



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados y el Departamento de Ciencias Penales
Magíster en Derecho con Mención en Derecho Penal 2010

ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA COMETER DELITOS DE NARCOTRÁFICO

Autor: Pedro Edgardo Ruz Castillo

RUT: 10.691.892-9

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda

SANTIAGO, NOVIEMBRE DE 2014.

Resumen

El presente trabajo se denomina “Asociación Ilícita Para Cometer Delitos de Narcotráfico. Artículo 16º de la Ley N° 20.000, Configuración, Bien Jurídico y Jurisprudencia”, y tiene como objeto analizar la figura típica de dicho artículo, que establece el delito de la Asociación Ilícita para cometer delitos de tráfico de drogas.

El análisis se efectúa desde una perspectiva global del fenómeno del combate al narcotráfico por medio de la utilización del derecho penal como herramienta de persecución. Es así que se plantea que siendo el fenómeno del narcotráfico un fenómeno cultural, la Ley N° 20.000, y por lo tanto la figura establecida por su artículo 16º, deben ser entendidas e interpretadas desde dicha óptica. Asimismo, se centra el análisis en establecer cuáles son los alcances del tipo penal en comento, cuales son los bienes jurídicos que efectivamente protege la figura del artículo 16º, cual es su relación con la Asociación Ilícita del Código Penal y como ha sido entendida por la jurisprudencia reciente del país.

Palabras Claves: Artículo 16º, Artículo 292º, Asociación Ilícita, Fenómeno cultural, Ley N° 20.000, narcotráfico, penalidad, tipo penal.

This paper aims to analyze the typical figure of Article 16º of Law N° 20.000, which establishes the offense of conspiracy to commit drug offenses. The analysis is done from a global perspective of the phenomenon of combating drug trafficking through the use of criminal law as a tool of persecution. Thus, it is proposed that the phenomenon of drug trafficking being a cultural phenomenon, Law N° 20.000, and therefore the figure established by article 16º, should be understood and interpreted from this perspective. It also focuses the analysis to establish which are the scope of the offense in question, which are the legal rights that effectively protects the figure of the Article 16 º, what is it relationship with Chilean Criminal Code and how it has been understood by the recent case law of the country.

Keywords: Article 16º, Article 292 º, conspiracy, cultural phenomenon, Law N° 20.000, drug trafficking, penalties, criminal type.

ÍNDICE

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	4
1) CAPÍTULO 1: QUÉ ENTENDEMOS POR ASOCIACIÓN ILÍCITA	16
1.1 ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ARTÍCULO 16° LEY N° 20.000	21
1.1.1 Bien Jurídico Protegido.....	21
1.1.2 Acción Típica.....	33
1.1.3 Penalidad.....	40
1.2 ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL CÓDIGO PENAL ARTÍCULO 292	49
1.2.1 Respecto del Tipo Objetivo	56
1.2.2 Respecto del Tipo Subjetivo	62
1.2.3 Penalidades.....	63
2) CAPÍTULO 2: CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA LEY N° 20.000	66
3) CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	71
3.1 SENTENCIA N° 1 CORTE SUPREMA, 11 DE JUNIO DE 2008	71
3.2 SENTENCIA N° 2 CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 09 DE AGOSTO DE 2010	75
3.3 SENTENCIA N°3, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 12 DE MAYO DE 2010	79
3.4 SENTENCIA N°4, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, 25 DE MAYO DE 2010	83
3.5 SENTENCIA N°5, SEXTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, 27 DE ABRIL DE 2011	87
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	104

Introducción

El delito de Asociación Ilícita contemplado en el artículo 16° de la Ley N° 20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, es una figura típica compleja, grave, que impone algunas de las mayores penas que contempla el ordenamiento jurídico nacional.

La figura de la asociación ilícita en los últimos años, ha sido una figura a la que se ha recurrido a efectos de sancionar a ciertos grupos de personas, que agrupadas o asociadas bajo ciertas condiciones precisas, dan lugar al delito en comento. No obstante lo anterior, la tendencia de recurrir a esta figura, presenta indicios, en muchos casos, de un intento por parte del Estado, de aplicar figuras penales que adelanten la punibilidad del Iter Críminis, a instancias incluso previas a la efectiva afectación del bien jurídico tutelado por el tipo penal¹ en cuestión. Respecto a este punto, se ha pronunciado Manuel Cancio Meliá, para quien “el delito de pertenencia a una organización criminal (=“asociación ilícita”), y, en España, sobre todo –por su amplia presencia en la praxis de los tribunales, a diferencia (hasta ahora) de la asociación ilícita ordinaria– de pertenencia a una organización terrorista, incluye formas de mera protoparticipación o pre-preparación”.² En un sentido similar se pronuncia Silva Sánchez, para quien “existe una fuerte tendencia a homogeneizar la respuesta penal en este punto”³.

El citado artículo 16° de la Ley N° 20.000, contempla una figura penal no definida en forma exhaustiva por el Legislador⁴, el que se limitó a establecer los aspectos más significativos de lo que podemos considerar como una Asociación Ilícita⁵ destinada a cometer delitos de narcotráfico, pero sin el nivel de precisiones necesarias para un tipo penal de estas características e importancia.

Dichas falencias legislativas, han debido ser compensadas por el Poder Judicial, el cual ha complementado la figura legislativa precisando su contenido y las condiciones objetivas que deben cumplirse para que efectivamente exista una asociación ilícita según lo establece el artículo 16° de la Ley N° 20.000.

¹ Ziffer Patricia S., *El Delito de Asociación ilícita*, 1° Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

² Cancio Meliá, Manuel, *El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal Español*, *Revista de Estudios de la Justicia, España*, España, (N° 12): p. 150, 2010.

³ Silva Sánchez Jesús María, *La Intervención a través de la organización, una forma moderna de participación en el delito*, *En: Cancio Meliá y Silva Sanchez, Delitos de Organización*, Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F, 2008, p. 87.

⁴ Si bien es cierto que son los aspectos concretos de cada caso, los que confirman o descartan la existencia o inexistencia de una Asociación Ilícita, el tipo penal establecido por nuestro legislador no es lo preciso y concreto que pudiese esperarse para la configuración de un delito tan trascendente y potente como el analizado.

⁵ El artículo 16° de la Ley N° 20.000, se limita a establecer como parte material del tipo penal la a) *Pertenencia a una organización*, b) *Mando, dirección o planificación de los delitos*, c) *Suministro de armas, municiones, alojamiento y logística general para la comisión de estos delitos*.

De esta forma, para nuestra jurisprudencia se configura la figura típica común de Asociación Ilícita si “existe una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo causal para cometer un delito determinado”.⁶

Así la mera conspiración, sería “una fase mínima del iter críminis que se construye sobre un delito determinado y es excepcionalmente sancionada por la Ley”.⁷ En un sentido similar se pronuncian otros autores al señalar que “la organización, en tanto que estado de cosas favorecedor del hecho delictivo concreto cometido luego por alguno o algunos de sus miembros, debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate”.⁸

Esta visión respecto de la Asociación Ilícita como figura genérica del derecho penal, también es compartida por la doctrina nacional, la que ha hecho referencia a la estructura que debe presentar una agrupación criminal, para efectos de catalogarla como Asociación Ilícita. De esta forma el profesor y destacado penalista, Manuel Cancio Meliá ha señalado que “En Alemania –respecto del delito común (asociación ilícita) del § 129 StGB, cuya formulación coincide en esto con el precepto del § 129a StGB, referido al terrorismo– es opinión común que la conducta de pertenencia implica que el sujeto se integra en la organización y subordina a la voluntad de la organización”.⁹

Cabe agregar que se refuerza dicha interpretación más específica y restrictiva de la figura en análisis, si analizamos esta materia, considerando la existencia de la letra a) del artículo 19° de la misma Ley N° 20.000, el que establece un tipo independiente del ya citado artículo 16° para ciertas *agrupaciones o reuniones de delincuentes*, sin incurrir, precisamente en el delito del citado artículo 16°.

⁶ Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 2° Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 598.

⁷ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31(1): 75, 2004.

⁸ Grosso, en Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, 1999, pp. 133 y ss., 135, 140, En: Cancio Melia y Silva Sanchez, *Delitos de Organización*, Buenos Aires, Ed. B de F, 2008, p. 99.

⁹ Cancio Meliá, Manuel, *Ob. Cit.*, supra, nota 2, p.158.

La conclusión lógica de la apreciación de las normas citadas, es que no toda agrupación de delincuentes es una asociación ilícita, pese a que todas las asociaciones ilícitas son, de algún modo, agrupaciones de delincuentes.

Si bien, la figura penal de la Asociación Ilícita, establecida en el artículo 292° del Código Penal, es per se una figura compleja, considerando los bienes jurídicos que resguarda, las penas asociadas, y los requisitos de la acción criminal para efectos de configurarla, la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000, es una figura aún más compleja. Lo anterior se debe, desde mi punto de vista, al hecho que la figura establecida por el artículo 16° de la Ley N° 20.000, comparte con la figura del artículo 292° del Código Penal, la complejidad de la anterior, pero agrega a dicha complejidad, el hecho de ser una figura típica, que se aplica a una materia, control de drogas ilegales, que no ha sido, hasta la fecha, tratada sistémicamente, es decir en función de los bienes jurídicos que se pretende defender con el establecimiento de dicho tipo penal y con la Ley que lo contiene (Ley N° 20.000), sino que como parte del fenómeno de la prohibición de las drogas, que es un fenómeno cultural, y como tal no responde necesariamente a las reglas lógicas y principios básicos del derecho penal de tradición continental.

Es desde ésta óptica que podemos plantear que la Penalización y La Prohibición del consumo de drogas es un fenómeno cultural. Es un fenómeno cultural porque se basa en un concepto, en un relato originado en la institucionalidad de control de drogas de los Estados Unidos de Norteamérica, institucionalidad construida en base a símbolos, a normas sociales y afirmaciones que no son científicas¹⁰, afirmaciones generales, basadas en principios morales o religiosos, en dogmas, que se ha expandido en un discurso que se ha implantado en el mundo, a lo menos en el hemisferio occidental, discurso que nos plantea a modo de verdad absoluta que ciertas drogas son malas y que por ende deben ser perseguidas y criminalizadas.

Para graficar de mejor manera la tesis del fenómeno cultural, podemos pensar en una persona que tenía veintitantos años durante la primer Guerra Mundial, el año 1914. Dicha persona, no pensaba en el narcotráfico como un gran problema de la sociedad occidental moderna, de hecho si hubiese querido podría haber comprado heroína de marca "Bayer" en alguna farmacia de Europa o Estados Unidos, así como también marihuana envasada por laboratorios norteamericanos, como el American Drugs Syndicate. Es más, nunca escuchó la frase de "Guerra contra las Drogas", así como tampoco de un "Plan Colombia", o de algún personaje siquiera parecido a Pablo Escobar (Si obviamos a los Magnates Ingleses enriquecidos por el tráfico de Opio a

¹⁰ El método científico de investigación y explicación de fenómenos se basa en un procedimiento que consta de los siguientes pasos a) Observación de un fenómeno, b) Inducción del principio que rige dicho fenómeno, c) Planteamiento de una hipótesis, c) Experimentación para probar la hipótesis, d) Demostración o refutación de la hipótesis, e) Tesis o teoría científica a modo de conclusión.

China durante los siglos XVIII a XIX). De hecho, en Estados Unidos, la primera prohibición en contra del Opio se dictó el año 1914, y sólo restringía la venta del Opio sin receta médica.

Sí, en nuestro tiempo puede sonar extraño, pero años atrás, el opio, la heroína y la morfina se podían consumir con o sin receta médica. No obstante lo anterior, la sociedad no estaba amenazada por las drogas ilegales, ni por las asociaciones ilícitas que las trafican a las que hubiese que aplicar el artículo 16º de la Ley N° 20.000, quizás sí por otro tipo de amenazas, como la guerra, el desempleo, las hambrunas, los conflictos sociales, pero no por las drogas ilegales ni por los grupos criminales dedicados al rubro.

También podemos, a efectos de graficar de mejor manera la tesis del fenómeno cultural, pensar en las miles de generaciones a lo largo de la historia de la humanidad que convivieron con todo tipo de drogas, y que sin embargo, nunca convivieron con el fenómeno del narcotráfico, quitadas de drogas, escuadrones policiales armados hasta los dientes, o grupos criminales que controlaran el comercio de ciertas sustancias.

A este respecto, y refiriéndose específicamente al bien jurídico protegido por las leyes penales que han regulado las materias de drogas en los últimos 100 años, el destacado penalista profesor Juan Ramírez Ramírez, ha señalado que “diferentes y complejas son las facetas relacionadas con la droga o estupefacientes. Su consumo aparece vinculado al desarrollo cultural y social de los pueblos cuya historia siempre aparece ligada al consumo de una determinada droga, respecto de la cual hay una experiencia acumulada en su uso. Aparece aceptada y aún vinculada a todos sus ritos sociales o religiosos (baste con citar el alcohol, el tabaco, el hachís, drogas provenientes de hongos o plantas, etc.). Con razón, por eso, desde la perspectiva cristiana occidental, Bentham señalaba: “¿Con qué posibilidades de éxito...podría un legislador extirpar el alcoholismo o la fornicación a través de la sanción legal?. Ni siquiera todas las torturas que el ingenio puede inventar serían suficientes; y antes de que haya hecho algún progreso que merezca ese nombre, el castigo habrá producido una tal cantidad de daño, que excederá mas de mil veces el peor agravio producido por la ofensa.” Un prueba evidente de estas palabras fue el intento que se realizó en Estados Unidos de América con la llamada ley seca, que constituyó un completo fracaso, y que dejó tras de sí una secuela hasta ahora inextinguida de potente criminalidad organizada y un inmenso daño social.

La situación cambia cuando un pueblo se enfrenta a otro y, ciertamente, entre sus costumbres culturales una de las que más destaca es justamente la ligada a la droga (por la experiencia que ella supone); por eso, la droga sirve para realzar el enfrentamiento y para estigmatizar al otro. En la actualidad esto se agudiza en virtud

de las constantes transculturizaciones que se producen y en que la droga de alguna manera sirve para señalar o al enemigo interno o al disidente, o bien, simplemente a la existencia de otra racionalidad al interior del sistema".¹¹

Cabe considerar, en relación con las palabras de Juan Bustos Ramírez, que ciertos pueblos, como los alemanes e irlandeses nunca en sus miles de años de historia, vivieron una prohibición de su droga favorita, el alcohol (whiskey o cerveza), hasta la prohibición de los años 20 del siglo XX en los Estados Unidos de Norteamérica.

Por su parte, los mejicanos nunca, durante toda su historia, sufrieron de la prohibición de la Marihuana, hasta que fue prohibida por motivos comerciales en los Estados Unidos el año 1937. No obstante ello, hoy en día podemos apreciar que existen países como México o Colombia, donde el Estado se ve amenazado por los carteles del narcotráfico, disputándole en ciertas zonas su poder militar, e incluso burocrático (como fue el caso del Medellín de Pablo Escobar, donde su organización asumía las tareas de ornato y recreativas propias de una Municipalidad común y corriente).

No existe otro ejemplo en la historia de la humanidad en que un Estado, haya visto amenazada su existencia por un grupo ligado al tráfico de drogas, por las asociaciones ilícitas que derivan del mercado negro generado por la prohibición y que dedican todos sus esfuerzos, logística y personal a controlar el mismo. Ni siquiera durante las Guerras del Opio en la China del Siglo XIX, puesto que la intención de los Colonialistas Ingleses nunca fue remplazar al Estado Chino, sino que sólo obligarlo a comerciar con Opio, pero en dicho caso se trató de guerras entre Estados, y no de un grupo de delincuentes que le disputa a un Estado constituido el poder total sobre extensas porciones de su territorio.

El punto central, es que existió en algún momento reciente de la historia de la humanidad, un cambio de paradigma que volcó a los gobiernos del mundo a prohibir masivamente un gran número de sustancias que hasta hace pocos años era legales, ilegalizando las mismas y penalizando su producción, venta y consumo, y la figura típica de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley N° 20.000, debe ser entendida, analizada e interpretada en dicho contexto.

Sobre todo si consideramos que al parecer el remedio, es decir la criminalización de las drogas ilegales, ha sido mucho peor que la enfermedad, no obstante que nadie, o muy pocas personas cuestionen el mega relato oficial que nos

¹¹ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 2º ed., Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1991, p. 232.

dice que las drogas son malas y que estamos en una “Guerra contra las Drogas”. Como si ello fuese lo más normal del mundo y siempre hubiese existido los carteles de las drogas, el narcotráfico, las leyes de prohibición y el problema fuesen las drogas en sí mismas y no la forma en cómo se ha abordado dicho problema.

No obstante ello, nadie, o muy pocas personas cuestionan la actual política criminal que regula ciertas sustancias químicas conocidas como drogas. Lo anterior se explica porque el fenómeno de la prohibición es un fenómeno cultural, en el sentido que es un relato enseñado para que lo internalicemos, lo asumamos como natural, no lo cuestionemos y pueda ser útil a los objetivos que persiguen quienes crearon la concepción de que ciertas drogas son un mal a destruir, y que la única forma de enfrentarlas o regularlas en una sociedad es prohibiéndolas y persiguiéndolas mediante el derecho penal.

Es cultural además porque no es real, las políticas criminales en el tema drogas, no se basan en datos concretos, ni en postulados contrastables con el método científico. En relación con lo anterior, Juan Bustos Ramírez también ha señalado que “El hecho que se prohíban ciertas drogas y otras no que tienen igual o más poder destructor sobre el organismo, nos obliga a reflexionar sobre el tema y a considerar el problema de la droga como algo que está mucho más allá de una solución penal, la cual sólo podría aparecer en relación con determinados aspectos. Recogiendo las palabras de Bentham, así como en relación a la fornicación no se puede prohibir la prostitución, aunque sí determinadas modalidades que afecten la formación o libertad sexual de las personas, tampoco en relación a la droga (el alcoholismo, u otra) se puede entrar simplemente a prohibir, sino que es necesario precisar en forma muy clara y restringida el punto en que va a incidir la prohibición.

Además desde una perspectiva criminológica, la simple prohibición resulta siempre criminógena (cfr. González, p. 197 ss.) y más dañina socialmente”.¹² Se nos ha enseñado a creer en la prohibición y en que la “Guerra contra las drogas” está bien y es algo normal, pero hemos dejado de lado el hecho de que antes de la “Guerra contra las Drogas” nunca existió “Guerra contra las Drogas” y no había enemigo que combatir. Sí existían ciertos problemas puntuales, relacionados más bien con salud pública que con delitos, como el consumo de Opio en ciertas ciudades de Estados Unidos¹³. Pero no existía un enemigo militar que aniquilar, con recursos financieros ilimitados, capaz de corromper ejércitos, aniquilar policías, burlarse del Estado de Derecho, asesinar masiva e impunemente, etc. Toda la evidencia seria indica que precisamente la “Guerra contra las Drogas” genera y fomenta la “Guerra contra las

¹² Bustos Ramírez, Juan, *Ibid.* P. 233.

¹³ Para mayor información a este respecto véase el libro de Courtwright David T., *Dark Paradise, a History of Opiate Addiction in America*, 2º ed., Harvard University Press, 2001.

Drogas”. Pero no obstante, seguimos creyendo que el problema son las drogas y no la forma en que se han regulado y normado tanto su consumo como su comercialización.

Respecto al tema específico de este trabajo, parte de la reflexión respecto a qué tipo de delito es la asociación ilícita, en cuanto a la clasificación del delito, tiene que ver con la pugna existente, pugna acentuada en el mundo y nuestro país desde el año 2001 y la “Guerra contra El Terrorismo” que encabezó George W. Bush, entre el Derecho Penal Liberal y el Derecho Penal del Riesgo.¹⁴

Para entender los fenómenos que rodean a la legislación penal sobre estupefacientes y drogas, es razonable observarlos y analizarlos desde la perspectiva de asumir y apreciar que nuestra sociedad occidental y moderna, se ha convertido en una “*Sociedad del Riesgo*”¹⁵, en la cual los ciudadanos experimentan pocas certezas, salvo los miedos exacerbados que la misma sociedad reproduce y genera en dichos ciudadanos, a perder el empleo, a la delincuencia, a enfermarse, a sufrir un accidente, entre otros.

El derecho penal liberal¹⁶ se ha caracterizado y se sigue caracterizando, al menos en los aspectos mayoritarios de nuestro ordenamiento penal, por que brinda protección exclusivamente a Bienes Jurídicos, siendo que “su objetivo preferente, por un lado, es garantizar la coexistencia pacífica en la sociedad (no crearla) mediante la protección de sus intereses fundamentales y, de otro lado y coetáneamente, el aseguramiento de los derechos esenciales de las personas frente al Estado”.¹⁷ No obstante lo anterior, existe desde fines de los años 1960 y principios de los años 1970, una cierta voluntad política para efectos de forzar a que el derecho penal no sólo proteja bienes jurídicos, sino que adicionalmente (y en ciertos casos en forma excluyente) el orden jurídico establecido.

Esta situación, o voluntad, es lo que Lhumann¹⁸ ha denominado como Expectativa Normativa, por medio de la cual se pretende adecuar la realidad a sí mismos y no adecuar nuestras expectativas a la realidad, que es lo que lógicamente correspondería. Esta lógica de la Expectativa Normativa, pretende solucionar problemas sociales complejos, como la inseguridad social o la delincuencia, mediante la utilización de las normas, específicamente en nuestro caso, por medio de la

¹⁴ Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, páginas 79 y siguientes.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ El llamado Derecho Penal Liberal o Tradicional, tiene su fundamento histórico más inmediato, en el período de la Ilustración, y se desarrolla en virtud de los principios de razonabilidad y aplicación del método científico de dicho período histórico. Algunos de sus aspectos que reflejan este origen y tendencia son *el principio de proporcionalidad, Ultima Ratio*, etc.

¹⁷ Garrido Montt Mario, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, 2° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 19

¹⁸ Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 80.

utilización del derecho penal, para efectos de satisfacer las necesidades de seguridad, que este mismo discurso crea en las personas.

En el caso de la Ley N° 20.000, Ley de Drogas, no es claro si esta norma ha solucionado el problema del narcotráfico en nuestro país, o si por el contrario, ha contribuido a incrementar el problema¹⁹, pero lo que sí es claro es que dicha normativa no sólo tiene como objeto establecer tipos penales, proteger bienes jurídicos y sancionar a los responsables de su contravención, sino que además uno de sus objetivos, aún cuando pueda ser un objetivo no oficial e incluso una consecuencia del momento social que vivimos, es apaciguar el miedo ciudadano respecto de las drogas, la expansión de su consumo y los peligros inherentes a la “Guerra a las Drogas”, incluyendo claro está, el concepto alcances y aplicación de la figura de la Asociación Ilícita establecida por el artículo 16° de la Ley N° 20.000.

Podríamos decir en otras palabras, que en caso que efectivamente sea la prohibición de las drogas (al menos en la forma como se ha implantado en el mundo occidental) la que genera el peligro relacionado con el tráfico y consumo de dichas sustancias, o al menos lo incrementa, ello genera una sensación de peligro y alerta en los ciudadanos, sensación que es combatida por el poder político, por medio de la herramienta del derecho penal (Ley N° 20.000), herramienta que se presenta como la solución a los problemas derivados del fenómeno del narcotráfico, convirtiéndose en la depositaria de las expectativas políticas y ciudadanas al respecto, sin que exista una correlación real o efectiva entre la realidad y los efectos o expectativas que se le imponen a dicha norma.

En la actual Sociedad del Riesgo, el fenómeno que describíamos anteriormente como Expectativa Normativa, en materia penal conduce con mayor fuerza que en otros ámbitos de nuestra sociedad, a un fenómeno conexo que podemos definir como “Inflación Legislativa”²⁰ producto de la cual se recarga, endurece y multiplica la producción de normativa criminal que establece tipos penales, endurece sus consecuencias jurídicas asociadas a la determinación de la culpabilidad de una persona, así como se crean nuevos tipos penales para dar respuesta a requerimientos, comunicacionales o reales de la población.

Esta Inflación legislativa, se encuentra cada vez más alejada de del Derecho Penal Liberal o Clásico proveniente del ideal ilustrado. De esta forma el Derecho Penal

¹⁹ Si bien esta materia es muy compleja y no es el objeto específico de este trabajo, cabe señalar que durante todos los años en que en Chile y el mundo fueron legales las sustancias que la legislación antidrogas ha paulatinamente criminalizado, no existe evidencia histórica que indique la existencia de problemas de salud pública, delincuencia y consumo, como los que se presentan en el mundo a medida que se implementan y progresan las legislaciones antidrogas.

²⁰ Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 81.

deja de estructurarse, entenderse, producirse y reproducirse como una rama del ordenamiento jurídico cuyo fin es canalizar y evitar la propagación de la violencia en nuestras comunidades con el objetivo de lograr la mayor paz social posible. Por el contrario en esta lógica de inflación y de expectativa normativa, el derecho penal se hace cargo simbólicamente de falencias y complejos problemas sociales que terminan detonando en el área de expresión del derecho penal, es decir que se expresan en actos u omisiones típicas y culpables o delitos.²¹

En otras palabras, podríamos decir que el temor ciudadano inducido o natural, genera una expectativa de resolución o término del problema (la delincuencia), dicha expectativa a su vez genera una segunda expectativa, la de destruir al enemigo (delincuente) por medio de la Inflación Legislativa del derecho penal.

El derecho penal democrático, solo puede castigar actos externos que impliquen “clara perturbación social”²², y que afecten a su vez a bienes jurídicos determinados. Si esta lógica ilustrada, la aplicamos al campo de análisis de este trabajo, es decir la figura establecida por artículo 16° de la Ley N° 20.000, implica que se reduce y se restringe el ámbito de aplicación de la figura en cuestión a conductas que efectivamente generen disturbios en el normal desarrollo de la vida social o comunitaria y que al mismo tiempo afecten perjudicialmente a los bienes jurídicos que la figura típica busca proteger, lo que puede aparejar como consecuencia inmediata la imposibilidad de aplicarla a situaciones o conductas que puedan catalogarse como actos preparatorios de los delitos contemplados por la Ley N° 20.000.

Francisco Muñoz Conde, señala a este respecto, que el elemento que establece la diferencia entre la Asociación Ilícita y las otras formas de los actos preparatorios de los hechos típicos (fase previa a la consumación de un delito, o forma de participación intentada en el mismo), es que el “acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio”²³. Este criterio diferenciador, que si bien es desarrollado por la doctrina española resulta plenamente aplicable a nuestra legislación, es un punto de partida básico para efectos de la aplicación de esta figura, entendiendo que no puede aplicarse a aquellas situaciones en las que la asociación de personas para cometer los

²¹ Un ejemplo de esta situación han sido los intentos de Rodrigo Hinzpeter, Ministro del Interior de Sebastián Piñera durante el año 2011, para obtener del parlamento la aprobación de una Ley en contra de los saqueos en las marchas ciudadanas. Siendo que la conducta típica definida (saqueo) corresponde al delito de daños establecido en el artículos 484 y siguientes del Código Penal Chileno, tipificar dicha conducta con otro nombre, para agravar sus penas, responde mas bien a un estímulo emocional de entender que sólo la mayor represión y rigor del derecho penal, logrará terminar con un fenómeno sociológicamente complejo como son los saqueos.

²² Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 81.

²³ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 17º ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, p. 777.

ilícitos establecidos por la Ley Nº 20.000, es puramente transitoria y que constituye por lo mismo una fase preparatoria de la figura en análisis.

La eventual restricción del ámbito de aplicación de la Asociación Ilícita de la Ley de Drogas, resulta coherente con el principio que indica que la intervención penal del estado debe ser coherente con la “utilidad, necesidad y eficacia”²⁴ de dicha intervención, debiendo, un Estado de Derecho Democrático, inhibirse de actuar penalmente si la intervención penal en cuestión no cumple con dichos principios o lo que resulta peor, los contraviene expresamente y genera los efectos opuestos.

En definitiva, no obstante ser la Asociación Ilícita de la Ley de Drogas una figura compleja, que se utiliza para sancionar a organizaciones criminales dedicadas a un tipo de delito altamente violento, y con graves consecuencias sociales, no por ello debe el Estado renunciar o desistirse del respeto a la subsidiariedad, fragmentariedad y Ultima Ratio con las que debe actuar el Derecho Penal, para no convertirse en un “derecho penal del enemigo”.²⁵

Autores como Manuel Cancio Meliá, nos señalan al respecto que en el ámbito penal de criminalización de las asociaciones ilícitas y control de organizaciones criminales, “se trata de uno de los terrenos en los que se expande el llamado “Derecho Penal del Enemigo”.²⁶

Cabe señalar que Jesús María Silva Sánchez por su parte, plantea que “la responsabilidad de los miembros de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los tipos que definen los delitos-fin de la asociación criminal de que se trate. Ello permite como se verá, reconducir tal atribución de responsabilidad a reglas comunes de imputación y alejarse del derecho penal de excepción”.²⁷

²⁴ Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 82.

²⁵ Esta expresión, es utilizada en el sentido que le otorga Günther Jakobs, es decir, es utilizada para hacer referencia a un Derecho Penal que mas que proteger bienes jurídicos determinados por medio del derecho penal, lo que hace es sancionar y criminalizar a ciertas personas, sujetos o conductas, por considerarlos peligrosos o molestos. Una vez que se cataloga a personas, actitudes o grupos desde esta óptica, dejan de ser ciudadanos –con iguales derechos y deberes, y sobre todo garantías procesales- para convertirse en enemigos del Estado que deben ser destruidos por medio de la aplicación de la coacción que otorga el derecho penal. En nuestro país, son numerosos los llamados a la aplicación de mano dura contra “los delincuentes” o los llamados “flaites”. Muchos de estos llamados se dirigen a la criminalización no sólo de ciertas conductas delictivas, sino que mas bien de un grupo social, sean o no delincuentes, que deben ser coaccionados y combatidos por medio del derecho penal, con finalidades que se asemejan mucho mas a un control social de la élite por sobre los grupos menos favorecidos de la población, que la aplicación de sanciones para actos efectivamente delictuales.

²⁶ Cancio Meliá Manuel, *El Injusto de los delitos de organización: Peligro y Significado*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, (Nº 74), p. 250, mayo-agosto año 2008.

²⁷ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 87.

A este respecto, cabe considerar lo señalado por Juan Bustos Ramírez²⁸ respecto del delito de pertenencia a una organización terrorista establecido por el Código Penal Español. Para el autor, los tipos descritos por la legislación antiterrorista española y por la legislación antiterrorista en general, se caracterizan por altos grados de componentes subjetivos, los cuales determinan los alcances y el rigor de su aplicación con prescindencia de la real afectación que la actividad terrorista implique para los bienes jurídicos que dicha legislación busca proteger. Para el autor "...esta legislación [la antiterrorista] está basada en una relevancia total del elemento subjetivo..."²⁹, "...el terrorista no es simplemente un delincuente más, sino una especie diferente"³⁰. De esta forma, dicha legislación excepcional establece una suerte de frontera entre los delincuentes normales, de aquellas personas que cometen delitos terroristas a los cuales puede aplicárseles tipos penales cuya estructura se compone por un mayor grado de subjetividad, e incluso con parámetros legales cuya constitucionalidad puede ser discutible.

Así también se ha pronunciado Manuel Cancio Meliá, quien ha señalado al respecto que la "pertenencia a una organización terrorista, incluye formas de mera protoparticipación o pre-preparación. Es necesario describir la conducta que se pena para evitar que se conciba como una mera adhesión, como una categorización formal como uno de ellos".³¹

Este fenómeno jurídico se relaciona con el hecho que la Ley N° 20.00 en general, y la Asociación Ilícita en particular, no siempre se aplican en función de los principios ilustrados orientadores del derecho penal continental. Por el contrario, en ocasiones se trata los delitos relacionados con el tráfico de drogas de forma tal que los razonamientos jurídicos expuestos en dichos casos, dejan de lado garantías y principios básicos del derecho penal continental ilustrado aplicando la figura de Asociación Ilícita de forma poco prolija, superficial, condenando a personas involucradas en tráfico de drogas por la figura del artículo 16°, siendo que su participación no reunía las características básicas de la misma.

Cobra relevancia a este respecto, lo señalado por el autor Jesús María Silva Sánchez, para quien "La sanción penal de la mera actuación como miembro o colaborador de una organización criminal se menciona en la doctrina, de modo reiterado, como ejemplo de legislación excepcional y, en concreto, como manifestación paradigmática del denominado "Derecho penal de enemigos". En este sentido, se

²⁸ Bustos Ramírez, Juan, En: Losano/Muñoz Conde, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, p. 408, "...de un Derecho penal del hecho hay un deslizamiento subrepticio a un Derecho penal de autor", op. cit., p. 409, En: Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.149.

²⁹Ídem.

³⁰ Bustos Ramírez, Juan, Ob. Cit., supra, nota 28, p. 149.

³¹ Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.150.

advierte que tal actuación no implica una arrogación de la configuración de ámbitos de organización ajenos, sino solo la realización de actos materialmente preparatorios que, además, discurren en el ámbito de lo privado. La tipificación penal de estas conductas expresaría, por tanto, una optimización de los intereses de protección de bienes a costa de la libertad individual, que redundaría en que, en realidad, se castigara a autores peligrosos –enemigos-, y no hechos peligrosos”.³²

De esta forma, esta rama del derecho penal se convierte en una rama del derecho penal del enemigo en cuya expresión punitiva los imputados y condenados por delitos establecidos en la Legislación antidrogas, carecen de las mismas garantías que aquellas personas juzgadas producto de delitos comunes.

³² Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 90.

1) Capítulo 1: Qué Entendemos por Asociación Ilícita

El desarrollo del Derecho Penal occidental de tradición continental, desde el período histórico de la Ilustración hasta nuestros días, se ha cimentado sobre la base de ciertos principios básicos que condicionan dicho desarrollo, uno de dichos principios o bases fundantes se refiere a que la expresión del derecho penal debe permitir un adecuado control de los hechos típicos o delitos que tienen lugar en nuestra sociedad.

Dicho control, no requiere necesariamente, ni per se, un aumento de penas, o endurecimiento de las condiciones carcelarias o de los requisitos que deben cumplir las personas privadas de libertad para efectos de acceder a beneficios carcelarios. De hecho, el derecho penal que deriva del proceso histórico conocido como Ilustración, presenta como una de sus características, el ser una respuesta o reacción, frente al derecho penal antiguo, de la edad media y el renacimiento, caracterizado por la dureza de sus penas, la falta de procesos regulados por la ley y el abandono de los perseguidos, a la voluntad y vicisitudes de sus verdugos. Lo importante, para este paradigma ilustrado del derecho punitivo, es que desde la razón puedan encontrarse los fundamentos y soluciones para controlar y resolver los problemas de criminalidad que aquejan a nuestras sociedades. En otras palabras, siendo nuestro derecho penal, un derecho penal cuyo origen, estructura, y principios fundantes se encuentran en la Ilustración, no debe dejarse de lado que debemos guiarnos siempre por los principios clásicos del mismo, entre otros los de proporcionalidad, mínima intervención, fragmentariedad.

No obstante lo anterior, a medida que la sociedad evoluciona desde la etapa de los Estados Decimónicos, hasta nuestros días, el Derecho Penal recurre a herramientas más complejas para el combate de los delitos. Precisamente, a medida que dichos delitos (que son expresiones de deficiencias sociales, injusticias, falencias estructurales, rebeldía de ciertos individuos, violencia grupal o individual etc.) se complejizan, el Derecho Penal ha respondido complejizando a su vez, las herramientas de que dispone para su control, pudiendo considerarse la figura de la Asociación Ilícita contenida en el artículo 16° de la Ley N° 20.000 como una de estas herramientas complejizadas.

Para efectos penales, podemos entender el concepto de Asociación como un “Conjunto de personas agrupadas en función de una organización *estatutaria* o *jerarquizada*, con el objeto de lograr fines espirituales o materiales”.³³ De esta forma, para efectos penales, una Asociación que pueda ser objeto de control, regulación y

³³ Rogelio Moreno Rodríguez, *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

sanción por parte del Derecho Penal³⁴, debe ser una agrupación humana, cuya dinámica y funcionamiento interno, se encuentren determinados por códigos de conducta, derechos y deberes, establecidos ya sea por estatutos o por una organización que determine la existencia de grados, jerarquías, deberes de obediencia control y respeto entre sus miembros y una estructura de mando que implique la obligatoriedad de los deberes de conducta que se les impone a sus socios, por la simple pertenencia a dicha organización.

El autor Jesús María Silva Sánchez, ha señalado a este respecto que “la organización criminal no constituye solo el aparato de dominio de los directores sobre los miembros subordinados (más o menos fungibles) que acaban cometiendo los hechos delictivos concretos -aunque conviene recordar que es también esto-. Además la organización conforma un sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva”.³⁵ Para el mismo autor, existe la figura de “autoría por dominio de organización” la cual permitiría la atribución de responsabilidades penales (imputación) a aquellas personas –superiores jerárquicos- que por medio de terceros miembros y subordinados de sus organizaciones, cometen determinados delitos (autoría mediata).

³⁶

Respecto a este punto, el autor español, Francisco Muñoz Conde, define a la asociación como “toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines”.³⁷ Respecto de la cantidad de personas necesarias para configurar la asociación, el mismo autor señala que “en principio bastaría con dos, pero creo que del sentido originario de la expresión puede deducirse que son necesarias por lo menos tres personas para poder hablar de asociación”³⁸.

Por su parte, el carácter de ilicitud de dicha asociación, se lo otorgaría su orientación a la comisión de delitos, precisamente de hechos ilícitos, entendiendo como tal una contradicción entre los actos ejecutados por dicha organización y el ordenamiento jurídico penal³⁹. En este punto, Francisco Muñoz Conde ha señalado que “en principio, la ilicitud de la asociación se deriva de los fines delictivos o de los medios

³⁴ Para dichos efectos, el ordenamiento jurídico penal debe establecer conductas derivadas de la Asociación, o atribuirle a la misma Asociación la calidad de *típica, antijurídica y culpable*.

³⁵ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 100.

³⁶ Ibid., p. 114.

³⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 17^o ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, p. 777.

³⁸ Ídem.

³⁹ Siendo el Derecho Penal una herramienta jurídica de ultima ratio, pueden existir organizaciones que se establezcan para cometer acciones o fines que sean antijurídicos o reñidas con el ordenamiento jurídico (Por ejemplo, la práctica extendida de establecer sociedades comerciales que permitan a las personas naturales bajar su base imponible para efectos de pagar menos impuestos), no obstante ello, no se les confiere *per se* el carácter de Asociaciones Ilícitas.

violentos empleados para la consecución de un fin ilícito⁴⁰, que en este caso son los delitos establecidos por la Ley N° 20.000.

Respecto de la utilización de los medios ilícitos, el mismo autor español ha señalado que “De acuerdo a una interpretación teleológica hay que exigir...que los fines o medios empleados para su consecución sean delictivos⁴¹. Esto implica que no obstante existan presunciones legales respecto del carácter ilícito de ciertas asociaciones, (en el ejemplo del autor citado son las organizaciones paramilitares, pero podemos aplicar el mismo razonamiento a la figura del artículo 16° de la Ley N° 20.000) la sola existencia de dicha presunción, no debiese resultar suficiente para acreditar dicha ilicitud, en caso que los medios utilizados y los hechos a los cuales se orienta su actuar no sean ilícitos.

Así, un primer concepto de Asociación Ilícita, sería aquella organización permanente, jerárquica o estatutaria, disciplinada, cuyos fines y acciones, se orienten a la comisión de hechos ilícitos, utilizando medios ilícitos y sancionados por el ordenamiento jurídico penal. De esta forma, autores como Francisco Grisolía C., define a la Asociación Ilícita como “el conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos”.⁴²

En el mismo sentido se ha manifestado respecto al delito de criminalidad organizada, Raúl Carnevalli Rodríguez, para quien “Que se hable de “organizada” pone de manifiesto que se está frente a ciertas estructuras que ofrecen una disposición jerárquica de distribución de funciones, ya sea que se manifiesten en empresas “lícitas” –por ejemplo, una sociedad de importación que sirve también para el tráfico ilícito de estupefacientes– o en composiciones directamente criminales.”⁴³

Para el Ministerio Público por su parte “el denominador común de aquellos elementos que configuran el delito de asociación ilícita para el narcotráfico corresponden a: 1. Existencia de un centro de poder, 2. Distribución de funciones, 3. Carácter más o menos permanente y 4. Fin de cometer delitos de la Ley de Drogas”.⁴⁴

Dicho organismo también ha señalado que para la configuración de la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000 se requiere de la existencia de planificación, coordinación y colaboración entre los miembros del grupo criminal “...lo que supone

⁴⁰ Muñoz Conde, Francisco, Ob. Cit., supra, nota 37, P. 777.

⁴¹ Ibid., P. 778.

⁴² Grisolía C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (N° 1): p. 75, 2004.

⁴³ Carnevalli Rodríguez Raúl, *La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación*, Revista Ius et Praxis, Chile, (N° 2): p. 283, 284, 2010.

⁴⁴ Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Chile, (N°47): p.168, Junio 2011.

entre otras cosas de una determinada jerarquía y distribución de funciones, todo esto con el fin de convertirlos en un todo distinto de la individualidad de cada uno de sus integrantes”⁴⁵ asimismo que la cooperación en cuestión se oriente a la ejecución de uno o más delitos contemplados por la Ley N°20.000 y que posea cierta permanencia en el tiempo. No obstante lo anterior, los elementos señalados en el párrafo anterior por sí solos, y exclusivamente considerados, no son suficientes para que se configure sin más el delito de Asociación Ilícita.

Los motivos que fundamentan esta afirmación tienen que ver con las razones de política criminal que existen detrás de su establecimiento, las cuales pueden apreciarse en la figura básica de Asociación Ilícita genérica establecida en los artículos 292° y siguientes del Código Penal. El artículo 292° del Código Penal señala: Art. 292. 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. En dicho articulado podemos apreciar la orientación del legislador a efectos de sancionar por medio de este tipo penal a las organizaciones que se establecen para efectos de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades.

Puede apreciarse en dichas normas que se esboza una intencionalidad legislativa de sancionar aquellas asociaciones humanas cuyo objeto sea el perjudicar, dañar o destruir, en forma permanente los Bienes Jurídicos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁶ Es esta *permanencia de la afectación* de ciertos bienes jurídicos junto con su institucionalidad, algunos de los aspectos más trascendentes de esta figura delictual en análisis.

Autores como Jesús María Silva Sánchez, nos plantean a este respecto que “La organización criminal, como sistema de injusto, tiene, así, una dimensión institucional – de institución antisocial- que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes. En esa dimensión institucional radica, seguramente, su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales”.⁴⁷

⁴⁵ Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Chile, (N°51): p.45, Junio 2012.

⁴⁶ Esta afirmación, en lo que a las buenas costumbre se refiere, debe ser entendida en el contexto en que se redacta el Código Penal Chileno, 1874, Siglo 19°, en el cual dicho Código juega un rol fundamental a efectos de proteger, legitimar y afianzar al naciente Estado Independiente Chileno, de esta forma, proteger la identidad de la nación y afianzar los valores, conductas y creencias de la clase gobernante, era un objetivo que el Estado debía proteger para asegurar su propia existencia.

⁴⁷ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 94.

Nuestra Jurisprudencia por su parte se orienta a considerar que el bien jurídico protegido por la figura de Asociación Ilícita es el poder o funciones del estado, y desde esta perspectiva, sólo si una organización determinada amenaza o rivaliza con dicho estado (considerado como organización política) puede aplicarse la figura de la asociación ilícita.

Sobre la materia se pronuncia Manuel Cancio Meliá, para quien existe un sector mayoritario de la doctrina identifica a los delitos de organización (asociación, organización para delinquir) con un ataque a los bienes jurídicos orden público, seguridad interior, paz jurídica, etc.⁴⁸ Cabe señalar que dichos bienes jurídicos son, desde mi punto de vista precisamente aquellos bienes jurídicos que sólo el Estado en cuanto organización política puede garantizar. De esta forma, si bien este autor no lo señala así de manera explícita, el ataque o afectación permanente y de forma institucionalizada a dichos bienes jurídicos es un ataque o afectación al Estado que es el encargado de resguardarlos y garantizarlos.

De esta forma, y siguiendo el razonamiento recién expuesto, autores como Berner, en lo referente a figuras equivalentes a la Asociación Ilícita, como la banda, han planteado que la banda intenta “Generar un organismo lo más cerrado en sí mismo posible dentro del organismo del Estado. Esta contra institución tiene necesariamente que entrar en colisión con la pretensión del Estado”.⁴⁹ El mismo Manuel Cancio Meliá que cita a Berner, nos señala a este respecto que “la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado. Sólo si se vincula de este modo la emergencia de la organización con el incremento fáctico de la peligrosidad que ésta supone, se percibe con claridad el específico significado de la actuación colectiva de las organizaciones criminales: pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado”.⁵⁰

De esta forma podemos apreciar que una Asociación Criminal por sí sola, no basta ni resulta suficiente para efectos de constituir Asociación ilícita y para ser sancionada como tal, sino que se requieren ciertas características objetivas para que el grupo humano investigado, la conducta de sus miembros y sus acciones se adecuen al tipo establecido por el artículo 16° de la Ley N° 20.000 y puedan ser aplicable esta figura. Uno de estos requisitos, si no el más importante, es que el accionar de la organización en análisis afecte el normal funcionamiento y ejercicio de las funciones del Estado.

En dicho sentido, y siendo esta vez más explícito se pronuncia Manuel Cancio Meliá, para quien “sólo los agentes colectivos peligrosos –en los términos en los que

⁴⁸ Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 26, p.253.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 274.

⁵⁰ *Ídem.*

ello viene exigido por la doctrina mayoritaria- están en realidad en condiciones de plantear el desafío al Estado al que se refiere García-Pablos de Molina; sólo el ejercicio de una disciplina que incluya la actuación delictiva violenta (hacia dentro y *hacia fuera de la organización*) *cuestiona realmente el papel del Estado, y por ello ataca específicamente el monopolio de la violencia establecido en su favor*".⁵¹

1.1 Asociación Ilícita del Artículo 16° Ley N° 20.000

1.1.1 Bien Jurídico Protegido

Tal como se ha dejado entrever anteriormente, el Bien Jurídico protegido por la Asociación Ilícita, tanto por la figura del artículo 292 del Código Penal como por la figura del artículo 16° de la Ley N° 20.000, es el Estado, su poder y funciones.

Pertinente es entonces efectuar un análisis previo relativo a las distintas concepciones que existen sobre el concepto de bien jurídico, antes de adentrarnos en el Bien Jurídico específico protegido por el artículo 16° de la Ley N° 20.000.

➤ Visiones del concepto y clasificación del delito

Para un sector tradicional de la doctrina, representada entre otros por Ferrajoli⁵², el concepto de bien jurídico se entiende y justifica en función del Principio de Lesividad. Dicho principio plantea a su vez, que el derecho penal puede intervenir legítimamente sólo respecto de aquellas conductas (acciones u omisiones) que afecten lesivamente a terceros.

De esta forma sólo y sólo cuando se pueda demostrar la existencia de dicha afectación lesiva, podría aceptarse y justificarse la intervención del derecho penal en esferas de la conducta humana en las cuales, sin dicho resultado lesivo, la intervención en cuestión resultaría ilegítima. Cabe señalar no obstante que junto con la efectiva afectación lesiva de terceros, dicha afectación debe ser de una proporción tal, que justifique a su vez la intervención del derecho penal, principio que se encuentra recogido, por ejemplo, en el artículo 170° del Código Procesal Penal que permite a los Fiscales del Ministerio Público, no perseguir delitos que no obstante afectar el bien jurídico protegido por la norma penal que se infringe, no representan un daño o una lesividad social que impida omitir su persecución en pos de enfrentar la persecución y control de otros delitos que implican mayor daño para la comunidad.

En el caso que nos ocupa siendo que el bien jurídico tutelado por la norma del artículo 16° es el Estado, siguiendo la lógica planteada por la doctrina tradicional, para

⁵¹ *Ibíd.*, p. 275.

⁵² Véase Ziffer, Patricia S, *El Delito de Asociación Ilícita*, 1° ED., Buenos Aires, AD-HOC, 2005, P. 26.

poder aplicar la figura típica establecida en el artículo 16º, debiese demostrarse la existencia de una afectación lesiva de terceros, es decir a la sociedad o algunos de sus miembros, que se manifiesta a su vez por medio de la afectación de dicho Estado.

La conclusión anterior, resulta problemática en un tipo penal como el de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley N° 20.000, el que se puede definir como un delito de peligro abstracto⁵³, es decir un delito que se configura con la realización del acto prohibido (Asociación para cometer los delitos tipificados por la Ley N° 20.000) sin que necesariamente se afecte el bien jurídico protegido. Lo anterior se debe a que en esta concepción tradicional, se justifica la intervención del Derecho Penal (Ultima Ratio), sólo para frenar y controlar afectaciones específicas y particulares a los bienes jurídicos que la sociedad ha determinado proteger sancionando criminalmente a quienes los agredan, y no para sancionar delitos de tipo abstracto.

Siendo que los delitos de tipo abstracto, son normas penales que adelantan la protección del derecho penal hacia momentos de la ejecución del mismo, anteriores a la efectiva puesta en peligro o riesgo del bien jurídico tutelado por dicha norma, y siendo asimismo que la teoría tradicional sólo justifica la intervención penal cuando efectivamente se haya afectado el bien jurídico protegido, se produce un vacío lógico en el cual no es posible justificar la intervención del derecho penal desde esta concepción tradicional del bien jurídico, dado que mientras no se afecte directa y contrastablemente el objeto de protección de la norma, no sería legítimo que el derecho penal se involucre en la materia o en el control de la conducta.

No obstante ello, el autor Manuel Cancio Meliá, plantea, en relación con el delito de pertenencia a una organización terrorista (Asociación Ilícita Terrorista), que “el específico injusto viene determinado tanto por la especial peligrosidad que deriva del multiplicador que es la estructura, como del significado radicalmente ilegítimo de la utilización de los medios específicos y de la puesta en cuestión de los procedimientos básicos de actuación política en el ordenamiento”.⁵⁴ De esta forma, intenta salvar el problema de legitimidad que presenta el actuar del derecho penal antes de que los bienes jurídicos que son posteriormente afectados por estas organizaciones, sean efectivamente dañados por esta.

Por su parte, en el mismo sentido, Raúl Carnevalli, plantea en relación con el delito de criminalidad organizada, que “la mayor peligrosidad que representan estas clases de organizaciones justifica la determinación de particulares medidas preventivas

⁵³ De la misma opinión resulta Manuel Cancio Meliá, para quien “los delitos de organización se conciben como meros delitos de peligro (abstracto)”. En: Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 26, p.258.

⁵⁴ Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.153.

y sancionatorias. Que se hable de “organizada” pone de manifiesto que se está frente a ciertas estructuras que ofrecen una disposición jerárquica de distribución de funciones, ya sea que se manifiesten en empresas “lícitas” –por ejemplo, una sociedad de importación que sirve también para el tráfico ilícito de estupefacientes– o en composiciones directamente criminales”.⁵⁵

Desde un punto de vista personal, creo que una visión más ecléctica de la figura en análisis, teniendo como punto de partida la óptica de la concepción tradicional, podría plantear que se puede permitir legítimamente el adelantamiento la tutela penal, cuando, las acciones a las cuales se aplica el tipo penal (eventuales delitos), puedan considerarse, más allá de toda duda razonable, como idóneas para causar un riesgo al bien jurídico protegido (afectación o resultado lesivo para terceros), desde el momento en que se expresen como condiciones inequívocas, *sinne qua non*, de las efectivas acciones u omisiones, inmediatamente siguientes y posteriores, que terminan afectando concretamente al bien jurídico, las cuales no podrían desarrollarse en toda su expresión e idoneidad para efectos de dicha afectación sin la concurrencia de las primeras.

Desde este punto de vista, se podría legitimar la intervención penal respecto de actos que en sí mismos no representan un peligro directo pero que son condición necesaria, unívoca e imprescindible, más allá de toda duda razonable, para que los actos posteriores que efectiva y directamente afectan al bien jurídico, puedan ser sancionados, pero constituiría al mismo tiempo un límite a dicha intervención, puesto que dicha condición necesaria no debe ser entendida a priori como condición suficiente que legitima per se la intervención penal en comento, a no ser que se demuestre mas allá de toda duda razonable que dichos actos inmediatamente siguientes y posteriores a aquellos que directamente afectan el bien jurídico tutelado, son la condición necesaria para dichos otros, se manifiesten en toda su magnitud y potencial para efectos de dicha afectación.

Lo anterior no deja de ser importante en lo que respecta a la aplicación de la figura de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, y de la Ley como tal, dado que en dicha norma legal, el legislador recurrió a la criminalización de los actos preparatorios, desde una óptica en la cual no siempre se respetaron ni el criterio planteado por la doctrina clásica del Bien Jurídico (Ferrajoli) ni por los conceptos eclécticos que he esbozado en los párrafos anteriores.

Ejemplo de ello son el inciso tercero del artículo 1º de la Ley Nº 20.000, que sanciona sin límites claros a las personas que posean elementos destinados a la

⁵⁵ Carnevalli Rodríguez Raúl, *La criminalidad organizada*. Ob. Cit., supra, nota 2, p.283, 284.

fabricación de las drogas sancionadas por la ley, o el artículo 2º de la misma norma, que sanciona la totalidad del proceso productivo de las sustancias químicas con las cuales se producen las drogas ilegales, entre otros.

Por otra parte, posturas más avanzadas como la de Roxin en lo que a bien jurídico respecta, se refieren a este concepto como “circunstancias dadas o propósitos favorables para la persona –en cuanto a individuo- y su libre desarrollo dentro del marco de un sistema social global, el que se estructura sobre la base de dicha concepción (de propósitos) o para el funcionamiento del propio sistema”.⁵⁶ Al parecer lo que el autor pretende expresar es que dichas circunstancias o finalidades, es decir los bienes jurídicos, están ya determinados por la valoración social (concepciones globales y extendidas en una sociedad, sobre lo que es bueno o malo), y que los deberes de cumplimiento de las normas son creados por el mismo Derecho.

Para esta postura, los bienes jurídicos son circunstancias y contextos sociales objetivos, establecidos y positivizados por normas jurídicas –en términos de reconocimiento positivo- pero que al mismo tiempo, en función de la nueva realidad jurídica y de evolución social que dicho reconocimiento normativo (y su consiguiente desarrollo en cuanto a ejercicio individual y colectivo) posibilitan, generan y crean la necesidad de establecer, reconocer o modificar los bienes jurídicos que una sociedad reconoce y valora en un contexto histórico determinado, en una suerte de escalera evolutiva de valoración normativa.

Dicha lógica, implica una cierta diferenciación implícita entre bienes jurídicos penales y no penales. Es decir, el esquema teórico de Roxin, en lo que a bienes jurídicos se refiere plantea una diferenciación que se basa en la existencia de bienes jurídicos establecidos y reconocidos por el ordenamiento normativo, desde el nivel constitucional hacia las normas de menor jerarquía, pero que no necesariamente poseen protección desde el ámbito penal. Por otra parte existirían los bienes jurídicos que poseen protección del derecho penal, y cuya afectación se sanciona desde esta rama del derecho, es decir con sanciones penales.

En este contexto, la protección que establece el derecho penal de ciertas concepciones, valores, o prácticas ya sean religiosas, morales o ideológicas, sólo es legítima siempre y cuando, la vulneración de las mismas –afectación- implique consecuencias sociales –negativas- que afectan las circunstancias favorables para el libre desarrollo de la persona como individuo. Lo anterior sujeto a lo que ya esbozamos anteriormente, la evolución dialéctica del concepto de bien jurídico que se produce como consecuencia de la naturaleza de las dinámicas sociales.

⁵⁶ Ziffer, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, 1º ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 28

En lo que la figura del artículo 16º de la Ley Nº 20.000 respecta, siendo el bien jurídico tutelado por dicha norma el Estado, su poder y funciones, podemos entender que el Estado, sus atribuciones y poderes, constituyen las circunstancias dadas o propósitos favorables para el libre desarrollo de las personas.

Desde este punto de vista, la Asociación Ilícita, es sancionada por el Derecho Penal, no necesariamente por afectar o atentar contra el Estado en sí mismo⁵⁷, sino en función de la afectación que implica a las circunstancias que permiten el libre desarrollo de los individuos. En otras palabras, si se afecta al Estado, sus atribuciones y poderes, siendo que dicha entidad política tiene como fin que justifica y explica su existencia el bien común, se afectan las condiciones básicas que dicho Estado debe garantizar para efectos de permitir a las personas su mayor desarrollo, y la libre expresión como seres humanos. Esta concepción funcional del Estado, nos acompaña desde el período histórico de la Ilustración, y es uno de los pilares de la teoría del Contrato Social desarrollada durante dicho período histórico.

En definitiva, desde esta particular visión de los bienes jurídicos, se tipifica y sanciona a la Asociación Ilícita, no por que dicha conducta constituya una mera infracción de un deber de obediencia respecto del Estado constituido en un territorio o nación determinados, sino que se sanciona a dicha agrupación, porque poniendo en riesgo al Estado, se pone en riesgo a una institución –dicho Estado- que con su existencia y el ejercicio de sus poderes posibilita (o debiese) las condiciones objetivas y fácticas para efectos de posibilitar el desarrollo libre y autónomo de las personas. Pero para ello, debe efectivamente poner en riesgo dichas condiciones. Esta puesta en riesgo debe ser considerada como un límite mínimo objetivo, -condición de clausura para la aplicación del bien jurídico-, que podemos exigir para efectos que los hechos juzgados configuren efectivamente la figura típica en análisis.

Por otra parte, autores como Hassemer⁵⁸ plantean la utilidad del concepto de bien jurídico, en función de la valoración social que dicha institución provea y de la utilidad individual que se derive de dicha protección. De esta forma, para dicho autor, los bienes jurídicos son *intereses humanos* que demandan protección por parte del derecho penal, limitándose dicha protección penal, que es a su vez otorgada por las instituciones del Estado –fundamentalmente el Poder Ejecutivo- hasta el punto en que dicha intervención posibilita la efectiva protección de las personas titulares de dichos bienes jurídicos.

⁵⁷ Lo contrario implicaría un síntoma no sólo de un derecho penal autoritario, sino también de la configuración de un tipo penal que podríamos clasificar como *delito formal*, en el cual se configuraría la conducta descrita y sancionada, con independencia absoluta de la efectiva afectación de los bienes jurídicos protegidos y del resultado de la conducta.

⁵⁸ Ziffer, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, 1º ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 30.

Así, del concepto que Hassemer plantea, podemos establecer una doble limitación en relación con los bienes jurídicos. Por una parte, dichos bienes jurídicos sólo son admisibles si efectivamente posibilitan la protección de los intereses de las personas, consideradas como individuos. Por otra parte, el concepto dado por este autor, implica que la intervención del Estado, en pos de la protección de dichos bienes jurídicos, se encuentra condicionada y limitada por la efectiva protección de las personas que son sus titulares.

Para esta concepción del bien jurídico, “la elaboración de los “bienes jurídicos” depende, preponderantemente, de la experiencia valorativa de la sociedad”, y en particular, de la intensidad de la necesidad vista desde el bien lesionado y de la intensidad de la amenaza según la percepción social de la lesión”.⁵⁹

De esta forma, si analizamos los alcances de esta percepción sobre el bien jurídico, aplicado a la norma sobre Asociación Ilícita establecida en el artículo 16° de la Ley N° 20.000, encontraremos que los bienes jurídicos que dicha figura típica protege, el *Estado, su poder y funciones*, enmarcado en una norma mayor, cual es la Ley N° 20.000 que protege el Bien Jurídico Salud Pública, para efectos de ser coherentes con la teoría de Hassemer, debiesen ser intereses humanos que demandan protección por parte del derecho penal, limitándose dicha protección penal, hasta el punto en que dicha intervención posibilita la efectiva protección de las personas titulares de dichos bienes jurídicos.

Dado lo anterior, en primer lugar, el bien jurídico que protege la figura de la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000, Estado, debiese ser un interés humano, que demande protección.

Pues bien, siendo que los seres humanos desde los inicios de la civilización han buscado organizarse y convivir de modo de optimizar la protección que puedan brindarse unos a otros frente a amenazas externas, intentado por múltiples formas, limitar la violencia espontánea al interior de sus comunidades, y que en dicha búsqueda acompañada por un proceso histórico de más de 7.000 años de extensión⁶⁰, la organización del Estado, ha sido la más exitosa en términos de lograr la consecución de dichos objetivos. Dado lo anterior, es factible y del todo razonable, plantear que el Estado es un bien jurídico, dado que siendo la organización humana que de mejor forma ha protegido al hombre de la violencia externa y de mejor forma ha limitado la violencia espontánea al interior de las comunidades humanas, es dable y lógico plantear que el Estado es un interés humano digno de ser protegido y que por lo tanto

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 31.

⁶⁰ Esta cifra relativa a la extensión de años desde los inicios de lo que podemos entender como civilización, toma en cuenta los primeros asentamientos humanos en la antigua Sumeria (Mesopotamia).

demanda protección del ordenamiento jurídico, ordenamiento que debe su existencia a dicho Estado.

La legitimidad de dicha protección deriva precisamente del hecho que es el Estado la institución que mejor posibilita la expresión y desarrollo de los derechos de las personas, debido a la protección contra la violencia que de él deriva⁶¹, y siendo la protección contra la violencia, la condición mínima para que el hombre pueda sobrevivir y desarrollarse como tal, el bien jurídico protegido por el artículo 16º de la Ley N° 20.000, Estado, es un interés humano digno de ser protegido, pero sólo hasta el punto en que dicha intervención posibilita la efectiva protección de las personas titulares de dichos bienes jurídicos, y no termina por el contrario oprimiéndolas a extremos de anular el desarrollo humano que la protección en análisis pretende otorgar.

Sobre este punto cabe reflexionar al amparo de lo señalado por Hassemer que la intervención de los Poderes Punitivos del Estado, para defender el bien jurídico protegido por la norma del artículo 16º, Estado, es legítima sólo hasta el punto en que dicha protección, posibilita la efectiva protección de las personas titulares de dichos bienes jurídicos.

Siendo que en este caso se da la paradoja que es el Estado, mediante los poderes punitivos que lo representan, el que se defiende a sí mismo por medio de la intervención del Derecho Penal, los límites respecto de la legitimidad de dicha intervención pueden no estar del todo claros, sobre todo para los agentes secundarios del derecho penal.⁶²

Desde el punto de vista que plantea Hassemer, será legítimo aplicar la figura en análisis, el artículo 16º de la Ley N° 20.000, sólo y solo cuando dicha intervención posibilita la efectiva protección de las personas titulares de dichos bienes jurídicos. Desde la lógica en que se ha planteado este análisis, podríamos señalar que todos los ciudadanos somos titulares del bien jurídico protegido Estado, dado que su protección

⁶¹ Si bien podemos encontrar siempre, y en todo momento histórico, ejemplos de Estados que oprimen a sus ciudadanos y violan sus derechos fundamentales, ello no obsta a que podamos afirmar que el Estado como forma de organización humana sigue siendo la más exitosa en términos de disminuir los niveles de violencia al interior de las sociedades humanas –debido al monopolio que ejerce sobre la violencia–, defender al hombre de agresiones externas y posibilitar su desarrollo. Un ejemplo de lo que ocurre cuando no existen Estados, es el caso de Irak o Afganistán. Países en los cuales la no existencia o descomposición del Estado ha llevado los niveles de violencia al interior de dichas naciones a extremos dramáticos.

⁶² Desde un punto de vista estrictamente personal, puedo plantear que es una dinámica propia del poder (Estatal, comunitario, institucional, empresarial, burocrático etc.) el no abandonar ni desprenderse de aquellas herramientas institucionales que confirman su propio poder. Si bien no es el caso a analizar en este trabajo, la interpretación que se le da en Chile a la institución de la Legítima Defensa, debido a los requisitos impuestos para aceptar la procedencia de la misma (sobre todo en lo referente a la proporcionalidad de la defensa que dados los contextos en los que dicha defensa se efectúa, es un estándar muy difícil y en ciertos casos imposible de sortear) implica que se defiende no la vida e integridad del agredido, sino que el monopolio de la fuerza por parte del Estado.

nos garantiza a todos un mínimo de resguardo en contra de la violencia externa de la que podríamos ser objeto si dicho estado no existiese.

Por lo tanto, el límite de la intervención estatal en lo que a la figura del artículo 16° se refiere, es precisamente que dicha intervención posibilite, garantice la protección de los ciudadanos que dependen del Estado y del ejercicio de sus funciones, cuestiones que la norma tiene por objeto resguardar. Dicha limitante implica, por ejemplo que cuando el Estado no ha visto amenazada su existencia o funciones, no puede permitirse la aplicación de la figura típica en cuestión.

Estos requisitos tienen directa relación con aspectos prácticos de la figura de la Asociación ilícita de la Ley N°20.000. Lo anterior debido a que no toda ni cualquier conducta criminal o típica por muy vinculada que se encuentre a los delitos de narcotráfico, tiene el potencial para poner en riesgo afectar de modo penalmente relevante, al Estado y sus funciones.

Plantear lo contrario es admisible sólo en ciertos Estados embrionarios o aquellos que se encuentran en situaciones de extrema fragilidad y susceptibilidad respecto de atentados internos y externos⁶³, pero no en el caso de Chile país que cuenta con una institucionalidad afianzada, y con un Estado lo suficientemente estable y sólido como para resistir actividades criminales que no disputen la esencia de su poder.

La figura de la Asociación Ilícita para cometer delitos de narcotráfico, desde mi punto de vista, para poder afectar al Estado Chileno sus funciones y Poderes, debe cumplir con requisitos que impliquen una coherencia lógica mínima entre el bien jurídico que se pretende proteger y las actividades criminales que tienen el potencial fáctico y conceptual para afectarlo de forma tal que se pueda plantear sin lugar a dudas que la actividad típica efectuada, ha mermado el núcleo de la actividad estatal.

Siendo que los Estados manifiestan su existencia y poder por medio de sus funciones-poderes, legislativo, ejecutivo y judicial- la actividad ilícita que se persigue por medio de la figura de la Asociación Ilícita, debe poseer el potencial criminal para destruir, anular o aminorar dichas funciones estatales –ya sea todas, alguna o una- en un territorio determinado de aquellos en los cuales el Estado ejerce efectivamente su poder.

La Asociación Ilícita debe tener la capacidad, el potencial delictivo o criminal para destruir, anular o aminorar al menos una de las funciones por medio de las cuales se manifiesta el Estado. No obstante ello, existen autores como Francisco Grisolia C.,

⁶³ Un ejemplo del primer tipo puede ser Chile en los comienzos del proceso de independencia durante el Siglo XIX, un ejemplo del segundo podría ser Holanda durante la ocupación Nazi de la Segunda Guerra Mundial.

para quienes esta figura delictiva se configura “por el solo hecho de organizarse, independientemente de la comisión efectiva de los delitos, caso en el cual se estará frente a un concurso material de delitos”.⁶⁴

De esta forma, si la agrupación tiene la capacidad para contratar mercenarios o soldados que disputen en un territorio el monopolio estatal sobre la violencia y le disputen al Estado el ejercicio de la misma, efectivamente se configuraría el tipo en análisis. Pero desde mi punto de vista, no sucedería lo mismo si sólo se puede constatar la existencia de una organización familiar dedicada al narcotráfico, que se remite a tener códigos de conducta internos y una jerarquía, pero sin poder de fuego, control sobre territorios –excepto claro está las casas en las cuales vive el grupo familiar- ni potestades coercitivas sobre otras personas ajenas a dicho núcleo. En tal caso, siendo que el grupo delictivo más que disputarle el poder al Estado, está llevando al ámbito del tráfico de drogas las dinámicas propias de los grupos familiares, no debiese aplicarse la figura del artículo 16º, a no ser que se plantee y se reconozca que el Estado de Chile es vulnerable al actuar de pequeños grupos criminales, debido a su fragilidad estructural, lo cual resulta incoherente con sus dimensiones, desarrollo histórico y presencia geográfica.

A este respecto, el profesor Politoff al analizar la figura del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, considera como el bien jurídico protegido por la norma legal, a la Salud Pública, señalando al respecto que la “Ley Nº 20.000 señala en sus arts. 1º, 43 y 65, que estos delitos afectan al bien jurídico salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen, y también a esta clase de delitos deben entenderse referidas las conductas punibles a efectos de la aplicación extraterritorial de la Ley chilena. Sin discusiones, nuestra jurisprudencia sostiene un predicamento similar...la Salud Pública como bien jurídico protegido en estos delitos es la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados”.⁶⁵

Como puede verse, el análisis de Politoff plantea que la Ley Nº 20.000 protege el bien jurídico Salud Pública, y asimismo plantea un concepto de qué podemos entender por Salud Pública como bien jurídico protegido por la Ley citada. No obstante lo anterior, el mismo autor plantea que dicha norma legal, “no contempla únicamente

⁶⁴ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31(1): p. 75, 2004.

⁶⁵ Politoff Lifschitz Sergio, Matus Acuña Jean Pierre, Ramírez G. María Cecilia, Ob. Cit., supra, nota 6, p.573.

delitos contra la salud pública, sino también muchas otras figuras que afectan en mayor grado otros bienes jurídicos”.⁶⁶

De esta forma, y en lo que al análisis de los bienes jurídicos contemplados por la Ley N° 20.000, el autor concuerda con uno de los aspectos planteados en este trabajo, que la Ley N° 20.000 recoge y protege distintos y variados bienes jurídicos y que en función de dicha estructura y la lógica interpretativa que plantea, lo coherente sería interpretar los alcances de la figura establecida por el artículo 16° respetando el bien jurídico principal tutelado por la Ley (Salud Pública) y en función de dicho bien jurídico, interpretar otras normas que componen la Ley que protegen otros bienes jurídicos diferentes pero condicionados al bien jurídico principal.

Así, por ejemplo el alcance de la Asociación Ilícita establecida en el artículo 16° debiese ser entendido reconociendo el bien jurídico autónomo que dicho artículo protege (El Estado) pero condicionado al bien jurídico que protege la Ley cual es la Salud Pública. De hecho, el autor plantea en su libro que la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000 es un Acto Preparatorio y de Tentativa, especialmente punible, clasificación que diferencia a esta figura de aquellas otras figuras típicas establecidas en la Ley que son “Delitos contra la salud pública comprendidos en el “ciclo de la droga”⁶⁷.

Dado lo anterior, es lógico entender que en el caso del artículo 16° de la Ley N° 20.000, que establece esta figura, aplicable específicamente a los delitos establecidos y sancionados por dicha norma, el bien jurídico protegido es el Estado y sus funciones cuando, y sólo cuando organizaciones dedicadas a cometer delitos de narcotráfico, en función de su nivel de organización, dimensiones, jerarquía y capacidad operativa, pongan en riesgo, dificulten o imposibiliten las funciones del estado en un sector determinado del país. Dicho reto al Estado, puede darse en cualquiera de los poderes y expresiones del mismo, es decir, en su esfera legislativa, judicial o ejecutiva⁶⁸.

➤ **Alcances finales**

Determinar cuál es el contenido, sentido y alcance del bien jurídico tutelado por un tipo penal específico, en este caso el del artículo 16° en análisis, es el punto de partida básico para una interpretación racional, lógica y armónica de los tipos penales.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 574.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 575.

⁶⁸ Si en una zona específica del país, de una ciudad, o un barrio, existe una agrupación con características de Asociación Ilícita, dedicada al narcotráfico, que impone sus leyes (normas de convivencia, con códigos explícitos) sus juicios (condenas a determinadas personas, sanciones a otras) y es capaz de ejecutar con carácter de coacción ambos aspectos, estaremos en presencia, sin lugar a dudas a una Asociación Ilícita que pone en riesgo el ejercicio del Estado y sus poderes soberanos, afectando por lo tanto, el bien jurídico protegido por la norma y el tipo que contiene.

Deben tenerse en consideración el Bien Jurídico que se pretende tutelar con la norma penal, para efectos de entender a cabalidad qué es lo que efectivamente se pretende proteger con dicha norma⁶⁹. Desde esta perspectiva debe ser la Voluntad de la Ley, manifestada en la orientación que se le da a la protección que entregan los tipos penales, la que determina como se protegen los bienes jurídicos que se señalan y establecen como los titulares del resguardo que otorga el derecho penal.

De esta forma, el bien jurídico y la interpretación que se haga de la norma penal en función del mismo, debe determinar cuáles actos, acciones u omisiones se criminalizaran y se identificarán como lesivas para el ordenamiento jurídico penal y para el tipo específico que se pretenda aplicar para su sanción.

Si el Bien Jurídico que se pretende proteger con la figura de la Asociación Ilícita del artículo 16º, es el Estado, siendo que es una figura que se enmarca dentro de la Ley Nº 20.000, y siendo que el Artículo 16 señala: Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley, debe entenderse lógicamente, que siendo el mismo tenor del artículo el que condiciona la aplicación de la figura a los delitos contemplados en esta ley, es consecuencia lógica que la norma debe aplicarse exclusivamente a aquellas organizaciones que perpetran los delitos de la Ley Nº 20.000. En caso contrario, debiese juzgarse dicha organización en función de la figura establecida por el artículo 292º del Código Penal.

Podríamos plantear la existencia, al menos en ciertos aspectos, de una norma con un bien jurídico Principal y uno Secundario. Bien jurídico principal de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley Nº 20.00 es la Protección del Estado, pero dado que dicha norma protege al Estado sólo de aquellas organizaciones y asociaciones que se organizan a efectos de practicar el narcotráfico, el bien jurídico secundario, que se constituye como condición *sinne qua non* para la aplicación de la norma en análisis, es la Salud Pública, no pudiendo configurarse como una norma autónoma pues en dicho caso, al no afectarse al Estado no existe Asociación Ilícita sino sólo alguno de los delitos de narcotráfico establecidos en la Ley Nº 20.000.

La insistencia en lo referido a esclarecer cual es el bien jurídico que protege la norma en análisis, tiene relación con remarcar el hecho que el fin en sí mismo del Derecho Penal no es la aplicación de dicho Derecho Penal (aplicación de sí mismo) sino que lograr la consecución de sus objetivos finales, restablecer la Paz Social, contener la violencia que se genera en las comunidades y sociedades humanas.

⁶⁹ Véase Ziffer, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, 1º ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 24.

La Ratio Legis de la figura de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, es y será importante, para encauzar la práctica del derecho penal en los límites legítimos que le estableció el legislador, sin que el poder de coacción que le otorga esta rama del derecho al Estado, se convierta en un fin en sí mismo y arbitrario.

A este respecto, Zaffaroni ha señalado que “el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado. Esta exigencia es un límite al poder punitivo. Sin embargo, el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto, racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la Ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del bien jurídico lesionado al bien jurídico tutelado...Esto obedecía a que de allí se dedujo que si la ley penal tutela bienes jurídicos donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debería haber una ley penal para tutelarlos y –como vivimos- en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”.⁷⁰

La pertinencia de la reflexión de Zaffaroni, respecto del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, y de la figura de la Asociación Ilícita se refiere a que sintetiza y refleja una tendencia que puede apreciarse en el mundo occidental desde fines de la década de 1960, la expansión del derecho penal como respuesta y fórmula para efectos de controlar, neutralizar y extinguir el delito.

Tal como plantea este autor, el peligro que este razonamiento encierra, se encuentra en el hecho de plantear al derecho penal, y por lo tanto, a la represión del Estado, como la única respuesta posible a los problemas sociales, entendiendo que más que proteger a ciertos bienes jurídicos, el derecho penal tutela a dichos bienes jurídicos, y siendo que los tutela (a modo de garantizar) es el encargado de asegurar su existencia, desarrollo y permanencia en nuestras vidas.

Esto convierte al derecho penal en una fórmula tautológica de respuesta social, dado que se entiende, plantea y defiende, que es esta rama del derecho la encargada de garantizar los bienes jurídicos que dicho derecho penal protege, por ejemplo la propiedad, (en vez de proteger la paz social una vez producidos los hechos delictivos) en caso de producirse situaciones que los afectan (delitos), la garantía no ha sido suficiente y debe procederse a aumentar las penas, dado que es el derecho penal, y no otras disciplinas jurídicas o sociales las encargadas de garantizar la ausencia de delitos, convirtiéndose efectivamente en un derecho onmiabarcador de todos los problemas sociales, causa y respuesta a la delincuencia.

⁷⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl, Slokar Alejandro, Aliaga Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, 2º ed., 2º reimp., Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 111.

Este fenómeno también puede apreciarse en ciertos aspectos de la figura de la Asociación Ilícita, del artículo 16º, que fue la respuesta a la insuficiencia de la Ley Nº 19.336, y de su artículo 22º para controlar efectivamente el fenómeno del narcotráfico. Es decir, dado que el derecho penal no fue suficiente para efectos de controlar el fenómeno del narcotráfico, la respuesta debe ser (y efectivamente fue) mas y mayor derecho penal. La causa del narcotráfico es la ausencia de leyes penales que castiguen y sancionen efectivamente a los responsables, por lo tanto debemos aplicar mayor derecho penal (Ley Nº 19.336) al no resultar suficiente la Ley penal del momento, la respuesta es insertar en el ordenamiento jurídico nuevas normas penales, más duras, en un círculo tautológico donde no existe una respuesta diferente.

1.1.2 Acción Típica

El artículo 16º de la Ley Nº 20.000 establece como conducta típica la siguiente: Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho. De esta forma podemos apreciar que la conducta típica sancionada por el legislador, es la asociación u organización que tenga como objeto el perpetrar los delitos establecidos por la Ley Nº 20.000, es decir, delitos relativos al tráfico o micro tráfico de drogas ilegales.

¿Pero qué debemos entender por asociación u organización? La Real Academia Española de la Lengua⁷¹, señala que el significado de asociación es un grupo humano en el cual se cumple con la característica de la agrupación, es decir unión de una persona con otra para que colabore en el desempeño de algún cargo comisión o trabajo, también le otorga el significado de juntar una cosa con otra para concurrir a un mismo fin. Por su parte, el concepto de organización podemos entenderlo de su derivado organizar, establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados.

Dado es entonces comprender que la asociación u organización típicas a la que se refiere la Ley Nº 20.000, son en primer lugar un grupo de personas agrupadas en una dinámica de colaboración y jerarquía, con funciones, roles, estructuras y asignación de responsabilidades determinadas e identificables, con el grado de coordinación mínima que le permita por un lado perpetrar delitos de narcotráfico y por otra parte mantener y condicionar su accionar a las estructuras y jerarquías internas de la organización. Este modelo de atribución de responsabilidades penales podría ser

⁷¹ Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española: Vigésima segunda edición*. [en línea]<<http://www.rae.es/rae.html>> [consulta: 11 julio 2013]

catalogado como una mezcla entre lo que Jesús María Silva Sánchez califica como un modelo de transferencia y el modelo de responsabilidad por el hecho propio.⁷²

A los elementos anteriores debe agregarse un requisito indispensable de esta asociación típica, cual es, que se reúna con el objeto de lograr la comisión de actos típicos en sí mismos, cuales son los delitos de narcotráfico sancionados por la Ley N° 20.000. El aspecto de la voluntariedad de la participación en la asociación ilícita, es un factor indispensable para que la acción típica y antijurídica, resulte finalmente culpable respecto de una persona partícipe de la misma.

Si bien esta afirmación puede resultar un tanto obvia, en función de la posibilidad de descartar la culpabilidad de una persona determinada que se ha visto forzada a ser parte de una asociación de este tipo, producto de la imposibilidad de exigirle otra conducta, me parece pertinente plantear esta cuestión, dado que en el contexto de aplicación de la figura establecida en el artículo 16º, puede existir la tentación (dado lo repugnante de los delitos y la condena mediática que existe frente a los mismos) a obviar durante la investigación este tipo de situaciones.

Cabe considerar al respecto, que al menos desde un punto de vista lógico no es del todo descartable que en estas organizaciones, existan algunos de sus integrantes que puedan verse obligados o forzados⁷³, completamente o en parte a ser uno más dentro de la estructura⁷⁴.

Desde el punto de vista que sostengo, la trascendencia de este tipo penal (que protege al Estado de aquellas organizaciones que puedan afectar y atentar contra dicha institución y el ejercicio de sus legítimos poderes en el contexto de los delitos de narcotráfico) debió haber sido acompañada por una definición del concepto de Asociación Ilícita, si bien no necesariamente en el sentido y alcance que le daba la exégesis a las definiciones legales, si planteando ciertos elementos típicos, sin los cuales no pudiese existir este tipo de asociaciones, o requisitos esenciales de las mismas, a efectos de evitar o limitar el ámbito de las arbitrariedades en las que puedan incurrir los agentes secundarios del derecho penal, al aplicar la figura en análisis.

⁷² El autor, plantea la existencia de dos modelos de atribución de responsabilidad a este respecto, el *modelo de transferencia* y el *modelo de responsabilidad por el hecho propio*, entendiendo que en el primero la razón central del mismo es el constante peligro para la paz y la seguridad públicas que representa una organización criminal, y en el segundo el individuo responde como miembro de la organización pero de su propio comportamiento. Véase Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 101.

⁷³ En dicho sentido se ha pronunciado Manuel Cancio Meliá, respecto de las organizaciones terroristas, véase Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.272.

⁷⁴ Quizás en nuestro país esto no sea tan habitual, por la escala y alcance de este tipo de agrupaciones, las cuales por regla general suelen ser agrupaciones de familiares, amigos o vecinos, pero en países donde el fenómeno del narcotráfico ha alcanzado mayores dimensiones, como México o Colombia, se puede apreciar habitualmente a personas, jóvenes y mujeres fundamentalmente, que son obligados a integrar estas agrupaciones.

No obstante lo anterior, la Ley N° 20.000 no contempla dicha definición, limitándose a establecer ciertos aspectos de la conducta típica a sancionar, centrándose en los verbos rectores de la misma tales como asociaren u organizaren, sin terminar de definir dichas conductas salvo por la alusión que efectúa el artículo 16° relativa a con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley. Es decir, la Ley N° 20.000 nos plantea como actividad y figura típica el *organizarse o asociarse*, para cometer los delitos de narcotráfico establecidos por la norma en análisis.

No obstante ello, dada la complejidad de la figura, la trascendencia de las implicancias prácticas tanto para los individuos que son acusados en aplicación de la misma, como para el Estado y la Seguridad Pública, destinatarios directos de la protección que esta norma provee, el legislador debió haber precisado de mejor forma los conceptos involucrados y el alcance de la figura.

Politoff señala a este respecto que “aunque en la discusión parlamentaria se eliminó una propuesta de definición de asociación ilícita contemplada en el Proyecto que acompañó al mensaje de la Ley (Boletín 2439-20), la mayor parte de los elementos que dicha definición contemplaba habían sido señalados previamente por nuestra jurisprudencia, la que para establecer la existencia de una asociación ilícita, y como los propios términos de esta ley lo dan a entender, afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su lugar y fecha de realización, supuestos que la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado. Esta interpretación se ve reforzada por el propio texto de la Ley N° 20.000, que ha agregado, como nueva agravante especial en esta clase de delitos, el hecho de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito del artículo 16°”.⁷⁵

Lo señalado por Politoff puede servirnos para resumir la tensión o diferencia existente entre la voluntad de algunos legisladores, en términos de simplificar la definición de la figura de la Asociación Ilícita, y el trabajo efectuado por nuestros tribunales a través de los años, para configurar a través de la jurisprudencia los elementos necesarios y requisitos indispensables para efectos de configurar el tipo penal del artículo 16°.

Asimismo, el autor hace referencia a la agravante de la letra a) del artículo 19°, agravante especial en esta clase de delitos, el hecho de formar parte de una

⁷⁵ Politoff Lifschitz Sergio, Matus Acuña Jean Pierre, Ramírez G. María Cecilia, Ob. Cit., supra, nota 6, p.598.

agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito del artículo 16º, como antecedente lógico que debe guiar la interpretación armónica respecto del verdadero sentido y alcance de esta figura.

El sentido que le da Politoff a esta figura agravante especial, y que yo en lo personal comparto, se relaciona con demostrar o señalar que no basta la simple asociación o agrupación para cometer delitos sancionados por la Ley Nº 20.000 para efectos de configurar la Asociación ilícita del artículo 16º, sino que se requieren la presencia de otros aspectos en la conducta típica, aspectos que han sido señalados por la jurisprudencia a lo largo de los años. De lo contrario, no sería lógico la incorporación en la Ley de la figura de la letra a) del artículo 19º. De esta forma el citado autor señala que “el solo hecho de ser dos o más los partícipes en esta clase de delitos asociación ilícita, aun si de ello deriva el hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente, en la medida que dicha agrupación no pueda decirse que se encuentra propiamente organizada como asociación ilícita (con jerarquía y normativa propia)”.⁷⁶

No obstante ello, en la Historia de la Ley Nº 20.000 podemos apreciar como en el debate parlamentario que precedió la promulgación de la norma, existieron posturas que abogaban por una simplificación aun mayor del tipo de Asociación Ilícita en análisis, opiniones que expresaban que “esta figura constituye uno de los delitos más graves de la ley de drogas, por lo que debe simplificarse su tipificación, sobre todo respecto de la definición de asociación ilícita, puesto que parte señalando que se trata de una sociedad, dificultando la prueba”.⁷⁷

No deja de resultar pertinente señalar aquí, que la trascendencia de la figura de la Asociación Ilícita, tanto la común del artículo 292 del Código Penal, como de la del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, es de tal envergadura, tanto para el resguardo del bien jurídico protegido como para aquellos ciudadanos a los que se les aplique la figura, que simplificar la tipificación de la misma sólo agrava el problema, exponiendo a los ciudadanos a posibles arbitrariedades del poder político de turno y de los actores secundarios del derecho penal, y desgastando la capacidad y recursos del poder ejecutivo y judicial en perseguir organizaciones que no merecen el calificativo de ilícitas, en desmedro de aquellas otras que efectivamente lo son, y que pueden verse favorecidas de esta diáspora de los recursos destinados a proteger penalmente al Estado y sus ciudadanos. Sobre todo considerando que en nuestro país

⁷⁶ Ibid., p.599.

⁷⁷ Véase *Historia de la Ley Nº 20.000*, Chile, Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Ministerio del Interior, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2005, página 123.

históricamente, las agrupaciones que efectivamente merecen este calificativo son escasas.

En este mismo sentido otros autores concuerdan en que los rasgos de la figura típica de la Asociación Ilícita, son distintos de otras figuras menores de las Leyes que criminalizan el tráfico de drogas. De esta forma se nos plantea que “la asociación ilícita presenta mayor estabilidad y organización; se constituye para cometer delitos indeterminados y requiere como mínimo de tres asociados. La confabulación tiene un objeto criminal más concreto, y en general la reunión de personas suele ser transitoria.

En lo concerniente a este punto creemos, con Quintano Ripollés, que las asociaciones ilícitas deben poseer cierta consistencia formal y hasta un conato de organización y jerarquía, descartando que puedan ser objeto de este calificativo las situaciones de asociaciones esporádicas que podrían dar lugar a otras consecuencias jurídicas”.⁷⁸

Podemos apreciar que no es una cuestión exclusiva de la doctrina de nuestro país el considerar que la figura de la Asociación Ilícita requiere para configurarse de elementos específicos y determinados, que la diferencian de otras figuras penales establecidas para sancionar agrupaciones de individuos que cometen delitos que puedan afectar al Estado o la Salud Pública, lo cual es coherente con la trascendencia del tipo penal dado que podemos considerarla como una de las últimas herramientas, en el sentido de entender que en un Derecho Penal de Ultima Ratio es precisamente una de las últimas opciones del Estado-Nación para defenderse de aquellos grupos que atentan contra la institucionalidad que le otorga sustento y existencia.

Para comprender los alcances de esta figura, debe tenerse presente que es el origen decimonónico de nuestro código penal, junto con los procesos independentistas de las naciones latinoamericanas y la tradición iluminista, lo que lleva a que tanto en Chile como en Argentina se considere que la Asociación Ilícita, sobre todo la relativa a los delitos de narcotráfico, debe cumplir con requisitos superiores para efectos de su configuración, más extremos que efectivamente pongan en riesgo al Estado, lo cual no sólo es lógico en función de los objetivos finales que persigue la norma, sino que además es coherente con el principio de Proporcionalidad de la respuesta penal del Estado.

⁷⁸ Véase Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., *Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, página 347.

Podríamos recapitular, señalando cuales son los elementos del tipo material y doctrinarios necesarios para efectos de configurar la figura de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley N° 20.000:

➤ *Respecto del tipo objetivo*

- a) Existencia de una organización (Asociación) permanente, jerárquica o estatutaria y disciplinada cuyos fines y acciones, se orienten a la comisión de hechos ilícitos y sancionados por el ordenamiento jurídico penal. A este respecto, parte de la doctrina española señala que “es preciso una cierta organización (que será más o menos compleja en función del tipo de actividad a que se dedique la asociación) y que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio”.⁷⁹ En este mismo sentido, y respecto al concepto de organización terrorista, se ha pronunciado Manuel Cancio Melia, para quien “otros elementos como el número de integrantes, la cuantificación de la permanencia en el tiempo, etc., son secundarios frente a la exigencia de que se trate de una estructura organizada en la que quepa distinguir distintas funciones”.⁸⁰
- b) Carácter de Ilícita de dicha Asociación. Dicho carácter se encuentra dado por que la asociación, se orienta a la comisión de delitos, precisamente de hechos ilícitos y sancionados por el ordenamiento jurídico penal.
- c) Afectación del Bien Jurídico protegido en general por la Asociación Ilícita del artículo 292 del Código Penal y específicamente por el artículo 16º de la Ley N° 20.000 el Estado, su poder y funciones, en función de una efectiva afectación (por las acciones delictivas de la asociación) de la Salud Pública. En palabras de Jesús María Silva Sánchez, “la responsabilidad de los miembros de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los tipos que definen los delitos-fin de la asociación criminal de que se trate”.⁸¹
- d) El objeto de esta asociación debe ser la comisión de los delitos de narcotráfico sancionados por la Ley N° 20.000.

⁷⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 17º ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, p. 777.

⁸⁰ Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.152.

⁸¹ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p.100.

➤ **Respecto del tipo subjetivo**

- a) Siendo una Asociación, y dado que la Asociación Ilícita debe su carácter de Ilícita a su permanente orientación delictual, debe existir una conciencia mínima en el grupo delictual, en orden al entendimiento que deben tener los individuos que conforman esta estructura criminal, sobre dicha orientación delictual. El tipo penal no se satisface con sólo aceptar que las acciones de la Asociación de la que se forme parte pueden configurar delitos de la Ley Nº 20.000 y de que se puede eventualmente ser parte de un grupo delictual. De lo prescrito por el artículo 16º se aprecia que hay que Asociarse con el objeto (con conocimiento cierto y positivo) de cometer los delitos sancionados por la Ley Nº 20.000, es decir, delitos de narcotráfico.
- b) Si bien podría considerarse que el necesario *Affectio Societatis*, o ánimo de ser parte voluntaria integrante de la asociación ilícita, puede quedar comprendido por el Dolo Directo anterior, la dinámica de reclutamiento y permanencia en este tipo de agrupaciones, en las cuales la vida de sus integrantes suele verse expuesta a la amenaza de perderla en función de las decisiones en tal sentido de las jefaturas, no debe dejar de considerarse que éste ánimo, debe ser considerado para efectos de establecer si una persona es responsable o no de esta figura típica. De esta forma, podría existir un sujeto, que ingresó a la Asociación coaccionado para dichos efectos, como suele darse en los casos de mujeres que son reclutadas a la fuerza para transportar drogas ilegales. A respecto cabe considerar que para algunos autores, la Asociación Ilícita, en lo que respecta al elemento de asociación, se configura con la existencia de un cierto grupo de integrantes, “entre los cuales debe existir la suficiente cohesión para que puedan reconocerse entre sí como tales, y el compromiso recíproco de aceptar la voluntad del grupo, de modo relativamente correspondiente a la *Affectio Societatis* de una sociedad de hecho”.⁸²

⁸² Ziffer Patricia S., *El Delito de Asociación ilícita*, 1º Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 72.

1.1.3 Penalidad

Respecto de las penas que impone nuestro ordenamiento a aquellas personas que sean condenadas como culpables de haber incurrido en la figura del artículo 16º de la Ley N° 20.000, Politoff nos plantea que la severidad de la pena aplicable a quienes sean condenados por este tipo penal, se gradúa según se trate “del que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan, para quien está prevista una pena agravada, o del que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquier otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización”.⁸³

De esta forma observamos que las penas establecidas para la figura del artículo 16º de la Ley N° 20.000, tienden a graduar las penalidades en función de la responsabilidad que tenga el sujeto culpable en los procesos de creación, dirección o financiamiento de la Asociación Ilícita, es decir en aquellos procesos de dirección, mando y jerarquía mayores en este tipo de organizaciones, decayendo la severidad de la pena que se aplica, respecto de las personas que sean declaradas culpables de otros aspectos de menor relevancia dentro del funcionamiento de la organización, como son aquellas personas que aportan elementos logísticos y de funcionamiento práctico de la misma.

Este esquema de penalidad, es lo que podría considerarse desde la perspectiva de Jesús María Silva Sánchez, como un modelo de responsabilidad penal por el hecho propio. Así este autor ha planteado que en dicho modelo “al individuo miembro de la organización se le hace responsable de su propio comportamiento. No se le transfiere responsabilidad por la peligrosidad de la organización, lesiva de bienes jurídicos colectivos como la paz o la seguridad pública; no se le imputa, tampoco, el estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos concretos que viene representado por la propia organización”.⁸⁴

Esta graduación de las penas aplicables, se encamina en la vía correcta desde mi punto de vista, dado que las funciones de dirección, financiamiento y planificación, representan una mayor antijuridicidad que aquellas otras conductas que se limitan a auxiliar o ejecutar labores menores en una organización dedicada al narcotráfico. En este caso, dentro de la lógica de la propia Ley N° 20.000, las penas son proporcionales a la magnitud en la que se afecta el bien jurídico que se protege con el tipo del artículo

⁸³ Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., Ob. Cit., supra, nota 6, p.598.

⁸⁴ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 105.

16°. No puede considerarse de la misma forma el significado o potencial de antijuridicidad de la conducta de quien cumple con transportar la mercancía en menores cantidades desde un punto geográfico hasta otro, con aquella conducta de quien planifica las operaciones de tráfico, la compra de armamentos, los pagos a funcionarios administrativos o policiales corruptos, etc.

➤ **Penas aplicables a la dirección de la asociación ilícita**

El número 1° del inciso primero del artículo 16° de la Ley N° 20.000, señala; Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:

1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.

De esta forma podemos apreciar que para el financista, directivo o planificador de los delitos de la ley de drogas, presidio mayor en sus grados medio a máximo, lo que implica una pena que va desde los 10 años y un día hasta los 20 años. El legislador quiso de esta forma, sancionar con mayor fuerza, (penas muy altas) a las personas que planifiquen y dirijan este delito, es decir que planifiquen las acciones que configuren la figura típica.

➤ **Penas aplicables a quienes realizan funciones de menor rango**

Por su parte, el número 1° del inciso primero del artículo 16° de la Ley N° 20.000, señala;

Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:

2.- Con presidio mayor en grado mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

Tal como señalábamos anteriormente, el legislador, en el contexto de una norma que establece penas elevadas, aminoró el castigo de aquellas personas que no estando a cargo de la dirección de la organización, provean los elementos logísticos y funcionales necesarios para efectos que la asociación cumpla con su objeto delictivo y con sus funciones normales. De esta forma, para quienes suministran,

vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondites, lugares de reunión, otra forma de colaboración, para consecución de los fines de la organización, presidio mayor en sus grados mínimo a medio, es decir 5 y un día a 15 años.

➤ **Problemática por la aplicación del artículo 74° del Código Penal**

El inciso final del artículo 16° de la Ley N° 20.000, señala que: Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74° del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena.

Por su parte, el citado artículo 74° del Código Penal, prescribe: 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, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra penas de las comprendidas en la escala gradual número 1.

Cabe tener presente, que esta norma, inciso final del artículo 16° de la Ley N° 20.000, plantea un problema no menor, relativo a la posible aplicación de una doble penalidad por un mismo hecho delictivo, es decir, a la posible afectación del principio de Non Bis In Ídem.

A este respecto, Politoff ha señalado respecto de la exclusión que implica esta norma, del Principio de la Consunción al señalar “Como una novedad frente a la regulación de la Ley N° 19.366, se introduce también en la nueva regulación la obligación de aplicar el régimen penológico del artículo 74 C.P a los miembros de la asociación ilícita, por los delitos de tráfico que hubieren cometido, regulación que excluye el principio de Consunción a estos casos, tal como para el caso general de asociaciones ilícitas dispone el art. 294 bis”.⁸⁵

El principio del Non Bis In ídem, plantea que no puede juzgarse ni penarse dos veces a una persona por un mismo hecho, y podría verse afectado en este caso, dependiendo de la forma como se aplique en la práctica el inciso final del artículo 16°. Lo anterior, debido a que puede darse el caso que el accionar del autor, cómplice o

⁸⁵ Politoff Lifschitz Sergio, Matus Acuña Jean Pierre, Ramírez G. María Cecilia, Ob. Cit., supra, nota 6, p.599.

encubridor del delito de Asociación Ilícita, comprenda y absorba los otros delitos de la Ley N° 20.000 por los cuales se quiera juzgar o condenar al mismo autor.

Lo anterior, en función de la lógica básica que impone el principio en análisis, dado que al existir un tipo penal, al que podríamos catalogar como principal, como es la Asociación Ilícita del artículo 16º, que en función de su configuración (tipicidad material, contenido objetivo y subjetivo) y la magnitud de las sanciones que impone, comprende y sanciona los mismos hechos, que sancionan otros tipos penales menores, dicho tipo principal, absorbe la antijuridicidad de la conducta y no debiese resultar posible aplicar nuevamente una sanción por el mismo hecho, ya que se ha sancionado efectivamente la culpabilidad y antijuridicidad de la conducta, y el castigo, en el derecho penal democrático, no puede ser mayor que la correspondiente culpa del delincuente.

Para estos efectos, debemos diferenciar la aplicación del artículo 74º, en lo concerniente a efectos de cumplimiento de penas diferentes, dictadas en función de delitos diferentes, de la posible dictación de sentencias que puedan afectar a una persona en función, por una parte de su participación culpable en el delito de Asociación Ilícita y en función, por otra parte de delitos que se encuentran contemplados en la Ley N° 20.000 pero no comprendidos en el delito principal de Asociación Ilícita.

La institución establecida por el artículo 74º, conocida como Concurso Real de Delitos, debe ser entendida como existente cuando “un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada”.⁸⁶

Debemos destacar del concepto planteado por el autor, que la figura del artículo 74º, debe entenderse como referida a hechos punibles distintos, jurídica y fácticamente independientes, respecto de los cuales aún no se ha dictado sentencia.

Para entender correctamente el alcance de los conceptos esgrimidos, debe tenerse presente que la independencia fáctica es indispensable para efectos de no estar presente frente a un concurso ideal del artículo 75º (secuencia de movimientos físicos unitarios, un solo hecho que jurídicamente configura varios delitos) y por su parte la independencia jurídica se precisa para diferenciar esta situación de aquella otra en la que estamos en presencia de un delito continuo, en el cual el

⁸⁶ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 10º ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2011, p. 659.

fraccionamiento de los hechos que configuran el ilícito, fue necesario para lograr su ejecución⁸⁷.

De esta forma, por ejemplo, si una persona es dictaminada como culpable del delito de Asociación Ilícita establecido en el N° 2 del artículo 16° la Ley N° 20.000, es decir condenado por cumplir funciones de menor rango (quienes suministran, vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondites, lugares de reunión, otra forma de colaboración, para consecución de los fines de la organización), no podría ser juzgado y condenado además por el tipo contenido en el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 20.000, que señala que Incurren en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores, si es que la conducta juzgada en función del inciso final del artículo 1° fue una forma de colaboración para con la Asociación Ilícita, dado que la tenencia en su poder de ciertos elementos que se destinan a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de drogas ilegales, puede ser precisamente un modo de auxiliar a la organización, no podría ser juzgado y condenado por la figura del artículo 16° y además por la figura del artículo 1°.

La razón de lo anterior, tiene relación con que el hecho típico (*colaboración* por medio de la *tenencia* de ciertos elementos) por el cual la persona fue condenada como parte de una Asociación Ilícita, es un elemento integrante del tipo penal del artículo 16°, dado que el fraccionamiento de los hechos que configuran el ilícito, fue necesario para lograr su ejecución. De esta forma “cuando crímenes o simples delitos de la misma especie se encuentran en relación necesaria de medio a fin, prevalece la disposición del artículo 75 y se los debe castigar con arreglo a lo que éste preceptúa”.⁸⁸

Dicho hecho por el cual la persona fue condenada, es un delito (hecho típico) sin el cual no podría cometerse el delito de Asociación Ilícita, y que ya juzgado establece el límite máximo de la antijuridicidad de la conducta, así como la culpabilidad del autor por los hechos en los que estuvo involucrado.

A este respecto el artículo 63° del Código Penal señala:

No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

⁸⁷ Véase *Ibíd.*, p. 660.

⁸⁸ *Ibíd.*, P. 662.

De esta forma podemos apreciar que en caso que el hecho juzgado y sancionado, comprenda y absorba al segundo hecho por el cual se pretende juzgar y sancionar a una persona se infringiría no sólo el Principio del Non Bis In Ídem, sino que además el espíritu del artículo 63º del Código Penal, que recoge el principio en análisis y jurídicamente excluye la procedencia de una doble sanción penal.

Respecto de una situación similar relativa al principio del Non Bis In Idem, aplicado a la figura de la legislación española de pertenencia a una organización terrorista, Manuel Cancio Melia señala que sin embargo “alguna jurisprudencia contesta con una *petitio principii*, rechazando la concurrencia del bis in idem y afirmando que lo que procede es el concurso real”.⁸⁹

“...lo que se está suscitando es el desconocimiento por la Audiencia del principio «non bis in idem». Sin embargo no hay tal y se trata de dos hechos perfectamente diferenciados cuya relación no es otra que la de un concurso real. El delito de integración o pertenencia a bandas armadas y a organizaciones terroristas (artículo 516.2 en relación con el 515.2 CP) por el que han sido castigados es un delito de carácter permanente que subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción, sin que por otra parte el tipo referido, a diferencia del caso del artículo 517.2, exija una actividad determinada a los mismos. Por otra parte, el propio artículo 574 prevé la comisión de otras infracciones por las personas pertenecientes a las organizaciones referidas, exasperando la pena aplicable a las mismas, siempre y cuando se cometan con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571 CP. De ello se sigue que las acciones concretas realizadas por los miembros de la banda constitutivas de una infracción penal autónoma son independientes del delito de pertenencia o integración, pues se trata de sustratos de hecho diferentes”.⁹⁰

“Parece claro que esta afirmación –que se trata de dos hechos distintos– sólo es posible a través de una manipulación de la base fáctica de la noción de delito permanente”.⁹¹

Debe reiterarse que en un derecho penal democrático, el delito mayor en caso de existir una unidad jurídica del hecho, una vez dictada la condena, absorbe la antijuridicidad del delito menor y dado lo anterior en el caso que nos ocupa debiese aplicarse la figura del artículo 75º del Código Penal que señala;

Art. 75. La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

⁸⁹ Cancio Meliá, Manuel, Ob. Cit., supra, nota 2, p.154.

⁹⁰ SAN 12/2003 (secc. 4ª) 1.4.2003, sin cursiva en el original; explícita en este sentido también la STS 14.10.1987, en Manuel Cancio Meliá, Ídem.

⁹¹ Manuel Cancio Meliá, Ob. Cit., supra, nota 89, p. 154.

En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Podemos apreciar que la solución al problema planteado se encuentra recogida por la legislación penal nacional en el artículo 75º del Código Penal, que establece la institución del Concurso Ideal de Delitos, que es la figura que efectivamente habría que aplicar.

La figura del artículo 74º del Código Penal a la que alude el legislador en el inciso final del artículo 16º, Concurso Real de delitos, cabe aplicarla sólo y sólo cuando efectivamente se esté en presencia de dos o más delitos diferentes y no cuando la figura de la Asociación Ilícita, absorba y comprenda tanto en la configuración del tipo como en la anti juridicidad y culpabilidad por las cuales se impone el castigo, a otros delitos de la Ley N° 20.000.

Cabe considerar por último, que sólo en caso que la aplicación de la norma establecida en el artículo 74º (acumulación material) resulte más beneficiosa para el autor que la aplicación del artículo 75º (absorción) y en virtud del Principio Pro Reo, debiese aplicarse la primera. No obstante ello parece un escenario de muy improbable ocurrencia en el caso de la Asociación Ilícita.

No obstante, cabe tener presente que la postura que he defendido es minoritaria dentro de la dogmática nacional, de hecho “la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, defiende la tesis de que se está frente a un verdadero concurso de delitos. Tal argumentación se refuerza en cuanto la configuración del injusto del delito de asociación ilícita cuyo objeto jurídico es el orden público es diverso a los otros delitos previstos en la misma ley, donde el bien jurídico penal protegido es más bien la salud pública. Se trataría entonces, de un concurso real o material, por cuanto el art. 16 inciso final ordena expresamente que si el autor, cómplice o encubridor del delito cometiere además alguno de los contemplados en la Ley de Drogas, se aplicará lo preceptuado en el art. 74 del Código Penal para los efectos de aplicación de la pena. Es decir, se trata de la misma regla que excluye la aplicación del principio de consunción establecida en el art. 294 bis del Código Penal, el cual ordena 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”.⁹²

Respecto a una situación similar que se presenta en la aplicación del artículo 292º del Código Penal, los autores Carnevalli Rodríguez y Hernán Fuentes plantean

⁹² Carnevalli Rodríguez, Raúl; Fuentes, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, [en línea], <http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf>, [consulta: 01 junio 2013].

que “La regla concursal del art. 294 bis, en relación de especialidad con el art. 75 del Código Penal, prescribe un concurso material obligatorio, lo que se traduce que en caso de la ejecución de delitos por parte de la asociación, se castiguen tanto, los específicos ilícitos como el que constituye formar la asociación, dando lugar a un notable incremento en el quantum de la pena.

Empero, es posible concebir como lo ha señalado recientemente la Corte Suprema en sentencia de 3 de mayo de 2006, en causa Rol N° 3406-05, la concurrencia de un concurso medial, el que aun teniendo la naturaleza de un verdadero concurso real brinda el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal. Por tanto, se podría excluir la aplicación del art. 74 del Código Penal si se estima que el delito de asociación ilícita es el medio necesario para cometer otros delitos, si es que concurre la debida conexión ideológica entre los ilícitos”.⁹³

De esta forma se deja abierta la posibilidad que la postura antes expuesta surta efecto mediante su aplicación práctica, en aquellos casos en que exista una conexión entre los ilícitos ejecutados que implique que sin los ilícitos de menor cuantía, no podría configurarse la figura de Asociación Ilícita, en una lógica de medios a fin, en un escenario en el cual la Asociación Ilícita no pueda subsistir sin los hechos ilícitos o delitos menores que comete el autor en el contexto de su participación en la figura del artículo 16°.

➤ **Respecto al concurso en el artículo 292**

Respecto de la figura de Asociación Ilícita establecida en el artículo 292° del Código Penal, cabe señalar en relación con esta misma problemática, que existe una opinión mayoritaria en el sentido opuesto de la postura planteada en este trabajo, es decir, una opinión mayoritaria a favor de la aplicación del Concurso Real establecido en el artículo 74° del Código Penal.

De esta forma se señala “...Desde hace tiempo, la doctrina señalaba la posibilidad de un concurso real o material entre el delito de asociación ilícita y aquellos que se cometieran con ocasión o motivo de la asociación. Luego, aquellos asociados que cometan uno o más de los delitos que están en el programa de la asociación, responden por un concurso material (Manzini, Inst., 164).

Así, también, los delitos que eventualmente se realicen en actuación del proyecto criminoso producirán una responsabilidad en concurso real o material con el delito de asociación sin que solo se deba responder por el simple delito constitutivo de

⁹³ *Ibíd.*, p. 7.

dicha asociación (Crispi, 702). La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiendo apreciarse un concurso con estos delitos (Muñoz Conde, 543).

Esta era la solución únicamente aceptable en el Código chileno antes de la reforma del At-t. lo del D.L. 2.621 de 1979, que agregó el siguiente At-t. 294 bis: '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'.

Se reafirmó, entonces, por vía de la interpretación auténtica la necesaria concurrencia real que se produce entre el delito formal del artículo 292 y aquellos crímenes o simples-delitos que la banda actúe conforme a su plan criminal. La regla de penalidad está contenida en el Art. 74 Código Penal".⁹⁴

No obstante ello, mantengo la postura de que pueden existir en la aplicación del Concurso Real a la figura del artículo 292° del Código Penal, las mismas objeciones que las planteadas para la figura del artículo 16°, fundamentalmente por las mismas razones, siempre en aquellos casos en que exista una conexión entre los ilícitos ejecutados que implique que sin los ilícitos de menor cuantía, no podría configurarse la figura de Asociación Ilícita, sea esta la del artículo 292° del Código Penal o la del artículo 16° de la Ley N° 20.000.

⁹⁴ Grisolía C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (N° 1): p. 86, 2004.

1.2 Asociación Ilícita del Código Penal Artículo 292

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

15º.- El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido; su contabilidad deberá ser pública; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una ley orgánica constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos, dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida ley orgánica constitucional;

La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y 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.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad a que se refiere el inciso precedente, no podrán participar en la formación de otros partidos políticos, movimientos u otras formas de organización política, ni optar a cargos públicos de elección popular ni desempeñar los cargos que se mencionan en los números 1) a 6) del artículo 54, por el término de cinco años, contado desde la resolución del Tribunal. Si a esa fecha las personas referidas estuvieren en posesión de las funciones o cargos indicados, los perderán de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso anterior. La duración de las inhabilidades contempladas en dicho inciso se elevará al doble en caso de reincidencia.

No obstante existir una garantía expresa en nuestra constitución, respecto a la Libertad de Asociación, reconocida por el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República, este derecho puede ser sujeto de restricciones ya sea desde el punto de vista constitucional o penal. Esta visión es compartida en nuestra doctrina por

Alfredo Etcheberry, para quien este tipo de infracciones “restringen la libertad de asociación que en principio es asegurada por la Constitución Política”⁹⁵.

Lo anterior se debe en primer término, a que dicha garantía de asociación⁹⁶, como antecedente que permite ejercer el derecho a la libertad de las personas, no es una garantía absoluta, y puede ser limitada, por el legislador o por el poder ejecutivo, tal como se desprende del artículo 19 N° 15 de la Carta Fundamental y del artículo 19 N° 26 que permite expresamente al legislador, regular o complementar las garantías que la Constitución establezca, con el límite de no afectar los derechos que regula o complementa en su esencia⁹⁷.

Así otros autores como Francisco Grisolia C., nos plantean que “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”.⁹⁸

En segundo lugar, debe tenerse presente, desde el punto de vista penal, y de Política Criminal⁹⁹, es muy improbable que el desarrollo de las sociedades humanas, alcance un estadio tal en el cual no resulte necesario regular los límites criminales y alcances del actuar de las asociaciones humanas, considerando además que dependiendo de dichas acciones y alcances, las asociaciones humanas, pueden terminar rivalizando precisamente con el Estado, y con el ejercicio de los poderes de dicho estado, ya sea el ejecutivo, legislativo o judicial.

En tercer lugar, porque desde el punto de vista del control de los delitos, desde la óptica de la prevención general positiva y negativa, cabe considerar que actuar en número muchas veces aumenta la potencialidad del delito en términos de consecución de sus objetivos (éxito criminal), lo cual incide en que resulte del todo lógico, establecer límites desde el derecho penal, respecto de aquella estructura humana (la asociación) que mayor potencial de afectación tiene respecto de los bienes jurídicos que este mismo derecho penal pretende tutelar.

⁹⁵ Etcheberry O., Alfredo, *Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial*, 3º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 316.

⁹⁶ Desde mi punto de vista, la libertad de asociación, más que un derecho constitucional, es una garantía constitucional. Lo anterior debido a que las garantías son aquellos instrumentos jurídicos reconocidos y resguardados por la Carta Fundamental que son el antecedente que posibilita y permite ejercer los derechos constitucionales, que son a su vez un conjunto de derechos de carácter individuales (subjctivos) y públicos (fundamentales) que conforman un marco institucional límite al poder político y social de turno, en favor de las personas. De esta forma, la libertad de asociación, es una garantía que posibilita el ejercicio de la libertad personal.

⁹⁷ La doctrina constitucional, reconoce como *esencia* de los derechos constitucionales, aquel núcleo irreductible de los mismos, sin el cual estos se tornan irreconocibles para su titular.

⁹⁸ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (N° 1): p. 79, 2004.

⁹⁹ Entendida como la rama del Derecho Penal dedicada a comprender, contener y prever el fenómeno delictual o criminal.

De esta forma, desde la misma Constitución ya se establecen ciertas prohibiciones respecto de las asociaciones. Así, el inciso cuarto del artículo 19 N° 15 establece que se prohíben las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado, en una especie de preludio de la regulación primaria que establece el Código Penal a este respecto.

Cabe considerar que las prohibiciones y regulaciones que se establezcan al respecto, en virtud a su vez de lo determinado por el inciso segundo del artículo 5°¹⁰⁰ de la Constitución política del estado, deben respetar lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁰¹.

Las referidas normas internacionales, respecto de dichas prohibiciones y regulaciones, establecen que dichas limitantes deben al menos estar contenidas en una norma de rango legal y además que deben resultar necesarias para proteger otras garantías o derechos constitucionales como la seguridad pública, salud pública y las libertades de los demás.

En lo que respecta a la Asociación Ilícita del Código Penal, este tipo penal se encuentra establecido en el Título VI, Libro Segundo del Código Penal, que trata De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares.

El artículo 292° del Código citado establece como definición típica de este tipo de organizaciones a “Toda asociación que tenga por objeto atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el sólo hecho de organizarse”.

Respecto a dicho artículo, se ha señalado que “la expresión orden social no es muy precisa, y parece referida al orden público en su sentido más amplio, no en el

¹⁰⁰ Cabe tener presente que respecto al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, existen al menos dos posturas. La que sostiene que los derechos fundamentales establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, pasan a formar parte del contenido material de la constitución, y por otra parte, aquella postura que plantea que dichos derechos, contenidos en los tratados internacionales en comento, sólo adquieren jerarquía de Ley.

¹⁰¹ El art. 16. del Pacto de San José señala en su N° 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 o los derechos y libertades de los demás”. Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su art. 22, N° 2 prescribe. “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

restringido de tranquilidad. Del mismo modo, la asociación debe haber tenido por objeto la comisión de multiplicidad de delitos, y no de uno sólo”.¹⁰²

Tal como plantea el autor, son Asociaciones Ilícitas, aquellas agrupaciones de personas cuyo objetivo delictual sea atentar de una forma u otra contra el orden o seguridad públicos, entendiendo por orden y seguridad públicos, aquellos estadios de la sociedad en los cuales se aprecia una tranquilidad y normalidad institucional y social, sin otras perturbaciones más que las que se desprenden del normal desarrollo de las actividades sociales propias de las comunidades organizadas.

En Referencia con el punto anterior Alfredo Etcheberry señala que “La expresión “orden social” no es muy precisa, y parece referida el “orden público” en su sentido más amplio no en el restringido de “tranquilidad”¹⁰³. De esta forma podemos apreciar que el autor efectúa una distinción entre el concepto restringido de tranquilidad y el concepto más amplio de orden público. Ello nos indica que el citado concepto, también estaría tomando en cuenta consideraciones más profundas en lo que a la definición de estos términos se refiere, dado que el orden público tiene relación con estados institucionales permanentes o trascendentes de un país o nación, y por su parte el concepto de tranquilidad tiene relación con situaciones puntuales y específicas de un momento en un lugar, que deben ser pacíficas para objeto de ser tranquilas.

De esta forma, un país puede verse afectado por alteraciones a su orden público y sin embargo presentar rasgos de gran tranquilidad.

Otros autores profundizan un poco más en la figura, en línea con lo planteando, señalando que “La asociación ilícita está destinada precisamente a cometer crímenes o delitos y no para atentar, en general, contra el orden social o las buenas costumbres, como una lectura superficial de la norma pareciera indicar.

Como dijimos, nuestro Art. 292 proviene del Art. 322 del Código Penal belga (de tradición francesa) que definía la asociación ilícita como toda aquella que tuviera por objeto atentar contra las personas o las propiedades, si bien luego regula la penalidad de acuerdo a la gravedad de los crímenes o delitos cuya perpetración tema por objeto la asociación.

Nuestra Comisión agregó, además, los atentados contra el orden social o contra las buenas costumbres, pero sin que estos... tuvieran otra finalidad que la de reforzar

¹⁰² Etcheberry O., Alfredo, *Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial*, 3º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 317.

¹⁰³ Ídem.

el concepto, manteniendo la vinculación, con respecto a ilícitos específicos y concretos de las leyes punitivas.

En efecto, no basta que se considere “genéricamente” tales agresiones sino que esos ataques deben representar un delito en particular del Código Penal o de leyes penales especiales, por las siguientes razones:

- 1) El delito del Art. 292 figura en el título de los delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, lo que incluye, como es natural, el orden social;
- 2) Además, cuando se quiere incluir el orden social y político, el legislador ha tenido que establecer delitos específicos como en la Ley de Seguridad del Estado; de conductas terroristas o en la Ley de Tráfico de Estupefacientes;
- 3) La penalidad se distribuye de acuerdo a la entidad de los delitos cometidos:
 - a) Crímenes y b) simples delitos. No se considera para nada un ataque “genérico” al “orden social”;
- 4) Los atentados contra las buenas costumbres, contra las personas o contra las propiedades, están incluidos en sus respectivos títulos del Código Penal;
- 5) En resumidas cuentas, las asociaciones ilícitas son las asociaciones para delinquir, según lo dice claramente el derecho comparado (así, Art. 416 del C. italiano y el 210 del C. argentino).¹⁰⁴

Esta postura ya señalada, refuerza lo afirmado en relación con que el orden público es un estado institucional permanente o trascendente de un país o nación, y por su parte el concepto de tranquilidad tiene relación con situaciones puntuales y específicas de un momento. De esta forma, las perturbaciones al orden público que protege la figura del Artículo 292° del Código Penal, requiere para verse afectado que dicha afectación sea en función de delitos específicos que cometa la Asociación, delitos previamente tipificados en el Código Penal y que impliquen una anomalía con cierto grado de permanencia en el desarrollo de la normalidad institucional, no bastando con alteraciones generales al orden social.

A este respecto, se ha señalado que “la expresión orden social no es muy precisa, y parece referida al orden público en su sentido más amplio, no en el restringido de tranquilidad. Del mismo modo, la asociación debe haber tenido por objeto la comisión de multiplicidad de delitos, y no de uno solo”.¹⁰⁵

No obstante ello otros autores plantean que “aunque el Código ha pretendido limitar el concepto de asociación ilícita mencionando determinados grupos de acciones delictuosas, la terminología que emplea es en realidad tan amplia que debemos

¹⁰⁴ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (N° 1): p. 86, 2004.

¹⁰⁵ Etcheberry, Ob. Cit., supra, nota 102, P. 316.

entender que merece la calificación de 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”.¹⁰⁶

Sin embargo, para efectos prácticos el criterio expuesto por el profesor Labatut implicaría la masificación de la aplicación de esta figura, a extremos insostenibles en un Estado de Derecho democrático. Lo anterior debido a su interpretación formalista de la norma en comento, dejando de lado para efectos del análisis el bien jurídico protegido por dicha norma. Lo anterior podría llevarnos a aplicar la figura del artículo 292° a por ejemplo, un grupo delictual familiar que en pequeña escala, se dedique a perpetrar robos por sorpresas (lanzazos) y a la receptación de especies robadas. Ello porque según el criterio formalista que expone el profesor Labatut bastaría que el fin de esta organización sea la perpetración de delitos (robo por sorpresa, receptación) para que se configure una Asociación Ilícita.

Por otra parte, autores como Francisco Grisolia C., nos plantean que “Asociación Ilícita conforme al Art. 292 del Código Penal, es un conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos”.¹⁰⁷

Para este autor los bienes jurídicos protegidos por este tipo penal (Orden social del Estado, Ejercicio de la Libertad de Asociación), “se lesionan por el mero hecho de organizarse la asociación (delito formal o de mera actividad). No obstante, los delitos concretos que a través de ella se cometen tienen su propia objetividad (delitos contra las personas; contra el patrimonio, etc.), de modo que la actividad criminosa de la asociación debe plasmarse necesariamente en delitos concretos y específicos y no en meras actividades genéricas en contra del orden social o de las buenas costumbres”.¹⁰⁸

El mismo autor señala que “se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, plurisubjetivo y pluriofensivo”.¹⁰⁹

Desde mi punto de vista, las Asociaciones Ilícitas establecidas por el Código Penal, tienen por objeto atentar en contra de objetos determinados, que a su vez se encuentran amparados por bienes jurídicos fundamentales de un Estado.

La figura típica en comento, pretende tutelar el orden social, las buenas costumbres las personas o las propiedades. De esta forma establece un tipo amplio – tal como señalaba el Profesor Labatut-, que sin acotar mayormente los conceptos,

¹⁰⁶ Labatut, Gustavo, *Derecho Penal Tomo Dos, Parte Especial*, 7º ed. Actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 109.

¹⁰⁷ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (Nº 1): p. 76, 2004.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 80.

¹⁰⁹ Grisolia C., Francisco, *Ob. Cit.*, supra, nota 107, p. 76.

determina un marco de acción del derecho penal amplísimo, dada la imprecisión de los conceptos.

Esta apreciación no es menor, si consideramos que parte de los objetos de protección de la norma como el orden social o las buenas costumbres, son conceptos sociales amplios y que evolucionan con el tiempo, el desarrollo de las sociedades y los gobiernos de turno, y que su contenido es particularmente susceptible de ser asimilable a todo tipo de definiciones por parte de las autoridades o de grupos sociales que puedan imponer su visión particular sobre el tema en un momento político o histórico determinado.

Distinto es el caso de los otros objetos tutelados por el tipo en análisis, las personas o la propiedad, dado que respecto de ambos el ordenamiento jurídico nacional otorga definiciones más claras y precisas respecto a qué debemos entender por cada uno de ellos. De esta forma, el artículo 55° del Código Civil, define como personas a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe, o condición. Divídense en chilenos y extranjeros. Por su parte, el artículo 582° del mismo Código Civil, define a la propiedad como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

Así también se señala que “Persona es todo sujeto susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”¹¹⁰ y que la “Propiedad es la facultad de disponer, abusar o destruir una cosa sin restricción alguna, en forma absoluta y exclusiva, como apropiación de los bienes materiales creados en la producción o como la relación de dependencia en que se halla el hombre respecto de las cosas que a éste sirven para satisfacer sus necesidades”¹¹¹.

De esta forma, en principio, para establecer cuando una organización de personas, afecta o atenta (ya sea porque ya desarrollo estos hechos en grado consumado, o tiene por objeto efectuar actos que atenten en su contra) contra las personas o la propiedad, bastaría analizar si los actos efectuados o que pretendía efectuar dicha organización, afectaron o tenían el potencial antijurídico para afectar dichos objetos tutelados.

La diferencia con la eventual afectación del orden social y la seguridad públicos, es precisamente que estos dos objetos de protección de la figura típica de la Asociación Ilícita del artículo 292° del Código Penal, no se encuentran definidos a nivel

¹¹⁰ Rogelio Moreno Rodríguez: *Diccionario de Ciencias Penales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

¹¹¹ Ídem.

de códigos desde una óptica exegética, sino que lo son a nivel doctrinario y social, lo que complejiza pero a su vez enriquece la discusión doctrinaria respecto de su aplicación.

Más allá de la reflexión anteriormente expuesta, cabe considerar lo planteado por autores como Carnevalli Rodríguez y Hernán Fuentes para quienes “La asociación ilícita se estructura como una forma particular de organización criminal que, por lo mismo, se encuadra dentro del fenómeno de la criminalidad organizada. Frente a ello, la doctrina ha venido constantemente denunciando la insuficiencia de los criterios de imputación de la clásica teoría del delito de la primera mitad del siglo XX. Y es que los conceptos tradicionales de imputabilidad, culpabilidad, dolo, autoría mediata, complicidad e inducción, entre otros, habrían sido concebidos sobre la configuración de un modelo de imputación referente a la persona física”.¹¹²

Los autores nos retrotraen al hecho que los criterios para determinar cuando existe o no una asociación ilícita deben ser entendidos en función de su particularidad, dado que la estructura clásica de nuestro derecho penal ilustrado y continental fue concebida en función, tal como ellos lo señalan, de un modelo de imputación de responsabilidad penal dirigido a la persona humana. No obstante ello, y compartiendo esta precisión de los autores, sigo pensando que la figura en cuestión no puede ser entendida en los términos formalistas planteados por el Profesor Labatut, sino que debe ser integrada con otros complementos de la estructura clásica de nuestro derecho penal, como el bien jurídico, por las mismas razones ya planteadas.

Los elementos específicos de la figura son los que se comentan a continuación.

1.2.1 Respecto del Tipo Objetivo

Sin lugar a dudas, se exige, así como en la figura del artículo 16º de la Ley N° 20.000, de la existencia de una organización humana, (Asociación) permanente, jerárquica o estatutaria y disciplinada cuyos fines y acciones, se orienten a la comisión de hechos ilícitos y sancionados por el ordenamiento jurídico penal. Debemos recalcar el carácter permanente de la asociación típica, de lo contrario es discutible que nos encontremos en presencia de tal figura y creo que ese es el alcance que debe darse a la expresión del artículo 292º del Código penal para el cual este tipo de agrupaciones constituyen un delito por el sólo hecho de organizarse.

¹¹² Carnevalli Rodríguez, Raúl; Fuentes, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, Ob. Cit., supra, nota 63, p.3.

Una interpretación armónica con los principios básicos de un derecho penal democrático y con el carácter de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta de los autores, exigiría que dicha frase se interprete en el sentido de exigir ciertos complementos subjetivos –y objetivos- a la mera reunión física de los partícipes en el delito, considerando además que la etapa de la agrupación, puede ser lógicamente considerada como un acto preparatorio del tipo en análisis, siendo que no puede existir la Asociación Ilícita, ni los delitos que ella cometerá, previo a la etapa básica de reunión de sus integrantes.

A este respecto Alfredo Etcheberry plantea que “La asociación es un grupo de carácter más o menos permanente y jerarquizado, como se desprende del tenor del Art. 293, que alude a los “jefes” y a “ejercer mando”.¹¹³

No obstante existir ciertos sectores de la doctrina nacional que plantean que la conducta típica se configura por el sólo hecho de organizarse una asociación, los alcances del artículo 292°, deben ser determinados en forma coherente con los límites del ius puniendi que impone el principio de legalidad. De esta forma “afirmar la punibilidad de la conducta ya por el sólo hecho de que el autor adhiera a los fines de la organización, es penar una mera tendencia interna, con lo cual la prohibición no sólo responde a un puro derecho penal de ánimo, sino que, además, no satisface el mandato de determinación”.¹¹⁴

De esta forma, por ejemplo, los miembros de dicha organización, deben ser determinados a lo menos exigiendo que dicho carácter, se haya “exteriorizado en un aporte concreto dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta”.¹¹⁵

Cabe agregar que dicho apoyo o aporte, debe ser una acción de apoyo relevante, no sólo para el funcionamiento y objetivos de la Asociación Ilícita como tal, sino que además su relevancia debe traducirse en que junto con servir al funcionamiento de la organización, la afectación social de dicha actividad es también relevante.¹¹⁶

Sin dicho aporte, es muy difícil poder acreditar la calidad de miembro de una persona determinada. Lo contrario implicaría que “el tipo alcanzaría aspectos

¹¹³ Etcheberry O., Alfredo, *Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial*, 3º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 317.

¹¹⁴ Ziffer Patricia S., *El Delito de Asociación ilícita*, 1º Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 68.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ De esta forma, no podría ser culpable de Asociación Ilícita una persona que conociendo su existencia, le entregaba en forma gratuita, revistas de comics a sus miembros para que éstos pudiesen divertirse. Distinto es el caso de quien les facilitaba a sabiendas, municiones para armas de uso militar y grueso calibre.

puramente internos del autor, al reprimir un ánimo, difícilmente compatible con el principio del hecho”,¹¹⁷ es decir con el derecho penal de acto.

Por último, cabe señalar que “sólo puede ser considerado miembro quien se somete a sus reglas –de la asociación- y cumple dentro de ella alguna función concreta”¹¹⁸. Esto es asimismo coherente con el carácter de jerárquicas y disciplinadas que tienen este tipo de organizaciones.

Cabe señalar en cuanto a los miembros o sujetos activos, que “el delito de asociación ilícita es un ilícito general en que el sujeto no está obligado a tener una particularidad determinada, o sea, puede ser cualquier persona”.¹¹⁹

Un aspecto no menor, que debe ser considerado, es el número mínimo de miembros, que requiere la asociación ilícita. Si bien en ciertas legislaciones como la argentina¹²⁰ determinan el número mínimo de integrantes, nuestra legislación no establece el número mínimo, no obstante ello “es la opinión corriente que tres personas es la cantidad mínima necesaria para que se genere el especial peligro que caracteriza a este delito”.¹²¹ Respecto a esta materia específica, autores nacionales se pronuncian en términos específicos y contrarios a la anterior postura sobre la materia. De esta forma, Alfredo Etcheberry señala que “No se precisa el número de personas necesarias para constituir asociación; en rigor, bastaría con dos”.¹²²

Otras opiniones plantean que “Asociación para delinquir es la unión voluntaria y permanente de tres o más personas, con el conocimiento en cada una de la conducta ajena con el propósito común de cometer varios delitos”.¹²³

Podemos apreciar por lo tanto, que no existe consenso respecto del número de personas necesarias para constituir una asociación ilícita, no obstante ello, por un tema lógico, dicha agrupación no puede configurarse con menos de dos personas.

Ahora, el tema del número mínimo, también nos trae al debate respecto de la exigencia de la imputabilidad, culpabilidad y anti juridicidad de la conducta de dichos miembros para efectos de que se configure la conducta descrita por el tipo penal. Lo anterior, porque el tipo en cuestión, se configura sólo y sólo si sus intervinientes

¹¹⁷ Ziffer, Ob. Cit., supra, nota 114, p. 69.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹¹⁹ Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (Nº 1): p. 80, 2004.

¹²⁰ El artículo 210 del Código Penal Argentino, exige un número mínimo de tres integrantes.

¹²¹ Ziffer, ob. Cit., supra, nota 114, p. 75.

¹²² Etcheberry O., Alfredo; *Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial*, 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 317.

¹²³ Rainieri, En: Grisolia C., Francisco, *El Delito de Asociación Ilícita*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31(1): p. 76, 2004.

(mínimo tres) cometen el delito en función de actuar y vincularse entre ellos de formas determinadas, es decir con jerarquías, roles, códigos internos etc. Es decir los miembros de la asociación, deben ser efectivamente miembros relacionándose entre ellos en función de los requisitos objetivos y subjetivos de una Asociación Ilícita, pero al mismo tiempo deben ser imputables, penalmente responsables por sus conductas.

De esta forma, resultaría “imprescindible que se encuentre debidamente acreditado que la asociación cuenta, al menos, con tres miembros que puedan ser válidamente considerados tales, pues de su existencia depende la tipicidad de la conducta de los demás”.¹²⁴

Así, si nos encontramos en presencia de un grupo, asociación, de tres miembros, de los cuales hay uno, o dos, que pueden ser considerados inimputables, podría no configurarse el tipo en cuestión, dado que no se cumpliría el requisito de la existencia de tres o dos miembros criminalmente responsables.

En lo concerniente a la existencia del grupo o asociación, se requeriría en primer lugar la a) existencia de un cierto acuerdo entre sus miembros, acuerdo orientado a que los miembros condicionan su voluntad a la del grupo, y de esta forma, forman parte del mismo. En segundo lugar, se requerirá, b) la existencia de una cierta estructura que tome las decisiones del grupo e imponga dichas decisiones a sus integrantes, c) el aporte que debe efectuar cada uno de los miembros a la organización y por último d) la continuidad en el tiempo o permanencia del acuerdo existente entre los miembros.

De esta forma, Francisco Grisolia, nos plantea que “El tipo objetivo de la asociación ilícita descansa sobre la base de la existencia de una organización. Esta organización está trabada por un vínculo con carácter de cierta permanencia y estabilidad”.¹²⁵

Respecto del carácter de Ilícita de dicha Asociación, éste se encuentra dado por su orientación a la comisión de delitos, que atentan contra el orden social, buenas costumbres, personas o propiedades. No obstante ello, la orientación, al menos en un derecho penal de acto, no debiese ser suficiente para efectos de configurar dicho carácter, sino que debiese exigirse a lo menos la comisión de uno o más delitos. La doctrina es insistente en lo relativo a que dichos delitos deben ser un número indeterminado de los mismos, pues de lo contrario la anti juridicidad de la conducta (disvalor) ya no sería el correspondiente al tipo de asociación ilícita, sino que el

¹²⁴ Ziffer, Ob. Cit., supra, nota 114, p. 79.

¹²⁵ Grisolia C., Francisco, Ob. Cit., supra, nota 119, p. 81.

correspondiente a una simple reiteración de hechos delictivos o típicos, perpetrados por los integrantes en concurso real. En este sentido, el que dicha agrupación, recurra al delito para la consecución de sus fines (que pueden no ser los delitos en sí mismos, sino que los delitos pueden ser medios para otro tipo de fines) debe ser un rasgo distintivo de la misma. De esta forma se excluyen aquellas asociaciones que sólo recurren al delito como un tema excepcional u ocasional.

Respecto de la afectación del bien jurídico protegido en general por el artículo 292° del Código Penal es el Estado, su poder y funciones. Siendo que es el Estado, el que en función de su organización administrativa y política, y en función además de su objetivo fundacional, la institución que protege al orden social, las buenas costumbres, a las personas y las propiedades, el bien jurídico fundamental o primario que se protege por medio de este tipo es el Estado, no obstante no haya sido expresado por la norma de forma explícita. En definitiva, una organización que se establezca con el objeto de atentar en contra de los elementos anteriores, no puede hacerlo sin afectar al estado (a diferencia de un homicidio, que junto con atentar contra el bien jurídico vida, disputa respecto de esa vida en concreto, el monopolio de la violencia que posee el estado, pero sólo respecto de esa situación concreta, sin objetivos ni potencial mayores).

Respecto de este punto específico difieren Carnevalli Rodríguez y Hernán Fuentes quienes critican esta postura, señalando que “En este sentido, y para soslayar la indeterminación de este concepto, otros autores se refieren a la auto tutela del poder del Estado.

Así, según esta interpretación, la mera existencia de la asociación ilícita supone una negación a la hegemonía y poder del Estado, de manera que tal agrupación de personas se erige como una institución regida por su propio ordenamiento. Las críticas a esta teoría apuntan a que el concepto de auto tutela del Estado sufre de la misma vaguedad e imprecisión que la del orden público. Además, tiende a confundir o identificar el bien jurídico penalmente protegido con el sujeto pasivo del delito. A mayor abundamiento, se ha dicho que se trata de una noción político criminalmente peligrosa por su eminente raigambre autoritaria”.¹²⁶

Si bien la postura de los autores anteriormente citados es muy contundente, creo que confunden su postura personal, o lo que ellos consideran como el deber ser del bien jurídico protegido, con el bien jurídico efectivamente protegido o el ser de

¹²⁶ Carnevalli Rodríguez, Raúl; Fuentes, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, Ob. Cit., supra, nota 2, p.4.

dicha norma. Una cosa es que no estemos de acuerdo con que se proteja al Estado, o se lo proteja mediante un tipo penal altamente autoritario, y otra cosa es que sea o no el Estado el bien jurídico resguardado por dicho tipo penal.

No obstante ello, para los mismos autores “La conducta típica de la asociación ilícita consiste en el despliegue de una actividad por parte de una pluralidad de individuos que ha tener como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, en particular, el orden social, las personas y la propiedad. Esta finalidad previa de cometer uno o diversos delitos en contra de dichos intereses penalmente cautelados, no requiere de una determinación precisa de sus ejecutores, víctimas, su momento, lugar o circunstancias del hecho. Lo que se exige ex cátedra, es la presencia de una distribución de funciones entre los distintos intervinientes, y un determinado nivel de jerarquización. Así, las asociaciones esporádicas, ocasionales, o de poca frecuencia, a pesar que se desplieguen en un periodo de tiempo extenso han de resolverse conforme a las normas generales relativas a la pluralidad de intervinientes en el hecho punible —autoría y participación-.”¹²⁷

Dicha interpretación, no salva la objeción anterior respecto de su crítica hacia el reconocimiento del Estado como el bien jurídico tutelado, dado que la actividad permanente por parte de una pluralidad de individuos que tiene como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, rivaliza con el Estado y negar dicha característica puede tener resultados mucho mas autoritarios que los que los autores quieren evitar al criticar dicha definición.

Opinión diferente es la sustentada a este respecto por Francisco Grisolia para quien “el delito de asociación ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación”.¹²⁸

Hay que tener presente por último que “La Comisión Redactora en su sesión 157, al tratar el actual Art. 292 y a petición de Gandarillas, dejo expresa constancia “que la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del Libro Primero”. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales (de ahí la supresión de la palabra “partida”) para

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Grisolia C., Francisco, Ob. Cit. supra, nota 119, p. 80.

que tenga aplicación el artículo; es necesario, además, que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias”.¹²⁹

1.2.2 Respecto del Tipo Subjetivo

1. Se repiten ciertos elementos analizados en función de la figura del artículo 16° de la Ley N° 20.000, dado que siendo la figura del artículo 292° del Código Penal, una Asociación, y siendo que su carácter de Ilícita se determina en función de su permanente orientación delictual, debe existir una conciencia positiva, Dolo Directo, de esta situación en el grupo delictual, en cuanto a la pertenencia a una organización, a la obediencia respecto de sus códigos y normas internas. Las personas asociadas, deben tener conciencia que lo hacen con el objeto (con conocimiento cierto y positivo) de cometer los delitos que el artículo 292° sanciona.

De esta forma Francisco Grisolia señala que “El tipo subjetivo del delito es de máximo relieve y de la mayor importancia práctica. Sin el objeto o finalidad criminosa que persiguen los asociados, el delito cae por su base y no queda nada en cuanto asociación para delinquir; habrá, si acaso, una mera concurrencia de sujetos para la comisión de un crimen o simple delito que se regirá por las reglas generales de la autoría (Art. 15 Código Penal) pero nada más”.¹³⁰

El mismo autor también nos señala que “Para Manzini, utilizando la terminología prevalente en los autores italianos, el elemento material del delito consiste en el hecho de que tres o más personas se asocian con la finalidad (allo scopo) exclusiva o concurrente de cometer delitos.

Asociarse, significa unirse voluntariamente y permanentemente para conseguir, con voluntad y actividad colectiva, un fin (u objetivo) común, cualquiera que sea la forma que puede asumir la asociación. El elemento síquico del delito se da en él dolo, esto es, en la voluntad consciente y libre y la intención de formar parte de la asociación (dolo genérico) con el fin de asociarse para cometer delitos (dolo específico) (Manzini, *Instituzioni*, 164 y 165)”.¹³¹

A continuación en la misma obra se cita a Crespi, para quien “para integrar el elemento psicológico de la asociación para delinquir es necesaria la conciencia y voluntad de asociarse teniendo la finalidad (objeto o scopo) de cometer delito, o sea, de contribuir a la realización del programa delictivo (Crespi, 701 y autores citados)”.¹³²

¹²⁹ *Ibid.*, p. 82.

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Ibid.*, p. 83.

¹³² *Idem.*

Parte de la doctrina argentina señala al respecto, que “el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, supone que el autor conoce que su conducta realiza un aporte a un grupo formado por al menos dos miembros más, cuyo objetivo es la comisión de delitos como objetivo principal de la asociación...es necesario que el autor tenga voluntad de permanencia, es decir, que adhiera internamente al compromiso de colaborar con las actividades de la asociación sin necesidad de renovar el acuerdo frente a cada nueva oportunidad”.¹³³

2. Es también necesario el *Afectio Societatis*, o ánimo de ser parte voluntaria integrante de la asociación ilícita. No obstante lo anterior, en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la figura del artículo 16º, y siendo que los integrantes de las Asociaciones Ilícitas establecidas por el artículo 292º, son personas con un compromiso mucho más profundo con la organización, existiendo habitualmente un compromiso ideológico o filosófico más profundo que en el caso de la figura del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, este *Afectio Societatis* queda comprendido por el Dolo Directo.

3. Por otra parte y no menos importante es el hecho que la Asociación en comento, debe tener por objeto la comisión de delitos, delitos tipificados por el ordenamiento jurídico, y no basta para determinar su carácter de ilicitud el hecho que la asociación en comento tenga por objeto la comisión de faltas. De esta forma se ha señalado que “Los hechos que se propone la asociación deben ser delitos en sentido técnico. Las simples contravenciones (faltas) no entran en sus propósitos punibles y, tampoco, planes que no encuentran su específico encasillamiento en los hechos penales descritos como delitos por la ley; así como asociarse para fines políticos, u otros contenidos de orden social que no estén claramente contemplados en el Código Penal o en otras leyes especiales punitivas (ley de tráfico de estupefacientes; ley de seguridad del Estado; ley sobre conductas terroristas, etc.).”¹³⁴

1.2.3 Penalidades

Respecto de las penas establecidas para aquellas personas que sean declaradas culpables del delito establecido por el artículo 292º del Código Penal, los artículos 293º y 294º del mismo código diferencian en función de las categorías que establecen al respecto:

¹³³ Ziffer, Patricia, Ob. Cit., supra, nota 114, p. 82.

¹³⁴ Grisolia C., Francisco, Ob. Cit., supra, nota 119, p. 84.

➤ **Objeto perpetración de crímenes**

Cuando la Asociación Ilícita ha tenido por objeto la perpetración de crímenes se gradúa la penalidad en función del nivel de responsabilidad en dicha organización, en lo que podríamos considerar desde el punto de vista de Jesús María Silva Sánchez, califica como un modelo de responsabilidad por el hecho propio.¹³⁵

No obstante ello, para el mismo autor, respecto de la responsabilidad penal que compete a cada uno de los miembros de una organización de este tipo “cabe hacer responsables a todos aquellos cuya actuación favorecedora, institucionalizada y canalizada en la organización, se proyecta de modo mediato (a través de la organización) en un hecho concreto”.¹³⁶

De esta forma para los jefes, directivos y provocadores, se establece una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años), lo que es concordante con el castigo que se les pretende imponer a dichos individuos, en función de la culpabilidad que el legislador le imputa a dicha conducta.

Por su parte, cuando la Asociación Ilícita ha tenido por objeto la perpetración de crímenes o simples delitos, pero el individuo sancionado por el ordenamiento penal no es parte de la jefatura, ni de la dirección ni de la provocación del delito, se le aplica una pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), apreciándose como el legislador disminuye la pena a aplicar al considerar que la anti juridicidad de dicha conducta, al ser menor que la de los jefes y directivos, implica a su vez una menor culpabilidad de la misma, lo que conlleva un menor castigo.

➤ **Objeto simples delitos**

En función de lo establecido por el artículo 293º inciso final, cuando la organización ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, los jefes, directivos y provocadores, sufrirán la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años).

Por su parte, las personas no comprendidas en las categorías anteriores, sufrirán la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 días a 541 días).

A este respecto, Francisco Grisolia nos plantea que “Lo que no puede faltar es el objeto o propósito común para ejecutar determinados o indeterminados delitos con lo que pone en peligro todos los bienes jurídicos protegidos por cualquiera de los delitos

¹³⁵ Silva Sánchez Jesús María, Ob. Cit., supra, nota 3, p. 105.

¹³⁶ Ibíd., p. 113.

que, en definitiva, pudiesen cometer los asociados. La puesta en peligro se consuma con la sola organización de la banda. Por ello, para subsistencia del delito de asociación ilícita, es admisible que el ejecutor material de uno de los delitos comprendidos en el programa no sea partícipe de la asociación y, por tanto, no sea culpable de dicho delito de asociación así como algunos de los asociados puede ejecutar un delito que no esté incluido en la actividad criminosa prevista en el vínculo asociativo de modo que él solo será responsable de su propio delito”.¹³⁷

➤ **Excusa legal absoluta**

“En el Art. 295 se contiene una excusa legal absoluta que favorece a los culpables que antes de ejecutarse algunos de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos revelaren a la autoridad la existencia de dicha asociación, sus planes y propósitos.

Esta es una disposición muy similar y participa de la misma filosofía de la excusa absoluta que señala el inciso final del Art. 8 del Código Penal para la conspiración”.¹³⁸ “La norma en cuestión hace suponer, en su sentido literal, que las asociaciones ilícitas tienen, para el legislador, un elemento de carácter secreto, de modo que la existencia misma de las asociaciones, sus planes y propósitos permanecen en la clandestinidad mientras no perpetran su programa delictual o su existencia y planes son revelados, sea mediante la delación de algunos de sus propios miembros o por medio de las indagaciones policíacas. La idea misma de asociación ilícita presupone, pues, la clandestinidad siendo muy incierto que una asociación de tales caracteres operen de cara al público”.¹³⁹

¹³⁷ Grisolia C., Francisco, Ob. Cit., supra, nota 119, p. 84.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹³⁹ *Ídem.*

2) Capítulo 2: Clasificación del Tipo Penal de la Asociación Ilícita Ley N° 20.000

Como cuestión previa a la clasificación del tipo de la Asociación Ilícita contemplada en el artículo 16° de la Ley N° 20.000, debemos detenernos brevemente en las categorizaciones que existen respecto de los tipos penales a efectos de considerar las distintas alternativas y aplicar la que consideremos más adecuada a la figura en análisis.

Una primera clasificación de los tipos penales, nos indica que en función de la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, pueden distinguirse “delitos de resultado o delitos de pura actividad”¹⁴⁰, siendo los primeros aquellos cuyo tipo requiera la producción de un efecto o resultado producto de la acción que se sanciona, por su parte los delitos de pura actividad, son aquellos en los cuales el tipo, para configurarse, requiere la sola perpetración de la acción que se sanciona.

De esta forma, podemos plantear que la figura de la Asociación Ilícita establecida en la Ley N° 20.000, si consideramos que requiere la sola asociación u organización con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en la Ley, es un delito de pura o mera actividad dado que no requiere la producción de un resultado concreto.

Opinión similar plantean los autores Carnevalli Rodriguez y Hernán Fuentes para quienes “En lo que se refiere al resultado, al no exigirse que la acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente, de la conducta, el delito se califica como de mera actividad, por lo que no cabe detenerse en la constatación de la existencia de un nexo causal o de configurar una imputación objetiva. Sí es necesario, al tratarse de un delito de peligro abstracto, la exigencia de la peligrosidad de la conducta, salvo que se pruebe que aquella quedó apartada de antemano en el caso concreto”.¹⁴¹

De esta forma, bastaría, para la configuración del delito, el hecho que un grupo de personas, se asociaran (en forma permanente, con jerarquías establecidas, y los requisitos ya señalados anteriormente) para efectos de cometer delitos de narcotráfico

¹⁴⁰ Smolianski, Ricardo D., *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 74.

¹⁴¹ Carnevalli Rodriguez, Raúl; Fuentes, Hernán, *Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000*, Ob. Cit., supra, nota 63, p.5.

(previstos por la Ley N° 20.000), aún cuando nunca llegasen a cometer efectivamente tales delitos¹⁴².

El escenario descrito genera una situación en la cual el tipo penal de la Asociación Ilícita se amplía excesivamente, lo cual se contrapone con uno de los principios del Derecho Penal en un Estado de Derecho, cual es el Principio de Legalidad¹⁴³, dado que la amplitud que se le podría otorgar al tipo en comento, podría traspasar los límites lógicos y dogmáticos del tipo del artículo 16° en caso que se le aplique la figura a asociaciones que no merezcan la calificación de Ilícitas inclusive cuando su actividad no representa un peligro efectivo para los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal. No obstante lo anterior, cabe tener presente que los Estado Nación, suelen actuar de dicha forma cuando su existencia, manifestación o poderes se ven amenazados por una organización diferente de sí mismo.

A favor de este tipo penal tan amplio que podría sancionar incluso actos preparatorios, puede señalarse que la gravedad de la afectación potencial o futura de los bienes jurídicos, que pueden llegar a provocar este tipo de organizaciones, es de tal magnitud, que un tipo penal que sancione a los que pertenezcan a dichas organizaciones por el sólo hecho formal de dicha pertenencia, permite evitar dichos resultados gravosos para los bienes jurídicos que suelen ser afectados por estas agrupaciones. No obstante lo anterior, una aplicación netamente formal se asemeja demasiado a un derecho penal de autor, incompatible con un Estado de Derecho Democrático, e incluso contraria a un derecho penal de actos.

Para superar esta disyuntiva, creo que debiese aplicarse el criterio de demandar, como “requisito de legitimidad de la figura, exigir que el carácter de “Miembro” se haya exteriorizado en un aporte concreto dirigido a fomentar una finalidad delictiva concreta”¹⁴⁴. Con dicho criterio, a lo menos nos acercamos a un plano de un mínimo de exigencias jurídicas que permitan aplicar la figura con un grado de legitimidad jurídica propia de un Estado Democrático de Derecho.

Siguiendo con el análisis referente de los criterios de clasificación aplicables al tipo de la Asociación Ilícita establecido por el Artículo 16° de la Ley N° 20.000, podemos detenernos en el efecto de la acción típica sobre el bien jurídico protegido, lo que determina si la figura en análisis es un delito de lesión o un delito de peligro.

¹⁴² Esta es una tendencia compartida por otros ordenamientos jurídicos. De esta forma, en el Derecho Penal Argentino, la figura de Asociación Ilícita es considerada por la mayoría de los autores como un delito de mera actividad. Véase Ziffer, Patricia S., *El Delito de Asociación Ilícita*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 67 y siguientes.

¹⁴³ Véase Ziffer, Patricia, Ob. Cit., supra, nota 114, p. 68.

¹⁴⁴ Idem.

Como ya sabemos, los primeros son aquellos en los cuales el tipo, requiere para su configuración un efectivo menoscabo en el bien jurídico que se protege por medio de la figura típica, y que los segundos, es decir los delitos de peligro, es suficiente para su configuración que se afecte el bien jurídico en forma tal que se le someta a un estado en que exista la posibilidad cierta de la producción de un daño al mismo. Dicha clasificación por su parte, puede ser complementada, respecto de los delitos de peligro, añadiendo a la misma, los delitos de peligro concreto, aquellos que se configuran cuando efectivamente se ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal y los delitos de peligro abstracto, que requieren un peligro genérico para el bien jurídico protegido configurándose el delito con la realización del acto prohibido o con la omisión del mandato, sin que necesariamente se haya puesto en peligro el bien jurídico que es tutelado por la norma penal.

Respecto de los delitos de peligro, las teorías objetivas plantean que aquellos son los delitos en los que puede apreciarse la posibilidad objetiva de un resultado lesivo. Las posturas normativas por su parte, señalan que el disvalor del acto es lo que desemboca en el castigo de la desobediencia, pero que ello debe complementarse con exigir la presencia conjunta de un disvalor de resultado, el cual cumpliría la función de garantizar el cumplimiento del principio de *Nullum Crime Sine Injuria*.¹⁴⁵

Siguiendo este razonamiento, se podría plantear que los delitos de peligro abstracto, no pueden ni deben ser tratados como delitos de peligro presunto, parafraseando a Silva Sánchez, dado que se debe exigir se demuestre o compruebe la real peligrosidad de la conducta, pues de lo contrario se afectaría la presunción de inocencia del inculpado.

Dentro de esta lógica, y aplicable a la interpretación que se efectúe al aplicar la figura de Asociación ilícita establecida en el artículo 16º de la Ley Nº 20.000, para evitar que el delito de peligro abstracto, se transforme en un delito de peligro presunto, si en aquel delito (o conducta eventualmente típica), puede excluirse el peligro real para el bien jurídico que se protege, no existe la necesaria anti juridicidad del acto, por lo tanto la conducta deja de ser punible dado que no cumple con dicho requisito y deja de ser contraria al ordenamiento jurídico. El planteamiento contrario implicaría que el delito en cuestión se convierte en un delito formal de desobediencia, es decir que su contenido típico se configura y satisface sólo con la contravención normativa formal, sin determinar si la conducta del individuo ha significado un efectivo peligro para el bien jurídico resguardado o ha presentado los rasgos mínimos de antijuridicidad para configurarse como acción delictiva.

¹⁴⁵ Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., Ob. Cit. supra, nota 14, p. 82.

Cabe agregar a lo señalado, que siendo los delitos de peligro, tipos penales por medio de los cuales se sanciona o castiga la posibilidad y probabilidad de lesionar o menoscabar al bien jurídico tutelado por la norma, cuando dicho bien jurídico es de carácter supra individual, como es la salud pública tutelada por la Ley de Drogas, Ley N° 20.000 y el Estado en función del artículo 16° de la Ley N° 20.000, no debiese ser suficiente o bastante la exclusiva puesta en peligro del bien jurídico en cuestión, para efectos de configurarse el delito de peligro. Debiese exigirse, mas bien, una producción de un riesgo jurídico relevante, el cual se determina en función de una consideración y evaluación ex post.

No obstante ello, hay autores como Carnevalli Rodriguez y Hernán Fuentes que plantean que “En materia de iter criminis, no se requiere que los delitos perseguidos por los intervinientes lleguen a la fase de consumación, ni siquiera se exige el inicio de ejecución de esas conductas. Al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, se identifica la tentativa con la frustración y la consumación. No se admite un fraccionamiento entre esas figuras por cuanto el principio de ejecución se produce con la inmediata puesta en peligro del bien jurídico”.¹⁴⁶

Siendo que la Asociación Ilícita del artículo 16° de la Ley N° 20.000, es una figura que protege al Estado, en función de la protección a su vez de la Salud Pública, bien jurídico que establece la Ley N° 20.000 como el objeto de su protección, ambos bienes jurídicos supra individuales, el criterio anteriormente planteado, me parece aplicable a la figura en análisis

Continuando con nuestra reflexión, es un interesante análisis es el que puede efectuarse, respecto de la clasificación de la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000, en función de la figura del delito permanente propuesta por Roxin,¹⁴⁷ en contraposición a la clasificación de los delitos como delitos de estado que son aquellos delitos que terminan con un hecho específico y que producto de ello no pueden mantenerse por la voluntad del autor, por ejemplo el delito de homicidio que por su naturaleza no es posible extenderlo durante el tiempo.

Para el autor alemán los delitos permanentes¹⁴⁸ “son aquellos en los que el delito no se agota con la realización del tipo penal, sino que dicho delito se mantiene

¹⁴⁶ Carnevalli Rodriguez, Raúl; Fuentes, Hernán, Ob. Cit., supra, nota 43, p. 5.

¹⁴⁷ Falcone Roberto A., Capparelli. Facundo L. Ob. Cit., supra, nota 14, p. 90.

¹⁴⁸ En nuestro país, la figura del Delito Permanente se ha utilizado para impedir la prescripción de los delitos de Lesa Humanidad cometidos durante la Dictadura de Pinochet, específicamente del delito de Secuestro (Desaparición Forzada de Personas) en el cual se ha planteado que mientras subsista el secuestro del objeto del delito (cuerpo), el delito se mantiene, pues adquiere un carácter de permanente. Esta doctrina, fue planteada y sostenida por el Penalista y Legislador Juan Bustos Ramírez Ramírez.

por la voluntad criminal o delictiva del autor, durante el tiempo en que persista el estado antijurídico establecido por dicho autor”.¹⁴⁹

Siendo que el estado antijurídico, que es consecuencia de la ejecución del delito, proviene de la voluntad del autor del mismo podría darse un caso concreto en el cual, la Asociación Ilícita de la Ley N° 20.000 se configure como un delito permanente. Desde un punto de vista intelectual, y como ejercicio teórico, podríamos plantear el caso en que una persona fuese imputada y condenada por el delito en comento.

En dicho caso, el delito en cuestión podría considerarse como permanente si una vez su autor, detenido, imputado, procesado y condenado por Asociación Ilícita de la Ley de Drogas, mantuviese voluntariamente su organización (por medio de intermediarios, conservando la estructura organizativa, la cadena de mando y a personas de su confianza a cargo) por lo menos en los aspectos esenciales de la organización por la cual fue condenado. De esta forma, podríamos sostener que la figura en análisis es un delito de peligro y así mismo, un delito de peligro abstracto, pero al mismo tiempo no puede ser tratado o interpretado como un delito de peligro presunto.

Es entonces un tipo penal que podríamos clasificar de delito de pura o mera actividad, de peligro abstracto (pero no debe ser considerado de peligro presunto) y delito de estado no obstante los casos excepcionales en los cuales podría eventualmente tornarse como delito permanente. No obstante lo anterior y en función de los riesgos ya planteados, que dicha situación conlleva para un Derecho Penal democrático y para un Estado de Derecho, sin perjuicio de la estructura formal del tipo establecida por el Legislador, estructura desde la cual se desprende la clasificación ya señalada, esta estructura debe ser corregida por medio de los criterios jurisprudenciales y la interpretación efectiva que de la figura realicen los actores primarios del Derecho Penal, a efectos de compensar ciertas falencias de la figura legal, incompatibles con los principios básicos del Derecho Penal democrático.

¹⁴⁹ Falcone Roberto A., Capparelli. Facundo L. Ob. Cit., supra, nota 14, p. 91.

3) CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Para efectos de este análisis, las sentencias han sido resumidas, conservando sólo aquellos párrafos que fueron considerados como más relevantes. El texto completo de los fallos, puede encontrarse en el Anexo de Sentencias Analizadas del presente trabajo.

3.1 Sentencia nº 1 Corte Suprema, 11 de Junio de 2008¹⁵⁰

En este caso se solicitó a la Corte Suprema emitir pronunciamiento sobre la solicitud de extradición presentada por el Consejo de Defensa del Estado, respecto de Fernando Melciades Zevallos Gonzales o Gonzalez, Lupe Zevallos Gonzales o Gonzalez, y Jorge Portilla Barraza al Gobierno de la República del Perú, donde se encuentran, por imputárseles su participación en calidad de co-autores respecto de los siguientes hechos;

A) Fernando Melciades Zevallos González o Fernando Melciades Zevallos Gonzáles, se les acusa de ser autores de los delitos contra la Salud Pública -Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad básica; contra la Salud Pública; Receptación contra la Salud Pública- Lavado de Activos, previstos y sancionados en los artículos 296, 296-A, 296-B del Código Penal de la República del Perú, a la pena de veinte años de privación de libertad, estableciéndose como hechos de la causa, en síntesis:

a) Que, el hecho desencadenante de la investigación, se produjo el día 09 de enero de 1995, alrededor de las 18.30 horas, al efectuarse un registro en el interior del almacén ubicado en el Pueblo Joven San Martín, manzana "D", lote N°9, departamento de Piura, lugar donde se halló 30 sacos de polietileno, conteniendo frutos de algarrobo, mediante los cuales se camuflaban 3.342 paquetes en forma cuadrangular, forrados en material plástico de color beige y otros de color blanco, conteniendo una sustancia con características a droga, con un peso bruto aproximado de un kilogramo cada uno, estableciéndose posteriormente que correspondía a clorhidrato de cocaína con un peso neto de 3326 kilos, con 125 gramos, con 90,38% de pureza. Este hecho y otros conexos puso al descubierto una organización criminal dedicada al tráfico de droga, bajo la modalidad de acopio, procesamiento, almacenamiento y lavado de dinero, que operaba tanto a nivel nacional como internacional, liderada por los hermanos José Tito López Paredes y Manuel López Paredes, quienes resultaron condenados en dicha causa;

b) Que, Fernando Melciades Zevallos González, aparece vinculado a actividades ilícitas relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, a partir del año 1982, época en que se dedicaba tanto a la comercialización de la droga como a su transporte mediante la empresa TAUSA S.A., cuyos aviones fueron adquiridos con el producto de sus actividades ilegales;

c) Que, Fernando Zevallos G. el 04 de enero de 1992 constituyó la empresa peruana de aviación Aerocontinente S.A. con dineros provenientes del tráfico ilícito de drogas, parte de los cuales fueron aportados por la organización criminal liderada por los hermanos López Paredes, la que facilitó para ello la

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia ROL N° 2336 de 11 de junio de 2008. [en línea], <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/portilla-barraza-jorge-41116709> [Consulta: 25 septiembre 2013]

suma de US\$ 1.400.000, dólares norteamericanos, para la adquisición del avión con el cual comenzó a operar;

d) Que, la empresa Aerocontinente S.A. dentro del período comprendido entre los años 1992 a 1995, junto con dedicarse a la explotación de su giro, esto es, el transporte de pasajeros y de carga, utilizó sus aviones para el transporte de la droga a nivel internacional;

e) Que, las actividades ilícitas llevadas a cabo por la empresa Aerocontinente S.A. le permitieron la adquisición de nuevos aviones para sus operaciones, utilizando para ello empresas off-shore, constituidas por acciones al portador y controladas por Fernando Zevallos G., denominadas empresa International Pacific Trading, empresa Cargo Aircraft Leasing Corporation y empresas Southwest International Holding, a través de las cuales se compraron cuatro, dos y un avión respectivamente;

f) Que, la operaciones de Aerocontinente S.A.: en el periodo comprendido entre el año 1992 - 1995, llevaron a la empresa a introducir en el Perú en forma sistemática bienes de capital valorados en 43.5 millones de dólares americanos en el periodo indicado, superavit, que no logró acreditar documentalmente, y a obtener un crecimiento desmesurado que no resultó justificado.

B) Que respecto de la creación y desarrollo de Aerocontinente Chile S.A., cabe tener presente, en síntesis:

a) Que, a comienzos del año 1999, la persona que ejercía el control de Aerocontinente S.A. se puso de acuerdo con terceros a fin de ampliar las operaciones de la línea aérea señalada hacia el mercado chileno y norteamericano, para lo cual constituyeron la línea aérea denominada Aerocontinente Chile S.A.; que el Directorio Provisorio fue conformado por Jorge Portilla Barraza, Félix González Díaz y Lupe Maritza Zevallos González; que en la primera sesión del directorio, reducida a escritura pública el 22 de febrero de 1999, se designó como presidente de la Sociedad a Jorge Portilla y como secretaria a Lupe Zevallos;

b) Que, por escritura del 13 de abril de 1999 se aumentó el capital a \$485.000.000 en proporción siempre del 99% para Portilla y 1% para González, encontrándose pagados un total de \$158.400.000 y \$1.600.000, respectivamente, designándose gerente general de Ricardo Schombourg Ugarte;

f) Que, en el periodo del 30 de marzo de 1999 al 09 de marzo del 2001, la compañía Aerocontinente S.A. y Aerocontinente Chile S.A., internaron mediante sus cuentas bancarias la suma de US\$2.638.371, 79, y que la mayor parte de esos dineros provinieron de Aerocontinente S.A., y de la sociedad "Sistema de Distribución Mundial", relacionadas y de propiedad de Fernando Zevallos González y, además, desde un fondo bancario abierto por un "Trust" operado en Miami por Stephen A. Freeman.

D) Que, la operación comercial de transporte de pasajeros y de carga llevado a cabo por Aerocontinente Chile S.A., en conjunto con Aerocontinente S.A., en el lapso que operó en Chile y hasta el día de intervención, que ocurrió el día 13 de junio del 2001, con tarifas bajo los costos de operación y que aparecía viable según su deficiente contabilidad, resultó finalmente con cuantiosas pérdidas puesto que en sus registros contables no figuraba, en forma real, el costo del arrendamiento de las naves con las cuales operaba y que pertenecían a las empresas relacionadas con Fernando Zevallos G.

SEGUNDO: Que los hechos mencionados en el considerando anterior, fueron estimados por el juez sustanciador, como constitutivos de los delitos de asociación ilícita para el lavado de dinero proveniente de la perpetración en el extranjero de hechos constitutivos de alguno de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y de lavado de activos, previstos y sancionados en los artículos 22 y 12 de la ley N° 19.366, respectivamente; que se mantienen vigentes de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 transitorio, letra a) de la Ley N° 20.000, ya que de ellos se desprende que terceras personas conformaron en Chile una organización que tiene una estructura de mando, dirección y permanencia en el tiempo-

destinada a aprovechar bienes, valores y dineros, provenientes de la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes perpetrados en el extranjero, y que además, los hechores, a sabiendas que los aviones y recursos con los que operaban habían sido obtenidos de la perpetración en el extranjero de hechos constitutivos de delito de tráfico ilícito de estupefacientes, participaron o colaboraron en su aprovechamiento en Chile, en el lapso indicado.

TERCERO: Que, más adelante, luego de expresar los diversos antecedentes que se mencionan en el motivo 1º) del auto de procesamiento a que se hace alusión, lo que sumado a las propias declaraciones de los cuatro encausados, concluyó que se desprendían presunciones fundadas, las que apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, permiten estimar que les correspondió una participación de autores en los ilícitos referidos precedentemente, desde que intervinieron en los hechos de una manera directa e inmediata, en los delitos de asociación ilícita para el lavado de dinero proveniente de tráfico ilícito de estupefacientes y de aprovechamiento de bienes provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, los que fueron perpetrados en Chile entre el año 1999 y el 13 de Junio de 2001.

OCTAVO: Que entre las Repúblicas de Chile y Perú existe un Tratado de Extradición suscrito en Lima, el 5 de noviembre de 1932, el que fue aprobado por Chile el 14 de agosto de 1933, y sus ratificaciones fueron canjeadas en Lima el 15 de julio de 1936, y promulgado por Decreto N° 1152, de 11 de agosto de 1936, publicado en el Diario Oficial el 27 de agosto de ese mismo año. De acuerdo con los artículos I, II, III y V del Tratado para que proceda la extradición de una persona que se encuentra en territorio del otro estado, es menester que el que lo reclama tenga jurisdicción para juzgar los hechos delictuosos que se le imputan, y que proceda la extradición por todas las infracciones que, según la ley del estado requerido, estén penadas con un año o más de prisión comprendidas la tentativa y la complicidad; que no se trate de delitos políticos calificados como tales por las leyes del país requerido, y que la pena o acción penal no se encuentre prescrita.

NOVENO: Que, en el presente caso se trata de hechos que fueron perpetrados dentro del territorio de Chile, mediante la operación de la Sociedad Aerocontinente Chile S.A. entre el año 1999 y el 13 de junio del 2001, y las personas señaladas se encuentran procesadas por resolución firme y éstos constituyen delitos que se encuentran descritos en las normas ya señaladas que encuentran sus equivalentes en los artículos 296-A y 296-B del Código Penal Peruano, en donde se contemplan penas superiores a un año.

DÉCIMO: Que la acción penal no se encuentra prescrita, conforme lo disponen los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal Chileno, al tratarse de delitos con pena de crimen, los que prescriben en el plazo de diez años, en tanto que éstos aparecen cometidos entre 1999 y 2001, siendo denunciados en el mes de abril del último año. Se trata de ilícitos comunes, que no son políticos ni conexos con ellos, cumpliéndose de ésta forma con todos los requisitos del Tratado de Extradición suscrito por ambos países el 5 de noviembre de 1932.

Regístrese y devuélvase, en su oportunidad.

Rol N° 2336-2008

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

Como podemos apreciar en este caso, nos encontramos en presencia de una agrupación de personas, que posee las características básicas de lo que podemos entender como Asociación Ilícita. Tal como señala la Corte Suprema, la agrupación en cuestión, habría incurrido en conductas que califican como parte de las características permanentes de las Asociaciones Ilícitas, a saber “estructura de mando, dirección y permanencia en el tiempo, destinada a aprovechar bienes, valores y dineros, provenientes de la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes perpetrados en el extranjero”.

En este caso específico, no obstante lo anterior, se puede apreciar la ausencia de una estructura militar o mercenaria que es tan propia de las agrupaciones dedicadas al narcotráfico. Ello no obstante, puede explicarse lógicamente debido a que la mecánica de funcionamiento de esta organización en particular, para efectos de perpetrar los delitos en cuestión, no requería, al menos no en territorio de Chile, de ese tipo de estructuras marciales.

Cabe señalar que “El desarrollo jurisprudencial en Chile ha caracterizado a la asociación ilícita como una estructura orgánica, jerárquica, con reglas propias y disciplina en su interior, todos ellos elementos que configuran en los miembros ciertos vínculos estables o permanentes, con propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos —así, armamento y explosivos— y cuya estructura se proyecta más allá de la realización de algunos actos delictivos concretos, sobreviviendo a la consumación de éstos y que supone, por tanto, duración, permanencia y una o varias finalidades”.¹⁵¹

En definitiva en este caso lo que existe es una organización de personas, con estructuras y jerarquías determinadas, que responde a sus mandos y las instrucciones dadas para efectos de montar en nuestro país una operación comercial que les permitiese blanquear el dinero proveniente del tráfico de drogas ilegales.

Sólo de esta forma puede explicarse la capacidad práctica demostrada para efectos de llevar a cabo sus complejas operaciones financieras destinadas a solventar las operaciones de la aerolínea Aerocontinente, por un período de tiempo que si bien no fue demasiado extenso, sí requería, efectivamente, una organización estructurada, jerárquica y permanente. En este fallo, no obstante, se aprecia la falta de un análisis más detallado respecto del bien jurídico afectado, por el accionar de la organización.

No obstante ello, creo que los hechos descritos, configuran efectivamente una Asociación Ilícita, lo anterior debido a que, aún cuando se aprecia la ausencia de algún tipo de estructura militar de la organización, las operaciones de Lavado de Dinero desarrolladas por esta agrupación, son una pieza fundamental, parte de los delitos de

¹⁵¹Carnevallí Rodríguez, Raúl; Fuentes, Hernán, Ob. Cit. supra, nota 92, p. 4.

tráfico de drogas que se efectúan en el extranjero (Perú), pero son parte del mismo entramado, como una extensión del iter críminis de la organización.

Lo que la Ley N° 19.366 sancionaba por medio de su artículo 22º, y luego la Ley N° 20.000 por medio de su artículo 16º, era la organización que se constituía y actuaba para efectos de cometer los delitos sancionados como típicos por dichas normas legales, es decir, para el tráfico de drogas. Lo que en este caso se configuró y se determinó que había ocurrido respecto de los imputados.

El accionar ya descrito, afecta el bien jurídico protegido por el Tipo Penal en análisis, cual es el poder o funciones del estado. Lo anterior se debe, a que las operaciones de Lavado de Dinero de recursos provenientes de delitos de narcotráfico, afectan, dependiendo de la postura que se adopte, a la Administración de Justicia¹⁵² o al Sistema Social y Económico¹⁵³. Bienes jurídicos que se encuentran comprendidos como una extensión menor, de lo que podemos entender como Estado, sus funciones y correcto funcionamiento.

De esta forma, no obstante que la Corte no es lo explícita en sus razonamientos jurídicos que podría esperarse para un caso de esta envergadura, me parece que su juicio es acertado al plantear la configuración del delito juzgado.

3.2 Sentencia nº 2 Corte de Apelaciones de San Miguel, 09 de Agosto de 2010¹⁵⁴

En este caso, la Corte de Apelaciones de San Miguel se pronuncia respecto de la situación de Jonathan Alexander Zambrano Orellana, condenado en primera instancia a la pena de trece años de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes o psicotrópicos, en grado de consumado, perpetrado el día 28 de marzo de 2009 en la Comuna de Lo Espejo, y de Fabián Alexis Zambrano Orellana, condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del mismo delito. En contra de dicho fallo el Defensor Penal Público don Francisco Zúñiga Narváez, en representación de los referidos condenados interpuso recurso de nulidad fundado en la causal establecida en la letra b) del artículo 373º del Código Procesal Penal, por cuanto en el pronunciamiento de la

¹⁵² Para quienes sostienen esta postura, se afecta la administración de justicia, debido a que se eliminan, por medio de este proceso financiero, las pruebas de los ilícitos penales desde los cuales dichos recursos provienen.

¹⁵³ Esta postura plantea que las ventajas económicas que se obtienen en el ámbito económico y empresarial, producto de actuar en el mundo de la economía con recursos provenientes de un hecho típico, respecto del resto de los partícipes en estas esferas, es considerable y deja al resto de los competidores “legítimos” en notable desventaja.

¹⁵⁴ SCA San Miguel, 09.08.2010, Rol nº 862-2010, Legal Publishing, Cita online CL/JUR/4848/2010 [consulta: 09.10.2013]

sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuanto dio por concurrente la agravante-calificante del artículo 19º letra (a) de la Ley N° 20.000, es decir, haber sido cometido el delito por una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en la figura penal del artículo 16º del mismo cuerpo legal.

CON LO OIDO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, en el considerando décimo séptimo de la sentencia recurrida se estableció el siguiente hecho: “Que en el mes de enero de 2009 mediante diligencias de investigación de la ley 20.000, la Policía de Investigaciones de Chile determinó que un grupo de sujetos, entre los cuales se encontraban Teodomiro López Ceballos, Jonathan Zambrano Orellana y Fabián Zambrano Orellana, se estaban dedicando al tráfico de drogas mediante el empleo de correos humanos que enviaban desde Santiago a la ciudad de Tacna, Perú, a buscar droga, para posteriormente comercializarla en el país. Fue así como el día 28 de marzo del año 2009, en horas de la tarde, mediante una orden judicial de entrada y registro, se ingresó al domicilio ubicado en Pasaje Santa Bernardita N° 03671, de la Comuna de Lo Espejo, en cuyo interior se encontraban los tres anteriormente mencionados más Julio Torres Parra y Erwin Ramón Alvear Martínez quienes transportaban la droga como correos humanos, encontrando en el inmueble 101 ovoides de una sustancia la que sometida a la prueba de campo arrojó coloración positiva ante la presencia de cocaína, procediendo posteriormente Erwin Ramón Alvear Martínez y Julio Hernán Torres Parra a evacuar ovoides de igual sustancia. El total de la sustancia incautada alcanzó un peso de 1.314,4 gramos brutos de clorhidrato de cocaína”.

Segundo: Que la calificante contemplada en el artículo 19 letra a) de la ley 20.000 establece una agravación de las penas fijadas por la ley a las figuras delictivas de tráfico de estupefacientes, en los casos en que el ilícito sea cometido por “una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”.

Tercero: Que como lo señala explícitamente la letra a) del artículo 19 precedentemente transcrito, la calificante que en esta disposición se contempla, es una forma residual o incompleta del delito de asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 16 del mismo cuerpo legal.

Cuarto: Que empleando la ley las expresiones “agrupación o reunión de delincuentes” para caracterizar esta calificante, el elemento común entre ella y la asociación ilícita para el tráfico, reside en el colectivo de malhechores que se conciertan para cometer este ilícito de tráfico. En tanto, las diferencias entre la calificante y el delito de asociación ilícita deben residir –atendida la condición de figura residual de la primera -en la ausencia de los elementos demás que la doctrina y la jurisprudencia han establecido como presupuestos de la asociación ilícita para delinquir.

Quinto: Que la sentencia recurrida en el considerando décimo noveno, luego de analizar las declaraciones de los imputados y de los testimonios del personal policial que intervino en la indagatoria previa, deja constancia de los elementos que fundan su conclusión en el sentido que concurre en la especie la calificante del artículo 19 letra a) de la Ley 20.000, pues los tres imputados –entre los cuales se encuentran los recurrentes y un tercero- formaron un grupo que se asocia para un fin –el tráfico de estupefacientes- y que tienen una existencia más o menos permanente. Al respecto, hace referencia a las probanzas que acreditan la estabilidad en el tiempo de esta agrupación, el propósito común delictivo, la habitualidad y la distribución de funciones.

Sexto: Que la doctrina y la jurisprudencia han establecido que la asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes, supone la existencia de una organización de medios y fines, estructurada en escalones jerárquicos, con permanencia y estabilidad en el tiempo y con concordancia en el propósito

delictivo, en tanto que “la agrupación o reunión de delincuentes”, en qué consiste la calificante de la letra a) del artículo 19 de la Ley 20.000, requiere para que se configure de un elemento que no puede faltar: el colectivo de malhechores, esto es, dos o más personas; como segunda condición, los delincuentes deben proponerse y concordar en realizar la actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, y finalmente, además de la existencia del colectivo y del propósito común aludido, debe existir la distribución de funciones para la comisión del delito. A juicio de estos sentenciadores, atendido el significado que el diccionario da a los vocablos “agrupación o reunión” –que atiende a la conjunción de formas con un fin común- no es esencial ni indispensable para considerar concurrente esta calificante, que exista una organización estructurada de medios que incluya la jerarquización de actividades y su permanencia en el tiempo, elementos que son propios de la asociación ilícita para delinquir más no necesariamente de la “agrupación o reunión” de delincuentes a que se refiere la disposición legal citada.

Séptimo: Que el alcance y sentido de esta forma de agravación del delito de tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 19 letra a) de la Ley nº 20.000, a que se ha aludido precedentemente, surge no sólo del sentido natural y obvio de las expresiones “agrupación” y “reunión”, que atienden a la conjunción material de personas, en este caso de delincuentes, sino, además, de la voluntad del legislador de castigar severamente no sólo a la asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes, sino además a todo colectivo que se proponga la misma finalidad ilícita organizando las funciones a realizar con ese propósito, aún cuando carezca de estabilidad prolongada en el tiempo o jerarquización entre los elementos que la componen, pues aquellas circunstancias, por sí sola, son capaces de producir una mayor afectación del bien jurídico protegido, en la medida que son suficientes para potenciar las perjudiciales consecuencias del delito de que se trata.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público don Francisco Zúñiga Narváez, en contra de la sentencia de dieciocho de junio de dos mil diez, del Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la que por consiguiente NO ES NULA, ni lo es el juicio en que ella se dictó.

Redacción del Abogado integrante señor Jaime Jara Miranda.

Regístrese y comuníquese.

Nº 862-2010-REF.

Pronunciada por los Ministros señor José Ismael Contreras Pérez, señora Ana María Arratia Valdebenito y Abogado Integrante señor Jaime Jara Miranda. No firma el Ministro señor José Ismael Contreras Pérez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo del fallo, por encontrarse con feriado legal.

Podemos apreciar en este caso, que nos encontramos en presencia de una agrupación de personas, que posee las características ya no de una Asociación Ilícita, como es el caso del fallo anterior, sino que de la figura residual establecida por el artículo 19º de la Ley Nº 20.000. Tal como señala la Corte, la agrupación en cuestión, habría incurrido en conductas que califican como parte de las características de la asociación ilícita, sin llegar a configurarse como tal.

Respecto de la figura de la organización conformada con los imputados en este caso, no presenta características típicas y básicas de una Asociación Ilícita, estructura de mando, dirección y permanencia en el tiempo, sino que se configura más bien como una agrupación sin claras jerarquías, sin figuras determinadas que lideren y la dirijan.

En este caso, lo que existe es más bien una agrupación que se reúne para efectos de cometer ciertos delitos determinados contemplados en la Ley N° 20.000, sin mayores proyecciones, por lo menos al momento en que se producen los hechos. De esta forma, se plantea por ciertos autores que “para los escritores italianos la prueba de la asociación para delinquir no puede presumirse simplemente por la circunstancia de que tres o más personas hayan cometido juntas una serie de delitos, pues el vínculo asociativo debe ser demostrado por sí mismo”.¹⁵⁵

Estas personas, formaban parte a lo más como una agrupación que puede dar origen embrionariamente a una Asociación Ilícita en el futuro, dependiendo del grado de desarrollo que alcance dicha estructura, por lo que me parece apropiada, la calificación que enmarca los hechos en la figura del artículo 19° de la Ley N° 20.000, lo que en este caso se configuró y se determinó que había ocurrido respecto de los imputados.

El accionar ya descrito, no alcanza a afectar el bien jurídico protegido por el Tipo Penal establecido por el artículo 16° de la Ley N° 20.000, cual es el poder o funciones del Estado. Lo anterior se debe, a que una agrupación de este tipo, carece de la magnitud, organización, capacidad operativa y proyección suficiente para dichos efectos. No debe olvidarse que para que opere la figura del artículo 16°, debe afectarse al Estado, sus funciones, y la figura que se presenta en este caso, correspondiente al artículo 19°, no puede, por su dimensión, afectar el buen funcionamiento del estado.

Plantear lo contrario no sólo afectaría el Principio de Insignificancia¹⁵⁶ del derecho penal, sino que a su vez, implica admitir y reconocer que el Estado de Chile puede verse afectado por las más pequeñas organizaciones criminales, lo que implica a su vez ser un Estado en formación o en descomposición, situaciones que no se aplican a nuestra realidad institucional.

De esta forma, me parece que el razonamiento desarrollado por la Corte es acertado al plantear la configuración del delito juzgado.

¹⁵⁵ Grisolia C., Francisco, Ob. Cit., supra, nota 7, p. 82.

¹⁵⁶ Para este Principio Jurídico las penas reflejan el disvalor jurídico de la conducta típica, y por ende, deben guardar una cierta proporción con la magnitud de la afectación del bien (jurídico protegido); cuando la magnitud de la afectación es muy ínfima, se quiebra esta proporcionalidad necesaria.. Este principio o la teoría de la adecuación social, suelen invocarse para fundar la absolución de un procesado por un delito de bagatela. Véase Rogelio Moreno Rodríguez: *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

3.3 Sentencia nº3, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de Mayo de 2010¹⁵⁷

En este caso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pronuncia respecto del Recurso de Nulidad presentado a favor de Daniel Eulogio Amaro Mamani, en contra de la sentencia de fecha 26 de marzo de 2010, dictada en causa RUC 0900904349-4, RIT 24-2010, mediante la que fue condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en grado de consumado, cometido en la jurisdicción del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, los días 20 y 21 de septiembre de 2009. Se recurre en contra de la sentencia en función de lo establecido por el artículo 373º letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La anterior pretensión se funda en haber aplicado en forma errónea la circunstancia agravante contemplada en el artículo 19º letra a) de la Ley 20.000.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Defensora Penal Pública, solicita la nulidad de la sentencia dictada en contra de su representado con fecha 26 de marzo del año en curso, por afectarle la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber efectuado una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto al reconocer la circunstancia agravante del artículo 19 letra a) de la Ley 20.000, también afectaron los artículos 15 N° 1 y 63 del Código Penal.

Agrega que lo que se impugna es la circunstancia agravante a que se ha hecho referencia, no cuestionándose los hechos ni su valoración, habiendo incurrido los sentenciadores en primer término en una infracción al artículo 63 inciso 2º del Código Penal, por cuanto no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, y en los delitos de tráfico de estupefacientes se produce la cadena de distribución de droga, por lo que la concurrencia de distintos agentes en la comisión del ilícito se encuentra implícita en las conductas desplegadas para concretarlo, de manera que la conducta del imputado Amaro Mamani es una cuestión propia de la dinámica del tipo penal y que ya fue valorada al determinar la participación que le cupo en el hecho, y dividir las tareas no es sino establecer las hipótesis de coautoría contenidas en el artículo 15 del cuerpo legal aludido en primer término, de manera que estimar concurrente la agravante implica considerar nuevamente la situación fáctica.

En segundo término, debe existir una organización permanente en el tiempo y una organización jerárquica, y como la asociación ilícita es de difícil prueba, fue que el legislador creó la circunstancia modificatoria de que se trata, pero sin el mismo nivel de exigencia, constituyéndose en una verdadera forma simplificada de asociación ilícita y el tribunal dio por acreditado que los acusados actuaron de consuno en la comisión del presente ilícito, dividiéndose las funciones, incurriendo en cada uno de los verbos rectores que los hacen respectivamente autores del ilícito juzgado, estableciéndose un cierto grado de jerarquía entre ellos, relación que estuvo determinada por Daniel Amaro Mamani, de

¹⁵⁷ SCA Antofagasta, 12.05.2010, Rol nº 129-2010, Legal Publishing, Cita online CL/JUR/2841/2010 [consulta: 01.10.2013]

manera que la existencia de una mínima organización no basta para configurarla, porque es inherente a cualquier planificación o ejecución delictiva conjunta y no la sola participación en el delito.

En tercer término, se requiere la existencia de un dolo especial, que debe acreditarse con anterioridad al hecho investigado y que supone una suerte de pertenencia a ese grupo o reunión, reiterando que debe existir una permanencia en el tiempo.

SEGUNDO: Que el Abogado Asesor del Ministerio Público don Hugo León Saavedra solicita el rechazo del recurso de nulidad, consignando que... se aprecia que existe una distribución de roles y es así como se puede apreciar que el recurrente preguntó si al momento de llevar a cabo la operación habían policías vigilando, se puso en contacto con otro participante para juntarse en la bencinera de Chiu-Chiu y el mismo se comunica con otra persona para internar la droga al país, pudiendo apreciarse que cada uno cumplía determinados roles.

Daniel Amaro Mamani coordinaba la comisión del ilícito; el hermano y un tercero cumplían funciones de apoyo y fue claro que sabían que él iba a buscar la droga

Daniel Amaro Mamani podía él solo cometer el delito, pero quiso asegurar la comisión del ilícito participando con dos personas más, y de ahí la concurrencia de la circunstancia agravante del artículo 19 a).

Por su parte en el considerando duodécimo, se señala detalladamente la participación que les cupo a los distintos partícipes en su calidad de autores, constatándose que lo hicieron para asegurar la comisión del ilícito, lograr el transporte de la droga hasta Calama para posteriormente distribuirla en otros lugares, de manera que existe una distribución de roles, respecto de una finalidad común, cual era perpetrar el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y cada uno de ellos cumplía un verbo rector, esto es, transportando, portando y coordinando la situación previa de donde resulta, en consecuencia, que no existe una errónea aplicación del derecho.

CUARTO: Que el artículo 19 de la Ley 20.000 dispone: "*Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

a) *Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16".*

Del contexto de la agravante en comento, fluye que lo que se pretende es aplicar una pena mayor cuando distintas personas se asocian, no concurriendo todos los elementos que se requieren para establecer el delito de asociación ilícita, de allí que se utilizan las expresiones "*agrupación o reunión*" de donde resulta factible entonces que se trata de un estadio que se sitúa entre la coautoría y la asociación ilícita que se contempla en el artículo 16 de la Ley 20.000.

Importante resulta determinar la permanencia, por cuanto la existencia en el tiempo es un elemento determinante para calificar la agrupación, lo que permite diferenciar entre una forma de asociación y que dos o más sujetos se unen en forma transitoria para perpetrar un ilícito, requiriéndose en consecuencia de una organización y que permanezca en el tiempo, situación que se da en la especie, de manera que no debe revestir el carácter de ocasional, siendo irrelevante que se trate de un ilícito o de varios los que se lleven a efecto.

Asimismo, se requiere también que exista organización, en cuanto a que los partícipes en el ilícito deben cumplir ciertas funciones en su perpetración, que estén previamente determinadas, lo que también ocurre en el caso de autos, las que deben llevarse a cabo por delincuentes, acepción que debe entenderse en el sentido de la personas que delinquen, no siendo menester que anteriormente hayan sido condenadas por sentencia ejecutoriada.

De lo dicho se desprende que, tal como lo consigna el autor don Felipe González Hernández, en su monografía sobre “*Circunstancias agravantes en el delito de tráfico de estupefacientes*”, para que concurra la circunstancia agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la Ley 20.000, se requiere “*Para estar en presencia de la agravante de haber formado parte en una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el supuesto de la asociación ilícita, debe conformarse una agrupación de personas, de carácter más o menos permanente, que tenga por objeto la realización de un número indeterminado de delitos, careciendo en todo caso de los elementos de jerarquía y disciplina que sirven para la calificación del delito de organización contemplado en el artículo 16*”.

QUINTO: Que, en consecuencia, encontrándose enmarcada la participación del acusado Daniel Eulogio Amaro Mamani, dentro de las condicionantes que contempla el artículo 16¹⁵⁸ letra a) de la Ley 20.000 y configurándose en consecuencia la circunstancia agravante que allí se contempla, los sentenciadores al considerarla para la aplicación de la pena, no han infringido el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues no han efectuado una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que no han vulnerado ninguno de los preceptos legales que consigna la Defensa, por lo que el recurso de nulidad intentado no puede prosperar.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 129-2010.

Redacción del Ministro Titular Sr. Enrique Álvarez Giralt.

No firma la Ministra Titular Sra. Laura Soto Torrealba, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse en comisión de servicio.

Pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Titulares Sr. Enrique Álvarez Giralt, Sra. Laura Soto Torrealba y Sr. Oscar Clavería Guzmán. Autoriza la Secretaria Titular Sra. Claudia Campusano Reinike.

Podemos apreciar que en este caso nos encontramos en presencia de una agrupación de personas, que posee las características no de la Asociación Ilícita establecidas por el artículo 16º sino que las de la agrupación o reunión de delincuentes del artículo 19º letra a) de la Ley Nº 20.000.

En este caso, creo que el razonamiento expuesto por la Corte, respecto de las diferencias entre la Asociación Ilícita del artículo 16º y la Agrupación a la que se refiere el artículo 19º es correcto. Es decir, una Asociación Ilícita requiere tal como se señala en el fallo de una “organización de personas, de carácter permanente, jerárquica y disciplinada estructurada con objeto de cometer un número indeterminado de delitos y la otra, Agrupación, es un estadio que se sitúa entre la coautoría y la asociación ilícita que se contempla en el artículo 16º de la Ley 20.000, en la cual debe conformarse una agrupación de personas, de carácter más o menos permanente, que tenga por objeto la realización de un número indeterminado de delitos, careciendo en todo caso de los elementos de jerarquía y disciplina que sirven para la calificación del delito de

¹⁵⁸ En el fallo, la referencia de la Corte es literal al artículo 16º, no obstante, claro es que se refieren en realidad al artículo 19º de la Ley Nº 20.000.

organización contemplado en el artículo 16º. Como podemos ver, los hechos del caso podrían corresponder a una agrupación de personas, pero en ningún caso a la figura del artículo 16º dado que no existen los supuestos que estructuran dicha figura.

No obstante ello, creo que el problema de este fallo es que el tribunal hace un salto lógico sin profundizar su análisis respecto si los hechos acreditados en el proceso efectivamente describen una participación propia de las conductas inherentes y necesarias para concretar un delito de narcotráfico o si efectivamente existió una agrupación de la que trata el artículo 19º.

Uno de los elementos que me llevan a pensar que en este caso no existió la figura que establece el artículo 19º letra a) de la Ley Nº 20.000, es que tal como lo establece la misma Corte, dicha figura al igual que la de la Asociación Ilícita del artículo 16º, requiere tener por objeto la realización de un número indeterminado de delitos.

Desde mi punto de vista los hechos descritos, no califican lógicamente como una organización que tenga como objeto y objetivo la perpetración de un número indeterminado de delitos, sino que más bien, y concordando con la línea argumentativa de la defensa de Daniel Eulogio Amaro Mamani, lo que se juzga es una acción delictiva, dado que “la concurrencia de distintos agentes en la comisión del ilícito se encuentra implícita en las conductas desplegadas para concretarlo”. En este caso, no existió un razonamiento claro y preciso para efectos de establecer que “sin demostrar uno de los elementos propios de la tipicidad material de la agravante del artículo 19º, letra a), cual es la realización de un número indeterminado de delitos”, se configura la existencia de la figura en cuestión.

Creo que en este caso se confunden las etapas determinadas de un delito de narcotráfico, en el que efectivamente participan varias personas, con la configuración del delito establecido por el artículo 19º, sin hacerse cargo del análisis de las etapas de configuración del delito.

De esta forma, me parece que el juicio de la Corte no es acertado al plantear la configuración del delito juzgado, por ende tampoco lo fue la aplicación del derecho aplicado al caso lo que efectivamente repercute en una errónea aplicación del derecho, por lo que procedía la declaración de nulidad de la sentencia, en función de lo establecido por el artículo 373º letra b) del Código Procesal Penal.

3.4 Sentencia n°4, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de Mayo de 2010¹⁵⁹

En este caso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pronuncia respecto del Recurso de Nulidad presentado en contra de la sentencia emitida por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama en la Causa RUC 0801140018-4, RIT 177-2009, caratulada "Ministerio Público con Cristian Cruz Cruz y otros", por el delito de tráfico ilícito de drogas, sentencia de fecha 27 de febrero de 2010, que condenó a los acusados: Alfonso García Cartagena y Cristian Cruz Cruz, a cumplir cada uno la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y al acusado Marcos Correa Barrientos a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autores de un delito de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en grado de consumado.

VISTOS:

En

Oídos los intervinientes y considerando.

En cuando a los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de los acusados Cristian Manuel Cruz Cruz, Marcos Correa Barrientos y Alfonso Enrique García Cartagena:

PRIMERO: Que los recursos de nulidad interpuestos por la Defensoría Penal Pública, los fundamentan en la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

En efecto, consideran que en su dictación se ha incurrido en la causal invocada, pues se ha efectuado una errónea aplicación del artículo 19 letra a) de la ley n° 20.000 y, consecuentemente, los artículos 15 n° 1 y 63 inciso 2° del código penal, esto es, estimar acreditada la calificante, "*formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de asociación ilícita*", y con ello altera la correcta determinación de la autoría de los condenados, conforme al artículo 15 del código penal, y estimando equívocamente que las circunstancias inherentes a la realización del hecho punible, constituyen, además, y en sí misma la agravante, sin las cuales no se pudo realizar el delito.

Arguyen como primer fundamento, que se basa la causal invocada en la infracción a lo dispuesto en el artículo 63 inciso 2° del código penal, esto es, que no producen el efecto de aumentar la pena "*aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no pueden cometerse*". indican que es sabido que en el delito de tráfico se produce la denominada "cadena de distribución de droga", similar a la forma de distribución de los bienes o mercancías legales, por lo que, la sola concurrencia de distintos agentes en la comisión del ilícito, se encuentra implícita en las conductas desplegadas para concretarlo. en la especie, la conducta que despliegan los imputados garcía, cruz y correa, al decir en la sentencia, suponen distintos roles, garcía cartagena promueve y adquiere, correa barrientos posee y transporta, cruz cruz adquiere y transporta, pero aquello es una cuestión propia de la dinámica del tipo penal, y que, el tribunal de fondo ya valoró al determinar la participación de cada uno en este hecho, en otras palabras, establecer la división de tareas, no es otra cosa que establecer las hipótesis de co-autoría contenidas en el artículo 15 de código penal, razón por la cual, al considerar, nuevamente, "estas funciones" y estimar concurrente la agravante valora dos veces la misma situación fáctica, infringiendo con ello la norma del artículo 63 del mismo código.

¹⁵⁹ SCA Antofagasta, 25.05.2010, Rol n° 90-2010, Legal Publishing, Cita online CL/JUR/3051/2010[consulta:28.09.2013]

Agregan que lo mismo ocurre en el artículo 16 de la ley n° 20.000, en cuanto distingue, entre los que financian, ejercen el mando, dirección¹⁶⁰ o planifican el o los delitos que se proponen cometer, atentando de esta manera contra el orden público o el poder o función del estado. de acuerdo a lo anterior y frente a la dificultad de prueba del tipo penal frente a la asociación ilícita el legislador creó una agravante de responsabilidad que responde a la lógica de la asociación, pero sin el mismo nivel de exigencia, constituyéndose en una verdadera forma simplificada de asociación ilícita. luego para la existencia de la agravante debe exigírsele al menos alguno de los elementos de la asociación ilícita y no una mera “distribución de roles” que es lo que la sentencia recurrida afirma al señalar en el considerando vigésimo cuarto, párrafo tercero, “...a juicio de estos sentenciadores, el elemento connatural a esta reunión de personas es precisamente que hayan actuado de consuno o de acuerdo en la comisión del ilícito condición que ha resultado plenamente acreditada...” añade, “...ello sin perjuicio de la admisión por parte del acusado correa barrientos del hecho de haber recibido por parte de garcía cartagena una oferta para el traslado de dicha droga (...) ofrecimiento y aceptación que considerados en su conjunto, importan o permiten inferir un acuerdo o consentimiento producido entre los acusados, con el único y preciso fin de traficar sustancias estupefacientes, actividades que unidas al desempeño de cristian cruz cruz, permitió establecer una organización con mediana articulación y distribución de roles que permitió desplegar el actuar delictual de la manera acordada...”.

Sostienen que lo afirmado en la sentencia, esto es, la existencia de una mínima organización, para configurar la agravante no basta, ya que, aquello es inherente a cualquier planificación o ejecución delictiva conjunta. para distinguir, entonces, si estamos o no en presencia de una circunstancia que agrave la responsabilidad penal de los acusados, se necesita una mínima permanencia y no sólo la participación en el delito por las circunstancias que se señalan en el fallo impugnado.

Concluyen señalando que..., no basta para configurar la agravante el mero concierto y distribución de funciones, que requiere un estándar mayor, una suerte de permanencia de la organización, así como, el elemento subjetivo de entenderse partícipe de aquellas cuestiones que, por lo demás, no fueron acreditadas en el caso sublite que estima que no va más allá de la simple hipótesis de coautoría.

Por todo lo expuesto, solicitan se invalide la sentencia y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente sentencia de reemplazo que acoja lo pedido y rechace la calificante de responsabilidad penal señalada en la letra a) del artículo 19 de la ley n° 20.000 rebajando al mínimo la pena impuesta a los imputados, esto es, una inferior a la determinada por el Tribunal a quo.

SEGUNDO: Que el representante del Ministerio Público, manifestó en la audiencia, que deben rechazarse los tres recursos de nulidad interpuestos por las defensas, por los argumentos de hecho y de derecho que pasa a exponer.

En primer término, porque con ellas existe un punto de acuerdo, según la doctrina nacional la agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la ley n° 20.000 se aplica cuando la autoría va más allá del artículo 15 n°1 del código penal, pero no configura el efecto del artículo 16 de la misma ley.

A continuación señala los motivos que tuvo el tribunal a quo para aplicar la mencionada agravante, el que reconoce la misma doctrina citada por la defensa, pero estimó que el elemento “reunión de delincuentes” quedó comprobado con las declaraciones de los dos policías y escuchas telefónicas, que los tres acusados habían actuado de consuno o de acuerdo en la comisión del ilícito en orden a coordinar la adquisición, el transporte y transferencia de la droga y que se habían dividido el trabajo de tráfico de tal magnitud, esto es, la internación de casi cinco kilos de droga que se traslada a la ciudad de santiago. Establecido que hubo una distribución de labores, el peso, la forma y la cantidad, se estima que la droga estaba destinada a venderla a terceros.

¹⁶⁰ Sic. Se debió haber utilizado la palabra dirigen.

Señala que a la luz de la doctrina citada por las defensas a lo menos se dan dos elementos, el consuno o actuar de acuerdo y la división de funciones y jerarquización.

Arguye que la doctrina nacional ha entendido que el delito de asociación ilícita para la comisión del mismo, requiere una organización cuyo fin es cometer alguno de los ilícitos señalados en la ley n° 20.000.

Señala... asimismo, es un hecho irrefutable que los verbos rectores en los cuales incurre cada uno de los imputados son diferentes. es por ello que sus conductas van más allá de la simple autoría del artículo 15 n° 1 del código penal.

En relación a la infracción al artículo 63 inciso 2° del código penal, sostiene que está comprobado que la conducta de los imputados va más allá de la simple autoría por la distribución de roles y verbos rectores independientes en cada caso, por ende, estima que no hay vulneración al principio *non bis in idem* porque se trata de conductas diferentes.

En cuanto al dolo especial, difiere con lo expuesto por las defensas, porque en ninguna parte de la historia de la ley hubo alguna discusión al respecto. por eso le parece que es una interpretación extensiva de la norma del artículo 19 letra a) de la ley n° 20.000 y explica que esta agravante es las que la doctrina denomina "agravantes objetivas".... agrega que el dolo se exige al delito, pero no a la agravante.

TERCERO: Que en relación a la agravante en cuestión, cabe tener presente, además, que el Tribunal Constitucional en causa Rol 644-06, en sentencia de 26 de diciembre de 2006, refiriéndose al artículo 19 de la Ley N° 20.000 en el considerando Noveno establece *"Que en la especie lo que el legislador decidió en uso de sus atribuciones constitucionales y por razones de interés social es aumentar en un grado la pena del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, para el evento que el imputado forme parte de una agrupación o reunión de delincuentes, salvo que se trate del delito previsto en el artículo 16 de la referida Ley N° 20.000, que sanciona específicamente a los que se asociaran u organizaran con el objeto de cometer algunos de los delitos contemplados en la ley"*.

QUINTO: Que, en atención a todo lo expuesto, y no apareciendo acreditada una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, los recursos de nulidad interpuestos, no puede prosperar.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 90-2010.

Redacción de la Ministro Titular Srta. Marta Carrasco Arellano.

No firma la Ministro Titular Sra. Virginia Soubllette Miranda, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse con licencia médica.

Pronunciada por la Primera Sala, constituida por las Ministros Srta. Marta Carrasco Arellano, Sra. Virginia Soubllette Miranda y Abogado Integrante Sra. Ana Cecilia Rodríguez. Autoriza doña Claudia Campusano Reinike.

El artículo 19° de la Ley N° 20.000 establece:

Artículo 19.- Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16.

Disiento en este caso del razonamiento esgrimido por la Corte para efectos de rechazar el Recurso de Nulidad, porque creo en lo personal que la línea argumentativa seguida por la defensa es correcta y porque, por otra parte la Corte no se hace cargo

de aspectos de fondo del caso particular. En este caso, lo que se encuentra comprobado es la existencia de un grupo de personas, que actuaron conjuntamente a efectos de cometer alguno de los delitos establecidos y sancionados por la Ley N° 20.000.

No obstante lo anterior, se puede apreciar la ausencia de un salto lógico debidamente fundamentado, que explique claramente porqué del sólo hecho de existir un grupo de personas que cometen un ilícito establecido por la Ley N° 20.000, sin que se cumplan residualmente y con claridad los elementos de la Asociación Ilícita del artículo 16º, se deriva la configuración de la agravante establecida por el artículo 19º letra a) de la misma norma legal.

Concuero con la defensa en el sentido que para que se configure la agravante establecida en el artículo 19º, siendo una figura establecida como una derivación residual de la Asociación Ilícita del artículo 16º, deben concurrir a lo menos, alguno de los elementos de la figura de dicho artículo 16º para efectos de configurar dicha agravante y no resulta suficiente para estos efectos el que actúe conjuntamente un grupo de personas para efectos de ejecutar delitos sancionados por la Ley N° 20.000.

Debe tenerse presente que por su naturaleza los delitos sancionados por la Ley N° 20.000, requieren de la intervención de distintos partícipes, en distintas etapas de su construcción, para efectos de su perpetración completa, y como una cuestión básica del principio de legalidad y de la certeza del tipo penal, deben distinguirse los actos de ejecución del delito de aquellos actos preparatorios del mismo.

Creo que en este caso, tanto el Ministerio Público, como la Corte, confunden en su razonamiento las acciones previas y necesarias para la comisión del delito (actos preparatorios), con la efectiva concurrencia de la agravante en análisis.

Lo anterior se debe a que no se aprecia en los hechos, la concurrencia de algunos de los elementos mínimos requeridos por la figura del artículo 19º letra a), que son permanencia de la organización y tener como uno de sus objetivos la comisión de un indeterminado número de delitos¹⁶¹.

¹⁶¹ La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su sentencia del 12 de Mayo de 2010, Rol 129-2010, señaló que “tal como lo consigna el autor don Felipe González Hernández, en su monografía sobre “Circunstancias agravantes en el delito de tráfico de estupefacientes”, para que concurra la circunstancia agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la Ley 20.000, se requiere “Para estar en presencia de la agravante de haber formado parte en una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el supuesto de la asociación ilícita, debe conformarse una agrupación de personas, de carácter más o menos permanente, que tenga por objeto la realización de un número indeterminado de delitos, careciendo en todo caso de los elementos de y disciplina que sirven para la calificación del delito de organización contemplado en el artículo 16”.

En este caso, los hechos expuestos del caso nos remiten a la existencia de un grupo de personas que efectivamente perpetran los hechos descritos por la Ley N°20.000 como tráfico de drogas, pero no se supera el estándar de la duda razonable respecto a hechos esenciales de la figura del artículo 19° letra a), no se demuestra como el grupo de personas tenían un carácter permanente, característica que por lógica debe ir más allá de la simple participación en la perpetración de un delito determinado por un tiempo limitado, ni tampoco que se hubiesen reunido para la comisión de un número indeterminado de delitos.

En ausencia de elementos básicos de tipicidad material, no correspondía aplicar la agravante en comento, dado que tal como señala la defensa, “la sola concurrencia de distintos agentes en la comisión del ilícito, se encuentra implícita en las conductas desplegadas para concretarlo”.

De lo contrario, podría aplicarse la agravante del artículo 19° letra a), en todos los casos de narcotráfico y cada vez que se pueda detener y acreditar la participación de la cadena de personas que necesariamente intervienen para la perpetración de los delitos de narcotráfico.

Creo que en este caso, se pretendió castigar a un grupo de personas que se involucró en la ejecución de delitos previstos por la Ley N° 20.000, artículos 1° y siguientes, pero para lograr dicho objetivo bastaba con procesarlos en función de lo establecido por dicha norma, sin necesidad de aplicar la agravante

De esta forma, me parece que no es acertada la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta al plantear la configuración del delito juzgado dado que su análisis de la figura del artículo 19° de la Ley N° 20.000 es superficial y no se hace cargo de los elementos de fondo del tipo en cuestión.

3.5 Sentencia nº5, Sexto Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, 27 de Abril de 2011¹⁶²

En este caso, el Tribunal se pronuncia respecto del Juicio seguido en contra de los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, WILFREDO RAMÓN PÉREZ GUTIÉRREZ, RODOLFO ALFREDO CALDERÓN MORALES y ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, quienes el día 16 de Abril del año 2008 viajaron

¹⁶² TOP Santiago, 27.04.2011, RUC nº 0.700.935.945-6, VLex.cl, Cita online, <<http://http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid>>[consulta:15.05.2013]

con destino a una parcela ubicada en el sector La Jabonería Comuna de Canela, IV Región. Desde este lugar, salieron el día 19 de abril del año 2008, a bordo de los vehículos Marca Kia Gran Carnival, Placa Patente Única BKHS.82 y Nissan Terrano Placa Patente Única YG.4174, con destino a la ciudad de Antofagasta, lugar en el cual luego de haber cargado y ocultado droga en un lugar especialmente acondicionado en el pick-up de la camioneta Nissan Terrano.

El día 21 de abril del año 2008, en horas de la noche, en el traslado de Antofagasta a Santiago, fueron controlados los dos vehículos con sus ocupantes por personal de la Policía de Investigaciones de Chile, en la ruta 5 Norte, cerca de la Ciudad de Pichidangui, IV Región, y sorprendidos transportando en el vehículo Nissan Terrano la cantidad de 43 paquetes contenedores de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 43.397,9 gramos aproximadamente, con purezas de entre 31% a 33%, según los peritajes realizados.

VISTOS:

Que esta Sala del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, presidida por el Juez don Freddy Muñoz Aguilera e integrada por los Jueces doña Paula de la Barra Van Treek y por don Julio Castillo Urra, atendido lo dispuesto en los artículos 339, 340, 341 y 343 del Código Procesal Penal y ponderando las pruebas rendidas en el curso de la audiencia, con arreglo a las normas contenidas en el artículo 297 del texto legal citado, adquirió convicción, más allá de toda duda razonable, de la existencia de los siguientes hechos:

I.- EN CUANTO A LA ACUSACION POR EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:

2º Que, los hechos establecidos anteriormente descritos son constitutivos del delito de TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, previsto y sancionado en el artículo 3º, en relación con el artículo 1º de la Ley N° 20.000, en grado de consumado, correspondiéndole a los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, WILFREDO RAMÓN PÉREZ GUTIÉRREZ, RODOLFO ALFREDO CALDERÓN MORALES, CLAUDIA ANDREA MONSALVE GARRIDO y PAOLA ANDREA CASTILLO FIGUEROA respectivamente, participación en calidad de autores en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en contra de los antes mencionados encausados.

II.- EN CUANTO DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO:

3º.- Desde el año 2006 a lo menos y hasta el día 21 de abril del año 2008, para la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga, los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, WILFREDO RAMÓN PÉREZ GUTIÉRREZ, JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA, JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES, PAOLA ANDREA CASTILLO FIGUEROA y JORGE SANTIAGO MORALES CERDA, conformaron una asociación ilícita, con permanencia en el tiempo, cumpliendo estos acusados distintas funciones o roles de acuerdo con su jerarquía, con existencia de un centro de poder del cual emanaban las directrices, con la finalidad de lucrarse con las actividades del tráfico ilícito de drogas.

Para cumplir esta finalidad, además, esta estructura organizada, cometía diversos ilícitos que eran funcionales a este objetivo como delitos relativos a la ley de armas y otros. Durante el año 2007, los líderes de esta asociación ilícita enviaron hasta la II Región a JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES y JORGE SANTIAGO MORALES CERDA, quienes acompañados de RODRIGO AGUSTÍN GONZÁLEZ RAMÍREZ y de ALBERTO GUSTAVO LARA GUTIERREZ, a¹⁶³ recibieron y trasladaron hasta la ciudad de Santiago la cantidad aproximada de 188 kilos de cocaína base. Para cumplir esta función, la organización les proporcionó vehículos a fin de que pudieran trasladarse a buscar la droga, específicamente los vehículos marca Ssangyong Placa Patente Única XW.2076, que mantenían inscrito a nombre de JONATHAN ADOLFO PÉREZ SOTO, realizándose en forma previa al viaje una transferencia a nombre de Pedro Antonio Novoa Ríos, pero quedando la utilización de este vehículo a merced de la asociación; vehículo marca Kia, modelo Sportage Placa Patente Única BDCV.33; y vehículo marca Toyota Placa Patente Única LT.1225, transportándose la droga en dos de ellos mientras el tercero cumplía funciones de protección o cobertura. En virtud de una fiscalización realizada por Carabineros de Chile, en el control policial La Negra en la II Región, el día 02 de diciembre del año 2007, los acusados fueron detenidos y la droga incautada.

Con los ingresos económicos obtenidos del tráfico ilícito de drogas, los acusados, junto con la adquisición de bienes muebles e inmuebles, realizaron acciones comerciales destinadas a ocultar el origen ilícito de los mismos, utilizando para ello a terceras personas y creando una empresa de fachada a través de lo cual buscaron justificar o dar apariencia de legalidad, intentando de esta forma desvincularse de la actividad del narcotráfico.

Quienes ejercen la dirección y conforman el centro de poder de la organización son los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES y JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA. Éstos, a su vez, se distribuyen la cúspide organizativa de la asociación de acuerdo a la siguiente estructura jerárquica:

El acusado MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, es quién distribuye las funciones de los demás miembros de la organización, y da los lineamientos directivos de la misma, disponiendo las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles, a nombre propio y de terceros, así como la inversión en diversas actividades en beneficio de la organización como el funcionamiento de la automotora Lealtad Autos.

Con la finalidad de lograr ciertos beneficios para la asociación ilícita que lidera, junto a los otros integrantes se procura una red de colaboración, para lo cual intenta corromper a organismos públicos, como el Poder Judicial, Gendarmería de Chile y Carabineros de Chile. Por esta misma vía, recurre a funcionarios públicos para proteger a la asociación de bandas de narcotráfico rivales que operan en su entorno.

El acusado ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, formando parte del centro de poder, es quien realiza los contactos con los proveedores extranjeros de los cuales adquieren las sustancias que trafican, adquiere vehículos para el desplazamiento de la droga, arrienda un inmueble en la ciudad de Los Andes junto a su hermano Juan Enrique Garrido Meneses y contrata asesoría jurídica para los imputados detenidos en Antofagasta.

Por su parte, el acusado JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, formando parte del centro de poder, efectúa labores operativas dentro de la organización, teniendo como funciones principales la de adquirir bienes para Marcelo Gaete Bolados, distribuir la droga de la organización entre los distintos compradores, cobrar los pagos pendientes, e impartir instrucciones al resto de los partícipes de menor jerarquía.

¹⁶³ Sic.

Junto a los acusados Alexander Garrido Meneses, Jorge Rivera Inzunza y otros, participa en la realización de trámites administrativos para agilizar la libertad de Marcelo Gaete Bolados, pretendiendo crear redes de corrupción en el poder judicial, en la policía y en Gendarmería de Chile.

Igualmente, para fines de protección de los integrantes e intereses de la asociación ilícita, mantiene en su domicilio municiones para armas de fuego, chalecos antibalas y utensilios para el transporte de las armas. Dentro de las funciones que también realiza, le correspondió indagar o recabar información de delincuentes que atentan, amenazan o puedan atacar contra los intereses de la asociación criminal, recurriendo para ello a otros integrantes de la organización y a terceros.

Por su parte, el acusado ALEX ENRIQUE ORMAZABAL GAETE, es el encargado de la mantención y reparación de bienes muebles e inmuebles de la asociación ilícita; asimismo, es el encargado, junto a Jorge Rivera Inzunza, de dar vida y administrar el negocio de fachada instalado por la asociación ilícita, denominado automotora "Lealtad Autos", empresa donde además ejerce labores de vendedor de los automóviles que en ella se ofrecen, así como también participa adquiriendo vehículos que el actuar de la organización requiere.

El acusado JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA, es un intermediario en la estructura de la organización ilícita, participando y facilitando la solución de distintos problemas que se presentan en su funcionamiento. En este sentido, realiza distintos trámites para la asociación, como tareas administrativas para lograr la pronta libertad de Marcelo Gaete Bolados, arriendo de un local comercial para celebrar la libertad de éste, pagado por la organización, gestiona la entrega de vehículos para el funcionario de Gendarmería de Chile de nombre Juan Carlos Sandoval Sandoval por su colaboración en la agilización de trámites administrativos para lograr la pronta libertad de Marcelo Gaete Bolados, apoya logísticamente con el fin de asegurar el éxito de las actividades de la organización realizando reparaciones a los automóviles encargados del transporte de la droga, como asimismo proporcionando tarjetas telefónicas para la concreción de las comunicaciones de los integrantes de la asociación.

Junto a Alex Ormazábal Gaete, es el encargado de dar vida y administrar el negocio de fachada instalado por la asociación ilícita, denominado automotora "Lealtad Autos", empresa donde además ejerce labores de vendedor de los automóviles que en ella se ofrecen, rindiendo cuenta de las actividades realizadas a Marcelo Gaete Bolados, quién además le entrega instrucciones para su funcionamiento.

Para fines de protección de la organización criminal, Rivera Inzunza mantiene en su domicilio un arma de fuego.

Junto a Alex Ormazábal Gaete participa en la contratación de asesoría jurídica para entablar las acciones que se intentaron emprender en contra de sujetos que ingresaron a la parcela ubicada en el sector de La Jabonería de la Comuna de Canela, IV Región, así como en la indagación de antecedentes que pudieran llevar a determinar la individualización de estos individuos.

Respecto a la acusada PAOLA ANDREA CASTILLO FIGUEROA, quien en conocimiento de las actividades de narcotráfico que desarrolla esta organización criminal, recibe instrucciones de los jefes de la asociación ilícita con el fin de distribuir y vender la droga que trasladan hasta Santiago, dando cuenta directa del resultado de este negocio ilícito y entregando los dineros originados de las ventas a José Castillo Figueroa. Del mismo modo es brazo operativo de la organización realizando gestiones de administración de bienes.

Con la finalidad de mantener informados a los integrantes de la organización criminal, ésta acusada recopila información mediante parientes y terceras personas, sobre la situación procesal de

terceros que realizan acciones en contra de la asociación, como asimismo facilita el contacto con terceros con quienes la organización requiere mantener comunicación.

4° Que, respecto a los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES y JOSÉ ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, los hechos descritos previamente configuran el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO, establecido en el artículo 16 N° 1 de la Ley N° 20.000 en relación a los artículos 3° y 1° de la misma, correspondiéndoles participación en calidad de autores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, encontrándose el delito en grado de consumado, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en contra de los antes mencionados.

Con respecto a ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, WILFREDO RAMÓN PÉREZ GUTIÉRREZ, JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA, PAOLA ANDREA CASTILLO FIGUEROA, JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES y JORGE SANTIAGO MORALES CERDA los hechos acreditados se encuadran en el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO del artículo 16 N° 2 de la Ley N° 20.000, en relación a los artículos 3° y 1° de la misma, correspondiéndoles participación en calidad de autores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, encontrándose el delito en grado de consumado, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en contra de los antes mencionados.

En cuanto a los acusados CAROLINA ANDREA GONZÁLEZ CÁCERES, CLAUDIA ANDREA MONSALVE GARRIDO, SAINA ISABEL CASTILLO FIGUEROA, JONATHAN ADOLFO PÉREZ SOTO, RODRIGO AGUSTÍN GONZALEZ RAMÍREZ y ALBERTO GUSTAVO LARA GUTIERREZ, este Tribunal estima que los elementos de cargo no han resultado suficientes para establecer, más allá de toda duda razonable, su participación en los hechos que se han tenido por acreditados, por lo que se procederá a dictar sentencia absolutoria a su respecto.

III.- EN CUANTO A LOS DELITOS DE LA LEY N° 17.798 SOBRE CONTROL DE ARMAS Y EXPLOSIVOS:

5°.- Hechos:

a) Que el día 21 de Abril de 2008, en horas de la noche, en cumplimiento de una orden judicial, personal policial ingresó al domicilio de Alexander Mauricio Garrido Meneses y de Claudia Andrea Monsalve Garrido, ubicado en Avenida Tres Poniente N° 742, comuna de Maipú, en cuyo interior se mantenía guardado un fusil marca IZHMAH N° de serie H04132919, calibre 7.62, con mira telescópica, asimismo, sin autorización competente, 100 cartuchos calibre 45, sin percutir; 1 cargador Taurus con 9 cartuchos sin percutir; 1 cargador negro con 14 cartuchos 9 mm., sin percutir; 1 pistola Famae FN 750 serie 6879; 1 caja de cartuchos encamisados sin percutir, calibre 45; 1 cartucho calibre 0.40 sin percutir; 2 cartuchos calibre 9 mm., sin percutir; 1 cartucho calibre 6.35 sin percutir, 18 vainillas percutidas calibre 9 mm.; 1 cartucho largo con la inscripción 1927 en su culote y 34 cartuchos calibre .40 sin percutir. b) De la misma manera Alexander Mauricio Garrido Meneses trasladó un fusil IZHMAH N° de serie H04132853 calibre 7.62, hasta la propiedad ubicada en el sector La Jabonería, sin número, Canela Baja, IV Región de Coquimbo, arma que mantenía en dicho lugar. c) Además, en el registro realizado el 21 de abril de 2008, al vehículo marca Nissan, modelo Terrano, patente YG.4174, en que se trasladaban Alexander Mauricio Garrido Meneses y Wilfredo Ramón Pérez Gutiérrez en el cual se incautó la droga, éstos mantenían y portaban una pistola marca Taurus calibre 9x19 mm., número de serie adulterado, con mira láser marca Gamo y su cargador, una pistola marca Glock, modelo 22 calibre .40 mm., número de serie FSZ448, con mira láser marca Gamo y su cargador; una pistola marca Taurus, modelo PT24/7 PRO, calibre 9x19

mm., número de serie TZL59218 y su cargador; dos cargadores para fusil calibre 7.62x39 y 60 cartuchos del mismo calibre, sin contar con las competentes autorizaciones.

6°) Que los hechos anteriormente relacionados, en la letra a), en lo que dice relación con el domicilio ubicado en Tres Poniente N°742, comuna de Maipú, son constitutivos de los delitos de: 1) tenencia ilegal de armas de fuego, que contempla el artículo 9° en relación al artículo 2° letra b); 2) tenencia ilegal de municiones, que contempla el artículo 9° en relación al artículo 2° letra c) y 3) tenencia ilegal de partes y piezas de armas de fuego, establecido en el artículo 9° en relación al artículo 2° letra b); todos de la ley 17.798 sobre control de armas y explosivos, en grado de consumado, en razón de concurrir copulativamente cada uno de los elementos que los constituyen, correspondiéndole participación en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal al acusado Alexander Mauricio Garrido Meneses, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en su contra.

Que los hechos precedentemente relacionados en la letra b), son constitutivos del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9° en relación con el artículo 2° letra b) de la ley 17.798, en grado de consumado, en razón de concurrir copulativamente cada uno de los elementos que lo constituyen, correspondiéndole participación en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal al acusado Alexander Mauricio Garrido Meneses, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en su contra.

Que los hechos relacionados precedentemente en la letra c) son constitutivos de los delitos de: 1) porte ilegal de armas de fuego, previsto y sancionado en el artículo 11° en relación al artículo 2° letra b), 2) porte ilegal de partes y piezas de arma de fuego, previsto y sancionado en los artículos 9° y 11° en relación con el artículo 2° letra b), 3) porte ilegal de municiones, previsto y sancionado en los artículos 9° y 11° en relación con el artículo 2° letra c), y 4) porte ilegal de arma de fuego prohibida, establecido en el artículo 14° en relación con el artículo 3°, todos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Explosivos, en grado de consumado, en razón de concurrir copulativamente cada uno de los elementos que los constituyen, correspondiéndoles participación en calidad de autor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal a los acusados Alexander Mauricio Garrido Meneses y Wilfredo Ramón Pérez Gutiérrez, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en contra de éstos.

IV.- EN CUANTO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

14.- Hechos: Los acusados, MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, JOSE ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, WILFREDO RAMON PEREZ GUTIERREZ, SAINA ISABEL CASTILLO FIGUEROA; JONATHAN ADOLFO PEREZ SOTO, JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA; CAROLINA ANDREA GONZALEZ CACERES, JORGE SANTIAGO MORALES CERDA, JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES, CLAUDIA ANDREA MONSALVE GARRIDO, JUAN CARLOS CASTILLO VERA Y LIZARDO ARTURO VARGAS PARRAGUEZ a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente del desarrollo de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, ocultaron o disimularon estos bienes y/o el origen ilícito de los mismos.

Asimismo, adquirieron, poseyeron, tuvieron o usaron dichos bienes, con ánimo de lucro, habiendo conocido su origen ilícito al momento de recibirlos.

Es así como se estiman acreditadas las siguientes conductas de lavado de activos:

MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS:

1) Con el objeto de ocultar el dinero generado por la organización criminal, se coordinó con diversos testaferros para poner a nombre de estos últimos, bienes, entre ellos el inmueble ubicado en el pasaje Rey de Judea N° 01280, comuna de Maipú, compra que fue gestionada por Marcelo Gaete Bolados y Saina Castillo Figueroa, figurando en la escritura de compraventa como adquirente la hijastra de Marcelo Gaete Bolados e hija de Saina Castillo Figueroa, de nombre Dominique Tobar Castillo. Igual proceder utilizó Gaete Bolados en la adquisición de los bienes raíces consistentes en la parcela ubicada en Las Acacias sin número y La Casa sin número, sector San Pedro, Comuna de Malloa, VI Región, la que adquirió a Yene de Las Mercedes González Pérez y cuya escritura de compraventa suscribió el acusado Jonathan Adolfo Pérez Soto.

En ambos casos, a fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de estar en posesión material del inmueble y actuar con ánimo de señor y dueño.

ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES:

1) Con dineros provenientes de las actividades ilícitas adquiere los siguientes vehículos:

- i) Camioneta Mitsubishi L 200 Doble Cabina, año 2002, Placa Patente Única UT.7217.
- ii) Station Wagon Kia Motors Sportage Grand II DLX año 2002, Placa Patente Única UY.8439.
- iii) Camioneta Nissan Terrano Pick Up DX 2,4 año 2003, Placa Patente Única VP.9221.
- iv) Camioneta Marca Nissan Modelo Terrano Placa Patente Única YG.4174, transferida a Alexander Garrido Meneses con posterioridad a su detención e incautación del vehículo y en la cual se transportaba la droga incautada. Igualmente, mantiene a nombre de Jorge Rivera Inzunza el vehículo Marca Ssangyong PPU XW.2046, el que es utilizado por Alexander Garrido Meneses, transferido desde Juan Garrido Meneses a Rivera Inzunza, luego de su detención en Antofagasta e incautado finalmente en el domicilio de Alexander Garrido Meneses.

2) En el domicilio ubicado en Tres Poniente N° 742 de la Comuna de Maipú, mantienen oculto, junto a su pareja, en el entretecho la suma total de \$36.980.060.

3) Adquiere de María Eugenia Escribano Avilés, junto a su pareja, la propiedad ubicada Tres Poniente N° 742 de la Comuna de Maipú y cuya escritura de compraventa suscribió a petición de estos, doña Bernarda Catalán Díaz, y a fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de estar en posesión material del inmueble y actuar con ánimo de señor y dueño.

JOSE ALBERTO CASTILLO FIGUEROA:

1) Con dineros provenientes de la actividad ilícita, adquiere junto a su pareja Carolina González Cáceres, una casa ubicada en calle Emilio Salgari N° 0812, Comuna de Maipú y cuya escritura de compraventa suscribió a petición de éstos, el acusado Juan Carlos Castillo Vera. A fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de que los acusados José Castillo Figueroa y Carolina González Cáceres estaban en posesión material del inmueble y actúan con ánimo de señor y dueño.

2) En su domicilio ubicado en Pasaje Templo Votivo N° 844, comuna de Maipú, mantenía ocultos junto a su pareja Carolina González Cáceres, en el entretecho de la propiedad, dentro de una caja de zapatos la suma de \$9.360.000.

ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE:

1) Con dineros de la organización criminal participa en la creación de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, junto a Jorge Rivera Inzunza, con nombre Sociedad Comercial Automotriz

Lealtad Autos Limitada, cuyo objeto es ocultar y disimular el origen ilícito de los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas, en este contexto es el encargado de comprar vehículos para dicha automotora, participando en las gestiones para la adquisición de los vehículos Placa Patente Única BDCV.32 y BDCV.33, inscribiéndolo a nombre de Jorge Morales Cerda y Alexis Araneda Díaz.

2) Asimismo, adquiere con dineros de la organización el automóvil marca Peugeot, modelo 206 XR 1.4 año 2003, Placa Patente Única XB.1746-6.

WILFREDO RAMON PEREZ GUTIERREZ:

Adquiere con dineros provenientes de la actividad ilícita los siguientes vehículos:

- i) Camioneta Chevrolet Luv 2,3 Doble Cabina año 1994, Placa Patente Única LE.4999-3;
- ii) Camioneta Chevrolet Luv 2,3 Doble Cabina año 1994, Placa Patente Única LG.7733-3.

SAINA ISABEL CASTILLO FIGUEROA:

1) Coordinada con su pareja Marcelo Gaete Bolados, mantenían ocultos en el entretecho de su domicilio diversos sacos y bolsos con dinero en efectivo de diversa denominación, ascendiendo a la suma \$213.461.600 que provenían de las actividades ilícitas de tráfico de drogas desarrolladas por la organización criminal.

2) Con el objeto de ocultar el dinero generado por la organización criminal, se coordinó con Marcelo Gaete Bolados para adquirir el inmueble ubicado en Pasaje Rey de Judea Nº 01280, Comuna de Maipú, figurando en la escritura de compraventa como adquirente su hija de nombre Dominique Tobar Castillo. A fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de estar en posesión material del inmueble y actuar con ánimo de señor y dueño.

3) Compra con dineros provenientes de la organización un automóvil marca Peugeot 206 XR, año 2003, Placa Patente Única XA.1328-8 para el acusado Marcelo Gaete Bolados, inscrito a nombre de éste.

4) Utiliza en forma habitual el vehículo Marca Suzuki Grand Nómade Placa Patente Única XS.7334, que se encuentra inscrito a nombre de su pareja Marcelo Gaete Bolados, vehículo adquirido con dineros provenientes del narcotráfico.

JONATHAN ADOLFO PEREZ SOTO:

1) Adquiere con dineros generados por la organización criminal en el tráfico ilícito de drogas:

- i) un Camión Mercedes Benz L 2121 54, año 1996, Placa Patente Única PK.8120-1, adquirido el año 2007;
- ii) Station Wagon Ssangyong año 2007, Placa Patente Única XW.2076, adquirido el 21 de Abril del año 2007 y transferido a Pedro Antonio Novoa Ríos el 30 de Julio de 2007 y posteriormente incautado por infracción a la Ley 20.000 en poder de otros integrantes de la organización en diciembre del año 2007 en la Ciudad de Antofagasta;
- iii) Station Wagon Sportage año 2002, Placa Patente Única UY.8439, adquirido el 06 de noviembre de 2006 y transferido el 06 de marzo de 2007 al acusado Alexander Mauricio Garrido Meneses.

2) Con la finalidad de ocultar el origen ilícito de los dineros, adquiere a su nombre las propiedades raíces consistentes en la parcela ubicada en Las Acacias sin número y La Casa sin número, sector San Pedro, Comuna de Malloa, VI Región, las que adquirió a Yene de Las Mercedes González Pérez y cuya escritura de compraventa suscribió por instrucciones de Marcelo Gaete Bolados. A fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces.

JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA

1) Con dineros de la organización criminal participa en la creación de una sociedad de responsabilidad limitada junto al acusado Alex Ormazábal Gaete, con nombre Sociedad Comercial Automotriz Lealtad Autos Limitada, cuyo objeto es ocultar y disimular el origen ilícito de los bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas.

2) Asimismo, adquiere con dinero suministrado por la organización los siguientes vehículos:

- i) Station Wagon Ssangyong Actyon 2.0, año 2007, Placa Patente Única XW.2046-8, el que es transferido a su nombre una vez que el acusado Juan Garrido Meneses es detenido en Antofagasta con droga de la organización, con el fin de evitar la incautación y disimular su origen ilícito;
- ii) Toyota Corona año 1995, Placa Patente Única NF-7954, inscrito a su nombre en Mayo de 2008.

CAROLINA ANDREA GONZÁLEZ CÁCERES:

1) Adquiere con dineros provenientes de la actividad ilícita y utiliza el automóvil Nissan Primera GX 2.0, año 1998, Placa Patente Única RY.9210-1, adquirido el 17 de octubre del año 2007, en conocimiento del origen ilícito de los dineros.

2) Con dineros provenientes de la actividad ilícita, adquiere junto a su pareja José Castillo Figueroa, un inmueble ubicado en calle Emilio Salgari N°0812, comuna de Maipú y cuya escritura de compraventa suscribió a petición de éstos, el acusado Juan Carlos Castillo Vera. A fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de estar esta acusada y su pareja en posesión material del inmueble y actuar con ánimo de señor y dueño.

3) En su domicilio ubicado en pasaje Templo Votivo N° 844, comuna de Maipú, la acusada junto a su pareja mantenían ocultos en el entretecho una caja de zapatos conteniendo en su interior la suma de \$ 9.360.000, en efectivo, los que provenían de las actividades de tráfico ilícito de drogas.

JORGE SANTIAGO MORALES CERDA:

Con dineros provenientes de la organización criminal adquiere el vehículo placa patente única BDCV.32, marca Mitsubishi, modelo Katana, inscribiéndolo a su nombre y siendo retirado del lugar de compra por ALEX ENRIQUE ORMAZABAL GAETE, adquirido dicho móvil conjuntamente con el vehículo BDCV.33, el cual fue incautado el día 02 de diciembre del año 2007 con la pasta base de cocaína trasladada por los acusados JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES; ALBERTO GUSTAVO LARA GUTIERREZ; RODRIGO AGUSTIN GONZALEZ RAMIREZ y JORGE SANTIAGO MORALES CERDA. Si bien el vehículo Placa Patente Única BDCV.32 se encontraba inscrito a nombre de Morales Cerda, el uso pertenecía a los integrantes de la asociación ilícita.

JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES:

Con dineros provenientes del tráfico de drogas que realizaba la asociación ilícita, este acusado adquiere el vehículo Ssangyong Placa Patente Única XW.2046, el que posteriormente transfiere, con el propósito de ocultar bienes de propiedad de la organización criminal, al acusado JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA, el cual es finalmente incautado en el domicilio de su hermano ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, transferencia realizada mientras que el acusado se encontraba privado de libertad en la ciudad de Antofagasta.

CLAUDIA ANDREA MONSALVE GARRIDO:

Adquiere de María Eugenia Escribano Avilés, junto a su pareja Alexander Garrido Meneses, la propiedad ubicada Tres Poniente N° 742 de la Comuna de Maipú y cuya escritura de compraventa suscribió a petición de éstos, doña Bernarda Catalán Díaz, y a fin de no ser detectados por los organismos

fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de estar en posesión material del inmueble y actuar con ánimo de señor y dueño.

En el domicilio señalado, la acusada junto a su pareja mantenía ocultos en el entretecho de la propiedad la suma total de \$36.980.060 en dinero en efectivo, los que provenían de las actividades de tráfico ilícito de drogas.

A su vez, con los dineros provenientes del tráfico de drogas adquiere y utiliza el vehículo marca KIA MOTORS Modelo Sephia Placa Patente Única UB.5371, el cual también es utilizado por el acusado Alexander Garrido Meneses.

JUAN CARLOS CASTILLO VERA:

Con dineros provenientes de la actividad ilícita de tráfico de drogas, y en conocimiento de tal actividad, este acusado suscribe escritura de compraventa del domicilio ubicado en calle Emilio Salgari N° 0812, comuna de Maipú, lo cual realiza a petición de los acusados Carolina González Cáceres y José Castillo Figueroa. A fin de no ser detectados por los organismos fiscalizadores del Estado, se omitió el trámite de inscripción correspondiente en el Conservador de Bienes Raíces, sin perjuicio de tratarse de una propiedad cuyos verdaderos dueños corresponden a los acusados Carolina González Cáceres y José Castillo Figueroa, quienes se encontraban en posesión material del inmueble y actuaban en relación a éste con ánimo de señor y dueño.

El imputado LIZARDO ARTURO VARGAS PARRAGUEZ, adquiere con los dineros provenientes del tráfico ilícito de drogas, con fecha 26 de febrero de 2008 una Station Wagon, marca Dodge modelo Nitro, año 2008, Placa Patente Única BHLH-93, en la suma de \$14.990.000, pagados al contado, la cual se procedió a inscribir a su nombre, para posteriormente ser entregada a su verdadero dueño, Marcelo Gaete Bolados, líder de esta organización criminal.

15°.- Que, respecto a los acusados MARCELO LEONEL GAETE BOLADOS, ALEXANDER MAURICIO GARRIDO MENESES, JOSE ALBERTO CASTILLO FIGUEROA, ALEX ENRIQUE ORMAZÁBAL GAETE, SAINA ISABEL CASTILLO FIGUEROA, JONATHAN ADOLFO PEREZ SOTO, JORGE ANTONIO RIVERA INZUNZA, CAROLINA ANDREA GONZÁLEZ CÁCERES, WILFREDO RAMÓN PÉREZ GUTIÉRREZ, JORGE SANTIAGO MORALES CERDA, JUAN ENRIQUE GARRIDO MENESES, CLAUDIA ANDREA MONSALVE GARRIDO, LIZARDO ARTURO VARGAS PARRAGUEZ y JUAN CARLOS CASTILLO VERA los hechos establecidos configuran el delito establecido en el artículo 27 de la Ley 19.913 sobre lavado y blanqueo de activos, correspondiéndoles participación en calidad de autores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, encontrándose el delito en grado de consumado, por lo que se resuelve dictar sentencia condenatoria en contra de los mencionados encartados.

V.-EN CUANTO A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD PENAL INHERENTES A LOS HECHOS PUNIBLES:

16° Que se rechaza la agravante establecida en el artículo 14 letra b) de la Ley 17.798, respecto de los acusados Wilfredo Ramón Pérez Gutiérrez y Alexander Mauricio Garrido Meneses, por la razones que se indicarán en la sentencia definitiva.

17°.- Que, de la misma forma se rechaza la agravante establecida en el artículo 14 letra b) de la Ley 17.798, respecto de la acusada Claudia Andrea Monsalve Garrido, desde que ésta ha sido absuelta de la imputación constitutiva de infracción a la ley antes indicada.

18°.- Que, se rechaza la agravante establecida en el artículo 19 letra h) de la Ley 20.000, respecto del acusado Marcelo Leonel Gaete Bolados, en relación a los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Asociación Ilícita para el narcotráfico y de lavado de activos por las razones que se indicarán en la sentencia definitiva.

19°.- Respecto de las circunstancias establecidas en los artículos 22 de la ley 20.000 y 33 letra d) de la ley 19.913, el Tribunal emitirá pronunciamiento en la sentencia definitiva por estimar que no es inherente a los hechos punibles Se determina para la comunicación de la sentencia la audiencia del día de 22 mayo de 2011 a las 13:00 horas, quedando desde ya todos los intervinientes citados y notificados.

Redactará el fallo acordado el Magistrado don Julio Castillo Urra.

RUC: 0.700.935.945-6

RIT: 802-2010

Pronunciada por la Sala del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, presidida por el Magistrado don Freddy Muñoz Aguilera e integrada por los Magistrados doña Paula de la Barra Van Treek y por don Julio Castillo Urra.

Creo que en este caso, nos enfrentamos con una sentencia bien fundada, y coherente. En estricto rigor, la Asociación descrita en este caso, contiene todos los elementos necesarios para ser considerada como Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley Nº 20.000.¹⁶⁴

En primer lugar, podemos apreciar que la agrupación descrita, posee una cierta permanencia en el tiempo, la que se extiende por algunos años, por lo cual se aprecia una cierta intencionalidad de mantener su funcionamiento en el tiempo, es decir hacerla prevalecer y permanecer.

En segundo lugar, esta Asociación posee una distribución de funciones o roles de acuerdo con su jerarquía, bastante determinada. Existen por una parte personas encargadas de dirigir, otras de aportar logística, otras de labores defensivas, otras de lograr permear a las instituciones del estado, etc. Ello implica que existe una distribución en la carga y estructura de trabajo, establecida no sólo en función de las órdenes que imparte la jerarquía de la asociación, sino que además, y por sobre todo, en función de las necesidades que los objetivos delictivos y de permanencia de dicha asociación requieren.

En tercer término, puede apreciarse que este grupo cuenta con una jerarquía determinada, con existencia de un centro de poder del cual emanaban las directrices, directrices orientadas ya sea a la repartición de las labores, a la organización de la

¹⁶⁴ Para el Ministerio Público en este caso, se configuraba la Asociación Ilícita debido que existía un centro de poder, que tomaba decisiones, designaba tareas, manejaba y centralizaba la información para el funcionamiento de la organización. También por la existencia de un grupo de sujetos que cumplía funciones y tareas asignadas por el centro de poder. Véase Revista Jurídica del Ministerio Público, Santiago, Chile, (Nº47): p.144, Junio 2011.

logística, las labores diarias, el Lavado de Activos y Dinero, las operaciones propias del tráfico de drogas (viajes). El nivel de organización demostrado en este caso, sólo es posible de lograr en organizaciones humanas en las cuales existen roles predeterminados establecidos por estructuras de mando capaces de ordenar e imponer su voluntad al resto de los miembros de la organización.

Por último, no debe dejarse de lado que esta Asociación, poseía un innegable poder de fuego y de autodefensa¹⁶⁵. Esto es quizás uno de los elementos más gráficos respecto de cómo en este caso, esta estructura delictual, afecta efectivamente el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 16º, el Estado, sus funciones, dado que en términos históricos y de ciencia política, el elemento central y primario de un Estado, aquel que determina su existencia, su extinción o su remplazo, es el monopolio que ejerza sobre la fuerza, la coacción sobre sus ciudadanos y extranjeros dentro de su territorio.

Por lo mismo, poner en entredicho, disputar el monopolio sobre la violencia o la fuerza, coacción, que ejerce el Estado en aquellas zonas de influencia de la banda condenada en este juicio, cumple con afectar el bien jurídico protegido, dado que se priva al estado de Chile, de ejercer sus funciones y ejercitar el monopolio de la fuerza en dichas zonas geográficas controladas por este grupo.

No obstante ello, el tribunal, demuestra el rigor suficiente para no condenar por la figura del artículo 16º de la Ley N° 20.000, es decir Asociación Ilícita, en el caso de sujetos respecto de los cuales, no se configuran, más allá de duda razonable, los elementos de tipicidad objetivos y subjetivos requeridos para la configuración de la figura en comento.

¹⁶⁵ El concepto de *autodefensa*, se utiliza aquí en un sentido técnico, de la capacidad física que tiene este grupo para defenderse o atacar, ya sea a grupos rivales o a los agentes del estado, no es en ningún caso un juicio de valor positivo.

CONCLUSIONES

Por regla general, las políticas criminales relativas al tema del control y prohibición de las drogas ilegales, no se han implementado desde una óptica derivada de estudios científicos y profundos respecto de cuál es o fue la mejor manera de regular el consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o narcóticas. Por el contrario, el origen de las políticas prohibicionistas al respecto, tiene su origen y es fruto de visiones religiosas, políticas, raciales y prejuicios culturales y sociales, pero no en datos científicos, estadísticos o sociológicos duros.

Cada vez que debemos debatir y regular desde el punto de vista jurídico a las sustancias que podemos definir como drogas, considerando hasta el cansancio, que el alcohol y el tabaco son drogas legales, pero drogas al fin y al cabo, debemos tener en consideración que la humanidad convivió durante cientos de miles de años, y lo sigue haciendo, con distintos tipos de drogas y sustancias estupefacientes, no obstante ello, las primeras experiencias de prohibición legal sobre sustancias que podemos calificar como drogas, se remontan a mediados del siglo XIX. Nunca antes, en la historia de la humanidad, habían existido prohibiciones al respecto, y nunca antes habían existido problemas de narcotráfico o de las asociaciones ilícitas que se originan de dicho fenómeno.

El origen de esas primeras experiencias de prohibición, prohibición relativa al opio¹⁶⁶ en los Estados Unidos de Norteamérica, no obedecieron a un problema real de salud pública¹⁶⁷, por el contrario, la evidencia histórica sugiere que se implementaron como formas de controlar a grupos sociales conflictivos para las clases dominantes en los Estados Unidos.

Tanto el opio como el alcohol en los Estados Unidos, eran sustancias que se encontraban profundamente ligadas a dos grupos étnicos y religiosos que representaban una amenaza para la clase alta norteamericana calvinista y descendiente de ingleses. Dichos grupos étnicos, eran los chinos y algunas minorías europeas como los alemanes e irlandeses, los cuales debían ser controlados de alguna forma puesto que ganaban terreno político y social frente a una clase alta en decadencia y que ya no podía controlar a un electorado cada vez más cercano a la inmigración europea, que se mostraba autónomo de las pautas políticas y de conducta dictadas por la élite norteamericana.

¹⁶⁶ El opio era una droga muy consumida por la población china que había migrado a los Estados Unidos de Norteamérica durante la segunda mitad del Siglo XIX para desempeñar labores de mano de obra barata y en muchos casos, esclava.

¹⁶⁷ La salud pública es el bien jurídico protegido por la ley de drogas y toda la normativa relativa al control de estas sustancias.

Los grandes grupos criminales que conocemos hoy en día, y muchos de los que hemos conocido, a lo menos desde comienzos del siglo XX, tuvieron un origen ligado a algún tipo de prohibición de drogas, o eran grupos ya existentes, que adquirieron poder, influencias y recursos inconmensurables del tráfico de alcohol o drogas ilegales, como consecuencia directa del proceso prohibicionista iniciado por los Estados Unidos de Norteamérica.

En el mundo occidental a lo menos, no existen antecedentes de organizaciones delictivas con tanto poder militar, dinero e influencia política como las surgidas en Estados Unidos a partir de la época de la prohibición o ley seca, ni con las surgidas desde el inicio de la guerra a las drogas de los años 70.

Cabe señalar a este respecto que la figura de Asociación Ilícita, en cuanto figura típica y en cuanto a su aplicación (cómo, cuando, donde, con cuanta frecuencia se aplica) se enmarca dentro de un Estado político determinado. Es decir, siendo el Derecho Penal un sistema de Control Social, “no puede dissociarse del Estado en el que se manifiesta o actúa”.¹⁶⁸

El Derecho Penal deriva de un Estado nación determinado, pero de la misma forma que deriva de dicho Estado nación, también lo nutre y puede hacer derivar dicho Estado o ciertas manifestaciones del mismo, en direcciones más liberales, autoritarias o dictatoriales.

El Derecho Penal es un límite para el Estado, pero puede ser al mismo tiempo una herramienta institucional legítima que permita a dicho Estado dotar de un cierto carácter institucional a persecuciones políticas, religiosas, raciales, o en contra de otros grupos indeseables. Cuando el Estado nación se plantea estos indeseables objetivos como objetivos propios o queridos, el Derecho Penal suele ser forzado, por los gobernantes de turno, hacia límites alejados del Estado de Derecho ideal.¹⁶⁹

Cuando dicha situación se produce, el Derecho Penal se convierte en un instrumento de políticas de control social dirigidas hacia grupos más o menos determinados de personas, para precisamente controlarlos, independientemente de si dicha práctica de control responde o se condice con el ideal de un Estado de Derecho¹⁷⁰ e independiente de la lesividad real de la conducta a ser controlada.

¹⁶⁸ Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal: Parte General*, 2° Edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 47.

¹⁶⁹ Un Estado de Derecho suele caracterizarse por la existencia de una Supremacía Constitucional, *Separación de poderes, Respeto del debido proceso, Obediencia de la Ley*.

¹⁷⁰ El Derecho Penal en un Estado de Derecho, se caracteriza por ajustarse al *Principio de Legalidad* (Ley escrita, previa y estricta como prohibición de la analogía), a imponer penas según el grado de *Culpabilidad del autor* (Juicio de Reproche del que se hace al autor), a salvaguardar *Bienes Jurídicos* (Valores y principios sociales cuya defensa y protección por parte

Si el fenómeno de instrumentalización del Derecho Penal puede llevarnos a extremos como los señalados, en los cuales el Derecho Penal deja de ser un instrumento jurídico de *Ultima Ratio*, para convertirse en la respuesta primaria a los conflictos sociales, un instrumento técnico, un tipo penal, como es el caso de la Asociación Ilícita, no se encuentra exento en lo absoluto de este fenómeno.

La Asociación Ilícita, ya sea en su variante del artículo 292º del Código Penal, o en su variante específica del artículo 16º de la Ley N° 20.000, puede ser instrumentalizada para efectos de controlar por medio de la herramienta más fuerte que posee el Estado, es decir el Derecho Penal a determinados grupos de personas. Esta cuestión se agrava si dicha figura típica se dirige a controlar a grupos de personas tan desagradables o indeseables como pueden resultar las personas que se dedican al tráfico de drogas ilegales.¹⁷¹

El peligro se encuentra, en otras palabras, en que uno de los tipos penales más fuertes que posee el ordenamiento jurídico antidrogas, sea instrumentalizado, consciente o inconscientemente, para controlar a personas dedicadas al narcotráfico, ya sea porque son un objetivo político a controlar, porque resultan desagradables o porque las técnicas investigativas de las policías o el Ministerio Público resultan insuficientes para lograr condenas de otras formas sin recurrir a esta figura típica de Asociación Ilícita.

Tal como plantea Zaffaroni, el Estado de Derecho no sólo debe regirse por racionalizaciones de su fuerza, sino que por el contrario, y “a diferencia del estado policial, debe regir su actuar por consideraciones éticas, como la proporcionalidad en el uso de su fuerza y la exigencia de comportamientos adecuados al derecho”.¹⁷² El autor nos señala, y no puedo sino estar de acuerdo, que cuando no se respetan estas consideraciones mínimas en el actuar estatal, sobre todo en el actuar del estado en el ámbito del derecho penal, el propio sistema penal del estado, se termina transformando en un sistema criminal, el “estado pierde toda legitimidad y carece de autoridad ante la opinión pública para exigir comportamientos adecuados al derecho. En el fondo de todo estado de policía late el riesgo de la guerra civil”.¹⁷³

del Derecho Penal son socialmente deseables) por existir una *Proporcionalidad* entre el hecho que se castiga y la pena que se impone y ser un instrumento de *Ultima Ratio* (Al que se recurre sólo y exclusivamente cuando todos los demás instrumentos jurídicos han fallado o ya son insuficientes).

¹⁷¹ Siendo las Drogas, elementos ajenos al cuerpo que ingeridos ocasionan efectos narcóticos o psicotrópicos o artificiales en el cuerpo del consumidor o receptor, técnicamente los medicamentos, el tabaco y el alcohol SON drogas, pero legales, dado que su uso se encuentra regulado pero no prohibido.

¹⁷² Zaffaroni Eugenio Raúl, Slokar Alejandro, Aliaga Alejandro, Ob. Cit. supra, nota 70, p. 119. En esta obra el autor nos plantea el principio de la superioridad ética del Estado de Derecho, como contraste a formas menos democráticas del estado, como es el estado policial.

¹⁷³ Idem.

En definitiva, si el Estado que debe dar el ejemplo de conducta, no se comporta en función de los parámetros exigibles en un Estado de Derecho, no sólo no podrá, desde un punto de vista moral, exigir a los ciudadanos que se comporten respetando el ordenamiento jurídico, sino que además generará un segundo efecto perverso que es el estimular las conductas delictivas de sus ciudadanos, a modo de un efecto negativo de la prevención general negativa y positiva.¹⁷⁴

En el caso de la Guerra contra las Drogas, de la cual la figura de la Asociación Ilícita del artículo 16º de la Ley Nº 20.000 forma parte, podemos apreciar como estos postulados se acercan peligrosamente a lo que vemos en la realidad. Quizás el caso chileno, en lo que a narcotráfico y dimensiones de las asociaciones ilícitas dedicadas al narcotráfico respecta, no adquiera aún dimensiones tan dramáticas, pero lo que hemos visto en Colombia y México nos hablan de Estados que se desintegran y que en muchos casos enfrentan a asociaciones ilícitas que disputan grandes extensiones de territorio y el control de los poderes del estado, en dimensiones inimaginables para el caso chileno.

El problema con las políticas de prohibición de drogas ilegales, de las cuales forma parte la Ley Nº 20.000, es que se enfrenta, sin mayor reflexión científica o dogmática al respecto, un problema de salud pública, con las herramientas del derecho penal, rama del ordenamiento jurídico que no es la indicada para hacerse cargo de este tema, generando un círculo vicioso, en el cual los mayores beneficiarios del actuar del derecho penal en el tema son precisamente los grupos criminales y asociaciones ilícitas que se dedican al narcotráfico, generando además mayores niveles de violencia que los existentes antes de dicho involucramiento del derecho penal en la materia.

En dicho sentido, las falencias que podemos apreciar respecto de la interpretación del tipo penal del artículo 16º de la Ley Nº 20.000, en cuanto a los requisitos exigibles para la configuración del tipo, así como en lo relativo a la técnica legislativa que lo desarrolló, tienen en común que se originan de la lógica ya señalada, de considerar por una parte que el remedio para la problemática del narcotráfico es la intervención del derecho penal y que siendo un delito tan reprochable, pueden tomarse

¹⁷⁴ Podemos tomar el caso de la violencia ejercida por el terrorismo de estado durante las dictaduras latinoamericanas de mediados del siglo XX. Si bien se desarrollan en un contexto de polaridad política mundial, muchos de los grupos armados que se gestan para combatirlas se crean y organizan en función y como respuesta a las políticas represivas de las mismas. Tal fue el caso del Partido Comunista Chileno, el cual, siendo uno de los más obedientes seguidores de las doctrinas de Moscú que propiciaban las vías políticas institucionales, terminó autorizando y organizando un brazo armado para enfrentarse a la Dictadura de Augusto Pinochet. Es así como nace el año 1984 el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), organización armada que enfrentó a los servicios secretos de Pinochet y a las Fuerzas Armadas hasta entrados los primeros años del gobierno democrático de Patricio Aylwin Azócar.

a la ligera ciertos aspectos tanto de su tipificación como de la aplicación del mismo, que difícilmente serían tomados a la ligera en otras áreas del derecho penal.

El problema de fondo, sigue siendo que debe reconsiderarse la política de control de las drogas ilegales, y no obstante, mientras dicho proceso jurídico-cultural no ocurra, debe tenerse presente al recurrir y aplicar la figura del artículo 16º de la Ley N° 20.000 su verdadero contenido, sentido y alcance al amparo de los principios básicos del derecho penal, que deben aplicarse tanto a este ámbito como a cualquier otro del mismo.

Cuando Zaffaroni nos habla de Guerra Civil, como consecuencia ineludible de un derecho penal que abandona los límites básicos del Estado de Derecho, no sólo hace alusión a una consecuencia fáctica de dicha situación, también hace alusión a la concepción misma y a la génesis de los Estados modernos, los cuales se originan en la Ilustración, teniendo como base la idea o concepto de contrato social. Dicho contrato social, nos plantea que la soberanía de los pueblos, se deposita en el Estado para que dicho ente político la administre en función de proteger a sus ciudadanos de peligros externos e internos.

Si el derecho penal, por medio del cual el Estado administra y ejecuta el monopolio que tiene sobre la coacción legítima de los ciudadanos, es llevado a extremos en los cuales se ejerce sin respetar los principios éticos básicos de un Estado de Derecho y de un derecho penal democrático, podemos plantear que el sustento filosófico del poder legítimo del Estado, se encuentra en entredicho, y cuando dicha situación se convierte en una realidad, puede plantearse o asumirse que la soberanía retorna al pueblo, a la nación, a la comunidad que sustenta al estado, la que no se encuentra obligada a respetar a una institución que nació para protegerla, pero que no obstante ello, viola sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Parte Especial, 2º ed., Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1991, 413 p.
- 2) Bustos Ramirez, Juan, En: Losano/Muñoz Conde, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, En: Cancio Meliá, Manuel, El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal Español, Revista de Estudios de la Justicia, España, España, (Nº 12): 2010.
- 3) Bullemore G. Vivian R., Mackinnon R. John, Curso de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, 257 p.
- 4) Cancio Meliá, Manuel, El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal Español, Revista de Estudios de la Justicia, Santiago, Chile, (Nº 12), 2010.
- 5) Cancio Melia Y Silva Sanchez, Delitos de Organización, Argentina, Ed. B de F, Buenos Aires, 2008, 136 p.
- 6) Carnevalli Rodríguez, Raúl, La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación, Revista Ius et Praxis, Chile, (Nº 2), 2010.
- 7) Carnevalli Rodríguez, Raúl; Fuentes, Hernán, Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley Nº 20.000, [en línea], <http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf>, [consulta: 01 junio 2013].
- 8) Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, 10º ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2011, 816p.
- 9) Courtwright David T., Dark Paradise, a History of Opiate Addiction in America, 2º ed., Harvard University Press, 2001, 245p.
- 10) Etcheberry O., Alfredo, Derecho Penal Tomo Cuarto, Parte Especial, 3º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 11) Falcone Roberto A., Capparelli Facundo L., Tráfico de Estupefacientes y Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, 576 p.
- 12) Fuentes Osorio, Juan L., Formas de Anticipación de la Tutela Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, 128p.
- 13) Garrido Montt Mario, Derecho Penal Parte General, Tomo Dos, 4º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 14) Garrido Montt, Mario, Derecho Penal Parte General, Tomo I, 4º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 15) González Wittig, Marcos, El delito de Tráfico de Drogas, Santiago, Editorial El Jurista, 2010, 783 p.
- 16) Grisolia C., Francisco, El Delito de Asociación Ilícita, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, (1), 2004.

- 17) Grosso, en Moccia (a cura di), *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, 1999, En: Cancio Melia y Silva Sanchez, *Delitos de Organización*, Buenos Aires, Ed. B de F, 2008.
- 18) Guzmán Dálbora, José Luis, *Estudios y Defensas Penales*, 2º ed. aumentada, Santiago, Lexis Nexis, 2007, 476 p.
- 19) Ley Nº 20.000, *Historia*, Biblioteca del Congreso Nacional de la República de Chile, Santiago, 16 de febrero de 2005.
- 20) Cancio Meliá Manuel, *El Injusto de los delitos de organización: Peligro y Significado*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, (Nº 74): p. 149, mayo-agosto, 2008.
- 21) Jaén Vallejo, Manuel, *Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico*, 1º ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, 184 p.
- 22) Jakobs, Günther, *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión*, 1º reimpression, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1998, 70 p.
- 23) Labatut, Gustavo, *Derecho Penal Tomo Dos, Parte Especial*, 7º ed. Actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, 266 p.
- 24) Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 17º ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, 1004 p.
- 25) Ouviaña Guillermo, Hendler Edmundo y otros, *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, 75º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, 688p.
- 26) Peñaranda Ramos Enrique, Suárez González Carlos, Cancio Meliá Manuel, *Un nuevo Sistema Del Derecho Penal, Consideraciones Sobre La Teoría De La Imputación De Günther Jakobs*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1999, 128 p.
- 27) Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña Jean Pierre, *Gran Criminalidad Organizada y Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000, 529 p.
- 28) Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña Jean Pierre, Ramírez G. María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ºed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, 692 p.
- 29) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española: Vigésima segunda edición*. [en línea] <<http://www.rae.es/rae.html>>.
- 30) *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Santiago, Chile, (Nº47): p.168, Junio 2011.
- 31) *Revista Jurídica del Ministerio Público*, Santiago, Chile, (Nº51): p.45, Junio 2012.
- 32) Rogelio Moreno Rodríguez, *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.
- 33) Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal: Parte General*, 2º Edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, 768 p.
- 34) Silva Sánchez Jesús María, *La Intervención a través de la organización, una forma moderna de participación en el delito*, En: CANCIO MELIA y SILVA SANCHEZ, *Delitos de Organización*, Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F, 2008, 136 p.

- 35) Smolianski, Ricardo D., Manual de Derecho Penal: Parte General, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, 320 p.
- 36) Zaffaroni Eugenio Raúl, Slokar Alejandro, Aliaga Alejandro, Manual de Derecho Penal, 2° ed., 2° reimp., Buenos Aires, Ediar, 2008, 792 p.
- 37) Ziffer Patricia S., El Delito de Asociación ilícita, 1° Ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, 240 p.