de combate armado (en forma de banda armada) como sigue:

“Aquella organización que comparte las características esenciales de toda asociación ilícita, pero que es una agravante de ésta por poseer armas que

utiliza al momento de ejecutar su conducta delictual y porque tiene una jerarquía, disciplina y compartimentación militar interna y que tiene por finalidad subvertir el orden constitucional o la paz pública y que, por este hecho, causa inseguridad en la población”.

6-ASOCIACIONES ILÍCITAS EN DERECHO COMPARADO.

6.1- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN BRASIL.

El Código Penal Brasileño, en su artículo 288, en su título IX De los crímenes contra la Paz Pública, establece lo siguiente: “Asociación de más de tres personas en cuadrilla o banda, para o con el fin de cometer crímenes”. El mismo artículo consagra una pena de reclusión de 1 a 3 años, aplicando el doble de la pena para la cuadrilla o banda armada.

A diferencia de nuestro Código Penal, el texto brasileño exige la concurrencia de más de tres personas, mientras que en Chile se habla de “toda asociación”, no estableciendo el número de integrantes mínimos para la existencia de la asociación ilícita.

Además el Código brasileño se refiere a asociaciones que tengan por objeto cometer delitos, mientras que el nuestro habla de asociaciones que tengan por objeto atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, siendo por lo tanto mucho más amplia la norma chilena, ya que la asociación puede no cometer delitos tipificados en el Código Penal, pero realizar actividades que a juicio del juez sean contrarias a las buenas costumbres, y serán esas personas condenadas por el tipo del 292, extendiendo de manera irracional la aplicación del tipo penal. Mientras que en Brasil sólo se tipifica a las asociaciones que tengan por fin cometer delitos, restringiendo el marco sancionatorio, lo que se desprende del texto del artículo.

Por otra parte, en cuanto a las penas, en el Código Penal de Brasil esta aparece proporcionada en la escala sancionatoria con la reclusión de 1 a 3 años para todos los miembros por igual, a diferencia de nuestro Código que es de presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo (o sea, de 61 días a 20 años), dando una amplia libertad al juez para determinar la pena aplicable. De esta manera por ejemplo, los jefes y mandos sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados (de 5 años y 1 día a 20 años), y cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para esos jefes. Por lo tanto, nuestro Código además de establecer un amplio rango de

penas, distingue entre los partícipes según importancia dentro de la organización.

Por otra parte, la asociación ilícita brasileña se sanciona con el doble de la pena cuando la banda posee armas, a diferencia de la nuestra, en que si la asociación ilícita ejecuta sus acciones portando armas se le aplica la agravante de responsabilidad nº 20 del artículo 12. Además cabe destacar (tema al que nos referiremos más adelante) que en este caso podríamos estar frente a un concurso ideal de delitos entre el artículo 292 y su agravante del artículo 12 nº 20, en relación al artículo 8º de la Ley de Control de Armas, toda vez que se trata de una asociación ilícita armada y, por lo tanto, existiría un solo hecho que satisface 2 tipos penales.

6.2- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ARGENTINA.

El Código Penal argentino regula en los artículos 210 y 210 bis el delito de asociación ilícita, en título 8 relativo a los delitos contra el orden público señalando lo siguiente:

“Art. 210. Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión

Art. 210 bis. Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”

En primer lugar, cabe destacar que el Código argentino exige para estar frente a una asociación ilícita la concurrencia de 3 o más personas, mientras que el nuestro no determina el número de integrantes que dará lugar al tipo penal.

Por otra parte, en nuestra legislación se exime de pena a los arrepentidos antes de la consumación de los delitos previstos por la asociación, lo que no sucede en el Código argentino, que establece ese beneficio para terrorismo y narcotráfico.

En Argentina aquellos que colaboren con la banda tendrán la pena del delito de que se trate, como por ejemplo encubrimiento, mientras que en nuestro Código ellos tiene una pena establecida para esa conducta aunque no pertenezcan a ella.

Finalmente cabe destacar que nuestro Código hace una diferenciación entre crímenes y simples delitos, dando penas mayores para el primer caso, mientras que la legislación Argentina no hace esa distinción, pero si los jefes tienen una pena mínima más elevada(5 años) que los demás integrantes de la asociación.

6.3- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ITALIA.

El Código Penal Italiano, en su artículo 416, en su título V relativo a los delitos contra el orden público, en el párrafo de la Asociación para delinquir, establece lo siguiente: “ Cuando tres o más personas se han asociado con el

objeto de cometer delitos, ya sea promoviendo, constituyendo u organizando la asociación, serán punibles por ese hecho con la reclusión de 3 a 7 años.

Por el sólo hecho de participar en la asociación, la pena será de 1 a 5 años.

El jefe será sancionado con la pena máxima establecida para los promotores.

Si los asociados actuaran armados en la campaña o en la vía pública, se les aplicará la pena de reclusión de 5 a 15 años.

La pena se aumentará si el número de asociados es de 10 o más(se aplicará además una medida de seguridad- artículo 417, y se aumentará la reclusión en 2 años- artículo 418)”

A diferencia de nuestra legislación, la italiana exige la concurrencia de tres o más personas para configurar la asociación ilícita (igual al Código Penal Argentino), mientras que en Chile se habla de “toda asociación”, no estableciendo el número de integrantes mínimos para la existencia de la asociación ilícita.

Por otra parte, en Italia se fija una pena de reclusión de 1 a 5 años para los que participen en los banda, mientras que en el nuestro la pena va de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años), señalando el Código Penal esta sanción para “Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte de la asociación”.

Además el Código Italiano establece una sanción para los que promovieren, constituyeren u organizaren la asociación ilícita con la pena de reclusión de 3 a 7 años, lo cual no ocurre en nuestra legislación, que no hace referencia a los que organizaren la banda(lo que es distinto a sancionar a los mandos o jefes).

En cuanto a las penas para los jefes y mandos, en Italia la norma establece que la pena será irremediamente de 7 años, a diferencia de nuestra legislación, que los sanciona con presidio mayor en cualquiera de sus grados (de 5 años y 1 día a 20 años) o con presidio menor en cualquiera de sus grados (de 61 días a 5 años), dependiendo si se trata de crímenes o delitos respectivamente. Por lo tanto, en Chile la pena puede llegar a ser mucho más alta que en Italia.

Finalmente, cabe destacar que el Código Penal italiano agrava la pena para los integrantes de la asociación que vayan armados en la campaña o en la vía pública, con 5 a 15 años de reclusión, mientras que en nuestro país, se aplica el agravante de responsabilidad del artículo 12 nº 20 del Código Penal, pudiendo considerar que existiría un concurso ideal de delitos con el artículo 8 de la Ley de Control de Armas (tema que se tratará más adelante).

6.4- LA ASOCIACIÓN ILÍCITA EN ESPAÑA.

Para comenzar, debemos señalar que en este acápite nos referiremos a la asociación ilícita común regulada en el Código Penal español, y luego haremos mención a la asociación ilícita terrorista tipificada en ese país.

El Código Penal español regula en los artículos 513 a 521 el delito de asociación ilícita, en su capítulo IV de los de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en la Sección n^o 1, referente a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la constitución, señalando en la parte pertinente lo siguiente:

“Artículo 513. Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:

1-Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.

2- Aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso.

Artículo 514. 1. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el número 1 del artículo anterior y los que, en relación con el número 2 del mismo, no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. A

estos efectos, se reputarán directores o promotores de la reunión o manifestación los que las convoquen o presidan.

2. Los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas u otros medios igualmente peligrosos serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Los Jueces o Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

3. Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior.

4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años si los hechos se realizaran con violencia, y con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo.

5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un

año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes.

Artículo 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2.Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

3.Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.Las organizaciones de carácter paramilitar.

5.Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

Artículo 516. En los casos previstos en el número 2 del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas:

1.A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2.A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

Artículo 517. En los casos previstos en los números 1 y 3 al 6 del artículo 515 se impondrán las siguientes penas:

1.A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2.A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 518. Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1 y 3 al 6 del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Artículo 519. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

Artículo 520. Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código.

Artículo 521. En el delito de asociación ilícita, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años.”

En primer lugar cabe destacar que el Código Penal español, al igual que nuestra legislación, no determina la cantidad de integrantes que debe contener la asociación para la configuración del tipo penal, a diferencia de la legislación argentina y brasileña que si exigen esa cuantificación.

Por otra parte, el inciso 1º del artículo 515 tipifica el delito de asociación ilícita de manera genérica, estableciendo figuras específicas en los incisos 2º a 5º del mismo precepto, agravando las penas en ciertos casos. A diferencia de nuestra legislación, en donde se regula la asociación ilícita de manera general en el Código Penal, estableciendo figuras específicas en leyes especiales, como la Ley de Control de Armas, la Ley de Conductas Terroristas y la Ley de Seguridad Interior del Estado.

En lo relativo a las penas aplicables, el Código Penal español en su artículo 517 establece una pena de prisión que va de 1 a 3 años para los integrantes de la banda más multa, y de 2 a 4 años para los jefes de la misma, con multa e inhabilitación para empleo o cargo publico por 1 a 4 años. Mientras que en el nuestro la pena va de presidio menor en su grado mínimo a medio (61

días a 3 años) para los integrantes de la banda, y se sanciona a los jefes y mandos con presidio mayor en cualquiera de sus grados (de 5 años y 1 día a 20 años) o con presidio menor en cualquiera de sus grados (de 61 días a 5 años), dependiendo si se trata de crímenes o delitos respectivamente. Por lo tanto, las sanciones establecidas en Chile son mucho más duras que las establecidas en el Código Penal español. Además nuestro Código en la regulación de la asociación ilícita no fija las sanciones de multa e inhabilitación como lo hace la legislación española.

Cabe señalar que en España se distingue y reprime a quienes colaboren con la formación, actividad, u organización de la asociación ilícita, aunque no forme parte de ellas, conducta que nuestro Código también sanciona, y a diferencia del Código Penal argentino, en el cual conlleva la pena del delito de que se trate pero no la sanción del delito por asociación ilícita.

Al igual que en nuestro Código, en el de España se destaca el carácter autónomo de la asociación ilícita, ya que se sanciona a ésta por la finalidad de “cometer delitos” de sus asociados y no por los delitos que han cometido.

Otra característica a destacar, es que en el Código Penal Español se distingue y penaliza con mayor sanción a las asociaciones ilícitas armadas,

incrementando el monto para los jefes, llegando en éste ultimo caso de 8 a 14 años de prisión. Mientras que en nuestra legislación, se puede tipificar una conducta como asociación ilícita contemplada en el artículo 292 del Código Penal más la agravante establecida en su artículo 12 n ° 20, que consiste en ejecutar el delito portando armas de fuego o aquellas referidas en el artículo 132. Y por otra parte en nuestra legislación un grupo de combate armado, que constituiría una asociación ilícita armada, se sanciona de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Control de Armas.

Por otra parte, en España se pena específicamente por este delito al funcionario publico en el artículo 521, al cual se le adjunta la pena de inhabilitación absoluta de 10 a 15 años. Mientras que en nuestro Código Penal no se hace esa regulación especial para el funcionario publico.

Un aspecto a destacar de la legislación española relativa a la asociación ilícita, es el n ° 5 del artículo 515 del Código Penal. Esta disposición sanciona de manera especifica a las asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra las personas en razón de su ideología, religión o creencia, raza, nación, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía y situación familiar. Este precepto no se encuentra establecido en nuestro Código, y su relevancia radica en sancionar asociaciones que discriminen por diversas razones, lo cual constituye un gran avance en el respeto a las

minorías, pero por su amplitud puede ser utilizado para aplastar determinados grupos que se levanten en contra de un régimen autoritario y antidemocrático.

En cuanto a la asociación ilícita terrorista tipificada en la legislación española, es preciso previamente referirse a su nacimiento, para entender el contexto en que surge. Antes de la ley actual, el Código Penal de 1973 condenaba a reclusión menor: *"al que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizase cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido; y a los promotores y organizadores, y quienes hubieren dirigido su ejecución."*

El 26 de agosto de 1975 el Gobierno aprobó una durísima ley antiterrorista mediante el Decreto-Ley 10/1975, la cual en términos bastante discutibles se dirigía en contra de: *"los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumentos de acción política y social (...) y a quienes, por cualquier medio, realizaren propaganda de los anteriores grupos u organizaciones que vaya dirigida a promover o difundir sus actividades, se les impondrá una pena correspondiente a tal delito en su grado máximo (...) los*

que, públicamente, sea de modo claro o encubierto, defendieren o estimularen aquellas ideologías ... serán castigados con la pena de prisión menor, multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas y para las docentes, públicas o privadas". Es criticable este artículo porque sanciona a organizaciones comunistas y anarquistas por el sólo hecho de ser tales, sin que estas recurran a la violencia ni realicen actos considerados terroristas.

El Tribunal Constitucional español, el 17 de diciembre de 1987, declaró inconstitucionales cuatro preceptos de la entonces vigente ley antiterrorista que tipificaban la apología del terrorismo, preveían la prolongación de la detención gubernativa durante siete días, establecían la posibilidad de incomunicación del detenido sin previa decisión judicial y regulaban la clausura de medios de difusión en determinados casos.

Ahora bien, la legislación actual establece en el artículo 571 del Código Penal de 1995, la definición de terroristas, entendiendo a estos como :"*los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública" cometan ataques contra edificios o infraestructura de transporte o comunicaciones mediante el uso de*

artefactos explosivos o mediante incendio que conlleve riesgo de lesiones o muerte."

Por su parte, el artículo 572, condena a la pena de veinte a treinta años a quien : "perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo 571, cause la muerte de una persona."

En cuanto a la detención, el periodo máximo contemplado en España de 72 horas tras el que un detenido debe ser puesto a disposición de un juez, se amplía para casos de terrorismo a cinco días.

En lo relativo a la incomunicación, todos los sospechosos de terrorismo son reclusos una vez arrestados en situación de incomunicación que puede durar hasta 13 días y se declarará el "*secreto del sumario*", por lo que la defensa no tendrá a su disposición los resultados de las investigaciones que se realicen en la fase instructora. Así, las personas detenidas en situación de incomunicación no tienen derecho a:

- Informar a familiares o una tercera persona de su elección sobre el arresto y el lugar de detención.
- Recibir y enviar correspondencia y otras comunicaciones.

- Recibir visitas de religiosos, médico privado, familiares, amigos o cualquier otra persona.

Durante el período de instrucción, no tienen derecho a contratar a un abogado de su elección y su defensa será siempre encargada a un abogado "del turno de oficio". El incomunicado no podrá entrevistarse en privado con su abogado "de oficio" en ningún momento.

Cabe agregar que esta legislación ha sido aplicada a grupos como ETA, GAL y terrorismo islámico.

Es importante destacar que el Comité contra la Tortura de la ONU dijo en el año 2002 que estaba profundamente preocupado por el período de (entonces) cinco días de detención incomunicada en España (hoy 13 días) y declaró que independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) ha declarado que cinco días de detención incomunicada antes de comparecer ante un juez puede ser incompatible con las obligaciones de España en virtud del derecho internacional y ha recomendado que las personas incomunicadas se pongan sistemáticamente a disposición de un juez competente, antes de tomar la decisión de extender el período de detención por encima de las 72 horas.

Por su parte, nuestra legislación establece que durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará el juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de tal calificación, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de la siguientes medidas:

- 1- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
- 2- Establecer restricciones al régimen de visitas.
- 3- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informática y su correspondencia epistolar y telegráfica. Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados.

Se establece una regulación especial en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas, informáticas, epistolares o telegráficas. Ahora bien, estas medidas pueden también obtenerse conforme a las reglas generales de los artículos 218 y 222 del C.P.P, sin necesidad de una calificación de conducta terrorista por el juez de garantía. Sin embargo, si el fiscal se acoge al sistema del artículo 14 de la ley 18.314 es necesario una calificación previa del juez de garantía y en ese caso no es necesario la exigencia del Art. 222, en orden a

que el delito imputado tenga asignada una pena de crimen, aunque, conforme al Art. 3° de la ley, todos los delitos terroristas parecen alcanzar esa pena, pero, en caso contrario, puede recurrirse al Art. 14.

CAPITULO IV

PROBLEMAS CONCURSALES DEL ARTÍCULO 8° DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

1- CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL DELITO DE ASOCIACION ILÍCITA, ¿ACTO PREPARATORIO O DELITO?

1.1- EL ACTO PREPARATORIO DENTRO DE LA TEORÍA DEL ITER CRIMINIS.

Para determinar si la asociación ilícita es un delito o un acto preparatorio de aquellos excepcionalmente penados por el ordenamiento jurídico, es preciso responder a una primera interrogante que surge respecto a este punto: ¿En qué medida la sociedad puede reclamar del Estado la intervención punitiva en aquellas situaciones en que no se ha consumado un delito?

Para responder esta interrogante debemos distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Los actos preparatorios corresponden a aquella etapa en que el sujeto se representa en su inteligencia el hecho punible y resuelve cometerlo, es decir, es *"aquella etapa en que el sujeto comienza a preparar la ejecución del hecho"*

típico; estos actos constituyen una categoría claramente distinguible de los actos ejecutivos."⁸⁶

Por su parte, los actos ejecutivos pueden encontrarse en tres estadios distintos a saber, como actos consumados, tentados y frustrados.

El artículo 7° del Código Penal señala: "*Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*". "*Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone todo lo necesario de su parte para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad*".

El profesor Enrique Cury Urzúa, señala que la conducta no realiza el tipo injusto, sino en los casos de consumación. En efecto, la tentativa y el delito frustrado constituyen una construcción del legislador enclavada en el libro primero del Código Penal, para efectos de resolver, a través de una fórmula general, los distintos problemas que se suscitan por la ausencia de tipicidad en los casos de tentativa y frustración. En consecuencia, como primera cuestión, es necesario precisar que los actos preparatorios y los actos de ejecución son cuestiones del todo distintas, tanto los actos preparatorios, en los casos en que

⁸⁶ BULLEMORE G, VIVIAN - MACKINNON R, - JOHN R . 2005. Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis.

estos son excepcionalmente penados, como los actos de ejecución consumados, configuran delitos autónomos. Dentro de los actos de ejecución encontramos los grados de consumación, tentativa y frustración; estos dos últimos estadios no constituyen delitos autónomos, sino que se subordinan al tipo establecido en grado consumado, lo que el legislador prefirió para evitar el fatigoso casuismo que implicaría redactar cada una de estas figuras en los distintos grados. Lo único que varía en dichas situaciones son las penas aplicables, las que obviamente en casos de frustración y tentativa son rebajadas de acuerdo a pasos que preceptúa el código

1.2- LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS, CRITERIOS Y LÍMITES.

Situándonos desde una perspectiva alternativa a la tradicional en el tratamiento jurídico de los actos preparatorios, nos parece importante citar en profundidad al jurista argentino Jorge Federico Mikelssen -Loth, quien denota que en la dogmática moderna general, y en particular la alemana, se ha tenido especial cuidado en el tratamiento de aquellos delitos que comprenden tipos penales, en los que el sujeto perseguido aún no ha iniciado conductas o hechos reales de ejecución.

Lo central entonces resulta ser la previsión, es decir, cuando una cantidad de delitos a concretarse pueden llegar a evitarse por el adelanto de la barrera de punibilidad. En términos concretos, nos parece adecuado determinar, previo a cualquier análisis, la necesidad de tipificar como delito, conductas donde se reprimen actos preparatorios sólo como regla, por vía de excepción, a diferencia de aquellos, que reprimen actos ejecutivos de consumación que constituyen la regla general en todos los sistemas penales.

Concluimos que debe ser extremadamente acotado el campo de acción punitivo a los hechos que aún no constituyen actos ejecutivos, por cuanto, dichas situaciones excepcionales, al transformarse en regla general, atentarían contra el principio consagrado a nivel constitucional de inocencia del artículo 19 N° 3 inciso 6°. Así, el legislador debe tomar extrema atención a estas situaciones de excepción.

Citando una vez más a Mikkelsen-Loth, este autor señala: "Así pues, para llegar a identificar un conjunto de actos preparatorios como los requisitos suficientes de un tipo penal, importa como contrapartida no sólo la existencia de circunstancias de extrema peligrosidad para con el bien que se pretende proteger, sino que en lo formal exista una redacción del tipo que no arrastre a posiciones de grave riesgo al propio principio de legalidad. Una formulación legal abierta habilitaría para que en el procedimiento de persecución penal

podiesen quedar subsumidas conductas reprochables, que si bien son injustos penales, no revisten la peligrosidad que justifique adelantar la punibilidad sobre hechos preparatorios⁸⁷.

De las consideraciones precedentemente expuestas, podemos señalar como primer criterio rector, en el cual se basa la punibilidad de los actos preparatorios, *la excepcionalidad de la intervención penal frente a hechos o actos preparatorios*; en efecto, el catedrático español Gonzalo Quinteros se refiere a ello al tratar la reforma al Código Penal Español de 1995, y señala que en ningún caso el legislador español se planteó la posibilidad de suprimir los actos preparatorios como hechos de configuración delictiva perfecta, lo cual hubiera sido lo más atinado⁸⁸. Quinteros en su análisis critica la capacidad preventiva general que tiene el fenómeno de la tipificación penal de los actos preparatorios, debido a la casi nula presencia de condenas por estas modalidades de conductas, lo que pondría de manifiesto que su presencia es difícilmente materializable. Así las cosas, por ejemplo *"la selección de los delitos que exigen la incriminación de los actos preparatorios dista de ser comprensible. Que se castigue la conspiración para la comisión del delito de asociación ilícita es algo que, aún siendo formalmente cierto en cuanto precepto*

⁸⁷ MIKKELSEN –LOTH JORGE FEDERICO, 2001, Asociación Ilícita La Practica Judicial Perversa de utilizar el delito de Asociación Ilícita como Sucedáneo Procesal, Buenos Aires, Editorial La Ley 40 p

⁸⁸ QUINTEROS OLIVARES, GONZALO, Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminología. España. J.C. Tené Olivé y E. Anarte Barcillo Editores. Publicaciones de la Universidad de Huelva.

penal que existe, no resiste un análisis material que haga razonable el castigo de los que se agrupan para decidir agruparse para luego delinquir ⁸⁹.

En consecuencia, debido a la extrema peligrosidad que debe tener el hecho preparatorio, debiendo ser potencialmente dañoso de un bien jurídico socialmente muypreciado, por el escaso ámbito de aplicación legal y práctico de esta tipificación, es decir, por el reducido número de delitos tipificados (*conspiración, proposición para delinquir, asociación ilícita entre otros*) y en la práctica, por la escasa presencia de condenas por esta especie de delitos. A su vez, por la dificultad que presentaría la configuración de dos conductas preparatorias tipificadas penalmente, en la especie tal sería el caso de la conspiración para **formar una asociación ilícita**⁹⁰, finalmente porque si los criterios político criminales ampliaran el campo de éste tipo de figuras delictivas se lesionarían principios que configuran la naturaleza y esencia del Derecho Penal moderno, como el principio de intervención mínima, de inocencia y de legalidad. En efecto, creemos que los lineamientos político criminales que el legislador debería considerar en el caso de actos preparatorios es la excepcionalidad en la tipificación de estos.

⁸⁹ QUINTEROS OLIVARES GONZALO. Ob. Cit. 186p.

⁹⁰ Cae destacar al respecto que esta figura legal está prevista en el artículo 17 de la Ley 20.000, es decir la conspiración para cometer el delito de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes.

1.3- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA, ACTO PREPARATORIO EXCEPCIONALMENTE TIPIFICADO COMO DELITO.

Como cuestión preliminar al momento de analizar el delito de asociación ilícita establecido en el artículo 292 de nuestro Código Penal, es preciso remontarnos al origen de la norma, en efecto, esta figura en cuanto a su redacción sigue lo dispuesto por el Código Penal Belga, el cual a su vez sigue lo prescrito por el Código Penal Francés de 1810; alejándose así nuestra legislación del Código Penal Español de 1848, el cual penaba por separado las sociedades secretas y las asociaciones ilícitas. Estas últimas se referían a asociaciones de más de veinte miembros que se reunían periódicamente para tratar asuntos religiosos, literarios o de otra clase, en cuya formación no hubiese mediado el consentimiento de la autoridad pública, o no se hubieren observado las condiciones que este hubiere fijado.⁹¹

Ahora bien, para desentrañar la naturaleza jurídica de la asociación ilícita y determinar si efectivamente es un acto preparatorio excepcionalmente tipificado como delito, nos remitimos al concepto proporcionado por nuestro legislador en el artículo 292 del Código Penal, el cual señala que: *“Asociación ilícita es toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social,*

⁹¹ García- Pablos, Antonio,. “Asociaciones Ilícitas en el Código Penal “ 1978. Barcelona. Editorial Bosch, ip 25 y ss

contra las buenas costumbre, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse".

De no existir la norma en comento, podríamos decir que una agrupación de personas con objetivos delictuales futuros, que no se hubieran exteriorizado materialmente aún, no conllevaría sanción o pena alguna. Concluimos primariamente que lo tipificado por nuestro Código Penal constituye lo que se ha denominado actos preparatorios de otros delitos, los que por regla general no son sancionados por nuestro legislador penal, por tanto, la asociación ilícita es un conjunto de personas que se organizan, que planifican y proyectan la comisión de un número indeterminado de delitos en un periodo de tiempo indeterminado, es más, aunque existiese la determinación de los hechos delictivos y el tiempo en que estos acaecerán, esto no deformaría la lógica de que la asociación ilícita se concibe como un acuerdo de voluntades que tiene como objetivo delinquir. Creemos, en concordancia con la doctrina nacional e internacional, que la asociación ilícita es un acto preparatorio.

En términos de Mikkelsen-Loth, quien se apoya en Jakobs, en la asociación ilícita estamos penalizando un propósito serio de delito. En efecto, para Jakobs el ámbito interno de pensamientos y propósitos de un ser humano, tomados en su esfera individual, no cabe dentro de la regulación del Derecho Penal, y cualquier acción que buscara controlarlos equivaldría a destruir al

individuo libre en cualquier sociedad moderna. El ámbito interno para este autor equivale a *"aquella esfera del sujeto respecto de la cual este último puede mantener apartadas a terceras personas"*, por consiguiente, toda vez que se rompa esta esfera debido a la comunicación que el sujeto realiza a terceros, formando una red de propósitos delictivos, en términos de este autor la *afectio societatis para delinquir*, se produce la limitación a esta reunión de ámbitos internos, lo cual está dado por el nivel de peligro que crea esta actividad.

Como mencionamos en el párrafo anterior, la asociación ilícita es el cúmulo de ámbitos internos que se entrelazan, produciendo una finalidad común para delinquir. Cuando este fenómeno ocurre, el sistema punitivo entra en acción y restringe esta posibilidad de reunión, tipificando esta conducta como delito debido al peligro que representa para la sociedad. Sobre este punto, el autor sostiene que: *"El legislador puede saltarse todas las limitaciones mencionadas, despojando al sujeto de sus ropajes de ciudadano tratándolo como enemigo, al que no le asigne ningún ámbito interno, o bien a lo sumo uno muy recortado. La legitimidad de tales retiradas de la ciudadanía jurídico penal cabría debatirla en relación con ataques a la vida o a la seguridad del estado"*

Apoyándonos en nuestra legislación penal y en las consideraciones de un sector importante de la doctrina, creemos que la asociación ilícita es un acto preparatorio excepcionalmente penado como delito, así, la asociación ilícita es

según algunos autores, un delito autónomo, independiente de los delitos que se proyecta la organización delictiva. En el mismo orden, el Profesor Francisco Grisolia señala que: *"El ilícito se consuma por el solo hecho de organizarse, independientemente de la comisión efectiva de los delitos que se propone"*⁹². Así también, el profesor Quinteros Olivares, advierte que la asociación ilícita se consuma con un proyecto de actuación futura que puede llevarse a la práctica o no.

En consecuencia, la ley ha erigido a la asociación ilícita como una figura especial y distinta, en lugar de considerarla una forma imperfecta de otro delito. Si consideramos a la asociación ilícita como un delito autónomo y que se consuma por el solo hecho de organizarse para cometer delitos futuros, encontraremos que este es el origen de las problemáticas concursales de éste delito. En la conspiración para delinquir, si bien ésta también puede denominarse delito autónomo, se subsume en la ejecución del proyecto delictuoso y una vez que se inicia la ejecución del hecho, este absorbe los pasos previos. En la asociación ilícita no sucede lo mismo, sino que la ejecución del delito da lugar a la concurrencia de dos o más infracciones penales. Así lo señalan los autores Quinteros Olivares, Muñoz Conde, Politoff, Grisolia, entre otros. Este punto será expuesto con mayor precisión con posterioridad dentro de este mismo capítulo.

⁹² GRISOLÍA, FRANCISCO. Ob.cit. 2004. 75 p.

Si profundizamos la concepción de que la asociación ilícita es un delito autónomo, es menester indicar que siempre los delitos autónomos se consuman sin tener en cuenta que se cometan los tipos que se habían tenido previsto en tiempo y lugar por los integrantes de la asociación. Como menciona Quinteros Olivares, para el caso de la legislación española, que nos parece aplicable en Chile, "la subsistencia del delito de asociación ilícita, con la amplitud y generalidad que a dado la jurisprudencia, es cada vez mas incomprensible en la medida en que si no se le encuentra un espacio político-criminal propio se transformará en una tipicidad cuyo más perverso efecto será dejar sin sentido la pretensión de limitar la punición de los actos preparatorios a los casos expresamente señalados en las ley, ofreciendo una puerta alternativa por la que quepa la represión de la organización para delinquir sin límite alguno que derivarse pueda del delito que supuestamente se proyecte cometer"⁹³, es decir, este jurista español, además de denotar la necesidad de la excepcionalidad de la tipicidad y la configuración de un tipo penal cerrado y preciso, nos muestra lo negativo que es separar a la asociación ilícita de los delitos que ésta se propone cometer y que sean estos delitos quienes den la razón de ser de este anticipo de punibilidad.

⁹³ QUINTEROS OLIVARES, GONZALO. Ob.cit 187p.

Agregando otro tópico a nuestro análisis, señalaremos que la asociación ilícita en los distintos países ha sido penalizada como delito, debido a fuertes consideraciones político-históricas. Por ejemplo, en España su tipificación y diferenciación dentro de los actos preparatorios excepcionalmente penados, se debe a que se pensaba penar por el legislador decimonónico a las agrupaciones de disidencia política organizada en primer lugar, y a las bandas de delincuentes permanentes y jerarquizadas (bandolerismo) en segundo. Ambos casos, si bien son diversos en su fondo y propósitos de acción, ponían en grave tensión social a la nación y a los intereses de los gobernantes de turno. En este mismo sentido, Mikelssen-Loth señala que, históricamente en las legislaciones, figuras como la asociación ilícita fueron el resultado de situaciones políticas coyunturales donde se perseguía reprimir conductas que para esa época eran altamente convulsivas, pero que con los años mostraban toda la ligereza jurídica con que se consagraron y que posibilitaron tipos penales abiertos, que lógicamente contienen conductas con disvalor, pero que ya no revisten la peligrosidad que tuvo en mira el legislador en la oportunidad de su formulación, es más, al ser un tipo penal abierto quedan contenidas situaciones que no cumplen en el marco de una racionalidad en la aplicación penal con los criterios necesarios para incluirse dentro de las hipótesis de este tipo punitivo especial.

Como conclusión de este primer punto en cuestión, afirmamos que la asociación ilícita es un acto preparatorio excepcionalmente penado, debido a que, supuestamente, el legislador ve como un grave riesgo a bienes jurídicos colectivos e individuales la reunión de personas para planificar el delinquir. Al ser un acto preparatorio tipificado, a su vez se constituye como un delito autónomo que se consuma por el hecho de organizarse un conjunto de personas con una finalidad criminal común; su particularidad en este punto con otros actos preparatorios penados, radica en que este delito no se subsume en los delitos que se proyecta cometer, por lo que su grado de autonomía es pleno. Nos parece, concordando con algunos autores, que la tipificación de la asociación de personas con propósito de delinquir, no debería estar penada sino después de producir efectos y lesiones concretas al orden social y un perjuicio efectivo a los bienes jurídicos, debido a que es común en los distintos ordenamientos jurídicos que su consagración produce tipos penales abiertos, limitaciones a derechos constitucionales, inseguridad jurídica, y su establecimiento obedece en gran medida a razonamientos políticos, ideológicos e históricos que no deben jamás ser los que orienten el camino de las normas jurídicas.

2- TIPIFICACIÓN Y PENALIDAD DE LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS.

2.1- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Previo a cualquier análisis en torno al delito de asociación ilícita, es necesario precisar cuales son las características particulares de este delito, las que ya fueron enumeradas en el capítulo anterior, pero que es oportuno desarrollarlas en este acápite:

a) Es un acto preparatorio excepcionalmente penado. Dentro de nuestro ordenamiento es una figura de carácter especial que recibe también la calificación jurídica de delito autónomo.

b) Es un delito formal. Esta característica está tomada desde la óptica del resultado del hecho delictual. Para la configuración de la asociación delictual basta sólo la organización de la agrupación de personas para que el tipo se perfeccione. Estos delitos formales son también llamados delitos de mera actividad, debido a que para su consumación exigen únicamente la acción, o sea, el puro comportamiento humano, no siendo necesaria la producción de resultados perjudiciales perceptibles por los sentidos. El delito requiere de un mero comportamiento corporal, que en este caso consiste en reunirse con un determinado ánimo, y no es sustancial que exista un resultado externo de ese

ánimo. Esta característica está tomada desde la perspectiva de los efectos del delito, que puede ser desde un punto de vista material o desde el punto de vista jurídico; dentro del primero, tenemos los delitos de mera actividad, en el segundo, los delitos de resultado externo. En el caso de la asociación ilícita, en cuanto a la reunión de personas, no es necesario que exista una relación material y directa de los asociados. Así, Soler señala: *"No es preciso ni necesario, con todo, el trato personal y directo pues como en toda asociación basta la conciencia del sujeto de formar parte de ella, conociendo su existencia y finalidades"*. Por su parte Crespi indica: *"El delito de asociación ilícita es un delito de mera actividad o formal que se consuma según dice nuestra ley por el solo hecho de organizarse. En consecuencia para su consumación, resulta irrelevante la efectiva ejecución de los delitos programados. La responsabilidad de cualquier asociado puede reclamarse aunque él no haya tomado parte en alguna de las empresas criminosas que se haya propuesto la asociación. Tampoco es relevante que los delitos cometidos sean distintos de aquellos que se tuvo por finalidad cometer; o que todos los asociados no hayan concurrido para la ejecución de un solo delito; o bien que uno solo de los partícipes se haya encargado de cometer la totalidad de los delitos. Tampoco si han introducido variaciones en la ejecución de los delitos"*⁹⁴.

c) Es un delito simple. La sociedad delictual para su formación sólo requiere de un acto único, es decir, la unión de personas con el objeto de atentar contra

⁹⁴ CRESPI, En: QUINTEROS OLIVARES GONZALO. Ob.cit. 84p.

determinados bienes jurídicos por medio de la comisión de delitos. Al establecer la figura típica en un solo acto se configura un delito simple. Estos delitos se contraponen a los delitos habituales, en los cuales es fundamental la repetición de una determinada conducta para su punición.

d) Es un delito permanente. Estos delitos son aquellos que crean un estado delictivo que se extiende en el tiempo, no obstante haberse perfeccionado en un momento, de tal manera que ellos se continúan consumando indefinidamente mientras subsista el mencionado estado. En el caso de la asociación ilícita, esta se forma para cometer delitos indeterminados por un tiempo indeterminado, incluso aunque existiera la determinación del tiempo y la cuantía de los delitos, el estado delictivo sería permanente.

e) Es un delito colectivo. Dada su definición legal, resulta patente que esta figura es de sujeto activo múltiple, delito colectivo, ya que para su configuración se requiere de la concertación de una pluralidad de sujetos activos. Nuestra definición legal deja abierto el debate de si puede ser un delito colectivo bilateral (conurrencia de dos o más personas) o si por el contrario, debe ser siempre un delito colectivo multilateral (tres o más personas). Así, Ranieri señala que: *"es un delito plurisubjetivo, para su consumación no es suficiente la manifestación de voluntad de un solo sujeto aunque dicha manifestación haya sido percibida por otro sujeto, sino que se requiere que todas las conductas, consideradas necesarias por el modelo legal, se hayan verificado, esto es, que se tengan tantas manifestaciones de voluntad como cuantas sean las personas,*

cuyo número mínimo lo establece la ley y además, que por lo menos dos de ellas sean percibidas por otro de los sujetos”; de lo antes expuestos, Ranieri concluye que se requieren a lo menos de tres personas. Este autor sigue el Código Penal Italiano, que en su artículo 416, exige a lo menos tres personas para la configuración del delito de asociación ilícita.

En nuestra legislación, el Código Penal de 1874 no señala el número de sujetos activos necesarios para la configuración del delito. Este punto será profundizado en el apartado siguiente al tratar el sujeto activo del delito de asociación ilícita.

f) Es un delito de peligro. Atendiendo a la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, los delitos se clasifican en delitos de lesión y de peligro; los primeros son aquellos en que se requiere una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo penal, en cambio, los delitos de peligro son aquellos en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro para el bien jurídico, es decir, la simple puesta en peligro de éste. Con ello se adelanta la intervención penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico⁹⁵.

⁹⁵ BULLEMORE, VIVIAN. 2005. ob.cit. 16 p

Se ha entendido por un sector de la doctrina que esta clasificación se realiza desde un punto de vista jurídico, en cuanto a los efectos del delito, así, el delito de lesión tiene dos elementos: el perjuicio concreto al bien jurídico y que su violación se debe a la consumación de una conducta punible. En cambio, en los delitos de peligro existe una inseguridad de los bienes jurídicos y se castiga la potencialidad de actuación como delito consumado.

Debido a que la asociación ilícita es un caso especial y expreso de punición de un acto delictual preparatorio, descartándose como alguna forma imperfecta de comisión de delito, es que se lo califica como delito de peligro. Por lo antes señalado, los delitos de peligro no son actos inconclusos que tiendan a lesionar un bien jurídico, sino que el legislador los califica como delitos perfectos, no obstante que en ellos existe sólo un riesgo en determinado bien jurídico.

A su vez, los delitos de peligro pueden subclasificarse⁹⁶, atendiendo a la verificación del riesgo, o bien, como señala el Profesor Vivian Bullemore, atendiendo a la obligación de probarlo o de la presunción de existencia de este peligro. Los delitos de peligro concreto son aquellos en que se exige la comprobación de que efectivamente existe un peligro, señalando el profesor

⁹⁶ Sin embargo para algún sector de la doctrina esto no es posible, por cuanto señalan que no se puede concebir delitos de peligro abstracto, por cuanto si el peligro es probabilidad de un resultado temido no se puede concebir una especie de peligro en que falte esa probabilidad, en consecuencia el peligro es siempre concreto, Antolisei, Francesco, ob cit, pag 184

Bullemore que en estos casos, el peligro no se presume sino que debe ser probado, como por ejemplo, el artículo 315 del Código Penal chileno, que contempla atentados contra la salud pública. Por su parte, los delitos de peligro abstracto son aquellos en que el ordenamiento jurídico sólo exige verificar la concurrencia de una determinada circunstancia objetiva, de la cual la ley presume que ha existido peligro. El Profesor Bullemore complementa esto señalando que en esta clase de delitos, el peligro para el bien jurídico es presumido de derecho y, por tanto, no admite prueba en contrario, verificándose por el solo hecho de ejecutarse la acción prohibida. En la práctica, estos delitos se asimilan a los formales o de mera actividad y, por tanto, la asociación ilícita será un delito de peligro abstracto, donde la reunión concertada para delinquir, que implicaría una organización, bastaría para configurar el riesgo al bien jurídico.

En cuanto a este punto, por su parte, el Profesor Grisolía señala: *"lo que no puede faltar es el objeto o propósito común para ejecutar determinados o indeterminados delitos, con lo que se pone en peligro todos los bienes jurídicos protegidos por cualquiera de los delitos, que en definitiva, pudiesen cometer lo asociados. La puesta en peligro se consuma con la sola organización de la banda"*⁹⁷.

⁹⁷ GRISOLÍA, FRANCISCO. Ob.cit. 2004. p 84.

Distintos autores han criticado el concepto de delito de peligro abstracto, por ejemplo, Enrique Cury Urzúa⁹⁸, quien señala que la ley prohíbe la ejecución de una acción peligrosa, pero la tipicidad perdería sentido si esa acción peligrosa hubiese sido orientada por su autor o autores con cuidado, esto es, evidenciando una voluntad de evitación manifestada exteriormente. Éstos problemas de los delitos de peligro abstracto han provocado, en el último tiempo, una tendencia a sustituirlos por una clase de figuras a las que la literatura alemana denomina delitos de peligro de nuevo cuño, en los cuales la presunción de la existencia del peligro se vincula a la omisión por parte del autor de adoptar las medidas de precaución predeterminadas por la ley. Antolisei es más categórico aún, pues para este autor el concepto de peligro abstracto es inadmisibile, porque si el peligro es la probabilidad de un acontecimiento temido, no puede concebirse una especie de peligro en que esta probabilidad falte, en consecuencia, el peligro es siempre concreto.

2.2- ANÁLISIS TÍPICO DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.

El delito de asociación ilícita se encuentra tipificado en el Código Penal, en el artículo 292, el que señala: *"Asociación ilícita es toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbre,*

⁹⁸CURY URZÚA, ENRIQUE. 2001. Derecho Penal Parte General, tomos I y II..Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 241p

contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse".

a) Tipo Objetivo:

- **Verbo Rector:** Según Mikkelsen-Loth, el verbo rector de toda asociación ilícita es *tomar parte*, es decir, ser miembro de una asociación para delinquir. Este verbo rector se diferencia de la generalidad de los verbos activos directos como sería matar, robar, defraudar, etc. Aportando a este tópico, nosotros creemos que el concepto organizar o formar, serviría como verbo rector de la asociación ilícita en general. Como es lógico, este verbo rector es genérico frente a los verbos rectores específicos que se dan en los diferentes tipos de asociaciones ilícitas, por ejemplo la asociación ilícita armada y la asociación ilícita terrorista.

El tipo objetivo de la asociación ilícita se basa en la existencia de una organización, la que debe tener tres características, a saber: permanencia, estabilidad y jerarquía. En cuanto a la primera característica, si bien legalmente no se exige un determinado periodo de tiempo de duración de la asociación, la mayoría de la doctrina señala que la asociación requiere de cierta permanencia, la cual dependerá de la naturaleza de los planes y por tanto deberá ser examinada en cada caso. En relación a la estabilidad que necesita la asociación, se requiere de un mínimo de organización y cohesión dentro del

grupo que le permita lograr los objetivos planteados. En cuanto a la jerarquía, según Fuensalida *"del artículo 292 se sigue que la ley no castiga la simples conspiraciones ni las reuniones de hombres que no constituyan cuerpos organizados con jefes y reglas propias, además nos plantea que la ley no atiende a la calidad de las personas integrantes sino que castiga el mero hecho de organizarse, sea que la compongan malhechores o personas de buena conducta hasta ese momento"*.

Sólo a modo ilustrativo, un sector minoritario de la doctrina, como Cuello Calón, sostiene que siendo la asociación una banda de hecho *"no se precisa un número mínimo de miembros ni la existencia de estatutos, ni organización jerárquica, ni que tenga cierta duración; basta el acuerdo entre sus componentes"*

Para concluir este punto, es preciso hacer una breve referencia a la historia de la Ley. En efecto, la Comisión Redactora, en su sesión 157, al tratar el actual artículo 292, dejó expresa constancia que *"la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito de un modo mas o menos estable"*⁹⁹.

⁹⁹ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. 1974. Valparaíso. Biblioteca del Congreso Nacional.

La Corte Suprema en sentencia del año 2002 en su considerando segundo se refiere a los verbos rectores en el delito de asociación ilícita y señala: . “Conforme lo entiende el diccionario de la lengua el primer término: asociar o asociarse, importa unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo, o bien, juntarse, reunirse para algún fin, de lo cual deriva como concepto de asociación -acción y efecto de estos términos- conjunto de los asociados para un mismo fin. A su vez, organizar u organizarse lo entiende como establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados y como organización: asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines”. Luego en el considerando tercero advierte: “que para que exista el delito de asociación ilícita contemplado en la Ley 19.366 debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo, con la finalidad de cometer uno o más de los delitos que contempla la ley 19.366. De este mismo modo lo ha entendido don Gustavo Labatut (Derecho Penal tomo II, pág. 110) don Alfredo Etcheverry (Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, pág. 316) y también las Cortes de Apelaciones de Valdivia (Gaceta, 1917, primer semestre, sección Criminal, pag. 614), de Concepción (Gaceta, 1881, pág. 455) de

Santiago (Gaceta Jurídica N° 149, pagina 990) y de Punta Arenas (Gaceta Jurídica N° 159)”.¹⁰⁰

En igual sentido, en España, la doctrina mayoritaria entiende que se requiere de cierta organización, además de un vinculo asociativo que sea duradero y no meramente transitorio¹⁰¹

En Italia se estima que los requisitos esenciales son estabilidad es decir un mínimo de duración y estructura jerárquica.¹⁰² Finalmente en Alemania lo característico de la asociación es la permanencia y duración de los vínculos sociales¹⁰³.

- **Sujeto Activo:** Como hemos señalado en los párrafos anteriores, estamos en presencia de un delito colectivo y, por tanto, de sujeto activo múltiple. Por regla general, este sujeto activo debe ser una persona particular, de hecho este delito está tratado dentro del Libro Segundo, Título Sexto, que trata de los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y la Seguridad Pública, cometidos por los particulares. Sin embargo, pueden existir hipótesis de sujeto activo calificado, como en el caso del inciso tercero del artículo 8° de la ley de Control de Armas,

¹⁰⁰ Sentencia de la Excmá Corte Suprema, 19 de Noviembre de 2002, rol N° 1183-2002, considerados segundo y tercero.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. 1996. Derecho Penal parte Especial, Undécima Edición. Ed Tirant Lo Blanch. Valencia. p 236

¹⁰² GARCIA PABLOS ANTONIO. 1978. “Asociaciones Ilícitas en el Código Penal”. Ed Bosch. Barcelona. p 226

¹⁰³ Ibid

en que miembros de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad, en servicio activo o retiro, cometan alguna de las conductas tipificadas en el artículo 8° de la Ley de Control de Armas.

Al ser la asociación ilícita un delito de sujeto activo múltiple, es menester retomar el debate sobre el número de miembros que como mínimo esta organización debe tener. Nuestra legislación al igual que la española no fija ese número mínimo, a diferencia de lo que legislaciones como la Argentina, Italiana, Panameña o Mexicana, las que fijan como mínimo un número de tres personas para la configuración del delito. En Perú y Costa Rica se establece por su parte un número de dos personas. No obstante lo anterior, en doctrina se discute este punto, así el profesor Bustos señala: "*pareciera que no es posible dar una cifra mínima aunque es necesario una pluralidad de personas pues de otro modo no hay organización. Cuando estamos ante un concepto funcional su número dependerá de los objetivos y estructura de la asociación*"¹⁰⁴.

Muñoz Conde¹⁰⁵ sostiene que a lo menos deben ser tres los miembros de la organización, basándose en la antigua asociación para cometer el delito de robo que exigía tres o más personas, establecido en la legislación española.

¹⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Ob.cit. 1991.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Ob.cit. 2004.

Creemos que una asociación compuesta por un número tan bajo de personas como 2 o 3 es difícil de configurarse en la realidad, además es muy fácil que una asociación de 2 personas se confunda con una o más conspiraciones múltiples. En efecto, pensamos que lo más acertado es darle un carácter funcional al sujeto activo en la asociación ilícita, es decir, existiendo pluralidad de personas, el número necesario para la formación de ésta, estará determinado por el propósito que tenga la asociación.

- **Objeto material del delito:** Se entiende por objeto material del delito la materialidad misma de éste, es decir, la persona o la cosa sobre la que el delito recaer; por ejemplo, el cadáver en el tipo punitivo homicidio, la cosa apropiada en el hurto o en el robo. Por lo antes mencionado, pueden ser objeto material del delito quienes tienen la calidad de sujeto pasivo, las cosas y bienes en general, entre otros. El objeto material del delito en otras palabras es sobre que recae el actuar delictuoso, los instrumentos del delito y los medios empleados para llevarlo a cabo.

En el caso de la asociación ilícita, que como hemos señalado, es un delito formal y de peligro abstracto, no existe objeto material del delito por cuanto no hay una exteriorización de una conducta punitiva efectiva, que además recaiga sobre alguien o algo. Si buscáramos un objeto material del delito en la asociación ilícita general, llegaríamos a conclusiones a nuestro

gusto alejadas del concepto penal. Por ejemplo, el vehículo en el que me trasladé para asistir a la reunión delictiva, o el computador desde donde se envió el mail de citación a la agrupación, no serían, a nuestro juicio, elementos suficientes como para ser considerados objetos materiales del delito, toda vez que bajo estos criterios tan amplios cualquier cosa cabría en el campo conceptual y se desvirtuaría nuestro análisis típico

Lo expuesto no se contrapone a que en algunos supuestos específicos de la asociación ilícita exista objeto material, como en la asociación ilícita armada en ciertos casos. Tampoco se niegan los objetos materiales de los delitos que la asociación ilícita realice en concreción de su plataforma criminal.

- **Objeto Jurídico del delito:** El objeto jurídico del delito está determinado por él o los bienes jurídicos que protege el legislador, y que son lesionados o puestos en peligro por la acción delictiva. El bien jurídico general que se protege en la asociación ilícita es, según lo denota nuestro código, "el orden y seguridad pública". Éstos, según plantea Etcheverry¹⁰⁶, están dentro de los principios fundamentales político-jurídicos que rigen una sociedad. Orden Público significa simplemente tranquilidad, es decir, el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades humanas. Seguridad Pública, para este autor dice relación con seguridad del Estado y de las personas. Para Labatut, la

¹⁰⁶ GUERRA ARELLANO, ABRAHAM. Ob.cit.1985, 93p.

expresión orden público tiene dos acepciones: *"objetivamente denota la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, subjetivamente indica el sentimiento de tranquilidad pública, la opinión de seguridad social, que es la base de la vida civil"*¹⁰⁷.

La doctrina Italiana ha desarrollado en extenso este tema e identifica al orden público como el objeto jurídico del delito. Señalan que la asociación ilícita provoca alarma en la población y, por tanto, daña la confianza en la marcha de la vida social. Distinguen a su vez entre el bien jurídico general que se pone en riesgo a través de la figura de asociación ilícita y, por otra parte, los bienes jurídicos particulares de los delitos cometidos por dicha asociación, al respecto se señala: *"mientras que la asociación para delinquir constituye en sí misma y en todo caso una lesión del bien jurídico que es propio de todo ordenamiento estatal y está constituido por el Orden Público, los singulares delitos podrán violar indiferentemente cualquier bien jurídico, colectivo o individual"*

Siguiendo con la idea, Labatut nos dice: *"Sea como fuere no hay duda de que el bien jurídico protegido es de orden abstracto, distinto de los concretos bienes jurídicos que se protegen en los delitos particulares que se cometan por los asociados y ese bien jurídico finca en el ejercicio abusivo de la libertad de*

¹⁰⁷ Ídem.

*asociación que, de esta manera no queda amparada por garantía constitucional*¹⁰⁸.

De las citas antes expuestas, pareciera ser que la doctrina nacional e internacional está conteste al señalar que el orden y seguridad pública son el bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, no obstante lo anterior es erróneo, toda vez que existen diversas teorías que intentan explicar cual es el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita, así para la doctrina dominante Española, el delito de asociación ilícita funda su injusto en el ejercicio abusivo o ilícito del derecho de asociación¹⁰⁹. Por otra parte algunos autores Italianos¹¹⁰ postulan que el bien jurídico protegido en este delito no es distinto de aquel que salvaguardan los delitos que forman parte del programa criminal, esto es los delitos fines de la asociación.

Otra postura que ha ido ganando terreno y que inclusive ha si consagrada por una sentencia de nuestros tribunales¹¹¹, es aquella que ve

¹⁰⁸ LABATUT GLENA, GUSTAVO. Ob.cit. 1976.

¹⁰⁹ TAMARIT JOSÉ MARIA. Comentarios a la parte Especial del Derecho Penal, Ed Aranzadi, Pamplona 1996. p 1447.

¹¹⁰ GARCÍA PABLOS, ANTONIO.ob cit, pag 140.

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, rol ingreso N° 66865- 1999, absolvió por el delito de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes por no haberse afectado el poder función del estado como bien jurídico protegido. El Considerando 5^a de esta sentencia señala: “ Que entonces atribuyendo sentido a los giros “asociarse y organizarse”que emplea la norma, debe concluirse que la ocurrencia del delito en cuestión dice relación con la existencia de una estructura antijurídica que por ocurrir las características anotadas lesionan de manera concreta el referido bien jurídico poder o función del estado.....Así, entonces, la sola circunstancia de constatar la existencia de un grupo de personas mas o menos numeroso que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares no

como objeto de protección penal el poder del estado, en cuanto institución política y jurídica relevante y preeminente.

Finalmente una postura que podría calificarse de ecléctica en relación a las enunciadas anteriormente es aquella que ve el bien jurídico del delito de asociación ilícita como pluriofensivo es decir, la figura de asociación ilícita intenta dar protección a la seguridad pública y a los bienes jurídicos de los delitos que constituyen el programa criminal. Para finalizar debe advertirse que el orden y seguridad pública se lesionan por el mero hecho de asociarse y que, por medio de los delitos particulares que a través de ella se cometan, se lesionarán otros bienes jurídicos, como por ejemplo la vida

- **Sujeto Pasivo:** El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado con el delito¹¹². Al tratar el concepto legal de asociación ilícita vimos que ésta tiene por objeto atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las propiedades y las personas, de lo que se desprende que los sujetos pasivos pueden ser: la comunidad entera y las personas individualmente consideradas. La comunidad es titular del bien jurídico orden social y buenas costumbres, y las personas, tanto naturales como jurídicas, son titulares de los bienes jurídicos que resguardan la calidad de las mismas y las propiedades. Resulta importante señalar que en el momento de la consumación del delito de

autoriza a incriminar la figura de asociación ilícita, porque tales actuaciones constituyen formas de coparticipación.

¹¹² GUERRA ARELLANO, ABRAHAM. Ob.cit.1985, 74p.

asociación ilícita, esto es el hecho de organizarse, el sujeto pasivo sería la comunidad toda, debido a que el bien jurídico puesto en riesgo es el orden público, un bien de carácter general.

Los delitos particulares que cometa esta asociación en su proyecto delictivo, pueden lesionar a las personas (lesiones, homicidio, injurias, etc.), a las propiedades (estafa, robo, hurto defraudaciones, etc.) y también lesionar a las buenas costumbres (violación); en estos tres supuestos siempre el sujeto pasivo lesionado resulta ser una persona.

Por su parte, el orden social puede ser lesionado por delitos contemplados en la Ley de Seguridad Interior del Estado, Ley de Conductas Terroristas, etc., que si bien recaen en las personas y las propiedades, además quebrantan el normal desarrollo de la vida en sociedad.

b) Tipo Subjetivo.

El tipo subjetivo en la asociación ilícita es consustancial a la existencia del delito, esto es, que exista el objeto o finalidad criminosa, y por tanto, no puede existir sin esta convergencia anímica común, siendo su objetivo siempre el delinquir. Ranieri ya nos manifestó la relevancia de este punto, al plantearnos que deben existir tantas manifestaciones de voluntad como

personas, para que todos sean parte de la asociación ilícita, y por lógica, si un individuo no concurre con su voluntad a la formación de esta estructura no es parte de la sociedad delictual. Para nuestra Corte Suprema en fallo dictado en 1978, la asociación presupone una organización, que entre otras características supone que "*Los sujetos hayan adoptado la resolución de cometer un delito*"¹¹³.

Para Manzini, la asociación siempre debe tener una finalidad, la que se denomina *allo scopo*. Manzini se pregunta, ¿puede una persona pertenecer a una asociación ilícita sin desear cometer delitos?; para este autor, opinión que compartimos, eso sería imposible debido a que asociarse significa una unión voluntaria y constante en donde existe una actividad grupal que tiene un propósito común, siendo accesoria la forma o procedimiento mediante la cual se concretará el propósito. Lo antes dicho, nos hace comprender que el objetivo de la asociación ilícita debe ser exclusiva y concurrentemente la comisión de delitos. Así, para Crespi, el elemento psicológico de la asociación es la conciencia o voluntad que tiene un fin, que es contribuir en el programa delictivo.

Ranieri profundiza en este punto, señalando que si bien existe pluralidad de sujetos, existen manifestaciones homogéneas de voluntad que producen una dirección homogénea. Complementando lo anterior, hay tres cuestiones

¹¹³ CORTE SUPREMA, 19 de Julio de 1978, fallos del mes (N° 236)

principales en este punto, a saber, la finalidad delictuosa que la figura requiere, la pluralidad de delitos y la indeterminación de los delitos. Este elemento subjetivo es muy relevante para Soler, lo que compartimos, considerando dicho autor que podría modificar a una asociación ya existente: *"La finalidad es trascendente, con respecto al mero propósito asociativo y se proyecta sobre otros hechos distintos de la asociación misma. No es necesario que la asociación se constituya inicialmente como asociación criminal; la finalidad delictiva puede agregarse a una asociación preexistente. Claro está, que en tales casos no son autores de asociación ilícita todos los partícipes de la primitiva asociación, sino los que hayan impreso a ella el nuevo rumbo y los que hayan participado en los acuerdos y comprometido la nueva orientación"*.

Aplicando nuestro Código Penal, señalamos que la conducta que se sanciona es el dolo del individuo, como el elemento cognoscitivo que implica la conciencia, y como el elemento volitivo que implica la intención y voluntad por parte del agente de realizar la conducta prohibida. Señala un autor, que *"En efecto el formar parte voluntariamente de la asociación será el dolo genérico y el fin deseado de asociarse para cometer delitos el dolo específico"*

- **Penalidad:** La Penalidad del delito de asociación ilícita se encuentra establecida en los artículos 293 y 294 del Código Penal, los que distinguen entre Crímenes y simples delitos para aplicar las penas, y a su vez distinguen

entre jefes, mandos o provocadores y cualquier otro individuo que hubiere tomado parte en la asociación, o que a sabiendas y voluntariamente, hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, y así, el artículo 293 señala:

Art. 293. *Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.

Por su parte, el artículo 294 del Código Penal señala:

Art. 294. *Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte de la asociación y los que a sabiendas voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo.*

Según el profesor Grisolia, la organización básica en la cual se fundamenta la penalidad del delito de asociación ilícita dice relación con dos ordenes generales de consideraciones. El primer orden, es si la asociación ha

tenido por objeto la perpetración de crímenes o simples delitos, y el segundo orden, dice relación con la estructura jerárquica de la asociación ilícita, y diferencia la penalidad entre aquellos que son jefes, quienes hubieren ejercido mandos y sus provocadores, todos agrupados en un conjunto. En el otro núcleo de personas se ubica cualquier individuo que hubiere tomado parte en la asociación. La diferencia en cuanto a penalidad está dada por la calificación del presidio y su nivel de mínimo, medio o máximo. Además, la ley castiga a los que, a sabiendas y voluntariamente hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, siendo la pena mayor en el caso de crímenes y menor en el caso de los simples delitos que hayan sido objeto de la asociación.

Grisolía identifica, en este último caso, la existencia de un encubrimiento autónomo que contiene en el tipo subjetivo dolo directo, debido a que debe cometerse *a sabiendas y voluntariamente*. La figura del encubrimiento autónomo se encuentra establecida en la mayoría de los Códigos Europeos, en efecto, los artículos 293 y 294 están basados en el artículo 324 del Código Penal Belga, como ya se había señalado en el capítulo anterior. La doctrina Italiana conoce esta figura utilizando el verbo rector *ayudar* a los asociados. Ranieri señala: *“Es la conducta de quien voluntariamente da refugio, o suministra alimentos a alguna de las personas que participan en una asociación*

para delinquir, teniendo conocimiento que pertenece a dicha asociación y con el propósito de ayudarla individualmente".

No obstante existir discusión, la doctrina mayoritaria, tanto nacional como internacional, señala que al tratarse de un acto preparatorio, excepcionalmente penado y que constituye un delito autónomo, siempre cabría la posibilidad de existir concurso material o real entre el delito de asociación ilícita y aquellos que se cometieren con motivo de la asociación. Así Manzini advierte: *"Aquellos asociados que cometan uno o más de los delitos incluidos en el programa de la asociación, responden por un concurso material o real"*.

3- JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA ASOCIACIÓN ILÍCITA.

3.1.-Análisis de fallos que ilustran las características de las asociaciones ilícitas.

Para una mejor comprensión del delito de asociación ilícita, es preciso en esta etapa realizar un breve análisis de la jurisprudencia chilena de los últimos años en torno al tema. Para ello, expondremos un extracto del fallo respectivo, explicando luego los alcances y consecuencias de la doctrina aplicada.

En primer lugar, nuestra Corte Suprema confirmando sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 21 de enero del año 2005, señala lo siguiente: *“Los antecedentes que obran en el proceso, permiten configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico ilegal de drogas. Dan cuenta de la existencia de un conjunción de voluntades que se organizaron en torno a un fin común de cometer delitos contemplados en la ley 19.366, dotada de una estructura interna y de cierta permanencia y estabilidad en el tiempo, en la cual sus integrantes cumplían funciones distintas, precisas y determinadas, convergentes hacia un fin común y compartido por todos sus miembros, consistente en el tráfico ilícito de estupefacientes. Así, el papel de jefe de la organización criminal lo desempeñaba uno de los procesados, otros tenían por función realizar los contactos con los encargados de adquirir droga, para finalmente el resto, distribuir la droga a los consumidores finales”*.¹¹⁴

De tal manera, podemos apreciar que el fallo en comento hace mención a las características comunes señaladas por la doctrina del tipo objetivo de toda asociación ilícita, esto es, la existencia de una organización, la que debe tener tres características fundamentales, que son la permanencia, estabilidad y jerarquía. El fallo, al hacer referencia a que la organización poseía una estructura interna en la cual sus integrantes cumplían distintas funciones precisas y determinadas, está destacando el elemento estabilidad que necesita

¹¹⁴ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 20 de enero de 2005, en causa rol 4512-2004.

la asociación, ya que se requiere de un mínimo de organización y cohesión dentro del grupo que le permita lograr los objetivos planteados. Además, la sentencia citada destaca el elemento subjetivo del tipo al señalar que estas personas se organizan en torno a un fin común de cometer delitos, y ese razonamiento es aplicable a toda asociación ilícita, a pesar de que el fallo se está refiriendo a una asociación ilícita especial relacionada con el tráfico de estupefacientes.

Por otra parte, la Corte Suprema en sentencia de fecha 10 de marzo de 2003 declaró la siguiente interpretación: *“... El fuero militar no es, pues, un fuero personal, sino real, o sea, está establecido en razón de la naturaleza del asunto o delito, delito militar, y en consideración del lugar y circunstancias en que se cometió el delito, delito común, cuando ha sido perpetrado por militar. Así, tratándose en la especie, del delito de secuestro agravado que contempla el artículo 141 del Código Penal, delito común que de acuerdo a los antecedentes que obran en autos, fue cometido por un grupo de individuos que formaban parte de una asociación ilícita que se ha dado en llamar Comando Conjunto, agrupación de hecho integrada por miembros de la Fach de la Armada; de Carabineros y civiles. Así, si bien habrían participado en calidad de inculpados personas que a esa época eran funcionarios de la Fach, los hechos que se investigan son delitos comunes que no constituyen actos del servicio, toda vez que se trata de hechos que no tienen ninguna relación con las*

funciones que les corresponden a la Fuerza Aérea de Chile y a su personal. Con lo expuesto, no se cumple el requisito exigido por el artículo 5º nº 3º del Código de Justicia Militar, para que el conocimiento de una causa por delitos comunes cometidos por militares corresponda a la Justicia Militar, cual es que se trate de delitos cometidos en acto del servicio militar o con ocasión de él. En consecuencia, resulta competente para seguir conociendo del asunto el Juzgado del Crimen, debiendo remitirse los antecedentes para que se acumulen al proceso, seguido por el señor Juez con dedicación exclusiva”.¹¹⁵

Este último fallo es importante debido a que somete al fuero común a personas que pertenecían a asociaciones ilícitas, y que pretendían ser juzgadas por la justicia militar, en atención a su calidad de uniformados. Ahora bien, a pesar de que el fallo en cuestión no hace ninguna referencia a lo que afirmaremos, es preciso destacar que los sujetos procesados cometieron presuntamente el delito de secuestro agravado, pero también su conducta cabe dentro del delito de asociación ilícita, y por lo tanto, podríamos afirmar que nos encontramos frente a un concurso ideal de delitos, toda vez que se trata de un solo hecho que tiene la virtud de realizar simultáneamente las exigencias de dos tipos delictivos, es decir, un solo hecho da lugar a la existencia de varios delitos. Pero, si consideramos que esta asociación ilícita tiene por objeto el secuestro de determinadas personas que tienen ciertas características

¹¹⁵ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de marzo del 2003, en causa rol 4546-2002

comunes, podríamos estar frente a un concurso aparente de delitos, que se produce cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero en definitiva sólo será regulado por uno de ellos. La respuesta es simple: si el sujeto sólo pertenece a la asociación ilícita que tiene por fin cometer secuestros, sin que participe en uno de ellos, estamos frente a un sólo delito, el pertenecer a una asociación ilícita, pero si el sujeto además de pertenecer a la organización comete el delito de secuestro, estaremos frente a un concurso ideal de delitos, ya que su acción satisface dos tipos penales diversos.

Dentro del análisis de los fallos que se refieren a las asociaciones ilícitas, es importante destacar uno que hace referencia al carácter general y supletorio de la asociación ilícita contemplada en el artículo 292 del Código Penal, lo que significa que ante una organización que tiene por objeto cometer delitos y cumpliendo las demás características, y que no tenga una tipificación especial (como en la ley de tráfico de estupefacientes o la ley de bosques), se le debe aplicar la figura contemplada en el Código Penal. De esta manera, la Corte Suprema ha señalado que: “...En efecto, el artículo 2º de la ley N° 19.027, que modificó la citada ley N° 18.314, sustituyendo su artículo 1º, creó en realidad nuevas figuras delictivas, exigiendo, además, requisitos y presupuestos de orden subjetivo que la antigua ley no contempla y que el mérito del proceso tampoco habilita considerarlos, con todo lo cual desapareció el tipo penal y la

correspondiente sanción que el mencionado artículo 1º de la ley Nº 18.314 establecía, pero con ello no se borrarón los hechos delictuosos atribuidos a los procesados, máxime que en la ley penal no existe aplicación analógica como una forma de garantizar la seguridad jurídica.

En tal evento, al haberse sustituido la disposición legal de carácter especial que consultaba tipos penales particulares para los hechos materia de la causa y que dicen relación con la asociación ilícita y el secuestro de determinadas personas, debe estimarse que vuelven a recuperar su vigencia las normas de carácter general del Código Penal y conforme a ellas debe juzgarse y sancionarse la conducta de los encausados”.¹¹⁶

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha destacado el carácter de delito de peligro abstracto de la asociación ilícita, esto es, aquellos en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro para el bien jurídico, la simple puesta en peligro de éste. Es un delito de peligro abstracto y no concreto porque sólo se exige verificar la concurrencia de una determinada circunstancia objetiva, de la cual la ley presume que ha existido peligro. La asociación ilícita será un delito de peligro abstracto, donde la reunión concertada para delinquir, que implicaría una organización, bastaría para configurar el riesgo al bien jurídico.

¹¹⁶ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 30 de septiembre de 1994, en causa rol 16.196-94

Además el fallo que a continuación exponemos, destaca por hacer referencia al bien jurídico protegido en la tipificación de la asociación ilícita. Así, la Corte Suprema señala que: *“La doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico protegido en la penalización de la asociación ilícita es la estructura y funcionamiento del Estado. Luego, en el caso de una asociación ilícita para traficar drogas, debe estarse a la verificación de los requisitos propios de la asociación ilícita (colectivo estructurado y estable de personas que se sirven del crimen, la violencia y la corrupción) y no a si cumplió o no la finalidad propia del ilícito de tráfico”* (o sea, si se verificó o no el resultado).¹¹⁷

Por otra parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha destacado la necesidad de organización de la asociación ilícita, exigiendo un concierto previo entre aquellos que pertenecerán a la estructura criminal. Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, podemos señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que: *“Si bien se estableció la existencia de un acuerdo previo entre los imputados para ingresar al país diferentes cantidades de cocaína destinadas a su comercialización, y que con tal propósito se realizaron diversos contactos, desplazamientos y encuentros que, en definitiva, concluyeron con la aprehensión de los partícipes y con la incautación de la droga, en dicha investigación no se determinó quiénes eran los jefes financieristas, su organigrama y reglamentación, antecedentes que si bien son*

¹¹⁷ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 17 de abril del 2002, pronunciado en la causa rol 486-2002

bastantes para configurar delito de tráfico de estupefacientes, no bastan para fundar una acusación y menos una sentencia por el delito asociación ilícita para dicho tráfico, descrito y sancionado en el artículo 22 de la ley N° 19.366”.¹¹⁸

Siguiendo con el análisis anterior, podemos señalar que para la existencia de la asociación ilícita no basta con la pluralidad de sujetos concertados para la comisión de delitos, sino que se requiere la organización y permanencia. Esta doctrina ha sido seguida y destacada por nuestra Corte Suprema, la cual ha señalado lo siguiente: “Que si en la vía pública, fueron detenidos dos sujetos, en los instantes que procedían a guardar en el portamaletas de una camioneta dos bolsas de nylon que contenían 4 cilindros y diversos paquetes con una sustancia en polvo color blanco y otra café...estamos en presencia del delito de tráfico ilícito de sustancia estupefaciente, teniendo en cuenta que las conductas desplegadas por los que guardaban en un vehículo determinada cantidad de droga traída en otro móvil, se corresponde con el “transporte y posesión” a que se refiere el inciso segundo del artículo 5º de la ley 19.366. Que, además, si en una fecha indeterminada anterior a la data del hecho recién descrito, un grupo de personas se coludió para traficar drogas, asociándose al efecto, adquiriéndola en el norte del país y en el extranjero, para luego proceder a su traslado al centro del país y su

¹¹⁸ Sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 28 de marzo de 2002, en causa rol 67.129-2001

posterior comercialización, que culminó primero con la detención de algunos de los participantes...estamos en presencia, también, del delito de asociación ilícita del artículo 22 de la ley 19.366, por cuanto los acusados contra los que se dirigió este cargo se estructuraron orgánicamente presentando una cabeza que ejercía la jefatura, con mandos medios transmisores de las órdenes a los ejecutores, en un sistema de subordinación jerárquica, con permanencia en el tiempo y destinada a mantener las actividades ilícitas, conformando -en definitiva- una empresa para delinquir . Que, finalmente, la participación de los enjuiciados que han cometido tanto el delito de tráfico ilícito de drogas como de asociación ilícita, se corresponde con dos delitos de diferente naturaleza, debiendo en consecuencia ser sancionados de acuerdo a la norma del inciso 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, esto es con la pena más grave -la del tráfico- por el agregado pecuniario conjunto a la privativa de libertad, aumentándola en un grado, de los tres que faculta la ley". Como se desprende de la última parte del fallo citado, estaríamos en presencia de un concurso ideal de delitos, toda vez que nos encontramos frente a un hecho que satisfacer dos tipos penales.

Continuando con el análisis del fallo, para demostrar la tesis de que no basta la pluralidad de sujetos para la existencia de la asociación ilícita, la Corte señala que: *“este encartado admite su responsabilidad en el tráfico ilícito de drogas, pero niega la existencia del delito de asociación ilícita, como quiera que*

*la sola existencia de un grupo de personas que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares, no autoriza para incriminarlo como autor de asociación ilícita, alegación esta última que se rechaza, ya que si bien la simple pluralidad de sujetos activos y de acciones delictivas, no implica necesariamente la existencia de una asociación ilícita, pues, este concepto, importa, además, la conjunción de factores, en perfecta armonía y concordancia, para la prosecución de su finalidad, como sería, entre otros, una relación de permanencia en el tiempo, contraria a la idea de transitoriedad, y de jerarquía de sus integrantes”.*¹¹⁹

Finalmente, cabe destacar la sentencia de la Corte Suprema en la cual se hace referencia al principio de ejecución del delito de asociación ilícita, el que será determinante a la hora de saber desde cuando hay delito, no dando importancia a los efectos o resultados de las acciones de la organización, reafirmando además el carácter de delito de mera actividad y no de resultado, de la asociación ilícita. De esta manera, la Corte Suprema destaca que: “Los hechos que originaron el delito de asociación ilícita que se imputan tuvieron su inicio en Chile de tal manera que ello resulta suficiente para que los tribunales ordinarios que ejercen jurisdicción en el territorio nacional tengan competencia para conocer y sancionar tal ilícito, sin que tenga importancia que sus efectos o

¹¹⁹ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 20 de octubre del año 2003, dictado en causa rol 4137-2003

la ejecución material del mismo se haya llevado a cabo fuera del territorio de la República”.¹²⁰

A continuación y sólo a modo ilustrativo, citaremos y comentaremos casos emblemáticos sobre el delito de asociación ilícita en sus diversas manifestaciones. Para este ejercicio, damos por sentado lo expuesto anteriormente sobre el concepto y alcances de la asociación ilícita

3.2.- Caso de asociación Ilícita de Colonia Dignidad.

En Abril de 2006, el Ministro Jorge Zepeda dictó auto de procesamiento en contra de 18 personas por el delito de asociación ilícita, entre otros, a miembros de Colonia Dignidad y de ex agentes de la DINA.

En la larga lista de procesados por asociación ilícita, figuraba el líder de Colonia Dignidad, el tristemente celebre Paul Schafer.

El ministro Zepeda, a cargo de la investigación por los delitos cometidos al interior de la entonces Villa Baviera, logró acreditar “la existencia de una estructura jerarquizada que se organizó para realizar actividades delictivas” en

¹²⁰ Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 31 de agosto de 2005, dictado en causa rol 8034-2001.

concomitancia de los agentes de seguridad de la dictadura militar. Según el ministro Zepeda, se conforma aquí una asociación para cometer delitos organizada y jerarquizada de manera permanente, es decir, se configura una asociación ilícita.

La organización liderada por Paul Schafer estuvo vinculada para cometer tráfico de armas, violación de los derechos humanos, delitos de lesiones graves y abusos sexuales cometidos contra menores. Para llevar a cabo estos ilícitos, Schafer, contó con una organización que dentro de ella contenía un núcleo de personas cercanas que tenían funciones específicas. Según lo estableció la resolución referida “existió un equipo determinado para operar a través de un sofisticado sistema de seguridad y vigilancia, y existió otro equipo que conformó un departamento de inteligencia o información que monitoreaban a militantes de grupos o partidos de izquierda que Colonia Dignidad y la DINA consideraban peligrosos para sus fines”.

El magistrado, a través de su resolución de 26 páginas, detalló los hechos que le permitieron establecer que al interior de la colonia dignidad “se organizó una estructura jerarquizada que planificó y ejecutó múltiples delitos”. La resolución consignó además, que la sociedad benefactora, comenzó a funcionar desde 1970 y continuó activa hasta el año 2006, configurándose aquí también el elemento de la permanencia en el tiempo en el actuar. En el auto de

procesamiento, el juez sostuvo que debido a la documentación encontrada, consta fehacientemente su actuar constante. Esta documentación fue hallada durante el año 2005 al interior del ex fundo “El Lavadero”, de la actual Villa Baviera. Por lo antes señalado, el auto de procesamiento consigna el carácter sostenido y concertado en el tiempo, a través del cual Colonia Dignidad y la DINA mantuvieron contacto para la consumación de ilícitos de diversa índole.

Acreditada ya la asociación ilícita como un delito autónomo, además en la resolución se acreditan la consumación de diversos delitos acaecidos por medio del actuar de la asociación ilícita.

3.3.- Caso Spiniak.

La sala penal de la Excma. Corte Suprema, confirmó el procesamiento por asociación ilícita dictado en contra de Claudio Spiniak, acusado de liderar una red de pedofilia, investigada por el ministro en visita Sergio Muñoz.

De esta forma, el tribunal confirmó a Spiniak en su calidad de líder de una asociación ilícita para cometer delitos sexuales con menores en riesgo social y desamparo. La defensa de Spiniak, encabezada por Luis Hermosilla, presentó un Recurso de Amparo para dejar sin efecto el procesamiento por asociación ilícita que dictó el Juez Sergio Muñoz contra el empresario y 11 de

sus proxenetas. La decisión de la Corte Suprema confirmó el fallo de la 9º sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien había rechazado unánimemente la acción patrocinada por el abogado defensor. La Corte Suprema confirmó además los procesamientos por Asociación Ilícita en contra de 4 de los proxenetas de la red, sin embargo, el tribunal de alzada acogió en forma parcial los Recursos de Amparo que presentaron las defensas de otros 5 implicados en el proceso, quienes seguirán encauzados por los delitos de abuso sexual, facilitación a la prostitución, y producción de material pornográfico, quedando al margen de los cargos por asociación ilícita. Se establece en esta resolución de la Corte Suprema que existía asociación ilícita sobre aquellos individuos que participaban en una banda que facilitaba orgías y delitos de esa índole. La defensa buscaba a través de sus argumentos acreditar que no se estaba en presencia de una organización del tipo de asociación ilícita.

3.4.- Caso Banda de la Legua.

La banda conocida como los “Care Pelotas” fue condenada por asociación ilícita y narcotráfico. Este fallo es el primero de este tipo que se dicta desde que se promulgó la nueva ley de drogas (ley N° 20.000) el pasado 16 de febrero de 2005. En la audiencia de juicio oral contra la banda, dieciséis de sus integrantes fueron condenados por asociación ilícita, tres de ellos sumaron condena por narcotráfico, y seis por tenencia ilegal de armas, además otros dos

imputados, recibieron condenas por microtráfico, y no así por el delito de asociación ilícita.

El Fiscal Regional, Alejandro Peña, consideró que este fallo va a representar un precedente para una seguidilla de juicios orales que hay por este tipo de delitos, y que van a comenzar a sucederse en el transcurso de los próximos meses.

En este fallo, se deja constancia de la organización de esta banda con el fin de cometer diversos delitos, siendo entre estos el porte ilegal de armas y el narcotráfico. La lectura de la sentencia para la primera condena por asociación ilícita y narcotráfico bajo el imperio del nuevo sistema procesal penal se realizó el 03 de mayo del año en curso.

3.5.- Caso de Carlos Menem y Emir Fuad Yoma.

El juez federal Jorge Urso y, posteriormente los jueces de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal -Martín Irurzun, Horacio Cattani y Eduardo Luraschi- habían procesado y sujeto a prisión preventiva a Carlos Menem y a Emir Fuad Yoma por asociación ilícita. Contra esta decisión, la defensa de Yoma interpuso un recurso extraordinario,

cuya denegación dio origen a la queja, que el 21 de noviembre de 2001 fue resuelta favorablemente para éste y, por tanto, para Menem.

Los argumentos de la acusación

La línea argumental del tribunal a quo para hallar reunidos los requisitos exigidos por la ley procesal penal Argentina, como elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe de éste, parte de la existencia de una entrega ilegítima a la Dirección General de Fabricaciones Militares de Armamento perteneciente al Ejército argentino, la que se habría realizado en virtud del Convenio del 11 de octubre de 1994, entrega que habría posibilitado la exportación de efectos de propiedad del Ejército al amparo de ciertos convenios y decretos, los cuales adolecerían de falsedad ideológica, por incluir datos ilegítimos y pactar contraprestaciones de imposible cumplimiento.

A partir de ese precedente, el tribunal a quo reitera la existencia del acuerdo de voluntades a que alude el artículo 210 del Código Penal Argentino, valorando la pluralidad de maniobras delictivas que se les imputan a los procesados, como ser: falsedades documentales, malversación de caudales públicos, contrabando, depósitos de sumas dinerarias a determinados funcionarios según los dichos de Sarlenga (uno de los procesados)- y el pago de “comisiones” a personas que cumplieran algún lobby especial con el más alto nivel político.

La defensa de Yoma

El recurrente tachó de arbitrario el fallo sobre la base del exceso e irrazonabilidad con que se interpretó a su entender el alcance de la figura de asociación ilícita y la agravante de organizador con la que se señaló a Yoma, entre otros argumentos, lo que en definitiva, habría violado los principios de inocencia, defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley.

De acuerdo al razonamiento de la Corte, la asociación ilícita no es un delito que pueda confundirse con los demás y que el recurrente se vio agraviado por el alcance que el tribunal a quo dio a la figura de la asociación ilícita, prevista en el primer párrafo del artículo 210 del Código Penal Argentino.

Con relación a esto, *si bien la asociación ilícita no requiere la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución, es necesario distinguir cuidadosamente la mencionada figura del acuerdo criminal, ya que aquélla requiere un elemento de permanencia ausente en este último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio.* En otros términos, **la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos.**

Desde otro punto de vista, es elemental que la expresión "asociación" por más que su sentido no pueda ser equiparado al que tiene en derecho civil, *requiere un acuerdo de voluntades, no necesariamente expreso, pero al menos tácito.*

Por lo demás, es obvio que la finalidad de dicho acuerdo tiene que ser la de ejecutar actos calificados por la ley como delitos de derecho penal pues si éstos no se tipificaran como tales no habría ilicitud de la asociación.

La resolución de la Corte

Por su parte, la Corte consideró que la resolución recurrida omite examinar la existencia de pluralidad de planes delictivos en los miembros de la supuesta asociación ilícita, contentándose con el número de gestiones realizadas, cuando de constituir éstos delitos- tanto podría tratarse de la simple participación en su realización como de la organización destinada a llevarlos a cabo, ya que a tal efecto no es lo decisivo el número de personas intervinientes. En efecto, la resolución del tribunal a quo se encuentra acreditada la asociación ilícita sobre la base de maniobras delictivas llevadas a cabo de manera organizada por múltiples actores. Ese criterio demostraría la participación de varias personas en diferentes hechos, pero no acredita por sí mismo la existencia de los elementos que configuran el tipo previsto en el artículo 210 del Código Penal argentino.

4- ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y SUSTANTIVO PENAL DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

4.1- EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

El derecho de Asociarse se encuentra contemplado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 15 de nuestra carta fundamental, además se encuentra consagrado en diversos Pactos Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en virtud del artículo 5º inciso segundo el cual establece: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. En efecto, el artículo 22 del Decreto N° 778, que aprueba el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala:

1- Toda persona tiene *derecho a asociarse* libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para protección de sus intereses.

2- 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. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3- Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados partes en el convenio de La Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él, ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

El artículo 15 del Decreto 873, que aprueba La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, *reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede 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 o del orden público, o para proteger la salud o la ,moral o los derechos y libertades de los demás.*

A su vez, el artículo 16 de dicha Convención establece:

1- *Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.*

2- El ejercicio de tal derecho sólo puede 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 o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas los derechos y libertades de los demás.

3- Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

La consagración del Derecho de Asociación dentro de la normativa constitucional chilena data del año 1874, en ese año se estableció el llamado "*derecho a asociarse*" sin permiso previo, desde esa época hasta la actualidad nuestras cartas fundamentales han recogido dentro de su articulado este derecho.

La Constitución Política de 1980 determina muy genéricamente este derecho en su primer artículo y, posteriormente, lo desarrolla en las garantías fundamentales denominadas "Derechos y Deberes Constitucionales".

El artículo primero, inciso tercero, establece el Derecho de Asociación al mencionar que: "*El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*".

Del párrafo antes descrito se puede desprender el reconocimiento del constituyente de que la sociedad se moldea por la agrupación de personas particulares, quienes forman organismos con diferentes intereses y que, por lo tanto, se protege a la organización y sus objetivos. Este artículo establece el principio de subsidiariedad constitucional.

Nuestra actual Carta Fundamental, a diferencia de la Constitución de 1925, que se refería a este tema sucintamente, desarrolló en profundidad el Derecho de Asociación, dentro del párrafo de los Derechos y Deberes Constitucionales, así, el artículo 19 N° 15 asegura a todas las personas: "*El derecho de asociarse sin permiso previo...*", consagrándose, de esta forma, constitucionalmente este derecho.

Los incisos segundo y tercero a su vez rezan: "*...para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley, nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación...*". De este precepto se desprende que cabe la posibilidad de existencia de asociaciones en conformidad a derecho y asociaciones de facto, además, se establece la prohibición de obligar a alguien a pertenecer a un determinado grupo, por tanto, la voluntariedad es el factor determinante para formar una asociación.

El inciso cuarto: "*prohíbese las asociaciones contrarias a la moral, al orden*

público y a la seguridad del Estado", en este encontramos la limitación del derecho de asociación, encontrando allí la base del delito de asociación ilícita tipificado en el Código Penal y en diversas leyes especiales, a saber, Ley de Control de Armas, Ley de Conductas Terroristas y Ley de Seguridad Interior del Estado.

En efecto, el constituyente de 1980, cobijándose en lo que en doctrina constitucional se ha llamado los principios de las democracias protegidas o militantes, establece como restricciones a la libre asociación: la moral, el orden público y la seguridad del estado, e aquí la gran raigambre de carácter constitucional del delito de asociación ilícita.

En el mismo sentido el profesor Grisolia señala: " En el inciso cuarto del N° 15 artículo 19 de la CPR, se declara que se prohíben las asociaciones contrarias a la moral, al orden publico y la seguridad del Estado. Por consiguiente, las asociaciones ilícitas del Código Penal constituyen una especie de asociaciones prohibidas ya que estas no cubren todo el espectro de la prohibición constitucional. El artículo 292 del Código Penal representa el reverso de la medalla de la autorización constitucional, conforme al abuso ilícito de aquel derecho, en cuanto la asociación abusiva tiene por objeto la comisión de delitos comunes. (Grisolia bustos)

En consecuencia, como ya vimos, los bienes jurídicos protegidos por nuestra Carta Fundamental, al consagrar el Derecho de Asociarse, contemplan en la misma las limitaciones que el constituyente impone a esta garantía, siendo estas: la moral, como un concepto subjetivo; el orden público y la seguridad del Estado. Estos dos últimos son, precisamente, los bienes jurídicos protegidos cuando el legislador penal tipifica el delito de asociación ilícita en el artículo 292 del Código Penal. Además, dentro del tipo del mismo artículo, se señala como limitación para formar asociaciones, las buenas costumbres, concepto que se asimila al de moral que establece la Carta fundamental de 1980, siendo el primero una especie dentro del género moral. De lo dicho hasta ahora, podemos señalar que el delito de asociación ilícita es de carácter pluriofensivo, por cuanto daña el orden público y seguridad del Estado y al dañar esos bienes afecta la garantía Constitucional del artículo 19 N° 15.

El constituyente, al consagrar el derecho de asociación, advierte que una de las formas de asociación de los ciudadanos la conforman los partidos políticos, de hecho se hace un exhaustivo análisis de esta forma de organización, describiéndose una serie de conductas, por tanto, se verifica un marco conceptual para los partidos políticos, señalando que: *"Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático constitucional, procuren el establecimiento de un sistema*

totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad". Del mencionado inciso 6º del artículo 19 nº 15, podemos realizar dos consideraciones de importancia: La primera de ellas, dice relación con los principios democráticos y constitucionales, dentro del cual queda incluida la armonía social, la cual dice relación directa con el orden público y la seguridad del estado.

Se prohíben también los sistemas totalitarios y cualquier tipo de violencia como método de acción. En este párrafo encontramos el germen de la prohibición constitucional de formar cualquier grupo, estructura u organización, cuyos fines sean la violencia, lo cual proscribe el uso porte o tenencia de armas para cualquier propósito.

El jurista Quinteros Olivares introduce nuevos elementos sobre el carácter político de la asociación ilícita, señalando: "*En la reflexión sobre cual ha de ser el vacío legal que cubre este delito es obligado pensar que el delito de asociación ilícita entra en el derecho penal hace muchos años en la que sin la orientación a lo político se estima imposible encontrar otra vía a través de la cual castigar a personas que, incluso, tal vez, todavía no habían cometido delito alguno*".

Cabe destacar que la Constitución de 1980, además de establecer el Derecho de Asociarse y señalar las limitaciones en el artículo 19 N° 15, en otros preceptos contempla lo que podría denominarse: gérmenes de asociaciones ilícitas, ya que de ellos puede extraerse la tipificación del Art. 292 del Código Penal que sanciona a toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social.

Las descripciones fácticas que señalaremos corresponden a delitos establecidos en el Código Penal que podrían llegar a desplazar e, incluso excluir, el delito de asociación ilícita. En efecto la Carta fundamental establece:

Artículo 5º, inciso primero: *“La Soberanía reside esencialmente en la Nación,....Ningún sector del pueblo ni individuo alguno pueden atribuirse su ejercicio”.*

Artículo 7º, inciso segundo y tercero: *“....Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes....”.*

“...Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Artículo 9º: *“El Terrorismo en cualquiera de sus formas es, por esencia, contrario a los derechos humanos”.*

Como se observa, en dichas disposiciones va implícita la idea de organizaciones o grupos de personas que atentan contra el orden social. Ahora bien, estos preceptos constitucionales corresponden, en el Código Penal, a delitos precisos como la rebelión, sedición y otros delitos, como aquellos contemplados en la Ley 17.798 sobre Control de Armas, la Ley de Seguridad Interior del Estado y Ley 18.314 de Conductas Terroristas (los cuales serán tratados en el siguiente apartado), cuya inexistencia implicaría que el delito de asociación ilícita penaría todas estas conductas, en atención al bien jurídico protegido, es decir, el orden público.

Para finalizar, cabe destacar las limitaciones legales que en nuestro ordenamiento jurídico se contemplan respecto del derecho de asociación, en efecto el Derecho Privado, particularmente el Código Civil en su artículo 548 señala: *“Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formadas por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres”.*

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Público, el Código Penal, en el

artículo 292 tipifica como delito la figura de la asociación ilícita, señalando: *“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o propiedades, importa un delito por el solo hecho de organizarse”*.

Por su parte, la letra f) del artículo 1º de la Ley 12927 sobre Seguridad Interior del Estado, pena a *“los que con el objeto de atentar contra la soberanía nacional, se asociaren en partidos políticos, movimientos o agrupación”*.

Finalmente, el artículo 8º de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, penaliza a *“los que organizaren, pertenecieren, financiaren, dotaren, ayudaren, instruyeren, incitaren o indujeren a la creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas”*.

4.2- ANÁLISIS CRÍTICO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

Basados en el estudio del académico español Gonzalo Quinteros, quien al analizar el artículo 515 del Código Penal Español, que tipifica el delito de asociación ilícita, y del artículo 22 de la Constitución Política Española que reconoce el derecho de asociación, advierte que la Constitución consagra el

derecho de asociación y a su vez lo limita, declarando ilícitas aquellas asociaciones que persigan fines delictivos. Las preguntas que expone este autor son las siguientes:

-¿Con que seguridad y certeza el legislador puede penalizar una agrupación para delinquir, si aún no han cometido delito alguno?

-¿Cómo podría probarse el riesgo y lesión al bien jurídico protegido?

-¿El delito de asociación ilícita es la única y excluyente forma de proteger el derecho de asociación?

Para Quinteros, el hecho de tipificar a una asociación que se propone realizar delitos concretos sin que estos efectivamente se hayan materializado, no tiene mayor fundamento en la realidad. Efectivamente, de acuerdo a una interpretación del Tribunal Supremo, la asociación ilícita puede aparecer en el momento en que cualquier grupo humano estable, ni siquiera con forma jurídica específica, decide orientar sus decisiones a la realización de conductas delictivas, por supuesto a través de la actuación de personas físicas, aun cuando ni siquiera eso estuviera programado al tiempo del nacimiento del grupo o asociación, o simplemente si la persecución de un fin irregular incluye eventualmente actos delictivos, aunque no se hubiera deseado o buscado intencionalmente la consecuencia que se obtendrá. Esto es un efecto de incriminación adicional para todos los delitos que se cometan desde la actividad, violentando todos los principios que se invocan para la reducción del

Derecho Penal a lo realmente imprescindible. Concordamos con esta lectura, por cuanto el delito en comento es cuestionable desde la óptica de la ultima ratio legis; así, creemos que sancionar un acto preparatorio resulta cuestionable en el caso de la asociación ilícita. En efecto, pensamos que existe una sobre-reacción por parte del ordenamiento jurídico, en cuanto a la penalidad, ya que se castiga el delito de asociación ilícita (acto preparatorio) ,por una parte, y el delito de ejecución, ya sea en grado de consumado, tentativa o frustrado.

En cuanto a la segunda interrogante planteada, para este autor es difícil dimensionar el riesgo para el bien jurídico protegido, ya que la potencialidad dañosa varía según la agrupación, y además no todas las conductas que podrían eventualmente dañar a un bien jurídico son penalizadas y dañadas como la asociación ilícita.

Finalmente, respecto a la tercera interrogante, Quinteros ataca el tipo asociación ilícita señalando: *“La hipótesis de que esta vieja figura penal pueda servir para perseguir cualquier especie de asociación que vaya a cometer o hay cometido delitos con plena independencia de la naturaleza de estos delitos, descansa bajo esas interpretaciones y me parece claramente rechazable pues desprecia el sentido histórico de esa figura y conduce inexorablemente a una hipertrofia de la respuesta penal aumentada por la añadidura amplitud del concepto de asociación a efectos penales, al que luego me referiré y que hace*

*aun más difícil la precisión de un espacio y una función común y general propia para esta figura delictiva”.*¹²¹

Además este autor objeta la imprecisa definición que existe en relación al delito de asociación, debido a que en la práctica existe escaso número de sentencias, y en particular, en la jurisprudencia española los enjuiciados siempre han sido agrupaciones concernientes a bandas armadas. Además, denota el conflicto interpretativo que existe entre este delito y los actos preparatorios, como por ejemplo, la conspiración para delinquir, agravada.

Quinteros postula que resulta excesivo el castigo a los miembros de una asociación con independencia al plan efectivamente ejecutado, por tanto la figura en comento distorsiona la valoración jurídico penal de los hechos delictivos, haciéndolos inicuos en la práctica.

Para nosotros, las interrogantes que plantea Quinteros podrían despejarse a través de tres posibles soluciones:

En primer lugar, eventualmente una salida es excluir el tipo penal de la asociación ilícita de nuestro Código Penal y sancionar a las personas que cometan algún delito previsto al alero de una agrupación con una agravante de

¹²¹ QUINTEROS OLIVARES GONZALO. Ob. Cit. 181p.

la penalidad a ese delito, que podría consistir en el “actuar concertado por medio de una asociación para la comisión de un determinado hecho delictual”. Esta asociación no sería cualquiera, sino una organización, estable, con jerarquía y permanencia. Aquí seguiríamos el concepto tradicional de lo que se entiende por asociación doctrinariamente.

Otra salida, sería mantener el tipo penal de asociación ilícita, mejorando la tipicidad del mismo, restringiéndolo por ejemplo a “Toda asociación formada por tres o más personas y que tiene como objetivo el atentar contra el orden público, por medio de la comisión de delitos particulares”. Esta asociación debe ser un grupo organizado estable, permanente en el tiempo, con jerarquía de mando y con una planificación delictual determinada en el tiempo. La comisión de delitos debe ser posible y realizable, en el tiempo y espacio de actuación grupal. Este delito debería subsumirse al delito de ejecución efectivamente materializado, cuando actúe la asociación. Se propone además prescindir de los específicos delitos de asociación ilícita, por ejemplo de la ley de control de armas, ley de seguridad interior, ley de conductas terroristas y ubicar dichos supuestos penales como agravantes en el Código Penal.

La última solución propuesta, es suprimir el tipo general de asociación ilícita del Código Penal y mantener solo las tipificaciones de las leyes especiales que tratan el tipo penal en comento, como ley de control de armas,

ley de tráfico de drogas, ley de conductas terroristas, etc. Estos tipos se mantendrían por que penan conductas sustancialmente dañosas para la sociedad.

De lo anteriormente expuesto, y considerando el tipo del artículo 292 del Código Penal Chileno, creemos que este es un tipo amplio, abstracto y por tanto sería una limitación abusiva del derecho de asociación que reconoce el constituyente en el artículo 19 N° 15 según lo ya expuesto, y en consecuencia, nuestra opinión apunta hacia la revisión legislativa respecto de esta figura, toda vez que su amplitud atenta además contra el principio de inocencia consagrado en nuestra carta fundamental en el artículo 19 N° 3 inciso 6. Por su parte contraría un principio inspirador del Derecho Penal, este es, el de la última ratio legis.

En relación al artículo 8° de la Ley sobre Control de Armas, consideramos que la figura tipificada en dicha disposición participa del análisis crítico realizado al artículo 292 del Código Penal, por tanto, consideramos que cabe la posibilidad de aplicación de alguna de las alternativas planteadas anteriormente.

En lo relativo al principio de inocencia en relación a la presunción de culpabilidad del inciso 5° del artículo 8°, este vulnera el principio citado

establecer la presunción de formar parte de una asociación ilícita armada a aquel sujeto que *facilite* un sitio para almacenamiento de armas, ya que resulta improbable que quien proporciona dicho recinto forme parte de la organización y no se trate de aquellos que ayuden, suministren, etc, a dicha estructura.

4.3- ANÁLISIS SUSTANTIVO PENAL DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS.

En los capítulos precedentes, fueron realizados los análisis típicos del artículo 292 del Código Penal y del Artículo 8ª de la Ley de Control de Armas, por tanto, en esta parte sólo nos remitiremos a señalar las diferencias en torno a la penalidad de dichos tipos.

El artículo 292 del Código Penal comprende las conductas del artículo 8º de la ley de Control de Armas, a saber:

-El verbo rector de la asociación ilícita común es *tomar parte*, en el caso de la asociación ilícita armada es *organizar, pertenecer, financiar, dotar etc.* Todas estas conductas podrían quedar comprendidas en el de tomar parte

- El sujeto activo, en ambos casos se trata de uno común y múltiple. Sólo en el inciso tercero del artículo 8º se establece un sujeto activo calificado.-

- El sujeto pasivo en ambos casos es la sociedad o comunidad toda.

- El objeto material de la asociación ilícita común no está determinado, en el caso de la asociación ilícita armada, son las armas y los elementos enumerados en los artículo 2 y 3 de la Ley de Control de Armas.

- En cuanto al tipo subjetivo, en ambos casos se castiga el dolo del sujeto tanto en su dimensión volitiva como cognitiva

- El bien jurídico protegido en ambos casos es el orden público y la seguridad del Estado.

En particular el inciso segundo del artículo 8º de la ley de control de armas se asemeja al artículo 294 del Código Penal, en el caso de los que ayuden a la configuración de ambos tipos. En consecuencia, ambas figuras son semejantes, salvo algunas características especiales del delito de asociación ilícita armada contemplado en el artículo 8º de la ley de control de armas, pero que no alteran en lo sustancial dicho tipo penal en comparación con la figura descrita en el artículo 292 del Código penal.

4.4- LA PENALIDAD DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Nuestro estudio en este punto parte de la base de la agravante introducida por la ley 19.975 del año 2004, que modificó a la Ley de Control de Armas y a nuestro Código Penal.

En efecto, dicha ley introduce como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, el artículo 12 N° 20 del Código Penal, que señala: “ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132 del Código Penal “. Esta última disposición señala que “en las sublevaciones de que trata este título se supone uso de armas, comprenderá bajo esta palabra toda maquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de el”.

4.4.1- ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PENALIDAD DEL ARTÍCULO 292 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO PENAL, CON EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS

El artículo 293 inciso primero del Código Penal, en lo referente al delito de asociación ilícita, señala que la comisión de crímenes tiene la misma penalidad que el inciso primero del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, la

cual es presidio mayor en cualquiera de sus grados. Los que realizan la acción en el 293 inciso primero son los jefes, los que tiene mando o provocadores, figura que se asemeja a la de los que organizaren, pertenecieren, instruyeren, etc, del artículo 8 de la Ley de Control de Armas.

En el inciso segundo del 293 del CP se castiga a las mismas personas pero por simples delitos, y la penalidad es de presidio menor en cualquiera de sus grados.

Para la figura de los que ayudaren y suministraren apoyo a la asociación, el 294 del Código Penal señala que será sancionado con presidio menor en su grado medio para los crímenes y presidio menor en su grado mínimo para los simples delitos.

Solo se altera la penalidad en este punto, siendo más grave que la del artículo 8º, debido a que la figura es la misma y en el caso del 8º de la Ley de Control de Armas, es de presidio mayor pero disminuida en un grado con respecto a los individuos que caen dentro del tipo del inciso primero del artículo 8º.

El inciso tercero del artículo 8 de la Ley de Control de Armas varía los objetos de comisión del delito, constituyendo éste un delito de peligro concreto,

por la necesidad de la efectiva amenaza a la seguridad de las personas.

En cuanto a las penas, establece una penalidad de presidio o relegación menores en su grado máximo a presidio o relegación mayores en su grado mínimo. El Código Penal por su parte no prevé esta hipótesis.

El inciso cuarto del artículo 8º de la Ley de Control de Armas establece un sujeto calificado y eso aumenta la pena en un grado para los delitos de los tres primeros incisos.

En el inciso sexto del artículo 8º de la Ley de Control de Armas se contempla una circunstancia agravante de la penalidad, pero como ya se ha dicho es ajena a la conducta del individuo, como es el caso de guerra externa, y su penalidad es de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, y presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo.

De lo expuesto concluimos que es necesaria una readecuación de estos tipos por las siguientes consideraciones:

En su análisis típico, el 292 del Código Penal y el artículo 8º de la Ley de Control de Armas son idénticos, excepto por características especiales que tiene el delito de asociación ilícita armada, pero que son superficiales y lógicas

por su calificación de armada. La penalidad de ambas asociaciones se ve agravada en el caso del artículo 8º, entre otros factores por que en lo sustancial está presente la tenencia de armas.

El artículo 132 de Código Penal es extraordinariamente amplio, sin embargo exige un elemento subjetivo, el que *“dichas armas se hayan tomado para matar, herir o golpear aunque no se haya hecho uso de ellas”*. En cambio, la agravante que introduce la Ley 19.975, por lo impropio de su redacción, pareciera bastar el porte de un objeto contundente cualquiera, sin restricción alguna, como la del elemento del 132. Esto nos parece impropio de un derecho penal de garantías, puesto que con ello se podría agravar la pena por el mero hecho de que el agresor por ejemplo porte un cinturón de hebillas de aquellas llamadas vaqueras “¹²²”.

Debido a esto, planteamos que si la lógica es que la asociación ilícita armada tenga mayor penalidad que la asociación ilícita general, eso se soluciona con el agravante del 12 N° 20, por lo tanto queda solucionado por el propio legislador que las asociaciones ilícitas en las cuales para ejecutar el delito de asociación porten y tengan armas en sentido general pueda aumentarse su penalidad.

¹²² QUINTEROS OLIVARES GONZALO. Ob. Cit. 192p.

Esto además haría más flexible la penalidad y permitiría un análisis jurisprudencial más efectivo al aplicar sanción, debido al vasto campo de distinciones que pueden surgir entre distintas asociaciones ilícitas que tengan armas. Creemos que una solución integral a la problemática que plantea el delito de asociación ilícita en la actualidad, debido a la introducción de la agravante del artículo 12 N° 20 del Código Penal, es prescindir de los primeros tres incisos del artículo 8° de la Ley de Control de Armas y reformar el concepto genérico del artículo 292 del Código Penal, volviendo este delito, un delito de peligro concreto mediante el requisito de la “amenaza efectiva a la seguridad del Estado y de las personas”; y además regulando de mejor manera sus requisitos de constitución y elementos.

Además creemos que la agravante del artículo 12 n° 20 debe ser complementada, debiendo remitirse en su a los artículos 2 y 3 de la Ley de Control de Armas, y de esta forma, enriquecer el campo de lo que se denomina “*armas*”, eliminado su remisión al artículo 132 del CP.

Así también, si se lo desea se mantendrían las agravantes específicas del inciso cuarto y sexto del artículo 8°, por la calificación del sujeto y el tiempo de guerra externa, pero dentro de la normativa de la Ley de Control de Armas y remitiendo su aplicación al 292 y siguientes del Código Penal, más el agravante del 12 N ° 20.

Finalmente, la presunción del inciso quinto del artículo 8º de la Ley de Control de Armas podría existir en los mismos términos que el inciso 4º y 6º del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, pero sacando de su redacción a los que faciliten sitios, por lo antes mencionado y presumiendo “ayuda y protección a sabiendas” y no la participación como miembro activo y parte de la asociación, lo cual debería siempre probarse.

5- ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ARTÍCULO 8º DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS CON LOS ARTÍCULOS PERTINENTES DE LA LEY DE SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO Y LA LEY DE CONDUCTAS TERRORISTAS. PROBLEMAS CONCURSALES.

Como primera aproximación a los problemas concursales que se han generado con la aplicación de estas leyes, es preciso referirse a la unidad natural de la acción. Se trata acá de figuras simples, esto es, que requieren para su configuración la realización de una sola acción y un solo resultado, entendiendo que la unidad natural de la acción ha de ser tanto física como intencional o psíquica. Es importante señalar que la mayoría de los tipos consagrados en la legislación penal chilena son manifestaciones de esta figura.

Por otro lado, se distingue en doctrina la unidad jurídica de la acción, que consiste en la realización de dos o más acciones u omisiones, pero que son consideradas en el tipo penal como una sola acción u omisión, siendo los ejemplos más relevantes de esta unidad, los delitos complejos, los delitos permanentes, los delitos con pluralidad de acciones, los delitos habituales y los casos de tipicidad reforzada.

Aparte de estos casos de unidad, natural y jurídica, de la acción, debemos referirnos a continuación a los casos de pluralidad de delitos que se presentan bajo las formas de concurso real y concurso ideal de delitos.

5.1- EL CONCURSO REAL E IDEAL DE DELITOS.

Según lo expuesto por el profesor Vivian Bullemore, el concurso real de delitos se produce cuando existen varios hechos realizados por una misma persona, cada uno de ellos constitutivos de delitos, no conectados entre si y sin que haya mediado entre ellos una condena.¹²³ Por otra parte, el profesor Enrique Cury entiende que hay concurso real cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y

¹²³ BULLEMORE G., VIVIAN. Ob.cit. 2005. 162p.

fácticamente independientes, respecto de los cuales no se ha pronunciado sentencia firme y ejecutoriada.¹²⁴

Compartimos las definiciones de estos destacados profesores, y creemos importante señalar que en este punto no se ahondará, pues, no se presentan mayores problemas prácticos ni doctrinales con esta figura y, además, escapa al interés general y particular de este estudio.

En cuanto al concurso ideal de delitos, para el profesor Bullemore acá encontramos el caso auténticamente inverso al concurso real. Se trata de un sólo hecho, el cual tiene la virtud de realizar simultáneamente las exigencias de dos o más tipos delictivos o las de un mismo varias veces, es decir, un sólo hecho da lugar a la existencia de varios delitos o a la existencia de una valoración jurídica múltiple.¹²⁵ Ahora bien, para el profesor Cury, hay un concurso ideal de delitos cuando con un sólo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos o de un mismo varias veces.¹²⁶

Por su parte, el concurso aparente de leyes penales, se produce según el profesor Cury, cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más

¹²⁴ CURY URZÚA, ENRIQUE. 2001. Ob.cit. 272p.

¹²⁵ BULLEMORE G., VIVIAN. 2005. Ob.cit. 164p.

¹²⁶ CURY URZÚA, ENRIQUE. 2001. Ob.cit. 276p.

tipos diversos, pero en definitiva sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás tipos resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.¹²⁷

En la práctica se suele confundir el concurso ideal con el concurso aparente de leyes penales, el que se da cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos penales, pero en definitiva ha de ser encuadrado sólo en uno de ellos, enmarcándose esta situación en un problema de interpretación de la ley penal que se resolverá a través del principio de especialidad, el principio de consunción o absorción o a través del principio de subsidiariedad.

5.2- PROBLEMA CONCURSALES.

Los problemas de aplicación e interpretación que se han suscitado entre el artículo 8º de la Ley de Control de Armas y las Leyes de Seguridad Interior del Estado y de Conductas Antiterroristas, y el Código Penal, dicen relación fundamentalmente con un concurso aparente de leyes penales, existiendo un caso de concurso ideal de delitos.

- a) Artículo 8º de la Ley de Control de Armas en relación con la Ley Nº 18.314, sobre Conductas Terroristas.

¹²⁷ Ídem, 281p.

Al respecto el artículo 2 N° 5 de la Ley 18.314 señala lo que sigue:

“Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren alguna de las características señaladas en el artículo anterior: N° 5 La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1° “.

Esta disposición de la Ley de Conductas Terroristas, en relación con el artículo 8° de la Ley de Control de Armas, es muestra de la existencia de un concurso aparente de leyes penales, debido a que a primera vista nos podemos encontrar frente a una asociación ilícita armada a la cual podría aplicársele el mencionado artículo 5 o el artículo 8 de la ley de control de armas. Pero esta situación encuentra su solución a través del principio de especialidad, debido a que si la conducta realizada reúne los requisitos establecidos en la Ley de Conductas Terroristas, siendo una asociación ilícita armada, dicha acción se enmarcará dentro de la finalidad que se requiere para catalogar a este delito como terrorista, y por lo tanto, desplaza la aplicación del artículo 8, que no exige dicha finalidad. Es por lo tanto la finalidad terrorista señalada en la ley 18.314 la que determina la aplicación de una u otra norma, teniendo aplicación el artículo 8 de la Ley de Control de Armas sólo en los casos de ausencia de finalidad terrorista.

Ahora bien, la finalidad terrorista sirve como elemento de distinción en el caso del artículo 2 N° 5 en relación con el artículo 1 N° 2 de la Ley 18.314, esto es, cuando la asociación ilícita se constituye para arrancar decisiones de la autoridad o imponerle exigencias, empero, no será suficiente en el caso del numeral uno del artículo 1° en cuestión, por cuanto en el inciso segundo de esta disposición, se presume la finalidad de producir temor en la población en general, por el hecho de cometer el delito mediante la utilización de armamento o explosivos, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran cometer grandes estragos. En este caso, una asociación ilícita armada podría ser sancionada por el referido artículo 8 de la ley 17.798, y por otra parte, también podría aplicársele la Ley de Conductas Terroristas al utilizar la presunción del n° 1 del artículo 1 de ese texto legal, considerándose esa acción como terrorista. A primera vista, estaríamos frente a dos delitos autónomos, el uno terrorista y el otro del artículo 8° de la Ley de Control de Armas. Pero, existiendo una sola acción y de acuerdo al principio del non bis in ídem, debemos realizar una sola calificación jurídica, encuadrando la conducta en uno u otro tipo penal.

Creemos que en este caso igualmente nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales, por cuanto el delito contemplado en la ley 18.314 como el de la ley 17.798, constituye una asociación ilícita que requiere

del elemento militar o armado para cumplir sus objetivos. De esta manera, la relación existente entre la formación de un grupo de combate armado y una asociación ilícita terrorista es de medio a fin, ya que no podría existir una asociación terrorista sin existir en su interior un grupo de combate armado que la sustente. Por lo tanto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 N° 1 de la ley 18.314, el tipo descrito en el artículo 8 se subsume en la figura típica de asociación ilícita terrorista. Estaríamos aplicando, por ende, los principios de especialidad y absorción.

Para nosotros es importante destacar que el problema que presenta el inciso segundo del numeral primero del artículo 1 de la ley 18.314, en relación con el concurso de delitos que puede presentarse en su aplicación práctica, pasa necesariamente porque que este inciso genera ciertos problemas de interpretación y viola principios fundamentales del Derecho Penal.

En primer lugar, al presumirse la finalidad terrorista en este inciso, se produce una alteración de la carga de la prueba que transgrede el principio de presunción de inocencia, toda vez que al acusar a una determinada persona por pertenecer a una asociación ilícita que utiliza armas de gran poder destructivo, inmediatamente se le considerará como delito terrorista y, por lo tanto, será el acusado el que tendrá que acreditar que su acción no se enmarca dentro de ese tipo, y de acuerdo a la presunción de inocencia, debería ser el Estado a

través del Ministerio Público, quien acredite que se cometió el delito contemplado en la ley 18.314 y no otro.

Así también, creemos que la amplitud de esta presunción, conllevaría a generar problemas prácticos, que se alejarían de la coyuntura social, pues, hoy en día existen asociaciones ilícitas comunes, es decir, que tienen por finalidad cometer delitos comunes, como por ejemplo robos, que igualmente utilizan gran cantidad de armamentos con un poder de destrucción importante, los cuales podrían encuadrarse dentro de esta presunción, pero que no por eso tendrían finalidad terrorista, ya que ni siquiera caben dentro del concepto doctrinario de terrorismo, e igualmente, se les castigaría y penalizaría por el delito de asociación terrorista, violentando de esta forma los principios de culpabilidad y proporcionalidad, por cuanto se estaría condenando a un sujeto activo con una pena mayor en relación al delito efectivamente cometido, responsabilizando mayormente en cuanto a su grado de culpa.

Es por lo anteriormente señalado, que creemos que para solucionar los problemas que se presentan con la aplicación de esta presunción, se hace necesario que el numeral uno del artículo 1º inciso segundo de la Ley 18.314 sea revisado legislativamente, a fin de una ulterior modificación o derogación del mismo. De esta manera, la aplicación de esta Ley de Conductas Terroristas no transgrediría, en esta parte, el principio de presunción de inocencia y

evitaríamos la confusión en que se cae al considerar un determinado hecho que no tiene características terroristas, sancionando al sujeto activo por el “temor justificado que pueda producir en la población” y no por la posible o eventual alteración del orden público.

- b) Artículo 8 de la Ley de Control de Armas en relación con la Ley N° 12.927, de Seguridad del Estado.

El artículo 4 letra d) de la ley 12.927 señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título II del Libro II del Código Penal y en otras leyes, cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquiera forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil, y especialmente: d) Los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes y a los que formen parte de ella, con el fin de sustituir a la Fuerza Pública, atacarla o intervenir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra de los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6”.

Imaginemos un grupo de combate armado que tenga por objetivo o fin los señalados en el mencionado artículo 4, y a primera vista podríamos

sancionarlo con ese numeral, o a través del tipo del artículo 8 de la ley 17798, toda vez que se trata de personas que “pertenecen a milicias militarmente organizadas”, de lo que se desprende que estamos frente a un concurso aparente de leyes penales, ya que el hecho de pertenecer a ese grupo armado satisface las exigencias de dos tipos diversos, pero sólo será regulado por uno de ellos. La solución la encontramos en el principio de especialidad, debiendo prevalecer el artículo 4 letra d), cuando los propósitos perseguidos por la asociación fuere sustituir a la Fuerza Pública, atacarla o intervenir en su desempeño, o alzarse contra de los poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6, o sea, en general cuando exista una finalidad política en la perpetración del delito.

Estaríamos frente a un concurso aparente, por cuanto en ambas figuras típicas existe una asociación ilícita armada, y tendrá aplicación la Ley de Seguridad del Estado en virtud de la finalidad especial que en ella se señala, que sería sustituir, atacar o interferir la Fuerza Pública, o alzarse contra los poderes del Estado o contra las autoridades señaladas, y cuando no tenga dicho objeto o finalidad, la asociación ilícita armada se sancionará de acuerdo al artículo 8 de la Ley de Control de Armas.

c) Artículo 8 de la Ley de Control de Armas en relación con el Código Penal.

Reza el artículo 292 del Código Penal:

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.

Una persona que pertenece a un grupo armado se le podría sancionar ante una tribunal por el tipo del artículo 8 de la ley 17798, pero también podría encuadrarse la conducta en el tipo general del 292 del Código Penal, ya que se podría considerar que se trata de una asociación que tiene por objeto atentar en contra del orden social, personas o propiedades.

En este caso, consideramos que sólo puede existir un concurso aparente de leyes penales que se solucionará, nuevamente, a través del principio de especialidad, debido a que en ambos casos se están sancionando asociaciones ilícitas, pero en el caso del artículo 8º se le agrega un elemento especial, ya que se trata de organizaciones armadas con los elementos mencionados en la ley 17.798, mientras que en el tipo penal del artículo 292, no se exige la utilización de armamento, ni tampoco que se organicen como grupo de combate. De esta

manera, si estamos frente a un grupo armado, la norma especial del artículo 8º subsume de manera más completa al tipo descrito en el artículo 292, cuya descripción normativa es mucho más general y que se aplicará en todos aquellos casos en que la asociación ilícita no tenga por objeto la formación y funcionamiento de grupos de combate con los elementos señalados en la ley 17.798. Se trata de una figura de aplicación general que se utilizará para encuadrar asociaciones ilícitas que no satisfagan los tipos penales descritos en la Ley de Conductas Terroristas, en Ley de Seguridad del Estado y en la Ley de Control de Armas, posición que ha sido consagrada por nuestra Corte Suprema.¹²⁸

Esto se da también porque, como ya señalábamos con anterioridad, la asociación ilícita armada es una especie de la asociación ilícita general que contempla el Código Penal, es decir, existiendo una relación de género a especie entre ambas figuras, también existirá esa relación en cuanto a su aplicación e interpretación.

El problema se presenta cuando agregamos al delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 del Código Penal, la circunstancia agravante establecida en el artículo 12 Nº 20 del mismo cuerpo legal, el cual señala lo siguiente: *“Son circunstancias agravantes: Nº 20. Ejecutarlo portando armas de*

¹²⁸ Ver página 281 de esta Memoria.

fuego o de aquellas referidas en el artículo 132". En efecto, al pertenecer a una asociación ilícita común, incurriendo en la agravante señalada, podríamos estar frente a un concurso ideal de delitos, es decir, el hecho de pertenecer a una asociación ilícita armada satisface dos tipos penales, el del artículo 8º de la Ley de Control de Armas y el del artículo 292 del Código Penal con su agravante del artículo 12 n º 20, Se trata de una asociación ilícita armada y, por lo tanto, existiría un solo hecho que satisface dos tipos penales, el del artículo 292 agravado y el del artículo 8º de la ley 17.798.

Sin embargo, al hacer un análisis más profundo del tema, constatamos que estamos frente a un concurso aparente de delitos, toda vez que la agravante señalada exige en su tipificación que el delito se ejecute "portando armas de fuego", mientras que el artículo 8 de la Ley de Control de Armas sanciona a aquellos que "organizaren, pertenecieren o indujeren, etc., a la formación y funcionamiento de asociaciones ilícitas armadas", y por lo tanto, esta última disposición no exige el porte en la comisión del delito¹²⁹, encontrándonos entonces frente a un hecho que satisface un solo tipo penal. Así, un sujeto que **pertenece** a una asociación ilícita armada encuadra su conducta en el artículo 8º de la Ley de Control de Armas, mientras que un sujeto perteneciente a una asociación ilícita común, que es sorprendido **portando** armas, debería ser sancionado por el delito establecido en el 292 del

¹²⁹ Portador, Según el Diccionario Enciclopédico Maior, es el que lleva o trae una cosa (en este caso armas) de una parte a otra.

Código Penal, agravado por el 12 N° 20 del mismo cuerpo legal. Aquí lo que distingue a una u otra conducta es el verbo rector, en un caso pertenecer, y en otro caso portar. En consecuencia, no hay concurrencia de leyes, pues esta es puramente aparente y en definitiva, solo una de ellas regirá la conducta de que se trata, tratándose en realidad de un problema de interpretación. Así las cosas, un sujeto que pertenece a una asociación ilícita armada sin que sea sorprendido portando armas, será sancionado por el artículo 8° de la ley 17.798, y si es encontrado portando armas de fuego, el tipo penal del artículo 292 más la agravante desplaza la aplicación del artículo 8 mencionado.

Pero aquí surge un nuevo problema: Si un sujeto pertenece a una asociación ilícita armada y se le sorprenden portando armas, nosotros señalamos que se aplica el artículo 292 más la agravante. Pero en estricto rigor se le debería aplicar el delito de porte de arma de fuego establecido en la Ley de Control de Armas. Entonces, estaríamos frente a dos hechos distintos que satisfacen cada uno dos tipos penales, o sea , frente a un concurso real de delitos, ya que por un lado se le sancionaría por el sólo hecho de pertenecer a la asociación ilícita armada, y por otro lado se le sancionaría por portar armas de fuego.

Es por ello, que nosotros proponemos una reforma legislativa, eliminando el artículo 8 de la Ley de Control de Armas, sancionando las asociaciones ilícitas

armadas con el artículo 292 más la agravante del artículo 12 n° 20 del Código Penal. Así es como se regula esta materia en otros países, teniendo una figura de asociación ilícita agravada, y no como en el nuestro, contemplado una figura especial, que generará problemas concursales con otras figuras de la legislación vigente.¹³⁰

d) Posible concurso real surgido en aplicación de la ley 18.314.

Podría producirse también lo que doctrinariamente se denomina concurso real de delitos , ya que se cumpliría con todos los requisitos que se exige para que se produzca este concurso: primero, existe unidad de sujeto activo (miembro de la asociación ilícita y participe del delito singular planeado por la asociación); luego, el artículo 292 del Código Penal establece claramente que el delito de asociación ilícita “importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”, lo que le da su carácter de delito de mera actividad; posteriormente, el artículo 294 bis enfatiza que “las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”; y en tercer lugar, si atendemos al bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita (el Orden Público) y a la diversidad de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por los delitos cometidos por la asociación (vida, integridad

¹³⁰ Ver páginas 233 y siguientes de esta Memoria.

física, propiedad, orden social o las buenas costumbres), nos queda clara la total independencia “jurídica y fáctica” existente entre el delito de asociación ilícita y él o los delitos cometidos por ésta.

El requisito restante para que se produzca un concurso real es la inexistencia de una condena respecto de alguno de los delitos cometidos, pues de lo contrario se trataría más bien de una reincidencia de delitos, no de un concurso real.

Ahora bien, si cometido un delito que reviste los caracteres de terroristas, capturados sus autores y demás partícipes, y sancionados todos por la ley 18.134, se descubre que para la comisión de este delito terrorista, los involucrados fundaron, organizaron o participaron de una asociación ilícita, deberá sancionárseles también por este delito o la pena por asociación ilícita terrorista resulta absorbida por la pena del delito terrorista cometido. Al respecto, el artículo 3º inciso final de la Ley 18.314 hace aplicable para la asociación ilícita terrorista el artículo 294 bis del Código Penal, que señala que las penas por el delito de asociación ilícita se aplicarán “sin perjuicio” de las penas por los delitos singulares cometidos por ésta. Debemos recordar que se trata de dos delitos “jurídica y fácticamente independientes”, la regla general en estos casos la constituye el artículo 74 del Código Penal que consagra la acumulación de penas, señalando: *“Al culpable de dos o más delitos se le*

impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones...El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva (...)”

Al respecto, el artículo 351 del Código Procesal Penal, establece que: *“En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados... Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos”*. Continúa el artículo facultando al juez a no considerar esta excepción y aplicar la regla general de acumulación de penas, si de esta manera resulta una pena menor para el condenado; facultad que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de hacerla “obligatoria”.

Por tratarse el delito de asociación ilícita de un delito de peligro al bien jurídico Orden Público y fundamentalmente por tratarse de un delito de mera actividad, los que no requieren de un resultado para consumarse, creemos que

no podrían estimarse como un solo delito, los delitos de asociación ilícita terrorista y él o los delitos terroristas cometidos por la asociación, pues lo fundamental para este criterio es que exista entre los diversos delitos un resultado homogéneo.

Habrá que determinar entonces si los delitos de asociación ilícita terrorista y el delito terrorista cometido por la asociación son delitos de una misma especie, lo que creemos cierto, en atención a que ambos delitos vulneran el mismo bien jurídico (Orden y Seguridad Publicas), como lo exige el artículo 351 del Código Procesal Penal y en atención a que ambos delitos son penados por una misma ley, la 18.134. Por lo tanto, el juez al determinar la pena para los asociados que han participado en la comisión de uno o más delitos terroristas deberá considerar que entre éstos delitos existe un concurso real, debiendo aplicar la pena que considerada aisladamente resulte mayor, aumentada en uno o dos grados, dependiendo del número de delitos cometidos, si de esta manera resulta para el culpable una pena inferior comparada con la regla general de acumulación de penas del artículo 74 del Código Penal.

La conclusión anterior, no significa que el delito de asociación ilícita terrorista sea absorbido por el delito terrorista cometido por el asociado, quedando de esta forma impune, sino simplemente que por aplicación de las

normas sobre concurso real de delitos vigentes, el condenado por un delito terrorista recibiría, por su participación en la asociación ilícita terrorista un incremento en su pena de uno, dos o tres grados si de esta forma resulta finalmente una pena inferior cotejada con la que resultaría de aplicar el principio de acumulación de penas.

e) Problema concursal del artículo 8 de la Ley de Control de Armas con el delito de porte ilegal de arma de fuego.

Al respecto podemos señalar que el artículo 6 de la Ley de Control de Armas señala lo siguiente: *“Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo Art. 1º Nº 7 5º sin permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4º, las que podrán otorgarlo en casos calificados y en virtud de una resolución fundada”*.

En un fallo de fecha 27 de enero de 2003 de la Corte Suprema se hace referencia a este posible problema entre las dos disposiciones, pero la solución ahí se da por la ocurrencia de los hechos, separando las conductas de pertenecer al grupo armado y portar armas, el tiempo y el lugar de acaecimiento. La Corte señaló en su momento lo siguiente: *“En lo que se refiere a la cosa juzgada, aparece en autos que en la especie, se trata de tipos diversos, en efecto, por una parte la creación, pertenencia o mantención de*

*grupos de combate, milicias privadas o partidas militarmente organizadas, todos armados con elementos prohibidos, que reprime el artículo 8º, inciso 1º, en relación con el artículo 3º, ambos de la Ley sobre Control de Armas, que fue materia de la sentencia dictada con antelación por la Fiscalía Militar de Osorno, y por la otra, el porte ilegal de armas de fuego y explosivos que sanciona el artículo 14, en relación con el recién mencionado artículo 3º, también los dos del aludido cuerpo jurídico que gobierna el control de armas y explosivos a que se refiere el fallo actualmente apelado y del que conoce esta Corte en este cuaderno separado. Así, la alegación, en que se procura sustentar la identidad, en orden a que la segunda de las conductas, esto es, el porte ilegal de armas prohibidas ha quedado subsumida en la anterior, pertenencia a grupos de combate armados con artefactos bélicos prohibidos, carece de asidero. No se advierte unidad en la acción porque los hechos acaecieron en distinto tiempo, un año de diferencia, y lugar, Osorno y Santiago. De esta forma, los denominados actos posteriores guardan relación con las actividades delictuosas que importan una utilización ulterior de los objetos materia del delito, empleo que la ley ya ha considerado implícitamente al sancionar el hecho principal, pero la impunidad de dichos actos posteriores naturalmente no pueden extenderse a otros hechos delictuosos autónomos, como lo son los otros sucesos punibles que revisten una fisonomía independiente, tales como el maltrato de obra a Carabineros de servicio y daños a vehículo policial”.*¹³¹

¹³¹ Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 27 de enero de 2003, en causa rol 792-02.

Entre el porte ilegal de arma de fuego y la pertenencia a una asociación ilícita armada, ocurridos durante el mismo tiempo y lugar, existiría un concurso real de delitos, que encuentra la misma solución que expusimos a propósito del concurso surgido al ser miembro de la asociación ilícita terrorista y participe del delito terrorista singular planeado por la asociación, y por lo tanto hacemos aplicable en esta parte todo lo señalado en ese párrafo. El condenado por un delito de porte ilegal de arma de fuego recibiría, por su participación en la asociación ilícita armada un incremento en su pena de uno, dos o tres grados si de esta forma resulta finalmente una pena inferior cotejada con la que resultaría de aplicar el principio de acumulación de penas.

A modo de conclusión de esta parte del capítulo, nos gustaría señalar que todos los problemas concursales antes expuestos se presentan, y siguiendo el análisis crítico del acápite anterior, porque el artículo 8º de la Ley de Control de Armas posee vicios tanto de forma como de fondo, que violentan flagrantemente principios básicos del Derecho Penal y del Derecho Constitucional, en relación al sujeto activo que es objeto de la sanción penal, y por ello que se hace necesaria su revisión legislativa, modificando o incluso eliminando algunos incisos.

5.3-OPINIÓN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA SITUACIÓN DEL ESTADO CHILENO EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 18.314.

Hemos considerado importante destacar el quinto informe de Chile ante el Comité de Derechos Humanos, entregado el 14 de marzo de 2007, debido a que a pesar de ciertos esfuerzos y que se han hecho para dar un tratamiento jurídico correcto al terrorismo y no confundirlo con diversas formas de protesta social, ello no ha sido suficiente (o quizás no hay una intención real para cambiar aplicar la legislación de manera correcta), existiendo aún incertidumbre en torno al concepto de terrorismo, y condenando bajo ese tipo penal a personas que nada tienen que ver con acciones de carácter terrorista.

Es por ello que en primer lugar haremos referencia al texto de dicho informe, luego expondremos la opinión del CODEPU, y finalmente daremos nuestra opinión, destacando la correcta definición del concepto de terrorismo:

“Según información recibida por el Comité, se ha acusado de terrorismo a miembros de la comunidad mapuche por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras. La aplicación de la Ley Antiterrorista conllevaría la atribución de penas desproporcionadas en relación con la gravedad de los imputados,

restringiéndose además las garantías formales del proceso ordinario.

Sírvase comentar al respecto.

Respuesta del Gobierno de Chile: *El Estado de Chile en caso alguno ha utilizado la legislación que sanciona conductas terroristas para evitar las legítimas demandas de comunidades indígenas por hechos vinculados a la lucha social de la tierra y los legítimos reclamos en torno a ello. Tales demandas han sido permanentemente asumidas por los gobiernos democráticos y encauzadas por mecanismos institucionales, para dar respuesta a las reivindicaciones de todos los sectores de nuestra sociedad, entre ellos los pueblos indígenas.*

(...)En estos procesos judiciales se han cumplido íntegramente las garantías al debido proceso, los imputados han contado con la asesoría profesional otorgada por la Defensoría Penal Pública o la privada de acuerdo a su voluntad; además la existencia de sentencias absolutorias y el acceso a beneficios carcelarios permite asegurar la vigencia del Estado de Derecho en el país, aplicable para todos sus habitantes. En la actualidad tres comuneros mapuches poseen el beneficio de libertad condicional.

Durante los gobiernos democráticos se ha hecho plenamente efectiva la garantía del debido proceso consagrada en la Constitución, mediante la incorporación a ella de los tratados internacionales de derechos humanos

ratificados por Chile. En el mismo sentido, se ha reformado sustancialmente la legislación que sanciona conductas terroristas, a fin de adecuarla al pleno respeto a los derechos humanos y a los principios y procedimientos establecidos en la reforma procesal penal, todo lo cual ha elevando considerablemente el estándar institucional de las garantías procesales”.

Por su parte, la CODEPU ha señalado lo siguiente: *“Efectivamente, desde el Estado de Chile se ha perseguido la responsabilidad penal de quienes han participado en la reivindicación de recuperación de tierras indígenas y protesta social Mapuche, haciendo aplicación de la llamada Ley Antiterrorista . No sólo el Ministerio Público, organismo autónomo en la persecución e investigación de hechos que revisten caracteres de delito, sino y ello es lo grave, el gobierno a través del Ministerio del Interior ha invocado dicha normativa en los juicios seguidos en el sur del país contra miembros de Comunidades Mapuche, promoviendo la aplicación de una institución jurídica heredada de la dictadura militar que tiene por objeto el escarmiento y la imposición de sanciones aberrantes.*

Al respecto es necesario señalar que la sola existencia de la Ley Antiterrorista conlleva por sí una vulneración a las normas del debido proceso, en efecto, la inspiración ontológica de dicha normativa, es la de contar con un instrumento jurídico que criminaliza la protesta social. Como acertadamente lo

señala Raúl Eugenio Zafaroni, el cuerpo normativo que describe y sanciona las llamadas conductas terroristas se funda en última instancia en la concepción de un Derecho Penal del enemigo.

Con el objeto de corregir y legitimar, el corpus normativo dictado por el régimen militar, bajo el primer gobierno de la transición, se publica 21 de marzo de 1991 la ley Nº 19.027, que modifica la Ley Nº 18.314 sobre Conducta Terrorista. “Esta nueva modificación legal se caracteriza por: a) contiene el llamado elemento subjetivo del tipo penal: finalidad de infundir temor en la población; b) se hace un catálogo de figuras penales que pueden tener el carácter de terrorista; c) la penalidad del delito terrorista se fija en función del delito base, aumentado en uno, dos o tres grados; d) Se gradúa la penalidad de la tentativa y la conspiración; e) Se crea el delito de amenaza de cometer delito terrorista.”

No obstante dichas reformas, “se mantiene la confusión en torno al concepto de terrorismo. En el catálogo de delitos comunes que pueden tener el calificativo de terrorista, hay tipos penales abiertos, lo que ha generado un menoscabo al principio de legalidad. El legislador nuevamente evidencia un desconocimiento del delito terrorista cuando permite calificar como tal atentados a la propiedad, como el robo, que es una de las figuras penales que claramente no puede tener dicho carácter; hay problemas concursales con la

ley N° 17.798 sobre control de armas o la ley N° 12.927, sobre seguridad del Estado o el mismísimo Código Penal.”

Lo primero que queremos destacar, es que el Estado chileno en su respuesta al Comité de Derechos Humanos sólo hace mención al perfeccionamiento de las garantías procesales en nuestro país, y al respeto de ellas en los procesos judiciales, pero no hace referencia al fondo del asunto, esto es, a la aplicación de la ley antiterrorista a personas que no son tales, y por lo tanto, la errónea interpretación y regulación de la ley 18.314 de conductas terroristas.

Para comprender lo anterior, debemos referirnos al delito de asociación ilícita terrorista. Constituye una asociación ilícita terrorista, aquella organización criminal que cumple con los requisitos típicos del artículo 292 del Código Penal (y sus características de perdurabilidad y organización ya analizadas), “formada” para cometer delitos que conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley 18.314, que *“Determina las Conductas Terroristas y fija su Penalidad”*, deban calificarse de terroristas; esto es, aquellas asociaciones “formadas” para la comisión de homicidios, secuestros, lesiones, incendios, estragos, y demás delitos enumerados en el artículo 2.º de la referida ley, cuando concurra en los sujetos activos la finalidad de cometer estos delitos para producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctimas de delitos

de la misma especie; presumiéndose esta finalidad (presunción simplemente legal) por el hecho de cometerse los delitos *“mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos corrosivos o infecciosos u otros que pudieren causar grandes estragos (...)”*. También constituirá una asociación ilícita terrorista aquella organización criminal *“formada”* para cometer los delitos enumerados en el artículo 2.º de la ley con la finalidad de arrancar resoluciones de autoridad o imponerle exigencias.

Respecto de la asociación ilícita terrorista, el artículo 2.º Nº 5 de la Ley 18.314, presume de derecho la motivación terrorista del delito cometido por la asociación, cuando se trate de secuestros, *“sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén y de sustracción de menores”*; lo que denota, que aquella asociación ilícita con fines terrorista (conforme las motivaciones del artículo 1.º), podría cometer los delitos previstos en los restantes números del artículo 2.º, (homicidios, incendios, daños, estragos, apoderamiento de aeronaves, etc.), pero respecto de éstos, deberá probarse su finalidad terrorista.

Ahora bien, es importante destacar el concepto doctrinario a nivel internacional del delito de terrorismo, y de esta manera constatar que en nuestro país existen personas a las cuales se les consideran como sujetos activos de delitos terroristas o miembros de asociaciones ilícitas terroristas, sin

que jurídicamente sean tales. Al respecto , Castillo Barrantes lo ha definido como una acción de carácter violento y con motivaciones políticas dirigidas contra una víctima inmediata, de tal manera que no pueda defenderse, a fin de provocar el miedo y la intimidación en los demás.¹³²

Por ello, en muchos de estos casos en los cuales se condena a los mapuches, como también en los antiguas causas en las que se condenaron a miembros de grupos de combate armado durante los ochenta y noventa, debió aplicarse la Ley 12.927 “sobre Seguridad del Estado” o la Ley 17.798 “sobre Control de Armas”, o el 292 del Código Penal, pues la finalidad de estos actos era la sustitución del régimen político o la reivindicación de la causa indígena por medios distintos a los contemplados en la Constitución, no la comisión de delitos terroristas, por lo que las condenas por el delito de asociación ilícita terrorista no son ajustadas a Derecho, pues la finalidad de éstos no era terrorista, sino política.

Los problemas advertidos en estos casos no tienen que ver con la letra de la ley ni con su origen, sino con su interpretación y aplicación por órganos públicos. Lo reprochable es la aplicación de la ley a hechos que no constituyen tales actos terroristas, con el objeto de perseguir una lucha social legítima. Si bien no

¹³² CASTILLO BARRANTES, ENRIQUE. [1990]. Criminalidad Organizada. Informe General de la sociedad Internacional de Criminología. Milán.

es fácil determinar qué es terrorismo, pues no existe acuerdo en el Derecho Internacional ni nacional sobre su definición, sí existen elementos que permiten identificar una conducta terrorista de una que no lo es.

Al respecto, en el Derecho Internacional Humanitario pueden encontrarse algunas guías, particularmente en los Convenios de Ginebra que disponen la protección de las víctimas y la regulación de las armas usadas en conflictos armados, y que prohíbe los actos de terrorismo, sin llegar a emplear el término terrorismo.

Los delitos por los que los mapuches han sido perseguidos y/o condenados afectan la propiedad, y sólo indirectamente la vida humana (como el repeler a guardias forestales que intentan apagar un incendio, amenazas a propietarios agrícolas, o enfrentarse con palos y piedras con la policía). Si bien son ilícitos, no admiten ninguna comparación con los atroces crímenes regulados en el Derecho Internacional Humanitario, por más amplio que se considere el terrorismo, ni graves que nos parezcan los delitos cometidos.

Aplicar en casos que no corresponde la ley antiterrorista, no sólo produce consecuencias de carácter penal y vulneraciones al principio de legalidad, sino que además mediante el juzgamiento como terrorista de una conducta que no lo es se está estigmatizando una lucha legítima, como lo es la reivindicación

territorial de un pueblo indígena, transformando los problemas sociales en problemas de seguridad, con las consiguientes consecuencias para la democracia y el Estado de derecho.

5.4- NUEVOS PROBLEMAS CONCURSALES GENERADOS CON LA LEY N° 20.064

La Ley N° 20.064 publicada el 29 de septiembre del año 2005, que modifica la tipificación de los delitos que hasta ahora se conocían como maltrato de obra a carabineros, contenidos en los artículos 416 y 416 bis del Código de Justicia Militar, crea nuevas figuras delictivas y aumenta las penas aplicables.

Para comprender las modificaciones, haremos un breve análisis de la legislación anterior, incluyendo luego la reforma respectiva. Así, el artículo 416 del Código de Justicia Militar sancionaba el maltrato de obra a carabineros, graduando la pena proporcionalmente al resultado de muerte, lesiones graves, menos graves y leves, oscilando estas entre presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, en el caso de muerte, y presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte sueldos vitales en el caso de lesiones leves. La modificación que introduce la ley 20.064 consiste en tipificar en forma independiente el delito de homicidio de un carabinero en ejercicio de sus

funciones, aumentando el límite inferior de la pena a presidio mayor en su grado máximo.

Por otra parte, el artículo 416 bis tipifica separadamente el delito de lesiones ocasionadas a un carabinero en forma similar a como está regulado el delito genérico de lesiones en el Código Penal. De esta manera, el verbo rector es herir, golpear y maltratar. Y al igual que en el caso del homicidio, el sujeto pasivo se describe de manera más simple como carabinero en ejercicio de sus funciones. Además, se traspasan a esta norma los números 2º, 3º y 4º del antiguo artículo 416 que se referían respectivamente a las lesiones graves (sin distinguir entre gravísimas y simplemente graves), menos graves y leves.

Por su parte, en el artículo 416 ter se crean como delitos específicos, con pena agravada en un grado, la castración y mutilación de un carabinero en ejercicio de sus funciones. Para determinar la pena aplicable debe partirse del marco penal de los delitos previstos en los artículos 395 (castración) y 396 (mutilaciones), aumentando en un grado las respectivas penas que aquél contempla.

Se reformula el antiguo artículo 417 eliminando de él toda referencia a las injurias u ofensas de palabra o por escrito, con lo cual el delito se limita ahora a las amenazas, manteniendo la pena sin variaciones.

Además es importante destacar aspectos relativos a la competencia para conocer de estos delitos, ya que eventualmente podrían generarse conflictos entre tribunales ordinarios y militares para conocer del asunto.

La Ley 20.064 no introdujo modificaciones en las normas de competencia comunes establecidas en el Código Orgánico de Tribunales, ni en las especiales establecidas en el. En consecuencia, podemos sostener que se mantiene el régimen de competencia establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de aquellas variaciones derivadas de los cambios estructurales en las modificaciones de los tipos penales.

De tal manera, son de competencia de los tribunales militares los delitos contemplados en los artículos 416, 416 bis y 416 ter del Código de Justicia Militar, y también el delito establecido en el artículo 417 de dicho código cuando es cometido por un militar.

Será de competencia de los tribunales ordinarios el delito del artículo 417 del Código de Justicia Militar cuando es cometido por civiles. Así las cosas, si una misma persona ha de ser perseguida y juzgada por la comisión de delitos, algunos de los cuales sean aisladamente considerados de competencia de los tribunales militares y otros de los tribunales ordinarios, debe atenderse a

las reglas contempladas en los artículos 11 y 12 del Código de Justicia Militar. El artículo 11 señala que tratándose de delitos conexos, todos serán de conocimiento de los tribunales militares. Por el contrario, si no son conexos las causas se radicarán separadamente en los tribunales militares y ordinarios, según las reglas generales.

Ahora bien, es importante destacar que ya no existe una definición legal del término delito conexo, atendido que fue derogado el artículo 165 del C.O.T, por lo que corresponde hoy a la jurisprudencia fijar el alcance de dicho concepto. Sin embargo, resulta innegable la conexión que existe entre delitos que se encuentran en una relación de medio a fin. De tal manera, si una misma persona comete un delito cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios pero que constituye el medio para perpetrar otro delito de competencia de los tribunales militares, en conformidad al artículo 11 inciso 2° del C.J.M., ambos delitos serán conocidos por estos últimos tribunales, por tratarse de delitos conexos.

Ahora nos referiremos brevemente a los posibles problemas concursales generados por la aplicación de esta modificación legal. Si bien los delitos que comentamos aquí presentan una evidente relación con los delitos de atentados, por una parte, y con los de homicidio, lesiones y amenazas, por la otra, ello no ofrece mayores problemas concursales, por cuanto representan figuras

específicamente referidas a miembros de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, de modo que se aplican de preferencia a las respectivas figuras genéricas.

Pero la relación de especialidad está dada únicamente por la calidad del sujeto pasivo(miembro de carabineros o Policía), no señalando nada la ley respecto a la forma o el medio empleado para perpetrar el atentado. De ahí que puedan presentarse problemas concursales, por ejemplo, con la figura de tenencia y porte de bombas incendiarias, introducida en la Ley de Control de armas, cuando el resultado de muerte o lesiones se produzca como consecuencia del uso de tales artefactos. Otro tanto cabe afirmar respecto de atentados que se cometan con armas hechizas o de fabricación artesanal, transformadas respecto de su condición original y aquellas cuyos números de serie hayan sido adulterados o borrados.

En estos casos habría que concluir que existe un concurso real de tipos penales, que por lo tanto encuentra su solución en el artículo 75 inciso 2° del Código Penal, puesto que la posesión o tenencia y el porte de los elementos que la Ley de Control de armas castiga en sus artículos 13 y 14, y el uso de los mismos para agredir a un policía, se encuentran en una relación de medio a fin, de modo que sólo se aplica la pena mayor asignada al delito más grave. Esto significa, concretamente, que los únicos casos en que la pena del atentado

contra el policía sería inferior a la de la tenencia o porte de bombas molotov y demás armas prohibidas (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo), sería el de las lesiones menos graves y leves, sancionadas respectivamente con presidio menor en su grado medio a máximo y presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a once UTM.

6- BREVE ANALISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 8ª DE LA LEY DE CONTROL DE ARMAS Y SUS PROBLEMAS CONCURSALES

A continuación citaremos algunos fallos relativos al artículo 8º de la Ley de Control de Armas, los cuales resultan ilustrativos para descifrar ciertos lineamientos seguidos por nuestros tribunales en esta materia. En efecto, dichos fallos dicen relación con los problemas concursales suscitados entre dicho artículo y el artículo 2 número 5 de la Ley 18.314, sobre Conductas Terroristas y el artículo 4 letra f) de la Ley 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado. Además, citaremos jurisprudencia relativa, específicamente, al artículo 8º de la Ley de Control de Armas.

a) En sentencia de Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, del año 1997, se dan por establecidos, en el fundamento primero, los mismos hechos que se han descrito en la sentencia dictada por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual juzgó la causa actuando como Tribunal

Unipersonal. Esta sentencia se encuentra ejecutoriada a la fecha y concluía: "el grupo de personas que actuó en los hechos descritos, integra una **asociación ilícita de carácter terrorista** (conducta tipificada en el artículo 2 número 5 de la Ley 18314). En ese proceso se investigó la misma conducta, la que fue calificada en la acusación, además como: pertenecer a un **grupo de combate armado**, provisto de armas prohibidas previstas en el artículo 8º de la Ley de Control de Armas, "por tratarse de una conducta única, aunque descrita en dos cuerpos legales distintos, estamos en presencia de un *concurso aparente de leyes* y debe determinarse cual es la ley que prevalece para los efectos sancionatorios". Tal como dijimos respecto de la sentencia consultada, la conducta descrita en ambas investigaciones ya fue sancionada, por sentencia ejecutoriada con efecto de cosa juzgada, por lo tanto, no cabe que dicha conducta deba ser nuevamente sancionada, por cuanto al obrar de ese modo se estaría transgrediendo un principio universal del Derecho Penal, como sería el **Principio de Non Bis in Ídem**"¹³³

Del fallo en comentario se desprende que existe, en la especie, un problema de carácter concursal entre la figura delictiva contemplada en el artículo 2 N° 5 de la Ley 18.314 y el delito tipificado en el artículo 8º de la Ley de Control de Armas. En este caso al estar ejecutoriada la sentencia que condena

¹³³ Recurso de Apelación. Libro de Registro de Sentencias N° 75, 1997. Sentencia N° 35. Base de Datos Jurisprudencial. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

por la Ley de Conductas Terrorista, no cabe la aplicación de la Ley de Control de Armas, por cuanto, como ya señalamos, se vulneraría el principio del non bis in ídem.

b) En sentencia de Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, de 1994, se declaró: "El acusado ya fue condenado por sentencia ejecutoriada, como autor del delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 4 letra d) de la Ley 12.927, luego no corresponde condenarlo por los mismos hechos, como autor del delito de **formación de grupos de combate armado**, aunque reciba una calificación jurídica distinta y pertenezca a una sede diferente, ya que se violaría el principio de Non Bis in Ídem, por lo que se debe revocar la sentencia apelada y sobreseer parcial y definitivamente la causa, dejando sin efecto el auto de procesamiento".¹³⁴

En esta sentencia, podemos observar que existe en la especie un problema de carácter concursal entre la figura delictiva contemplada en el artículo 4 letra d) de la Ley 12.927 y el delito tipificado en el artículo 8º de la Ley de Control de Armas. En este caso, la sentencia condenatoria por delito de asociación ilícita contemplada en la Ley de Seguridad del Estado

¹³⁴ Recurso de Apelación. Libro de Registro de Sentencias N° 73, año 1995, Sentencia N° 160. Base de datos Jurisprudencial. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

se encuentra ejecutoriada, por tanto, en la especie, tampoco cabe la aplicación del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, toda vez que también se infringiría el principio del non bis in ídem.⁰⁰⁰⁰

c) En sentencia de Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, de 1995, se declaró: "Si consta en el proceso que la encausada arrendó un inmueble para que viviera un individuo con quien mantenía una relación sentimental, sabiendo que dicho individuo tenía problemas con la justicia, pero ignorando de que índole, y tampoco estaba enterada del verdadero nombre del sujeto ni de su militancia en un grupo extremista, **no procede acusarla de haber infringido el artículo 8º de la Ley 17.798 sobre Control de Armas**, que en su inciso segundo sanciona a quienes ayudaren a la creación y funcionamiento del grupo de combate.

En este caso no procede condenar a la encausada, pues no cabe dentro del tipo establecido en el artículo 8º, inciso 5, de la Ley de Control de Armas, ya que no es posible, en la especie, aplicar la presunción que establece dicho precepto, por cuanto, ésta no tiene conocimiento de la organización y, en consecuencia, se encontraría ausente el elemento subjetivo cognitivo.

d) En sentencia de Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, de

1995, se declaró: "Si la procesada por infracción al artículo 8º de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, se le reconoce una conducta pretérita irreprochable, a la cual se atribuye la característica de muy calificada en los términos del artículo 68 bis del Código Penal y atendido el favorable informe presentencial, debe concedérsele el beneficio de la libertad vigilada".

e) Sentencia de primera instancia, de 28 de enero de 1994, causa rol N° 53809-1994, 17º Juzgado del Crimen de Santiago, dictada por el Ministro en Visita Señor A. Dreyse, en Tomo 21, fojas 8411 y ss. Dicha causa fue traspasada más tarde a la Justicia Militar, bajo el rol N° 94-1994 (IV Fiscalía Militar de Santiago), véase por todos el caso de L. Reyes Reyes, quien fuera condenado, en dicho proceso, a la pena de tres años y un día de presidio, en calidad de cómplice del delito de asociación ilícita terrorista, en virtud de su relación con el Movimiento Juvenil Lautaro. Así mismo, en el proceso rol N° 4341, de la Fiscalía Militar de Osorno, fue condenado, en razón de los mismos hechos, por el delito del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, a la pena de 5 años.

Otro caso lo constituyó el de Pablo Muñoz Hoffman, quien fuera procesado y condenado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en calidad de autor del delito de Asociación Ilícita Terrorista, en razón de su pertenencia al FPMR, causa rol N° 3357-93, Ministro en Visita, el señor J. Araya. Además, fue procesado posteriormente en razón a la pertenencia a dicha organización en

causa rol N° 276-96, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por el artículo 8º, inciso 1º, de la Ley de Control de Armas, aunque posteriormente fuera absuelto de dicho delito.¹³⁵

En ambos casos vemos el problema concursal entre personas que fueron procesadas o condenadas ante la justicia civil, por la Ley 18.314 y por la Justicia Militar por la Ley de Control de Armas. Así, en la causa seguida contra L. Reyes Reyes, se viola el principio non bis in ídem, condenándolo ante dos jurisdicciones distintas, a saber, la justicia civil y la militar. Por su parte, en el proceso seguido contra Muñoz Hoffman, se le condena por asociación ilícita terrorista, por el asalto a un banco, donde, gracias a pesquisas judiciales, se verificó la existencia de una escuela de guerrillas que desapareció antes del referido delito, pese a esto se le condenó por Ley de Conductas Terroristas. El mérito de la condena se basa en que se incurre en la conducta constitutiva de delito terrorista del artículo 1 N° 1 de la Ley 18.314. En efecto, el sentenciador, en el considerando N° 7 de la Sentencia de 28 de enero de 1993, de la Corte de Apelaciones de Santiago, señala: "*Que a juicio del sentenciador, la existencia de aquel elemento subjetivo surge del mérito general del proceso. En efecto, aparece como una constante en el accionar de los miembros de la citada asociación ilícita, el despliegue de armas de fuego de diverso calibre, la*

¹³⁵ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. 2002. Ob.cit. 778 p.

utilización de vehículos previamente sustraídos con fuerza o violencia, los delitos de robo con violencia, que denominan recuperaciones, los atentados contra los efectivos de la policía uniformada y civil, o guardias de seguridad que ejecutan labores de vigilancia, todo ello seguido de actos de propaganda, en las que se hace jactancia de tales hechos, como manera de justificar la solidez de la organización y grado de preparación de sus miembros, conductas que necesariamente va infundiendo en la población o, al menos en una parte de ella, el temor de verse expuestos a acciones de igual naturaleza y gravedad.

En el desarrollo de los hechos que tuvieron lugar tras la huída de los asaltantes, la ciudadanía pudo presenciar a través de la televisión, la forma en que se mantuvo a una familia secuestrada, en su propio hogar, en un clima de innegable ansiedad y temor y de impredecible desenlace, de esta manera, queda de manifiesto en el proceso, tanto en el propósito o finalidad de los agentes que integran la asociación ilícita, como en el resultado por ellos perseguido, cual es ir creando un sentimiento generalizado de inseguridad y temor en el resto de la sociedad".

Posterior a esta condena, el aludido fue absuelto en cuanto a la Ley de Control de Armas, debido a que ya se le había condenado por Ley de Conductas Terroristas. Aquí se acogió el sobreseimiento definitivo de la causa por el delito del artículo 8^a de la legislación de armas, ya que existía una

sentencia ejecutoriada anterior, por el delito de asociación ilícita terrorista, en causa rol N° 3357-93, en base al artículo 2º de la Ley 18.314 y, por lo tanto, por un hecho ya condenado, no se le podía ahora castigar, a este individuo, por la formación de un grupo de combate armado, pues esto, como ya hemos señalado, sería una violación al principio del non bis in ídem.

Como señala la Doctora Myrna Villegas Díaz, en su tesis de Doctorado, Terrorismo un Problema de Estado, este doble procesamiento, que en muchos casos se ha transformado en una doble condena, que lleva implícita una infracción evidente al principio non bis in ídem, ya que se sanciona doblemente por el hecho de la pertenencia a la organización. En nuestra opinión, el principio de la especialidad exigirá la aplicación de la Ley 18.314, cuando la acción de asociarse ilícitamente estuviere orientada hacia la lesión del bien jurídico, por la presencia de cualquiera de las finalidades señaladas en el artículo 1º de la Ley 18.314, que son elementos subjetivos específicos, elementos del tipo que no exige la Ley de Control de Armas. Ahora bien, a pesar de la exigencia específica de una finalidad terrorista, tal como hemos dejado entrever, el problema surge cuando el elemento subjetivo que se presenta es el señalado en el numeral 1 del artículo 1º de la ley 18.314, ya que en él puede presumirse la finalidad terrorista por el hecho de utilizar una estrategia y métodos propios de una estructura militar, que, en teoría, encuadran dentro del artículo 8 de la Ley de Control de Armas. De lo antes expuesto, podemos señalar que se

presentan características comunes entre ambos delitos, pero en las eventualidad práctica de que un hecho se encuadre plenamente en ambos supuestos (numeral 1, artículo 1º, Ley 18.314 y artículo 8º de Ley 17.798), pero en este caso, la conducta descrita en la Ley de Control de Armas, se subsume en la conducta descrita en la Ley de Conductas Terroristas, por tanto, cabe aplicar esta última. Sólo en el caso de encontrarse ausente el elemento subjetivo, debería aplicarse la Ley de Control de Armas.

f) Sentencia de Corte Marcial, de 31 de Agosto de 1993, que acoge el Recurso de Amparo Nº 654-93, en favor de R. Retamales Leiva, de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, y se deja sin efecto el auto de procesamiento dictado por la Segunda Fiscalía Militar, en causa rol Nº 406-93, dictado en contra del procesado, como autor de pertenecer a un grupo de combate armado (considerando 2ª). Califica la conducta como constitutiva de asociación ilícita terrorista, del artículo 2 Nº 5 y artículo 1 de la Ley 18.314, ordenando la acumulación a la causa por infracción a la Ley 18.314.

En este caso se repite la misma lógica de los anteriores fallos, en donde se prefiere el delito de conducta terrorista y se subsume en él al delito del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, evitando así condenar a un individuo por un mismo hecho por dos leyes distintas.

g) Caso de P. Ortiz Montenegro, quien fuera procesado por la Justicia Civil (Corte de Apelaciones de Santiago), en virtud del requerimiento del Ministerio del Interior en contra del FPMR, por el delito de asociación ilícita, contemplado en el artículo 4 letra d) de la Ley de Seguridad del Estado, causa rol N° 12-91. Fue, a si mismo, procesado por la Justicia Militar (causa rol N° 345-94; II Fiscalía Militar de Santiago), como autor del delito contemplado en el artículo 8° de la Ley de Control de Armas. La Justicia Civil le absolvió del delito de asociación ilícita atentatoria contra la seguridad del Estado, mientras que la Justicia Militar le condenó por el delito contemplado en el artículo 8° de la Ley de Control de Armas (formación de grupos de combate armado), a la pena de cinco años y un día.

En este caso, el problema concursal ocurre entre la Ley 12.927 de Seguridad Interior del Estado y la Ley 17.798 de Control de Armas. La primera de estas leyes prevé el grupo armado, pero le agrega un afán político a su accionar, señalando "con el fin de sustituir a la Fuerza Pública, atacarla o interferir en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los Poderes del Estado o atentar contra las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 6°".

A partir de lo antes mencionado, si concurre este elemento de finalidad especial de afán político, aunque se constituya el grupo de combate armado del

artículo 8º de la Ley de Control de Armas, se aplicará el tipo de la ley 12.927, y por el contrario, es obvio que si no existe tal propósito desestabilizador e ideológico en el grupo de combate armado, se aplica el artículo 8º de la Ley de Control de Armas.

h) Para analizar el último caso al cual haremos referencia, nos ceñiremos, nuevamente, al estudio realizado por la profesora de nuestra facultad, Doctora Myrna Villegas Díaz, que en su Tesis Doctoral: Terrorismo un Problema de Estado, citando la Jurisprudencia relativa a los hechos constitutivos del atentado al General Pinochet (1986) y el asalto al retén de Carabineros del poblado de Los Queñes (1988), ha señalado a este respecto, que no procede aplicar dos penas separadas por responsabilidad de delitos tipificados en el artículo 8º de la Ley 17.798, ya que la asociación ilícita que describe dicho precepto se corresponde con un delito de peligro abstracto, "sin perjuicio de que el daño efectivamente causado, influya en la penalidad o determine su calificación como una figura delictiva distinta, sin consideración a los hechos que resulten cometidos como consecuencia de dicha asociación". Lo que el legislador castiga son los grupos que constituyen un cuerpo organizado, con sus jefes y reglas propias, formadas para propender a un fin ilícito de un modo más o menos estable, siendo su característica principal la continuidad relativa, que a su vez la diferencia del simple concierto para la comisión de uno o varios delitos específicos. Por esta razón, el ingreso de un sujeto a una asociación

ilícita como las descritas "en manera alguna puede dar motivo a una doble sanción, ya que ello, aparte de constituir una infracción al principio del Non bis in ídem, implicaría, así mismo, el desconocimiento de una de las principales características de dicha asociación ilícita. Esta permanencia se encontraría reflejada en la comisión de variados delitos a través del tiempo, por lo que no procedería estimar la existencia de dos delitos del artículo 8º de la Ley 17.798, pues, no parece razonable suponer que para cumplir cada una de las acciones haya de estimarse que el procesado ingresó nuevamente a dicha organización". Se trataría, por tanto, de una sola infracción al artículo 8º de la Ley de Control de Armas que, en los hechos de que trata la sentencia "se consumó con el atentado presidencial".¹³⁶

¹³⁶ SCA 24/7/92 CAUSA ROL 1-91. Considerando 22º, caso atentado.

CONCLUSIONES

A la hora de analizar en que consiste la política criminal y sus manifestaciones, hemos constatado que, por un lado, la doctrina nacional e internacional considera ciertos elementos necesarios y esenciales para que nos encontremos frente a una verdadera política criminal, como por ejemplo acabados estudios de la realidad de la desviación criminal, análisis de acuerdo a la Ciencia (Criminología, Dogmática Penal), y compatibilidad entre la Política Criminal y las demás políticas públicas, estableciendo metas a corto, mediano y largo plazo. Pero en la realidad de los Estados, especialmente de los países Latinoamericanos, la política criminal aplicada cumple sólo algunos de los requisitos asignados a ella doctrinariamente. En general las políticas criminales, salvo notables excepciones, han respondido a la coyuntura social, pensando en la obtención de dividendos políticos, sin tener en cuenta los estudios empíricos de la desviación criminal y el aporte de las Ciencias Penales, la Criminología, y otras ramas del saber, determinantes a la hora de aplicar una correcta política criminal respetuosa de los derechos humanos.

Es por lo anterior que consideramos necesario plantear en este trabajo, un concepto propio de política criminal, que recoja todos los elementos que a

nuestro juicio, permitirán al ciudadano su máximo desarrollo, sin verse aplastado por el aparato estatal en su esfera de represión.

Ahora bien, la política criminal implementada en la Ley 17.798, obedeció a la necesidad de la sociedad de regular el aumento explosivo de armas que, a juicio de la clase política, se estaba produciendo, evitando una crisis que terminara en una guerra civil. Empero, serán las posteriores modificaciones a la Ley de Control de Armas a través de sucesivos decretos leyes, los que irán imprimiendo a esta ley su sello autoritario, manifestando un Derecho Penal del Enemigo que se pretendía aplicar en Chile. En efecto, a través de la Ley de Control de Armas, en conjunto con la Ley Antiterrorista y de Seguridad del Estado, el aparato estatal chileno inició una política criminal destinada a eliminar, con los mecanismos jurídicos vigentes, a un determinado sector de la sociedad que se consideraba por el gobierno de turno como peligroso para los fines de la nueva sociedad que se pretendía implantar.

Además, cabe destacar que una vez llegada la democracia, el Estado chileno, en cierta medida, ha continuado aplicando mecanismos propios de gobiernos autoritarios, lo que significa aplicar una política criminal que no es propia de un Estado social y democrático de derecho. En todo caso, este fenómeno de los “Estados democráticos”, que tienen políticas criminales

autoritarias en lo relativo al control de las armas, no es singular de nuestro país, ya que en otras naciones también suceden fenómenos similares.

En cuanto a la violencia política como fenómeno social, hemos constatado que ésta se ha dado regularmente en las sociedades que logran un mínimo de organización, aún cuando consideramos que la violencia no es connatural al hombre, y que es posible eliminarla, una vez que se llegue a un estado mayor del desarrollo humano.

Además debemos señalar, que la violencia política puede justificarse, dependiendo del prisma que se analice, ya que, si miramos a la violencia popular desde el poder central, será considerada como perjudicial para los valores sociales preponderantes y se utilizarán todos los medios en reprimir cualquier alzamiento social. En cambio, si la violencia política emanada de las bases es mirada desde abajo, consideraremos que esa fuerza es necesaria y apremiante para el desarrollo de la sociedad. En todo caso, a nuestro juicio, la violencia política se manifiesta con toda su fuerza en determinadas coyunturas históricas, y a través de ella podemos abrir las relaciones sociales a nuevas formas que optimicen las condiciones de la vida en sociedad, sobre todo dando cabida a la dignidad humana y los derechos fundamentales en el desarrollo de las relaciones de producción.

Llegando al tema de la asociación ilícita, tipificada por el 292 de nuestro Código Penal, ésta repite los mismos vicios en cuanto a su tipo, requisitos de constitución y criterios de aplicación que existen en la mayoría de las legislaciones comparadas. Este fenómeno del tipo de la asociación ilícita provoca que este delito así establecido se configure como un tipo de peligro abstracto, amplio y abierto, y por lo tanto es un límite abusivo al derecho de asociación consagrado en la Constitución Política en su artículo 19 N° 15, y que además, viola el principio de inocencia y de la ultima ratio legis del Derecho Penal. Por su parte, la asociación ilícita armada del artículo 8 de la Ley de Control de Armas reproduce también estas falencias, atenuadas en ciertos aspectos, como la determinación de la conducta tipificada debido lógicamente a su mayor especificidad en torno a lo punible. Si revisamos la normativa nacional relativa a la relación que cabría entre asociación ilícita general y la asociación del grupo de combate armado, constatamos claramente que son en su tipicidad similares y que sus diferencias se sitúan en la esfera de la superficialidad en relación a los elementos que se ocupa por el grupo de combate. Siguiendo esta línea de argumentación, sólo el inciso tercero del artículo 8° de la Ley de Control de Armas, que establece un delito de peligro concreto, nos parece un cambio más trascendente y el cual compartimos. La penalidad de ambos delitos es agravada por la figura del artículo 8 debido al porte de armamento y la intención de formar un grupo de combate para delinquir o milicia privada.

Lo antes señalado, más la circunstancia del agravante del Código Penal del 12 N° 20 que se aplicaría al 292 del mismo texto legal nos lleva a concluir que es fundamental una readecuación de ambos tipos penales, y para este objetivo presentamos tres salidas alternativas. En primer lugar, eventualmente una salida es excluir el tipo penal de la asociación ilícita de nuestro Código Penal y sancionar a las personas que cometan algún delito previsto al alero de una agrupación con una agravante de la penalidad a ese delito, que podría consistir en el “actuar concertado por medio de una asociación para la comisión de un determinado hecho delictual”. Esta asociación no sería cualquiera, sino una organización, estable, con jerarquía y permanencia. Aquí seguiríamos el concepto tradicional de lo que se entiende por asociación doctrinariamente.

Otra salida sería mantener el tipo penal de asociación ilícita, mejorando la tipicidad del mismo, restringiéndolo por ejemplo a “Toda asociación formada por tres o más personas y que tiene como objetivo el atentar contra el orden público, por medio de la comisión de delitos particulares”. Esta asociación debe ser un grupo organizado estable, permanente en el tiempo, con jerarquía de mando y con una planificación delictual determinada en el tiempo. La comisión de delitos debe ser posible y realizable, en el tiempo y espacio de actuación grupal. Este delito debería subsumirse al delito de ejecución efectivamente materializado, cuando actúe la asociación. Se propone además prescindir de

los específicos delitos de asociación ilícita, por ejemplo, de la Ley de Control de Armas, Ley de Seguridad Interior, Ley de Conductas Terroristas, y ubicar dichos supuestos penales como agravantes en el Código Penal.

La última solución propuesta, es suprimir el tipo general de asociación ilícita del Código Penal y mantener sólo las tipificaciones de las leyes especiales que tratan el tipo penal en comento, como Ley de Control de Armas, Ley de Tráfico de Drogas, Ley de Conductas Terroristas, etc. Estos tipos se mantendrían por que penan conductas sustancialmente dañosas para la sociedad.

Si tomáramos postura sobre una posible salida desde la óptica y marco de nuestra legislación, debemos partir de la base que la lógica es que la asociación ilícita armada tenga mayor penalidad que la asociación ilícita general, Y ello se soluciona con el agravante del 12 N° 20, por lo tanto queda solucionado por el propio legislador que las asociaciones ilícitas en las cuales para ejecutar el delito de asociación porten y tengan armas en sentido general pueda aumentarse su penalidad.

Esto además haría más flexible la penalidad y permitiría un análisis jurisprudencial más efectivo al aplicar sanción, debido al basto campo de distinciones que pueden surgir entre distintas asociaciones ilícitas que tengan

armas. Creemos que una solución integral a la problemática que plantea el delito de asociación ilícita en la actualidad, debido a la introducción de la agravante del artículo 12 N° 20 del Código Penal, es prescindir de los primeros tres incisos del artículo 8° de la Ley de Control de Armas y reformar el concepto genérico del artículo 292 del Código Penal, volviendo este delito, un delito de peligro concreto mediante el requisito de la “amenaza efectiva a la seguridad del Estado y de las personas”; y además regulando de mejor manera sus requisitos de constitución y elementos.

Además creemos que la agravante del artículo 12 n° 20 debe ser complementada, debiendo remitirse en su regulación a los artículos 2 y 3 de la Ley de Control de Armas, y de esta forma, enriquecer el campo de lo que se denomina “*armas*”, eliminado su remisión al artículo 132 del CP.

Así también, si se lo desea, se mantendrían las agravantes específicas del inciso cuarto y sexto del artículo 8°, por la calificación del sujeto y el tiempo de guerra externa, pero dentro de la normativa de la Ley de Control de Armas y remitiendo su aplicación al 292 y siguientes del Código Penal, más el agravante del 12 N ° 20.

Finalmente, la presunción del inciso quinto del artículo 8° de la Ley de Control de Armas podría existir en los mismos términos que el inciso 4° y 6° del

artículo 8º de la Ley de Control de Armas, pero sacando de su redacción a los que faciliten sitios, por lo antes mencionado y presumiendo “ayuda y protección a sabiendas” y no la participación como miembro activo y parte de la asociación, lo cual debería siempre probarse.

En cuanto a los problemas concursales generados a partir de la aplicación de la Ley de Control de Armas, Ley de Conductas Terroristas, y Ley de Seguridad del Estado, hemos constatado que en la mayoría de los casos se trata de concursos aparentes de leyes penales, y lo que corresponde es que la doctrina, y en especial, la jurisprudencia, hagan una correcta interpretación de la ley penal, aplicando una figura típica al hecho cometido. En todos los casos analizados en el presente trabajo era necesario ser preciso y exhaustivo en el estudio del tipo penal, y de esa manera, aplicando fundamentalmente el principio de especialidad, se llega a la solución.

Ahora bien, podían presentarse problemas en la interpretación, cuando agregamos al delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 del Código Penal, la circunstancia agravante establecida en el artículo 12 N° 20 del mismo cuerpo legal, ya que al pertenecer a una asociación ilícita común, incurriendo en la agravante señalada, podríamos estar frente a un concurso ideal de delitos, en relación al artículo 8º de la Ley de Control de Armas, toda vez que en ambos casos se trata de una asociación ilícita armada y, por lo

tanto, existiría un sólo hecho que satisface 2 tipos penales, el del artículo 292 agravado y el del artículo 8º. Pero ello, es sólo un concurso aparente de tipos penales, toda vez que la agravante señalada exige en su tipificación que el delito se ejecute portando armas de fuego, circunstancia que no señala el artículo 8º, que sólo sanciona a quienes organizaren, pertenecieren o indujeren, etc., a la formación y funcionamiento de asociaciones ilícitas armadas, sin exigir el porte.

Por otra parte, de la jurisprudencia , mencionada precedentemente en este estudio, podemos observar que si bien en la mayoría de los casos citados a modo ejemplar (acaecidos en la década de los noventa), los tribunales superiores, en una interpretación a luz de los principios inspiradores del derecho penal, están por no vulnerar el non bis in ídem, al fundar el mérito de las sentencias en dicho principio para desechar la aplicación del artículo 8º de la Ley de Control de Armas, no podemos perder de vista que aunque los tribunales superiores subsanarán en la práctica procesal, en la etapa de sentencia, los conflictos suscitados por la tipicidad de las leyes estudiadas, el problema concursal no se soluciona, por que tiene un trasfondo mayor, que se origina en la aplicación de dichas leyes, ya que, en la mayoría de los casos, los encausados son procesados por la figura del artículo 8º, lo que resulta atentatorio de los derechos consagrados en la Carta Fundamental y de los principios fundantes del Derecho Penal, toda vez que el auto de procesamiento

en el antiguo sistema de procedimiento penal produce ciertos efectos que, de pleno derecho, menoscaban e, incluso, vulneran la libertad de las personas.

Siguiendo la reflexión antes expuesta, es claro que la institución penal de la prisión preventiva se posicionó en la realidad como una "condena previa sin sentencia", debido a que esta duraba años en la mayoría de los casos, y muchas veces, su amplitud temporal era superior a la propia sanción. Lo mencionado se une al sistema de prontuario, que produce que el extracto de filiación de los individuos contendrá los procesamientos de que estas personas están siendo objeto y, por lo tanto, provoca en concreto una alteración de los antecedentes de los sujetos, lo que impide su proyección en relación a su reinserción futura.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- ARMIJO GARRIDO, LORENA.[s.a.]. La construcción de la identidad nacional desde el discurso de género en la historiografía conservadora chilena. Tesis para optar título de socióloga, Facultad de Ciencias Sociales. Santiago de Chile. Universidad de Chile.
- 2- AROSTEGUI, JULIO. 1996. La Especificación de lo Genérico: La Violencia Política en Perspectiva Histórica, en Violencia y Política. Madrid. Editorial Sistema.
- 3- BARATTA, ALESSANDRO. 1997. Delito y Seguridad de los Habitantes de México. Editorial Siglo XXI.
- 4- BARRIO REYNA, ALVARO DEL - LEÓN REYES, JOSÉ JULIO. 1991. Terrorismo, Ley Antiterrorista y Derechos Humanos. Santiago. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- 5- BOBBIO, NORBERTO. 1985. Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Buenos Aires. Editorial Debate.

- 6- BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. Lineamientos Generales de una Política Criminal de los Derechos Humanos. <www.diritto.it/materiali/transnazionale/bernal.pdf >. [Consulta: 11 de noviembre de 2006].
- 7- BRICEÑO, RODRIGO, "et al". 2003. Análisis Jurisprudencial de la Legislación Antiterrorista. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 8- BULLEMORE, VIVIAN. 2005. Curso de Derecho Penal, Tomos I, II y III. Santiago. Editorial Nexis Lexis.
- 9- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. 1987. Violencia y Dominación en Latinoamérica, en Control Social y Sistema Penal. Barcelona. Editorial PPU.
- 10-BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. 1991. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Barcelona. Editorial Ariel.
- 11-BUSTOS RAMIREZ, JUAN - HORMAZABAL MALAREE, HERNAN. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Madrid. Editorial Trotta.

- 12-CANCIO MELIÁ. 2003. Derecho Penal del Enemigo y Delitos de Terrorismo. Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo. (3).
- 13-CASTILLO BARRANTES, ENRIQUE. [1990]. Criminalidad Organizada. Informe General de la sociedad Internacional de Criminología. Milán
- 14-CEA CIENFUEGOS, SERGIO. 2006. Control de Armas: Manual de Aplicación de la Ley Nº 17.798. Santiago. Editorial Lexis Nexis.
- 15-CHOCLÁN, JOSE ANTONIO. 2000. La Organización Criminal: Tratamiento Penal y Procesal. Madrid. Editorial Dykinson.
- 16-CORTINA, ADELA. 1996. Ética y Violencia Política. Madrid. Editorial Sistema.
- 17-CURY URZÚA, ENRIQUE. 2001. Derecho Penal Parte General, tomos I y II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- 18-DE LOS ÁNGELES, CARLOS. [s.a.]. Fenomenología de la violencia. Profesor de Post-Grado de Psiquiatría (UASD-SESPAS).[en línea]. www.monografías.com. Consulta: 6 de enero de 2007.

19-DIEGO DÍAZ-SANTOS, MARÍA DEL ROSARIO - SANCHEZ LOPEZ, VIRGINIA. 1999. Derecho Penal: Implicaciones Internacionales. Madrid. Editorial Constitución y Leyes SA.

20-DOMINGUEZ, ANDRÉS. Terrorismo y Derechos Humanos. Santiago de Chile. Comisión Chilena de Derechos Humanos.

21-DONNA, EDGARDO ALBERTO. 2003. Derecho Penal Parte Especial. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

22-ETCHEVERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Prólogo de Sebastián Soler. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

23-EYZAGUIRRE BAEZA, CRISTOBAL.1972. Leyes Cumplido, Análisis y Comentario sobre la Ley 17.798, que Establece el Control de Armas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Concepción.

24-FERRADA NOLI, RICARDO. 1972. Análisis y Comentario sobre la Ley 17.798 que establece el control de armas. Memoria para optar al grado

de ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Concepción.

25-FLEITAS, DIEGO. 2005. Las Políticas de Control de Armas de Fuego en la Argentina Durante el Año 2004. Asociación para Políticas Públicas. < www.iansa.org>. [Consulta: 13 de septiembre de 2006].

26-FRUHLING E, HUGO. 1995. El Estado Frente al Terrorismo. Santiago. Ed Atena, 1ª Edición.

27-FRUHLING E, HUGO. 2005. Crimen y Violencia en América Latina, Seguridad Ciudadana, Democracia y Estado. Bogota. Fondo de Cultura Económica.

28-GARRIDO MONTT, MARIO. 2001. Derecho Penal Parte General, tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

29-GOMEZ BENITEZ, J.M. 1982. Crítica de la Política Criminal del Orden Público. Cuadernos de Política Criminal. (16)

30-GONZALEZ MORALES, FELIPE - MERA FIGUEROA, JORGE - VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. 1991. Protección Democrática de

la Seguridad del Estado. Santiago. Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

31-GRISOLÍA, FRANCISCO. 2004. El Delito de Asociación Ilícita. Santiago.

Revista Chilena del Derecho, Volumen 31 N° 1.

32-GUERRA ARELLANO, ABRAHAM. 1985. El Delito de Asociaciones

Ilícitas en el Código Penal Chileno y en Legislación Comparada. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

33-GUERRA BLUMER, MARTÍN. 1982. Procedimiento por Infracción a la

Ley sobre Control de Armas de Fuego. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de

Derecho, Universidad de Chile.

34-GUTIERREZ SALAZAR, FEDERICO. 1984. El Delito de Asociación

Ilícita. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

35-HISTORÍA DE LA LEY 19.027 QUE MODIFICA LA LEY 18.314 SOBRE

CONDUCTAS TERRORISTAS Y SU PENALIDAD. 1997. Compilación de

Textos Oficiales del Debate Parlamentario. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago.

36-LABATUT GLENA, GUSTAVO. 1976. Derecho Penal Parte General, tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

37-LABATUT GLENA, GUSTAVO. 1990. Derecho Penal Parte Especial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

38-LAMARCA PEREZ, CARMEN. 1985. Tratamiento Jurídico del Terrorismo. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. (3).

39-LAQUER, WALTER. 2002. Una Historia del Terrorismo. Buenos Aires. Editorial Paidós.

40-LARRAIN, Jorge. 1994. La Identidad latinoamericana: teoría e historia en Revista Estudios Públicos, nº55, CPU, Santiago.

41-MAQUIAVELO, NICOLAS. 1941. El Príncipe. Santiago. Editorial Zig-zag

- 42-MEDINA, JUANJO. 2003. Criminología y Política Criminal: La Necesidad de un Foro de Discusión. Revista Española Investigación Criminológica. <www.criminología.net/revista>. [Consulta: 15 de diciembre de 2006].
- 43-MERA FIGUEROA, JORGE. 1997. Política Criminal y Seguridad Ciudadana. Santiago. Editorial Jurídica Conosur.
- 44-MIKKELSEN-LÖTH, JORGE FEDERICO. 2001. Asociación Ilícita: La Práctica Judicial Perversa de Usar el Delito de Asociación Ilícita como Sucedáneo Procesal. Buenos Aires. Editorial La Ley S.A.
- 45-MIR PUIG, SANTIAGO. 1998. Derecho Penal Parte General. Barcelona. Editorial Reppertor.
- 46-MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. 2004. Derecho Penal Parte Especial. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.
- 47-NOVOA MONREAL, EDUARDO. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

48-MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO. 2000. En Torno a la Idea de Delito Político. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. (18): 131-156.

49-ORELLANA VAQUERO, PATRICIA. 1978. El Delito de Fabricación y Tráfico de Armas y otras Figuras de la Ley 17.798 sobre Control de Armas. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

50-PEREZ LUÑO, ANTONIO. 1995. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Editorial Tecnos.

51-POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, en conjunto con GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

52-POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. 1997. Derecho Penal, tomo I. Santiago. Editorial Jurídica Cono Sur.

53-PUIG PEÑA, FEDERICO. 1969. Derecho Penal. Madrid. Revista de Derecho Público.

54-QUINTERO OLIVARES, GONZALO. 1996. Curso de Derecho Penal Parte General. España. Editorial Barcelona.

55-QUINTERO OLIVARES, GONZALO. 1999. Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminología. España. J.C. Tené Olivé y E. Anarte Barcillo Editores. Publicaciones de la Universidad de Huelva.

56-RAND, AYN. [s.a.]. Sobre la Naturaleza de un Gobierno. <www.liberalismo.org/articulo>. [Consulta: 3 de noviembre de 2006]

57-REVISTA DIGITAL ARTEHISTORIA. La Violencia Política en Europa. [en línea]. <http://www.artehistoria.jcyl.es>. [Consulta. 13 de enero de 2007].

58-ROJAS SANCHEZ, GONZALO. 1991. Delitos Políticos en Chile, 1841-1861: Aplicación de Normas Indianas y Castellanas. 1991. Revista de Derecho Público. (50).

59-ROSAL, JUAN DEL. 1944. Política Criminal. Barcelona. Editorial Bosch.

60-ROXIN, CLAUS. 2000. Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.

61-ROXIN, CLAUS. 2002. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.
Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 2ª Edición.

62-SEMINARIO ASOCIACIÓN ILÍCITA: EXPERIENCIAS Y TENDENCIAS
ACTUALES. 18 Y 19 de Octubre de 2004. Santiago. Facultad de
Derecho de la Universidad de Chile.

63-SERRANO GÓMEZ, ALFONSO y SERRANO MAILLO, ALFONSO. 2005.
Derecho Penal Parte Especial. Madrid. Editorial Dytkinson.

64-TORAL BUSTAMENTE, GUILLERMO - YAÑEZ LEÓN, GERMÁN. 1985.
De los Delitos Contemplados en la Ley 17.798 sobre Control de Armas.
Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

65-VALENZUELA, ROBERTO ENRIQUE. 1980. El Concepto de Arma en el
Código de Justicia Militar, en el Código Penal y en los Delitos Previstos
en la Ley 17.798. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de
Chile.

66-VERDUGO MARINKOVIC, MARIO. 1975. Código de Justicia Militar: Ley de Seguridad del Estado, Ley de Control de Armas: Textos Anotados: Concordancias, Antecedentes Históricos, Jurisprudencia, Fallos de Consejos de Guerra: Decretos Leyes con Incidencia en el Código de Justicia Militar, Seguridad Nacional y Control de Armas hasta El D.L. N° 1.061, de 18 de Junio de 1975. Santiago. Editorial Encina.

67- VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. 2000. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.

68-VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. 1995. Análisis del Delito Terrorista. Tesis para optar la grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

69-VILLEGAS DÍAZ, MYRNA. 2002. Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la Legislación Comparada. Especial Referencia a la Legislación de Chile y España. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, España.

70- WEBER, MAX. 1978. Economía y sociedad. Santiago. Editorial Diego de Almagro.

71-WEBER, MAX. 1985. La política como vocación; en ensayos de sociología contemporánea I. Barcelona. Editorial Planeta.

72-ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. 2002. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. Editorial Ediar, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 2ª Edición.

LEYES, CÓDIGOS Y TEXTOS COMPLEMENTARIOS.

- a) CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CHILENO. 2005. Editorial Jurídica de Chile.

- b) CÓDIGO PENAL CHILENO. 1996. Editorial Jurídica de Chile. 15ª Edición.

- c) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO. 2005. Editorial Jurídica de Chile.

- d) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE CHILE DE 1980. 2005. Editorial Jurídica de Chile.

- e) CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 12.927: Sobre Seguridad del Estado.

- f) CHILE. Ministerio de Defensa. Ley 17.798: Sobre Control de Armas y Explosivos.

- g) CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 18.314: Sobre Conductas Terroristas.

- h) DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Meses de Abril, Junio y Julio de 1972. Santiago. Biblioteca del Congreso Nacional.

i) DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA.

[Consultas: 10 y 12 de enero de 2007] <<http://buscon.rae.es/drae/>>.

j) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO MAIOR. 1998. Barcelona. Ediciones Nauta S.A.

LITERATURA COMPLEMENTARIA

- 1) Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, Valparaíso, 1974. También en Santiago Lazo: Los Códigos chilenos anotados. Santiago.
- 2) Crespi. 1986. Comentario Breve al Codice Penale. Padova.
- 3) Cuello Calón, Eugenio. 1952. Derecho Penal, Tomo II, 8ª edición. Barcelona.
- 4) Fuensalida, Alejandro. 1883. Concordancias y comentarios del Código Penal chileno. Lima.
- 5) Manzini, Vincenzo. 1955. Istituzioni di Diritto penale italiano, parte speciali, Padova.
- 6) Manzini, Vicenio. 1957. Tratado de Derecho Penal, de los delitos en especial, Vol. II. Buenos Aires.
- 7) Ranieri, Silvio. 1975. Manual de Derecho Penal, parte especial. Bogota.

8) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo IV. Buenos Aires.