



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Alumno:

Miguel Ángel Francisco Díaz Díaz.

Profesor Guía:

Lautaro Contreras Chaimovich.

Santiago de Chile

2015.

*A Cecilia, mi madre, por siempre dejarme soñar.
A Andrea, por ayudarme todos los días a construir el sueño.*

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo está lejos de ser un esfuerzo individual.

En primer lugar quiero agradecer a mi familia -repartida entre Osorno, Arica y Talcahuano- por su constante apoyo e irrestricto cariño.

A los profesores del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, quienes me alentaron a iniciar este trabajo.

A los grandes amigos, quienes hacen más llevaderas las frustraciones y multiplican las alegrías.

Y por último a Andrea, mi pareja, a quien le agradezco su amor y la infinita ayuda que permitió que esta obra llegara a puerto.

CAPITULO I. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. REGULACIÓN NACIONAL Y COMPARADA. NORMATIVA INTERNACIONAL.....	7
A) Antecedentes históricos.....	7
a.1) Antecedentes históricos de la criminalidad de grupos en Chile.	7
a.2) Antecedentes históricos de la regulación de la Asociación Ilícita en Chile.	11
a.2.1) Normas previas al Código Penal Chileno de 1874.	12
a.2.2) El Código Penal Chileno de 1874.....	14
B) Regulación del delito de Asociación Ilícita.....	17
b.1) Regulación Chilena.	17
b.1.1) Código Penal, Libro II, Título VI, Párrafo 10. De las asociaciones ilícitas.	17
b.1.2) Artículo 369 ter del Código Penal y Artículo 411 Quinquies del Código Penal.	22

b.1.3) Ley N° 12.927 (Asociación Ilícita para atentar contra la Seguridad Interior del Estado)	24
b.1.4) Ley N° 18.314 (Asociación Ilícita Terrorista)	25
b.1.5) Ley N° 19.913 (Asociación Ilícita para el lavado o blanqueo de activos)	30
b.1.6) Ley N° 20.000 (Asociación Ilícita para el Narcotráfico) ..	33
b.1.7) Ley N° 20.357 (Asociación Ilícita para la comisión de genocidio y crímenes de lesa humanidad)	36
b.2) Legislación comparada e internacional	39
b.2.1) Alemania	40
b.2.2) España	44
b.2.3) Austria	49
b.2.4) México	50
b.2.5) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)	52
C) Conclusiones del capítulo	56

**CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y SUS
FUNCIONES. OBJECIONES A LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA
TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.....59**

**A) Sobre la legitimidad de prohibir determinadas conductas bajo la
amenaza de una sanción penal..... 59**

a.1) Solo una autoridad legítima puede coartar la libertad..... 60

**a.2) ¿Basta que el poder esté legitimado por un contexto normativo
(autoridad racional-legal) para que sus disposiciones también sean
legítimas? 63**

B) Bien jurídico. Origen y esfuerzos para su conceptualización. 67

b.1) Origen..... 67

b.2) Teorías sociales y personales del concepto de bien jurídico. 68

b.2.1) Teorías sociales..... 69

b.2.2) Teorías Personales. 74

b.2.2.1) Teoría Unitaria Personal..... 75

b.2.2.2) Teoría Bipartita Personal. 78

b.3) Funciones del concepto de Bien Jurídico..... 79

C) Bien jurídico. Discrepancias frente a su función y a su capacidad crítica.....	82
c.1) Bien jurídico como objeto de protección de la norma penal.	83
c.2) Dudas frente a la capacidad crítica del bien jurídico.	85
D) Conclusión del capítulo.	88

CAPÍTULO III: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.91

A)	Introducción.
.....	91
B) Los Bienes Jurídicos Colectivos.	
.....	92
C) Posiciones doctrinarias que buscan dar legitimidad a la Asociación Ilícita a través de la protección de un bien jurídico colectivo.	96
c.1) El abuso de la libertad de asociación.	97
c.2) El Orden Público.	98
c.3) Autotutela del orden estatal.....	101

D)Críticas a las tesis tradicionales del bien jurídico protegido en la Asociación Ilícita. 102

d.1) El abuso de la libertad de asociación. 103

d.2) El Orden Público..... 106

d.3) La autotutela del orden estatal. 108

E)Conclusión del Capítulo. 110

CAPÍTULO IV: LA LEGITIMIDAD DEL TIPO PENAL AL MARGEN DE LOS BIENES JURIDICOS COLECTIVOS..... 113

A)Introducción. 113

B)Anticipación de la protección de bienes jurídicos individuales. 115

C)Norma de Flanqueo. 118

D)La tesis del monopolio estatal de la violencia. 123

E) Conclusiones del Capítulo.....	125
POSICIÓN PERSONAL.....	130
a)	130
b).....	132
c)	135
BIBLIOGRAFÍA.....	138

RESUMEN

A pesar de que el delito de asociación ilícita ha estado consagrado en la legislación nacional desde el establecimiento del vigente Código Penal en 1874 no existe claridad, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, respecto a cuál es el bien jurídico de este delito. Dicha cuestión es de relevancia por cuanto, de acuerdo a gran parte de la doctrina, detrás de cada tipo penal debe existir un bien jurídico protegido para que este pueda ser considerado legítimo.

Este trabajo, mediante la descripción y el análisis de la regulación nacional e internacional, y en base a los desarrollos de la teoría del bien jurídico, expone las principales posiciones teóricas respecto al bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita.

Por último, y en base a la adhesión de uno de los desarrollos doctrinarios, el presente trabajo expone una solución propia respecto al cuestionamiento principal.

INTRODUCCIÓN

El 27 de julio de 2008 la Corte Suprema de Justicia, en un caso relativo a la Ley 20.000, estableció que la sola circunstancia de existir una agrupación de personas que planificadamente cometían el delito de tráfico de drogas, no autorizaba a incriminarlos por el delito de asociación ilícita, en la medida que el bien jurídico protegido por este delito es el poder del estado¹ y este no se veía afectado bajo los dichos supuestos.

El año 2010, en una causa donde se perseguía a un grupo de personas² que, mediante una página web, se coordinaron para cometer los delitos de violación, abuso sexual y distribución de material pornográfico, la Corte

¹ En la medida que “su primacía en cuanto institución política y jurídica (se ve) comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución con fines antitéticos a los suyos y que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político en GUZMAN, José Luis. Objeto Jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas. En: Estudios y Defensas Penales. Legal Publishing, 2012. Pp.149.

² La red “Paidos” salió a la luz luego de un reportaje periodístico en donde se pudo constatar la utilización de menores de edad en prácticas sexuales para luego difundir imágenes de dichos encuentros por sitios de internet. Dentro de sus miembros destacaba Rafael Maureira Trujillo, alias “Zacarach”. LA TERCERA Consultado http://www.latercera.com/contenido/680_252854_9.shtml (visitado el 15 de enero de 2015). LA TERCERA. 2010. Zacarach comienza a cumplir presidio perpetuo por casos de abuso sexual infantil. [en línea] Latercera.com 20 de abril de 2010. <http://www.latercera.com/contenido/680_252854_9.shtml> [consulta: 31 julio 2015]

Suprema estableció que el bien jurídico afectado por la labor de esta organización era el orden público siendo entonces el sujeto pasivo del delito la sociedad entera, más aún en un caso de “trascendencia pública”, dictando sentencia condenatoria³.

También durante ese año, el mismo máximo tribunal, dictó sentencia condenatoria⁴, entre otros miembros del Ejército de Chile, contra los ex jefes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) Manuel Contreras Sepúlveda y Pedro Espinoza Bravo por el delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 y siguientes del Código Penal. En su argumentación, el máximo tribunal del país identificó que este delito prohibía la asociación para cometer delitos en la medida que afectaba un bien jurídico autónomo e independiente de los delitos que cometiera dicha agrupación (en el caso, homicidios), el cual sería o el mismo poder del estado o bien el orden público sin tomar posición por ninguna de las dos.

A pesar de que solo se han mostrado tres ejemplos, las escasas sentencias relativas al delito de asociación ilícita siguen idéntico patrón, en cuanto a la indeterminación del bien jurídico protegido por el delito. Por otro lado, un

³ Corte Suprema (11.03.2010) Rol N°2747-2009.

⁴ Corte Suprema (08.07.2010) Rol N°2596-2009

análisis de la doctrina nacional y extranjera daría cuenta de una multiplicidad de argumentaciones respecto a los posibles bienes jurídicos del delito en comento. El escenario descrito revela la falta de claridad del bien jurídico en el delito de asociación ilícita.

Dicha cuestión es preocupante por cuanto la claridad respecto del bien jurídico detrás de un delito es importante no solo porque dicho concepto tiene una *función intrasistémica-teleológica* -mediante la cual, en base al bien jurídico protegido se puede interpretar el tipo penal, precisando su alcance y delimitando el ámbito del injusto⁵- sino porque también se ha reconocido que la noción de bien jurídico posee una *función extra sistémica-crítica* la cual serviría como “instrumento supra positivo de legitimación de las normas penales”⁶ en la medida que otorga la “posibilidad de objetar a las decisiones del legislador de amenazar con pena determinadas conductas cuando la norma correspondiente no protege ningún bien jurídico digno de protección

⁵ BUSTOS, Juan. 2007b. Obras Completas. Tomo III 2ª edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. pp. 16

⁶SEHER, Gerhard. 2007. La legitimación de las normas penales basadas en principios. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 70

penal”⁷, además de exigir, “extraer de la ley toda norma penal que no se pueda referir a la lesión, o puesta en peligro, de un bien jurídico”⁸.

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, este trabajo buscará aportar respecto a la determinación del bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita. Así, en base a los autores que le conceden una capacidad legitimadora a la noción de bien jurídico se describirán las principales posiciones doctrinarias que entienden que detrás de este delito existe un bien jurídico autónomo digno de protección. Asimismo, se hará referencia a los argumentos de algunos autores que buscan la legitimidad del tipo penal desde otras posiciones, especialmente en relación a los bienes jurídicos protegidos por los delitos que la asociación ilícita, eventualmente, llevará a cabo.

En el Capítulo I se revisarán, en primer lugar, los antecedentes históricos tanto de la criminalidad de grupo como de la regulación de la asociación ilícita en nuestro país. En segundo lugar, se examinará las diversas consagraciones legislativas del delito en comento, tanto en el ordenamiento

⁷ VON HIRSCH, Andrew, WOHLERS, Wolfgang. 2007. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 285.

⁸ HASSEMER, Winfried. 2007. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 99.

jurídico nacional como en la legislación comparada y el derecho internacional.

Por su parte, el Capítulo II irá de lleno a la discusión en torno a la noción de bien jurídico, particularmente respecto a la posición de autores que consideran que la protección de éste concepto es la finalidad del derecho penal y que le dan un contenido limitador de la actuación legislativa. En esa línea se expondrán las posiciones que centran la noción de bien jurídico en la protección del sistema social y a las que centran el concepto en el individuo. Asimismo, en este apartado, se describirá la posición doctrinaria que niega toda capacidad legitimadora al concepto de bien jurídico en la medida que entiende que la misión del Derecho Penal, al sancionar determinadas conductas, es garantizar la firmeza de las expectativas esenciales de la sociedad. Por último, en esta parte del trabajo, se expondrán las características delineadas por la doctrina que deben tener los bienes jurídicos colectivos.

El Capítulo III se dedicará a la descripción de las principales tesis desarrolladas por la doctrina respecto al bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita. Esta parte del trabajo develará que dichas posturas son

todas formulaciones de bienes jurídicos de orden colectivo. Asimismo, junto a los principales argumentos de cada una de las posiciones, se expondrán las deficiencias de cada una de estas tesis, analizadas desde el prisma de los bienes jurídicos colectivos.

En el Capítulo IV se expondrán las fundamentaciones del delito en comento desde fuera del esquema de los bienes jurídicos colectivos. Aquí se expondrán tanto la llamada tesis de la anticipación como la tesis que considera que el tipo penal de asociación ilícita constituye una *norma de flaqueo* cuya función es la de mantener la vigencia de otras normas de mayor importancia dentro del ordenamiento penal. Asimismo se expondrá la tesis del *monopolio estatal de la violencia* la cual, si bien tiene mucha relación con las tratadas en el capítulo anterior, constituye un esfuerzo mucho más elaborado que estas.

Por último, el trabajo finaliza con una posición personal del autor en base a cada uno de los temas tratados a lo largo de la obra.

CAPITULO I. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. REGULACIÓN NACIONAL Y COMPARADA. NORMATIVA INTERNACIONAL.

A) Antecedentes históricos.

a.1) Antecedentes históricos de la criminalidad de grupos en Chile.

Las primeras expresiones de una nascente “criminalidad de grupo” se pueden encontrar en el país a principios del siglo XVII, específicamente en la zona fronteriza entre la Capitanía General de Chile y el Pueblo Mapuche. Esas primeras agrupaciones estaban compuestas por indios fugitivos, mestizos y soldados desertores del ejército permanente de la frontera. Estos individuos, tildados de “vagabundos” por la historiografía clásica nacional⁹, frente a la disyuntiva entre la mendicidad y el bandolerismo, optaron por esta última como forma de subsistencia en su medio social¹⁰.

⁹ En ese sentido por ejemplo GÓNGORA, Mario. 1966. Vagabundaje y sociedad fronteriza en Chile (Siglos XVII a XIX). Cuadernos del Centro de Estudios Socioeconómicos. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas 3(2): pp.5.

¹⁰ SALINAS, Maximiliano. 1986. El Bandolero Chileno en el Siglo XIX. Revista Araucaria de Chile 12(36): pp. 57. También en GÓNGORA, Mario. Óp. Cit. pp. 2.

Avanzada la etapa colonial y hasta mediados del siglo XIX, en el contexto de un país eminentemente rural que tuvo a la hacienda como la principal unidad productiva¹¹ (particularmente de la zona central), la actividad delictiva de los bandoleros se hizo permanente y se concentró principalmente en el latifundio. Estas agrupaciones, compuestas por gañanes y peones que no tenían acceso a la propiedad de la tierra¹² -lo que en ese contexto era sinónimo de nula estabilidad laboral y, por lo tanto, de una vida en la marginalidad social¹³- se centraron fundamentalmente en el robo, ya sea de dinero, especies y, principalmente, animales¹⁴.

El orden establecido en el Chile rural, cuya columna vertebral era la hacienda, sufrió una perturbación importante durante el periodo de independencia nacional (1810-1818). El contexto político de la época incluso permeó la actividad de los bandoleros, modificando los objetivos clásicos de dichas agrupaciones. En ese sentido, los bandidos se transformaron en una

¹¹ MELLAFE, Rolando. 1981. Latifundio y poder rural en Chile de los siglos XVII y XVIII. Cuadernos de Historia. Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile. 1(1): pp. 87.

¹² En la investigación de Jaime Valenzuela, centrada en el valle central chileno del siglo XIX, el mayor número de delitos de “salteo” y abigeato fueron cometidos por gañanes, es decir, individuos sin propiedad rural ni tampoco con acceso permanente al trabajo en ella (a diferencia de peones e inquilinos). VALENZUELA, Jaime. 1991. Bandidaje rural en Chile central. Curicó, 1850-1900. Santiago, Editorial Universitaria. pp. 37.

¹³ VALENZUELA, Jaime. Óp.Cit. pp. 51.

¹⁴ VALENZUELA, Jaime. Óp.Cit. pp. 124.

fuerza social importante “a la que realistas y patriotas recurren para sus propósitos políticos”¹⁵. Ejemplo de lo anterior son José Manuel Neira¹⁶, bandido al servicio de la causa patriota, y los Hermanos Pincheira¹⁷, al servicio del ejército realista.

En consecuencia, ya en el período de independencia es posible identificar, según la diversa finalidad perseguida, al menos dos tipos de agrupaciones delictivas. Por un lado, aquellas cuyo actuar denotaba un interés meramente lucrativo, como sucedía con las agrupaciones de personas dedicadas al bandidaje rural; y, por otro, aquellas agrupaciones que superaban el mero ánimo de lucro y cuya actividad llegaba, por ejemplo, al espacio político-ideológico. Este último es el caso de las agrupaciones

¹⁵ SALINAS, Maximiliano. Óp. Cit. pp. 59.

¹⁶ José Miguel Neira nace en la zona del Maule en 1775. Trabaja hasta los 10 años en la Hacienda de Cumpeo, actual Región del Maule, para luego unirse a la banda de Paulino Salas. Abandona dicha agrupación para formar la propia (Los “Neirinos”) con la cual comete infinidad de delitos en la zona central del país. En 1813 toma contacto con Manuel Rodríguez y este lo pone al servicio de la causa patriota a cambio del grado de “Coronel de milicias” y el perdón de los delitos pasados. Se dedica al saqueo y robo de los principales hacendados realistas de la zona hasta la batalla de Chacabuco, en 1817. El plantea que debe “permitirse que se siga atacando a los realistas emboscados y a los ricos avarientos y cobardes que no ayudaron a la revolución” sin embargo se rechaza su actitud y es fusilado durante el mismo año. SALINAS, Maximiliano. Óp.Cit. pp. 61.

¹⁷ Los Hermanos Pincheira fueron una agrupación criminal que operó entre 1817 y 1832 tanto en el sur de Chile y Argentina. Fueron fuertes partidarios del gobierno del rey de España y, por lo tanto, contrarios a los nacientes gobiernos independientes chilenos y argentinos. En un principio, fue un grupo criminal de corte familiar, para luego estar integrado por campesinos, sujetos perseguidos por los patriotas y desencantados con los abusos del gobierno de O’Higgins. En conjunto llegaron a ser entre 500 y 1000 miembros con una fuerte estructura jerarquizada. Asaltaban, saqueaban y raptaban mujeres a cambio de recompensa.

criminales ya mencionadas, que se pusieron al servicio de los bandos de la guerra de independencia.

No obstante la distinción anotada, en ambas clases de precarias organizaciones criminales es posible identificar ciertas características que se presentarán también en agrupaciones delictivas mucho más elaboradas¹⁸ -y que más tarde serán denominadas asociación ilícita-. Así, por ejemplo, el *elevado número de integrantes* de una agrupación será sinónimo de una *mayor capacidad organizativa*, lo que conlleva una natural *jerarquización* y *planificación* de los delitos a cometer¹⁹. Asimismo, se observa cierta correlación entre el mayor número de integrantes de una organización y la violencia utilizada en la perpetración de los delitos²⁰.

Finalmente, cabe señalar que las agrupaciones de bandidos rurales -a pesar de su permanencia histórica, su extensión territorial y el daño ocasionado- no fueron el fundamento tenido en cuenta por el legislador para el establecimiento del delito de asociación ilícita²¹ en el Código Penal

¹⁸ Ver *Infra* b.1.1

¹⁹ VALENZUELA, Jaime. Óp.Cit. pp. 77.

²⁰ VALENZUELA, Jaime. Óp.Cit. pp. 83.

²¹ De hecho, se puede asimilar el fenómeno del bandidaje rural más bien al concepto de “cuadrilla”, definido en el artículo 433 inciso 2º del original Código Penal (respecto al robo con intimidación y al robo con fuerza en las cosas), las cuales estaban compuestas por más de tres malhechores. Parecieran ser herederos de dichos conceptos, en cierta medida, la agravante en el robo y el hurto por la presencia de “dos o más malhechores” (artículo 456 bis) y en el delito de daños cometido “en cuadrilla” (artículo 485 nº4).

Chileno de 1874. Por el contrario, como se verá en el siguiente apartado, la penalización de las agrupaciones criminales en dicho cuerpo legal tuvo por objeto sancionar aquellas organizaciones que fueron caracterizadas en los párrafos anteriores por tener fines que iban más allá del mero ánimo de lucro²².

a.2) Antecedentes históricos de la regulación de la Asociación Ilícita en Chile.

La asociación ilícita fue establecida como delito en el Código Penal Chileno de 1874. Sin embargo, es necesario hacer referencia a normas anteriores a dicho cuerpo legal antes de entrar en el análisis de sus disposiciones. Esto porque, al haber servido de fuentes directas en su elaboración, pueden dar luces respecto de lo que efectivamente se quería proteger con su tipificación. En ese sentido, desde ya debe tenerse presente que tanto las normas previas a la codificación como los códigos penales españoles del siglo XIX prohibieron la conducta pensando no en el extendido bandidaje, descrito en el contexto chileno pero común en las colonias

²² Como lo fueron, en su momento, las que tomaron un cariz político durante la guerra de independencia.

americanas de España²³, sino en grupos de personas con cierta “peligrosidad” para la organización política imperante. Esa misma lógica fue la intención original plasmada en el Código Penal de 1874.

a.2.1) Normas previas al Código Penal Chileno de 1874.

Ya en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, en su título relativo a los *delitos, sus penas y los juicios criminales*, se encuentran normas que sancionan las agrupaciones etiquetadas como “peligrosas”. Dichas disposiciones se refieren principalmente a las “cofradías”, en la medida que están conformadas por “personas de malos deseos” con aparentes buenas intenciones pero “en sus hablas secretas y conciertos tiran a otras cosas que tienden en mal a sus próximos” (sic), siendo la única excepción las que tengan “causas pías” y “precediendo licencia y autoridad²⁴.”

En España se hace patente cómo la orientación hacia la criminalización de organizaciones tildadas de “peligrosas”, propia del Derecho Penal del Antiguo Régimen, es recibida por los primeros esfuerzos codificadores. En

²³ Para parte del contexto español y latinoamericano véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2009. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares, pp. 110-114.

²⁴ REINO DE ESPAÑA. Novísima Recopilación de las leyes de España. 1805. [en línea] <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT1.pdf>> [consulta: 09 abril 2015] pp.346.

esa línea se encuentra el Código Penal Español de 1822, cuando en el artículo 319 consagró como delito a “toda reunión secreta para tramar, preparar alguna acción contraria a las leyes”²⁵. Lo mismo se observa en el Código Penal Español de 1848, principal fuente del Código Penal Chileno²⁶, que en su capítulo IV distinguía entre “sociedades secretas” y las demás asociaciones ilícitas, sancionando con una pena a los individuos reunidos en dichas agrupaciones con independencia de si cometían o no delitos²⁷.

Por último cabe mencionar el Código Penal del Reino de Bélgica de 1867 el cual, si bien fue una fuente secundaria para la comisión redactora del Código Penal Chileno, fue tomado como base para la regulación de la asociación ilícita²⁸, punto en el que hubo un claro distanciamiento con el Código Penal Español. Dicho cuerpo legal, sin definir lo que se entiende por asociación ilícita²⁹, establecía que:

²⁵ REINO DE ESPAÑA. Código Penal de España. 1822 [en línea] <<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>> [consulta: 09 abril 2015] pp. 64.

²⁶ PEÑA, Silvia. 1982. Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (7): pp. 309.

²⁷ REINO DE ESPAÑA. Código Penal de España. 1848. [en línea] <<http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>> [consulta: 09 de abril 2015]

²⁸ GRISOLÍA, Francisco. 2004. El delito de asociación ilícita. Revista Chilena de Derecho. 31(1): pp. 77

²⁹ La misma característica fue replicada por el legislador chileno en el artículo 292 del Código Penal. Ver *Infra* b.1.1.

Artículo 322: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra las personas o las propiedades, es un crimen o un delito, que existe por el solo hecho de la organización de la partida”³⁰.

Por su parte, el artículo 323 del cuerpo legal que se viene comentando distingue, a la hora de fijar la sanción de provocadores y jefes de la agrupación, si la misma ha tenido por objeto la perpetración de crímenes o de simples delitos³¹.

a.2.2) El Código Penal Chileno de 1874.

De las actas de sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno se desprende un antecedente interesante para la interpretación del tipo penal de asociación ilícita. El comisionado José Antonio Gandarillas planteó una duda fundada en la amplia formulación del artículo 295 que se

³⁰ REINO DE BÉLGICA. Código Penal del Reino de Bélgica (sic). 1868. Santiago, Imprenta Nacional. pp.160.

³¹ Artículo 323 del Código Penal Belga. “Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes que traen aparejadas la pena de muerte o trabajos forzados, los provocadores de esa asociación, los jefes de esa partida y los que hubieren ejercido en ella un mando cualquiera, serán castigados con la reclusión. Serán castigados con una prisión de 2 a 5 años, si la asociación ha sido formada para cometer otros crímenes; y con una prisión de 6 meses a 3 años si la asociación ha sido formada para cometer delitos”.

sometía a discusión (actual artículo 292 del Código Penal), en el que se declaraban como ilícitas las asociaciones que atentaran contra “el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades”. Temía el comisionado que por dicha formulación, y dado que los artículos siguientes condicionaban la sanción de estas agrupaciones exclusivamente cuando se dedicarían a la comisión de crímenes o simples delitos, gran cantidad de conductas quedarán impunes. Ante la inquietud planteada, el comisionado Reyes respondió que los actos que atentaran contra dichos valores siempre podrían reconducirse “i pensarse en ellos un delito”³² (sic) y, de lo contrario, sería injusto sancionarlos.

La prevención hecha por Gandarillas fue desestimada, conservando los artículos 292 y siguientes del Código Penal una formulación que en esencia no ha cambiado hasta la fecha. En consecuencia, el amplio margen de conductas sancionables que otorga el hecho de considerar delito la organización de una asociación que atente “contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad”, quedó limitado en el mismo tipo

³² DE RIVACOBBA, Manuel. 1974. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, Edeval. pp. 529.

penal al sancionarse exclusivamente cuando los asociados cometieren crímenes o simples delitos³³.

Sin embargo, la autolimitación del Código Penal dejó flancos abiertos para que, frente a una agrupación de personas que no se acomodara al canon social imperante, pudiese “descubrirse i pensarse en ellos un delito”.

Ejemplo de aquello fue el proceso seguido a finales del siglo XIX en Chiloé contra la “Recta Provincia”, supuesta agrupación compuesta por “Brujos” a quienes se les imputó la participación en una asociación ilícita calificada como “sociedad ilícita, de carácter secreto (...) que tenía por objeto castigar a los que hacían mal, con arreglo a leyes desconocidas”³⁴. En este caso, los delitos que se imputaron a los partícipes de dicha asociación solo fueron la excusa utilizada por la autoridad de la época para sancionar a los miembros de una organización que desaprobaba, utilizando así la condena de esos acusados como “muestra civilizadora” para el resto de la población³⁵.

³³ Asimismo, durante la discusión del articulado de la asociación ilícita, expresamente se limitó dicho delito a agrupaciones de gran tamaño, organizadas, con jefes y reglas propias. Esto queda en evidencia con la expresa eliminación de la palabra “partida”. DE RIVACOBIA, Manuel. Óp.Cit. pp. 528.

³⁴ ROJAS, Gonzalo. 2002. Reyes sobre la tierra: Brujería y chamanismo en una cultura insular. Chiloé entre los siglos XVIII y XX. Santiago, Editorial Biblioteca Americana. pp. 176

³⁵ ROJAS, Gonzalo. Óp.Cit. pp. 170.

B) Regulación del delito de Asociación Ilícita.

b.1) Regulación Chilena.

La asociación ilícita se encuentra actualmente establecida como delito en diversas normas del ordenamiento jurídico chileno. Esos distintos tipos penales pueden ser clasificados en base a dos criterios: según el lugar en donde se encuentran regulados -ya sea el Código Penal o alguna ley especial- o bien, según si establecen un sistema autónomo en cuanto a requisitos y penalidad, o uno meramente referencial a las normas del Código Punitivo.

Para dejar en evidencia la gran cantidad de normas penales que castigan a las organizaciones criminales, a continuación se revisarán las distintas clases de asociación ilícita, distinguiendo según el cuerpo normativo en que se encuentran consagradas.

b.1.1) Código Penal, Libro II, Título VI, Párrafo 10. De las asociaciones ilícitas.

La principal regulación de las organizaciones delictivas se encuentra en el Párrafo 10 del Título VI, Libro II del Código Penal, titulado precisamente “De las asociaciones ilícitas”.

El título comienza con el **artículo 292** que, sin dar una definición de lo que se entenderá por asociación ilícita³⁶, establece que será constitutivo de delito, por la mera organización, toda asociación que atente contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad³⁷.

En primer lugar, cabe señalar que la aparente amplitud del artículo recién citado se ve atenuada toda vez que la asociación ilícita solo será sancionada cuando esta se dedique a la comisión de crímenes y simples delitos³⁸.

En efecto, aquello se concluye a partir de la interpretación sistemática de dicha norma con los artículos siguientes. Así, el **artículo 293** establece una pena a los jefes, personas con mando o provocadores de dichas asociaciones en la medida que éstas hayan tenido por objeto la comisión de delitos³⁹. La

³⁶ Al igual que ocurre en el Código Penal del Reino de Bélgica de 1867. Véase *Supra* a.2.1.

³⁷ **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.*

³⁸ En ese sentido los argumentos de GRISOLÍA, Francisco. *Óp.Cit.* pp. 86-87

³⁹ La interpretación que ha dado la doctrina al verbo “atentar” es tenerla como sinónimo de “perpetrar delitos”. ETCHEBERRY, Alfredo. 1997b. *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV.* 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.317.

penalidad varía dependiendo de si el objeto es la comisión de crímenes⁴⁰ o simples delitos⁴¹. Asimismo, el **artículo 294** establece una pena diferenciada tanto para los restantes miembros de la organización⁴² como para quienes colaboren con ésta a sabiendas⁴³, dependiendo de si la asociación tenía por objeto la comisión de crímenes o simples delitos.

En segundo lugar, cabe preguntarse si el artículo 292 limita la actividad criminal de la organización a delitos que atenten “*contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades*”.

Frente a esa disyuntiva existen dos posturas. La primera sería considerar que efectivamente la norma limita el objeto criminal de la asociación a determinados delitos quedando impunes las organizaciones dedicadas a la comisión de ilícitos fuera de la enumeración establecida en el artículo 292⁴⁴.

⁴⁰ Presidio mayor en cualquiera de sus grados.

⁴¹ Presidio menor en cualquiera de sus grados.

⁴² Presidio menor en su grado medio.

⁴³ Presidio menor en su grado mínimo.

⁴⁴ Esa es la postura mantenida por ejemplo en la Sentencia del 21 de Enero de 2004 en la cual el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica absolvió, en la causa RIT N° 44-2003, a los acusados por el delito de asociación ilícita dedicada a los delitos aduaneros, tributarios y pesqueros, por cuanto “su objetivo debe ser atentar en contra del orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o contra las propiedades. Es decir, requiere que su finalidad sea la vulneración de determinados bienes jurídicos y no otros, y en este sentido, cada una de las actividades ilícitas desplegadas por las acusadas dicen relación con la vulneración de bienes jurídicos distintos a los expuestos. Así, el delito de contrabando protege el ejercicio de la potestad aduanera en la percepción de derechos o aranceles; el delito tributario, el orden público económico; el delito pesquero, la vulnerabilidad de un recurso hidrobiológico protegido, y ninguno de ellos tiene relación con el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad, como lo exige la precitada norma”. Citado

La otra alternativa es considerar que el artículo en comento no limita el objeto que pueda tener la asociación ilícita, por cuanto siempre sería posible considerar determinado delito como un atentado contra conceptos tan amplios como el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades⁴⁵.

El *artículo 294 bis*, por su parte, prescribe un concurso real obligatorio, manifestando la voluntad del legislador de imponer tanto la pena del delito cometido por el miembro de la agrupación como la que corresponde a la asociación ilícita, lo que redundará en un incremento en el quantum de la

por GAJARDO, Tania. 2014. Análisis jurisprudencial del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal. Revista Jurídica del Ministerio Público. (58): pp.265-266.

⁴⁵ En esa línea están los profesores Jean Pierre Matus y Héctor Hernández, miembros de la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal encargada de elaborar el Anteproyecto de Código Penal del año 2005, al enumerar las diferencias entre el vigente delito y la propuesta de nueva regulación para la asociación ilícita (Artículos 374 a 377 del Anteproyecto). En dicho listado no se encuentra la supuesta limitación al objeto criminal de la asociación ilícita contenida en el artículo 292 la cual no existe en su artículo símil, el 374 (“*Toda asociación formada con el objeto de cometer delitos, importa otro delito que existe por el solo hecho de organizarse.*”). En ese sentido, la Comisión se pronuncia “Finalmente, en el párrafo quinto del Título propuesto, se recogen las normas relativas a las asociaciones ilícitas, con las únicas novedades de destacar que también se castiga al financista de tales entidades, recoger la agravación que para el caso de tratarse de asociaciones que tengan por objeto el tráfico ilícito de estupefacientes dispone la actual ley especial vigente en la materia, e incorporar, como regla general para toda asociación ilícita, la posibilidad de recurrir a la atenuante de cooperación eficaz, cuando ya no es posible alegar la eximente general contemplada en el actual art. 295 CP.” SECRETARÍA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. 2006 Materiales de Estudio Presentados a la Comisión Foro Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°1. http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf [consulta: 31 julio 2015]. pp.260.

pena⁴⁶. Asimismo, la norma establece la pena accesoria de disolución en la medida que la asociación ilícita se haya estructurado como persona jurídica.

El *artículo 295* establece una excusa legal absolutoria⁴⁷ para los miembros de la asociación que revelaren la existencia de ésta a la autoridad (con anterioridad a la persecución de las mismas); mientras que el *artículo 295 bis* sanciona a la persona que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por miembros de una asociación ilícita, omita ponerla a disposición de la autoridad oportunamente (con exclusión del cónyuge y de los parientes por consanguinidad y afinidad).

Finalmente, cabe señalar que la ya referida ausencia de una definición legal clara de lo que debe entenderse por asociación ilícita ha sido suplida por la interpretación que han hecho la jurisprudencia y la doctrina respecto del tipo penal, fundamentalmente para distinguirla de una mera agrupación e, incluso, de un simple concierto de personas. En esa línea, la doctrina y jurisprudencia han señalado como requisitos básicos de toda agrupación

⁴⁶ CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. 2008. Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art.16 de la Ley N°20.000. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°6. <http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf> [consulta: 18 julio 2015]. pp.6.

⁴⁷ GRISOLÍA, Francisco. Óp.Cit. pp. 85.

criminal que el **grupo de personas**⁴⁸ tenga cierta **permanencia en el tiempo** y **una organización jerarquizada**, lo que se desprende de los artículos 293 y 294 del Código Penal (que distinguen entre diversos cargos dentro de la organización⁴⁹).

b.1.2) Artículo 369 ter del Código Penal y Artículo 411 Quinquies del Código Penal.

A diferencia de la regulación del delito de pertenencia a una asociación ilícita establecido en el Párrafo 10 del Título VI, Libro II del Código Penal, el *artículo 369 ter* (parte del Título VII del mismo Libro, en el que se encuentran gran parte de los delitos contra la indemnidad sexual) solo hace una referencia a organizaciones delictivas que hubieran cometido o preparado la comisión de los siguientes delitos: producción de material pornográfico infantil (artículo 366 quinquies), promoción o favorecimiento de prostitución infantil (artículo 367), favorecimiento de prostitución

⁴⁸ Existe discusión en cuanto a la cantidad mínima necesaria para estar frente a una asociación ilícita. Para Etcheberry y Bustos bastarían dos personas, en la medida que bastan para una “pluralidad de personas”. Por otro lado, tanto para Muñoz Conde, que toma en cuenta el viejo artículo 513 del Código Penal Español que exigía tres personas para la comisión de una forma de robo, como para Grisolía, para no correr el riesgo de confundirla con una o más conspiraciones múltiples, son necesarias a lo menos tres personas. ETCHEBERRY, Alfredo. Óp.Cit. pp. 317. MUÑOZ CONDE, Francisco. 2007. Derecho Penal Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch. pp.847. BUSTOS, Juan. 2007a, Óp.Cit. pp. 722. GRISOLÍA, Francisco. Óp.Cit. pp.80.

⁴⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp.Cit. pp.317. GRISOLÍA, Francisco. Óp.Cit. pp.82.

impropio (artículo 367 ter) y posesión y comercialización de material pornográfico infantil (artículo 374 bis).

En una línea similar, el *artículo 411 quinquies* hace una remisión a las normas del artículo 292 y siguientes para sancionar a los miembros de organizaciones dedicadas tanto al tráfico ilícito de migrantes (artículo 411 bis) como a la trata de personas (artículo 411 ter y quater)⁵⁰.

Hay dos aspectos destacables en ambos artículos. En primer lugar, y a pesar de que no se regula un particular delito de organización (en efecto, en el primer caso solo hay una referencia a una organización delictiva; mientras que en el segundo, hay una clara remisión al Párrafo 10 del Código Penal) es valorable la acotación que tanto el artículo 369 ter como el artículo 411 quinquies hacen del catálogo de delitos que pueden ser cometidos por la asociación ilícita para sancionar a sus miembros. En segundo lugar, la posibilidad que otorga la ley al Ministerio Público para realizar, previa autorización judicial, ciertas diligencias intrusivas no autorizadas para la generalidad de los casos. En efecto, los artículos 369 ter y 411 octies

⁵⁰ Para un análisis que explica la diferencia entre ambos delitos a la luz de las normas internacionales véase CARNEVALI, Raúl. 2013. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: VAN WEEZEL, Alex (Ed.) Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. pp. 100-130

respectivamente permiten la interceptación o grabación telefónica, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones de los miembros del grupo, en circunstancias que se trata de delitos que no tienen pena de crimen⁵¹; y la utilización de agentes encubiertos para desbaratar a las asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de esta clase de delitos⁵².

b.1.3) Ley N° 12.927 (Asociación Ilícita para atentar contra la Seguridad Interior del Estado).

El *artículo 1 letra f) de la Ley N° 12.927* califica como un delito contra la seguridad nacional la organización de personas en partidos políticos, movimientos o agrupaciones para la comisión de delitos que vayan, de alguna u otra forma, contra los intereses del Estado. Aunque la actividad delictiva de la organización se limita a los delitos descritos en las letras precedentes del artículo 1, éstos poseen una peligrosa amplitud⁵³.

⁵¹ La interceptación de conversaciones telefónicas autorizada en el artículo 222 del Código Procesal Penal tiene como requisito que el delito perseguido tenga pena de crimen.

⁵² Particularmente claro en LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. Parte Especial. 2005. Por Sergio Politoff “et al”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 248.

⁵³ Artículo 1. Además de los delitos previstos en el Título I del Libro II del Código Penal y en el Título II del Libro III del Código de Justicia Militar, y en otras leyes, cometen delito contra la soberanía nacional:

Resulta llamativo en el artículo 1 de la Ley de Seguridad Interior del Estado el hecho de que sanciona con la misma pena (presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados medios a máximo) tanto la asociación para delinquir como el o los delitos que puedan ser cometidos por ésta.

Finalmente, la ley en comento deja abierta la puerta a la discusión sobre un eventual concurso entre ambas conductas al no disponer una regla expresa como la del artículo 294 bis del Código Penal.

b.1.4) Ley N° 18.314 (Asociación Ilícita Terrorista).

La Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad, conocida como “Ley Anti-Terrorista”, no define lo que debe entenderse por terrorismo, a pesar de las intenciones originales del legislador⁵⁴. Sin embargo, la normativa entrega ciertos criterios tanto

-
- a) Los que de hecho ofendieren gravemente el sentimiento patrio o el de independencia política de la Nación;
 - b) Los que de palabra o por escrito o valiéndose de cualquier otro medio, propiciaren la incorporación de todo o parte del territorio nacional a un Estado extranjero;
 - c) Los que prestaren ayuda a una potencia extranjera con el fin de desconocer el principio de autodeterminación del pueblo chileno o de someterse al dominio político de dicha potencia;
 - d) Los que mantengan relaciones con Gobiernos, entidades u organizaciones extranjeras o reciban de ellos auxilios materiales, con el fin de ejecutar hechos que las letras anteriores penan como delitos;

⁵⁴ Una cronología detallada desde la formulación original de la ley 18.314 hasta la versión vigente actual se encuentra en HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Algunas modificaciones a la ley N°18.314. Informe en Derecho N°3 [en línea] Defensoría Penal Pública. <<http://www.dpp.cl/resources/upload/2929d234ad5c66e514167c279519e84a.pdf>> [consulta 15 abril 2015]

objetivos como *subjetivos* para determinar si una conducta puede ser calificada como tal, primando aquellos por sobre éstos, por cuanto se le da mayor relevancia a la modalidad de acción empleada para la comisión del delito⁵⁵.

Así, de acuerdo a la ley, para estar frente a un delito terrorista deben cumplirse dos requisitos copulativos: en primer lugar que el delito sea parte del catálogo contenido en los números 1 a 5 del artículo 2⁵⁶; y, en segundo lugar, debe cumplirse lo preceptuado en el artículo 1, es decir, que se ejecute “con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”.

⁵⁵ Por ejemplo el uso de medios de gran poder destructivo VILLEGAS, Myrna. 2012. Informe en Derecho Sentencia Condenatoria Caso Pitronello. [en línea] <<http://hommodolars.org/web/IMG/pdf/graciasTavraporlapaletia.pdf>> [consulta 10 julio 2015]

⁵⁶ 1.- Los de **homicidio** sancionados en el artículo 391; los de **lesiones** establecidos en los artículos 395, 396, 397 y 398; los de **secuestro y de sustracción de menores** castigados en los artículos 141 y 142; los **de envío de cartas o encomiendas explosivas** del artículo 403 bis; los de **incendio y estragos**, descritos en los artículos 474, 475, 476 y 480, y las **infracciones contra la salud pública** de los artículos 313 d), 315 y 316, todos del Código Penal. Asimismo, el de **descarrilamiento** contemplado en los artículos 105, 106, 107 y 108 de la Ley General de Ferrocarriles.

2.- Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.

3.- El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas, en razón de sus cargos.

4.- Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos.

5.- La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°.

En la misma línea, y por la evidente dificultad que presenta el hecho de demostrar la *finalidad de causar temor*, la ley se encarga de dar “indicios objetivos cuya concurrencia vendría a demostrar el propósito ilícito descrito”⁵⁷, a saber: (a) la naturaleza y efectos de los medios empleados, (b) la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, o (c) que se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias (artículo 1 Ley N° 18.314).

No obstante lo anterior, parte de la doctrina nacional ha identificado características básicas que deben servir como criterio interpretativo del tipo penal, por cuanto ha estimado que el fenómeno del terrorismo no puede ser calificado solo en base a los criterios establecidos en la ley.

En primer lugar, identifica la finalidad del ilícito terrorista con una de corte político-ideológico, donde la producción de delitos que atenten contra derechos fundamentales y que produzcan “en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, solo

⁵⁷ A propósito del anteproyecto de Código Penal del 2005, VILLEGAS, Myrna. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°2 <http://politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf>. pp.12.

es el medio para alcanzar el objetivo⁵⁸ de imponer determinada posición política. En ese sentido, la actividad terrorista se transforma en una estrategia política fuera de las reglas del estado social, democrático y de derecho.

En segundo lugar, la doctrina señala como requisito la existencia de un aparato organizacional desde donde se desarrolla la estrategia política, diseñando y ejecutando las acciones que pueden ser calificadas como terroristas, ya que es a la organización “a la que le corresponde el protagonismo de la estrategia terrorista”⁵⁹. Incluso algunos autores han llegado a la conclusión de que la estrategia política terrorista solo puede ser llevada a cabo a través de una estructura organizacional ya que esta “cualifica la violencia” y, por lo tanto, la presencia de una organización criminal que de base a la actividad de sus miembros debe ser un elemento objetivo del tipo penal⁶⁰.

⁵⁸ En ese sentido VILLEGAS Myrna. 2006. Óp.Cit. pp. 7. También HERNÁNDEZ, Héctor. Óp.Cit. pp. 8. Aunque discrepa de la autora antes citada en la medida que esta no advierte el hecho de que la producción de temor justificado por parte de la población de ser víctima de un delito terrorista ha sido exaltada a finalidad subjetiva y, por lo tanto, materia de prueba en juicio.

⁵⁹ CANCIO, Manuel. 2010. El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. Revista de Estudios de la Justicia (12): pp.150.

⁶⁰ CANCIO, Manuel. 2010. Óp.Cit. pp.154; VILLEGAS, Myrna. 2006. Óp.Cit. pp.15.

Ahora bien, de acuerdo a la ley vigente, uno de los delitos parte del catálogo cerrado que establece el artículo 2 es la asociación ilícita (Nº5), la que podrá calificarse como terrorista cuando *tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1⁶¹*. Por lo tanto, en el contexto de la actual legislación, estimar como condición previa para la calificación terrorista de un delito el hecho de que sea llevado a cabo a través de una organización criminal, tal y como ha hecho la doctrina, solo puede ser considerado una propuesta de *lege ferenda*, en la medida que la ley los castiga autónomamente.

Finalmente, en cuanto a la sanción, el artículo 3 se remite a las normas de la asociación ilícita del Código Penal, aumentándose ésta en dos grados respecto a jefes, personas con mando o provocadores (artículo 293), y en un grado tanto para los restantes miembros como para quienes colaboren con la organización (artículo 294). También hace aplicable la regla de concurso real contenida en el artículo 294 bis del Código Punitivo⁶².

⁶¹ A diferencia de los numerales 1 a 4, no se le exige a la asociación ilícita el elemento subjetivo propio de esta clase de delitos, en la medida que se entiende que la posee al formarse para cometer delitos terroristas.

⁶² Ver *Supra* b.1.1.

b.1.5) Ley N° 19.913 (Asociación Ilícita para el lavado o blanqueo de activos).

El lavado de activos puede ser definido como un “proceso que busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero y/o bienes obtenidos ilegalmente”⁶³. En ese sentido, en su complejo entramado pueden distinguirse tres etapas: (a) la de *colocación* de los activos en la economía legal mediante algún medio, (b) el *enmascaramiento* de éstos a través de operaciones económicas que ocultan su origen ilegal y, por último, (c) su *integración*, es decir, conferir una apariencia definitiva de legalidad a un patrimonio de origen criminal, situando los fondos blanqueados en la economía de tal forma que, integrándose en el sistema bancario, aparecen como producto de una actividad comercial normal⁶⁴.

La primera tipificación del delito de lavado de activos fue realizada en el artículo 12 de la Ley N° 19.366, la antecesora de la actual ley de drogas. Dicha formulación se restringía solo a los bienes o al dinero generado por los delitos contenidos en dicha normativa, lo que claramente limitaba su alcance

⁶³ UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO. ¿Qué es el lavado de activos? 2015. [en línea] <http://www.uaf.cl/lavado/> [consulta 28 enero 2015]

⁶⁴ TOSO, Ángela. 2008. Blanqueo de capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Chilena de Derecho 35(3): pp.407.

y dejaba en la impunidad el lavado de activos generados por otra clase de delitos que también se cometían en el seno de organizaciones criminales. El vacío fue salvado con la promulgación de la Ley N° 19.913 la cual, además de ampliar el catálogo de delitos base generadores de activos, creó la Unidad de Análisis Financiero (UAF), estableciendo un sistema de prevención y castigo del lavado de activos en nuestro país. Este sistema se ha perfeccionado sucesivamente con las incorporaciones y modificaciones de las Leyes N° 20.119, N° 20.371 y N° 20.507.

La Ley N° 19.913 contempló, desde su origen, la sanción a las personas que se asocien para cometer el blanqueo de capitales, la cual se conserva hasta la vigente regulación.

En ese sentido, el artículo 28 establece la pena de presidio mayor en su grado medio para el que financie, ejerza el mando o planifique los actos; y la de presidio mayor en su grado mínimo a los colaboradores de la asociación ilícita dedicada a la comisión de alguno de los delitos enumerados en el artículo 27 (lavado de activos).

La última disposición referida sanciona al que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que

proviene, directa o indirectamente, de la perpetración de los siguientes delitos (artículo 27 letra a):

- Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas.
- Título XI de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.
- Ley General de Bancos.
- Ley N° 17.798, sobre Control de Armas.
- Párrafos 4 (Prevaricación), 5 (Malversación de caudales públicos), 6 (Fraudes y exacciones ilegales), 9 (Cohecho) y 9 bis (Cohecho a funcionarios públicos extranjeros) del Título V del Libro II del Código Penal.
- Los artículos 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 366 quáter (abuso sexual impropio o indirecto con menores de edad o menores de catorce años), 367 (promoción de la prostitución en menores de edad), 411 bis (tráfico de migrantes), 411 ter (trata de personas para la promoción de la prostitución), 411 quáter (trata de personas) y 411 quinquies (asociación ilícita para la trata de personas o el tráfico de migrantes) del Código Penal.

La misma norma sanciona al que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito (artículo 27 letra b).

b.1.6) Ley N° 20.000 (Asociación Ilícita para el Narcotráfico)⁶⁵.

La asociación ilícita dedicada a la comisión de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (en adelante ley de drogas) se encuentra sancionada en el artículo 16 del mismo cuerpo legal⁶⁶. Del análisis de dicha disposición se desprenden varias cuestiones de relevancia que se examinan a continuación.

⁶⁵ Para mayor detalle CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. Óp.Cit. pp. 1-10, LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. Parte especial. Óp. Cit. pp. 598-599 y SEPÚLVEDA, Eduardo. 2001. El delito de asociación ilícita de la Ley N° 19.366 sobre el tráfico ilícito de drogas, Cuadernos Judiciales (4): 63-78.

⁶⁶ Artículo 16.- 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.
- 2.- Con presidio mayor en sus grados mínimos 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.

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.

En primer lugar, cabe destacar que al interpretar el artículo 16, en relación con el artículo 19 de la Ley de Drogas, se hace evidente que la asociación ilícita requiere la concurrencia de ciertas características adicionales a la mera agrupación de personas. En efecto el artículo 19 enumera una serie de circunstancias agravantes de los delitos contenidos en esta ley. La contemplada en la letra a) exige para su aplicación la participación en una “agrupación o reunión de delincuentes *sin incurrir en el delito de organización del artículo 16*”.

Al contrastar el delito de asociación ilícita con la citada *agravante de organización* se desprende que ésta es una forma simplificada o degradada de organización criminal⁶⁷ donde, aunque es necesaria la permanencia en el tiempo (para diferenciarla de la ejecución conjunta del delito), se observa un nivel organizacional mucho menor que en la asociación ilícita, sin una estructura jerárquica rígida ni una “disciplina vigorosa”⁶⁸, y donde tampoco se manifieste una división de funciones.

⁶⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. 2007. Informe en Derecho: Algunos aspectos de la ley 20.000. [en línea] Defensoría Nacional, Departamento de Estudios y Proyectos N°6 <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5269.pdf>> [consulta 10 julio 2015] pp.11.

⁶⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. 2007. Óp. Cit. pp.13.

Corolario de lo anterior es que para estar frente a la organización delictiva sancionada por el artículo 16 (asociación ilícita), el volumen de la organización debe ser alto, donde tanto la jerarquía, la división de trabajo y la disciplina interna devienen en requisitos fundamentales.

En segundo lugar, y a diferencia de la regulación del Código Penal, la Ley N° 20.000 incluye dentro de la jerarquía de la asociación ilícita, además de las personas que ejerzan el mando dentro de ella o bien planifiquen las actuaciones de la organización, a los financistas de ésta. Esto es importante en la medida que el aporte de estos miembros es esencial para mantener uno de los supuestos básicos de toda organización criminal, a saber, su permanencia en el tiempo⁶⁹.

En tercer lugar, no obstante contener una fórmula general de participación en la asociación ilícita, la ley de drogas amplía la lista de colaboradores, incorporando a los proveedores de armas, municiones e instrumentos.

Por último, el régimen de sanciones que contempla esta ley es más gravoso que el establecido para el mismo delito contenido en el Código Penal.

⁶⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Óp.Cit. pp.317.

En este sentido se sanciona a los miembros que ocupan posiciones de jerarquía de la organización con presidio mayor en sus grados medio a máximo, y con presidio mayor en sus grados mínimos a medio a los restantes miembros y colaboradores. Asimismo, en cuanto a la determinación de penas, el inciso final del artículo 16 establece expresamente la aplicación del artículo 74 del Código Penal, configurando una regla de concurso real entre el delito de participación en asociación ilícita y los eventuales delitos de la ley de drogas cometidos por el miembro en particular.

b.1.7) Ley N° 20.357 (Asociación Ilícita para la comisión de genocidio y crímenes de lesa humanidad).

Finalmente, el delito de asociación ilícita se encuentra también consagrado en la Ley N° 20.357, publicada el año 2009, que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

En el origen del establecimiento de esta norma se cruzaron dos aspectos. En primer lugar la necesidad de ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por parte del Estado de Chile⁷⁰ y, en segundo lugar,

⁷⁰ La dictación de esta ley fue usada como objeto de negociación en el Congreso Nacional. Solo una vez promulgada, el Estado de Chile ratificaría el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Chile y la Corte Penal Internacional. 2015. [en línea] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/chile-corte-penal-internacional/ [consulta 15 abril 2015]

la conveniencia jurídica de implementar una legislación interna que limitara la competencia de la Corte Penal Internacional⁷¹.

En efecto, la idea de crear un cuerpo legal específico que tipifique tales crímenes con el referido efecto limitante tiene su base en el principio de complementariedad, en el cual se sustenta la jurisdicción internacional. En virtud de este principio, si bien la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales son concurrentes a la hora de la investigación y persecución de estos delitos, son estas últimas las que conservan primacía para iniciar tales actuaciones. Así, la labor de la Corte Penal Internacional solo estará facultada excepcionalmente⁷², siendo entonces *complementaria* a la labor de los sistemas penales nacionales.

Ahora bien, a pesar de conservar en esencia los puntos centrales, la Ley N° 20.357 no es una mera transcripción de la regulación contenida en el Estatuto de Roma. De hecho, para mantener la coherencia con las normas del Derecho Penal interno en los casos de responsabilidad penal individual por el hecho colectivo -dentro de las cuales se encuentra la punibilidad de la

⁷¹ CARDENAS, Claudia. 2010. La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley 20.357. Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia. 23(2): pp.25

⁷² En ese sentido CÁRDENAS, Claudia. 2007. La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile (1): pp. 128.

asociación ilícita (artículo 15 de dicho cuerpo legal)- se remite a las normas del Código Penal⁷³.

Teniendo en consideración el ya descrito principio de complementariedad, algunos autores nacionales⁷⁴ se han planteado la interrogante de si la regulación nacional del delito de pertenencia a una asociación ilícita contenida en el Código Penal cubre todas las hipótesis contempladas en la normativa internacional y desarrolladas por la jurisprudencia penal internacional. La conclusión es que, a pesar de las grandes similitudes existentes entre la regulación del Código Penal y la regulación internacional⁷⁵ existen diferencias importantes entre la asociación ilícita y los casos de *joint criminal enterprise*⁷⁶. Esto queda en evidencia en

⁷³ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aun cuando no tipifica expresamente la asociación ilícita, consagra en los artículos 25 (sobre la “Responsabilidad penal individual”) y 28 (acerca de la “Responsabilidad de los jefes y otros superiores”) normas relativas a la responsabilidad penal en organizaciones. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1998. Estatuto de Roma. [en línea] <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>> [consulta: 18 julio 2015]

⁷⁴ Por ejemplo CÁRDENAS, Claudia. 2010. Óp.Cit. pp.23-44 y, especialmente, MATUS, Jean Pierre. 2013.

Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.357. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°16. <<http://www.scielo.cl/pdf/politerim/v8n16/art01.pdf>>. [consulta 10 julio 2015].

⁷⁵ MATUS, Jean Pierre. 2013. Óp. Cit. pp. 376 y 377.

⁷⁶ A propósito del caso Tadic, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia desarrollo el concepto de Joint Criminal Enterprise para referirse a casos donde agrupaciones de personas compartieran un “propósito o designio común” que no podía ser otro que la comisión de algún delito contra el derecho internacional. Así, distinguió entre tres categorías: JCE I (Casos donde alguno de los partícipes de la organización, en la que todos comparten el propósito común de la comisión del delito, efectivamente lo comete) JCE II (Intervención compartiendo el designio común en un sistema de maltrato y tortura de personas detenidas) y JCE III (Durante la realización de un propósito común, uno de los perpetradores comete un acto que va más allá del propósito común pero que, sin embargo, era una consecuencia natural y

dos aspectos. El primero es en cuanto a las menores exigencias organizacionales y de permanencia en el tiempo que tienen éstas respecto de aquellas. En segundo lugar, el alcance criminal de esta clase de agrupaciones ya que, a diferencia de lo que ocurre con la norma internacional, el artículo 15 de la Ley N° 20.357 limita la asociación ilícita a los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, dejando fuera los demás delitos establecidos en el Estatuto de Roma.⁷⁷

b.2) Legislación comparada e internacional.

Para tener una visión amplia respecto de la forma en que se ha tipificado y sancionado la pertenencia a una asociación ilícita es necesario ir más allá del contexto chileno y comparar la regulación nacional con la de otros países de tradición similar⁷⁸ así como con la normativa internacional.

previsible de llevar a efecto ese propósito común”. Todo esto desarrollado ampliamente, y citando jurisprudencia penal internacional por MATUS, Jean Pierre. 2013. Óp.Cit. pp.370.

⁷⁷ MATUS, Jean Pierre. 2013. Óp. Cit. pp.378.

⁷⁸ Una contextualización de la situación de la asociación ilícita en el derecho penal europeo puede encontrarse en SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel. 2001. Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. En: ARROYO ZAPATERO, Luís/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Eds.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol II. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca. pp. 645-681. Asimismo el trabajo de ROSAS, Juan Ignacio. 2012. Evolución histórica de la tipificación del delito de “asociación ilícita”: análisis de Derecho comparado. Revista Perspectiva Penal Actual, Universidad Mayor (1):121-163.

Esto será de relevancia en la medida que las similitudes y diferencias con otras regulaciones serán de importancia para la determinación de la legitimidad del tipo penal nacional. Para estos efectos se considerará en el análisis aquella normativa comparada que por razones de influencia cultural y dogmática (Alemania y España), por su novedad regulatoria (Austria), o bien por su aplicación en un contexto de masivo crimen organizado (México), resultan útiles como baremo. Finalmente se hará también una breve referencia a la Convención de Palermo, por ser el último convenio internacional que se refiere al tema.

b.2.1) Alemania.

En el Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*)⁷⁹ ⁸⁰ la asociación ilícita se encuentra regulada dentro del título de los “delitos contra el orden público”. Así, el §129 de dicho cuerpo legal⁸¹ sanciona la asociación para la

⁷⁹ Toda cita al Código Penal Alemán está tomada desde REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Universidad Externado de Colombia. Traducción: Claudia López Díaz [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_02.pdf> [consulta: 18 julio 2015]

⁸⁰ Las actualizaciones del Código Penal Alemán, como del Código de Procedimiento Penal (StPO) fueron tomadas, en inglés, desde REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor. Código de Procedimiento Penal. [en línea] <http://www.bmju.de/DE/Home/home_node.html> [consulta 10 julio 2015].

⁸¹ §129.

(1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos (delitos), o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

comisión de cualquier delito, mientras que el §129a, sanciona en particular a la asociación criminal terrorista.

De la sola lectura del §129 se desprenden ciertas semejanzas con la regulación chilena contenida en el Código Penal.

Así, la asociación tipificada en el Código Penal Alemán carece de un catálogo cerrado que limite los delitos a cometer por la asociación ilícita, por lo que ésta puede tener por objeto la comisión de cualquier clase de delito. La legislación chilena, salvo la mención genérica del artículo 292, sigue la misma línea⁸².

(2) El inciso 1 no se aplicará

1. cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional
2. cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario o
3. en la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87.

(3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible.

(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores, o si se presenta algún caso especialmente grave la pena será de prisión de seis meses a cinco años; la pena será de prisión de seis meses a diez años si el objetivo o la actividad de la organización criminal está dirigida a la comisión de un delito establecido en el § 100c (2) n°1 letras a, c, d, e y g, con la excepción de los delitos de conformidad con el §239a o §239b letras h) a m) n° 2 a 5 y 7 del Código de Procedimiento Penal .

(5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de partícipes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria.

(6) El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o puede prescindir de un castigo según éstas normas cuando el autor

1. se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o
2. libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía pueden impedirse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.

⁸² Sobre la discusión al respecto, véase *Supra*. b.1.1.

Otra semejanza es el hecho de que contempla, en su inciso 6º, la posibilidad de atenuar la pena o bien prescindir del castigo respecto del miembro que busque impedir la existencia de la asociación ilícita o la comisión de delitos por ella, o bien, colabore con la autoridad para impedir la comisión de más delitos por la misma. Estas hipótesis se asemejan a las contempladas en el artículo 295 del Código Penal Chileno de arrepentimiento eficaz.

Por otro lado, existen varias diferencias.

En efecto, al individualizar a los integrantes de la organización criminal, el §129 solo identifica (a) al fundador, (b) a quienes “le hagan propaganda o la apoyen” y (c) a los restantes miembros. En cambio, la regulación chilena es más exhaustiva, identificando los artículos 293 y 294 del Código Penal a (a) “jefes”, (b) personas con “ejercicio de mando”, (c) provocadores, (d) simples miembros y (e) colaboradores; agregando además las Leyes N° 20.000 y N° 19.913 a quienes financien dichas organizaciones. La distinción anotada tiene relevancia en Chile en la medida que la pena establecida para los simples miembros y colaboradores de la asociación ilícita (artículo 294) es inferior respecto de la establecida para la plana mayor y financistas de la organización

(artículo 293), situación que se repite en las leyes especiales ya citadas, y que no se contempla en el Código Penal Alemán⁸³.

También en relación a la gravedad de la pena, y en oposición al tipo penal nacional, el Código Penal Alemán no distingue si la asociación para delinquir tiene por objeto la perpetración de crímenes o bien de simples delitos. En ese sentido establece una pena privativa de libertad de hasta cinco años -o bien multa- a cualquiera de sus miembros⁸⁴, siendo indiferente entonces tanto la gravedad del delito como el nivel de participación en la organización.

Ahora bien, para atenuar la falta de distinción entre la perpetración de crímenes y simples delitos a la hora de fijar la pena del miembro de la agrupación criminal, se incorporó al §129 un aumento de penas (entre 6 meses a 10 años) cuando el objeto de la organización sea la comisión de delitos de alta gravedad, indicados en el §100c (2) del Código de Procedimiento Penal Alemán (StPO)⁸⁵. Estos son la puesta en peligro del

⁸³ El §129 alemán si bien no contempla una pena inferior a los simples miembros y colaboradores de la organización, en su inciso 5 establece que el juez puede dejar sin castigo por la asociación para delinquir participes con una culpa menor o con colaboración secundaria.

⁸⁴ Una salvedad la contiene el inciso 4 que establece que “Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.”

⁸⁵ Esta incorporación fue motivada por compromisos internacionales adoptados en el contexto de la Unión Europea. En efecto ya desde fines de los años noventa en el Tratado de Amsterdam y, aunque posterior, la Decisión Marco 2008/841/JAI sobre lucha contra la criminalidad organizada. Sobre este punto, y citando otros acuerdos internacionales, CARNEVALI, Raúl. 2014. Hacia un injusto penal de la criminalidad

estado democrático de derecho, la falsificación de dinero, delitos contra la libertad personal, sexual o la trata de personas.⁸⁶

Por último, el inciso tercero del §129 califica expresamente como punible la tentativa de fundar una asociación, cuestión que en nuestro país no se encuentra zanjada por la ley, y que la doctrina chilena ha rechazado. Esto en la medida que la constitución de una organización criminal “absorbe o consume el acto preparatorio de conspiración”⁸⁷ llegando a identificarse “la tentativa, la frustración y la consumación”⁸⁸.

b.2.2) España.

El Código Penal Español sanciona la criminalidad de grupo mediante tres tipos penales distintos: (a) la pertenencia a una asociación ilícita, (b) a un grupo criminal o (c) a una organización criminal.

El primero de estos delitos se encuentra consagrado en los artículos 515 y siguientes, dentro del Capítulo IV “*De los delitos relativos al ejercicio*

organizada. Una propuesta a modo de lege ferenda. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 21(2): pp.73-74.

⁸⁶ Indicado por CARNEVALI, Raúl. 2014. Óp.Cit. pp.89.

⁸⁷ POLITOFF, Sergio. 2004. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración. Estudio de dogmática y de derecho penal comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.95.

⁸⁸ CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. Óp.Cit. pp. 5.

de los derechos fundamentales y libertades públicas”, Sección 1ª De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”.

En el artículo 515⁸⁹ se enumeran distintas formulaciones de lo que debe entenderse por asociación ilícita. El número 1 recoge una formulación tradicional que considera asociaciones ilícitas, en términos similares al artículo 293 del Código Penal chileno, a las agrupaciones con objeto delictivo, con la particularidad que también se consideran ilícitas en el Código Español las asociaciones que tengan por objeto la comisión de faltas. Los números siguientes establecen que se considerarán también ilícitas aquellas asociaciones que utilicen medios violentos o de control de personalidad para conseguir sus fines (número 3)⁹⁰, por la imitación de una

⁸⁹ Artículo 515.

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1. ° Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2. ° (Suprimido)

3. ° Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4. ° Las organizaciones de carácter paramilitar.

5. ° Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

⁹⁰ Dicha formulación abre la puerta para considerar como asociaciones ilícitas, a agrupaciones plenamente lícitas que sean constantes en utilizar, por ejemplo, medios de coacción fuera de lo permitido (por ejemplo una empresa o un sindicato). Por otro lado la utilización de “medios de alteración o control de la personalidad” abre la puerta para la persecución de las llamadas “Sectas” en la medida que abusen del amparo de la libertad de culto. Da un par de luces sobre lo último MUÑOZ CONDE, Francisco. Óp. Cit. pp. 848.

función que es exclusiva del Estado (número 4) o bien las que promuevan valores no tolerables en una sociedad democrática como la discriminación, el odio y la violencia contra personas o grupos de éstas por distintas razones (número 5).

Para determinar la pena, los artículos 517 y 518 distinguen entre la plana mayor de la asociación ilícita, los restantes miembros y los colaboradores. Ésta en ningún caso podrá superar los 4 años de prisión. En el caso de los colaboradores (donde también se incluye a los “cooperadores económicos”) se exige que su actividad sea relevante para la fundación, organización o actividad de las asociaciones ilícitas.

Por último cabe señalar que el artículo 519, al igual que la regulación alemana, castiga expresamente los actos preparatorios del delito en comento.

Por su parte, los delitos de pertenencia a un grupo o a una organización criminal fueron incorporados el año 2010, en los artículos 570 bis y siguientes del *Capítulo VI “De las organizaciones y grupos criminales”* del *Título XXII “Delitos contra el orden público”*, del mismo cuerpo normativo.

La misma ley se encarga de precisar ambos conceptos, definiendo a las primeras, por defecto, como uniones de *personas “que, sin reunir alguna o*

algunas de las características de la organización criminal (...), tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas” (artículo 570 ter); y a las segundas como una “agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” (artículo 570 bis).

Ambos tipos de agrupaciones criminales son sancionadas por la ley española con penas más altas que las establecidas para la asociación ilícita. Asimismo la ley establece que las penas se impondrán “en su mitad superior” si las organizaciones están formadas por un número elevado de personas o si utilizan armas peligrosas o bien medios tecnológicos avanzados para la consecución de sus fines (artículos 570 bis N° 2 y 570 ter N°2 respectivamente).

Para el caso exclusivo del delito de organización criminal, se impondrán en su mitad superior en la medida que los delitos cometidos por esta afecten bienes jurídicos individuales de importancia elevada, es decir, cuando se trate de delitos contra la vida e integridad física o psíquica, libertad, libertad e indemnidad sexual o la trata de seres humanos (artículo 570 bis N° 3).

De lo expuesto queda claro que la intención del legislador español era establecer un tipo penal especial para agrupaciones criminales de mayor complejidad que la asociación ilícita. En efecto, las organizaciones criminales no son meras asociaciones que delinquen “sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”⁹¹.

Sin embargo, el establecimiento de un tipo penal especial de pertenencia a agrupaciones criminales más complejas no está exento de problemas. Uno de ellos es el “solapamiento normativo”⁹² entre lo dispuesto por el artículo 515 n°1 y el artículo 570 bis. No obstante, dicho problema concursal se encuentra solucionado expresamente por la remisión efectuada en el artículo 570 quáter del Código Penal Español a su artículo 8 inciso 4 (principio de alternatividad), en virtud del cual se debe optar por el tipo penal que tenga

⁹¹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010. Citada por REINO DE ESPAÑA. 2011. Fiscalía General del Estado. Circular 2/11, Sobre la reforma del Código Penal por ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. [en línea] <http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal18.pdf> [consulta 10 julio 2015]

⁹² La expresión es de CARNEVALI, Raúl. 2014. Óp.Cit. pp.88.

la pena más grave cuando la conducta estuviera descrita en dos o más tipos penales⁹³.

b.2.3) Austria⁹⁴.

Austria tiene una profusa regulación acerca de la criminalidad de grupo. Así, en la sección 20 del Capítulo denominado “Delitos contra la paz pública” se contemplan el (a) complot criminal, (b) la creación de bandas, (c) la creación y participación en una organización criminal, (d) la creación o pertenencia a bandas armadas⁹⁵ y (e) los tipos penales relativos a las organizaciones terroristas (artículos 278 letras b a f).

De los delitos enumerados, es el tercero de ellos el que más se asemeja a la formulación clásica de asociación ilícita. La particularidad de la regulación austríaca radica en el catálogo cerrado de delitos que pueden ser cometidos por estas agrupaciones para el cumplimiento del tipo penal. En efecto, además de exigir un acuerdo societario similar a una empresa, la

⁹³ La cual parece ser la opción seguida por la Fiscalía General del Estado, “En consecuencia, en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 bis CP, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el art. 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el art. 570 bis.” REINO DE ESPAÑA, Fiscalía General del Estado, Circular 2/11. Op. Cit pp. 28.

⁹⁴ REPÚBLICA DE AUSTRIA. Código Penal Austríaco. 1803. [en línea] <<http://www.ris.bka.gv.at/defaultEn.aspx>> [consulta: 18 julio 2015]

⁹⁵ SÁNCHEZ, María Isabel. Óp.Cit. pp.658. También CARNEVALI.2014. Óp.Cit. pp.90.

concentración ilimitada en el tiempo y un número elevado de personas⁹⁶, deben orientarse a la comisión de delitos “particularmente graves” que amenacen la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, la explotación sexual de los seres humanos, el tráfico de inmigrantes o de armas, de material radioactivo, dinero falso o estupefacientes.

b.2.4) México.

La referencia a la regulación de México resulta necesaria por ser, probablemente, el país latinoamericano donde el fenómeno del crimen organizado se ha desarrollado con mayor fuerza⁹⁷. Esta situación ha llevado al establecimiento de nuevos tipos penales que van más allá de la asociación ilícita, apuntando directamente a organizaciones criminales que funcionan como empresas de gran tamaño dedicadas a la comisión de ilícitos.

⁹⁶ SANCHEZ, María Isabel. Loc.Cit.

⁹⁷ Para introducirse en el fenómeno del crimen organizado en México véase, entre otros, BORJON, José. 2008. La lucha contra el crimen organizado y las sombras de la militarización. [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3005/4.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015]; GARCIA, Rubén. 2008. Estado Paramilitar, una espada de Damocles sobre los derechos humanos. La política contra el narcotráfico. [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3461/7.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015]. Ambos artículos fueron citados por MENCHACA, Emma. 2014. Estado actual del Crimen Organizado en México, a propósito de La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como Régimen de Excepción. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal. Santiago, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [Inédito, facilitado por la autora].

En efecto, no obstante que el Código Penal Federal⁹⁸ establece el delito de pertenencia a una *asociación para delinquir* con una alta pena, y que además establece circunstancias agravantes en caso de participación de funcionarios públicos o miembros de las fuerzas armadas (Artículo 164), el Estado Mexicano se vio en la necesidad de actuar con mayor rigurosidad frente al fenómeno del crimen organizado.

En esa línea se dictó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada⁹⁹ (1996). Esta norma contiene, además de disposiciones procesales especiales, una definición de delincuencia organizada¹⁰⁰ (artículo 2) y un tipo penal especial para esta especie de agrupaciones para delinquir (artículo 4), el cual posee un cariz distinto a las agrupaciones para quienes iba destinado el artículo 164 ya citado. Esto último queda en evidencia por el catálogo cerrado de delitos de especial gravedad que pueden cometer, contenido en su artículo 2º, donde se encuentran, entre otros, el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de drogas y el de órganos.

⁹⁸ Dentro del Título Cuarto de los “Delitos contra la seguridad pública”, en su Capítulo IV “Asociaciones delictuosas”.

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. 1996. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 7 de noviembre 1996. [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>> [consulta: 13 julio 2015].

¹⁰⁰ Artículo 2º “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada”.

b.2.5) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

Si bien la globalización ha potenciado el sistema de economía imperante y, en consecuencia, ha propiciado la apertura de mercados y la libre circulación de los factores productivos entre países, lo ha hecho sin la necesaria regulación a nivel económico y, por supuesto, a nivel penal¹⁰¹. Una consecuencia indeseada de aquello son las organizaciones criminales que, superando la limitación geográfica de un Estado en particular, extienden sus redes de actuación a otros países, dando origen a la criminalidad organizada internacional¹⁰².

Ante la falta de un instrumento normativo proporcional a la magnitud del problema que representaban las organizaciones criminales transnacionales, en diciembre del año 2000 fue suscrita en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como *Convención de Palermo*¹⁰³, la cual

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. 2011. Criminalidad y Globalización. [en línea] Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 115, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>> [consulta 23 febrero 2015]. pp. 301-316

¹⁰² Ibídem.

¹⁰³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. [en línea] <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>> [consulta: 19 julio 2015]

fue aprobada, promulgada y publicada por Chile en el periodo 2004-2005, para finalmente entrar en vigor el año 2009.

Esta Convención, y sus protocolos, son relevantes para el presente trabajo por dos razones.

La primera es que conceptualizan diferentes nociones que en Chile, a falta de un concepto legal, han sido desarrolladas por la jurisprudencia. Así la Convención establece, a diferencia de la gran mayoría de normas de derecho interno, lo que entenderá por “grupo delictivo organizado” en su artículo 2º, al definirlo como:

“grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa

Es ilustrativa la frase pronunciada por él, en ese entonces, Secretario General de la O.N.U Kofi Annan en el prefacio de la Convención “Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales.”

o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Como se puede apreciar de la sola lectura de la norma transcrita, en términos esenciales la definición dada por la Convención de Palermo comparte elementos ya mencionados en la legislación comparada y desarrollados por la jurisprudencia nacional. Sin embargo, llama la atención por dos aspectos. En primer lugar, por la exigencia de un *elemento lucrativo*, cuestión que parece diferenciarla tajantemente de otras agrupaciones criminales, como las de índole terrorista¹⁰⁴, e incluso, de la asociación para delinquir, entendiéndola como una modalidad específica de ésta¹⁰⁵. En segundo lugar, lo hace por la limitación de la actividad criminal de estas agrupaciones a la comisión de “delitos graves”, voz que también es definida en el artículo 2 b) de la Convención:

«Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de

¹⁰⁴ Donde el elemento definitorio de dichas agrupaciones no es el lucrativo sino la intencionalidad política. VILLEGAS, Myrna. 2004. Terrorismo ¿Crimen Organizado? Análisis comparado. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1): 227-248.

¹⁰⁵ CARNEVALI, Raúl. 2014. Óp.Cit. pp. 74.

*libertad máxima de al menos cuatro años o con una
pena más grave; »*

El segundo punto que hace relevante a la Convención de Palermo y sus protocolos para este análisis es su influencia tanto a nivel legislativo como de investigación criminal. En efecto, la suscripción por Chile de este instrumento internacional ha derivado en la necesaria adecuación de su normativa interna a los principios y criterios que establece la Convención. En ese sentido apuntan la promulgación de la Ley N° 20.393 que instaura la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, las modificaciones hechas a la Ley N° 19.913 sobre lavado de activos, la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas mediante la Ley N° 20.507; la adecuación de la estrategia investigativa contra el crimen organizado, estableciendo que delitos son propios de la actividad de dichas organizaciones, y la formulación de planes específicos en caso de ser necesarios, como el llamado “Plan Frontera Norte”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Realidad nacional del crimen organizado transnacional. 2011. [en línea] <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13620/1/93653_BCNINFORME_GRID_22-11-2011_JJ_REALIDAD-NACIONAL.doc> [consulta: 10 julio 2015]

C) Conclusiones del capítulo.

Al finalizar este primer capítulo se pueden extraer diversas conclusiones.

En primer lugar, en base al análisis histórico realizado de la criminalidad de grupo y de las primeras normas relativas a ella, se puede establecer que el fundamento original que tuvo la prohibición de las asociaciones ilícitas fueron aquellas organizaciones que tenían objetivos más allá del meramente delictivo¹⁰⁷.

En segundo lugar, y a diferencia de la normativa comparada e internacional, se puede calificar la tipificación de la asociación ilícita contenida en el Código Penal Chileno, desde sus orígenes, como amplia. Esto en la medida que la descripción legislativa no incorpora elementos básicos que permitan definir cuándo se estará frente a una organización delictiva como tampoco

¹⁰⁷ Véase *Supra* a.1 y a.2

una limitación respecto de los crímenes o simples delitos cuya comisión pueda tener como objeto la agrupación¹⁰⁸.

Por último, se observa la proliferación de asociaciones ilícitas reguladas en leyes especiales que, por de pronto, acotan su catálogo criminal a los delitos de su área regulada, generando en consecuencia la duda de si tienen elementos comunes con la formulación genérica contenida en el Código Penal.

Pues bien, tanto la falta de una regulación acabada del delito como la proliferación de asociaciones ilícitas especiales en la legislación nacional pueden ser interpretados desde dos puntos de vista: como un problema de *técnica legislativa* o como un cuestionamiento a la *legitimidad del delito*.

Si el problema solo fuera la formulación típica del delito, la inclusión de los requisitos básicos de una agrupación para ser considerada asociación ilícita, como el establecimiento de un catálogo de posibles delitos a los cuales ésta se pueda dedicar, solucionaría el problema.

¹⁰⁸ Véase *Supra* b.1.

Sin embargo, no puede agotarse la interpretación en ese sentido. Además de un asunto de índole técnico se estima que dichas carencias son indicio de un problema de *legitimidad* del delito de asociación ilícita.

Pues bien, para realizar un tratamiento crítico del ordenamiento jurídico-penal y de la legitimidad de sus tipos penales, parte de la doctrina ha recurrido al concepto de bien jurídico. Éste, además de una función de carácter teleológico interpretativo, tendría una capacidad crítica frente a los delitos consagrados en la ley, sirviendo de límite al *ius puniendi*. Así, en la medida que se identifique un bien jurídico protegido en un delito, se determinaría su legitimidad y, por otro lado, la carencia de éste justificaría la despenalización de la conducta prohibida¹⁰⁹.

En base a lo expuesto, se hace necesario realizar un análisis a la legitimidad de la asociación ilícita, identificando si existe un bien jurídico protegido detrás de este tipo penal.

Sin embargo, para realizar esta tarea, será necesario referirse primeramente a la noción de bien jurídico, a las funciones que se le han atribuido y la

¹⁰⁹ HORMAZABAL, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago, Editorial Lexis-Nexis. pp.7.

relevancia de dicho concepto en el Derecho Penal contemporáneo. Dicha labor se expondrá en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II: EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y SUS FUNCIONES. OBJECIONES A LA FUNCIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO.

A) Sobre la legitimidad de prohibir determinadas conductas bajo la amenaza de una sanción penal.

En un Estado de Derecho, no cabe duda que los derechos fundamentales pueden ser limitados. En ese sentido las normas penales constituyen la forma más gravosa de prohibición a la libertad de las personas, tomando en cuenta la relevancia de las conductas prohibidas y la severidad de las sanciones contempladas en caso de infracción.

En consecuencia, la legitimidad de la ley penal tiene un deber de fundamentación mucho más estricto que otra clase de prohibiciones a las libertades del ciudadano. En ese sentido, ésta debe analizarse desde dos perspectivas: en primer lugar, que la autoridad que la dicta sea legítima y, en segundo lugar, que la norma, en sí misma, también lo sea. Es justamente para legitimar la norma penal que la doctrina ha desarrollado el concepto de bien jurídico, al cual se hará referencia en este capítulo. Sin embargo, antes de entrar derechamente a la discusión en torno al concepto de bien jurídico, es necesario remitirse a conceptos propios de la filosofía política que le darán sustento a la misma.

a.1) Solo una autoridad legítima puede coartar la libertad.

“El poderoso no es nunca tan fuerte como para ser siempre el amo a menos que transforme su fuerza en derecho y la obediencia en deber”¹¹⁰. Ya con esa frase Rousseau dejaba en claro que el mero poder que tiene el amo sobre su siervo debe transformarse en algo más (en derecho) para que pueda ser sostenible en el tiempo (y mutar la obediencia en deber). Ese paso que

¹¹⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. 1999. El Contrato Social. 4ª edición. Madrid, Tecnos. pp.7.

debe dar el soberano es constituirse en un poder legítimo, llamado ahora autoridad, o sea, donde exista la “creencia de los dominados en hacerse sumisos a la autoridad, lo cual asegura la capacidad de ésta para hacer cumplir sus decisiones”¹¹¹, no siendo necesaria ni la intimidación ni el miedo para sostener a quien detenta el poder.

Para Weber existen tres formas de legitimación del ejercicio de la autoridad. Esta puede emanar de la tradición, del carisma del gobernante o bien de la racionalidad del orden establecido¹¹². Es en base a esta última como obtiene legitimidad un sistema político que podríamos calificar como “Estado de Derecho”, es decir, un contexto de autoridades de corte racional-legal que “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”¹¹³.

¹¹¹ WEBER, Max. 2002. Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. 2ª edición en español. España, Fondo de Cultura Económica. pp. 170.

¹¹² “§ 2. Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad puede ser:

1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).

2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)

3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)”. WEBER, Max. Óp.Cit. pp. 172.

¹¹³ WEBER, Max. Óp.Cit. pp. 173.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse ahora por qué deberían los individuos mermar su libertad y hacerse sumisos a la autoridad. La respuesta se encuentra en el pacto que realizan los hombres para abandonar “esa miserable condición de guerra”¹¹⁴ que es la vida sin reglas, entregando su poder a un ente ajeno, el soberano. Esta cesión está condicionada por el interés de los hombres de vivir mejor, lejano al estado de guerra permanente. El costo es la entrega de la toma de decisiones al soberano las cuales, en principio, no tendrían límite alguno.

En definitiva, el primer requisito que debe cumplir una norma penal es que emane de una *autoridad legitimada* en los términos explicados. En un Estado de Derecho como el chileno, dicha legitimación es de corte racional, es decir, una autoridad elegida mediante los mecanismos normativos que suelen establecerse a nivel constitucional o legal. Una ley penal que emane de una autoridad de facto ya contaría con un vicio de ilegitimidad.

¹¹⁴ HOBBS, Thomas. 1940. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. México, Fondo de Cultura Económica. pp. 137.

a.2) ¿Basta que el poder esté legitimado por un contexto normativo (autoridad racional-legal) para que sus disposiciones también sean legítimas?

En base a los criterios de autoridad y legitimidad esbozados, la pregunta sobre la legitimidad de la ley no tendría mucha relevancia por cuanto la ley es lo que la autoridad quiere que sea y los siervos no tendrían nada más que hacer que acatarla. Esta posición ha sido cuestionada por Locke, quien plantea que la cesión al soberano solo contempla los derechos necesarios para la conservación del orden¹¹⁵, por lo que queda cierta cuota impenetrable por éste en cada una de las personas, la que no podría ser vulnerada en pos del orden estatal y, en la medida que si lo hiciera, habría posibilidad de resistencia¹¹⁶.

En consecuencia, cobra importancia la pregunta acerca de la legitimidad de la ley, por cuanto ésta no podría afectar la cuota de derechos de cada una de las personas sin una justificación.

La pregunta acerca de la legitimidad de la norma se vuelve trascendental respecto a la capacidad del soberano de castigar a los hombres

¹¹⁵ Citado por ZAFFARONI, Eugenio. 2005 El leviatán y el derecho penal. [en línea] <<http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa04.pdf>> [consulta: 20 julio 2015]

¹¹⁶ *Ibidem*.

que no respeten el contrato social, es decir, la legitimidad de la ley penal. Una primera respuesta es quedarse con una concepción que acepte sin más como legítima la norma penal por el solo hecho de cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos por la autoridad para la creación de una ley. En base a esta *concepción formal* tanto del derecho a castigar como del delito propiamente tal, bastaría verificar el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución Política como el artículo 1 del Código Penal para dar por superada la prueba de legitimidad de la norma penal.

Lo anterior, sin embargo, es del todo insuficiente en materia penal. Se parte de la base que la formalidad de la ley es esencial en el Estado de Derecho, desde ya, como control de la arbitrariedad. Sin embargo, el natural mecanismo de control que otorgan los procedimientos no es suficiente, ya que estos solo serán legítimos en la medida que se realicen con racionalidad¹¹⁷. Como bien dice Habermas “la fuerza legitimadora la tienen los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. 1988. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (5). pp. 37.

fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño de tales exigencias y requisitos”.¹¹⁸

Esto se traduce en la necesidad de una vía material de legitimación que se haga cargo de las exigencias de fundamentación de la ley penal, complementando la concepción formal con una *concepción material del delito*. Desde esta perspectiva, la pregunta que debe responderse es cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla¹¹⁹ y la respuesta, bajo esa misma línea de pensamiento, no puede ser otra que lo que se considere delito debe apuntar a la protección subsidiaria de bienes jurídicos¹²⁰. Una argumentación en esa línea es coherente con la postura que sostiene que al soberano creador de la norma (el legislador en un Estado de Derecho) solo se ceden aquellas facultades que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y en la medida que no se pueda conseguir por medios menos gravosos para los derechos fundamentales¹²¹.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Óp.Cit. pp. 38. Asimismo plantea algo interesante desde ya “La fuente de legitimación no debe buscarse tampoco en una sola dirección (...) sea el legislador político o la administración de justicia”.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. 1997. Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas. pp. 51.

¹²⁰ ROXIN, Claus. 1997 Óp.Cit. pp. 52.

¹²¹ ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 446 y 447.

Un ejemplo puede resultar clarificador para mostrar la necesidad de complementar ambas concepciones. Hasta el año 1998 en Chile se sancionaba con diferentes penas la vagancia y la mendicidad, es decir, a quienes *no tienen hogar fijo ni medios de subsistencia, ni ejercen habitualmente alguna profesión, oficio u ocupación lícita, teniendo aptitudes para el trabajo* (vagos) o bien *a quienes sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna en lugares públicos* (mendigos)¹²². Dichas normas, si bien dictadas conforme a los mecanismos establecidos en la ley, no superaban un estándar mínimo de fundamentación y justificación. Más bien buscaban castigar determinadas circunstancias sociales incontrolables por quienes vagaban por las calles o pedían dinero al pasar, constituyendo una clara muestra de un Derecho Penal de Autor en absoluto contraste con el Derecho Penal de Actos en el cual se funda el ordenamiento jurídico penal liberal.¹²³

Dicho esto, habrá entonces que encontrar la forma de satisfacer la exigencia de fundamentación de las normas penales. Dicha búsqueda cesó

¹²² Los artículos 305 al 312 del párrafo 13. “De la vagancia y mendicidad”, fueron derogados por el artículo 2º de la Ley 19.567 publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 1998.

¹²³ En ese sentido CURY, Enrique. 2009. Derecho Penal Parte General. 9ª ed. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 92-95 y ETCHEBERRY, Alfredo. 1997a. Derecho Penal Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III. pp. 332

para gran parte de la doctrina al entregarle una función legitimadora a la noción de bien jurídico.

B) Bien jurídico. Origen y esfuerzos para su conceptualización.

Antes de hacer referencia a la capacidad legitimadora de la norma penal del concepto de bien jurídico es necesario, primeramente reseñar sus orígenes, las distintas teorías que han tratado de definirlo y las distintas funciones que se le han asignado en relación a los tipos penales.

b.1) Origen.

Existe consenso en la doctrina en situar el origen del concepto de bien jurídico en el trabajo de Birnbaum¹²⁴. Fue el primer autor en plantear que una conducta delictiva constituye un menoscabo a los beneficios que surgen del pacto social, estando el Derecho Penal destinado a la protección de éste. En ese sentido, el delito deviene en la *privación de un bien* sobre el que se tiene

¹²⁴ Para un análisis del concepto de bien jurídico, desde la acuñación del concepto véase por todos HORMAZABAL, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago, Editorial Lexis-Nexis, así como también SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal. N° 14. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf> [consulta: 30 de marzo 2015].

derecho, y no en la *lesión* del derecho mismo¹²⁵, ya que el derecho se mantendrá incólume.

Asimismo, Birnbaum fue el primero en plantear que dichos bienes deben ser garantizados por el Estado, y que éstos surgen ya de la naturaleza o del desarrollo social.¹²⁶

En una línea similar, Von Liszt fijaba el propósito de la pena en la protección de intereses, los cuales son “la expresión de las condiciones necesarias para la vida en común”¹²⁷, y que son elevados a la calidad de *bien* por parte del ordenamiento jurídico mediante una valoración y no solo a propósito de una decisión política¹²⁸. Sin embargo, es a Von Liszt a quien se le reconoce el hecho de llevar la noción un paso más allá, estableciéndola como criterio limitador para la creación legislativa.

b.2) Teorías sociales y personales del concepto de bien jurídico.

¹²⁵ Éste era el planteamiento dominante y defendido, por ejemplo, por Anselmo Feuerbach. SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp. 383.

¹²⁶ BIRNBAUM, Johann. 2010. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo, B de F. pp. 54.

¹²⁷ VON LISZT, Franz. 1888. “Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopadie der Rechtswissenschaft, en ZStW, Tomo VIII, pp.134 y ss. Citado por HORMAZABAL, Hernán. Óp.Cit. pp. 48.

¹²⁸ HORMAZABAL, Hernán. Óp.Cit. pp. 49.

El concepto de bien jurídico no es pacífico. Las diferencias entre los autores no son meramente formales sino que son discrepancias en cuanto a lo que debe ser considerado como tal, la funcionalidad de la noción y la utilidad de ésta. Es necesario de todos modos poner en contexto la teoría del bien jurídico ya que si bien no es el objeto de este trabajo explicar las distintas teorías que ha esbozado la doctrina, si se necesita una base sólida acerca de lo que se considerará como tal.

La multiplicidad de conceptos desarrollados por la doctrina ha llevado a la necesidad de sistematizar las distintas posturas acerca del significado y contenido del bien jurídico. Las distintas tesis se pueden clasificar en teorías sociales y personales¹²⁹.

b.2.1) Teorías sociales.

Todos los autores que pueden ser encasillados como seguidores de una teoría social acerca del bien jurídico apuntan a que el objeto del Derecho Penal es la protección de la sociedad. En ese sentido, dirigen sus esfuerzos a buscar una definición omnicomprendensiva de bien jurídico donde quepan todos

¹²⁹ En este punto se sigue la clasificación hecha por SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp.390.

aquellos bienes que sean relevantes para el desarrollo social, pero que constituya a su vez un concepto delimitado.

Un primer camino en esta búsqueda es identificar la noción de bien jurídico con el concepto de *interés*. Así, se ha señalado que se debe sancionar con una pena solo para “proteger intereses socialmente relevantes”¹³⁰. Estos intereses se pueden encontrar tanto en la “vida en sociedad” como en “las relaciones interpersonales que ello conlleva”¹³¹. La pregunta que surge de esta propuesta es cuándo se debe considerar que un interés es socialmente relevante como para que sea protegido por la norma penal, pues dicho concepto sin un complemento deviene en uno vacío de contenido y carente de límites. En efecto, es innegable que en la argumentación que ve la necesidad de castigar determinada conducta siempre hay un interés. Sin embargo, según Gimbernat, la protección de ese interés debe ser *merecida* –factor que variará según el valor que le otorgue al interés tal o cual cultura-, *necesaria* –la cual se mide según la eficiencia de la protección- y el *legislador debe encontrarse capacitado para su protección*¹³². Esta última característica no se reuniría

¹³⁰ GIMBERNAT, Enrique. 1999. Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Madrid, Editorial Tecnos. pp. 25.

¹³¹ MATUS, Jean Pierre. 2012. La ley penal y su interpretación. Santiago, Editorial Metropolitana. pp. 125-127.

¹³² GIMBERNAT, Enrique. Óp.Cit. pp.26 y 27.

según el autor si el interés colisiona con otro interés preponderante y constitucionalmente protegido¹³³. Solo un interés, en coherencia con los intereses y garantías constitucionales, puede alcanzar el estatus de interés valorado positivamente por el ordenamiento jurídico, o sea, bien jurídico.

La diferencia entre un *interés* y un *interés socialmente relevante* que reúna las características antes expuestas queda clara con un ejemplo. Por mucho tiempo la punición de las relaciones homosexuales se fundamentó¹³⁴ en la protección de la moral y las buenas costumbres¹³⁵. Es innegable que detrás de dicha argumentación se encontraba un interés, de orden moral-religioso, el que incluso pudo ser mayoritario. Sin embargo éste colisionaba con otro interés preponderante y constitucionalmente protegido, en este caso, las más amplias manifestaciones de libertad, particularmente el libre desarrollo de la personalidad.

¹³³ GIMBERNAT, Enrique. 2007. Presentación". En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.14 y ss.

¹³⁴ En Chile, luego de la modificación del Código Penal mediante la Ley 19.617 del año 1999 las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo mayores de 18 años quedaron absolutamente despenalizadas. Distinta es la situación, abiertamente discriminatoria, para las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo menores de 18 años (y mayores de 14) en la medida que estas son castigadas mediante el artículo 365 del Código Penal con la pena de reclusión menor en sus grados mínimos a medio. Por otra parte las relaciones sexuales entre parejas heterosexuales son lícitas a partir de los 14 años.

¹³⁵ Sobre el antiguo delito de sodomía véase ETCHEBERRY, Alfredo. 1997b. Óp.Cit. pp.74-77.

Por otro lado, existen autores para quienes la noción de bien jurídico está íntimamente relacionada, no solo con la interacción social, sino además con la forma de organización que tiene una determinada sociedad. En ese sentido, si la forma de organización es la de un Estado que reúne características valiosas, como por ejemplo su formulación democrática, entonces se deben castigar aquellas conductas que atenten contra “ciertas condiciones que son necesarias para el mínimo funcionamiento de la estructura social”¹³⁶. Sin embargo, en ningún caso debe pensarse, por más valioso que el Estado democrático sea, que éste debe ponerse por delante de los individuos. Solo tiene sentido la protección del funcionamiento de la estructura social en la medida que sea condición de vida de las personas.¹³⁷

En esa misma línea de argumentación Bustos va un paso más allá, apuntando a la protección de la organización política dentro de una concepción hegemónica democrática¹³⁸ no por el mero valor de la democracia (en términos abstractos), sino porque ésta pone en el centro a la persona humana en tanto unidad básica de ese tipo de sociedad. En ese sentido, la

¹³⁶ MIR, Santiago. 2002 Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires, Ediciones B de F. pp. 135.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ BUSTOS, Juan. 2007. Obras Completas. 2ª edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. Tomo I. pp. 537.

noción de bien jurídico *mediatamente* protege la organización democrática pero *inmediatamente* a la persona humana. Este planteamiento es coherente con su definición de bien jurídico, a saber, “síntesis jurídica concreta de una relación social, determinada y dialéctica basada en un condicionamiento participativo y pluralista de la sociedad”¹³⁹.

Una tercera variante, claramente diferenciada de las anteriores, apunta a superar la visión que busca la protección de la *conservación* del orden social (democrático) para las personas, centrándose en la *participación* de éstas en esa misma estructura como lo valioso a proteger mediante el Derecho Penal¹⁴⁰. Lo anterior por cuanto el riesgo de centrarse solo en la conservación del orden social como valor a proteger trae consigo un eventual perjuicio a los individuos, evita la evolución social y no da un quantum mínimo de dañosidad que justifique la intervención penal¹⁴¹. Una definición acorde con esta visión sería considerar bien jurídico las condiciones que hacen posible

¹³⁹ BUSTOS, Juan. 2007a. Óp. Cit. pp. 15.

¹⁴⁰ Es la posición de SILVA, Jesús-María. 2010. Aproximación al derecho penal contemporáneo, Montevideo-Buenos Aires, Ediciones B de F. pp.314.

¹⁴¹ SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp.396. El concepto de “Dañosidad Social” es muy relevante para Jesús Silva Sánchez en la medida que entiende que no existe un único fin del derecho penal, a saber, la protección de bienes jurídicos, sino que además existiría una finalidad que apunte a reducir la propia violencia estatal. Para eso sugiere la incorporación del principio de mínima intervención y de principios de garantía como el de protección exclusiva de los bienes jurídicos. En ese sentido SILVA, Jesús, Óp.Cit, pp. 340.

un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social¹⁴².

En una línea similar, Kindhäuser concluye que los bienes jurídicos son “las propiedades de las personas, cosas e instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo”¹⁴³ poniendo claramente el énfasis en el *entendimiento de los componentes de la sociedad* como complemento a la *participación* en sociedad. En ese sentido considera objeto de protección cualquier ente, relación o institución que propenda al entendimiento de las personas, en la medida que le da sustento a su propia teoría de la culpabilidad basada en la comunicación¹⁴⁴.

b.2.2) Teorías Personales.

A diferencia de las teorías sociales, las que a continuación se exponen centran la noción de bien jurídico en el individuo. Desde esa perspectiva

¹⁴² Citado por SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp. 396.

¹⁴³ KINDHAUSER, Urs. 2009. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: KINDHAUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. (Eds.). Pena y Culpabilidad en el estado democrático de derecho. Perú, Ara Editores. pp. 79-84. Citado por SZCZARANSKI, Federico Óp.Cit. pp. 399.

¹⁴⁴ Dicha argumentación parte desde un origen distinto de la finalidad del Derecho Penal, a saber, una teoría sobre la culpabilidad que se basa en la acción comunicativa. En ese sentido, la culpabilidad es entendida como *déficit de lealtad comunicativa*, entendiendo que los límites a las libertades se afirman en una coordinación de intereses mediante lenguaje. En la medida que esa coordinación es presumida, se puede reprochar la falta de seguimiento de la norma (a la hora de cometer un delito) en la medida que hay expectativas de que ésta fuera seguida. SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit, pp.398.

consideran relevante tanto sus intereses como la protección del contexto para su desarrollo, pero siempre centrando en el individuo la legitimidad de la intervención. De acuerdo a la forma en que estas teorías aceptan la protección de bienes comunitarios (por contraposición a bienes jurídicos individuales) se puede distinguir entre una teoría unitaria o bipartita personal¹⁴⁵.

b.2.2.1) Teoría Unitaria Personal.

Adhiriendo a la definición formulada por otro autor, Garrido Montt define la noción de bien jurídico como “bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente”¹⁴⁶. Es una definición bastante amplia donde caben tanto los bienes jurídicos *individuales* como también los llamados bienes jurídicos *colectivos o supraindividuales*¹⁴⁷. Sin embargo, la protección de estos últimos está supeditada a la titularidad de un derecho (objetivo) por parte de un individuo.

¹⁴⁵ De acuerdo a la clasificación hecha por SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp.390.

¹⁴⁶ WELZEL, Hans. 1993. Derecho Penal Alemán; traducción del alemán de los profesores Juan Bustos y Sergio Yáñez. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 15. Citado por GARRIDO, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General Tomo I. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. pp.63.

¹⁴⁷ Ver *Infra* Capítulo III b.

Por ejemplo, la protección penal de la vida es tal en la medida que el objeto de la acción (homicidio) es una persona particular; la protección penal del medio ambiente será legítima en la medida que dicha titularidad sea reclamada por personas luego de un delito medioambiental. Concluye el autor diciendo que “el concepto de bien jurídico alude a derechos objetivos con titular determinable, no a derechos subjetivos. Se hace referencia a una persona o personas en particular.”¹⁴⁸

Lo anterior, sin embargo, es insuficiente para legitimar la protección de los bienes jurídicos colectivos desde una posición propiamente personal, que construye la noción desde el individuo. La posición de Hassemer en ese sentido es interesante. Éste autor plantea que cualquier prohibición de conducta amenazada con pena que no pueda reconducirse a un bien jurídico es terrorismo de Estado¹⁴⁹, por lo que cualquier conducta que se pretenda penalizar que finalmente no lesione o ponga en peligro un bien jurídico supera la prohibición de exceso¹⁵⁰ y, por lo tanto, debería ser despenalizada. Asimismo añade que éstos no pueden ser extraídos de la realidad social

¹⁴⁸ GARRIDO, Mario. Óp.Cit. pp. 63.

¹⁴⁹ HASSEMER, Winfried. 2007. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 103.

¹⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Óp.Cit, pp. 99.

(porque no existen) sino que deben ser configurados por el legislador¹⁵¹. Esta labor, mediante la deliberación del ente legislativo democrático, está limitada por los derechos fundamentales y las garantías institucionales establecidas en la Constitución Política del Estado.

¿Qué pasa entonces con los bienes jurídicos colectivos? En primer lugar, Hassemer establece que los intereses generales solo podrían protegerse mediante una norma penal siempre que puedan derivarse desde el individuo, o bien, siempre que la lesión a bienes universales suponga su afectación, en la medida que son condiciones necesarias para la autorrealización individual¹⁵². En segundo lugar, Hassemer es partidario de un *Derecho de Intervención*, distinto al *Derecho Penal Básico*¹⁵³ respetuoso de la finalidad de protección de bienes jurídicos, en el que si cabrían las hipótesis que protejan intereses colectivos que no se puedan vincular con intereses individuales. En ese sentido, aquel “estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho

¹⁵¹ SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp. 400.

¹⁵² En la línea de Hassemer, la posición de STERNBERG-LIEBEN, Detlev. 2007. Bien Jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 106.

¹⁵³ Dicha propuesta se encuentra en HASSEMER, Winfried. 1999. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal; Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá, Colombia, Editorial Temis.

público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos”.¹⁵⁴

b.2.2.2) Teoría Bipartita Personal.

Para Roxin el cometido del Derecho Penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos¹⁵⁵. Entiende además que dicha noción solo es compatible con un modelo de Estado: el Estado Democrático de Derecho. Sin llegar a extrapolar la protección de una forma de Estado ideal, concibe que éste, además de garantizar penalmente las condiciones individuales necesarias para asegurar la coexistencia libre y pacífica (protegiendo la vida, la integridad física, la propiedad, etc.), debe garantizar las instituciones estatales que son imprescindibles para ese fin (administración de justicia, administración del Estado, etc.)¹⁵⁶ dando cabida entonces a los bienes jurídicos colectivos. En base a lo anterior, Roxin define los bienes jurídicos como las “Circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la

¹⁵⁴ HASSEMER, Winfried. 1999. Óp.Cit. pp.34-35.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. 1997. Óp.Cit. pp.51.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. 2007. Óp.Cit. pp.447.

base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”¹⁵⁷.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de las circunstancias que deban ser consideradas como dignas de protección, Roxin estima que no basta la mera afirmación de la importancia de cierto valor o la utilidad de determinada institución para su defensa. Para el autor, y en la misma línea que lo señalado por Hassemer, la libertad de configuración propia del legislador debe desarrollarse dentro de los márgenes que le entrega la Constitución Política para efectuar dichas valoraciones¹⁵⁸.

b.3) Funciones del concepto de Bien Jurídico.

Como se puede deducir de lo expuesto, existen quizás tantas definiciones de bien jurídico como autores que han tratado de definirlo. Mientras algunas ponen el énfasis en el individuo, otras lo hacen en la estructura social como elementos centrales. Sin embargo, el elemento común de todas estas teorías es que le otorgan como principal función la de servir de fundamento al Derecho Penal, en la medida que este solo puede estar dirigido

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. 1997. Óp.Cit. pp.56.

¹⁵⁸ SZCZARANSKI, Federico. 2012. Óp.Cit. pp.404.

a la protección de bienes jurídicos, constituyendo un *límite al ius puniendi estatal*¹⁵⁹ y un instrumento a utilizar por parte del legislador en su labor creadora de normas.

Parte de la doctrina ha profundizado esa función del concepto de bien jurídico estableciéndolo como baremo de legitimidad de la norma penal. Así, si el Derecho Penal está limitado a la protección de bienes jurídicos, cada tipo penal debe proteger uno que pueda ser identificado. Es esa labor de revisión la que constituye una *función extra sistémica-crítica* al propio sistema penal, en la medida que permite objetar las decisiones del legislador de prohibir y sancionar conductas si es que dichas normas no pueden reconducirse a un bien digno de protección penal¹⁶⁰ (despenalización).

El primer autor que le otorgó una capacidad legitimadora al concepto, en un esfuerzo sistematizador de las teorías sobre el bien jurídico que se habían planteado, fue Hassemer¹⁶¹. Éste rechaza como teorías acerca del bien jurídico aquellas que solo le otorgan una función sistematizadora de los tipos

¹⁵⁹ Entre otros ROXIN, Claus. 1997. Óp. Cit. pp. 51; HASSEMER Winfried. 2007. Óp.Cit. pp. 103; BUSTOS, Juan. 2007a. Óp.Cit. pp. 15; HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp.Cit. pp. 7.

¹⁶⁰ VON HIRSCH, Andrew, WOHLERS, Wolfgang. 2007. Óp.Cit.pp.285.

¹⁶¹ En su escrito de habilitación del 1973, no disponible en español, HASSEMER, Winfried.1973. Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a Main, Athenaum Fischer Taschenbuch Verlag. Citado por HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp.Cit. pp. 172.

penales¹⁶² (*intrasistémica-teleológica*) ya que conciben la noción como un dato acrítico. Por otro lado, en su labor de categorizar las teorías, reconoce posturas que son capaces de criticar al sistema jurídico en la medida que fijan el origen del bien jurídico fuera de los márgenes del ordenamiento, por lo que tendrían una capacidad trascendente al sistema que permitiría la revisión constante entre la norma jurídico-penal y la realidad social¹⁶³.

Recapitulando, a la noción de bien jurídico se le han atribuido las siguientes funciones¹⁶⁴:

-Función intrasistémica-teleológica que busca (a) delimitar el ámbito del injusto de cada delito mediante una interpretación en base al bien jurídico protegido, considerando que el tipo nunca permite por sí solo precisar su

¹⁶² La función teleológica es concebida como una renuncia a la búsqueda de la función garantista del bien jurídico. En ese sentido, el alemán Richard Honig planteaba que “los objetos de protección no existen como tales” ya que “son producto de un pensamiento jurídico específico”. En definitiva, dicha línea de pensamiento identifica el objeto de protección de la norma simplemente con la “Ratio Legis”. HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp. Cit. pp. 55-56.

¹⁶³ Reconociendo la distinción establecida por Hassemer, entre otros, ROXIN, Claus. 1997. Óp.Cit. pp. 67; VON HIRSCH, Andrew. 2007. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.37; KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.53; HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp.Cit. pp.7-8.

¹⁶⁴ Siguiendo en esto, en lo que corresponda, la distinción hecha por BUSTOS, Juan. 2007. Óp.Cit. pp.16.

alcance, además de (b) sistematizar y (c) jerarquizar los delitos en base a su referencia.

-Límite del ius puniendi estatal, en la medida que el Derecho Penal debe estar dirigido a la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

-Función extra sistémica-crítica del mismo, que sirve de criterio orientador, legitimador y limitador de la actuación legislativa a la hora de establecer tipos penales, en tanto critica la configuración actual del ordenamiento jurídico penal, sirviendo de baremo descriminalizador en la medida que no exista un bien jurídico protegido por determinada norma penal y, eventualmente, como identificador de fenómenos sociales nuevos dignos de protección penal.

Solo en la medida que se le conceda una capacidad limitadora del ius puniendi y crítica del ordenamiento jurídico penal, el concepto de bien jurídico servirá para cumplir el segundo requisito respecto a la legitimidad del castigo penal estatal, a saber, que emanada de autoridad legítima, la norma penal también lo sea.

C) Bien jurídico. Discrepancias frente a su función y a su capacidad crítica.

Es mayoritario en la doctrina la postura que considera que el Derecho Penal encuentra su fundamento en la protección subsidiaria de bienes jurídicos¹⁶⁵, cuestión que constituye su límite y de la cual se desprende la ya citada *función crítica*. Sin embargo, dicha posición ha sido atacada por posturas que le desconocen dicha funcionalidad. En efecto, señalan la protección de la estabilidad del ordenamiento jurídico y la estructura social como el fin del Derecho Penal, desconociendo cualquier capacidad legitimadora al bien jurídico e identificando a éste con el objeto de protección de la norma penal.

Tanto el fin del Derecho Penal como las funciones del bien jurídico que identifican estos autores serán tratados en este apartado.

c.1) Bien jurídico como objeto de protección de la norma penal.

Si para algunos autores la misión del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos, ¿Cuál sería entonces?

Dentro de los autores que desconocen la *función crítica* de la teoría del bien jurídico, quizás el más representativo sea Jakobs.

¹⁶⁵ Aludiendo a una posición mayoritaria MUÑOZ CONDE, Francisco. "Prólogo". En: HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp.Cit. pp.1.

El punto de partida de su posición se encuentra en la *estructura social*, la cual está constituida por normas, las que son entendidas como expectativas normativas¹⁶⁶ que pueden ser puestas en contradicción por los ciudadanos. Dicha condición no la tienen por naturaleza todas las personas sino solo aquellas que actúan en fidelidad al ordenamiento jurídico¹⁶⁷, cuestión que también se encuentra determinada por normas.

Otro punto relevante en su visión del Derecho Penal es el valor que da a la *significación comunicativa*. La importancia del hecho realizado por determinado sujeto (ciudadano) está en el sentido que éste le dio a la acción, el cual no puede ser otro que un *ataque a la vigencia de la norma*, en la medida que con dicha acción u omisión (cargada de significado comunicativo) la persona está proponiendo una configuración social distinta¹⁶⁸.

¹⁶⁶ JAKOBS, Günther. 2003a. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, Traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo. Madrid, Editorial Civitas. pp. 17. Citado por SZCZARANSKI, Federico, Óp.Cit. pp.405.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. 2003. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo En: JAKOBS, Günther; CANCIO, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Thomson Civitas. pp. 36.

¹⁶⁸ JAKOBS, Günther. 1998. El sistema de imputación jurídico penal. Conocimiento y desconocimiento de la norma. En: JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard (Eds.) Problemas capitales del derecho penal moderno, Buenos Aires, Editorial Hammurabi. pp. 35 y 36. Citado por SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit.pp.406.

Ahora bien, la vigencia de las normas debe ser defendida en la medida que éstas fijan la estructura social¹⁶⁹, por lo que la pena deviene entonces en la respuesta de aquella, constituyendo la negación respecto a la afirmación del autor, haciéndola irrelevante y ratificando que la norma sigue vigente sin modificaciones¹⁷⁰.

Tomando en cuenta lo ya dicho, se puede decir que para Jakobs la misión del Derecho Penal en ningún caso es la protección de bienes jurídicos sino el mantenimiento de la estructura social a través de la validación de la vigencia de la norma. Asimismo descarta cualquier posibilidad de cuestionamiento crítico a la función ejercida por el legislador a la hora de la creación de normas.

c.2) Dudas frente a la capacidad crítica del bien jurídico.

Las críticas de los autores que adhieren a esta posición apuntan, en primer lugar, al esfuerzo de conceptualización que hacen los partidarios de la teoría del bien jurídico. En efecto, incluso teniendo presentes las diferencias

¹⁶⁹ MÁRQUEZ, Rafael. 1999. El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann. [en línea] Revista de la Facultad de Derecho de México. N°225-226. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=225>> [consulta: 31 marzo 2015].pp. 107.

¹⁷⁰ JAKOBS. Günther. 2003. Óp.Cit. pp. 23.

entre ellas, el concepto sigue siendo tan vago que se torna irrelevante, tanto así que cualquier tipo penal se puede relacionar con un bien jurídico¹⁷¹, al punto que cada vez que se cuestione un tipo penal, los autores se limitarán a establecer el “verdadero” bien jurídico protegido por el delito o bien, a cambiarlo por otro “más legítimo”, sin una mayor trascendencia¹⁷². Consecuencia de lo señalado es que un concepto tan inexacto, en donde caben múltiples realidades, no puede ser criterio suficiente para legitimar una norma penal, por lo que rechazan la función limitadora a la labor legislativa.

Ahora bien, este grupo de autores, que identifican el concepto de bien jurídico con el objeto de protección de la norma, definen los bienes como “situaciones, objetos, estados o procesos valorados positivamente que serán jurídicos si gozan de protección jurídica”¹⁷³. La valoración de determinado estado o proceso es una cuestión de exclusiva competencia del legislador y, en ningún caso, del penalista que pretende desentrañar dicha cuestión.

¹⁷¹ VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp.285.

¹⁷² Es lo que suele pasar con las referencias a los delitos contra el “orden público”. En ese sentido FRISCH, Wolfgang. 2007. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.313.

¹⁷³ JAKOBS, Günther. 2004. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Traducción de Manuel Cancio. Mendoza, Ediciones Jurídicas de Cuyo. pp. 25 y ss. Citado por SZCZARANSKI, Federico. Óp.Cit. pp.409.

Algunos autores incluso han ido más allá, estableciendo que la doctrina del bien jurídico con capacidad descriminalizadora parte de una falacia, a saber, que está en manos del legislador penal (y del penalista que esgrime argumentos fundantes) la determinación sobre si una realidad es o no un bien jurídico. Dicha afirmación sería falsa en la medida que, en ordenamientos jurídicos complejos como el chileno, la “precisión material del derecho procede de normas previas al derecho penal” como el Derecho Público, Privado, Económico, del Trabajo y de la Seguridad Social, etc.¹⁷⁴, quedando en manos de estos ordenamientos jurídicos primarios la determinación de una realidad como valiosa y requerida de protección.

Dicho lo anterior, y si la búsqueda del bien jurídico para legitimar un tipo penal es una tarea estéril, la labor debe dirigirse a otros ámbitos al momento de justificarlos. En el lenguaje de Frisch, se debe pasar a la revisión de los presupuestos para el ejercicio de la coacción para determinar en qué medida y frente a que modalidades de ataque se debe brindar protección a determinados bienes jurídicos¹⁷⁵, cuestión donde el Derecho Penal si tiene mucho que decir¹⁷⁶. Esa labor se cumple teniendo presente la relación entre

¹⁷⁴ FRISCH, Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp. 316.

¹⁷⁵ VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp 287.

¹⁷⁶ FRISCH, Wolfgang. Óp.Cit pp. 324.

la conducta desaprobada por el tipo penal y el objeto de protección de la norma, poniendo entonces en el centro del análisis la estructura de los delitos en particular¹⁷⁷ y los mecanismos de imputación de responsabilidad, conceptos en donde existen suficientes principios para intentar una legitimación de punibilidad de ciertas conductas.¹⁷⁸

D) Conclusión del capítulo.

Con lo expuesto en este capítulo queda clara la innegable importancia que ha tenido el concepto de bien jurídico desde su primera conceptualización, hecha por Birnbaum, en adelante. Fundamentalmente, el debate se ha abocado a responder dos preguntas trascendentales: qué es y para qué sirve. Si bien éste no es el lugar para aportar en dicha discusión, si se pueden sacar algunas conclusiones al respecto.

Aunque los intentos por establecer un concepto de bien jurídico tienen diferencias (en orden a dar preponderancia a las condiciones de existencia de la sociedad o del individuo) comparten un elemento común, a saber, el hecho

¹⁷⁷ Particulares problemas de legitimación otorgan los llamados “delitos de peligro” en la medida que habría que justificar bajo que presupuestos se justifica una imputación cuando no concurre un menoscabo efectivo del “bien jurídico” o solo se causa indirectamente. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp. 288.

¹⁷⁸ Es el ejercicio que intentan VON HIRSCH y WOHLERS a la hora de re-clasificar, si bien reconociendo las limitaciones de su labor descriptiva, los delitos de peligro. Ibídem. pp.288 y ss. También FRISCH. Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp.326 y ss.

de que los bienes jurídicos serán merecedores de protección por el hecho de servir a la satisfacción de las necesidades humanas¹⁷⁹.

Partiendo de esa base, la doctrina ha identificado variadas funciones al concepto en comento en orden a contestar la segunda interrogante planteada. Entre ellas destaca la que le atribuye servir de fundamento al Derecho Penal, en la medida que éste se encuentra limitado a la protección de bienes jurídicos. Asimismo, una consecuencia derivada de lo anterior es concederle una función crítica, en tanto la existencia o ausencia de un bien permitirá justificar la legitimidad del tipo penal en su conjunto.

Dichas funciones, no obstante, no han quedado exentas de críticas ya que una parte de la doctrina niega dicha capacidad legitimadora de los tipos penales, poniendo como ejemplo los esfuerzos de conceptualizar el bien jurídico, tanto de posiciones individualistas como sociales, ya que si bien logran definiciones omnicomprendivas de los fenómenos humanos a proteger, su nivel de amplitud es tal que cualquier situación eventualmente valorable podría ser reconducida a la calidad de bien jurídico.

¹⁷⁹ HORMAZABAL, Hernán. 2006. Óp. Cit. pp. 141.

Ahora bien, aunque no se adscribe a las conclusiones a las que arriba el sector doctrinario que niega la capacidad crítica de la noción de bien jurídico, las observaciones que plantea no deben ser abandonadas del todo.

Uno de sus principales puntos es que los esfuerzos conceptualizadores de la noción de bien jurídico siempre llegan a definiciones tan amplias que cualquier supuesta necesidad humana o social puede reconducirse a ella. Por otra parte, si es que determinado objeto de protección de la norma penal no califica para dicho estándar, rápidamente la doctrina puede identificar uno nuevo que sí podrá ser calificado como bien jurídico.

Sin embargo, las críticas de excesiva amplitud o irrelevancia del concepto de bien jurídico no se pueden responder con el mero desconocimiento de su capacidad crítica. Más bien debe reaccionarse depurando los criterios con los cuales se han identificado determinados intereses como dignos de protección, concluyendo finalmente si son o no reales bienes jurídicos. Básicamente, responder a la amplitud con exactitud en los conceptos.

En consecuencia, es necesario darle una nueva oportunidad a la capacidad legitimadora del bien jurídico en el delito en estudio. Para ello, en el siguiente capítulo se analizarán las tesis que buscan darle legitimidad al

tipo penal de asociación ilícita recurriendo a la protección de un bien jurídico que, en este caso, sería de orden colectivo. Así, en la medida que el delito pueda ser reconducido a uno, este será considerado como legítimo.

CAPÍTULO III: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.

A) Introducción.

Ya analizados tanto los esfuerzos de la doctrina por llegar a un concepto de bien jurídico, las funciones que ésta le ha asignado, y habiendo concluido en el capítulo anterior que es necesario recurrir al concepto de bien jurídico para otorgarle legitimidad a los tipos penales (función *extra sistémica-crítica*), en este capítulo se describirán las respuestas que ha dado la doctrina a la pregunta sobre el objeto protegido en el delito de asociación

ilícita, las que, si bien son disímiles entre sí, coinciden en que el bien jurídico protegido sería de orden colectivo.

Para ello, en primer lugar se hará referencia a qué se entenderá por bien jurídico colectivo y los criterios esbozados por la doctrina para su determinación.

Dilucidado lo anterior, se describirán los distintos bienes jurídicos colectivos del delito en comento que la doctrina ha identificado –el abuso del derecho de asociación, el orden público y la autotutela del poder estatal.

Por último, se verán las críticas que los mismos autores han planteado sobre esas teorías. Para este ejercicio, y a modo ejemplificador, se hará referencia a la jurisprudencia reciente para ver su recepción y desarrollo en los tribunales nacionales.

B) Los Bienes Jurídicos Colectivos.

En la segunda parte de este trabajo se describieron las principales teorías del bien jurídico que identifican en la protección de éstos la misión del Derecho Penal y, por lo tanto, reconocen en ellos una capacidad legitimadora o crítica de los tipos penales.

Asimismo, dichas posturas dogmáticas fueron clasificadas en teorías sociales o personales en la medida que el centro de su argumentación respecto al fin del Derecho Penal estuviera en la protección de la sociedad o bien en el individuo y sus condiciones de desarrollo personal. No obstante las diferencias entre ellas, en ambas posturas tienen cabida la protección de los llamados *bienes jurídicos colectivos*. En ese sentido, ya sea porque se pueden funcionalizar intereses generales en relación al individuo¹⁸⁰, o porque sean intereses o condiciones socialmente relevantes para el mantenimiento y funcionamiento de la estructura social-democrática¹⁸¹, está validada su protección.

Ahora bien, ¿Qué es propiamente tal un bien jurídico colectivo? Se dice con recurrencia que son “bienes que sirven a los intereses de la generalidad”¹⁸² y son citados como ejemplos de estos el orden público, la salud pública, el medio ambiente y el orden estatal, entre otros.

Sin embargo, la definición dada tiene los mismos problemas de vaguedad y relatividad ya identificados por Frisch respecto a la noción de bien jurídico¹⁸³,

¹⁸⁰ Desde una teoría personal de bien jurídico, ver Capítulo II *Supra* b.2.2.

¹⁸¹ Las teorías sociales del bien jurídico en el Capítulo II *Supra* b.2.1

¹⁸² HEFENDEHL, Roland. 2002. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°4 pp.3

¹⁸³ Ver la opinión de Frisch, ver *Supra* Capítulo II c.2.

donde cada interés que “parezca” un bien jurídico colectivo podrá ser justificado como tal.

Esto se observa cuando parte de la doctrina ha reconocido bienes jurídicos colectivos que parecieran servir de fundamento a determinados delitos - principalmente de peligro abstracto- pero que luego de un examen más acabado demuestran no ser más que *aparentes* bienes jurídicos de orden colectivo¹⁸⁴. Dicho examen consiste en un análisis de distinción en base a criterios¹⁸⁵:

-Para distinguir entre un bien jurídico colectivo de uno propiamente individual, el primer criterio será la *no distributividad*. Conforme a éste, un bien será colectivo si es imposible dividirlo conceptual, real o jurídicamente en partes y asignárselas a los individuos por porciones¹⁸⁶.

-Ahora bien, para estar frente a un genuino bien jurídico colectivo, nadie puede ser excluido de su uso (criterio de la *no exclusión*) ni, en dicho uso por

¹⁸⁴ HEFENDEHL, Roland. 2002. Óp.Cit. pp. 9.

¹⁸⁵ Estos criterios para definir estructuras de bienes jurídicos colectivos se encuentran en HEFENDEHL, Roland. 2007. El Bien Jurídico como eje material de la norma penal. En: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 188 – 191.; HEFENDEHL, Roland. 2002. Óp. Cit. pp. 4. Ambos artículos son tributarios de la obra no traducida al español, del mismo autor Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. 2002. Colonia/Berlín/Bonn/München.

¹⁸⁶ HEFENDEHL, Roland. 2007. Óp.Cit. pp.189.

parte de un individuo, impedir el de otro igual (criterio de la *no rivalidad en el consumo*)¹⁸⁷.

Teniendo en cuenta dichos criterios, varios bienes jurídicos típicamente calificados como colectivos pueden ser cuestionados. Por ejemplo la *salud pública*, entendida como fundamento de la criminalización del consumo de drogas, no cumple el criterio de la no distributividad, puesto que ésta no es más que la suma de la salud de los miembros de la sociedad¹⁸⁸. En este caso no se está frente a un real bien jurídico colectivo sino frente a un bien jurídico individual sobre el cual el titular puede disponer, en este caso, decidiendo llevar una vida “insana”¹⁸⁹ ¹⁹⁰.

Por lo tanto, los bienes jurídicos serán colectivos en la medida que puedan cumplir los criterios identificados más arriba. Por el contrario, deben descartarse figuras que solo representan la sumatoria de bienes jurídicos individuales y que configuran *bienes jurídicos colectivos aparentes*.

¹⁸⁷ HEFENDEHL, Roland. 2007. Óp.Cit. pp.188.

¹⁸⁸ HEFENDEHL, Roland. 2002. Óp.Cit. pp.9.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Sin un bien jurídico colectivo real detrás del derecho penal de las drogas la intervención penal se fundamenta solamente en el paternalismo, el cual puede ser cuestionado en la medida que los daños autoinflingidos no sean intensos ni graves. En ese sentido VON HIRSCH, Andrew. 2007. Óp.Cit. pp.47.

Por último, y en la medida que se trate de reales bienes jurídicos colectivos, éstos pueden ser clasificados en dos conjuntos¹⁹¹:

-Bienes Jurídicos Colectivos *Intermedios*, entendidos como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales (Ej: la seguridad del tránsito de vehículos motorizados).

-Bienes Jurídicos Colectivos *Institucionales*, es decir, realidades sociales que no se perfilan como sectores de riesgos para bienes individuales sino que son bienes públicos esenciales para el desarrollo social y que, por lo tanto, su lesión tiene un carácter autónomo respecto a la eventual lesión de bienes individuales (Ej: delitos contra la hacienda pública).¹⁹²

C) Posiciones doctrinarias que buscan dar legitimidad a la Asociación Ilícita a través de la protección de un bien jurídico colectivo.

La doctrina mayoritaria¹⁹³ ha identificado un injusto autónomo en el delito de participación en una asociación ilícita, totalmente diferenciado del

¹⁹¹ División hecha por ALCÁCER, Rafael. 2002. La protección del futuro y los daños cumulativos. 2002. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°4. pp.18.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ CANCIO, Manuel. 2008. El injusto de los delitos de organización.: Peligro y significado, pp.30; SILVA, Jesús. 2008. La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito? pp.94. En: CANCIO, Manuel; SILVA, Jesús. 2008. Delitos de Organización. Montevideo-Buenos Aires, B de F.

injusto de los delitos que forman parte de su programa criminal. En ese sentido la asociación ilícita constituiría un ataque a un bien jurídico de orden colectivo. No obstante, los autores discrepan en cuanto a cuál es ese bien.

Por lo mismo, en este apartado se expondrán las distintas alternativas planteadas por la doctrina: el abuso de la libertad de asociación, la protección del orden público y la autotutela del orden estatal.

c.1) El abuso de la libertad de asociación.

La primera postura que intentó identificar el objeto de protección del delito de pertenencia a una asociación ilícita planteó que el recto ejercicio del derecho de asociación sería su fundamento, constituyendo la participación en la organización delictiva un *ejercicio abusivo* del derecho. Dicha tesis encuentra fundamento en la libertad de asociación, derecho humano reconocido a nivel de tratados internacionales¹⁹⁴ como también en la Constitución Política chilena.

¹⁹⁴ La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* la consagra en el artículo 20 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”; También la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en su artículo 16 “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.”

En efecto, en Chile el derecho de toda persona a asociarse sin permiso previo se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República. El inciso 4 de la misma norma además establece una prohibición respecto a las asociaciones que sean contrarias a la “moral, al orden público y a la seguridad del Estado”¹⁹⁵.

En base a dicha prohibición genérica contra asociaciones contrarias al orden establecido, se ha desarrollado esta posición, entendiendo que el delito de pertenencia a una organización criminal sería el “reverso de la autorización constitucional”¹⁹⁶ a asociarse. De esta forma se castiga con una pena a quienes formen parte de una asociación ilícita pues éstos ejercerían abusivamente dicho derecho.

c.2) El Orden Público.

Otra posición doctrinaria identifica en el orden público el bien jurídico colectivo tutelado por el delito de asociación ilícita. En ese sentido, y

¹⁹⁵ Esta posición es receptora de la influencia española, país que en su Constitución Política, en su artículo 22, consagra el derecho de asociación y califica como ilegales a las asociaciones con fines o que utilicen medios delictuales y, asimismo, la asociación ilícita es parte del Título X “De los Delitos contra la Constitución”.

¹⁹⁶ GRISOLÍA, Francisco. Óp. Cit. pp.79. En un sentido similar MUÑOZ CONDE, Francisco. Óp.Cit. pp.846.

teniendo en cuenta que esta noción es un concepto poco preciso, los autores primeramente tratan de puntualizarla.

Así, quienes siguen esta tesis señalan que la noción de orden público debe ser restringida¹⁹⁷ para entenderla como una “confianza en el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades ciudadanas” y que, en la medida que se mantenga, genera “tranquilidad”¹⁹⁸. Pues bien, dicha “percepción fáctica de la sociedad” que se ha denominado como tranquilidad es la que se ve atacada por los delitos que protegen el orden público y por lo tanto justificarían la reacción penal¹⁹⁹.

Compartiendo lo anterior, Bustos dice que el objeto de los delitos contra el orden público serían bienes jurídicos institucionales que buscan establecer zonas de solución de conflicto mediante la consignación de formas que garanticen el ejercicio de derechos, es decir, darles efectividad.²⁰⁰

¹⁹⁷ La restricción de la definición de orden público pasa porque, en un sentido amplio, deberá entenderse como el “Conjunto de principios fundamentales político-jurídicos que rigen una sociedad.” definición que puede identificarse con el objetivo mismo del ordenamiento jurídico penal y con una noción que identifica al bien jurídico protegido con el mismo estado y su poder. En ese sentido ETCHEBERRY, Alfredo. 1997b. *Óp.Cit.* pp. 261. Similar GUZMAN, José Luis. 2009. Objeto Jurídico y Accidentes del delito de asociaciones ilícitas. *En: Estudios y defensas penales. 3ª edición aumentada.* Santiago, Legal Publishing. pp.157.

¹⁹⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. 1997b. *Óp.Cit.* pp. 261.

¹⁹⁹ CANCIO, Manuel. 2008. *Óp.Cit* pp.43.

²⁰⁰ BUSTOS, Juan. 2007b. *Óp.Cit.* pp.697-698.

En base a lo anterior, las asociaciones ilícitas -en la medida que son organizaciones más o menos estables en el tiempo con fines delictivos- constituirían una agresión permanente contra este derecho a la tranquilidad pública, la cual es entendida como una percepción general que posibilita el ejercicio de los derechos individuales a los miembros de la comunidad, impide su coartación y deviene en condición del fortalecimiento de las relaciones sociales²⁰¹.

Así las cosas, el delito en comento generaría una perturbación en el orden público, generando alarma en la estructura social, cuestión que el legislador toma en cuenta creando un delito de peligro abstracto²⁰² en donde se “presumiría” el riesgo a la paz pública, no siendo necesaria probar la cuantía o no de dicha perturbación.

Entendido así, habría coherencia con que el legislador haya incluido este delito en el Título VI denominado “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, en la medida

²⁰¹ GUZMAN, José Luis. Óp.Cit. pp.160.

²⁰² GUZMAN, José Luis. Óp.Cit. pp.165. El mismo, no obstante, pone en duda dicha cuestión al plantear que más que riesgo, la asociación ilícita sería un “menoscabo al orden público”. Así las cosas el delito “no es exactamente uno de peligro abstracto”. GUZMAN, José Luis. Óp.Cit pp.166, pie de página N°62.

que el sujeto pasivo de la asociación ilícita es la sociedad entera, afectada en su percepción de la tranquilidad pública.

c.3) Autotutela del orden estatal.

La postura que identifica en la autotutela del orden estatal el fundamento del delito de asociación ilícita parte desde el análisis de las mismas asociaciones de personas destinadas a la comisión de delitos. En estas agrupaciones se puede identificar una organización con características propias, que genera sentimientos de pertenencia y que tiene una finalidad determinada, rasgos que también pueden identificarse, en una proporción distinta, en la organización estatal. Bajo esa lógica, si la asociación tiene una finalidad delictiva, ésta sería antitética a los fines del Estado. Así, en palabras de García-Pablos, la asociación se transforma en un Estado dentro del Estado “opuesto a este y que tiende a destruirle y a autoafirmarse frente a él”²⁰³.

En ese sentido entonces, la mera existencia de una asociación ilícita pone en entredicho la supremacía del poder estatal²⁰⁴. El Estado reacciona

²⁰³ GARCÍA-PABLOS, Antonio. 1978. Asociaciones ilícitas en el Código Penal. Barcelona, Bosch. pp. 142. Citado por GUZMAN, José Luis. Óp.Cit. pp.141.

²⁰⁴ GARCÍA-PABLOS, Antonio. Óp.Cit. pp. 143-144.

prohibiendo esta clase de asociaciones no porque no tolere asociaciones distintas a éste²⁰⁵, sino porque proponen un ordenamiento contrario al ideario estatal al tener como objetivo la comisión de delitos.

En la misma línea, Guzmán Dalbora señala que detrás de la sanción de las asociaciones ilícitas se ve el mismo fundamento por el que se prohibía las antiguas sociedades secretas, a saber, una ofensa al Estado²⁰⁶ en la medida que lesionarían su poder. En ese sentido, el titular de este bien jurídico sería el propio Estado y no la estructura social.

D) Críticas a las tesis tradicionales del bien jurídico protegido en la Asociación Ilícita.

Si bien cada una de las tesis descritas en el apartado anterior son tributarias de la doctrina mayoritaria, estas no han quedado exentas de críticas, las cuales apuntan a su incapacidad para fundamentar debidamente el delito en comento ya sea por su contenido vacío, su imprecisión o bien, por su extensión.

²⁰⁵ Cuestión que no tiene cabida en el Estado social, democrático y de derecho donde la libre asociación se encuentra garantizada.

²⁰⁶ GUZMAN, José Luis. Óp.Cit. pp.155.

En este apartado se analizarán cada una de las críticas que la doctrina les ha efectuado a estas posturas. Asimismo, y para ejemplificar cada una de éstas, se hará referencia a la reciente jurisprudencia nacional que ha identificado el bien jurídico protegido en la asociación ilícita.

d.1) El abuso de la libertad de asociación.

La tesis que reconoce a la rectitud del ejercicio del derecho de asociación como el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita presenta insuficiencias.

En primer lugar, si bien es cierto que las asociaciones ilícitas no se encuentran protegidas por el derecho constitucional de libre asociación, no lo es menos que esta afirmación no resulta suficiente para legitimar la penalización de una conducta, ya que constituye una mera referencia formal²⁰⁷ a la prohibición genérica contenida en el inciso cuarto del artículo 19 N° 15 de la Constitución Política.

Esto parece quedar en evidencia cuando los tribunales, a la hora de identificar el bien jurídico del delito en comento, cada vez que reconocen el derecho de

²⁰⁷ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.36.

asociación hacen también referencia a algún otro bien jurídico protegido por el tipo penal, haciendo compatible la protección del derecho de asociación con otra clase de justificaciones del delito. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado:

“Que el artículo 19 N° 15 de la Constitución asegura el derecho de asociarse sin permiso previo y, en su inciso cuarto, prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Se trata de un ilícito sancionado para resguardar el recto y adecuado ejercicio de un derecho esencial de las personas -como el de asociación-, protector de bienes jurídicos a los que el ordenamiento constitucional atribuye singular trascendencia. Coherente con esa valoración, la Carta Política, en el artículo 19 N° 7, letra g), exceptúa de la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes a las asociaciones ilícitas. (Considerando Quinto).

Que el delito de asociación ilícita se ubica en el Título VI del Código Penal, “De los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden y Seguridad Públicos cometidos por Particulares”, reconociendo como bienes jurídicos que protege los mencionados orden y seguridad públicos, y establece una figura que, según precedentemente se ha afirmado, tiene fundamento inmediato en la propia Constitución. (Considerando Sexto)²⁰⁸

En segundo lugar, cabe señalar que hay autores que critican esta tesis porque son contrarios a la búsqueda de la fundamentación del tipo penal directamente en la ley fundamental, por cuanto ven en la Constitución no una fuente sino el límite para el legislador frente a la creación de nuevos tipos penales²⁰⁹. Pero incluso si se descarta dicha idea y se estima que el legislador puede recurrir a la Constitución, sostienen estos mismos autores, este recurso

²⁰⁸ Tribunal Constitucional de Chile (STC) Rol N° 739-07. Misma argumentación en Tribunal Constitucional de Chile Rol N° 1441-09.

²⁰⁹ En ese sentido GIMBERNAT, Enrique. 2007. Óp.Cit. pp.11-22., para quién no es susceptible de ser elevado un interés lesionado a la categoría de bien jurídico porque no podría prevalecer sobre otro interés constitucionalmente protegido; También STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Óp.Cit. indicando que la cláusula de estado de derecho y los derechos fundamentales limitan la actividad legislativa.

no bastaría para fundamentar un tipo penal, puesto que no todo objeto de protección por el derecho lo es también de protección penal, siendo necesaria la utilización de otros criterios como la necesidad y la subsidiariedad²¹⁰ para justificar su protección por esta vía., cuestión que no ocurre con la referencia formal al derecho de asociación.

d.2) El Orden Público.

La posición de los autores que defienden que la protección al orden público sería el fundamento del delito de asociación ilícita parte desde la necesaria reducción del concepto al de tranquilidad pública, entendida como el contexto en donde los ciudadanos pueden desarrollar libremente el ejercicio de sus derechos²¹¹. Ésta no es un concepto objetivo, sino que es una sensación de los ciudadanos acerca de la seguridad en el ordenamiento jurídico. Si se sigue esa línea, el concepto de orden público se acercaría al de seguridad jurídica, cuestión que da origen a un objeto de tutela limitado a la apreciación de los individuos.

²¹⁰ SILVA, Jesús-María. 2010. Óp.Cit. pp. 314 y ss. Citado por SZCZARANSKI, pp.397.

²¹¹ Ver *Supra* c.2.

Éste parece ser el razonamiento seguido por la Excma. Corte Suprema en el caso de la red de explotación sexual infantil Paidós, conocida por su líder Zacarach, a la hora de argumentar por qué la asociación ilícita había lesionado el bien jurídico:

“la pretendida organización alcanzó ribetes de trascendencia pública, motivando incluso reformas legales a fin de perfeccionar los delitos en los que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual”²¹².

Si se concibe al orden público como *sensación*, vale preguntarse si el bien jurídico habría sido lesionado si en el citado caso no hubiera tenido ribetes de *trascendencia pública*. La puerta que abre el máximo tribunal del país al concebir que una determinada conducta lesiona el orden público por una supuesta *sensación generalizada* no puede ser sino la de la arbitrariedad, en la medida que establece como criterio de vulneración a la tranquilidad pública una apreciación subjetiva derivada de la mediatización del caso, y no, de acuerdo a la esencia del orden público, al interés de la colectividad²¹³.

²¹² Corte Suprema (11.03.2010) Rol N°2747-2009.

²¹³ GUZMAN, José Luis. Óp.Cit. pp.162.

d.3) La autotutela del orden estatal.

La posición teórica que señala que el orden estatal sería el bien jurídico protegido del delito de asociación ilícita también ha sido puesta en duda.

En primer lugar, en base a esta postura, el bien jurídico protegido se confundiría con el sujeto pasivo del delito, a saber, el propio Estado.

En segundo lugar, dicha postura sería similar a la noción –amplia- de orden público, la cual justamente ha sido desechada por la doctrina y reemplazada por un concepto más acotado como la tranquilidad pública²¹⁴. Efectivamente, si se considera que el Estado protege las condiciones político-jurídicas del funcionamiento social cabe entonces hacerse la pregunta de cuándo se estará frente a una agresión del poder del Estado en el caso de la asociación ilícita. ¿Se puede decir, por ejemplo, que agrupaciones dedicadas a la comisión de piratería (artículo 434)²¹⁵ o a las estafas de bajos montos²¹⁶

²¹⁴ Ver *Supra* c.2.

²¹⁵ Corte de Concepción (29.06.2007) Rol N°495-2006.

²¹⁶ Juzgado de Garantía de Temuco (21.03.2008) Rit N°3560-2008 Citada por GAJARDO, Tania. Óp.Cit.pp.262.

afectan la primacía del Estado?, o bien, ¿Qué tienen en común estas agrupaciones criminales con la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) de la Dictadura Militar?^{217 218}

Si se acude a la regulación del delito en el actual Código Penal no es posible encontrar ningún argumento que permita sustentar la afirmación de que una agrupación que tiene como objeto la comisión de delitos pueda atacar las bases en las que se mantiene el lugar primordial del Estado, en la medida que el tipo penal carece de exigencias en cuanto a la clase y a la gravedad del delito cometido por la asociación²¹⁹. En ese sentido, la interpretación puede llevar a la arbitrariedad en la medida que podría interpretarse cualquier conducta como agresión al Estado²²⁰.

Ahora bien, distinta sería la conclusión si se circunscribe el análisis a la legislación especial relativa al terrorismo y a la seguridad interior del Estado.

²¹⁷ Corte Suprema (28.07.2010) Rol N°2182-98, denominado “Caso Prats”. No obstante lo anterior en dicha sentencia la Corte no toma postura en la discusión doctrinaria. “**DUODÉCIMO:** *En la especie, más allá de la discusión doctrinaria, resulta indubitable que la asociación ilícita concibió, diseñó y aplicó un plan a desarrollar de acuerdo a requisitos o estándares como son los de una organización criminal, lesionando intereses vitales, individuales y colectivos, que todo legislador ha querido proteger jurídicamente, dada su alta significación social.*”

²¹⁸ Asimismo llama la atención que la Corte Suprema considere a la DINA, sin lugar a dudas una organización criminal, como un ente que afectaría la primacía estatal o bien el monopolio estatal de la violencia en la medida que era un entidad del Estado (controlado por la dictadura militar) creada mediante el Decreto Ley 521 del 14 de junio de 1974.

²¹⁹ Dicha idea en GUZMÁN, José Luis. Óp.Cit. pp.146.

²²⁰ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.45.

Por su propia naturaleza, en esos casos, el catálogo de delitos que puede llegar a cometer la asociación criminal se encuentra limitado justamente a conductas que buscan cuestionar la primacía estatal.

E) Conclusión del Capítulo.

A partir de las enunciadas críticas a las tesis acerca del bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita, y de lo expuesto acerca de las características que deben reunir los bienes jurídicos colectivos surge la siguiente pregunta: ¿Serán acaso el orden público y la autotutela del orden estatal²²¹ bienes jurídicos colectivos?

Para dilucidar esto cabe considerar que, como se dijo²²², un bien jurídico podrá ser catalogado como colectivo en la medida que reúna las características de no distributividad, no exclusión en el uso y no rivalidad en el consumo²²³.

²²¹ Se prescindirá de la tesis del derecho de asociación por cuanto, como se desarrolló, tanto la doctrina como la jurisprudencia la han rechazado por constituir tanto una mera referencia formal a la prohibición genérica contenida en la garantía de asociación consagrada en la Constitución como una justificación evidente y compatible con las otras tesis desarrolladas. Véase *Supra* d.1.

²²² Ver *Supra* b.

²²³ HEFENDEHL, Roland. 2007. Óp.Cit. pp.188.

Pues bien, en base a esos criterios, a primera vista se puede decir que ambos serían bienes jurídicos colectivos, en la medida que no pueden ser divididos y asignárseles a los individuos en cantidades iguales, y todas las personas disfrutan de ellos sin exclusión de ningún tipo.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. En efecto, si bien el orden público y el Estado perfectamente pueden ser considerados bienes dignos de protección de acuerdo a los criterios expuestos, lo serán siempre y cuando tengan una necesaria concreción, haciéndose cargo de las críticas expuestas por los autores que cuestionan la capacidad legitimadora del concepto de bien jurídico²²⁴. Y es ése el requisito que no se verifica en ninguno de los dos casos.

Así, la paz pública, aun ya acotada a una noción de tranquilidad pública necesaria para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, no es un concepto supraindividual lo suficientemente concreto y acotado a un área en particular, como sí lo es por ejemplo la seguridad en el tráfico monetario²²⁵ en los delitos de falsificación de moneda.

²²⁴ Ver *Supra*. Capítulo II c.2 y d.

²²⁵ *Ibidem*. pp.186.

Del mismo modo, si bien el Estado efectivamente merece protección, no lo es en términos abstractos como lo propone parte de la doctrina y la gran mayoría de la jurisprudencia nacional, sino dirigiendo su protección a alguna de sus instituciones esenciales, o bien, a la actividad prestacional, interventora o regulatoria que éste desempeña²²⁶.

De este modo, solo si se respondiese a qué segmento del orden público o bien a qué parte de la estructura piramidal del Estado afectan las asociaciones ilícitas, se podría decir con seguridad que el delito protege dichos bienes jurídicos.

A partir de lo ya expresado, la conclusión no puede ser otra que considerar tanto el orden público como la autotutela del orden del Estado como bienes jurídicos colectivos *aparentes*²²⁷. Dichos conceptos revelan construcciones artificiosas que pretenden eludir el debate de la fundamentación de un delito. En el caso de la asociación ilícita, mediante el recurso a alguno de estos conceptos genéricos.

²²⁶ *Ibidem.* pp.190.

²²⁷ *Ibidem.* pp.191.

Pues bien, siendo ésta la conclusión, es decir, la carencia de una fundamentación adecuada de la asociación ilícita, quizás es necesario recurrir a otro tipo de argumentaciones para solucionar el problema de la legitimidad de este tipo penal. En el próximo capítulo se describirán otros caminos que ha tomado la doctrina al respecto.

CAPÍTULO IV: LA LEGITIMIDAD DEL TIPO PENAL AL MARGEN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

“La noción de orden público es un trastero de concepto”
.- Karl Binding²²⁸.

A) Introducción.

En el capítulo anterior se expusieron las limitaciones de las respuestas tradicionales a la pregunta sobre el bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita. Como se vio, las críticas al derecho de asociación, al orden público y a la autotutela del orden estatal como bienes jurídicos que

²²⁸ BINDING, Karl. 1877. Die Normen und ihre Übertretung, t.1. pp.351. Citado por CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.44.

fundamentan el delito radican en su poca concreción, amplitud y, fundamentalmente, en la falta de los requisitos que según la doctrina deben reunir tanto los bienes jurídicos en general como los colectivos.

Lo anterior no solo devela la errada comprensión acerca de los bienes jurídicos colectivos que ha tenido la doctrina y la jurisprudencia hasta la fecha, sino también refuerza las voces críticas de la capacidad legitimadora de los bienes jurídicos. En efecto, apelar a nociones genéricas solo confirma la posición que considera que esto es el resultado de conceptos vagos y amplios de bien jurídico, los cuales permiten reconducir a dicho concepto prácticamente cualquier cosa.

Pues bien, ante ese escenario parte de la doctrina ha tratado de buscar el fundamento del delito en comento desde posiciones lejanas a los bienes jurídicos colectivos ya enunciados.

En esa línea, se analizarán en este capítulo las posiciones que consideran que este tipo penal es un delito de carácter preparatorio de la comisión de futuros ilícitos por la organización y, por lo tanto, los bienes jurídicos a proteger serían los que fundamentan y protegen estos delitos. Asimismo se expondrán esfuerzos doctrinarios que reformulan los bienes jurídicos colectivos ya

tratados acotándolos en orden a dar un fundamento plausible al delito en comento.

B) Anticipación de la protección de bienes jurídicos individuales.

No cabe duda que el peligro es consustancial a la vida en sociedad. Así como nunca el ser humano estuvo libre de un desastre natural o de ser víctima de un homicidio, con mayor razón los peligros se incrementan en un contexto complejo como el actual, el cual ha sido catalogado como una sociedad “del riesgo”²²⁹ por la sociología contemporánea. Esta se caracteriza por la influencia de los avances tecnológicos que han generado riesgos nuevos o bien la amplificación de antiguos sucesos peligrosos.

En materia penal, la pregunta que cabe hacerse es si el hecho de que una persona ejecute una actividad *peligrosa* para bienes jurídicos justifica tanto su prohibición como su castigo. La respuesta afirmativa implica admitir

²²⁹ BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós. pp.16 y ss.

la criminalización en el estado previo a la lesión del bien jurídico. Ahora bien, esa anticipación de la punibilidad no es algo novedoso. En primer lugar, porque en nuestro ordenamiento jurídico²³⁰ son aceptados los castigos de la tentativa y de los actos preparatorios. En segundo lugar, por el aumento en la tipificación de delitos de peligro.

Pues bien, el delito de asociación ilícita sería un caso de anticipación de punibilidad. En efecto, si éste no puede fundamentarse en la lesión a un bien jurídico colectivo, la base del ilícito solo puede buscarse teniendo presente la estructura de los delitos que afectan bienes jurídicos individuales. Bajo esa perspectiva, la penalización de la asociación solo puede entenderse como una anticipación de la protección de los bienes jurídicos afectados por los delitos que, eventualmente, cometerá la agrupación²³¹.

Esta posición, denominada tesis de la anticipación, entiende la asociación ilícita como un *sistema de injusto*, esto es, como una construcción social en

²³⁰ Ver por ejemplo MAÑALICH, Juan Pablo. 2004. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. Revista de Estudios de la Justicia (4): pp.138. POLITOFF, Sergio. Óp.Cit. pp. 51-52.

²³¹ Actualmente sustentan esta posición SILVA, Jesús-María. 2008. Óp.Cit. pp.98. SÁNCHEZ, María. Óp.Cit. pp. 673. No obstante, dicha tesis fue sustentada primeramente por RUDOLPHI, Hans. 1978. Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. der §§ 129 und 129a StGB. En: FRISCH/SCHMID (Ed.) Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag. pp.315 y ss. Citado por LAMPE, Ernst-Joachim. 2003. Injusto del sistema y sistemas de injusto. En: La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima, Grijley. pp.114.

la que sus elementos (individuos) están organizados hacia un fin asocial. Asimismo distingue entre *sistemas de injusto simples* (como lo son las agrupaciones coyunturales de personas destinadas a cometer delitos y las hipótesis de coautoría) y *sistemas de injusto constituido*. Es a esta última clase de sistemas sociales²³² a los que pertenecen las asociaciones ilícitas, en la medida que adquieran una configuración institucional duradera mediante una constitución o estatutos que garantice su continuidad temporal.

Si la asociación ilícita adquiere las características antes descritas puede considerarse una *f fuente de peligro incrementado*²³³ para los bienes jurídicos protegidos por los delitos de su eventual actividad criminal. Esto, en la medida que el actuar a través de una organización reduciría la inhibición en la comisión de un delito en particular, en comparación con un delincuente solitario²³⁴, y aumentaría las probabilidades de éxito en la comisión de ilícitos, por contar la asociación con mayores recursos técnicos²³⁵. Así las

²³² Además de las asociaciones ilícitas (“agrupaciones criminales”), Lampe identifica como sistemas de injusto constituido a las empresas con tendencia criminal y a los estados pervertidos criminalmente. LAMPE, Ernst-Joachim. Óp.Cit. pp. 114 y ss.

²³³ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.37.

²³⁴ A propósito del fenómeno de las bandas juveniles es ilustrativo, en lo referente a los “grupos de pares”, el artículo de CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva. 2007. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal, N°4. <http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf> [consulta: 23 julio 2015]. pp. 10-12.

²³⁵ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.37.

cosas, se puede concebir a la organización criminal como un contexto favorecedor de los delitos que se cometerán en su marco²³⁶.

De este modo, se justificaría el adelantamiento criminalizador porque la asociación ilícita sería una fuente de peligro para los bienes jurídicos protegidos por los delitos que, eventualmente, serán parte del programa criminal de la agrupación. El fundamento del delito de asociación ilícita se encontraría en estos bienes, por lo que podría calificársele como uno de *peligro*, en tanto el hecho (participar en una asociación ilícita) supone una amenaza más o menos intensa para el bien jurídico²³⁷, más precisamente de *peligro abstracto*, en tanto se le concibe como una prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera peligrosa sin necesidad de una amenaza real para el bien jurídico²³⁸.

C) Norma de Flanqueo.

La posición de Jakobs respecto del delito de asociación ilícita parte desde una mirada crítica a los adelantamientos de punibilidad, por cuanto al

²³⁶ SILVA, Jesús María. 2008. Óp.Cit. 98.

²³⁷ ROXIN, Claus. 1997. Óp.Cit. pp. 336.

²³⁸ LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. Óp.Cit. pp. 211.

fundamentarse estos en el principio de protección de los bienes jurídicos, terminan legitimando la punibilidad de cualquier conducta que entre en conflicto con un bien jurídico, aunque no se trate de una lesión directa²³⁹.

Añade además que esta mirada no sería respetuosa de la esfera civil interna de todo ciudadano²⁴⁰, el cual es un espacio privado en el cual no se puede inmiscuir el Estado en pos de la protección de intereses, aunque sea la eventual comisión de un delito. Dicho ámbito interno debe ser determinado según criterios normativos más allá del mero naturalismo que significa no inmiscuirse en los pensamientos²⁴¹.

Lo anterior queda en evidencia con un ejemplo: el hecho de querer sumarse a una agrupación tildada de criminal²⁴² podría atentar contra un virtual bien jurídico, pero no existe allí ningún indicio de que la conducta haya dejado de estar dentro del ámbito interno de la persona, especialmente cuando dicha unión no se ha concretado.

²³⁹ JAKOBS, Günther. 1997. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: Estudios de Derecho Penal. Madrid, UAM Ediciones, Editorial Civitas. pp. 295.

²⁴⁰ JAKOBS, Günther. 1997. Óp.Cit. pp.296.

²⁴¹ Ibíd.

²⁴² EUROPA PRESS. 2015. Detenida una mujer en Philadelphia por intentar unirse al Estado Islámico. [en línea] Europa Press en internet 04 de abril de 2015. <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-detenido-mujer-philadelphia-intentar-unirse-estado-islamico-20150404071843.html> [consulta: 23 julio 2015]

Pues bien, una intromisión estatal en el ámbito privado de la persona, so pretexto de la protección de intereses relevantes, relativiza la condición de aquel como ciudadano y lo caracteriza como “enemigo”²⁴³, pasando a ser visto como una fuente de peligro para el bien jurídico dejando de lado el principio de responsabilidad por el hecho.

Para Jakobs solo será lícito adelantar las barreras de punición frente a *conductas externas perturbadoras*, es decir, que se arroguen actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos²⁴⁴. Solo con posterioridad a la manifestación externa sería legítimo darle relevancia a la esfera interna del sujeto buscando las causas de su actuar, no al revés.

Considerando el ejemplo citado, el hecho de incorporarse a una asociación ilícita no podría castigarse, en la medida que dicha conducta se encuentra en el ámbito previo a la lesión de los bienes jurídicos afectados por el programa criminal. El simple hecho de hacerse parte de una agrupación puede ser considerado como parte integrante de la esfera privada de cada ciudadano.

²⁴³ Los adelantamientos de punibilidad al estadio previo a la lesión junto a penas desproporcionadamente altas para dicha criminalización previa y la relativización de ciertas garantías procesales son las características del Derecho Penal del Enemigo esbozado por Günther Jakobs. En ese sentido CANCIO, Manuel. 2003. ¿Derecho Penal del Enemigo? En: JAKOBS, Günther; CANCIO, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Thomson Civitas. pp. 79-81

²⁴⁴ JAKOBS, Günther. 1997. Óp.Cit. pp.303.

No obstante lo anterior, Jakobs hace un esfuerzo de legitimación del castigo de los adelantamientos de punibilidad en general, ya no buscando una sanción anticipada sino adelantando la lesión²⁴⁵. El autor plantea la posibilidad de fraccionar el bien jurídico en injustos parciales, para lo cual distingue entre *normas principales* y *normas de flanqueo*²⁴⁶. Las primeras corresponden a normas cuyo quebrantamiento es ordinariamente delictivo²⁴⁷ y las segundas a normas que tienen como tarea garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales²⁴⁸. Dicha postura va en coherencia con su visión respecto a la misión del Derecho Penal²⁴⁹, la mantención de la vigencia de la norma, pero estableciendo además que esta no solo depende de su relación con el potencial autor del delito, sino además de la relación de esta con sus potenciales víctimas. En esa línea entonces, la norma perderá vigencia no solo por el quebrantamiento provocado por el autor de un delito, sino también por la pérdida de confianza en la norma por parte de la ciudadanía²⁵⁰ cuestión

²⁴⁵ JAKOBS, Günther. 1997. Óp.Cit. pp.313.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Organización Delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal Chileno. Revista Chilena de Derecho (38-2): pp.290.

²⁴⁸ JAKOBS, Günther. 1997. Óp.Cit. pp. 314.

²⁴⁹ Ver *Supra* Capítulo II c.1.

²⁵⁰ JAKOBS, Günther. 2003b. Óp.Cit. pp. 36. También en JAKOBS, Günther. 1997, Óp.Cit. pp. 315.

esencial para la vigencia de las normas y que ocurre en casos de una *elevación drástica del riesgo normal*.²⁵¹

Pues bien, para atacar estas elevaciones drásticas del riesgo normal, el ordenamiento jurídico establece estas normas de flaqueo con la misión de mantener la vigencia de las normas principales. A esta clase de normas pertenece, en la visión de Jakobs, el delito de asociación ilícita ya que consistiría en un delito de flaqueo puesto por delante de los delitos que serán parte de su programa criminal, mereciendo entonces su punición por cuanto en si misma constituye un elevación de riesgo intolerable para la relación entre las potenciales víctimas y la norma en cuestión, afectando su vigencia.

De esta forma es como Jakobs plantea un concepto elaborado de *paz jurídica*, que constituye el injusto parcial (en relación al del quebrantamiento de la norma principal²⁵²) lesionado por la constitución o participación en asociaciones criminales, que permite fundamentar esta clase de delitos, en la medida que con esa actitud además de lesionar a la paz jurídica, el miembro de una asociación criminal ha salido absolutamente de su esfera privada interna.

²⁵¹ CANCIO, Manuel. Óp.Cit. pp. 49.

²⁵² JAKOBS, Günther. 1997. Óp.Cit. pp.318.

D) La tesis del monopolio estatal de la violencia.

Las dos posiciones ya analizadas en este capítulo describen a la organización criminal como una fuente de peligro incrementado, ya sea para los bienes jurídicos de los delitos parte de su programa criminal o bien para la norma principal, justificando desde esta perspectiva su castigo.

En la misma línea se encuentra la propuesta de Cancio Meliá, quien considera que la asociación ilícita no solo constituiría una fuente de peligro por su potencial de riesgo –determinado por la cantidad de integrantes, sus medios técnicos, el sentimiento de comunidad en su integración y su fin antitético al ordenamiento jurídico- sino porque la agrupación se erigiría como un verdadero *injusto de sistema constituido*²⁵³. Es decir, la asociación ilícita se elevaría como *magnitud social autónoma* con una personalidad propia, distinta de sus miembros individualmente considerados²⁵⁴.

Ahora bien, su postura acerca del fundamento de los delitos de organización parte de la base de que la tesis de la autotutela del poder del Estado como

²⁵³ LAMPE, Ernst-Joachim. Óp. Cit. pp. 139.

²⁵⁴ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.63.

bien jurídico colectivo protegido por el delito de asociación ilícita posee elementos que van en la línea correcta y que, en consecuencia, rescata para su propia propuesta. Sin embargo, busca hacerse cargo de la crítica constante sobre la vaguedad de las tesis acerca del bien jurídico colectivo.

Para ello el autor, partiendo de la definición de Estado esgrimida por Weber -que lo concibe como una comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama con éxito el monopolio de la coacción física legítima²⁵⁵- caracteriza a la asociación ilícita como un delito que no atenta contra bienes jurídicos individuales ni tampoco contra el Estado en términos genéricos, sino como una agresión a uno de sus rasgos distintivos, a saber, su poder coactivo o también llamado *monopolio estatal de la violencia*²⁵⁶. Para que éste se vea atacado es necesaria una doble peligrosidad, a saber, una *peligrosidad de organización* -cuestión que se cumple en la medida que la asociación ilícita tenga las características de densidad y organización antes expuestas- y también una *peligrosidad en la actividad* -es decir, que la agrupación sea peligrosa por ejercer un programa criminal violento²⁵⁷-. Esta

²⁵⁵ WEBER, Máx. Óp.Cit. pp.1056.

²⁵⁶ CANCIO, Manuel. 2008. Óp. Cit. pp.74.

²⁵⁷ Como también, agrega, ejercer violencia dentro de la organización para con los integrantes. CANCIO, Manuel. 2008. Óp. Cit. pp.76-77.

violencia no puede quedar reducida al ataque efectivamente producido a los bienes jurídicos individuales protegidos por los delitos a cometer por la agrupación sino que apunta a atacar (en términos ideales) al Estado²⁵⁸.

Solo al reunirse estas condiciones podrá considerarse que la asociación ilícita busca ocupar un lugar ilegítimo en la vida pública mediante sus actuaciones criminales, constituyendo efectivamente una fuente de peligro para el Estado.

E) Conclusiones del Capítulo.

Las propuestas expuestas en este capítulo –la asociación ilícita como delito de anticipación, como norma de flanqueo o como un delito que ataca el monopolio estatal de la violencia- surgen desde el convencimiento de sus autores de la incapacidad que tienen las tesis acerca del bien jurídico colectivo para fundamentar el delito de asociación ilícita. Estas nuevas teorías comparten puntos relevantes que no fueron desarrollados por las posiciones doctrinarias descritas en el Capítulo III, demostrando una mayor elaboración, desarrollo y concreción que aquellas.

²⁵⁸ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.80.

En primer lugar, tienen en común la importancia que le otorgan a la dimensión institucional que debe desarrollar una agrupación para ser calificada como asociación ilícita. En efecto, con independencia de la fundamentación elaborada, cada una de las tesis considera como requisito esencial de estas agrupaciones de personas el desarrollo de un nivel organizativo que permita considerarlas una verdadera institución con fines criminales. De esta importante conclusión se desprenden los requisitos básicos que se han identificado por la doctrina y jurisprudencia para las asociaciones ilícitas: una organización, compuesta por más de dos personas, permanente en el tiempo con una finalidad delictiva

En segundo lugar, las teorías descritas en este capítulo consideran la existencia de una asociación ilícita, que cuente con la dimensión institucional antes descrita, como una fuente importante de peligro ya sea para los bienes jurídicos protegidos por los delitos parte de su programa criminal, para la norma principal o para el monopolio estatal de la violencia.

No obstante aquello, estas tesis no están exentas de crítica, pues presentan carencias identificadas por la doctrina.

Así por ejemplo, se señala que el fundamento de la *tesis de la anticipación* – la asociación ilícita como fuente de peligro para los delitos a cometer por esta- resulta igualmente válido para agrupaciones de personas que no presentan la dimensión institucional que requiere una organización criminal²⁵⁹, por lo que podría cuestionarse la necesidad de un delito autónomo, bastando por ejemplo una agravante por la organización²⁶⁰.

Por otro lado, esta postura -que puede ser descrita como un intento de disolución del injusto específico de los delitos de organización²⁶¹- no sería compatible con la vigente legislación chilena. Esto porque tanto el artículo 292, que establece que la asociación constituye un delito que existe “por el solo hecho de organizarse”, como el artículo 294 bis, que declara la independencia de las sanciones de la asociación ilícita de la sanción de los delitos cometidos en el marco de la organización²⁶², determinarían sin lugar a dudas el injusto autónomo del delito de asociación ilícita²⁶³

²⁵⁹ LAMPE, Ernst-Joachim. Óp.Cit. pp. 128.

²⁶⁰ Como, por ejemplo, las agravantes de organización consagradas en el artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000 (Ley de Drogas) y el artículo 83 de la Ley N° 17.336 (Propiedad Intelectual).

²⁶¹ MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Óp.Cit. pp.290.

²⁶² *Ibidem*. pp. 293.

²⁶³ GUZMAN, José Luis. Óp. Cit. pp. 161. También MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Óp.Cit. pp.293.

Por su parte, a la posición defendida por Jakobs se le pueden efectuar los mismos cuestionamientos realizados a los bienes jurídicos colectivos. En efecto, el injusto parcial que él identifica en la asociación ilícita, en este caso las condiciones de vigencia cognitiva de las normas principales²⁶⁴, se asemeja bastante a una visión de bien jurídico de apariencia colectiva, sin ninguna acotación ni limitación en cuanto a lo protegido por éste.

Por último, la principal crítica a la tesis del *monopolio estatal de la violencia* ya es reconocida por su propio autor. El tipo penal de asociación ilícita al cual él hace alusión –los artículos 515 y siguientes del Código Penal Español²⁶⁵- no contiene características –como una definición de asociación ilícita o un catálogo de delitos a los que esta se pueda dedicar- que hagan suponer que este delito pueda limitarse a agrupaciones que lesionen o pongan en peligro al Estado y su utilización monopólica de la violencia. Dicho cuestionamiento es controvertido por el autor diciendo que este carece de peso en un ordenamiento jurídico como el español que, a pesar de una

²⁶⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Óp.Cit. pp. 290.

²⁶⁵ Ver *Supra*. Capítulo I. b.2.2.

tipificación amplia, ha llevado una praxis de aplicación del delito restringida a organizaciones violentas²⁶⁶.

En la legislación nacional, sin embargo, no podría sostenerse lo mismo. La praxis judicial ha dado lugar a investigaciones, acusaciones y condenas por asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de delitos que en ningún caso podrían considerarse atentatorios contra el Estado y su monopolio estatal de la violencia. Y si bien la cifra de condenas no puede considerarse alta, la falta de configuración del delito en el caso concreto no ha pasado por la peligrosidad del delito-fin de la agrupación sino por el no cumplimiento de los requisitos que ha delimitado la jurisprudencia respecto a las asociaciones criminales²⁶⁷.

A pesar de las críticas ya expuestas, no cabe duda que las tres propuestas descritas en este capítulo son las más completas y desarrolladas dentro de la doctrina contemporánea de los delitos de organización. En el próximo y último capítulo serán consideradas tanto sus innovaciones como sus falencias para elaborar una propuesta personal.

²⁶⁶ CANCIO, Manuel. 2008. Óp.Cit. pp.77.

²⁶⁷ GAJARDO, Tania. Óp.Cit. pp.80.

POSICIÓN PERSONAL

En base a cada una de las conclusiones obtenidas de los capítulos de este trabajo, se ha llegado al convencimiento de que el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita no puede identificarse con ninguna de las tesis que identifican detrás del delito un bien jurídico de orden colectivo en base a los siguientes argumentos.

a) Como se explicó, tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado características básicas de toda asociación criminal. Una de ellas, la *permanencia en el tiempo*, permite diferenciarla de meras agrupaciones coyunturales. Este factor es de importancia para determinar cuándo se está

frente a una verdadera *organización* o, en palabras de Lampe, a un *sistema de injusto constituido*.

Esta clase de sistemas sociales, devenidos en instituciones independientes de las personas que lo componen, adquieren esta estabilidad temporal mediante una constitución o unos estatutos²⁶⁸, es decir, una determinación expresa de sus fines y los medios para lograrlos.

Ahora bien, es evidente que esta clase de organizaciones no suelen tener un momento fundacional determinado. Sin embargo, ya sea desde el primer momento o de uno posterior, la misma agrupación establece mediante su actuar cuales serán la o las actividades delictivas a las cuales se dedican.

Pues bien, la definición realizada por la organización en cuanto a su campo de acción permite delimitar su actuación y calificar a una asociación como ilícita o no, en la medida que se dedique a la comisión de determinados delitos. En ese sentido, se estará frente a una asociación ilícita no solo cuando esta se constituya por una agrupación de personas, con una estructura organizacional, dedicada a la comisión de delitos, sino también cuando esta organización se haya constituido para la comisión de ilícitos con cierto grado

²⁶⁸ LAMPE, Ernst-Joachim. Óp.Cit. pp. 111.

de determinación anterior. En un ejemplo, la consideración como asociación ilícita de la DINA o de una agrupación dedicada al tráfico de drogas radica en que dichas organizaciones se constituyan para la comisión de secuestros calificados o bien el tráfico de estupefacientes y no para otra clase de delitos.

Asimismo, esta demarcación es la que permite dejar fuera del calificativo de asociación ilícita tanto a las empresas en donde ocasionalmente se cometen ilícitos como a las organizaciones criminales, con una finalidad ilícita permanente, en donde alguno de sus miembros se salga del programa criminal cometiendo otra clase de delito. Con esto no se niega la ilicitud de las conductas sino el hecho que, al no ser parte estas del programa criminal permanente de las organizaciones, no podrían irradiar su ilicitud a la empresa o a la organización.

b) Asimismo, y teniendo en cuenta una clasificación que supera la distinción entre delitos de lesión y peligro²⁶⁹, se estima que la asociación ilícita es un *delito de preparación*.

²⁶⁹ Esto en la medida que existen conductas que no pueden encasillarse ni en la lesión ni en el peligro (concreto o abstracto) a bienes jurídicos. Especialmente VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. 2007. *Óp.Cit.* pp. 288. También en KUHLEN, Lothar. 2012. Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En: ROBLES, Ricardo (Ed.) *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo.* Barcelona, Editorial Atelier. pp. 226

Esta clase de delitos²⁷⁰ se limitan al castigo de conductas que en sí mismas no son idóneas para lesionar el bien jurídico, ni siquiera cuando se llevan a cabo en gran número²⁷¹. No obstante, igualmente son penalizadas en la medida que su comisión puede servir de base para conductas que si son lesivas para bienes jurídicos²⁷², ofreciéndose un punto de partida delictual para el autor o para otras personas²⁷³.

Dentro de esta categoría se puede incluir al delito de asociación ilícita, ya que no se puede desconocer que las organizaciones criminales sirven de base para la comisión de delitos particulares. No solo eso, sino que la intervención “a través de la organización” permite aprovecharse de un sistema de acumulación institucionalizada de aportaciones individuales favorecedoras de la ejecución de los delitos-fin de la asociación delictiva²⁷⁴, teniendo finalmente la asociación ilícita un efecto amplificador del riesgo en la eventual actuación de alguno de sus miembros.

²⁷⁰ Son identificados en base a esta nueva clasificación, además de los delitos de preparación, los delitos de aptitud, los delitos de acumulación, delitos de peligrosidad concreta y delitos “sin bien jurídico”. KUHLEN, Lothar. 2012. Óp.Cit. pp.230.

²⁷¹ KUHLEN, Lothar. 2012. Óp.Cit. pp. 228.

²⁷² VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. 2007. Óp.Cit. pp.291.

²⁷³ KUHLEN, Lothar. 2012. Óp.Cit. pp.229.

²⁷⁴ SILVA, Jesús-María. 2008. Óp.Cit. pp.100.

Sin embargo debe existir cierta conexión, expresa o tácita, entre el delito preparatorio y el delito fin. Se tomará como ejemplo a otros típicos ilícitos de preparación como la posesión o tenencia de un arma de fuego (artículo 9 de la Ley de Control de Armas) o la fabricación de moneda falsa (artículo 162 del Código Penal). En ambos casos se puede identificar la conexión, si bien no de manera explícita, con los delitos que podrán ser cometidos en base a ellos y los consiguientes bienes jurídicos protegidos. Así, en el primer caso, la posesión o tenencia de un arma de fuego constituye una situación peligrosa que puede llevar a la comisión de delitos contra las personas o contra la propiedad, y en el segundo la fabricación de dinero falso facilita la puesta en circulación de estos posibilitando fraudes en perjuicio patrimonial.

En la asociación ilícita dicha conexión puede hacerse con facilidad cuando esta se encuentra consagrada en leyes especiales, pues su ámbito queda limitado a las formaciones que se dediquen a esa clase de delitos. Lo contrario sucede, sin embargo, con la asociación ilícita consagrada en el Código Penal

la cual, si se sigue dicha posición²⁷⁵, no posee ninguna norma delimitadora de los delitos a los cuales se dedicará la agrupación.

c) A raíz de lo ya expuesto se estima que el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita debe buscarse en cada uno de los delitos a los cuales se dedique, permanentemente, la organización²⁷⁶, considerando entonces los aportes de la llamada tesis de la anticipación²⁷⁷

Dicha cuestión es fácil de determinar en cada una de las formas de la asociación ilícita contenidas en leyes especiales pues limitan en sí mismas el actuar de la organización a la comisión de los delitos contenidos en sus leyes.

Por el contrario, no se puede decir lo mismo del delito contenido en el Código Penal pues, salvo el artículo 293 para la determinación de la pena, su articulado no incorpora ninguna norma que limite la asociación ilícita a delitos determinados, como si lo hace la legislación citada de otros países.

²⁷⁵ Véase *Supra*. Capítulo I. b.1.1.

²⁷⁶ Una posición contraria es de la de MEDINA, Gonzalo.2013. El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico. En: La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. pp.4999-501. quien dice en la asociación ilícita “se está frente a un injusto autónomo que se realiza por la creación de un estado de organización criminal que puede ser aprovechado por sus miembros o terceros para facilitar o asegurar la comisión de hechos punibles futuros de la asociación.” Aunque, sin embargo, ve posible conectarlo con los delitos (y sus bienes jurídicos) cometidos por los miembros de la agrupación.

²⁷⁷ Véase *Supra*. Capítulo IV b.

Se estima que dicha carencia es una fuente de crítica para la formulación actual del delito pues, junto a la indefinición a nivel legal de lo que se entenderá por asociación ilícita, pueden llevar a la sanción de agrupaciones que se dediquen a la comisión de ilícitos de poca importancia²⁷⁸. Dejar esta labor al juez²⁷⁹ para que este, mediante un juicio prospectivo, determine la gravedad de las conductas, no parece ser una salida válida tomando en cuenta la forma en como se ha desarrollado la jurisprudencia nacional²⁸⁰.

Si la sanción a miembros de asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de ilícitos menores no se ha dado en la práctica ha sido porque los tribunales han limitado la aplicación del delito mediante una exigencia estricta de los requisitos que la jurisprudencia ha desarrollado para caracterizar a esta clase de organizaciones y no por un examen respecto a los bienes jurídicos afectados por los delitos cometidos por los miembros de la asociación.

En ese sentido parece loable el planteamiento contenido en el último proyecto de ley que busca el establecimiento de un nuevo Código Penal²⁸¹, el anteproyecto del año 2013. En este se consagran los delitos de *asociación*

²⁷⁸ SILVA, Jesús-María. 2008. Óp.Cit. pp.116.

²⁷⁹ MEDINA, Gonzalo. 2013. Óp.Cit. pp.499.

²⁸⁰ GAJARDO, Tania. Óp.Cit. pp.81.

²⁸¹ MENSAJE 9274-07 del 10 de marzo de 2014. Establece un nuevo Código Penal. [en línea] <http://camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07> [consulta 28 mayo 2015].

delictiva y de *asociación criminal*, dentro del título de los delitos contra la seguridad pública, definiendo en ambos casos lo que se entenderá por tales²⁸², y limitando el segundo delito a organizaciones dedicadas a la comisión de ilícitos de especial gravedad.

Se estima que una salida de ese estilo es la necesaria para la sanción de la participación en una asociación ilícita para que haya efectiva conexión entre la sanción de esta y los bienes jurídicos protegidos por los delitos-fin cometidos por la asociación. Solo de esa manera se puede restringir su aplicación a casos graves y no caer en un espiral sancionatorio el cual, si bien no se ha dado hasta la fecha por otras razones, nada garantiza que no se pueda dar en el futuro.

²⁸² El artículo 582 inciso 2 define asociación delictiva como “toda organización jerarquizada compuesta por tres o más personas que tiene por fin o actividad permanente la comisión de delitos”. Asimismo el artículo 584 inciso 2 hace lo propio con las asociaciones criminales estableciendo que será catalogada como tal “toda asociación delictiva que tiene dentro de su fin o actividad permanente la comisión de cualquiera de los crímenes previstos en los Títulos 1, II, el Párrafo 3 del Título III, el Párrafo 3 del Título VI, el Párrafo 1 del Título VII, el Párrafo 1 del Título IX, el Párrafo 8 del Título XII, el Párrafo 1 del Título XIII, el Título XIV, el Párrafo 5 del Título XV y los Títulos XVI y XVII”.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros.

BECK, Ulrich. 1998. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós. 304p.

BIRNBAUM, Johann. 2010. Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo, B de F. 102p.

BUSTOS, Juan. 2007a. Obras Completas. 2ª edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. Tomo I.

BUSTOS, Juan. 2007b. Obras Completas. 2ª edición. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. Tomo III.

CURY, Enrique. 2009. Derecho Penal Parte General. 9ª ed. Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile. 812p.

DE RIVACOBBA, Manuel. 1974. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, Edeval. 574p.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1997a. Derecho Penal Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.

ETCHEBERRY, Alfredo. 1997b. Derecho Penal Parte Especial. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV.

GARRIDO, Mario. 2003. Derecho Penal Parte General Tomo I. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I

GIMBERNAT, Enrique. 1999. Concepto y método de la ciencia del derecho penal. Madrid, Editorial Tecnos. 123p.

HASSEMER, Winfried. 1999. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal; Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá, Colombia, Editorial Temis. 167p.

HOBBS, Thomas. 1940. Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. México, Fondo de Cultura Económica. 618p.

HORMAZABAL, Hernán. 2006. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho: El objeto protegido por la norma penal. 2ª ed. Santiago, Editorial Lexis-Nexis. 188p.

LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. Parte Especial. 2005. Por Sergio Politoff “et al”. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 689p.

MATUS, Jean Pierre. 2012. La ley penal y su interpretación. 2ª edición actualizada y reformulada. Santiago, Editorial Metropolitana. 257p.

MIR, Santiago. 2002 Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires, Ediciones B de F. 325p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. 2007. Derecho Penal Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch. 1004p.

POLITOFF, Sergio. 2004. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración. Estudio de dogmática y de derecho penal comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 276p.

ROJAS, Gonzalo. 2002. Reyes sobre la tierra: Brujería y chamanismo en una cultura insular. Chiloé entre los siglos XVIII y XX. Santiago, Editorial Biblioteca Americana. 219p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. 1999. El Contrato Social o Principios de Derecho Político. 4ª edición. Madrid, Tecnos. 140p.

ROXIN, Claus. 1997. Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas. 1043p.

SILVA, Jesús-María. 2010. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Montevideo-Buenos Aires, Ediciones B de F. 425p.

VALENZUELA, Jaime. 1991. Bandidaje rural en Chile central. Curicó, 1850-1900. Santiago, Editorial Universitaria. 159p.

WEBER, Max. 2002. Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. 2ª edición en español. España, Fondo de Cultura Económica. 1295p.

WELZEL, Hans. 1993. Derecho Penal Alemán; traducción del alemán de los profesores Juan Bustos y Sergio Yáñez. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 343p.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. 2009. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada, Comares. 304p.

b) Capítulos de libro.

CANCIO, Manuel. 2008. El injusto de los delitos de organización.: Peligro y significado. En: CANCIO, Manuel; SILVA, Jesús. 2008. Delitos de Organización. Montevideo-Buenos Aires, B de F. pp. 15-84.

CANCIO, Manuel. 2003. ¿Derecho Penal del Enemigo? En: JAKOBS, Günther; CANCIO, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Thomson Civitas. pp. 57-102.

CARNEVALI, Raúl. 2013. La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile. En: VAN WEEZEL, Alex (Ed.) Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters. pp. 100-130.

FRISCH, Wolfgang. 2007. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.309-339.

GIMBERNAT, Enrique. 2007. Presentación”. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.11-22

GUZMAN, José Luis. 2009. Objeto Jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas. En: Estudios y defensas penales. 3ª edición aumentada. Santiago, Legal Publishing. Pp.153-208.

HASSEMER, Winfried. 2007. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 95-104.

HEFENDEHL, Roland. 2007. El Bien Jurídico como eje material de la norma penal. En: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 179-196.

JAKOBS, Günther. 1997. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: Estudios de Derecho Penal. Madrid, UAM Ediciones, Editorial Civitas. pp. 293-324.

JAKOBS, Günther. 2003. Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo En: JAKOBS, Günther; CANCIO, Manuel. Derecho Penal del Enemigo. Madrid, Thomson Civitas. pp.19-57.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.53-68.

KINDHAUSER, Urs. 2009. La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: KINDHAUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. (Eds.). Pena y Culpabilidad en el estado democrático de derecho. Perú, Ara Editores. 287p.

KUHLEN, Lothar. 2012. Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En: ROBLES, Ricardo (Ed.) Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona, Editorial Atelier. pp. 225-235.

LAMPE, Ernst-Joachim. 2003. Injusto del sistema y sistemas de injusto. En: La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo. Lima, Grijley. pp. 97-179.

MEDINA, Gonzalo.2013. El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico. En: KÜNSEMULLER, Carlos; GARRIDO, Mario. (Eds.) La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. pp.481-504.

ROXIN, Claus. 2007. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp.443-458.

SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, Isabel. 2001. Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. En: ARROYO ZAPATERO, Luís/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Eds.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol II. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca. pp. 645-681.

SEHER, Gerhard. 2007. La legitimación de las normas penales basadas en principios. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 69-92.

SILVA, Jesús. 2008. La “intervención a través de organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito? En: CANCIO, Manuel; SILVA, Jesús. 2008. Delitos de Organización. Montevideo-Buenos Aires, B de F. pp.87-118.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. 2007. Bien Jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de

abalorios dogmático? Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 105-127.

VON HIRSCH, Andrew, WOHLERS, Wolfgang. 2007. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 285-308.

VON HIRSCH, Andrew. 2007. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. En: HEFENDEHL, Roland. (Ed.). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid-Barcelona, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pp. 37-52.

c) Tesis.

MENCHACA, Emma. 2014. Estado actual del Crimen Organizado en México, a propósito de La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada como Régimen de Excepción. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Penal. Santiago, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales [Inédito, facilitado por la autora].

d) Artículos de Revista.

CÁRDENAS, Claudia. 2007. La Corte Penal Internacional y su relación con las jurisdicciones nacionales. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile (1): 123-138.

CARDENAS, Claudia. 2010. La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley 20.357. Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia. 23(2): 23-44

CARNEVALI, Raúl. 2014. Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada. Una propuesta a modo de lege ferenda. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 21(2): 61-101.

CANCIO, Manuel. 2010. El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español. *Revista de Estudios de la Justicia* (12): 149-167.

GÓNGORA, Mario. 1966. Vagabundaje y sociedad fronteriza en Chile (Siglos XVII a XIX). Cuadernos del Centro de Estudios Socioeconómicos. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas. 3(2): 1-41.

GAJARDO, Tania. 2014. Análisis jurisprudencial del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal. *Revista Jurídica del Ministerio Público*. (58):253-279.

GRISOLÍA, Francisco. 2004. El delito de asociación ilícita. *Revista Chilena de Derecho*. 31(1): 75-88.

HABERMAS, Jürgen. 1988. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho (5): 21-45.

MAÑALICH, Juan Pablo. 2004. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de Estudios de la Justicia* (4): 137-175.

MAÑALICH, Juan Pablo. 2011. Organización Delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal Chileno. *Revista Chilena de Derecho* (38-2): 279-310.

MELLAFE, Rolando. 1981. Latifundio y poder rural en Chile de los siglos XVII y XVIII. Cuadernos de Historia. Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile. 1(1): 87-108.

PEÑA, Silvia. 1982. Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (7): 289-314.

ROSAS, Juan Ignacio. 2012. Evolución histórica de la tipificación del delito de “asociación ilícita”: análisis de Derecho comparado. Revista Perspectiva Penal Actual, Universidad Mayor (1): 121-163.

SALINAS, Maximiliano. 1986. El Bandolero Chileno en el Siglo XIX. Revista Araucaria de Chile 12(36): 57-75.

SEPÚLVEDA, Eduardo. 2001. El delito de asociación ilícita de la Ley N° 19.366 sobre el tráfico ilícito de drogas, Cuadernos Judiciales (4): 63-78.

TOSO, Ángela. 2008. Blanqueo de capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Chilena de Derecho 35(3): 405-437.

VILLEGAS, Myrna. 2004. Terrorismo ¿Crimen Organizado? Análisis comparado. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1): 227-248.

e) Leyes y otras normas jurídicas.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [en línea] <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>> [consulta: 18 julio 2015]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. [en línea] <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>> [consulta: 19 julio 2015]

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. 1996. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. 7 de noviembre 1996. [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101.pdf>> [consulta: 13 julio 2015].

REINO DE BÉLGICA. Código Penal del Reino de Bélgica (sic). 1868. Santiago, Imprenta Nacional. 208p.

REINO DE ESPAÑA. Novísima Recopilación de las leyes de España. 1805. [en línea] <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT1.pdf>> [consulta: 09 abril 2015]

REINO DE ESPAÑA. Código Penal de España. 1822. [en línea] <<http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>> [consulta: 09 abril 2015]

REINO DE ESPAÑA. Código Penal de España. 1848. [en línea] <<http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>> [consulta: 18 julio 2015]

REPUBLICA DE AUSTRIA. Código Penal Austriaco. 1803. [en línea] <<http://www.ris.bka.gv.at/defaultEn.aspx>> [consulta: 18 julio 2015]

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducción: Claudia López Díaz [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_02.pdf> [consulta: 18 julio 2015]

REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor. Código de Procedimiento Penal. [en línea] <http://www.bmjuv.de/DE/Home/home_node.html> [consulta 10 julio 2015].

f) Artículo de Diario.

EUROPA PRESS. 2015. Detenida una mujer en Philadelphia por intentar unirse al Estado Islámico. [en línea] Europa Press en internet 04 de abril de 2015. <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-detenido-mujer-philadelphia-intentar-unirse-estado-islamico-20150404071843.html>> [consulta: 23 julio 2015]

g) Textos electrónicos.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL 2011. Realidad nacional del crimen organizado transnacional. [en línea] <http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/13620/1/93653_BCINFORME_GRID_22-11-2011_JJ_REALIDAD-NACIONAL.doc> [consulta: 10 julio 2015]

HERNÁNDEZ, Héctor. 2011. Algunas modificaciones a la ley N°18.314. Informe en Derecho N°3 [en línea] Defensoría Penal Pública. <<http://www.dpp.cl/resources/upload/2929d234ad5c66e514167c279519e84a.pdf>> [consulta: 15 abril 2015]

HERNÁNDEZ, Héctor. 2007. Informe en Derecho: Algunos aspectos de la ley 20.000. [en línea] Defensoría Nacional, Departamento de Estudios y Proyectos N°6 <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5269.pdf>> [consulta: 10 julio 2015]

REINO DE ESPAÑA. 2010. Sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. [en línea] Fiscalía General del Estado <<http://www.sip-an.es/descargas/legislacion/penal/penal18.pdf>> [consulta: 10 julio 2015]

SECRETARIA TÉCNICA COMISIÓN FORO PENAL. 2006. Materiales de Estudio Presentados a la Comisión Foro Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°1. http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_3.pdf [consulta: 31 julio 2015]

VILLEGAS, Myrna. 2012. Informe en Derecho Sentencia Condenatoria Caso Pitronello. [en línea] <<http://hommodolars.org/web/IMG/pdf/graciasTavraporlapaletia.pdf>> [consulta: 10 julio 2015]

ZAFFARONI, Eugenio. 2005 El leviatán y el derecho penal. [en línea] <<http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa04.pdf>> [consulta: 20 julio 2015]

h) Artículos de Revista electrónica.

ALCÁCER, Rafael. 2002. La protección del futuro y los daños cumulativos. 2002. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°4. pp.1-30.

BORJON, José. 2008. La lucha contra el crimen organizado y las sombras de la militarización. [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3005/4.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015]. pp. 21-42.

CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva. 2007. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal, N°4. <http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf> [consulta: 23 julio 2015]. pp. 1- 24.

CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. 2008. Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art.16 de la Ley N°20.000. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°6. <http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf> [consulta: 18 julio 2015].

FERRAJOLI, Luigi. 2011. Criminalidad y Globalización. [en línea] Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 115, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>> [consulta 23 febrero 2015]. pp. 301-316

GARCIA, Rubén. 2008. Estado Paramilitar, una espada de Damocles sobre los derechos humanos. La política contra el narcotráfico. [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3461/7.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015]. pp.117-140.

HEFENDEHL, Roland. 2002. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°4. pp. 1-13.

MÁRQUEZ, Rafael. 1999. El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann. [en línea] Revista de la Facultad de Derecho de Mexico. N°225-226. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=225>> [consulta: 31 marzo 2015].

MATUS, Jean Pierre. 2013. Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.357. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal. N°16. <<http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v8n16/art01.pdf> >. [consulta 10 julio 2015].

SZCZARANSKI, Federico. 2012. Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal. N° 14. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf> [consulta: 30 de marzo 2015].

VILLEGAS, Myrna. 2006. Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal. [en línea] Revista Electrónica Política Criminal N°2. <http://politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf>. [consulta: 10 julio 2015].

i) Páginas web.

UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO. ¿Qué es el lavado de activos? 2015. [en línea] <<http://www.uaf.cl/lavado/>> [consulta 28 enero 2015]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Chile y la Corte Penal Internacional 2015. [en línea] <http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/chile-corte-penal-internacional/> [consulta 15 abril 2015]

CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Mensaje 9274-07 del 10 de marzo de 2014. Establece un nuevo Código Penal. 2014. [en línea] <http://camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07> [consulta 28 mayo 2015].

