

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº48 - SEPTIEMBRE 2011



## ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA ESTABILIDAD TEMPORAL COMO REQUISITO DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

*Tomás Ramírez Hermosilla<sup>1</sup>*

---

### I. Introducción

Que la colaboración o participación de dos o más personas en la comisión de delitos sea una asociación ilícita, resulta complejo no sólo como análisis dogmático de los tipos penales involucrados sino que también atendidas las consecuencias punitivas que acarrea. En este escenario, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado diversos criterios a fin de dar pautas concretas para la distinción de este delito respecto de otras figuras, como la conspiración, coautoría o, en el caso de la ley 20.000, la mera agrupación o reunión de delincuentes.

Por otra parte, la capacidad de aprendizaje de quienes conforman las asociaciones ilícitas, las nuevas tecnologías y la evolución de las estructuras empresariales (lícitas e ilícitas), han afectado también la persecución de este tipo de agrupaciones, ya que frente a las crecientes dificultades impuestas por el Estado, a través de la persecución penal y otras formas de control, éstas han modificado su forma de funcionar, actuando de manera más flexible y compleja. Tal como sucede en cualquier tipo de empresa que quiera sobrevivir en un mercado altamente competitivo, quienes se dedican a cometer delito han mejorado su capacidad para operar clandestinamente y así evitar la persecución penal.

Frente a esta realidad cabe analizar con mayor profundidad los requisitos señalados por la doctrina y jurisprudencia para la configuración de una asociación ilícita. Generalmente estos son tratados de manera conjunta sin desarrollar sus características específicas y las vinculaciones entre ellos, por lo que su aplicación al caso concreto como criterios límite entre el delito y otras figuras resulta, hasta cierto punto, incierta.

Sin perjuicio que para la jurisprudencia reciente pareciera ser la jerarquía el elemento más relevante, la estabilidad temporal tiene una relevancia especial para la investigación y condena por tráfico ilícito de droga, no sólo atendidas las nuevas formas de emprendimiento ya indicadas sino que también puesto que el sistema de persecución penal actualmente es más rápido y eficaz, siendo detenidos los partícipes en los inicios de sus actividades ilícitas. Además, la

---

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

propia definición del elemento como “cierta” estabilidad temporal requiere un análisis más profundo para determinar su contenido y límites.

## II. Elementos de la asociación ilícita<sup>2</sup>

De conformidad con la doctrina y jurisprudencia, tanto respecto de la figura genérica del Código Penal como las contempladas en leyes especiales<sup>3</sup>, las asociaciones ilícitas en la legislación chilena tienen caracteres comunes, siguiendo casi todas la misma redacción o remitiéndose a los artículos 292 y siguientes del Código Penal para la determinación de la pena.

Ya en la génesis del artículo 292<sup>4</sup> aparecen los cuatro elementos tradicionales, a saber, (i) un grupo organizado, (ii) con jefes (centro de poder), (iii) cierta estabilidad temporal y (iv) finalidad delictiva, distinguiéndose los diversos tipos básicamente en el contenido de este último requisito.

Bajo denominaciones distintas se han desarrollado por la doctrina estos elementos: la existencia de una pluralidad de sujetos con una organización más o menos permanente y jerarquizada, cuya finalidad sea la comisión de (ciertos) delitos<sup>5</sup>.

- 2 Los elementos del delito de asociación ilícita han sido analizados anteriormente en la Revista Jurídica del Ministerio Público: SALAZAR, Andrés, Asociación ilícita para el narcotráfico e interpretación del tipo penal, RJMP N°36, pp. 145 y ss.; MUÑOZ, Jorge, Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la ley N°20.000, RJMP N°42, pp. 125 y ss.; MUÑOZ, Jorge, La opinión de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno al delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, RJMP N°45, pp. 166 y ss.; GAJARDO, Tania, Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial, RJMP N°45, pp. 229 y ss.; FIGUEROA, Renzo, Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación “Los Gaetes” y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico”, RJMP N°47, pp. 143 y ss.
- 3 Artículo 1° f) de la Ley N°12.927 sobre Seguridad interior del Estado; artículo 1° N°11 de la Ley N°18.314 que Sanciona conductas terroristas y fija su penalidad; artículo 16 de la Ley N°20.000; artículo 28 de la Ley N°19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero; y el artículo 411 quinquies del Código Penal, agregado por la Ley N°20.057, que establece el delito de asociación para la trata de personas.
- 4 Sesión 157<sup>a</sup> de la Comisión redactora del Código Penal. Más referencias respecto de la génesis y comparación entre los textos legales, ver MUÑOZ, Jorge, Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la ley N°20.000.
- 5 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, María, Lecciones de Derecho penal Chileno Parte Especial, p. 598: se trata de una “organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos”. Con algunas diferencias, LABATUT, Gustavo y ZENTENO, Julio, Derecho Penal, T. II, Editorial Jurídica, Santiago 2002, p. 109; ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial, T. IV, Editorial Jurídica, Santiago 1998, p. 317; BUSTOS, Juan, Manual de Derecho Penal PE, Ariel, Barcelona 1991, p. 328; MATUS, Jean, “Dogmática de los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes”, en POLITOFF, Sergio, MATUS,

Por su parte, la jurisprudencia se ha ido uniformando durante los últimos años, encontrándose casos en que se exigieron hasta 10 elementos<sup>6</sup> hasta sentencias recientes en que los requisitos, bajo denominaciones diversas, son básicamente los descritos por la doctrina<sup>7</sup>.

### III. La estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita

#### 1) Ubicación sistemática

La justificación de cada elemento pareciera ser de toda lógica: la pluralidad de sujetos y su organización se deriva claramente del término “asociar” u “organizar”; la jerarquía, de la redacción de los tipos y en particular de la forma de determinación de las penas contempladas en la mayoría de los tipos; y la finalidad de cometer (ciertos) delitos está contemplada de manera expresa en la ley.

Respecto de la estabilidad temporal algunos autores no se refieren a este requisito<sup>8</sup> o simplemente declaran que “la asociación es un grupo de carácter

---

Jean (coord.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Editorial Conosur, Santiago 1999, p. 213; CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, “Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N°20.000”, en *Revista Política Criminal* N°6, 2008, disponible en [http://www.politica-criminal.cl/n\\_06/d\\_1\\_6.pdf](http://www.politica-criminal.cl/n_06/d_1_6.pdf). En la doctrina comparada puede observarse una situación similar, ver: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 798 y ss.; GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona 1978, p. 222 y ss.; TAMARIT, Josep, “Capítulo IV, Título XXI, Libro II del Código Penal”, en QUINTEROS, Gonzalo (dir.) y MORALES, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra 1996, p. 2169 y ss.; ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2005; CORNEJO, Abel, *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

- 6 Sentencia del 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 3 de mayo de 2007, RUC 0500322293-6.
- 7 Entre otras: SCS Rol N°7712-2008, de fecha 15 de marzo de 2010; SCS Rol 3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007; STC Rol N°1443-2009, de fecha 26 de agosto de 2010; sentencia del 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 2 de diciembre de 2010, RUC 070081345-1; sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, de fecha 5 de febrero de 2010, RUC 0800989323-8; Sentencia 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0700935945-6, de fecha veintidós de mayo de dos mil once. Asimismo, en aquellos casos en que los imputados son absueltos por este delito pero se entiende configurada la agravante contemplada en el artículo 19 a) de la ley 20.000, los tribunales también desarrollan ambos conceptos: recientemente, por ejemplo, sentencia del 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago RUC N°1000280422-6, de fecha diez de septiembre de dos mil once; y sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, RUC 0800331065-6, de fecha cuatro de mayo de dos mil once.
- 8 LABATUT, Gustavo y ZENTENO, Julio, Ob. cit.

más o menos permanente y jerarquizado, como se desprende del tenor del Art. 293, que alude a los ‘jefes’ y a ‘ejercer mando’<sup>9</sup>, sin desarrollar de manera separada la jerarquía de la estabilidad temporal. Otros estiman de manera genérica que todos los requisitos “la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo causal para cometer un delito determinado”, pero en todo caso sería la “jerarquía y normativa propia” lo que distingue una asociación ilícita de la mera agrupación de delincuentes “aun si ello deriva del hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente”<sup>10</sup>.

Por otra parte, según BUSTOS “la falta de ‘organización’ es la diferencia fundamental con la conspiración.”<sup>11</sup>, pero para MUÑOZ CONDE el “acuerdo asociativo” debe ser duradero a fin de diferenciar “la asociación y cualquier otra forma de acto preparatorio o fase previa a la consumación de un delito, o forma de participación intentada en el mismo.”<sup>12</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia tampoco es unánime respecto de la ubicación sistemática de la estabilidad temporal respecto de los demás requisitos del delito de asociación ilícita. En general se limitan a enunciarla y desarrollar una línea temporal desde los primeros delitos o indicios hasta el momento de la detención de los imputados, mostrando que existe continuidad en el tiempo, respecto de los delitos y las personas involucradas<sup>13</sup>.

En todo caso, a pesar de las diferentes formas de justificar su inclusión, así como su contenido, existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de que “cierta estabilidad temporal” es un requisito del tipo penal, sin el cual no es posible hablar de asociación ilícita.

## 2) Contenido del requisito

Ahora bien, el consenso sólo llega en términos generales hasta la inclusión del requisito: su contenido o no es desarrollado dándolo por evidente o simplemente se hacen breves referencias a este, dificultando determinar si se trata de diferencias reales o de matices entre posturas concordantes en lo esencial. Pareciera que las referencias están dirigidas principalmente a distinguirlo de otras figuras en vez de dotarlo de un contenido específico (aunque finalmente estén vinculadas).

9 ETCHEBERRY, Alfredo, Ob. cit., p. 317.

10 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean y RAMÍREZ, María, Ob. cit., p. 599. En el mismo sentido, SEPÚLVEDA, Eduardo, “El delito de asociación ilícita en la Ley N°19.366 sobre tráfico de drogas”, en Cuadernos Judiciales N°4 (2001), p. 65.

11 Ob. cit., página 328.

12 Ob. cit., página 798. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, José, Manual de Derecho penal parte especial, Bogotá 1975, página 659.

13 Ver nota 7.

Se podrá objetar a lo anterior que en todo caso, sea cual fuere la alternativa o relevancia dada, “cierta” estabilidad temporal es necesaria. Pero la definición del contenido de este requisito tiene efectos prácticos, según la postura que se adopte.

En particular, si se trata de una estabilidad retrospectiva o prospectiva. Es decir, si la asociación ilícita ha sido estable, siendo posible *encontrar un pasado común delictivo*

estructura (o *vocación*) tiene la capacidad de (o *quiere*)<sup>14</sup> sobrevivir al delito que inicialmente se propone cometer, es decir, *si la posibilidad tiene futuro*.

La jurisprudencia no se ha pronunciado respecto de esta posible dicotomía y en fallos recientes algunos tribunales han sostenido de manera directa o indirecta una concepción retrospectiva del elemento “cierta estabilidad temporal”.

#### a) Concepción retrospectiva

El 1º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha diez de septiembre de dos mil once<sup>15</sup>, resume el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los elementos de la asociación ilícita, y señala que los “... cuatro elementos esenciales del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas [son]: **a)** la existencia de una organización jerarquizada, con reglas propias, y en la cual se distinguen los jefes o líderes de la organización, de quienes las ejecutan, distinción que por lo demás fluye del mismo artículo 16; **b)** un concierto o acuerdo común en permanecer a esa organización de parte de todos sus integrantes; **c)** la estabilidad o permanencia de la organización, y **d)** la distribución de funciones entre los componentes de la organización”<sup>16</sup>.

La estructura explícita del tribunal a la hora de analizar cada uno de estos, supuso responder una serie de preguntas: “A.- ¿Desde cuándo existió la organización y quiénes la componían? B.- ¿Existió un acuerdo entre todos los miembros para pertenecer a la asociación u organización? C.- ¿Cuánto tiempo de duración tuvo esta organización? D.- ¿Tenía esta organización una estructura jerarquizada, con reglas propias y con distribución de funciones entre sus componentes?”<sup>17</sup>. Como parece obvio, el sólo hecho de preguntarse desde cuando existió la organización y cuánto duró demuestra una opción por mirar el pasado de la organización bajo una concepción retrospectiva del requisito analizado.

14 En caso que se opte por una concepción prospectiva quedará por determinar si esta “posibilidad de futuro” es objetiva (su estructura lo permite), subjetiva (sus integrantes pretender mantener la asociación ilícita), o requiere ambas.

15 Causa RUC N°1000280422-6, contra Jorge Salinas Rivera y otros.

16 Considerando Décimo Quinto. Destacado en el original.

17 Considerando Décimo Sexto.

En el Acta de Deliberación, de fecha 2 de septiembre de 2011, el tribunal rechazó que haya concurrido el requisito en comento, ya que "... si bien el grupo completo de los cuatro acusados se articula en tres meses –marzo a mayo de 2010- y algunos de ellos en cinco meses –enero a mayo de 2010- , **no logran esos cortos períodos de tiempo satisfacer la exigencia de una permanencia estable de la agrupación**, lo cual constituye otro de los requisitos para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas.”<sup>18</sup>. Sin embargo, en la sentencia el tribunal cambia de opinión:

“Si bien es cierto, que al comunicarse el veredicto se dijo que no se verificaba el requisito de la permanencia, los sentenciadores, con un mayor acopio de antecedentes y fruto de un estudio dogmático más profundo del presupuesto legal en juego, concluyen que ha de modificarse ese criterio, pues lo cierto es que hubo una permanencia más o menos relativa en mantener los objetivos de la agrupación, como era la comisión de delitos indeterminados, lo que al menos se verificó en dos oportunidades y pretendió efectuarse en otra más, que resultó frustrada. Para arribar a lo anterior ha sido determinante el estudio de la doctrina antes citada.”<sup>19</sup>.

En la causa contra la asociación denominada “Los Gaete”<sup>20</sup>, el 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, afirmó que la estabilidad temporal es el elemento de la asociación ilícita que la permite distinguir de la mera coparticipación: “en otras palabras, **deben existir antecedentes** que den cuenta de una forma de operar grupal y jerárquica con cierta división de funciones, que aún cuando experimente cambios en algunos de sus integrantes, presente algún elemento aglutinador estable que le dé una impronta o cohesión propias.”<sup>21</sup>.

En seguida, si bien continúa afirmando que se trata de comprobar hacia el pasado la existencia de la organización, también suma un elemento prospectivo:

“Es del caso hacer presente que este elemento no dice directa relación con la permanencia del integrante mismo de la organización individualmente considerado sino que cómo a partir de su intervención ésta proyecta en el tiempo la actividad del cuerpo colectivo, por sus orígenes, atendida su naturaleza hay que ir buscando en el tiempo los vestigios o los indicios que va dejando, las huellas que la estructura criminal fue dejando en el camino mientras fue operando y también

18 Punto 5 del Acta de Deliberación. No destacado en el original.

19 Considerando Vigésimo Noveno. Finalmente fue rechazada la calificación jurídica pues el tribunal no dio por acreditada la jerarquía necesaria para que estar frente a una asociación ilícita.

20 Sentencia 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 0700935945-6, de fecha veintidós de mayo de dos mil once.

21 Considerando Trigésimo Sexto. No destacado en el original.

**dimensionándola hacia el futuro** y de esta manera buscando los indicios en las huellas o rastros que esta estructura dejó ...”<sup>22</sup>.

Si bien no es tan categórico como el veredicto ya citado, el tribunal basa (principalmente) la prueba de la estabilidad temporal en “los vestigios o indicios”, “las huellas” de la estructura de la organización “mientras fue operando”. ¿Esta se manifiesta en la comisión de otros delitos? ¿Se requiere poder distinguir *emprendimientos* separados temporalmente? En caso que sean detenidos antes de continuar con su agenda delictiva, ¿basta probar “la huella” dejada en la

es posible responder con claridad estas interrogantes.

#### b) Concepción prospectiva

A primera vista se podría reprochar a una concepción prospectiva que estaría vinculada a un Derecho penal de autor, puesto que si se mira *lo que vendrá* se estaría imputando actos que aún no se han cometido. Como se verá, una mirada prospectiva a la estabilidad temporal no implica aquello, pues siempre se imputan actos efectivamente realizados, aunque exista controversia en la doctrina (sobre todo puesto que se trata de un problema vinculado a la determinación del bien jurídico protegido<sup>23</sup>).

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Aun cuando a estas alturas es casi un antecedente histórico, sobre todo en Alemania, una primera aproximación reconduce “la legitimación o el bien jurídico protegido” al reconocimiento del derecho de asociación, por lo que se busca atacar o prevenir el ejercicio abusivo de este derecho (referencias a esta teoría en CANCIO, Manuel, El injusto en los delitos de asociación: peligro y significado, RGDP N°8, noviembre 2007, disponible en [www.iustel.com](http://www.iustel.com), p. 12). Desde el punto de vista de la anticipación de la punibilidad, se trata de la protección de los bienes jurídicos afectados por los “delitos-fin” de la asociación: “la responsabilidad de los miembros de las organizaciones criminales se fundamenta a partir de imputarles la creación de riesgos para los bienes jurídicos protegidos en los tipos que definen los delitos-fin de la asociación criminal de que se trate” (SILVA, Jesús, “La ‘intervención a través de organización’, una forma moderna de participación en el delito?”, en CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús, Delitos de organización, Editorial BdeF, Buenos Aires 2008, p. 100). Criticadas por la vaguedad del objeto de referencia, las posturas que defienden un bien jurídico colectivo oscilan entre el orden público, la seguridad interior, paz pública, entre otros (en Chile tiene fundamentos de texto legal, ya que la asociación ilícita del Código Penal se encuentra en el título sobre los delitos “contra el orden y seguridad públicos”; en la doctrina nacional, GUZMÁN, José, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícita”, en Estudios y defensas penales, Lexis Nexis, Santiago 2005; ETCHEBERRY, Alfredo, Ob. cit., quien lo agrupa dentro de los delitos de “peligro común”; GRISOLÍA, Francisco, “El delito de asociación ilícita”, en Revista chilena de Derecho, Vol. 31 N°1, 2004, para quien se trata de un delito pluriofensivo pues “afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación”, p. 80; para la revisión de la doctrina comparada, especialmente en España y Alemania, ver CANCIO, Manuel, Ob. cit., p. 16 y ss.). Defendida por Manuel CANCIO, la idea de arrogación del monopolio estatal de la violencia, si bien pareciera estar emparentada con las concepciones anteriores, supone que la “dimensión específica del injusto de la asociación criminal” radica en que “pretende ocupar un lugar (legítimo) en la vida

Para afirmar la tesis prospectiva se debe tener presente que la forma de entender la estabilidad temporal en términos retrospectivos pugna con algunas objeciones expresadas en el texto legal y la doctrina.

En primer lugar, el tipo base contenido en el artículo 292 del Código Penal indica que la asociación “formada con el objeto de atentar” contra ciertos bienes “importa un delito que existe **por el solo hecho de organizarse**”. Si bien se puede sostener que en este caso se trata de consagrar el concurso real con los delitos cometidos en el seno de la asociación (con lo que el artículo 294 bis sería una reafirmación de lo anterior), en el caso de la ley 20.000 esta conclusión es menos plausible, ya que se establece al mismo tiempo que el delito se comete “por este solo hecho” de asociarse y que la regla concursal es la contemplada en el artículo 74 del Código Penal.

Por tanto, bajo una mirada literal es posible sostener que basta para la persecución penal que exista una asociación cuya finalidad sea “cometer alguno de los delitos” de la ley 20.000, sin que sea necesario que los haya cometido. Así, la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita no podría ser retrospectivo, pues el delito se comete desde su formación, siendo un problema de la investigación probar *cuando* nació la asociación ilícita. Como se verá más adelante, no es que sea irrelevante la existencia de un pasado organizativo, sino que en este sentido resulta cuestionable como contenido del requisito analizado.

El cambio entre el veredicto y la sentencia del 1º Tribunal Oral en lo Penal demuestra la adopción de una mirada prospectiva (aunque limitada) opuesta a la afirmada inicialmente:

---

pública”, arrogándose “el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado” (CANCIO, Manuel, Ob. cit., p. 36; y CANCIO, Manuel, Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto, Editorial Reus, Madrid 2010). En cuanto injusto de amenaza, la punición de la asociación ilícita se funda en la afectación a nivel cognitivo de normas principales a través de “normas de flanqueo” (JAKOBS, Günter, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid 1997, p. 293 y ss.). Finalmente, desde un punto de vista poco desarrollado en Chile, en cuando delito de preparación (que junto con los de acumulación amplían la división entre delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto), el injusto específico “se realiza por la creación de un estado de organización criminal que puede ser aprovechado por sus miembros o por terceros, para facilitar, posibilitar o asegurar la comisión de los hechos punibles futuros de la asociación, sean los que correspondan de acuerdo al respectivo tipo penal de asociación ilícita” (MEDINA, Gonzalo, El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico, Editorial jurídica, en imprenta, p. 20). Sobre la fundamentación de los delitos de preparación, ver HEFENDEHL, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, p. 182 y ss.; WOLHLERS, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrecht – Zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, Editorial Duncker & Humboldt, Berlin 2000; y VON HIRSCH, Andrew y WOLHLERS, Wolfgang, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito, sobre los criterios de una imputación justa”, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico, Marcial Pons, Madrid 2007.

“A este respecto, tampoco obsta a la permanencia de la agrupación que haya habido actos sin concretarse, pues lo importante es que se planifique la ejecución de los mismos, aunque sean indeterminados e incluso no tengan concreción. Esa es la opinión de la doctrina, en la que basta la planificación de los distintos delitos, los cuales deben ser independientes entre sí.”<sup>24</sup>

Sin embargo, no parece tan clara la distinción entre el principio de ejecución y la estabilidad temporal, sobre todo si queda pendiente determinar el grado de planificación que se requiere, pues parece no ser suficiente que dos o más personas elaboren un plan teórico para que exista una asociación ilícita.

En la doctrina, el tratamiento conjunto con los demás requisitos dificulta establecer su fundamento legal específico y su necesidad, ya que pareciera que en el ámbito nacional es la estructura de la organización la que permite diferenciarlo de otras figuras, como la conspiración o la mera coautoría, aún cuando se hace también referencia a la estabilidad temporal conjuntamente con lo anterior<sup>25</sup>. Sin embargo, independientemente de su ubicación y función exacta, se ha señalado que se debe tratar “de una **estructura destinada a sobrevivir** a la consumación” de delitos determinados<sup>26</sup>. Es decir, la conexión entre ambas podría consistir en que una de las características de la estructura de la organización, junto con establecer niveles jerárquicos y distribución de funciones (requisitos analizables por separado), es su capacidad de *seguir con vida* luego de cometer delitos específicos.

Dicho de otra manera, la asociación se organiza para tener un futuro: la estabilidad temporal se referiría a una prognosis de continuidad. El hecho de tener un pasado prueba que efectivamente tenía esa capacidad, pero es solo un problema de cómo probar esa capacidad, no el contenido del requisito.

En este sentido la estructura de la organización debe demostrar una densidad suficiente “tanto en cuanto a su proyección temporal como en cuanto a su complejidad interna”<sup>27</sup>, de tal manera que sea verificable cierta *vocación de*

24 Considerando Vigésimo Noveno.

25 Ver: BUSTOS, Juan, Ob. cit.; POLITOFF, Sergio *et al*, Ob. cit; CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, Ob. cit.

26 CARNEVALI, Raúl, FUENTES, Hernán, Ob. cit., p. 8.

27 MAÑALICH, Juan, “Organización delictiva Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N°2, 2011, p. 295. Frente a esta característica de la asociación, para que le sea imputable a la persona la comisión del injusto también se deben establecer exigencias “relativas al propio comportamiento de integración individual de la organización así estructurada”, a fin de poder imputarle al integrante su pertenencia a la organización a título de autoría directa. Al respecto, ver: CANCIO, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús, Delitos de Organización, pp. 15 a 84; CANCIO, Manuel, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español”, en

*permanencia*<sup>28</sup> en la mantención de la asociación como tal, a fin de cometer nuevos delitos<sup>29</sup> –  
siste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o ‘giro’) de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características<sup>30</sup>.

Si la asociación es reconocible como tal porque, ante la reiteración de delitos, es posible sostener que tuvo esa vocación o proyección temporal, es un tema vinculado a la prueba exigida para determinar si tenía tal densidad organizativa: una mirada exclusivamente retrospectiva confundiría *qué* se debe probar con *cómo* debe hacerse.

### c) Asociaciones sin pasado

Como consecuencia de lo anterior, sería posible estar frente a una asociación ilícita sin que ésta se haya manifestado en delitos anteriores, pues dicho delito se comete por el solo hecho de organizarse como tal. El problema radica, entonces, en cómo probar que una agrupación sin historial delictivo tiene una entidad suficiente para que el injusto cometido por sus integrantes pueda ser imputado bajo un concurso real con los (demás) delitos que cometen bajo la asociación ilícita.

Esto no quiere decir que baste el mero acuerdo de organizarse para que, “por este solo hecho”, estemos frente a una asociación ilícita<sup>31</sup>. Claramente la idea de “organizar” supone una manifestación real de la jerarquía y distribución de funciones para la consecución de un fin específico, sobre todo en agrupaciones informales. Es decir, se trata de “establecer o reformar algo para lograr un fin,

---

Revista de Estudios de la Justicia N°12, 2010, pp. 147 a 164; y GUZMÁN, José, Ob. cit., p. 128 y ss.

28 Ziffer, Patricia, Ob. cit., p. 74: “La exigencia de permanencia, sin embargo, no debe llevar a ver el desvalor del delito en la constante disposición del grupo a cometer delitos en el futuro [...] sino, en todo caso, en la vocación del grupo de perdurar para la comisión de varias acciones punibles independientes. Pues la sola existencia de ese plan de cometer ‘varios delitos’ surge no ya un mayor peligro de la acción conjunta de una pluralidad de agentes, sino, antes bien, un peligro de ‘latencia’, consistente en la disposición constante de la asociación para la comisión de delitos, sin que cada vez deba renovarse el acuerdo entre los miembros”.

29 En este punto parece ser relevante la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita (ver nota 23).

30 MAÑALICH, Juan, Ob. cit., página 293.

31 Aunque habría que esclarecer la punibilidad de la conspiración para cometer el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, ya que si el artículo 16 de la ley 20.000 es un injusto independiente podría aplicarse a su respecto el artículo 18 de la misma ley, que contempla la conspiración “para cometer los delitos contemplados en esta ley”, la que se produciría por el “concierto para la ejecución del crimen o simple delito” (artículo 8° del Código Penal).

coordinando las personas y los medios adecuados” o “hacer, producir algo”<sup>32</sup>, lo que denota una manifestación concreta más allá de la organización previa a la realización de acciones específicas que le darán vida<sup>33</sup>.

En términos más precisos, que una asociación no tenga *pasado* se refiere más bien a la falta de *historial delictivo* (comprobable), de una serie de delitos atribuibles a la asociación, que permitan demostrar de manera concreta un injusto autónomo que legitime la punición de la conducta con independencia de los delitos contemplados en la *agenda* de la asociación.

Si bien lo usual en las causas por asociación ilícita, en particular para el caso de los delitos de drogas, es que se la investigue a raíz de ilícitos anteriores o derechamente se trate de una investigación durante la cual, atendida sus características, aparece que se trata de una asociación, existen casos en que dicha situación puede no suceder.

En primer lugar, aquellos en los que no se pueda probar la vinculación de la asociación con otros delitos, sin perjuicio que se tienen antecedentes que así lo indiquen. Es decir, que la asociación sí tenga estabilidad retrospectiva pero no haya sido posible producir convicción en el tribunal al respecto.

En segundo lugar, en aquellos casos en que el historial no es propiamente de la organización, sino de grupos que antes de la investigación en que se les imputa conformar una asociación ilícita no funcionaban con una estructura jerárquica o división de funciones común propias de una asociación ilícita. Se trata de casos en que las actividades de los integrantes van evolucionando en cuanto a su complejidad hasta lograr crear una organización con *vocación de permanencia* distinta a las actividades separadas de cada integrante.

Este caso plantea el problema de la complejización organizativa como paso entre la mera coautoría, agrupaciones (como el artículo 19 a) de la ley 20.000) y asociaciones ilícitas. La Excma. Corte Suprema ha sostenido<sup>34</sup> que el concepto de agrupación es más amplio que el de asociación, ya que la primera “corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o

32 Definición de “organizar”, acepciones 1 y 3 del diccionario de la Real Academia Española.

33 Lo que, además, podría afectar el principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Fuera del caso señalado, en que claramente se requiere más que la organización (teórica) de la asociación misma, estas consideraciones deberían tener consecuencias en torno a la integración *pasiva* a la agrupación: “los colectivos que presentan las características necesarias para suponer una puesta en cuestión del monopolio de violencia del Estado exigen una actualización clara y permanente de la pertenencia” (CANCIO, Manuel, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, p. 41). Bajo una concepción distinta pero llegando al mismo resultado, SILVA, Jesús, “La ‘intervención a través de organización’ ¿Una forma moderna de participación en el delito?”, p. 117.

34 SCS Rol N°3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007.

cosas, con algún fin”, mientras que la segunda “responde más que a la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados”<sup>35</sup>. En definitiva:

“La simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquél, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento.”<sup>36</sup>.

Bajo esta mirada, una mera agrupación como la contemplada en el artículo 19 a) de la ley 20.000 puede tener permanencia en el tiempo y *en algún momento* de su existencia puede *evolucionar* en su organización para convertirse en asociación ilícita según el artículo 16 de la misma ley.

Esta evolución es propia de las asociaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas<sup>37</sup>, ya que se trata de emprendimientos que requieren conocimientos, contactos, medios materiales, etc., que se van adquiriendo con el tiempo: en este caso nos podemos encontrar con una asociación ilícita que, como tal, no tiene historial delictivo pero sus integrantes sí, e incluso han formado grupos menores que sólo para el delito investigado han alcanzado una estructura interna propia de una asociación ilícita. En la medida que una agrupación ha sido exitosa en su empresa para realizar operaciones de mayor envergadura probablemente requerirá una estructura que la diferencie, precisamente aquella de la asociación ilícita.

En tercer lugar, nos podemos encontrar con casos en que no existan antecedentes de la existencia previa de la organización en cuanto tal ni respecto del

35 Ibid, considerando 6°.

36 Ibid., considerando 7°. A continuación señala: “8°.- [...] Pero, si esa misma acción de traficar es llevada adelante por un grupo de personas que acuerdan la compra de droga para su posterior venta, el legislador ha querido sancionarlos con mayor dureza, porque la ejecución en conjunto de una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Ello agrega una mayor criminalidad al comportamiento de los interventores y constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal.

Y si lo cumplido ha sido en realidad una asociación, donde cada uno asume un rol específico dentro de ese fin común, regulado expresamente desde el interior de la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico y este delito se sanciona en forma independiente del tráfico de sustancias estupefacientes que se haya sorprendido, por así estar expresamente dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la ley 20.000.”

37 Evidentemente no se trata de una característica exclusiva de este tipo de delitos. Respecto de la “trayectoria” del delincuente de organizaciones criminales, ver GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea, REQUENA, Laura y DE LA CORTE, Luis, ¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N°13, 2011.

pasado de los integrantes de esta, ya sea a nivel individual o como parte de una mera agrupación.

Frente a los dos primeros supuestos, aún sin historial delictivo, sin estabilidad retrospectiva demostrable por una serie de delitos anteriores en cuanto asociación ilícita, la existencia de esta vocación o posibilidad de supervivencia se puede probar de diversos modos. Por ejemplo, si se trata de la primera operación en que se detiene a los integrantes de la asociación, pero se prueba que esta ya contaba con jerarquía y división de funciones propias de una asociación ilícita según la forma cómo se relacionaban sus miembros, así como coordinaciones para futuras importaciones de droga, ingresos de dinero anteriores por sobre lo que podrían recibir con el tráfico actual, compra de material suficiente para más de una operación, etc., si bien nos encontramos frente a la comisión de un solo delito de tráfico, atendida la calidad de los medios probatorios se podría sostener que tenían una vocación o estructura que pueda fundar el requisito de la estabilidad temporal. En ambos casos si existen antecedentes concretos sobre un pasado común, aunque no alcancen a generar convicción respecto de que sean vinculables a la asociación en cuanto tal o que sean imputables al estado previo de la evolución de la asociación ilícita.

En el tercer caso, que podría ocurrir especialmente si se trata de extranjeros de los cuales no se tienen antecedentes, la situación no debiese ser tan distinta aunque no existan estos antecedentes concretos. Esta situación es aquella en que la perspectiva prospectiva enfrenta mayores dificultades a nivel probatorio, pero según los mismos elementos podría generarse convicción respecto de la existencia de “una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento”<sup>38</sup>. En las sentencias citadas previamente los tribunales ponen especial atención, por ejemplo, a la manifestación de esta estructura según los contenidos de las escuchas telefónicas, en que claramente existe un jefe y subordinados, planificación de diversos delitos, capacidad operativa para realizar importaciones de cantidades importantes de drogas, etc.

Esto no quiere decir que tienen que encontrarse todos esos ejemplos para determinar la existencia de una asociación, sino que la densidad de la organización puede ser probada a pesar de no existir antecedentes suficientes respecto de su pasado.

Bajo esta concepción, el 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago no habría dudado entre el veredicto y la sentencia sobre si tres o cuatro meses son suficientes para determinar la existencia de la asociación ilícita, sino que habría analizado si la prueba rendida, entre ella la relativa a lo que sucedió durante ese tiempo, daba cuenta de la finalidad delictiva, una jerarquía, división de funciones y estabilidad temporal (prospectiva) propias de una asociación ilícita. Dicho de otro modo, no hubiese sido tan relevante cuanto duraron los contactos entre los imputados sino si bajo una determinada estructura estos podrían

---

38 SCS Rol N°3206-2007, de fecha 3 de septiembre de 2007, considerando 7°.

(en abstracto) continuar. De hecho, las preguntas respecto de la estabilidad temporal serían ¿tenían agenda común? ¿tenían vocación de permanencia?, mientras que el análisis de lo que hasta ese momento habían alcanzado a hacer responde a ¿cómo pruebo los demás requisitos?

En todo caso, resulta obvio que a efectos probatorios contar con una organización a la que se le puedan imputar diversos ilícitos durante un tiempo extendido, facilita no solo la prueba de la estabilidad (prospectiva) sino que también la jerarquía y división de funciones, pues en los distintos emprendimientos delictuales es posible determinar cómo funcionaba en los hechos la asociación, deduciendo de ahí la calidad de cada integrante.

#### d) Estabilidad temporal y nuevas formas de organización empresarial

Entre varios, queda pendiente un tema relativo a formas organizacionales relativamente nuevas en el ámbito empresarial que, utilizadas en el tráfico ilícito de drogas, permiten realizar operaciones similares o mayores a las de una asociación ilícita tradicional pero con una estructura más flexible.

Me refiero a una forma de colaboración empresarial que en el ámbito del Derecho comercial se denomina *joint venture*<sup>39</sup>. El problema adicional que genera este tipo de asociación empresarial, radica en que, al igual que las anteriores, no tiene un historial delictivo propio, pero (aparentemente) tampoco tiene una pretensión o vocación de futuro común, con independencia de si *por el éxito de la colaboración* continúen operando juntos.

Este tipo de colaboración, que en materia de tráfico tiene sentido especialmente en grandes operaciones de importación de droga en las que existen organizaciones diversas en cada país, tiene mejor capacidad de evitar la persecución penal ya que pueden existir jerarquías paralelas, mayor compartimentación de la información, menor continuidad temporal que permita *más de*

39 El *joint venture* ha sido definido como “una figura jurídica asociativa, de origen convencional no societario, cuya finalidad es establecer vínculos de colaboración entre sujetos que conservan su autonomía económica y jurídica, para llevar a cabo un emprendimiento común” (SANDOVAL, Ricardo, Nuevas operaciones mercantiles, Lexis Nexis, Santiago 2004, p. 258), caracterizándose por consistir en un “riesgo o aventura específica”, con administración y beneficios compartidos y “contribución a un fondo operativo” (p. 260). Se distinguen dos tipos según su naturaleza: el *joint venture* contractual o *non equity joint venture*, que se establece mediante un contrato entre las empresas, y el *joint venture* no contractual o *equity joint venture*, “en que las empresas asociadas constituyen una sociedad, de acuerdo con las leyes del país donde se va a operar, quedando los negocios administrados por dicha sociedad, que cuenta con su propia estructura de organización” (SANDOVAL, Ricardo, Derecho Comercial, T. I Vol. 2, 7ª ed., Editorial Jurídica, Santiago 2007, p. 220). Con otros matices, CONTRERAS sostiene que esta se caracteriza por estar “destinado a un proyecto único, de breve duración” (CONTRERAS, Osvaldo, Instituciones de Derecho comercial, Lexis Nexis, Santiago 2006, p. 867). PUELMA cuestiona que sea esencial la limitación a un negocio o emprendimiento particular (PUELMA, Álvaro, Sociedades T. I, Editorial Jurídica, Santiago 2001, p. 135).

*una oportunidad* para detener a la organización, menor desgaste en el trabajo de cada grupo, etc.

Puede suceder que una o ambas agrupaciones sean asociaciones ilícitas por separado. Nada impide un *joint venture* entre asociaciones ilícitas o entre estas y agrupaciones menores. La capacidad de generar este tipo de colaboración empresarial denota al mismo tiempo un nivel superior en la estructura de la organización, pues le permite realizar operaciones cuya envergadura es más bien propia de una asociación ilícita, pero tiene la suficiente flexibilidad para realizarlas de manera parcial mediante la coordinación con otro(s) grupo(s).

El problema radica en determinar si el emprendimiento del *joint venture*, en sí mismo, puede constituir un injusto independiente, sobre todo si participan agrupaciones de menor entidad que en el esfuerzo conjunto logran resultados propios de una asociación sin tener la proyección temporal que se le exige a las asociaciones ilícitas.

Existen diferencias concretas entre el texto de la ley de drogas y la figura común del artículo 292 del Código Penal que podrían fundar una excepción al consenso en torno a que cierta estabilidad temporal sea un requisito indispensable para todos los delitos de asociación ilícita. Es decir, que el artículo 16 de la ley 20.000 tendría una estructura típica distinta, al menos en cuanto a la estabilidad temporalidad.

El artículo 16 de la ley 20.000 está redactado de una manera un tanto distinta: en su encabezado señala que el objeto de la asociación es “cometer **alguno** de los delitos contemplados en esta ley” y al determinar la penalidad asignada a quienes tienen un nivel superior en la jerarquía indica “**el** o los delitos que se propongan”. Una interpretación posible de la redacción *en singular* del artículo 16 es que no excluye una *temporalidad restringida* a la comisión de un solo delito. Es decir, que la agenda delictiva consista en la comisión de “el” delito que se propongan.

Las diferencias con el proyecto original del ejecutivo muestran que la redacción actual buscó reducir las exigencias de la jurisprudencia y doctrina. El artículo 22 del proyecto de ley siempre se refirió a los “delitos” de la asociación, y la definió de manera bastante estricta: “Se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de **permanencia en el tiempo**, de incurrir en una indeterminada cantidad de **delitos** a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga.”.

Aún cuando esto ha sido puesto en cuestión<sup>40</sup> los elementos dados en el trámite legislativo permiten afirmar que se pretendió de manera expresa reducir

---

40 HERNÁNDEZ, Héctor, Algunos aspectos de la Ley 20.000, Informe en Derecho para la Defensoría Nacional Departamento de Estudios y Proyectos, N°6, Noviembre 2007. Sostiene que esta conclusión no sería correcta ya que siempre se requiere la existencia de

los requisitos (o su intensidad) en el caso de las asociaciones ilícitas de la ley 20.000<sup>41</sup>, como una excepción al régimen común contemplado en el Código Penal, para que precisamente organizaciones con una estructura “no tradicional” fuesen punibles bajo el artículo 16. De hecho, incluso se realizaron declaraciones explícitas en torno a figuras como el *joint venture*<sup>42</sup>.

Si bien el recurso de la historia de la ley no obliga al intérprete<sup>43</sup>, para la comprensión del tipo penal se debe tener presente que el proyecto de ley contem-

---

una asociación, la que por definición “debe tener como fin la perpetración de un número indeterminado de delitos”. Por tanto, desde su punto de vista, la forma de solucionar las dificultades planteadas por las exigencias de la asociación ilícita fue la inclusión del (actual) artículo 19 a): “si bien el legislador opta por no modificar los fundamentos ni, en consecuencia, las exigencias interpretativamente asentadas del delito, se da por satisfecha con una circunstancias agravante de los delitos específicamente cometidos, que responde a la misma lógica pero sin el mismo nivel de exigencia.” (p. 10).

Más adelante señala: “Aunque la historia fidedigna del establecimiento de la ley no aporta ningún antecedente sobre las razones del cambio, podría verse en él una renuncia a la exigencia de que la agrupación persiga la comisión de un número indeterminado de delitos. Dicha conclusión, sin embargo, no sería correcta, porque los números 1 y 2 se limitan a señalar las penas que corresponden a los distintos sujetos que forman parte de o colaboran con la asociación, penas que, sin embargo, reconocen como presupuesto común e ineludible el que efectivamente exista una asociación ilícita, la que, en cuanto tal, debe tener como fin la perpetración de un número indeterminado de delitos. Es decir, a condición de que exista una genuina asociación ilícita, el que en ella o para ella planifique delitos, aunque sólo sea uno, se hace merecedor de la pena señalada en el N°1 del art. 16.” (p. 13).

- 41 En el Informe de la Comisión Especial Drogas se dejó constancia que las diputadas Sciaraffia y Soto, propusieron reemplazarlo por la redacción actual del primer inciso. Para justificar el cambio sostuvieron que esta “supera los problemas de tipificación que presenta la norma contenida en el proyecto y elimina el inciso segundo, por la dificultad que presenta la prueba de la asociación ilícita.” Se insistió en que debía contemplarse una figura menos restringida, sobre todo teniendo presente los problemas probatorios que generaría, y distinguirla de la conspiración tan solo como una organización frente a una “simple reunión”. Historia de la Ley N°20.000, p. 123. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- 42 Para la aprobación definitiva de esta redacción se tuvo presente la opinión del Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, señor Claudio Pavez, quien distinguió la asociación para el tráfico de otras figuras, resumió los elementos propios de estas últimas y se detuvo específicamente en el tema tratado aquí:  
“Los que conocen las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico saben muy bien que, en muchas ocasiones, se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean a individuos ocasionales que, después de cumplida la misión particular, son dejados de lado. También es difícil determinar las jerarquías dentro de la referida organización ocasional. Pero ninguna duda cabe de que se está en presencia de una asociación ilícita que, en la práctica, no es sancionada por tal situación, sino por el resultado, cuando se ha incautado drogas. En la generalidad de los casos, tales conductas asociativas no son castigadas.”.Ibid, Primer Informe Comisión Constitución, p. 588.
- 43 Recurrir a la historia de la ley no tiene por objeto dar un “argumento de autoridad” sino que mostrar una interpretación realizada al tipo penal por quienes lo construyeron. Asimismo, debe reconocerse que en la Discusión en Sala de fecha 9 de diciembre de 2003, el Senador Espina en su informe a la Sala sostuvo que la agravante “enfrenta la circunstancia” de que la jurisprudencia utiliza los mismos criterios de la doctrina para la figura

plaba una agravante de agrupación, por lo que desde sus inicios se concibieron ambas (agravante y delito) de manera separada: el artículo 19 a) no *solucionó* un problema generado por la modificación del artículo 16. La forma de evitar la interpretación vigente en ese minuto fue su modificación para que esta fuese más amplia, incluyendo formas de organización más flexibles con capacidad de lograr los mismos objetivos que una asociación ilícita tradicional.

#### IV. Conclusiones

De lo dicho hasta ahora es posible concluir que, si bien existe un amplio consenso en que cierta estabilidad temporal es indispensable para la existencia de una asociación ilícita, no lo hay respecto de su fundamento y contenido.

Dentro de la discusión cabe diferenciar una concepción retrospectiva y una prospectiva de la estabilidad temporal. Enseguida, parece necesario distinguir las preguntas sobre *qué* y *cómo* se debe probar. Según la posición que se adopte en cada distinción tendremos diversos resultados a la hora de calificar a un grupo de personas como una asociación, con las tremendas consecuencias penales que eso conlleva.

Al menos existen tres grupos de casos en que dicha definición resulta crucial: en los que no sea posible generar convicción suficiente sobre el pasado de la organización; en los que se trata del primer delito de la organización en cuanto tal, pero que es fruto de una evolución comprobable; y en los casos en que no existan antecedentes de la asociación ni de sus integrantes.

*Cómo* se debe probar la estabilidad temporal, respetando un Derecho penal del hecho y no de autor, supone demostrar la existencia de la jerarquía y estructura propias de una asociación ilícita, lo que puede hacerse a partir de los elementos que la vinculen a una agenda delictiva en cuanto asociación.

Por último, la evolución de las formas de organización empresarial nos plantean nuevos problemas tanto en la investigación como en su subsunción jurídica, siendo posible sostener que existen diferencias entre la asociación ilícita contemplada en el Código Penal y la asociación ilícita de la ley 20.000, que permiten investigar una agrupación que funciona como *joint venture* bajo el título de “asociación ilícita”.

En todo caso, la posibilidad de que un *joint venture* sea punible como asociación ilícita de la ley 20.000 no excluye la necesidad de verificar la concurrencia

---

común, con lo que desconoce la modificación del delito como injusto independiente. Pero, al mismo tiempo, sostiene que de seguirse esos criterios se “haría imposible” probar la existencia de una asociación ilícita para el tráfico de drogas, lo que resulta un tanto paradójico, pues de aceptarse un concepto idéntico a la figura del Código Penal estaría apoyando la creación de un delito totalmente simbólico, sin aplicación práctica posible, lo que por definición resulta contrario a la lógica de persecución penal imperante en la discusión parlamentaria (Historia de la ley 20.000, p. 696).

de los demás requisitos, en particular, la jerarquía, sino que supone profundizar la comprensión de los requisitos y revisar su contenido, lo que evidentemente excede las posibilidades de estas reflexiones.