Cámara de Diputados

MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN CRIMINAL

Boletín N°11950-07

1. Fundamentos. El fenómeno de la *criminalidad organizada* tiene larga data, con no pocas visiones críticas sobre su denominación, regulación[1], como también su "vocación primariamente criminológica"[2], de ahí que para algunos autores la mejor forma de afrontar el problema es sobre la categoría de "organización delictiva"[3]. En este sentido, no se puede desatender las situaciones que diariamente acontecen en nuestras poblaciones, donde un conjunto de practicas delictivas que se realizan mediante la acción concertada y permanente por agrupaciones de individuos que dotados de elementos necesarios cometen habitualmente delitos "convencionales", tales como tráfico ilícito de estupefacientes, robos violentos, lesiones, homicidios, amenazas, infracciones a la ley de control de armas, etc. Estos hechos son los que afectan diariamente a las personas, y que en muchos casos impide el desarrollo de una vida tranquila atendido el control territorial que ejercen estas agrupaciones.

Lo anterior, no obsta a que este fenómeno se reproduzca en otra clase de criminalidad que a partir de "los años cuarenta ha concitado la atención de los criminólogos. Su primera formulación científica tuvo lugar con Edwin Sutherland, quien en 1939 desarrolló su teoría del *delito de cuello blanco*, al cuál definió como el delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación"[4], en este contexto, así como los delitos convencionales antes reseñados aparecen acciones que denotan un ámbito de organización, dotados de medios que de manera permanente cometen fraudes

1 SLOKAR, Alejandro; VIRGOLINI, Julio, *"Nada personal… Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia"*, varios autores, Ediciones Depalma, 2001. Así para Zaffaroni la expresión crimen organizado es hueca, la que fue inventada por los políticos norteamericanos hace décadas por razones clientelistas, de ahí paso al periodismo y d allí a la criminología, construcción que sirvió para bajar los niveles de angustia ante los males de origen desconocido…

2 Mañalich, Juan Pablo. "Organización Delictiva", *en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 Nº2,* pp. 279-310 [2011].

3 Ídem.

4 Ob. cit. p. 41.

tributarios, estafas, administraciones fraudulentas, delitos contra el mercado de valores, de corrupción, etc.

En nuestro sistema el delito de asociación ilícita, muchas veces invocado, no ha logrado aprehender estos fenómenos de criminalidad, atendida la porosidad de su objeto en la ley vigente como atentar contra las buenas costumbres, las propiedades etc. De ahí que se proponga una reconstrucción a través de las asociaciones criminales, cuyo objeto jurídico y estructura han sido objeto de un profundo debate, así se identifican por una parte aquella posición que justifica su incriminación en la idea de la *autotutela del Estado,* es decir, "aquello que el delito ofende sería el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por la mera existencia de otra institución, provista de fines antitéticos a los suyos y que le discute la hegemonía o monopolio del orden jurídico y político"[5], para la doctrina tradicional en cambio, el bien jurídico es el *orden público*, que en palabras de Antolisei, "el orden público tiene un significado más restringido que en otras: es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social; la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública", y más recientemente la tesis de anticipación de la tutela penal de bienes jurídicos según la cuál "la asociación criminal constituye frente a los delitos cometidos por la misma, una fuente de peligro incrementado, que reduce las barreras inhibitorias de los miembros de la organización para la comisión de delitos y los facilita en términos técnico materiales"[6], lo que a su turno abona a las criticas sobre el peligro abstracto en que se construyen estas figuras delictivas. En contra de esta última posición se señala que "el injusto de la asociación ilícita es enteramente independiente del injusto de los eventuales hechos delictivos específicos cuya perpetración constituye el objeto de la asociación. Esto es decisivo para reconocer que ese injusto independiente solo puede ser plausiblemente identificado con la forma de menoscabo de bienes jurídicos representada por el peligro abstracto, entendido como la afectación de aquellas condiciones generales de seguridad de las cuales depende la posibilidad de una disposición despreocupada sobre uno o más bienes jurídicos por parte de su(s) titular(es)"[7], en que el peligro abstracto se identifica con una "disposición (subjetiva) a la perpetración futura de múltiples e indefinidos hechos delictivos"[8].

La fenomenología de los hechos delictivos de ocurrencia en los últimos tiempos, así como otros de mayor complejidad en la estructura legal vigente, son demostrativos del déficit estructural de la actual regulación "genérica" del delito de asociación ilícita prevista en el

---

5 Guzmán Dálbora, José Luis. "Del bien jurídico a la necesidad de la pena en el delito de Asociación ilícita y lavado de dinero", en *Estudios y Defensas Penales,* Lexis Nexis, 2005: p. 86 y ss.

6 Medina Schulz, Gonzalo. "El Injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico", *en La ciencia penal en la Universidad de Chile, Libro Homenaje a los profesores del departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile:* p. 494.

7 Mañalich, ob. cit., p. 294, citando a Kinhäuser (nota 54).

8 Ídem.

párrafo 10 del Título VI del Código Penal, así como también en alguna de sus versiones en leyes especiales. En efecto, la doctrina especializada, ha sido particularmente critica con esta regulación y sus resultados en la aplicación de la jurisprudencia es bastante escaso. Es por eso, que se propone una revisión integral con la finalidad de dotar de manera autónoma el castigo por el hecho de fundar o pertenecer a una organización criminal, al margen de los otros delitos que puedan ser imputados a sus miembros.

2. Historia legislativa y Derecho Comparado.- En nuestro sistema, al margen de la regulación genérica en el párrafo 10 antes señalado existen regulaciones específica de la asociación ilícita**,** como el contenido en el art. 1 de la Ley 19.927 sobre seguridad del Estado, el previsto en el art. 1º núm. 11 de la ley 18.314 sobre conductas terroristas, el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas y estupefacientes, para el delito de lavado de activos previsto en la ley núm. 19.913 y la asociación para la trata de personas[9].

Su restructuración también ha sido propuesta en los proyectos de Código Penal de marzo de 2014 (Boletín 9.274-07) que castiga distinguiendo al que tomare parte en un *asociación delictiva* (art. 582) y se entenderá "delictiva toda organización jerarquizada compuesta por tres o más personas que tiene por fin o actividad permanente la comisión de delitos" y además la asociación criminal , consistente en toda asociación delictiva que tiene dentro de su fin o actividad permanente la comisión de los crímenes que detalla (art. 584). Por su parte el anteproyecto de 2015, dispone en su art. 495 castiga la asociación delictiva y asimismo como "toda organización efectiva que tenga entre sus finalidades la perpetración de hechos constitutivos de delito"**,** distinguiéndola también de la *asociación criminal* que define como "toda asociación delictiva que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crimen" (art. 496). En el contexto de la propuesta elaborada por la comisión encargada de modificar la legislación antiterrorista, que sirve de base a esta moción, en la cual un aspecto relevante fue de adoptar "un modelo regulativo de la criminalidad terrorista que la identifica como una forma especialmente grave de criminalidad organizada, cuya regulación ha de quedar establecida en el Código Penal"[10]. Para lo anterior se sostuvo la necesidad de "redefinir las exigencias típicas de la forma básica de organización punible, que en los términos de la misma propuesta pasa a denominarse *asociación criminal*"[11]. La tipificación de esta forma básica de organización en sí misma punible se

9 Con detalle Medina, ob. cit., p. 482 y ss.

10 cf. Informe de la comisión de expertos sobre la regulación jurídica de las conductas terroristas, Octubre 2014: p. 17 y ss., especialmente respecto del texto y fundamentos propuestos por los señores profesores Juan Pablo Cox y Juan Pablo Mañalich.

11 ídem.

orienta a satisfacer una exigencia elemental de índole político-criminal, concerniente a la **gravedad específica** que debe exhibir la constitución y la existencia misma de una cierta organización para que amerite una punibilidad autónoma, tal como este último principio se halla reconocido por la regulación vigente. Así, "la asociación criminal ha de ser *criminal*, técnicamente, en un doble sentido: por un lado, en cuanto a su propio estatus como hecho punible, el cual queda asociado a la categoría de *crimen* en el sentido del art. 3º del Código Penal; y por otro lado, en cuanto a los hechos punibles cuya perpetración constituye el objetivo cuya persecución convierte a la organización en cuestión en específicamente criminal, hechos punibles que a su vez han de ser constitutivos de crímenes en el mismo sentido"[12].

En Alemania, sostiene la doctrina, se entiende por criminalidad organizada "la comision planificada, determinada por la ambición de ganancias o poder, de delitos que individualmente considerados o en su conjunto sean de considerable importancia, cuando más de dos intervinientes actúan repartiendose el trabajo durante un tiempo largo o indeterminado y empleando: a) estructuras profesionales o propias del mundo de los negocios, b) empleando violencia u otros medios idóneos para provocar temor, o c) ejerciendo influencia en la política, los medios de prensa, la administración pública, la justicia o la economía"[13].

Así el Código penal alemán en su parágrafo 129 dispone:

§ 129. Conformación de asociaciones criminales
(1) Quien forme una asociación criminal cuyo objeto o cuya actividad esté orientada a cometer hechos, o quien participe en una tal asociación como miembro, haga propaganda para ella o la apoye, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.
(2) El inciso 1 no se aplicará cuando la asociación sea un partido político, que el Tribunal Constitucional Federal no haya declarado como inconstitucional, cuando la comisión de hechos solo sea un objeto o una actividad de significado secundario o en la medida en que el fin o la actividad de la asociación se consideren hechos punibles según los §§ 84 a 87.
(3) La tentativa de fundar una asociación en el sentido del inciso 1, es punible.
(4) Si el autor pertenece a los cabecillas o a los autores mediatos, o si se presenta algún caso especialmente grave, entonces se reconocerá pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.
(5) El tribunal puede prescindir de un castigo de acuerdo con los incisos 1 y 3, en el caso de participes cuya culpa sea menor y su colaboración sea de importancia secundaria.

---

12 ídem.
13 Hernández, Héctor. "La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania", *en "Gran Criminalidad Organizada y trafico de estupefacientes",* Editorial Conosur, 2000.

(6) El tribunal puede atenuar la pena según su criterio (§ 49, inciso 2) o puede prescindir de un castigo según éstas normas cuando el autor se empeñe libre y seriamente por impedir la continuación de la asociación o la comisión de un hecho punible que corresponda a uno de sus objetivos, o libremente revele su conocimiento a una autoridad pública tan oportunamente que los hechos punibles cuya planeación él conoce, todavía pueden impedirse; si el autor alcanza su meta de impedir la continuación de la asociación o si se alcanza sin su intervención, entonces él no será castigado.

El Código Penal Español, en su art. 570 bis y siguientes, a propósito de los delitos contra el orden público, castiga las organizaciones y grupos criminales, tipificando primero "las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación..."[14], de la siguiente manera:

Artículo 570 bis.

CAPÍTULO VI
De las organizaciones y grupos criminales

1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:
a) esté formada por un elevado número de personas.b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por
sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.
Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la

14 Código Penal , Concordancias, comentarios y jurisprudencia, 14ª edición, 2014, Editorial Colex: p. 1383.

integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

3. Ideas matrices. La propuesta del presente proyecto se estructura sobre criterios explícitos para la determinación de la existencia de una *organización* que pueda ser constitutiva de **asociación criminal**. Estos criterios consisten en: a) la cantidad de miembros que integren la respectiva organización, b) la dotación de medios y recursos, y c) su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo. Por esta vía, la regulación propuesta pretende superar el déficit que muestra la legislación vigente en la materia, que "ha tendido a volver esencialmente inciertos los requisitos mínimos que ha de satisfacer una asociación para resultar autónomamente punible"[15]. Al mismo tiempo, y acogiendo un planteamiento cada vez más generalizado en la literatura especializada, la propuesta prescinde de diferenciar posiciones jerárquicas susceptibles de ser ocupadas por los miembros de la organización. De este modo se abre la posibilidad de que organizaciones horizontalmente constituidas resulten abarcadas por la tipificación, en la medida en que se satisfagan los criterios ya mencionados. "Para efectos de penalidad, la propuesta distingue entre la posición de aquellos integrantes que hubieran fundado o contribuido a fundar la asociación, de un lado, y la posición de los demás integrantes, por otro. Con ello, la eventual colaboración con la operación de la organización por parte de individuos que no cuentan como integrantes de la misma queda sometida a las reglas generales sobre intervención en un hecho punible"[16].

Se trata en definitiva de una nueva propuesta de regulación de la organización criminal, que como fenómeno merece un tratamiento autónomo, sobre la base de una nueva exigencia de los requisitos sobre la base de los cuales es posible distinguir la existencia de una asociación criminal y superar la regulación vigente con las dificultades que la jurisprudencia ha develado en su aplicación.

Es sobre la base de estos fundamentos que venimos a proponer el siguiente:

Proyecto de ley

15 Informe de la comisión…
16 ídem.

Art. Único. Sustituyese el párrafo § 10 del Título VI sobre crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, del Libro II del Código Penal por el siguiente:

§ 10. De las asociaciones criminales

Art. 292. Toda asociación que tenga por finalidad la perpetración de hechos constitutivos de crímenes importa un delito que existe por el solo hecho de encontrarse efectivamente organizada.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso precedente, la asociación se entenderá efectivamente organizada en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo.

Para los efectos del inciso precedente, se entenderá que la cantidad de miembros de la asociación requiere de más de dos personas.

Art. 293. El integrante que hubiere fundado o contribuido a fundar una organización comprendida en el artículo anterior, será castigado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

El que activamente integrare una organización comprendida en el artículo anterior, sin resultarle aplicable lo dispuesto en el inciso precedente, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Art. 294. Las penas establecidas en el artículo anterior serán impuestas sin perjuicio de las que correspondiere imponer por uno o más crímenes o simples delitos efectivamente perpetrados por uno o más integrantes de la organización.

Cuando la asociación criminal se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria a la pena impuesta sobre los responsables individuales, la disolución o la cancelación de la personalidad jurídica.

MANUEL MONSALVE
Diputado de la República

RAÚL LEIVA
Diputado de la República