



UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES.

¿PUEDEN CONSTITUIR ASOCIACIONES ILÍCITAS LAS PANDILLAS JUVENILES?

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

FELIPE DANIEL GONZÁLEZ BERRÍOS

Profesor Guía:

Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile

2019

A mi amada madre, Luna de mi vida.

Índice

| | Página |
|--|--------|
| Introducción | 5 |
| | |
| Capítulo I: ¿Qué entendemos por pandilla juvenil? | |
| | |
| I.I. Aproximación al concepto de “pandilla juvenil” | 15 |
| I.II. Elementos | 16 |
| I.III. El fenómeno de la pandilla juvenil | 21 |
| I.IV. La realidad de las pandillas | 25 |
| I.V. Las pandillas en Chile | 30 |
| I.VI. Las pandillas juveniles en la Ley de RPA | 40 |
| I.VII. Las pandillas y las policías | 45 |
| I.VIII. Teorías criminológicas sobre las pandillas | 50 |

Capítulo II: **El delito de Asociación Ilícita en Chile**

| | |
|--|-----|
| II.I. La asociación ilícita en nuestro ordenamiento jurídico | 65 |
| II.II. Evolución histórica | 67 |
| II.III. La asociación ilícita en la jurisprudencia nacional | 69 |
| II.IV. Elementos de la asociación ilícita | 93 |
| II.V. Asociaciones ilícitas y pandillas | 96 |
| II.VI. Cuadro comparativo | 101 |
| | |
| Conclusiones | 103 |
| | |
| Bibliografía | 113 |

Introducción

Sabido es que la sociedad en su conjunto tiene como objetivo principal el bien común a través del mantenimiento de la misma, sobre la base de instituciones, principios, normativas y valores que guían la conducta humana dentro de la comunidad en pos de este fin. Es así como apreciamos en estos elementos la manifestación de directrices, ideas fundamentales que dictaminan la protección de tal o cual tópico que en general sustentará el progreso de dicha comunidad. De este modo, si consideramos que un mayor crecimiento en la economía significará a futuro un desarrollo y crecimiento sostenido, las directrices se expresarán en leyes que apunten en este sentido, protegiendo la propiedad privada, incentivando el emprendimiento y la inversión, estableciendo parámetros cada vez más amplios en cuanto a la libertad comercial, protegiendo con celo la libre competencia, la estabilidad de la inflación, etcétera. A su vez, si para la preservación de la sociedad y el aseguramiento de un desarrollo sustentable de ésta en lo que respecta a la convivencia y las relaciones interpersonales, reconoceremos la imperiosa necesidad de resguardar los intereses de determinados grupos para evitar la vulneración de sus derechos e intereses, como lo constituyen los niños,

niñas y adolescentes, estaremos convencidos de la importancia que tendrá en los años venideros garantizar ahora su crecimiento integral físico y psicológico, se establecerán normas que resguarden y promuevan dichos derechos, existirán entidades creadas con este solo propósito, se engendrarán en el seno de la sociedad firmes valores que versen sobre la importancia del respeto irrestricto de la persona, sobretudo en dicha etapa. Y es en este segundo intento, en donde graficamos en nuestra realidad nacional consecuencias que atentan contra la motivación inicial, pues el enfoque de las políticas públicas diseñadas al parecer no se fija inspirado esencialmente en el principio señalado, aunando muchas veces de manera fatal aquello respecto de lo cual están destinadas a aplacar. ¿Cuáles son estas consecuencias?, referente al segundo ejemplo, una batería de reformas al ordenamiento jurídico referente a los niños, niñas y adolescentes aplicadas de manera errática y con motivaciones coyunturales, dando un excesivo énfasis a la faz punible de la conducta de este grupo etario, tendientes a su criminalización y persecución, soslayando el deber de protección y evidenciando nulos avances en materia de capacidad civil, seguridad social y derechos en el acceso a la educación. Lo anterior, naturalmente se traduce en una vulneración de sus derechos, pues las modificaciones apuntan

generalmente a sanciones penales perjudiciales para el desarrollo de estos individuos en formación, sin impulsar programas de rehabilitación concretos y condenándolos mucho más allá de la sola supresión de su libertad, lo anterior avalado por la opinión pública influenciada por reportajes e investigaciones de medios que construyen un sesgo sobre ésta. Es atingente en este punto traer a la luz lo publicado en un informe sobre prevención redactado por el Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (CIPC) con sede en Canadá, que señala: *“(..) estas poblaciones presentan el riesgo más importante de cometer delitos, pero también de ser víctimas. No es sorprendente en estas condiciones constatar que las respuestas aportadas apuntan tanto a castigar a los jóvenes criminales como a buscar los medios de desarrollar los factores de “protección contra el crimen” y a anticipar los factores de riesgo (..)”*¹.

Profundizando en la materia, este informe denuncia una sobrerrepresentación de los jóvenes en ambas esferas, esto es, tanto como autores de hechos violentos como en calidad de víctimas. En este sentido, se comprueba la excesiva predominancia de este grupo en las estadísticas policiales en relación al porcentaje que representan sobre la población total. Este fenómeno también constatado en nuestro país construye una

¹ Informe internacional sobre la prevención de la criminalidad y la seguridad cotidiana. Montreal: CIPC, 2008, pp. 79.

percepción general de que la gente joven es más propensa a un comportamiento destructivo y peligroso.

Ahora bien, algunas de las medidas tomadas por los gobiernos de turno, inciden directamente en la situación antes mencionada. Sin duda alguna esto escapa a la formulación directa de normas que endurezcan las sanciones contra niños, niñas y adolescentes que participen en hechos constitutivos de delito, es así que incluso la implementación de políticas públicas en otras materias acarrearán secuelas de gran impacto en estos grupos expuestos. Como muestra de esto vemos que al incentivar la participación laboral de la mujer de forma creciente se genera una reestructuración familiar que causa el surgimiento de un factor de riesgo, toda vez que el incentivo al trabajo femenino no va de la mano con un aumento significativo en salas cuna (ni mucho menos en la calidad pedagógica de esta etapa temprana), ni una fiscalización eficaz en el cumplimiento de la ley por parte de los empleadores respecto al pago de estos derechos, o en una inyección de recursos para la contratación de personal capacitado, dejando al mercado esta tarea, labor que sin perjuicio de la relevancia para el futuro de la sociedad, se encuentra escasamente regulada.

Aquí comienza a germinarse la motivación principal de este ensayo, puesto que sobre este grupo etario en específico, pareciera que a vista del legislador es del todo factible escindir la capacidad de estos, dependiendo de tal o cual materia que se trate. Así, para el debido ejercicio de sus derechos civiles patrimoniales, un adolescente requiere de representación legal o autorización judicial en su caso, entorpeciendo cualquier acción de ésta índole que se quiera emprender. Por otra parte, sus derechos políticos no pueden ser ejercidos si no es cumpliendo la arbitrariamente designada “mayoría de edad”, conformando verdaderas masas de ciudadanos con opinión, pero sin voto. Es complicado pensar siquiera en que los niños, niñas y adolescentes tengan mayores libertades respecto de la autodeterminación de su cuerpo o del acceso irrestricto al conocimiento por parte de todos sin trabas de ningún tipo. Todo lo anterior generalmente basado en la atribuida inmadurez propia de la edad, de la falta de experiencia y/o desconocimiento, del derecho de los padres a educar a sus hijos (o de pagarla en su caso), entre otros. Todos estos argumentos pueden ser discutibles pero responden a una lógica de tutela arraigada y que en mayor o menor medida propenden a un fin en común y que es la protección de este grupo. Hasta aquí todo bien. Pero cuando hablamos de la

responsabilidad penal adolescente, esta figura benefactora y sobreprotectora que procura con celo cautelar los intereses de este grupo se desvanece drásticamente, perdiendo absoluta consistencia todos los argumentos antes ensalzados, transformándose radicalmente la percepción de estos individuos supuestamente inexpertos y sin preparación para afrontar la vida civil y política, en sujetos absolutamente susceptibles de las sanciones penales más gravosas, puesto que estos muchachos “evidentemente saben lo que hacen”, que representan un peligro latente para la población indefensa, entre otros titulares masificados por los medios. Entonces cabe cuestionarse si efectivamente constituyen un grupo de la sociedad que merece protección o hay que distinguir entre distintos “tipos” de adolescentes, ¿cuáles son los parámetros utilizados por el legislador para distinguir la susceptibilidad de niños, niñas y adolescentes de ser sujetos o no de tal o cual cuerpo normativo?, ¿Cómo explicar el hecho que se busque legislar en materia penal rebajando la edad que determina la imputabilidad de un adolescente a los doce años mas no se haga lo mismo en otros ámbitos de la vida cívica de toda persona, el acceso a sufragio, la capacidad total en materia civil, a una educación gratuita y de calidad en todos sus niveles, acceso a toda la información y conocimientos libre de sesgos enquistados y fortalecidos por

autoridades y agrupaciones de la sociedad civil que imponen su moralidad?, ¿puede un adolescente tener capacidad de organizarse para delinquir, endilgando con esto todas las penas que ello conlleva pero no tener capacidad de sufragar o de decidir sobre la educación que está recibiendo?, ¿es inevitable y urgente rebajar la edad de imputabilidad de los adolescentes para remediar los niveles de inseguridad?

Está fuera de toda discusión el hecho que efectivamente existen adolescentes que cometen delitos. Sin embargo, no es pertinente reflexionar acerca de la progresión que estos han mostrado en los últimos años, sobre la base del noticiario central y la percepción de inseguridad extrema que los medios de comunicación siembran en la ciudadanía. En primer lugar teniendo a la vista que de un tiempo a esta parte lo que constituía una breve sección policial en los diarios, o un resumen en los canales de televisión, ha pasado a ser lo fundamental en las pautas. Esto puede atribuirse al lucrativo sensacionalismo que sobrepasa cualquier límite posible, con desatinadas entrevistas a víctimas que acaban de perderlo todo por un incendio o discutibles coberturas en vivo y en directo a la última fechoría del niño delincuente, que vestida de una sincera preocupación por denunciar estos hechos y elucubrando sobre el incierto futuro del individuo, se esconde el

morbo por enseñar que la inocencia se ha perdido y que debemos temer pues lo que era impensado hace algunos años, ahora es muy probable que le pase a cualquiera de nosotros, merced de la fortuna que pueda uno tener. En este afán se acuñan conceptos y definiciones ajenos al marco jurídico, bautizando con originalidad a bandas y criminales, conducta de la que no escapa la problemática delictual de los menores infractores de ley. Así, conjuntamente con elevar a estos jóvenes como ejemplos vivos de la debacle del futuro de la sociedad y como esto hace indispensable rebajar la edad de imputabilidad, se resalta a adolescentes como antihéroes del hampa, creando una esperanza de al menos ser famosos y destacados en su quehacer a individuos sin mayores aspiraciones.

Atendido lo anterior, tenemos un primer acercamiento al objeto de este trabajo, y es que no cabe duda alguna que en la actualidad se ha formulado y utilizado indiscriminadamente el concepto de “banda juvenil”, con el exclusivo propósito de referirse a un grupo de jóvenes organizados para delinquir, aunando en su frialdad y preparación en su actuar igual o mejor que aquellas constituidas por adultos.

Es en el devenir de todos estos cuestionamientos donde surge el siguiente planteamiento: ¿Puede considerarse como asociación ilícita a un grupo

conformado en su totalidad por adolescentes?

No cabe duda que en esta disyuntiva confluyen todos los elementos antes esbozados y en la medida que sean satisfactoriamente contestados en el progreso del presente ensayo, será posible plasmar una opinión y postura propia sobre el asunto, además de esclarecer este dualismo expresamente denunciado, en cuanto a establecer arbitrariamente la susceptibilidad de aplicación de un marco normativo penal (ultima ratio), evitando la concesión de derechos en otras áreas relevantes en el ámbito jurídico.

Para una correcta descripción de la situación a analizar, en el presente ensayo formularemos el trabajo de la siguiente forma: ¿Pueden constituir las pandillas juveniles asociaciones ilícitas? Secundariamente estableceremos dos interrogantes: ¿Qué entendemos por pandilla juvenil?, Y asimismo ¿qué concepto existe de asociación ilícita en nuestro ordenamiento jurídico, y si es posible aplicarlo respecto a una pandilla juvenil?

Accesoriamente, como ya se esbozó, se presenta la visión sobre el asunto emitidas por diversas instituciones públicas vinculadas, además de jurisprudencia nacional y legislación internacional comparada en la que se materializa el fondo del presente trabajo.

Así las cosas, con un énfasis descriptivo es menester definir que el objetivo general es analizar la aplicación del tipo penal de asociación ilícita contenido en el artículo 292 y siguientes del texto punitivo, en aquellos casos en los cuales se compruebe la participación de niñas, niños o adolescentes en banda o grupo en hechos constitutivos de delito. Como objetivos específicos estableceremos el describir en primer lugar cual es el concepto de pandilla juvenil afín, si este es aplicado por las autoridades respectivas y en la afirmativa la forma en la que éste es aplicado por los Tribunales de la República. Esto nos dará las primeras luces respecto a qué debemos entender por este concepto forjado para este trabajo con ánimo únicamente explicativo, y cuál es la ley aplicable en este ámbito respecto de niños, niñas y adolescentes. Se hará lo propio respecto al concepto de asociación ilícita en el ordenamiento jurídico chileno, con énfasis en la jurisprudencia.

Capítulo I: ¿Qué entendemos por pandilla juvenil?

I.I. Aproximación al concepto de “pandilla juvenil”:

¿Qué sabemos sobre las pandillas juveniles? revisando los medios de comunicación tradicionales, es fácil enumerar sin dificultad bandas criminales que operan en el país. Este listado se hace más conocido si lo limitamos a aquellas conformadas en su mayoría por niños, niñas y adolescentes. Principalmente la televisión y prensa escrita han resaltado estos hechos delictuales por sobre otros, provocando indudablemente una sensación de inseguridad sostenida en la repetición a diario de estas acciones delictivas cometidas por estos malecheros adolescentes destacando la impunidad en la que actúan.

Recientemente fue tristemente conocida la pandilla autodenominada “el coro de la leche”, integrada por adolescentes y adultos dominicanos que traficaban, robaban y mataban en el centro de Santiago, siendo detenidos luego del asesinato de su líder. Más atrás sigue presente en la memoria colectiva la figura del “cizarro”, adolescente reconocido a nivel internacional por su récord delictual abultado merced a su precoz inicio en el hampa. Así como éstos, diversos sucesos son habitualmente cubiertos

por reportajes y noticias desde la perspectiva periodística, aunando en las secuelas dejadas en las víctimas que injustamente deben soportar estos delitos.

Respecto a lo anterior, es preciso señalar que desde un punto de vista jurídico, sin perjuicio de este tipo de actividades delictivas que afectan a la sociedad, no existe en materia punitiva un tipo especial que describa y sancione este fenómeno en particular, siendo imputados, investigados y condenados cada uno de los miembros individualmente. De este modo, existe en la opinión pública la creencia de una figura delictual que en términos prácticos no es aplicada por los Tribunales, generando una brecha entre lo que se cree y lo que es jurídicamente el tipo penal.

I.II. Elementos de la pandilla juvenil: Para formular un concepto jurídico de “pandilla juvenil”, debemos conformar una definición neutra que en su descripción reúna los elementos reconocibles que permitan distinguirla. De este modo, analizaremos en primer orden el término “pandilla”:

A) La pandilla: La Real Academia Española dentro de sus acepciones nos dice lo siguiente respecto a este concepto:

De panda.

1. f. Grupo de amigos que suelen reunirse para divertirse en común.
2. f. Grupo de personas que se asocian con fines delictivos o embaucadores.²

La academia nos entrega en sus primeras acepciones, dos significados disímiles entre sí. La primera describe una situación lúdica compartida entre un grupo de personas, con un cariz esencialmente de divertimento. Por el contrario, la segunda acepción resalta la actividad delictiva como núcleo de esta definición. De este modo y dependiendo de la subjetividad con que se asuma, el empleo del concepto de “pandilla” podrá tener una interpretación dual, lo que puede desembocar por vías diferentes mediante las cuales se aborda la problemática tratada, y en general permitirá determinar con qué prisma se observa y resuelve el conflicto.

² Extraído del sitio web oficial de la Real Academia de la lengua española, link: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=RfEVyTA>

B) “Juvenil”: En atención a que el concepto en análisis dice relación a un grupo etario específico, debemos remitirnos inicialmente a la legislación común, para fijar con precisión el periodo que abarca dicha denominación. Así, comprobamos que “juvenil” o “joven” no se encuentra contenido en el Código Civil. En su lugar, vemos que al artículo 26 de dicho cuerpo normativo indica que: “Art. 26. Llámase *infante* o niño todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, o simplemente *mayor*, el que ha cumplido dieciocho años; y *menor de edad*, o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos.”

En relación a la norma transcrita, podemos homologar el término “juvenil” a la conjugación de “menor” y “adulto” comprendiendo en el caso de los hombres aquel periodo que transcurre entre los 14 y los 18 años de edad, y para el caso de las mujeres, este principia dos años antes, esto es, desde los 12 años. Asimismo, calza también el concepto de “menor de edad o menor”, atendido que este concepto hace referencia a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad.

Por otro lado, y conforme a la ratificación del Estado de Chile de la Convención de los derechos del Niño en el año 1990³, dicho pacto internacional integra nuestro ordenamiento jurídico. Así, el estatuto suscrito establece en su artículo primero que se entiende por **niño** todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En lo concerniente a la legislación punitiva, nuestro Código Penal emplea el concepto de adolescente únicamente en el artículo 403 bis, al indicar en su inciso primero que: *“El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.”*

De este modo, verificamos que el legislador al tipificar un nuevo delito de maltrato y aumentar la protección de personas en situación especial,

³ Chile firmó y suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año, fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como ley de la República mediante el Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

consagra en el código punitivo la diferenciación entre “niña y niño” por un lado y “adolescente” por otro, acorde a los avances paulatinos en esta materia, reconociéndolos como personas en una situación especial de protección.

Ahora bien, la regulación especial consagrada en la Ley número 20.084 y el Decreto 1378 del año 2006 del Ministerio de Justicia, emplea el concepto “adolescente”, entendiéndose conforme el artículo 3 de la ley RPA⁴, como aquel individuo que sea mayor de catorce y menor de dieciocho años, quedando el término “juvenil” para describir aquello relativo a la juventud, De este modo, al hablar de adolescente hace referencia a los sujetos que se encuentran en esta etapa de la vida y al utilizar el adjetivo juvenil se hace referencia a todo lo relacionado con ella.

A la luz de la normativa analizada, concluimos que el concepto más adecuado para acuñar una definición completa es el de adolescente, concepto neutral que define estrictamente a todos los individuos mayores de

⁴ Ley 20.084, artículo 3°.- Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del **delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.**

En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.

La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil.

catorce y menores de dieciocho años, quedando el uso de “juvenil” como un adjetivo que hace referencia a todo lo relacionado con la adolescencia.

Asimismo, al hablar de “pandilla” podemos referirnos indistintamente a un grupo de personas que se reúnen por ocio o con un propósito criminal, doble interpretación que se torna como factor de vulneración si acompañamos este concepto con el adjetivo “juvenil” sin aclarar previamente a cual estamos aduciendo. En cuanto a este segundo elemento y ceñido a la legislación revisada, se concluye preliminarmente entonces que el concepto de pandilla juvenil podemos traducirlo como un grupo determinado de adolescentes vinculados a través de un lazo de afinidad que se reúnen con un propósito recreativo o, por otro lado, como una banda organizada constituida por adolescentes que se ponen de acuerdo para delinquir.

I.III. El fenómeno de la pandilla juvenil: No resulta tarea fácil forjar un concepto teórico que abarque la real complejidad de este tema, sin embargo estas disyuntivas han sido planteadas con antelación por diversos Estados y organismos internacionales, que ya avizoraban a principios del siglo XXI este fenómeno.

El Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (CIPC), creado en 1994 en Montreal, Canadá, y que tiene como objeto la prevención del crimen, abordaba esta temática en un artículo al confeccionar un compendio internacional de prácticas sobre prevención de la criminalidad para fomentar la acción a través del mundo, presentado en el año 2008. En las definiciones iniciales plantea dicho centro de estudios que: *“Establecer una definición común del término pandilla juvenil es un reto tanto para la comunidad científica como para los políticos, pues existe una creciente colección de sinónimos aproximados y palabras que reflejan importantes diferencias regionales.”*⁵ Conforme lo plantea la reseña precedente, es destacable la diversidad de significados que tiene el concepto en análisis, manteniendo diferencias entre estos.

En este contexto, para clarificar eficazmente qué entendemos por “pandilla juvenil”, el CIPC expone que éstas organizaciones identificadas como bandas criminales tienen un carácter **esencialmente colectivo**, dirigido hacia a una **conducta criminal** manifestada en grupo independiente de sus antecedentes como individuos; poseen una **asociación con la delincuencia** y mantienen una **dimensión juvenil**, conformada principalmente por

⁵ Compendio internacional de prácticas sobre prevención de la criminalidad para fomentar la acción a través del mundo. Montreal: CIPC, 2008, pp. 114.

hombres.

En el año 2007 y respondiendo a la creciente preocupación manifestada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Secretaría General de este organismo presidido en ese momento por el actual Senador chileno José Miguel Insulza, elaboró un trabajo sistemático sobre las pandillas y sus diferentes manifestaciones violentas y criminales. En dicho informe, el Departamento de Seguridad Pública de la OEA hace propia la definición del Dr. Frederic Thrasher (1927), precursor de las investigaciones sociológicas en esta área, quien formuló: *“Las pandillas representan el esfuerzo espontáneo de niños y jóvenes por crear, donde no lo hay, un espacio en la sociedad adecuado a sus necesidades. Lo que ellos obtienen de ese espacio es aquello que el mundo adulto no tuvo la capacidad de otorgarles, que es el ejercicio de la participación, vibrando y gozando en torno a intereses comunes.”* A este abrumador concepto vanguardista incluso en los tiempos que corren, es completado por parte de la OEA agregando que *“Complementariamente se puede decir que las pandillas juveniles actúan de un modo corporativo, y cuando lo hacen en forma delictiva⁶, participan en robos, tráfico de drogas y asesinatos, manteniendo graves conflictos con otras pandillas y con el mundo*

⁶ Lo destacado es nuestro.

circundante, al cual agreden a través de las formas más violentas, vulnerando la propiedad y la seguridad.”⁷

Continúa el informe enumerando los conceptos utilizados en diferentes regiones del mundo para referirse a las pandillas juveniles, siendo interesante la noción formulada por la ONG Vivo Río para describir la situación de las pandillas juveniles tanto en Brasil como en otros lugares, conceptualizada como *“niños de grupos de violencia armada organizada”*. Cabe resaltar de éste la utilización del término “niños” para indicar al grupo etario que describe, corriente no muy común en la actualidad que remarca inequívocamente la etapa de la vida en la que se encuentran dichos individuos, independiente del grado de criminalidad al que están expuestos y/o que manifiestan.

Conforme a lo transcrito, comprobamos que en la concepción que entrega esta organización internacional, se distingue la presencia clara del dualismo percibido al momento de definir los elementos de la pandilla juvenil. Y es que inmediatamente después de establecer como inicio teórico la contundente conclusión arribada por un investigador ochenta años atrás, que identifica a la ausencia de apoyo del estado en el desarrollo de jóvenes y

⁷ Departamento de Seguridad Pública, Organización de los Estados Americanos. 2006. “Definición y Categorización de Pandillas”, página 33.

niños, el estudio irrumpe ligando indefectiblemente lo anterior con las consecuencias que la otra acepción de pandilla estudiada da cuenta, esto es, la estructura delictiva, crímenes, conflicto y hostilidad, peligro a la seguridad y propiedad privada. De este modo, se vislumbra que existe un fuerte vínculo entre el elemento social y el delictivo, mostrándose como dos caras de un mismo concepto, erigiéndose ciertamente como una problemática que debe ser afrontada por los estados.

I.IV La realidad de las pandillas

Ahora bien, ¿qué tan aplicable resulta ser en la realidad nacional chilena?

“Pandillas amplían capacidad de reclutamiento y sus integrantes aumentaron en un 15%”. Así titulaba el diario El Mercurio el día 31 de Agosto de 2014 un artículo publicado que abordaba esta temática. En este reportaje, el abogado Gonzalo Berríos, jefe de la unidad de Responsabilidad Penal Juvenil de la Defensoría Nacional en la Defensoría Penal Pública, fue entrevistado a raíz de un eventual aumento de las pandillas, quien sostuvo que estas agrupaciones surgían de la necesidad de formar una identidad de individuos previamente rechazados por otros grupos sociales, complementando que lo anterior *“(..)* es muy relevante para explicar el

fenómeno, no para justificarlo, es que la pandilla les permite sobrevivir en ambientes hostiles. Ellos están inmersos en espacios de mucha exclusión y marginalidad, y el grupo es como una nueva familia, que les da la posibilidad de ayuda mutua".⁸

Para asimilar en profundidad lo que ocurre hoy, es esencial atender a la cada vez más diluida y deformada identidad colectiva que nos hemos dado como sociedad chilena. El cambio cultural y de apertura al mundo en las últimas décadas, sumado al acelerado acceso a medios tecnológicos, han modificado nuestras costumbres, no estando ajenos a dicho fenómeno nuestros adolescentes. Como elemento importante de este cambio se erige el mercado, que se ha filtrado en cada espacio de nuestras vidas, siendo yugo y guía de todos nuestros pasos, con especial énfasis en el grupo etario en análisis. De este modo la creciente oferta de bienes y servicios dispuestos para ellos, han provocado una necesidad imperiosa por obtener los mismos, más allá de la condición socioeconómica en la que se encuentren los jóvenes.

Más allá de una mera especulación, el mercado ha colocado a los adolescentes como nicho de negocios, asolando este grupo desde diversos flancos. A nivel regional, De acuerdo a datos de CEPAL, la población

⁸ Link: <http://vlex.com/vid/pandillas-ampla-capacidad-reclutamiento-526157946>

infantil y adolescente representa el 34,5% de la población total de América Latina y el Caribe, quienes pese a su escasa capacidad de compra han sido objeto de estrategias de marketing, principalmente por la injerencia de éstos en las compras que efectúan los hogares, reconociendo su atribuida calidad de nativos cibernéticos, con códigos modernos propios y variadas formas de comunicarse, cada vez más alejados de la supervisión de sus padres. Así lo evidencia en Chile un estudio efectuado por la Cámara de Comercio de Santiago denominado “Tendencias del Retail en Chile 2016”, en donde proponen que *“En general los jóvenes son identificados por la elevada importancia que ocupa la marca de los productos en sus preferencias, independientemente de su nivel socioeconómico. Esto es coherente con el perfil de una generación conectada, viajera y que se diseña para salir a la calle”*⁹. Sin escapar del fondo de la presente exposición, no deja de llamar la atención lo distante que se muestra esta hoja de ruta para las grandes cadenas de ventas al detalle (presentes a nivel sudamericano) en comparación a la indudable capacidad económica limitada de las familias chilenas¹⁰, fomentando inescrupulosamente la desigualdad social subjetiva

⁹ Tromben, Carlos - Lever, George - Cruz, María del Pilar. 2016. “Tendencias del retail en Chile. 2016”. Equipo de Investigación Cámara de Comercio de Santiago, página 35.

¹⁰ El Instituto nacional de estadísticas indicó que el ingreso promedio mensual líquido en Chile para el año 2017 alcanzó los \$554.493 (USD 845), y el que recibe un individuo que representa a la mitad de la población llegó a los \$379.673(USD 579).

en la comunidad, lo que nos lleva a reflexionar respecto a la inexistente responsabilidad de estos agentes económicos que no sólo cooperan con el crecimiento entregando trabajo, bienes y servicios, sino que influyen de forma focalizada en personas con un criterio en formación, sin asumir dicha tarea con la diligencia debida, esquilando los alicaídos presupuestos familiares. Cabe preguntarse los efectos generados si este énfasis lo marcaran políticas públicas de educación y apoyo social, mejorando adecuadamente desde las paupérrimas infraestructuras de los establecimientos educacionales públicos hasta la dignidad de los profesores y no solamente lo fijara un grupo de empresas ávidas de números azules en sus balances. Esta afirmación que puede parecer visceral e irreflexiva, no lo es tanto si consideramos que en este mismo periodo la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras (SBIF), al elaborar un informe de inclusión financiera en Chile, enseña que si bien existe un nivel de inclusión financiera del 98% sobre la población chilena mayor o igual a 15 años, únicamente un tercio posee tarjetas de crédito bancaria, un 15% posee cuenta corriente y solamente un 4% del total de la población posee un depósito a plazo. Ahora bien, si llevamos el foco sobre los jóvenes, el mismo grupo etario en el que se han enfocado las campañas de marketing a

nivel nacional y regional, del 2% que se encuentra excluido del mundo financiero, la mayor parte de estos corresponde a jóvenes de hasta 30 años. Esto nos permite reafirmar lo señalado, pues los datos entregados por la SBIF no pueden ser soslayados por los intervinientes del mercado, aspirando a una economía de primer mundo con los mínimos ingresos percibidos por la población, irguiéndose como un factor negativo en cuanto provoca una necesidad incontenible de consumismo en los jóvenes.

En la actualidad nadie ignora que la competitividad se presenta en todo ámbito de cosas, es el sistema el que en una búsqueda por mejorar su rendimiento numérico día a día, impone parámetros cada vez más altos, sobrevalorando con encomio el interés individual y estimulando la ilusión de alcanzar la mejor posición social posible, que hipotéticamente se obtiene con gran esfuerzo y sacrificio. Esta realidad no excluye al grupo etario en cuestión, es más, es aquí en donde comienza la concientización de estos individuos para adaptarse y en consecuencia poder responder a tales exigencias. Por ejemplo, si bien identificamos al sector juvenil como un grupo social diverso, estos responden en conjunto a formas específicas de consumo creadas y fortalecidas perspicazmente por el mercado, lo cual construye una necesidad y por ende una carencia para los jóvenes, situación

que crece exponencialmente año a año y que grafica el prisma capitalista que también ha llegado para quedarse en esta etapa de la vida. Así, las cualidades propias de cada uno que antes podían diferenciar a un adolescente de otro, hoy día pasan más por algo que en base al poder adquisitivo yo tengo o no. Sabremos en seguida entonces que para muchas familias chilenas será imposible satisfacer dichas necesidades. Por tanto es precisamente aquí en donde debemos prestar atención para una adecuada percepción de como hacen suyo el mundo los adolescentes (si ese es el caso) y del cómo la pobreza afecta a una mayoría gravitante de jóvenes que cargan con un doble peso, el ser adolescentes y además pobres, lo que pone cuesta arriba la vía para el desarrollo personal íntegro.

I.V. Las pandillas en Chile: Retomando el fondo de la temática tratada, toca preguntarnos, ¿existen efectivamente pandillas juveniles reconocibles en Chile?

Para responder esta interrogante, nos remitiremos a lo que informaban los medios de comunicación a principios de los años 2000, cuyo contenido no necesariamente estará vinculado a una investigación objetiva llevada a cabo por el Ministerio Público que haya concluido en sentencia condenatoria.

Estos artículos denunciaban con exuberantes cifras, una situación igual o peor a la actual. Así, el portal emol.cl destacaba con elocuencia un titular que decía *“Un millar de pandillas juveniles toma populares municipios de Santiago”*¹¹. La bajada del artículo de fecha 03 de Septiembre de 2001, expone la opinión de la entonces directora de SENAME Delia Del Gatto, quien consideraba que el aumento de las pandillas juveniles en Santiago se debía básicamente a problemas sociales. Del mismo modo, el en ese entonces candidato a Diputado por el distrito 42, el Abogado Nicolás Monckeberg Díaz señalaba que *“Queremos llamar la atención sobre este fenómeno. Existen pandillas que están funcionando y nadie se ha preocupado de este delito y tampoco de denunciar que hay jóvenes con problemas que no preocupan a nadie”*. Cabe destacar que el escenario denunciado se sostenía principalmente en un estudio elaborado por la organización denunciemos.cl, presidida por el mismo Sr. Monckeberg Díaz. Las conclusiones a las que arribaron según el artículo de prensa, denominaron a la problemática como *“delincuencia en pañales”*, dado que los integrantes de estas pandillas eran generalmente adolescentes, pero que, a pesar de su corta edad (entre 14 y 16 años), exhibían una fuerte

¹¹ Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/09/03/64840/un-millar-de-pandillas-juveniles-toma-populares-municipios-de-santiago.html>

agresividad. Ésta organización no gubernamental, sostenía que las pandillas juveniles en Chile se componían de 15 a 20 individuos, creando territorios con fronteras bien definidas y protegido de otras pandillas a través de la fuerza. En otra publicación de la época, queda constancia que el político Cristián Monckeberg Bruner entregó un mapa de la Región Metropolitana donde figuraban 13 comunas de Santiago -Ñuñoa, Santiago, Macul, San Miguel y La Pintana, entre otras,- con una fuerte presencia de pandillas juveniles dedicadas a la diversión, pero también a la delincuencia.¹² Finalmente encontramos un artículo del Mercurio de Valparaíso publicado el domingo 16 de Junio de 2002, que indica la existencia de unos 400 grupos antisistema, identificándose un 5% de estas con tendencias neonazis, compuestos en su mayoría por jóvenes.¹³

Las noticias recogidas, nos hablan de una prensa que plasmaba en el papel el inicio de una verdadera crisis, en donde las pandillas tomaban la urbe, bandas que supuestamente estaban plenamente identificadas, tanto en el plano particular como asimismo en su conformación general, señalando el número de miembros, pertenencia a tal o cual ideología, precisión que en ese entonces tal como lo indican los organismos ya citados hasta hoy es

¹² <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/comunas-del-sur-de-santiago-serian-foco-de-pandillas-juveniles/2001-09-02/140100.html>

¹³ Artículo publicado el domingo 16 de Junio de 2002 en la edición N° 60075 del Mercurio de Valparaíso.

compleja de alcanzar, en virtud de las diversas realidades y métodos de medición y control, por lo que sin duda sería ideal conocer algún día la verdadera fuente de estas prematuras conclusiones. Sin embargo, es preciso indagar en lo que a políticas públicas se refiere, ¿qué sucedía en ese entonces en materia legislativa?, ¿de qué forma el Estado afrontó estas “adversas” condiciones ante la criminalidad infanto-juvenil?

Pues bien, sabido es que en dicho periodo se estableció un cuerpo normativo de responsabilidad penal juvenil, aplicable a menores de edad desde los 14 años en adelante, estableciendo penas de cárcel para aquellos que cometan delitos graves, factor jurídico decisor en la actual situación. Este proceso que se gesta a raíz de acuerdos internacionales mínimos de protección ratificados por el legislador, desembocó en un estatuto punitivo no muy distinto al aplicado a los adultos, justificado principalmente en la realidad que se presentaba a comienzos de siglo sobre esta materia, índices sobre participación de menores en delitos que se quintuplicaron en un lapso de 10 años, situación que daba pie para que en mayo de 2005, el Senado elevará a 5 años la máxima sanción privativa de libertad, en el caso de adolescentes de 14 y 15 años de edad y a 10 años, para adolescentes entre 16 y 17 años y se reemplazara el catálogo de delitos elaborado

especialmente para los menores conforme al impulso internacional que le había dado origen, por la aplicación de las mismas sanciones contenidas en el Código Penal con una rebaja de la condena de un grado hasta el mínimo. Es decir, se aplicó la misma escala de penalidad de los adultos, menos un grado. Si releemos este párrafo desde el comienzo evidenciaremos una cadena normal y corriente desde el nacimiento de un proyecto de ley hasta su final publicación en donde un hecho de relevancia medular, como lo es innegablemente para la clase política dirigente el alza de los índices, determina la modificación inevitable de la normativa original para, en nombre de la nación, satisfacer adecuadamente esta necesidad palpitante. Pero, ¿bastaban esos indicadores para establecer un cuerpo sancionatorio, con consecuencias inciertas, influyendo incluso en la labor misma del Estado?

Es necesario aceptar que tales cifras pueden conducir a diversas conclusiones según se muestren las mismas, pues si consideramos objetivamente estos datos, y cómo lo demuestra un estudio de este período, ante un idéntico fenómeno analizado, el Ministerio de Justicia y la fundación Paz Ciudadana no presentaron una similitud en sus diagnósticos, siendo mayores los números de esta última, sensibilizando sobremanera a la

opinión pública.

Posteriormente, encontramos que en dicho periodo se desarrollaron incipientes estudios respecto a la reinserción de los menores condenados por la nueva legislación, encargados por el Ministerio de Justicia coincidentemente a la mentada fundación Paz Ciudadana, orientados a medir en Chile la tasa de reincidencia en jóvenes infractores de ley sometidos a la jurisdicción de la ley N° 20.084 y realizar una medición de las probabilidades de reincidir en población juvenil. El resultado arrojó que un 55,2% de quienes ingresaron al programa SENAME, dentro del primer año de vigencia de la ley en análisis, reincidieron y fueron condenados nuevamente por la comisión de delitos. Los denominados “delitos violentos” verifican un alto porcentaje de reincidencia, por ejemplo en hurtos hay un 74,7%, robo un 51,0%, otros delitos contra la propiedad un 62,7%.

En este tenor, se informaba en los medios el alza de hasta un 422% en la participación de mujeres menores de edad en delitos¹⁴, titular que no explicitaba que dicha cifra podía alcanzarse únicamente debido a los delitos cometidos por las tristemente reconocidas “arañitas” en sectores en donde

¹⁴ZUNINO, NOELIA. 2011. Mujeres que hurtan aumentan en un 422% en los últimos cuatro años. Diario La Tercera, Santiago, Chile. sección País, lunes 12 de Diciembre de 2011. página 6.

en el periodo anterior no se registraba participación de niñas en ilícitos, o que un 41% de los ilícitos cometidos en el sector oriente de la capital son perpetrados por menores de 18 años¹⁵, lo que en suma generaban (y continúan generando) expectación y ansiedad en la población, contribuyendo a una sensación de asedio en la cual la ciudadanía se encuentra inmersa, por la inseguridad provocada por sujetos que al asumirse como impunes de toda sanción penal son cada vez más avezados y a los que la autoridad no consigue por otro lado detener. Este escenario de incertidumbre que rodeaba a la opinión pública, fluctuaba entre altos y bajos mediáticos, dependiendo de la cobertura que los medios realizaban respondiendo a estímulos conocidos únicamente por estos, pero que sin duda preocupan desde un punto de vista jurídico como también social.

Estos factores que incidieron drásticamente en la germinación de la ley de responsabilidad penal juvenil arrojaron como resultado lo que podemos apreciar a partir del año 2011, cuando ingresaron denuncias respecto a la responsabilidad penal juvenil por 55.343 delitos perpetrados, casi 300 ingresos menos que el 2009 por el mismo concepto. Pero surge una inquietud pues es en los delitos anteriormente denominados “violentos”, se

¹⁵ MUNOZ PAULO. 2011. Robos en zona oriente: 41% de los detenidos desde 2007 son menores de edad. Diario La Tercera. Santiago, Chile. sección país. Jueves 19 de mayo de 2011, página 12.

verifica un alza. Por ejemplo en delitos sexuales, el 2011 hubo 145 denuncias más que en 2009, o por delitos contra la propiedad el aumento fue desde un 8,75% a un 9,62% en el mismo lapso de tiempo.

Del mismo modo, se confirmó un aumento general de la participación de menores en delitos, de 58.542 a 62.947 en dos años, en donde si bien nuestro sistema de carácter garantista cautela la presunción de inocencia, lo cierto es que en los hechos el trato entre un imputado no condenado y un “rematado” no es muy distinto, y que sin duda alguna llevado a un adolescente, genera secuelas en aquel individuo que está en proceso de configuración de su personalidad.

Pese a la entrada en vigencia de esta nueva normativa punitiva en lo que a adolescentes refiere, la situación de dicho periodo reflejó un aumento en la participación de menores en delitos violentos, que si bien no se torna “significativo” en comparación a otros índices que si sufrieron grandes alzas, demuestran que legislar en base a información parcial, no necesariamente representará una solución a la problemática presentada.

Contemplamos con el breve análisis realizado a la gesta de la ley penal juvenil, que no siempre se erige un cuerpo normativo atendiendo exclusiva y excluyentemente a datos verídicamente afianzados, sino más bien una

instrumentalización del fundamental rol que debería cumplir el poder legislativo propendiendo al bien común, con iniciativas de ley que nacen de situaciones tan particulares que ni siquiera logran eficazmente explicar su cometido. De muestra cabe mencionar la inaudita moción de algunos parlamentarios que pretendían impedir el acceso al derecho a la gratuidad en la educación superior a quienes causen destrozos en sus colegios en toma, sin investigación previa. Esto, básicamente respondiendo a la experiencia vivida en un establecimiento educacional, de una comuna determinada, de una región específica del país. Y precisamente esa imprudencia develada no sólo culmina en estas pomposas ideas que llenan titulares y ocupan tiempo valioso en radio y televisión, sino que efectivamente muchas veces se traducen en leyes de la república, socavando poco a poco la institucionalidad heredada con más dudas que certezas. Y es aquí en donde urge zanjar de antemano la interrogante que nos convoca, antes que los medios lo hagan por nosotros, como ya se ha avizorado.

Pues bien, las fuentes consultadas coinciden en expresar la enorme dificultad de definir a las pandillas juveniles debido a las vicisitudes propias de cada región y país, siendo complejo catalogar a las bandas delictuales que hacen noticia, más aun señalar su comportamiento como el de una

asociación ilícita con líderes identificables que asignan roles determinados, superficialidad que ha calado incluso a los medios oficiales de prensa del Ministerio Público. No obstante lo anterior, el diario de circulación nacional El Mercurio en su edición del 31 de Agosto de 2014, titulaba que *“Pandillas amplían capacidad de reclutamiento y sus integrantes aumentaron en un 15%”*¹⁶. La bajada denuncia una adopción de modelos importados de las maras centroamericanas y carteles del narcotráfico colombiano. En un segundo plano quedan las cifras respecto de las cuales se denuncia este aumento, que alcanzan las 150 pandillas a dicha fecha. Lo discutible nuevamente surge en cuanto a la resonancia de la noticia, que se basa en encuestas efectuadas por el PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), en donde uno de cada cinco chilenos manifestó que una amenaza a la seguridad en el país la constituía precisamente las pandillas, porcentaje que supera a la percepción de los argentinos e incluso a los mexicanos, siendo evidente la distancia entre una y otra situación, lo que comprueba el círculo vicioso de la inseguridad subjetiva pues los medios replican lo que el ciudadano de a pie aprecia, opinión insertada por los mismos medios, y a partir de este argumento poner en el debate público esta hipotética realidad de *“violencia urbana”*.

¹⁶ Link: <http://vlex.com/vid/pandillas-ampla-capacidad-reclutamiento-526157946>.

I.VI. Las pandillas juveniles en la Ley de RPA: Es menester verificar si el concepto examinado en este estudio tiene aplicación en la práctica, es decir, si la autoridad competente en el ámbito penal ha efectivamente acuñado éste término para categorizar una problemática que se haya constatado, delimitando un tipo con características particulares diferenciables y reconocibles y disponiendo de protocolos al efecto, o si en su defecto las “pandillas juveniles” responden más a un fenómeno cimentado y sostenido por la influencia de los medios de comunicación tradicionales.

Al revisar la Ley 20.084, vemos que dicha norma dispone en su artículo 21, las reglas de determinación de las penas contra individuos mayores de catorce y menores de dieciocho años, a saber: “(..) *Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.*”. Así, debemos redirigirnos al Código Penal, en búsqueda del tipo que contenga la figura de las pandillas, cuerpo punitivo que al ser explorado (exceptuando

obviamente el tipo penal de asociación ilícita revisado en el capítulo segundo), no consagra expresamente el término indagado en su léxico. Sin embargo, ya en su artículo octavo¹⁷ al definir la conspiración, este cuerpo legal puede entregarnos elementos de base para la configuración de dicho fenómeno, con un énfasis eminentemente explicativo más que de aplicación punitiva atendido los principios que fundan esta rama del derecho. Así, para concebir a la “pandilla juvenil” desde una perspectiva netamente punible, apuntaremos como primer elemento el hecho de estar conformada por dos o más personas mayores de catorce y menores de dieciocho años concertados para cometer un delito.

Más adelante encontramos el artículo 392 del mismo Código que reza: *“Artículo 392. Cometiéndose un homicidio en riña o pelea y no constando el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves al occiso, se impondrá a todos éstos la pena de presidio menor en su grado máximo. Si no constare tampoco quienes causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de presidio menor en su grado medio.”* Vemos que la sanción contra el delito de homicidio en riña o pelea donde no existe certeza del homicida, consiste

¹⁷ Artículo 8°, inciso segundo del Código Penal: “La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del crimen o simple delito.”

en la imposición de una misma pena a todos los participantes de las lesiones. En este sentido, el legislador castiga a todos los participantes de una paliza que desemboca en la muerte de un individuo de la misma manera, rigurosidad que si bien no puede asimilarse directamente con el tema tratado, nos sirve en el cometido de catalogar eficazmente a las pandillas juveniles. De este modo, podemos vislumbrar que en el evento que las pandillas juveniles fueran tipificadas, respecto de éstas podría erigirse como criterio sancionatorio el aplicado en el artículo recién transcrito, razonamiento que permitiría soslayar una de las características que más resalta de estos grupos, el cual es la dificultad para identificar e individualizar sus miembros y las acciones que cada uno de éstos cometa.

Por otro lado, el nuevo artículo 449 bis del Código Penal, insertado mediante la Ley 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, prescribe que:

“ART. 449 bis. Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una

asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”

En concordancia con lo expresado, el legislador reitera este criterio en el artículo 260 ter. del Código Penal cuando señala que: *“Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 5, 6, 9 y 9 bis el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”*

Conforme a lo transcrito, el legislador establece como circunstancia agravante de éstos ilícitos el hecho que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, lo que va más allá de haber cometido un ilícito con uno o más acompañantes requiriendo al menos un germen de asociatividad. Identificamos entonces que sin perjuicio de no encontrarse tipificada expresamente la sola conducta de agruparse en pandillas por parte de adolescentes, el legislador sí reconoce como circunstancia agravante para sancionar determinados delitos de connotación social, que éstos se hayan

cometido en grupo con fines delictivos, descripción del tipo que sin mayor dificultad puede asemejarse a una pandilla juvenil. Sin embargo, dicha norma expresamente excluye la aplicación de esta agravante, si dichas organizaciones constituyeren una asociación ilícita. De este modo, evidenciamos que la legislación punitiva impide de manera expresa que esta circunstancia agravante sea aplicable si se logra configurar una asociación ilícita, cuestión que aborda directamente el cuestionamiento formulado al comienzo del presente trabajo, otorgando claridad respecto a la perspectiva legislativa sobre la materia. Así, basados en este criterio legislativo, podría establecerse como agravante de la conducta delictiva el hecho que ésta sea ejercida en pandilla, lo que sin lugar a dudas imposibilita discurrir entre una eventual relación entre las pandillas juveniles y las asociaciones ilícitas pues éstas ya han sido diferenciadas en el caso de los adultos, por la entidad del delito.

En mérito de la normativa revisada, la pandilla juvenil podría definirse como un grupo constituido por dos o más personas mayores de catorce y menores de dieciocho años concertados para cometer un delito, situación que será considerada como circunstancia agravante del ilícito perpetrado, siempre que ésta agrupación no constituyere una asociación ilícita. No

constando el autor del delito cometido pero sí los que participaron del mismo, podrá imponerse a todos éstos igual pena.

I.VII. Las pandillas y las policías.

La complejidad de forjar una idea clara del fenómeno de las pandillas juveniles, nos anticipa como conclusión la necesidad imperiosa de darnos un cuerpo normativo penal especial en lo que adolescentes se refiere.

Pese a lo anterior, los órganos policiales preventivos e investigativos se han dado a esta tarea pues son quienes constantemente están en contacto con estos grupos. En este sentido, damos cuenta que en el año 2008, el departamento de investigación de organizaciones criminales, perteneciente a la dirección de investigación delictual y drogas OS-9 de Carabineros de Chile, atento lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 20.084¹⁸, emplea precisamente el término examinado en este estudio, redactando un informe titulado como “Situación actual de las pandillas juveniles en Chile”. Este instrumento se adentra en la materia, esbozando sucintamente factores que influyen positiva o negativamente en el desarrollo de los jóvenes, indicando como consecuencias en este segundo caso que *“el consumo de drogas, la*

¹⁸ Artículo 30 de la Ley 20.084: Capacitación de las policías. Las instituciones policiales incorporarán dentro de sus programas de formación y perfeccionamiento, los estudios necesarios para que los agentes policiales cuenten con los conocimientos relativos a los objetivos y contenidos de la presente ley, a la Convención de los Derechos del Niño y a los fenómenos criminológicos asociados a la ocurrencia de estas infracciones.

*participación en pandillas*¹⁹, el uso de la violencia como medio de interacción, la búsqueda de identidades confrontacionales, la pornografía, la promiscuidad sexual, la delincuencia, la participación en algún tipo de tribu urbana, etc.”²⁰. Destaca este informe que paralelamente a la creciente inseguridad subjetiva en el país, ha llamado la atención de la policía el surgimiento de “*grupos juveniles confrontacionales*”. Según la sección de análisis del O.S.9, estos grupos contestatarios al orden establecido, hacen propias las conductas de referentes ajenos a través de la imitación de modelos importados mas sin abrazar la ideología que estos propugnan, fundando lo expuesto en movimientos internacionales con presencia en Chile tales como los “skinheads” (o cabezas rapadas), “neonazis”, “punks” o “hardcore”, pero nombrando a otros totalmente desconocidos como los “ynestrillas”, “cyberpunks”, “almogavares”, “bad boys” o “break boys”, “chirrukeros”, “garrulos”, “motards”, “rockers”, entre otros. Al respecto cabe mencionar que ya a comienzos de los 2000 se verificaba la comisión de delitos de lesiones de diversa gravedad por parte de los denominados neonazis²¹, que entre los adolescentes eran conocidas como “barridas”,

¹⁹ El destacado es nuestro.

²⁰ Departamento investigación de organizaciones criminales, Dirección investigación delictual y drogas Carabineros de Chile. “Situación actual de las pandillas juveniles en Chile”. Página 3, año 2008.

²¹ Estas conductas fueron estudiadas por el Dr. Humberto Lagos Schuffeneger, en la publicación de la Revista de Estudios Policiales N° 1, diciembre de 2007, para la Academia Superior de Estudios Policiales. Según su investigación, el “pandillismo neonazi” en Chile, posee instructivos prácticos e ideológicos, considerando el uso de

atacando a homosexuales, travestis y vagabundos con armas blancas, objetos contundentes e incluso ácidos corrosivos, situaciones que muchas veces no eran denunciadas y si lo eran éstas no prosperaban.

Afirma el análisis policial que al año 2008 en Chile no existen antecedentes que informen de la existencia de pandillas de articulación internacional, manifestándose como agrupaciones que copian los estereotipos mas sin vincularse y subsumirse a éstas. Efectúa en este punto una advertencia que al tenor de lo desarrollado es preciso transcribir, a saber: *“por ello, lo realmente relevante es erradicar algunas estrategias que potencian y fomentan el peligro latente de un inadecuado tratamiento del tema, especialmente por parte de los medios de comunicación pública, como promotores de ciertos factores criminológicos, al fomentar el temor y el miedo en la población, ubicando al delincuente y en general al desviado²², en un lugar privilegiado de atención y de poder omnipotente, destacando en primera plana sus destrezas y habilidades, frente a la imagen de un sistema de reacción social formal impotente, minimizado y devaluado”* Lo anterior concuerda plenamente con las observaciones formuladas por este autor más

pseudónimos, entrenamiento físico, lectura del nazismo y sus derivados, adhesión de nuevos miembros, porte de armas, adiestramiento paramilitar, organización en células y clanes, etc. Según este facultativo, se estaría ante una “...asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades...”, lo que “...importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.” Cada célula neonazi, creada con los propósitos delictivos que se evidencian, constituiría en sí misma una asociación ilícita.”

²² Lo destacado es nuestro.

arriba respecto a la responsabilidad de los medios de comunicación, apreciación que es afianzada por estas recomendaciones realizadas por el ente policial preventivo.

Continuando con el análisis al informe evacuado por el departamento de investigación de organizaciones criminales de la dirección de investigación delictual y drogas OS-9 de Carabineros, vemos que este propone una serie de elementos para identificar a las pandillas juveniles. Primeramente atribuye a estos grupos una función de vinculación, en el sentido que compensa las carencias afectivas de sus integrantes, suscitadas por entornos mayoritariamente hostiles en los que se desenvuelven, creando un lazo de pertenencia ausente en otros ámbitos de su vida.

Indica también como otro elemento característico la existencia de normas reglas a las cuales todos los miembros se someten, fundado en el principio de solidaridad propendiendo a la seguridad mutua de la pandilla. No obstante, estas reglas por lo general administran la violencia interna como hacia exterior de la agrupación. De todos modos, es presuroso en revelar que no todos estos grupos son violentos, pues los jóvenes pueden manifestar la violencia hacia sí mismo (mutilaciones, consumo de drogas, degradaciones), como hacia dentro del grupo o contra otras pandillas. Así,

diremos que Carabineros conceptualiza a las pandillas juveniles como núcleos sustitutos de las necesidades afectivas de adolescentes en condiciones de riesgo social, con normas preestablecidas orientadas a la defensa y mantenimiento de la misma por sobre sus integrantes, vinculadas directa o indirectamente con la violencia. Esta concepción, se asemeja a la establecida por el CIPC en cuanto comparten un carácter colectivo, prevaleciendo el grupo por sobre los individuos, sostenida principalmente por la violencia, con una faz juvenil marcada.

En este mismo orden, el Dr. en Sociología, Abogado y licenciado en Teología Sr. Humberto Lagos Schuffeneger conceptualiza a estas agrupaciones, señalando que son grupos *“minoritarios, herméticos, cerrados sobre sí mismos, con una identidad primaria provista de una ideología simple, dirigidos por líderes con ciertos carismas que conducen al grupo con mando autoritario-dictatorial; la adhesión es fanática; expresan agresividad y violencia.”*²³. A lo transcrito, podemos agregar lo manifestado en el 2014 al Diario El Mercurio por el en ese entonces jefe de la unidad de Responsabilidad Penal Juvenil de la Defensoría Nacional en la Defensoría Penal Pública el Abogado Gonzalo Berrios, quien recalcó que

²³ Lagos Schuffeneger, Humberto. 2007. “El fenómeno social de las pandillas y del neotribalismo urbano”. Revista de estudios policiales N° 1, diciembre de 2007, página 11.

las pandillas nacen de la necesidad y búsqueda de identidad, reconocimiento y pertenencia, señalando que *“(..) por lo general, quienes acaban en los grupos delictivos más violentos previamente fueron rechazados por otros grupos sociales: se han enfrentado a abandono familiar y ser excluidos en la escuela.”*²⁴

I.VII. Teorías criminológicas sobre las pandillas.

La convergencia de los distintos puntos de vista, sobre las razones del ánimo gregario y la eventual relación de las pandillas juveniles con la participación de sus integrantes en hechos delictivos, es descrita por ciertas teorías criminológicas que con una moderna visión sociológica criminal, determinan el delito como un fenómeno social, procediendo a su explicación desde diversos enfoques que nos permiten explicar las nociones delineadas con anterioridad²⁵.

En primer orden tenemos las teorías de la socialización deficiente, las que centran la delincuencia como un fenómeno acaecido por una deficiente capacidad de socialización del individuo, de su infancia o de grupos de

²⁴ Declaración efectuada al diario El Mercurio en su edición del 31 de Agosto de 2014.

²⁵ Esta síntesis de teorías es extraída de las publicaciones de Carlos Vásquez González del año 2003 tituladas “Predicción y prevención de la delincuencia juvenil, según las teorías del desarrollo social (social development theories)” Revista de Derecho, volumen XIV, página 135 y” Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas”, Colex, Madrid.

influencia. Aquí hallamos las teorías ecológicas de la Escuela de Chicago, que establecen un nexo entre el fenómeno criminal y la estructura social en la que se desenvuelve y en función del ambiente que la rodea, incluso algunas estableciendo zonas determinadas de una ciudad como más propensas a generar delincuencia. También analizan los efectos criminógenos de los hogares quebrados,²⁶ referido a grupos familiares disfuncionales afectados por separación, divorcio o fallecimiento de los padres. La teoría del aprendizaje social por su parte, explica la conducta humana como *“una interacción recíproca y continua entre los determinantes cognoscitivos, los comportamentales y los ambientales”*.

La teoría de la asociación diferencial o de los contactos diferenciales por su parte establece la hipótesis de que tanto el comportamiento desviado o delincencial, como el normal o social, es aprendido. Cabe aquí destacar la propuesta de Edwin Sutherland, referente de esta teoría, quien sistematiza su planteamiento concluyendo que el comportamiento criminal se aprende en interacción con otras personas cercanas al individuo, obteniendo técnica y dirección de impulsos apuntando al actuar ilícito, no muy distinto a otros procesos de aprendizaje.

La teoría de las subculturas, cuyo representante más importante es Albert

²⁶ Traducción libre del término “broken homes”.

Cohen, ubica como el eje central de su explicación, el problema de la criminalidad juvenil, asumiendo dicho sea de paso, la existencia previa de tal vinculación y que comprueba la nocividad de esta relación en el grupo etario en comento. Tiene su inicio dicho planteamiento en la proposición de que *“toda acción es el resultado de continuados esfuerzos para solucionar problemas de adaptación, esto es, su falta de reconocimiento por el grupo de referencia.”* A lo que apunta esta teoría es a decir que el joven conflictuado puede elegir entre tres alternativas: Incorporarse al ámbito cultural de los jóvenes de clase media, aunque suponga competir en inferioridad de condiciones; Integrarse en la cultura de otros jóvenes de la calle, renunciando a sus aspiraciones; o integrarse en una subcultura delincuente.

Este autor propone cinco notas características de la delincuencia de grupos o pandillas, a saber: 1) calidad no utilitaria; 2) destructividad; 3) negativismo total; 4) gratificación inmediata; y 5) desafío a la autoridad, todas las cuales singulariza al grupo objeto de estudio.

Existen otras teorías criminológicas que puntualizan su estudio en la estructura social defectuosa, las que asumen de diversas maneras que la causa principal de la delincuencia radica en el trastorno e

inestabilidad de las estructuras e instituciones sociales. Consideran el delito como una consecuencia de la desorganización social. Así tenemos por ejemplo la teoría de la Anomia, de Émile Durkheim y Merton. El concepto de anomia expresa las crisis, perturbaciones de orden colectivo y desmoronamiento de las normas y valores vigentes en una sociedad, como consecuencia de una transformación o cambio social producido de improviso. Merton parte de conceptos similares a los de Durkheim al expresar que entre los diferentes elementos de las estructuras sociales y culturales, dos son de importancia inmediata y absoluta: El primero consiste en objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos, sustentados como objetivos legítimos por todos los individuos de la sociedad. Un segundo elemento de la estructura cultural determina, regula y controla los modos admisibles de alcanzar esos objetivos. Hay un par más de ideas que se pueden encuadrar dentro de esta clasificación, tales como la Teoría de la desigualdad de oportunidades, la Teoría de la tensión o de la frustración, la Teoría del control o arraigo social, que en grandes rasgos consisten en distinguir entre el control ejercido desde fuentes externas al individuo y el control ejercido por el propio individuo, entre otras.

Asimismo, tenemos las teorías de la criminalización que, discutiendo el concepto mismo de delincuencia, introdujeron una visión crítica y compleja de este fenómeno. En primer lugar está la Teoría del etiquetado o de la reacción social cuyo interés principal consiste en estudiar el proceso de atribución de definiciones negativas, esto es la acción de etiquetado (proceso que resaltamos respecto a las líneas editoriales de los principales medios de comunicación), los mecanismos del control social que consiguen el etiquetamiento, los procesos de estigmatización y exclusión de los delincuentes. Esta teoría afirma que el sistema de justicia juvenil es en gran medida causante del problema de la delincuencia y que propugna la salida del sistema social de la mayoría de los jóvenes.

Finalmente emergen las Teorías Integradoras, que intentan conciliar los apostolados acumulados por las distintas teorías criminológicas (someramente aquí tratadas) para conseguir un conocimiento más completo de la delincuencia. Es aquí en donde obviamente se manifiesta el elemento social que rodea el fenómeno de estudio, y que limita muchas veces una determinación objetiva de normas y reglas para comportamientos que bien pueden responder a dos o más de las señaladas teorías. Es así como estas últimas parten de integrar y relacionar los factores individuales o personales

que pueden influir en el delito con los factores sociales y los factores estructurales. Destaca en esta vertiente la teoría integradora propuesta por David P. Farrington pues inicia inspirado en encontrar una explicación de la delincuencia, integrando los aspectos más relevantes de cinco grandes teorías: la teoría de las subculturas de Cohen, la teoría de la desigualdad de oportunidades, la teoría del aprendizaje social, la teoría del control, y la teoría de la asociación diferencial.

Según este teórico, la delincuencia se produce mediante un proceso de interacción entre el individuo y el ambiente, que él divide en cuatro etapas:

En primer lugar posiciona la motivación de la conducta delictual. Sugiere que los motivos que mayoritariamente producen actos delictivos son deseos de bienes materiales, de prestigio social y búsqueda de excitación, inducidos culturalmente o pueden responder a situaciones específicas. Manifiesta este autor que *“puede ser que el deseo de búsqueda de excitación sea grande entre niños de familias pobres porque la excitación es más altamente valorada por la gente de clase baja que por la gente de clase media, porque los chicos pobres llevan unas vidas más aburridas o porque son menos capaces de posponer gratificaciones inmediatas a favor de metas a largo plazo”*. Es preciso hacer notar que según ésta teoría y

aplicándolo a la realidad nacional, no tan sólo instituciones e individuos participan de la generación de esta potencialidad criminal, pues como ya se advirtió con anterioridad el mercado incide directamente, elemento no menor si pensamos que la totalidad de los Estados con un sistema capitalista en sus gobiernos generan normativas que propugnan la protección de este matiz a como dé lugar, sin entrar en cavilaciones respecto a sí todos quienes no participen de lo bueno de esta propuesta estarán tranquilos, asumidos en su condición de manera austera.

En la segunda etapa, se busca el método legal o ilegal de satisfacer los deseos. *“Es muy sugerente que alguna gente (sobre todo los jóvenes de clase baja) tengan menos posibilidades o capacidad de satisfacer sus deseos mediante métodos legales o socialmente aprobados, y por ello tiendan a elegir métodos ilegales o desaprobados socialmente. La relativa incapacidad de los jóvenes pobres para alcanzar metas u objetivos mediante métodos legítimos puede ser, en parte, porque tienden a faltar a la escuela y, por tanto, tienden a llevar comportamientos erráticos y empleos de bajo nivel. La falta a la escuela resulta, a menudo, una consecuencia de la falta de estímulo intelectual proporcionado por sus padres en un entorno de clase baja, y a la falta de énfasis en conceptos*

abstractos.” Aquí constatamos la relevancia de los medios masivos de comunicación en no aunar en aquellos ejemplos negativos que puedan ser identificados y abrazados por los jóvenes en riesgo social, y las insospechadas consecuencias de la velada arremetida comercial contra este grupo etario mas sin brindarle el acceso financiero que la adquisición de estos bienes solicita.

En la tercera etapa, la motivación para cometer actos delictivos se acrecienta o aplaca por las creencias y actitudes interiorizadas sobre el significado de infringir la ley, que han sido desarrolladas mediante un proceso de aprendizaje como resultado de una historia de recompensas y castigos. *“La creencia que la delincuencia es mala, o una firme conciencia tiende a desarrollarse si sus padres se muestran a favor de las normas legales, si llevan a cabo una estrecha supervisión sobre los niños, y si castigan los comportamientos socialmente desaprobados usando disciplinas de cariño y orientación. Por el contrario, la creencia que la delincuencia es legítima, tiende a fortalecerse si los niños han sido expuestos a actitudes y comportamientos favorables a la delincuencia, especialmente por miembros de su familia y sus amigos”*. Estas expresiones nos llevan a la lamentable verificación de la escasa preocupación de los

órganos estatales a velar por un entorno adecuado para los niños y niñas, ignorando qué tipo de valores o disvalores se les entrega en el hogar, perdiendo un poco de fuerza el argumento manoseado de “a mis hijos los crío yo” utilizado por sectores retrógrados y conservadores rechazando los contenidos de inclusión social y educación sexual en los colegios públicos.

La cuarta etapa supone un proceso de decisión en una situación particular que se verá afectada por los factores situacionales inmediatos. *“Si la motivación para cometer el acto delictivo sobrevive a la tercera etapa, que esta se convierta en realidad, en cada situación, dependerá de los costes, beneficios y probabilidades del posible resultado”*. Las consecuencias futuras influyen en la tendencia criminal que pueda o no seguir un individuo. En palabras del autor *“La delincuencia alcanza su cota máxima entre los 14 y los 20 años, porque los chicos (especialmente aquellos de clase baja que abandonaron la escuela) tienen fuertes deseos de excitación, cosas materiales, y estatus entre sus iguales, pocas posibilidades de satisfacer estos deseos legalmente, y poco que perder. Por el contrario, después de los 20 años, los deseos se atenúan o se vuelven más realistas, hay más posibilidades de adquirir esas metas más limitadas legalmente, y los costos de la delincuencia son mayores”*.

La breve revisión de las corrientes criminológicas de enfoque social, conciertan en la relevancia del entorno que rodea a cada individuo, que incide en el proceso de aprendizaje de todo tipo de conductas. En este sentido, el proceso cognitivo del comportamiento criminal, tiene como núcleo la convivencia en grupos en los que prevalezca el irrespeto a la autoridad y la ley, en interacción con personas que formen parte de éste; una pandilla en la segunda acepción calza perfecto en esta figura. La incapacidad para adaptarse de parte de estos individuos y la ausencia de políticas que propendan a esto, puede desembocar en el ingreso del adolescente a subculturas antisistema que comprobadamente tienen presencia en nuestro país. Por otro lado, la putrefacción de las estructuras e instituciones, que día a día parecieran socavarse irreparablemente con casos graves de falta a la probidad de autoridades de alto nivel que quedan sin sanción, difuminan los medios de regulación y control de los modos aceptables para alcanzar los objetivos legitimados y deseados por la comunidad toda, disponiendo de valores en pos de un fin. De la misma manera encuentra fundamento lo dicho respecto a las nocivas consecuencias que acarrea la estigmatización de adolescentes infractores de ley y la excesiva exposición de esto en los medios. En igual magnitud, la utilización

que hace el mercado de estos para llegar a este grupo etario que en su mayoría vive en la pobreza, provocan una motivación de saciar la necesidad de poseer determinados bienes, generando gran frustración que conlleva a la inadaptabilidad social y que puede desembocar en la búsqueda de íconos y grupos que promuevan los disvalores.

Con todo lo expuesto, es oportuno responder a la interrogante que da inicio al presente capítulo, indicando que la pandilla juvenil es un fenómeno presente en la sociedad chilena, que en su faz descriptiva puede ser definida como **una agrupación de niños, niñas y/o adolescentes, vinculados por un lazo de afinidad, que se reúnen con un propósito recreativo o delictual, determinado principalmente por el ambiente en el que se desenvuelvan, participando este grupo de influencia activamente del proceso de aprendizaje de modos conductuales.**

En lo que respecta a la acepción negativa del concepto objeto de estudio, señalaremos que una pandilla juvenil es **aquel grupo constituido por dos o más personas mayores de catorce y menores de dieciocho años concertados para cometer un delito, situación que será considerada como circunstancia agravante del ilícito perpetrado, siempre que ésta agrupación no constituyere una asociación ilícita.**

Estas bandas se establecen como **núcleos sustitutos de las necesidades afectivas de adolescentes en condiciones de riesgo social, con normas preestablecidas orientadas a la defensa y mantenimiento de la misma por sobre sus integrantes, vinculadas de directa o indirectamente con la violencia.**

Al verificar la existencia de las pandillas juveniles, al tenor de las dos acepciones más utilizadas y que coincidieron en la manera de cómo una u otra vertiente deriva en consecuencias relevantes para el devenir de la sociedad toda, al incidir en las políticas públicas en educación y “desarrollo social” y/o de corte netamente punitivo, es posible aseverar la indisoluble vinculación entre estas agrupaciones y el entorno que las rodea, el cual en mayor o menor medida determinará el camino que estas optarán, siendo aconsejable salir del abandono e inamovilidad de parte de los gobiernos en el acompañamiento en la etapa de desarrollo de jóvenes, niños y niñas, pues estos instintivamente se darán espacios que suplirán dichas carencias, los que no necesariamente serán positivos. A esta preocupación, debe agregarse las responsabilidades que deben asumir los medios de comunicación y el mercado en el tratamiento de este grupo etario.

En suma, se hace notoria entonces la relevancia multisectorial que constituye el tema de las pandillas juveniles en Chile, traduciéndose en una problemática que se debe abordar adecuadamente y con visión de Estado. Diversas instituciones internacionales y locales han recopilado y difundido el conocimiento sobre esta materia desde sus veredas, colaborando en dar forma y sentido a estas asociaciones, indagando en sus relaciones internas y externas.

En cuanto a la producción de normativa especial, hemos conocido de la falta de un cuerpo punitivo adecuado a las características propias de la vida en esta etapa en nuestro ordenamiento jurídico, el que gradualmente ha ido adoptando los acuerdos internacionales que avanzan en la consagración de derechos, pero que en la práctica al no ejercerse debidamente permiten sugerir cual es la verdadera trascendencia de este proceso. Así, el texto sancionatorio aplicable no contiene un tipo penal específico que sancione la participación de adolescentes en pandillas juveniles como delito en sí, concluyendo a priori que de forma alguna una agrupación de estas características será sancionable por el solo hecho de existir. En este punto cabe mencionar que se buscó exhaustivamente jurisprudencia que pudiera contradecir o reafirmar lo anterior, encontrando un fallo de fecha ocho de

noviembre de 2000, dictado por el Primer Juzgado del Crimen de Punta Arenas signado bajo el rol C-67.792-2000, causa en la que el procesado en calidad de autor del delito de homicidio blandió que le favorecía la atenuante del artículo 11 N° 5, en consideración a que la víctima *“era un joven peligroso, considerado así entre sus vecinos, portaba habitualmente arma blanca y frecuentaba una pandilla juvenil o grupo de jóvenes que se reunían en la esquina del Pasaje Las Marías o por calle Sargento Aldea. Luego, Juan Carlos Zúñiga Hernández, no hizo sino actuar en vindicación próxima de un pariente, de su hijo, no hizo sino resguardar la posesión y el dominio de un bien mueblepreciado para él”*. Lamentablemente para las pretensiones del condenado, el Tribunal rechazó dicha defensa fundado en que la *“pandilla que acompañaba al menor occiso, no tuvo ninguna reacción frente al autor”*. En este caso, sin perjuicio de la escasa jurisprudencia obtenida, ésta nos indica que la presencia misma de la pandilla en situaciones delictuales, no necesariamente ésta será considerada en su faz negativa, debiendo atender a su real participación en los hechos. Finalmente, el único elemento encontrado asimilable a la sanción de la comisión de delitos por las pandillas juveniles en nuestro Código Penal, es la agravante dispuesta para determinados ilícitos en los que el imputado

haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita. Lo expuesto permite observar que a nivel sancionatorio no existe una figura que tipifique a las pandillas juveniles, existiendo un trabajo pendiente en cuanto a producir un cuerpo normativo apropiado a las incidencias particulares de la vida en la adolescencia, como lo observa el profesor Jaime Couso al indicar que *“En lo que atañe a los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la responsabilidad (culpabilidad) del autor, prácticamente no hay reglas especiales (salvo, acaso, la del artículo 4 de la LRPA., en relación con los delitos sexuales impropios, y las que se refieren a las faltas).”*²⁷

²⁷ Couso Jaime, “La especialidad del Derecho penal de adolescentes”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre), pág 269.

Capítulo II: El delito de Asociación Ilícita en Chile.

II.I. La asociación ilícita en nuestro ordenamiento jurídico.

Qué duda cabe respecto a la dificultad que representa el acuñar un concepto en materia de derecho, sobre todo en materia punitiva. Sabemos que el delito de asociación ilícita se encuentra tipificado desde la promulgación del Código Penal en el año 1874, en el Libro segundo, Título Sexto de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, título X denominado “De las asociaciones ilícitas”, indicando en su artículo 292 que: *“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”*.

En este mismo cuerpo normativo contiene en el artículo 411 quinquies lo que sigue: *“Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código.”* Esta figura requiere que se reúnan además de los requisitos de permanencia y jerarquía de toda asociación ilícita, la comisión de a lo

menos un delito de aquellos relacionados con el tráfico de migrantes y que se corresponda con el objeto de su constitución.

Encontramos también este tipo penal en el inciso primero del derogado²⁸ artículo 22 de la ley 19.366, que prescribía: *“Artículo 22.- 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(..)”*

Asimismo, el inciso primero del artículo 16 de la Ley 20.000 indica que: *“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:(..)”*

Si revisamos la evolución histórica de esta figura, sabremos que se encuentra reconocida en diversos ordenamientos nacionales, siendo procedente revisar aquellos que influyeron directamente en la configuración del actual tipo de nuestro Código.

²⁸ El Art. 64 de la LEY 20000, publicada el 16.02.2005, cuyo texto aprueba la nueva Ley de Drogas, dispuso la derogación de la presente norma. Sin embargo, el Art. 3º Transitorio de la misma ley dispone que se mantendrá vigente para la Región Metropolitana, en lo relativo a normas penales y procesales orgánicas, con las salvedades que indica. Asimismo su Art. 1º Transitorio dispone que la presente ley seguirá vigente respecto de los delitos contemplados y de las normas procesales, normas procesales, por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley 20000.

II.II. Evolución histórica.

El estudio realizado por el investigador Juan Ignacio Rosas Oliva²⁹, nos cuenta que el Código penal francés de 1810 es el primer cuerpo normativo que establece como delito a la asociación ilícita, colocándola entre aquellos crímenes contra la paz pública. Dispone la ilicitud de esta figura por el solo hecho de existir, sin exigir la verificación concreta de los delitos que pretendan cometer, bastando la comprobación de su organización interna y funciones debidamente delimitadas distinguiéndose entre meros integrantes y líderes. Sancionó a su vez a quienes colaboren con dichas organizaciones. Dentro de sus modificaciones, la actual normativa penal Francesa reconoce en el artículo 450-2³⁰ la eximente de responsabilidad respecto de aquel participante que antes de cualquier acto ponga en conocimiento de las autoridades la existencia de la organización y sus integrantes.

La legislación Belga de 1867, con fuerte inspiración francesa, ubicó a las asociaciones ilícitas entre aquellos delitos contra la seguridad pública, diferenciándose del sistema francés al fijar las penas en atención a la condición o cargo que desempeñaba el miembro dentro de la asociación como

²⁹ Rosas Oliva, Juan Ignacio “Evolución histórica de la tipificación del delito de “asociación ilícita”: Análisis de derecho comparado”. Revista Perspectiva penal actual, N° 1, Año 2012.

³⁰ Artículo 450-2, del Código Francés: Toda persona que haya participado en la agrupación o acuerdo definidos en el artículo 450-1 estará exenta de pena si, antes de cualquier diligencia, haya revelado la agrupación o acuerdo a las autoridades competentes y permitido la identificación de los demás participantes.

a las penas que tenían previstos los delitos objeto de la asociación. Contempla a su vez una eximente de responsabilidad antes de ejecutarse los crímenes o delitos comprendidos en la asociación y de toda acción judicial emprendida ante la autoridad han informado a ella la existencia de estos grupos y los nombres de sus jefes o subordinados.

Es menester analizar lo contenido en la legislación española respecto al delito objeto del presente ensayo.³¹ Vemos que en este ordenamiento también existe distinción de penas respecto al cargo dentro de la organización, reconociendo asimismo la figura de colaboradores externos y atenuante al delator, mas es relevante revisar el tipo introducido en el artículo 570 ter paralelamente al de asociación ilícita, denominado “grupo criminal”, definiéndolo como “la unión de más de dos personas, que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de falta”. Esta asociación ilícita incompleta, podría interpretar de mejor forma a aquel mamotreto mediático que hemos analizado, solo en aquella faz

³¹ Artículo 515 del Código Penal Español: Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar. 4º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o 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 discapacidad.

efectivamente delictiva y no como herramienta de catalogación y discriminación socioeconómica.

En Chile, el delito de asociación ilícita descrito en la forma que ya se indicó, acogió el sistema belga de penas, atendiendo a la condición de los individuos en la agrupación y a la cuantía de los delitos objetos de la asociación. Dispuso además de la eximente de responsabilidad respecto de quienes den noticia de la existencia del grupo criminal siempre que lo hicieren antes de ejecutarse los delitos y de ser estos judicializados.

Ceñido a lo expuesto, podemos decir que la asociación ilícita es penada por el solo hecho de existir, colocándose entre aquellos delitos de alta connotación social, pues sus repercusiones van más allá de un individuo o grupo específico atañendo a la tranquilidad colectiva. Las sanciones son impuestas acorde al cargo que se ocupa en la organización y a la pena asignada a los delitos cuya consumación se persigue.

II.III La asociación ilícita en la jurisprudencia nacional.

Ahora toca traer a la luz la concepción teórica plasmada en jurisprudencia que la materialice. Como primer antecedente, revisamos un fallo de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 31 de agosto de 2004,

Rol N° 15.506-2003, en que indica: ". . . atribuyendo sentido a los giros "asociarse" y "organizarse" que emplea la norma (artículo 22 de la Ley N° 19.366), debe concluirse que la ocurrencia del delito en cuestión dice relación con la existencia de una estructura antijurídica que por concurrir las características anotadas lesionan de manera concreta el referido bien jurídico poder o función del Estado. Esto es, dicho de otro modo, **tal conducta se sanciona sin perjuicio de hacerlo respecto de aquella que siendo también delictiva constituye la finalidad de la organización**³² por afectar a otros bienes jurídicos. Así, entonces, la sola circunstancia de constatarse la existencia de un grupo de personas más o menos numeroso que actúa planificadamente en la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos singulares no autoriza a incriminar los hechos con la figura de asociación ilícita, porque tales actuaciones constituyen únicamente formas de coparticipación. . . "

Contemplamos en esta resolución la exigencia de verificación del tipo penal contenido en la norma precitada, más allá del cumplimiento de finalidad delictiva, por tanto una asociación ilícita será sancionada una vez acreditada la existencia de la misma, independiente del cumplimiento del objeto de la agrupación.

³² Lo destacado es nuestro.

De este modo surge una marcada separación entre la asociación ilícita y la coparticipación, pues la primera requiere un alto estándar de exigencia probatoria, no bastando con la planificación o la consecución de un determinado delito, lo que nos lleva a discernir que la esencia de ésta figura delictiva no se asemeja con una pandilla juvenil. Lo anterior pues como vimos en el capítulo primero, estas agrupaciones se conforman por distintas razones y con diversos objetivos, no teniendo delimitada una jerarquía en los términos establecidos por la Iltma. Corte.

A la luz de la Sentencia revisada, vemos entre ambos conceptos que la asociación ilícita es sancionada por el sólo hecho de configurarse, lo que guarda armonía con lo previsto en el artículo 18 de la ley 20.000 que establece que los delitos que trata esta ley se sancionaran como consumados desde que haya principio de ejecución. En cambio la comisión de determinados delitos en grupo o pandilla únicamente es considerada como una circunstancia agravante mas no como delito en sí mismo.

El tribunal de Alzada señaló en otro fallo que: "*. . . la figura de la asociación ilícita contemplada en el artículo 22 de la Ley N° 19.366, lleva implícita la confabulación o conjura encaminada a montar una actividad delictiva por un sistema de crimen organizado, lo que hace punible esta*

conducta sólo por constituirse. Sin embargo, para que realmente se configure el delito antes mencionado es indispensable que ésta esté formada por dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos³³ que contempla la ley sobre drogas y estupefacientes. Como ya se señaló, en el caso de autos no se dan los elementos base de la asociación ilícita para delinquir, desde que la organización adoptada por los acusados representa sólo una forma de asegurar el resultado del delito específico por ellos cometido, la cual es de carácter meramente transitorio y con un objeto claramente predeterminado, por lo que habrá de absolverse a los acusados del cargo relativo a la asociación ilícita para traficar drogas o estupefacientes. . . "³⁴

El ejemplo transcrito informa respecto al estricto sometimiento del tipo penal estipulado, independiente de la efectiva comisión de los crímenes sancionados en dicha ley especial, requiriendo un número de dos o más participantes que mantengan un acuerdo de voluntades al sometimiento

³³ Lo destacado es nuestro.

³⁴ Sentencia dictada el 24 de marzo de 2006 por la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago, número de ingreso 326-2006.

jerárquico y disciplinario de la organización, con ánimo delictivo y existencia permanente a lo largo del tiempo.

Sobre este elemento temporal, el Ministerio Público ha señalado que *“dice relación con el factor temporal o cronológico, pero no debe exigirse que esté en relación con cierta cantidad de delitos cometidos ya que el ilícito existe al margen de los que se cometan. A nuestro juicio, la permanencia no dice relación con el transcurso de un largo tiempo, aunque puede darse, sino que debe dar cuenta de la estabilidad de la organización, es decir, de un grupo que se asocia sin fecha de término y con estabilidad”*³⁵

Al conocer este requisito de permanencia para calificar a una organización criminal como asociación ilícita, se hace cada vez más patente una diferenciación delimitada entre este tipo penal y las pandillas juveniles, toda vez que las segundas se configuran por la búsqueda de patrones y vínculos afectivos en la etapa de conformación del criterio y la personalidad, necesidad que en la mayoría de los individuos cesa o al menos disminuye en la medida que éstos logran afianzar su autoestima y establecer adecuadamente conductas y valores socialmente aceptados. Parafraseando a Farrington, dentro de las etapas que concluyen con la exteriorización del comportamiento criminal, tenemos que la última de éstas apunta a los

³⁵ Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 55, Junio del 2013, pág. 115.

factores situacionales inmediatos, entendidos en este caso como la percepción de las consecuencias futuras de sus actos ilícitos por parte del adolescente, basado en el trinomio << deseo - pocas posibilidades de satisfacerlo - poco que perder >>, cuestión que cambia después de los 20 años, pues el individuo tendrá eventualmente la posibilidad de satisfacerse sus metas más limitadas legalmente y los costos de mantener una conducta ilícita son mayores. Por esta razón, nos costaría desatender a esta cualidad tan decidora al momento de tipificar estas organizaciones lisa y llanamente como asociaciones ilícitas.

La Excma. Corte Suprema en fallo de fecha 08 de Julio de 2010, en caso del asesinato del Gral. (r) Carlos Prats, estableció que: “. . . *En cuanto a las apelaciones: QUINTO: Que en lo atinente al delito de asociación ilícita establecido en la sentencia que se revisa, corresponde tener en consideración que el artículo 292 del Código Penal describe el hecho que debe tenerse por tal. La Comisión Redactora del mencionado cuerpo legal, en la sesión 157, de dieciocho de junio de mil ochocientos setenta y tres, a propósito de la sugerencia del comisionado señor Gandarillas, en torno a suprimir la palabra “partida” con que concluía la norma original del proyecto (artículo 285), aceptó sus conclusiones y acordó suprimir la*

*expresión indicada, en mérito a los siguientes fundamentos: a) el sentido y alcance de la norma es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable; b) se diferencia la asociación ilícita de las meras conspiraciones para cometer delitos determinados que se castigan de manera independiente; c) no basta que se forme una partida de criminales para que tenga aplicación el artículo 395 (s.i.c.); d) es necesario que constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias; e) la pena sólo se impone a las asociaciones destinadas a cometer delitos, que importan verdaderos ataques contra los derechos reconocidos y amparados por la ley. SEXTO: Que, en esta perspectiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado nítidamente la co-participación de la asociación ilícita, precisando que lo sancionado por esta última, es diverso de otros injustos, requiriendo una acción y dolo propio. En efecto, la configuración de la asociación ilícita **requiere el construir una estructura con ciertas particularidades objetivas, las que se pueden concretar en la concurrencia de pluralidad de sujetos activos que formen cuerpos permanentes organizados jerárquicamente, con reglas propias, que tienen por fin la comisión de ilícitos establecidos por la ley. Se trata, entonces, de una colectividad delictiva, cuyo método es penalmente***

antijurídico, en el que las relaciones entre los componentes del sistema, en particular las personas, se hallan funcionalmente vinculadas para fines criminales, y como mecanismo de injusto tienen una dimensión institucional de ser antisocial, lo que hace de ella no sólo algo más que la adición de sus partes, sino también algo independiente de esa sumatoria³⁶, y es en ese plano donde radica su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para delinquir, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la diferencia de otros regímenes sociales. Así, la asociación criminal comprende todos los supuestos en que dos o más sujetos elaboran en común un proyecto delictivo, conforme con un programa criminal o medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades³⁷. En lo que se refiere a la culpabilidad, se requiere la conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo, de acuerdo a su papel en el organismo. A lo anterior es posible agregar el elemento esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual por sus componentes, aspecto que genera la

³⁶ Lo ennegrecido es nuestro.

³⁷ Idem.

sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes. En esta perspectiva, la asociación es el centro que reúne las manifestaciones de voluntad de sus autores, lo que se grafica en el deseo coincidente con el acuerdo de unirse, ya sea desde el inicio, al constituirse, o en uno sucesivo, pero en ambos el resultado consiste en quedar asociados manteniendo la intención en su resultado típico, la que debe prolongarse sin determinación temporal por obra de los propios agentes hasta extinguirse por disolución total, sea forzada o espontánea, o con el abandono individual de uno de sus miembros, mediando permanencia en el resultado. . .”

Este fallo profundiza en los elementos esbozados más arriba, en particular a lo referido a los sujetos partícipes de esta organización y en grado de compromiso para con esta. De esta manera, el Tribunal Supremo expresa que la sola concurrencia de dos o más individuos coordinados con afán delictivo no es suficiente para dar por acreditada la existencia de una asociación ilícita, siendo necesario verificar un cuerpo organizado con jefes y reglas predeterminadas y un dolo propio.

Esta colectividad delictiva es conformada por una estructura de individuos que participan activamente en este cuerpo jerárquico y estable, con reglas propias y un fin delictivo. Se exige la verificación de una dimensión

institucional de ser antisocial, es decir, la presencia de una entidad superior a la suma de sus partes, la construcción de un ente antijurídico. Con este propósito, es imprescindible la adhesión de los integrantes a un programa criminal definido, lo que permite la comunicabilidad del dolo entre ellos.

Sobre este vínculo de afección de los integrantes de una asociación ilícita para con la misma y las consecuencias punitivas que esto apareja, es ilustrativo revisar la sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa número de ingreso 1040-2016, la cual se refiere a hechos acaecidos en el centro de detención y tortura en la base aérea Maquehue con posterioridad al 11 de Septiembre de 1973, a saber: *“Quinto (. . .) De esta forma, los requisitos o elementos conceptuales de la asociación ilícita están dados por su consistencia y organización jerárquica, además de su existencia con cierto grado de permanente, esto es, que no se compatibilice con lo eventual o esporádico, todo ello junto a la pluralidad de miembros que la componen.*

En el proceso se reunieron pruebas que acreditan que con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 se creó un grupo al interior de la base aérea de Maquehue, cuyos integrantes recibían instrucciones y órdenes de personal uniformado, el que, según los testimonios de personas que se indican en el

*fundamento décimo quinto, tenían un objetivo definido, una estructura jerarquizada y normas internas para la labor operativa que ejecutaban allanar, detener e interrogar personas contrarias al régimen militar conformando una organización paralela al mando que ejercía el comandante de la base aérea, Andrés Pacheco Cárdenas. Por consiguiente, como lo establece la sentencia recurrida, las personas que componían dicha organización **actuaban con conocimiento de los fines ilícitos de la agrupación ilícita que integraban** (. . .)*

Sexto: Que, en cuanto al delito de secuestro calificado, se encuentra igualmente acreditada la detención de la víctima en su lugar de trabajo y su traslado a la base aérea de Maquehue, lugar donde fue vista con vida por testigos que se encontraban allí privados de libertad lugar desde el cual no se ha tenido noticias de su paradero. Se debe tener presente que los antecedentes del sumario sitúan a los acusados prestando diversas funciones en la cita Unidad en la época de ocurrencia de los hechos; además, la misma prueba reunida durante la instrucción da cuenta que la víctima permaneció allí detenido en calidad de "prisioneros", y que alguno de los testigos indican claramente que ese lugar era un centro clandestino de detención y tortura, y que tales labores eran ejecutadas por un grupo o

comando con una estructura jerarquizada destinada a perseguir opositores al régimen militar vigente en el país.

*Cabe señalar también que la coincidencia temporal no se redujo únicamente a eso, sino que algunos acusados tenían mayor contacto con las personas detenidas en dicho centro y la conducta que cada uno de ellos desplegaba mando, vigilancia, interrogación, aplicación de apremios ilegítimos y otros permitía o facilitaba que ese encierro o privación de libertad, sin derecho alguno, se materializara, mantuviera y perpetuara, **tomando con ello parte en la ejecución de la acción descrita por el tipo penal del secuestro de una manera inmediata y directa o bien impidiendo o procurando impedir que se evite, de modo tal que no cabe sino estimarlos autores, lo relevante es que cada una de estas personas ha dirigido conscientemente sus actos a la consecución de un fin, cuál fue el mantenimiento del encierro o detención y desaparición del afectado. Con ello, se logra configurar tanto objetiva como subjetivamente la descripción típica del artículo 141 del referido Código y ese acto puede atribuírseles como obra suya. . .***

Apreciamos conforme a la jurisprudencia transcrita, que dicho convencimiento individual que cada uno de los integrantes de la

organización se le exige, los estatuye como culpables del delito de asociación delictiva, y además permite presumir de su participación en él o los delitos objetos del grupo organizado, aun cuando no haya existido participación directa de alguno de éstos, consagrándose la comunicabilidad del dolo.

Así, al aplicar este criterio en el sentido inverso, se justifica la existencia del criterio identificado al revisar más arriba la circunstancia agravante del artículo 449 bis del Código Penal, la cual aumenta la pena si los ilícitos de robo hurto o receptación han sido cometidos formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles de una entidad menor a una asociación ilícita, pues esta norma cubre aquella situación en donde se comprueben visos de una organización ilícita mas sin alcanzar la totalidad de ellos, impidiendo así que esta actividad delictiva quede sin sanción. Al respecto podemos revisar el fallo de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que aplica el mismo criterio del legislador contenido en esta oportunidad en la letra a) del artículo 19 de la Ley 20.000 que señala: *“QUINTO: Que, cabe desestimar la argumentación de los condenados, en el sentido que para la existencia de la agrupación de delincuentes que configura la agravante en estudio, es*

necesario acreditar un sistema jerárquico que dé cuenta de la estructura de la organización. A este respecto, el profesor Héctor Hernández, ("Algunos aspectos de la Ley 20.000", Santiago, 2007) concluye que "una agrupación o reunión de delincuentes en los términos del art. 19 letra a) es una agrupación más o menos permanente de sujetos concertados para la comisión de un número indeterminado de delitos, pero que no cuenta con el grado de organización propio de una asociación ilícita, en términos de jerarquía y disciplina internas." Es decir, para este académico se diferencia la agrupación de delincuentes con la organización ilícita, por el hecho que la primera no exige jerarquía y disciplina, sino basta con que tenga permanencia y exista concertación delictiva, como la que hubo en la especie.

A la misma conclusión arriban los profesores Politoff, Matus y Ramírez (Lecciones de derecho penal chileno, parte especial, Santiago, 2005) quienes sostienen "Pero como tal asociación para un fin es también propio de una asociación ilícita, podemos, por exclusión, señalar que la agrupación a que se refiere esta circunstancia, teniendo una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines

perseguidos por sus miembros, no puede considerarse una asociación ilícita, porque carece de la jerarquización y organización propios de esta: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan."

*En el caso que nos ocupa, se acreditó por el Ministerio Público que los recurrentes constituyeron una agrupación destinada a cometer indeterminado número de delitos de tráfico de drogas y que tuvo una existencia permanente en el tiempo, hechos que configuran la calificante objetada, sin que para ello sea necesario acreditar, además, que tuvo una estructura jerarquizada y cuál era la jerarquía de cada uno de sus partícipes."*³⁸

En este fallo, la defensa de los imputados pretendía erróneamente elevar el estándar de prueba para la concurrencia de la agravante en comento, casi al nivel mismo de la asociación ilícita, pidiendo al ministerio público acreditar la manifestación de una pertenencia al grupo por parte de los condenados, exteriorizada mediante la aceptación de un orden jerárquico y subordinado. Queda claro en virtud de lo sentenciado por el Tribunal de Alzada porteño que sin perjuicio de no poder castigarse una asociación ilícita, sí es factible

³⁸ Sentencia de fecha 07 de Abril de 2017, dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa número de ingreso corte 341-2017.

reprender aquellas entidades que superan la simple coordinación entre dos o más individuos con afán delictivo.

Redundando en la descripción de la asociación ilícita, es aclaratorio lo sancionado por la Segunda Sala Penal de la Excma. Corte Suprema con fecha 29 de Diciembre de 2016, cuando se hace una descripción de la asociación ilícita de Colonia Dignidad: *“Undécimo (. . .) A. Al amparo de la "Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad", se organizó una estructura jerarquizada que planificó y ejecutó múltiples delitos, integrada por personas que fueron miembros y colaboradores de esa corporación, actividad que se inicia a lo menos desde el año 1970 en adelante, según consta de la documentación encontrada durante el año 2005 al interior de la ex "Colonia Dignidad", actualmente conocida como "Villa Baviera", comuna de Parral, Séptima Región; estructura que continuó organizada después de la disolución de la fundación dispuesta por la autoridad administrativa competente, precisamente disuelta por "desviación del objeto de ésta".*

Dicha estructura perfectamente organizada con el fin de actuar ilícitamente, contaba con un superior o mando responsable, el cual estaba muy bien informado con un sistema creado al efecto, y si bien no implicaba

ello constituir formalmente una organización tradicional militar, sí lo era en cuanto a la aplicación de reglas, experiencias y adiestramiento propias de una actividad de esa naturaleza, contando de esa forma con capacidad suficiente para llevar a cabo operaciones militares y con la posibilidad plena de imponer una disciplina de ese carácter.

El sistema de información creado por el líder y su jerarquía desarrolló aspectos de archivo político, búsqueda de información, intento de intervención de los sistemas clasificados de comunicaciones de las fuerzas armadas, registro de personas, determinadamente de detenidos políticos, algunos de los cuales fueron interrogados dentro de la ex "Colonia Dignidad", asignándoseles apodos a los informantes, estableciendo canales para entregar la información, con diferencias en el tipo de información que se entregaba, esto es, archivos y borradores, además, muchas de las personas indagadas estaban ubicadas en Argentina y en otros países de este hemisferio y de Europa, lo que permitiría eventualmente ser el blanco de alguna operación en su contra; además de información sobre autoridades civiles, religiosas, ex militares, militares en servicio activo y actividades profesionales de éstos. Creando con tal fin un vínculo o relación entre la DINA y ellos.

En el hecho, tal estructura implicó, ante la pasividad de algunas de las autoridades, el control de un territorio determinado, con permanencia tal que le permitió al líder servir el proyecto y realizar las operaciones ilícitas. El carácter sostenido y concertado de estas operaciones no coinciden en absoluto, por su duración y persistencia, con algún hecho esporádico, sino que, por el contrario, su forma de ser se caracterizó porque la organización liderada por el "fuhrer" o "jefe", tuvo siempre un actuar organizado, ordenado y preparado, con capacidad de desarrollar el protocolo diseñado, con estructura suficiente para ejecutarlo.

Se operó además en un sistema con características propias de las sectas, utilizando la religión y el vínculo con la autoridad militar de la época que gobernaba en Chile, mecanismo que favoreció al líder, al abusar éste de la propia comunidad a la que pertenecía e impunemente desarrollar su conducta pedófila criminal, en contra de los desgraciados niños que quedaban a su alcance.” Constatamos en esta cruda aseveración el funcionamiento de una asociación ilícita que permitió la comisión de delitos atroces en contra de muchas personas, afectaciones difíciles de realizar si no es mediante la organización dada con estos fines. Es destacable en este punto la magnitud de organizaciones criminales que hemos descritos para

comprender el porqué de la gravedad de su acaecimiento en atención a los bienes jurídicos protegidos que puede lesionar.

Este fallo además permite conocer las diferencias entre mandos, cuestión propia de la jerarquía exigida por la doctrina y jurisprudencia:

“Decimonoveno: Que como se aprecia del fundamento 32° del fallo de primer grado, reproducido por el de alzada, la defensa de Schnellenkamp aceptó la existencia de la nomenclatura "mando medio" dentro de la descripción del artículo 293 del Código Penal, distinguiéndolo de los jefes de organización criminal, lo que ahora desconoce.

Se trata en este caso de quienes ejecutan con cierta autonomía lo que ya viene resuelto por los jefes, siendo su rasgo distintivo el de recibir órdenes respecto de las cuales tienen poder de ejecución sobre otros asociados.

Vigésimo: Que sobre lo objetado por el recurso la sentencia resolvió que "si bien la denominada Colonia Dignidad constituía una organización liderada por Paul Schäfer Schneider, dicho mando no podía ser absoluto, atendida la envergadura de la organización en cuanto a territorio y número de personas que participaban en ella, situación que involucraba una necesaria jerarquización y distribución de funciones, de modo que la actividad que desplegaban en la asociación, entre otros, Schnellenkamp,

era de jefatura media, lo que queda comprendido en el artículo 293 del Código Penal.

Dotando de contenido a estas aseveraciones el fallo declaró que Schnellenkamp procuró armamento y pertrechos bélicos a la organización e intervino en el tráfico internacional de armas. Además, con dolo de cómplice, participó en los delitos de abuso sexual y violaciones contra menores cometidas por el jefe de la organización, lo cual se estableció en el proceso Rol N° 53.914 de la Corte de Apelaciones de Talca.

*Vigésimo primero: Que a partir de las reflexiones anteriores es posible sostener que la calificación que se ha hecho de la participación del acusado Schnellenkamp es acertada, **dada la entidad de la prestación a la asociación y la calidad de su compromiso con ésta y su jefe, Paul Schäfer.***”

Observamos en este último pasaje de la sentencia analizada, la presencia del elemento de la adhesión al programa criminal trazado como ruta y destino de la organización de parte del condenado, cuestión fundamental para acreditar la existencia de una asociación ilícita, como asimismo la comunicabilidad del dolo, como lo muestra el fallo a continuación: “*Vigésimo sexto: Que en el caso de autos los hechos declarados en la*

sentencia quedan subsumidos a cabalidad en la descripción típica contenida en los artículos 292 y 293 del Código Penal (. . .) La culpabilidad del acusado Gerhard Mucke Koschitzke en el delito de asociación ilícita surge del hecho del concierto con el líder Paul Schäfer, con dolo de complicidad, para que aquél cometiera abusos sexuales y violaciones sodomíticas en contra de menores. (. . .)

Vigésimo noveno: Que, en esta perspectiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado nítidamente la co participación de la asociación ilícita, precisando que lo sancionado por esta última, es diverso de otros injustos, requiriendo una acción y dolo propio. En efecto, la configuración de la asociación ilícita requiere el construir una estructura con ciertas particularidades objetivas, las que se pueden concretar en la concurrencia de pluralidad de sujetos activos que formen cuerpos permanentes, organizados jerárquicamente, con reglas propias, que tienen por fin la comisión de ilícitos establecidos por la ley. (. . .) En lo que se refiere a la culpabilidad, se requiere la conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo, de acuerdo a su papel en el organismo. A lo anterior es posible agregar el elemento

esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual por sus componentes, aspecto que genera la sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes.(. . .)

Sin perjuicio de lo expuesto, la Excma. Corte Suprema profundiza en los requisitos de la asociación ilícita, demandando la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones entre quienes las dictan y los que las ejecutan; Una concertación en el reparto de tareas que blinda a la agrupación del incumplimiento de unos de sus integrantes y una cierta estabilidad temporal, siempre considerando las modificaciones que esta pueda sufrir en pos de mayor eficacia en sus objetivos ilícitos. Esta continuidad temporal del plan criminal explica el fallo, va más allá de la simple u ocasional convergencia para el delito o mera co-delincuencia.

Por su parte, es menester tener a la vista lo expuesto por el Sr. Ministro de la Excma. Corte Suprema don Sergio Muñoz Gajardo, en Sentencia de fecha quince de Enero de dos mil once en autos sobre petición de extradición pasiva, quien considera que: *“VIGESIMO: (...) En efecto, respecto de la asociación ilícita deben tenerse en consideración los siguientes antecedentes para calificar una estructura de esta forma.*

1.- *Se debe formar una asociación, esto es la creación de cuerpos o estructuras;*

2.- *La sola formación de una “partida”, que representa grupos espontáneos no genera la tipificación de la asociación ilícita;*³⁹

3.- *No se puede confundir la asociación ilícita con la co-participación y, específicamente, con la conspiración para cometer uno o más delitos determinados, los que serán sancionados según corresponda de manera independiente, representando una vinculación de menor entidad que la asociación ilícita. Igualmente el concierto requiere un grado de mayor estabilidad y permanencia. Así se puede distinguir entre co-participación, concierto y asociación.*

4.- *Finalidad ilícita de la asociación. El objetivo al que propenden debe ser contrario a la ley;*

5.- *La asociación está destinada a cometer delitos precisos, los que contempla el ordenamiento jurídico, importando verdaderos ataques a los derechos reconocidos y amparados por la ley;*

6.- *La estructura o cuerpo que comprende la asociación debe estar organizada de un modo **más o menos estable o permanente**;*

7.- *Organización jerárquica de la asociación, con jefes y subordinados;*

³⁹ Lo ennegrecido es nuestro.

8.- *La asociación requiere de acciones y dolo propio, es así como la culpabilidad requiere se tenga conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo de acuerdo a su papel en la organización, no obstante su participación parcial en ella;*

9.- *La asociación conforma una estructura con ciertas particularidades objetivas;*

10.- *La asociación debe tener pluralidad de sujetos activos;*

11.- *La asociación cuente con reglas propias;*

12.- *Es posible agregar el elemento esencial de toda asociación, esto es, que la causa determinante de su existencia es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual, por lo que se genera una sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes;*

13.- *Si bien se puede conformar una asociación, sociedad de hecho, empresa y sociedad, incluso con personalidad jurídica, la responsabilidad penal es de carácter personal de quienes la integran, salvo que el ordenamiento contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

14.- *Todos los partícipes en la estructura pueden o no estar concertados*

para la ejecución de los hechos precisos que se desarrollan, pues, como se ha dicho el concierto es un grado menor de organización para delinquir;

15.- Los motivos que impulsan a los partícipes individualmente a formar parte de la asociación pueden ser variados, principalmente serán de índole pecuniario, al recibir retribución económica por sus acciones, pero también pueden ser de otro orden, como es el ideológico, y

16.- Las personas que toman parte en la asociación pueden tener distinta participación, sin embargo, los ordenamientos jurídicos, por lo general sancionan de manera especial al ayudante y al encubridor de las asociaciones ilícitas, sin otra distinción, pues se entiende que ha existido la voluntad de incorporarse a la estructura.

II.IV. Elementos de la Asociación Ilícita.

Conforme a la rica jurisprudencia transcrita, podemos instituir como requisitos exigidos por los Tribunales de la República para condenar a imputados por el delito de asociación ilícita dispuesto en el artículo 292 del Código Penal chileno y demás leyes especiales que la contengan los que siguen:

1) Participación de dos o más personas con voluntad manifiesta de

adscribir a un programa criminal propendido en la creación de un;

2) **Cuerpo organizado y jerarquizado**, con centro de poder identificable en mandos y cargos;

3) **Reglas estrictas** a las que deben someterse sus integrantes;

4) **Diversas tareas** individualmente asignadas y otras mancomunadas;

5) **Permanencia temporal** con la finalidad de cometer uno o más delitos, vinculado más que al mero transcurso del tiempo a una estabilidad de la organización con el objeto de cumplir su cometido;

6) **Existencia de una dimensión institucional de ser antisocial** superior a la de sus integrantes, requiriendo de acciones y dolo propio, exigiendo que se tenga conciencia de estar afiliándose a una organización destinada a perpetrar delitos, circunstancia que posibilita la comunicabilidad de la conducta y del dolo de acuerdo a su papel en la organización, no obstante su participación parcial en ella, surgiendo una institucionalidad delictiva en base al conocimiento de sus fines por parte de los integrantes;

7) **Que causa determinante de su creación es el hecho que no puede conseguirse el fin de un modo individual**, por lo que se genera una sujeción recíproca a lo que hará cada uno de los otros agentes. En este sentido y al igual que una empresa lícita, los asociados colaboran directa o

indirectamente con la obtención del fin buscado;

8) La verificación de un grupo criminal no es suficiente para clasificarla como asociación ilícita. La sola formación de una partida, pandilla o banda que representen grupos delictivos espontáneos, no calzan con la tipificación de la asociación ilícita pues para esto deben cumplirse con todos los elementos ya descritos. Asimismo, no debe confundirse la asociación ilícita con la co-participación y, específicamente, con la conspiración para cometer uno o más delitos determinados, figuras que representan una vinculación de menor entidad que la asociación ilícita. Igualmente el concierto requiere un grado de mayor estabilidad y permanencia. Sin perjuicio de lo dicho, hemos visto normas especiales que igualmente castigan a estos grupos, al verificarse ciertos elementos comunes con la asociación ilícita pero que no alcanzan a conformarla.

9) Los motivos que impulsan a los partícipes individualmente a formar parte de la asociación pueden ser variados, principalmente de índole pecuniario, al recibir retribución económica por sus acciones, pero también pueden ser de otro orden, como es el ideológico⁴⁰.

⁴⁰ Revisar lo dicho respecto a las acciones de pandillas neonazis, pág. 41.

De este modo, logramos conceptualizar a la asociación ilícita como **aquella organización en la que participan dos o más personas con adhesión común a un proyecto delictivo, dando origen a un orden dirigido, jerarquizado y con normas propias de estricta sujeción por parte de los integrantes, los que realizan diversas tareas conscientes de estar participando en una organización criminal, la que existe con permanencia en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más delitos, sin perjuicio de estar sancionada en sí misma en la ley por el solo hecho de existir, colocándose entre aquellos delitos de alta connotación social. Las sanciones son impuestas acorde al cargo que se ocupa en la organización y a la pena asignada a los delitos cuya consumación se persigue.**

II.V. Asociaciones ilícitas y pandillas.

Una vez estructurado en el presente capítulo un concepto completo de asociación ilícita, y en atención a lo desarrollado en la primera parte de este trabajo en lo referido a las pandillas juveniles, estamos en condiciones de confeccionar un paralelo entre los elementos recogidos de uno y otro concepto, identificando las semejanzas y diferencias, dando respuesta al

problema planteado. Es lógico indicar como semejanza el hecho de constituirse ambas por un grupo de personas, que necesitan del grupo para obtener algún beneficio mayor o suplir alguna carencia, sin embargo, las diferencias son notorias. Para identificarlas, recordemos que la pandilla juvenil es un fenómeno presente en la sociedad chilena, que puede ser definida para el caso en comento como aquel grupo constituido por dos o más personas mayores de catorce y menores de dieciocho años concertados para cometer un delito, situación que será considerada como circunstancia agravante del ilícito perpetrado, siempre que ésta agrupación no constituyere una asociación ilícita. Desde una concepción neutra, establecimos con anterioridad que estas pandillas pueden constituir una agrupación de niños, niñas y/o adolescentes, vinculados por un lazo de afinidad, que se reúnen con un propósito recreativo o delictual, determinado principalmente por el ambiente en el que se desenvuelvan, participando este grupo de influencia activamente del proceso de aprendizaje de modos conductuales. Este término hace referencia a aquella agrupación de carácter colectivo creada por niños, niñas y adolescentes, que tiene por finalidad suplir carencias afectivas y socioeconómicas y sobrevivir a ambientes hostiles, sirviendo ésta como defensa a la exclusión y marginalidad que les

da la posibilidad de ayuda mutua, las que vinculadas con la delincuencia, regulan normas tácitas que controlan y administran las relaciones tanto internas como externas, basadas principalmente en la violencia. Estos grupos negativamente así manifestados, sirven de patrones de conducta de un proceso cognitivo del comportamiento criminal en la interacción de pares, que tiene como núcleo la convivencia en grupo en el que prevalezca el irrespeto a la autoridad y la ley.

De este modo, podemos estipular los siguientes elementos básicos constitutivos de una **pandilla juvenil**:

1) Carácter colectivo. Requiere de la participación de dos o más niños, niñas y/o adolescentes, mas no necesariamente una identidad delincencial superior a quienes la conforman;

2) Reglas de control y administración del poder. Poseen normas tácitas que controlan y administran las relaciones tanto internas como externas de la pandilla, que en su faz delictual se traducen principalmente en el ejercicio de la fuerza y la violencia, pero no con un alcance tal que pueda establecerse una jerarquía delimitada.

3) No requiere permanencia en el tiempo. Para su constatación no se considera el elemento temporal, atendida la motivación de su surgimiento

espontáneo en respuesta a los adversos escenarios a los que pueden enfrentarse niños, niñas y/o adolescentes.

4) No contiene una dimensión per se antisocial. No es posible negar derechamente la existencia de pandillas juveniles que operen como y/o al servicio de grupos delictivos, no obstante estas bandas de jóvenes per se no suponen un vínculo directo con la delincuencia, sin embargo su conformación sirve como base para que los integrantes construyan patrones de conducta, surgidos como resultado de un proceso cognitivo del comportamiento criminal en la interacción de pares, que tiene como núcleo la convivencia en grupo en el que prevalezca el irrespeto a la autoridad y al orden establecido.

5) Surgen con el propósito de suplir carencias afectivas y socioeconómicas y sobrevivir a ambientes hostiles.

6) No está tipificada. Verificamos que en lo que respecta a esta figura, no existe un tipo penal que la sancione como un delito en sí mismo, pero sí supimos que la eventual incidencia de este tipo de grupos en la comisión de ciertos delitos, será calificado como agravante, siempre y cuando en el caso pueda acreditarse la existencia de este grupo.

7) Los motivos que impulsan a los partícipes individualmente a formar

parte de la pandilla son diversos. En aquellas agrupaciones con conducta delictiva, la motivación generalmente es el deseo a acceder a bienes materiales, de prestigio social y búsqueda de excitación, siendo mayor entre niños, niñas y adolescentes de familias pobres, delincuencia que se determinará por el juicio personal del individuo basado en el trinomio << deseo - pocas posibilidades de satisfacerlo - poco que perder penalmente >>, cuestión que cambia con la madurez.

Por otro lado, tenemos los elementos recién descritos en el acápite anterior sobre la asociación ilícita, definiéndola como aquella en la que participan dos o más personas con adhesión común a un proyecto delictivo, con orden jerárquico y dirigido, con un sistema de normas propias de estricta sujeción por parte de los integrantes para asegurar su estabilidad, la que existe con permanencia en el tiempo y con finalidad delictiva, sancionada en la ley por el solo hecho de existir.

II.VI. Cuadro comparativo.

Para un mejor entendimiento, se presenta a continuación el siguiente cuadro ilustrativo de las semejanzas y diferencias entre uno y otro concepto:

| ELEMENTOS | ASOCIACIÓN ILÍCITA | PANDILLA JUVENIL |
|--------------------------|---|--|
| Sujetos | Dos o más individuos con adhesión a programa criminal de la organización | Dos o más niños, niñas y/o adolescentes que crean un grupo con diversas motivaciones |
| Organización | Orden centralmente dirigido, jerarquizado, con normas propias de estricta sujeción por parte de los integrantes y multiplicidad de tareas tanto comunes como individuales en pos del objetivo delictual | Poseen normas tácitas que controlan y administran las relaciones tanto internas como externas, que se representan en su faz delictual principalmente en el ejercicio de la fuerza y la violencia, la que no alcanza un orden sistematizado ni jerarquizado |
| Temporalidad | La permanencia no dice relación exclusivamente con el transcurso de un largo tiempo, sino que con la estabilidad de la organización en cuanto no tiene fecha de expiración, pudiendo existir largos periodos de inactividad | No requiere para su constatación permanencia en el tiempo, atendida la motivación de su surgimiento. Pueden representarse como grupos espontáneos y etéreos como también en grupos con mayor estabilidad |
| Dimensión interna | La organización se erige como entidad antisocial superior a sus integrantes, requiriendo de acciones y dolo propio, exigiendo que cada miembro adscriba íntegramente al fin delictivo de la organización criminal destinada a perpetrar delitos | No contiene una dimensión necesariamente antijurídica, sin embargo su conformación sirve como patrones de conducta de un proceso cognitivo del comportamiento criminal en la interacción de pares, que tiene como núcleo la convivencia en grupo en el que prevalezca el irrespeto a la autoridad y la ley |

| | | |
|--|---|---|
| <p style="text-align: center;">Ánimo asociativo</p> | <p>La asociación ilícita se construye con un afán criminal, para cometer delitos que no pueden conseguirse de un modo individual, por lo que se genera una sujeción recíproca y cooperativa a lo que hará cada uno de los otros agentes</p> | <p>Causa determinante de su creación es el suplir carencias afectivas y socioeconómicas y sobrevivir a ambientes hostiles, que indudablemente puede devenir en una agrupación delictiva</p> |
| <p style="text-align: center;">Motivación individual de pertenecer al grupo</p> | <p>El motivo principal de pertenecer a la asociación es de índole netamente pecuniario, al recibir alta retribución económica por sus acciones, pero también pueden ser de otro orden, como es el ideológico</p> | <p>No existe uniformidad en las motivaciones que llevan a un adolescente a formar parte de una pandilla, pudiendo constituirse por el deseo a acceder a bienes materiales, de prestigio social y búsqueda de excitación, siendo mayor en aquellos individuos de familias pobres</p> |
| <p style="text-align: center;">Regulación</p> | <p>Este delito se encuentra regulado en el artículo 292 del Código Penal, como también se encuentra contenido en el artículo 411 quinquies del mismo cuerpo legal.</p> <p>Asimismo, apreciamos esta figura delictiva en el derogado artículo 22 de la Ley 19.366, como también en el artículo 16 de la Ley 20.000</p> | <p>No está tipificada. Sin embargo, podrá considerarse como circunstancia agravante cuando se cometan ciertos ilícitos en pandilla, siempre que ésta constituya una agrupación destinada a cometer dichos hechos punibles pero de una entidad menor a una asociación ilícita. Este criterio lo encontramos en los artículo 260 ter y 449 bis del Código Penal</p> |

Conclusiones.

Al finalizar el presente trabajo, es factible señalar que dar respuesta a la interrogante planteada al inicio no puede sintetizarse entre un sí o un no. Ciertamente quedó establecido que de manera general no es posible considerar a la pandilla juvenil como una asociación ilícita, surgiendo ciertas similitudes que de modo alguno son suficientes para hacerlos sinónimos.

Pudimos en el primer capítulo efectivamente conceptualizar meridianamente a las pandillas juveniles identificando sus elementos, constatando su presencia en Chile y las motivaciones de sus integrantes. Verificamos su regulación por parte del legislador, la relación que mantienen con las policías y algunas explicaciones sociológicas de su nacimiento.

A su vez, en el capítulo segundo logramos afianzar un completo concepto de asociación ilícita, acorde a las distintas visiones revisadas y fundamentalmente a la abundante jurisprudencia encontrada. Así pudimos confeccionar un cuadro comparativo que sintetiza de manera práctica los elementos de uno y otro concepto, facilitando el entendimiento de una y otra figura, develando sus similitudes y diferencias.

Así las cosas, es dable manifestar que ha quedado establecida la gravedad del delito de asociación ilícita, de las repercusiones que genera en la sociedad su presencia, de las reformas y nuevas sanciones para contra éstas establecidas por el legislador. Destaca, más allá de otros elementos considerados, la dimensión interna requerida a los agentes integrantes de la asociación en cuanto estos deben aprehender el fin criminal de la organización por sobre los sujetos que la conforman. De este modo, sin perjuicio de las semejanzas que pueda mantener una pandilla juvenil con la asociación ilícita, tales como el carácter colectivo y la existencia de normas internas, lo cierto es que la pandilla surge de una respuesta instintiva de estos niños, niñas y adolescentes que logre suplir sus carencias afectivas y socioeconómicas, las que algunas veces los lleva a satisfacerlas de manera ilegal. Muy distinto es el origen siempre espurio de la asociación ilícita, formada al no poder conseguirse un fin delictivo de un modo individual, el cual generalmente es de motivación monetaria. Por esto no es aceptable asimilar un concepto y otro sin un análisis más profundo.

Secundariamente se pudo corroborar un dualismo en las políticas públicas, quedando en evidencia la arbitraria susceptibilidad de aplicación de un marco normativo penal pero evitando la concesión de derechos en otras

áreas de la esfera personal, ceñidos a una ausencia de madurez que en esta materia es prescindible. Relacionado con lo anterior, pudimos verificar la existencia de pandillas juveniles, en el concepto descriptivo que recoge las dos acepciones más utilizadas y que coincidieron en la manera de cómo uno u otra deriva en consecuencias tremendamente relevantes para el devenir de la sociedad toda, al incidir en las políticas públicas en educación y desarrollo social y/o de corte netamente punitivo.

Accesoriamente revisamos la visión sobre el asunto de diversas instituciones nacionales e internacionales, las cuales fueron fundamentales en la conformación de los conceptos acuñados. Lo anterior también fue posible gracias a la recopilación de jurisprudencia nacional, repaso de legislación internacional comparada y revisión de artículos y publicaciones emanadas de instituciones intervinientes en la problemática, como el Ministerio Público y Carabineros entre otros. Los datos recolectados son útiles para apreciar cierta uniformidad en la gravedad de las penas previstas para los integrantes de dichas organizaciones, superando los cinco años de prisión en casi la totalidad de las legislaciones analizadas, como para conocer la visión de quienes aplican en la cotidianeidad la normativa.

En la región, llama la atención el caso mexicano revisado por Juan Ignacio

Rosas Oliva, el que considera dentro de las “asociaciones delictuosas” a una simple pandilla, la cual se concibe como una reunión de personas incluso ocasional, pudiendo ni siquiera estar organizada o perseguir fines delictivos, en caso de que de hecho cometan conjuntamente delitos, desplazando sin más la aplicación de las reglas generales de coautoría. Así también conviene destacar el nuevo tipo penal denominado “grupo criminal” previsto en el artículo 570 ter del Código penal español, que permite sancionar a quienes integran una agrupación que sea meramente transitoria o no comprenda repartición de funciones entre sus miembros. Debemos señalar el exceso punitivo de México, país que ha sido víctima de la putrefacción social y el “narco-gobierno”, situación mucho más extrema que la chilena, aun cuando la encuesta realizada en Chile por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo diga lo contrario. Debemos considerar también la innovación de España al dar nacimiento al denominado “grupo criminal”. Este delito de carácter residual, muestra un matiz que eventualmente podría impedir el crecimiento de organizaciones incipientes a un estado de “madurez”, sancionando eficazmente su surgimiento.

Este esfuerzo en legislar se hace indispensable, atendiendo el hecho que el texto sancionatorio aplicable a los adolescentes infractores de ley no

contiene un tipo penal específico que castigue su participación en pandillas juveniles como delito en sí. Siendo claro que una agrupación de estas características no será sancionable por el solo hecho de existir.

Dicha diferenciación la pudimos ver reflejada en el transcrito artículo 449 bis del Código Penal, insertado mediante la Ley 20.931 y reforzada por el artículo artículo 260 ter. del mismo cuerpo legal, que señala como circunstancia agravante de ciertos ilícitos el hecho que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita. Vale decir, y tal como fue señalado en su oportunidad, el legislador expresamente separa una asociación ilícita de aquella organización que hipotéticamente pudiera reconocerse como pandilla juvenil delictiva, confiriéndole una entidad delictiva inferior. Por su parte el extinto numeral tercero del artículo 456 del Código Penal⁴¹, contenía como agravante el hecho de haberse perpetrado el delito de robo o hurto siendo dos o más participantes, la que para una minoría además exigía cierta habitualidad delictiva de éstos disponiendo la calidad de “malhechores”, cuestión refutada mayoritariamente por la

⁴¹ Art. 456 bis: “En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: 3. Ser dos o más los malhechores”.

doctrina y la jurisprudencia. Este aumento en la cuantía de la sanción podía encontrar asidero en la medida que la mayor cantidad de participantes del delito aumentaba el riesgo de peligro de la víctima, cuando se verifica que todos los intervinientes ejecutaron física y materialmente el hecho ilícito. Es relevante que esta agravante no era posible aplicarla si *“en la comisión del hecho punible interviene un menor (SIC), cuando se puede estimar que colisionan dos normas. Por un lado, lo dispuesto en la agravante que es objeto de este estudio y por otro, lo regulado en el Art. 72 del Código Penal. Pues bien, se ha entendido, que dado que el menor inimputable no es un malhechor —considerando lo que dispone el Art. 456 bis N° 5 del Código Penal respecto de otros inimputables— sólo es posible imponer la regla del Art. 72 por aplicación del principio de especialidad siempre, claro está, que haya habido prevalimiento de los menores.”*⁴² Lo anterior, reafirma la postura tomada con ocasión de lo desarrollado en la presente exposición, existiendo una tendencia marcada por la legislación en cuanto a distinguir con claridad entre una banda delictual y una pandilla juvenil.

Logramos entender la importancia de mantener un control y sistematización del flagelo de la delincuencia en toda nación para la sana convivencia y

⁴² CARNEVALI, Raúl; KÄLLMAN, Eva. “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.” Polít. crim. n° 4, 2007. PAGINA 7. [<http://www.politicacriminal.cl>]

sustentación de una sociedad. Así, es necesario reconocer a las pandillas como grupos de influencias, no con el sentido de abolirlo y reprimirlo, sino que para encausar de manera correcta la labor sustituta que cumplen estas organizaciones para llegar a un grupo masivo de jóvenes pobres y carentes de afectos. No debemos olvidar que pese a cualquier opinión en contrario, la Convención de los derechos del Niño establece en su artículo primero que se entiende por **niño** todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Es preciso supervigilar el trato que el mercado da a los jóvenes, pues los ha identificado como grupos de intereses en las tendencias de venta, independientemente de su nivel socioeconómico, sin considerar la exclusión financiera de éstos, mostrada por la SBIF en el mismo ciclo. No hay dudas que el crecimiento económico es la senda que nuestro estado ha tomado para alcanzar el desarrollo, mas esto no puede justificar la sobreexposición de este grupo etario sin reflexionar en las consecuencias.

Como lo mandata Carabineros en el informe estudiado, es fundamental erradicar algunas estrategias que potencian esta línea editorial de algunos medios, que deben asimilar su condición como promotores de ciertos

factores criminológicos, causando alarma pública al fomentar el temor y el miedo en la población, ubicando en más de una oportunidad al delincuente y en general al desviado, en un lugar privilegiado de atención y de poder omnipotente, destacando en primera plana sus destrezas y habilidades. La sobrerrepresentación de los jóvenes en este escenario, coopera con la construcción de una percepción general negativa, enfocado entregar datos que permiten suponer que la gente joven es más propensa a un comportamiento destructivo y peligroso.

Es menester hacer hincapié en la necesidad de un cambio de todos quienes formamos parte de esta sociedad y en particular de los intervinientes en la problemática tratada, comenzando por la familia. Aunque aumente en un 0,1% o incluso se mantenga, el objetivo de nuestro sistema debe siempre ser en lo posible abolir esta abrumadora y cruel realidad, propiciando todas las alternativas posibles para que los adolescentes puedan realmente desarrollarse en un entorno apto para fomentar sus potencialidades, por lo demás año a año se inyectan recursos con este objetivo y queda patente cuales son los resultados. No quiero decir que los exiguos recursos asignados ni la pésima gestión de estos que con espanto hemos conocido, no sean factores determinantes en esta crisis, pero sin duda alguna también

depende de todos nosotros asumir la responsabilidad que nos compete, máxime si algunos hemos decido hacer de nuestras vidas el derecho. Es exigible que nuestra opinión y quehacer asuman este desafío, o al menos no aporten en el sentido contrario, repitiendo sin mayor análisis las aseveraciones que han quedado refutadas. Si bien pareciera un manifiesto noble y progresista, no lo es tanto si se sustenta en el respeto irrestricto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuestión que pareciera ser disponible, postura intolerable que con fuerza debemos rechazar.

Bibliografía

A. Normativas:

- Código Civil
- Código Penal
- Código Penal Español
- Código Penal Francés
- Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal

II. FUENTES:

- SERGIO POLITOFF - JEAN PIERRE MATUS - MARÍA CECILIA RAMIREZ. 2005. “Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- TROMBEN, CARLOS - LEVER, GEORGE - CRUZ, MARÍA DEL PILAR. 2016. “Tendencias del retail en Chile. 2016”. Equipo de Investigación Cámara de Comercio de Santiago.
- 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.” Polít.

crim. n° 4, 2007. [<http://www.politicacriminal.cl>]

- VÁSQUEZ GONZALEZ, CARLOS. 2003. “Predicción y prevención de la delincuencia juvenil, según las teorías del desarrollo social (social development theories)” Revista de Derecho, volumen XIV, página 135 y” Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminologías”, Colex, Madrid.

- COMPENDIO INTERNACIONAL DE PRÁCTICAS SOBRE PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD PARA FOMENTAR LA ACCIÓN A TRAVÉS DEL MUNDO. 2008. Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad. Montreal.

- COUSO Jaime. 2012 “La especialidad del Derecho penal de adolescentes”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre).

- DEFINICIÓN Y CATEGORIZACIÓN DE PANDILLAS. Departamento de Seguridad Pública, Organización de los Estados Americanos. 2006.

- INFORME INTERNACIONAL SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD Y LA SEGURIDAD COTIDIANA. 2008. Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad. Montreal.

- LAGOS SCHUFFENEGGER, Humberto. 2007. “El fenómeno social de las pandillas y del neotribalismo urbano”. Revista de Estudios Policiales N° 1, diciembre de 2007, para la Academia Superior de Estudios Policiales.

- MUÑOZ PAULO. 2011. Diario La Tercera. Santiago, Chile. Sección país. Jueves 19 de mayo de 2011, página 12.

- ROSAS OLIVA, Juan Ignacio. 2012. “Evolución histórica de la tipificación del delito de asociación ilícita: Análisis de derecho comparado”. Revista Perspectiva penal actual, N° 1, Año 2012.

- “SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PANDILLAS JUVENILES EN CHILE.” 2008. Departamento investigación de organizaciones criminales, Dirección investigación delictual y drogas Carabineros de Chile.

- HERNÁNDEZ, HÉCTOR. “Algunos aspectos de la ley 20.000”. 2007.

- ZUNINO, NOELIA. 2011. Diario La Tercera, Santiago, Chile. Sección País, lunes 12 de Diciembre de 2011. página 6.

- Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 55, Junio del 2013.

- Sitio web oficial de la Real Academia de la lengua española, link:
<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=RfEVyTA>

- Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/nacional/2001/09/03/64840/un-millar-de-pandillas-juveniles-toma-populares-municipios-de-santiago.html>

- Sitio web cooperativa <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/comunas-del-sur-de-santiago-serian-foco-de-pandillas-juveniles/2001-09-02/140100.html>

- Sitio web vlex <http://vlex.com/vid/pandillas-ampla-capacidad-reclutamiento-526157946>

III. JURISPRUDENCIALES

- Sentencia dictada por Sr. Ministro Instructor Guillermo Silva Gundelach con fecha 15 de Marzo de 2011, en autos sobre extradición pasiva, RUC N° 1010032456-9, número de ingreso Corte 8.043-2010, de la Excma. Corte Suprema.

- Sentencia dictada con fecha 08 de Julio de 2010, en causa número de ingreso Corte 182-1998, de la Excma. Corte Suprema.

- Sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 2006, en causa número de ingreso Corte 326-2006, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

- Sentencia dictada con fecha 31 de agosto de 2004, en causa número de ingreso Corte 15.506-2003, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

- Sentencia dictada 26 de enero de 2018, en causa número de ingreso Corte 1.040-2016, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

- Sentencia dictada con fecha 07 de Abril de 2017, en causa número de ingreso corte 341-2017, de la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

- Sentencia dictada con fecha 8 de Noviembre de 2000, por doña Beatriz Antonia Ortiz Aceituno, Juez Titular del Primer Juzgado del Crimen de Punta Arenas, en causa signada bajo el rol C-67.792-2000.