

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº45 - DICIEMBRE 2010



## LA OPINIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DURANTE EL AÑO 2010 EN TORNO AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL TRÁFICO DE DROGAS

Jorge Muñoz Bravo<sup>1</sup>

### Resumen

*El presente artículo reconstruye en rasgos generales la forma en que ha fallado la jurisprudencia durante el año 2010 en torno a la figura de la asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo N°16 de la Ley de Drogas. Para ello recurre a cinco fallos emitidos durante este período, a saber, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (ECS) dictada en marzo, las sentencias de los Tribunales de Juicio Oral en Lo Penal (TOP) de San Felipe y Talca, de mayo y julio respectivamente, y las sentencias de los TOP 2° y 6° de Santiago, de diciembre. El análisis será realizado recogiendo sus opiniones en torno a tres aspectos: el bien jurídico protegido, los elementos que dan contenido al tipo penal, y la participación.*

**PALABRAS CLAVE:** TRÁFICO DE DROGAS, ASOCIACIÓN ILÍCITA; JURISPRUDENCIA 2010.

### 1. El bien jurídico protegido

En relación a la pluriofensiva naturaleza del delito de asociación ilícita, la ECS en la sentencia de reemplazo dictada en marzo del presente año, donde es acogida la pretensión de la Defensa en orden a absolver por el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 22° de la Ley N°19.366 (hoy artículo 16° de la Ley N°20.000), se refiere al tema en el número primero de la siguiente forma:

“1°).– Que a los fundamentos anotados en la resolución que antecede y que ya se han dado por expresamente reproducidos, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, se impone agregar que por último, tampoco se observa la necesaria lesión al bien jurídico protegido por el artículo 22, N°2°, de la Ley N°19.366, en la medida que se considere, como lo hace un sector de la doctrina, que ese objeto jurídico amparado es el propio poder del Estado, en otras palabras, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

“organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”. De todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dalbora: “Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Número 2 (1998), página 158 y 159); aun cuando se estime que es el “orden público” el objeto protegido en la asociación criminal, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del delito, tampoco puede entenderse acreditado el ilícito. “La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Creus: “Derecho Penal”, parte especial, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, página 106); en esta hipótesis, la pretendida organización no alcanzó los ribetes de trascendencia antes reseñados ni menos puso en peligro la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal” (CORTE SUPREMA, 2010).

La Corte en el numeral citado, considera que, ya sea que se estime que el bien jurídico protegido por la figura es el “poder del Estado”, o que se trate del “orden público”; en el caso concreto no existe “la necesaria lesión” para que se tenga por configurada la conducta típica, ya que el conjunto de actividades desplegadas por los encartados no pudo poner en peligro “la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal”.

Sin embargo, el mismo párrafo citado, realiza un segundo alcance que pareciera relativizar esta exigencia al señalar que “la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”.

De esta forma, bastaría al ente persecutor probar la existencia de la asociación ilícita para que, dicha lesión quede satisfecha.

Al respecto, y adelantándonos al siguiente numeral, el máximo tribunal declara en su considerando décimo tercero lo siguiente:

“La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal” (CORTE SUPREMA, 2010).

No desarrollaremos el punto, puesto que como hemos dicho, ello será tratado en el numeral siguiente, pero queremos destacar que el máximo tribunal pese a

considerar como necesaria para la configuración del tipo en comento “la lesión del bien jurídico protegido”, remite su prueba a la comprobación de la existencia de estos cuatro elementos.

Por su parte, y siguiendo el desarrollo jurisprudencia en torno al bien jurídico protegido por la figura, el 2° TOP de Santiago, en el considerando noveno del fallo señala:

“sosteniéndose por la doctrina mayoritaria, que el bien jurídico en la especie, resulta ser pluriofensivo, al resultar afectados el orden público, en cuanto a tranquilidad o paz social y aquellos bienes protegidos por los delitos objeto del programa criminal, esto es, en la especie, la salud pública. La permanencia en el tiempo de esta asociación y el desarrollo de su quehacer ilícito, importa una evidente lesión al ordenamiento jurídico establecido por nuestra sociedad para garantizar los bienes jurídicos ya indicados” (2° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Sigue a nuestro juicio el razonamiento ya expresado por el máximo tribunal, en el sentido de que el bien jurídico genérico protegido por la figura, resulta lesionado con la sola existencia de la organización, expresada en su permanencia en el tiempo y su quehacer ilícito.

Respecto del punto, el 6° TOP de Santiago hace la siguiente reflexión en el considerando cuadragésimo segundo de la sentencia de diciembre de 2010:

“Por otro lado, los conceptos tradicionales de asociación ilícita no pueden ser tomados en consideración de manera ortodoxa, pues se encuentran asociados más bien a estructuras orientadas en su origen a enfrentar el poder del estado poniendo en jaque a las instituciones estatales, criterio del cual, nuestro legislador penal se ha desprendido en parte, al tipificar específicamente la figura asociativa destinada al tráfico de estupefacientes en que tales consideraciones no resultan del todo aplicables al no ser el objetivo final de los sujetos activos implicados en su comisión” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

De lo anterior podemos deducir que el tribunal descarta en parte, que una asociación ilícita para el tráfico de drogas cuya actividad esté tipificada por el artículo 16° de la Ley de Drogas, pueda tener como objetivo final enfrentar el poder del Estado, ya que ha sido el mismo legislador quien ha establecido la figura en una ley especial.

Resulta interesante respecto del punto, recordar lo que la historia fidedigna de la ley nos dice al respecto.

Quedó registrado en actas de la discusión del proyecto de ley que incorporó por primera vez esta figura (artículo 8° de la Ley N°17.934 de 1972), que el Ejecutivo buscaba crear una figura específica de asociación ilícita para el delito de tráfico de drogas, ya que a su juicio la figura consagrada en el Código Penal

“está limitada a ciertos objetivos, por lo que es necesario incluirla específicamente en esta materia si se quiere sancionar a las organizaciones de traficantes” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1985).

Más allá del debate en torno a la naturaleza del bien jurídico protegido por esta figura, podemos concluir que si bien nuestra jurisprudencia aborda el tema e incluso el máximo tribunal expresa una necesidad de lesión del mismo, según se desprende de las citas realizadas, dicha lesión es producida con el solo hecho de constituirse la asociación ilícita, por lo que su prueba se remite a la comprobación de la existencia misma de dicha organización, punto que abordaremos a continuación.

## 2. Los elementos que permiten configurar el delito

Si tenemos como referencia las primeras condenas que se dictaron en la materia en los inicios de la reforma procesal penal en el país, es posible constatar que el número de elementos necesarios para dar contenido al tipo penal de la asociación ilícita para el narcotráfico –siguiendo la forma en que la ECS de refiere al punto– se ha ido reduciendo gradualmente.

En la revisión que realizaremos a continuación, presentaremos su comportamiento durante el año 2010 y lo haremos en la forma en que han sido tratados en las respectivas sentencias, sin hacer una revisión por separado de sus aspectos objetivos y subjetivos, sino que siguiendo el listado de elementos que el tribunal estimó como necesario para configurar el delito, y agregando en el elemento respectivo su faz subjetiva cuando así lo hubiera referido el tribunal.

### 2.1 Desarrollo

En la sentencia de marzo del presente año, la ECS señaló en el considerando décimo tercero –también citado en el número anterior– que los elementos necesarios para configurar el delito en comento eran: “la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal” (CORTE SUPREMA, 2010).

La enumeración realizada por la ECS será seguida con mínimas diferencias por toda la jurisprudencia posterior durante el año 2010, como podremos apreciar en los párrafos siguientes.

El TOP de San Felipe en junio del presente año, en el considerando vigésimo, considera que el delito en comento se configura con los siguientes elementos:

“Que los hechos precedentemente expuestos fueron calificados por estos jueces como constitutivos del delito de asociación ilícita para el narcotráfico descrito y sancionado en el artículo 16 de la ley 20.000, figura delictiva que sanciona la confabulación encaminada a montar una actividad delictiva por

un sistema de crimen organizado, lo que hace punible esta conducta sólo por constituirse, independiente de la realización efectiva de los delitos para cuya comisión una pluralidad de sujetos se ha concertado formando una agrupación o cuerpo organizado jerárquicamente, con tareas planificadas y distribuidas entre sus miembros, con reglas o directivas acatadas por éstos, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno más delitos contemplados en la Ley de drogas número 20.000”(TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Luego resume en cuatro los elementos necesarios:

“(a) Participación concertada de varias personas, elemento que se da en la especie habiendo resultado acreditado que (...) el concierto de los acusados fluye de las distintas funciones, y la comunicación que entre ellos se producía a fin de coordinar estas actividades con el claro propósito de constituir una agrupación tendiente a cometer el delito de tráfico ilícito de estupefacientes en sus distintas modalidades.

(b) Jerarquía que se manifiesta dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento, supuesto que concurre en la especie, pues resultó acreditado que la agrupación era liderada por A.C.C., quien realizaba los contactos para adquirir la droga y entregaba ésta a los siguientes eslabones de la distribución de la droga, (...), quienes ejecutaban labores de recopilación, recaudación de dinero y traslado de la droga desde el norte hasta el centro del país, donde E.C.C. y J.M.M., miembros del grupo, recibían la droga para su venta y distribución.

(c) Permanencia en el tiempo, en cuanto se pudo determinar por la Policía de Investigaciones que los encartados formaban parte de este grupo durante el año 2008, desplegando desde el inicio de la investigación hasta su detención actividades destinadas al tráfico de droga, constituidas por múltiples hechos delictuosos tendientes a obtener ese fin.

(d) Misma finalidad ilícita, habiendo resultado acreditado que todos los encartados poseían un dolo común, reflejado en las múltiples acciones ejecutivas desplegadas por éstos en el lapso investigado, distribución de roles que tuvo por objeto el tráfico de pasta base de cocaína proveniente del norte del país hacia la zona central, en especial a las ciudades de San Felipe, y Santiago” (TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Podemos apreciar en la cita realizada, que el TOP de San Felipe hace una enumeración muy similar a la ECS, pudiendo constatarse que en su aplicación al caso concreto, el tribunal alude en los elementos de concertación y finalidad, tanto a aspectos objetivos como subjetivos.

Es así como al referirse el tribunal al elemento de concertación, ella es entendida como la existencia de un propósito común entre los encartados, de constituir una organización para el tráfico ilícito de sustancias prohibidas.

Algo similar sucede respecto del último de los elementos mencionados por el tribunal, la finalidad, la que identifica con la existencia de un “dolo común”, respecto del cual el tribunal cita a Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro “El delito de Asociación ilícita”, Ediar Editores Ltda, año 2009, página 121, de la siguiente manera:

“El delito prevé la integración de dos o más personas en el cometimiento de los hechos. A la par de la permanencia y del acuerdo de voluntades tendiente a la ejecución de planes para cometer delitos determinados, resulta importante analizar el grado de pertenencia que tienen hacia la sociedad criminal todos y cada uno de sus miembros. Ello no exige por sí una actividad material, sino la de estar intelectualmente en el concierto delictivo que se forma o unirse al ya formado; o sea coincidir intencionalmente con los otros miembros sobre los objetivos asociativos”. Afirmando que formar parte de la asociación ilícita significa “estar en el concierto delictivo, a partir de su formación o en cualquier momento ulterior. La participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él” (TOP DE SAN FELIPE, 2010).

De esta forma el TOP de San Felipe coincide con lo señalado por la ECS, en torno a los cuatro elementos ya mencionados, agregando que el dolo de la figura se materializa en la existencia de un propósito común de constituir una organización, existiendo por lo tanto un concierto delictivo y una coincidencia en la finalidad ilícita de cometer delitos de la Ley de Drogas.

Por su parte el TOP de Talca, en el considerando décimo quinto de la sentencia en comento, podemos apreciar que continúa en una línea similar a la seguida por el máximo tribunal y el TOP de San Felipe:

“De este modo, podemos concluir que lo que sanciona el precepto en comento es la organización de dos o más personas, con estructura y mandos, cuyas voluntades convergen para constituir la, con cierta permanencia en el tiempo y con el propósito de cometer uno o más de los delitos que contempla la Ley N°20.000” (TOP DE TALCA, 2010).

Luego indica en su considerando décimo sexto:

“En efecto, los agentes formaban parte de una organización que tenía una estructura funcional y jerárquica, con cierta permanencia en el tiempo, cuya finalidad era cometer uno o más de los delitos que contempla la ley N°20.000; en la que uno de los acusados ejercía el mando e impartía instrucciones, que el otro enjuiciado cumplía y coordinaba con los demás miembros; todos los cuales se sentían partícipes de dicha organización, tenían conciencia de su existencia como tal; además, conocían y procuraban el cumplimiento de los objetivos ilícitos, mediante distribución de funciones, las que eran dirigidas por quien ejercía el mando” (TOP DE TALCA, 2010).

Podemos identificar en la cita, los cuatro elementos mencionados por la ECS y el TOP de San Felipe, a saber, jerarquía y funciones, concertación, permanencia en el tiempo y finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, agregando el TOP de Talca en relación a la faz subjetiva del tipo que todos tenían conciencia de la existencia de esta organización criminal, se sentían partícipes de ella y compartían su finalidad.

Por su parte, el 2° TOP de Santiago en el noveno considerando de la sentencia analizada, se refiere así a los elementos necesarios para tener por configurado el delito:

“para que exista el delito de asociación ilícita los hechos deben corresponderse con los requisitos que han dado tanto jurisprudencia como la doctrina es decir, la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, con una división de funciones, con permanencia en el tiempo y un objeto determinado. En otros términos, la asociación debe estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que se deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente, incluso con sigilo, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer delitos” (2° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Distinguimos en el párrafo citado los elementos de convergencia de voluntades, jerarquía, permanencia y finalidad.

En el siguiente párrafo del considerando décimo, el tribunal profundiza sobre la convergencia de voluntades e incluye en su análisis la posibilidad de existir dolo eventual:

“De esta manera el acuerdo de voluntades debe ser auténtico, aunque no requiere ser expresado verbalmente y con precisión, sino que se admite el acuerdo explícito y el implícito, derivado de actos concluyentes ejecutados en ese sentido, como ofrecer comprar las cosas que permitan desarrollar una actividad ilícita y facilitar los medios para ello, aún cuando la situación de acuerdo se efectúe con dolo eventual, esto es, que consista en la simple aceptación de la comisión del hecho al que se concurre” (2° TOP DE TALCA, 2010).

La sentencia dictada en diciembre del año 2010 contra la organización liderada por A.C. por el 6° TOP de Santiago<sup>2</sup>, consigna en el considerando cuatragésimo segundo, los elementos que habrá que considerar para tener por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas:

“A partir de estos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios y recogiendo además las características ambientales dentro de las cuales se desarrollan normalmente las actividades de estos grupos orientados, como en el caso que nos

2 Se trata de sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que a la fecha de redacción de este artículo, aún no se encuentra firme y ejecutoriada.



convoca, al tráfico de estupefacientes, dentro de unidades territoriales limitadas como villas o poblaciones y básicamente enfocadas a consumidores finales o traficantes más pequeños, es que en resumen, estimamos concurrentes como criterios de base para establecer la existencia de la figura penal analizada los siguientes:

- 1°) un centro de poder que asigna tareas, se reserva la toma de decisiones y maneja y centraliza la información sensible para el funcionamiento de la organización;
- 2°) un grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas asignadas por el núcleo decisor;
- 3°) una relativa estabilidad en el tiempo;
- 4°) el fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtención de lucro” (6° TOP DE SANTIAGO).

Podemos apreciar que a diferencia del resto de la jurisprudencia del año 2010, el 6° TOP de Santiago no incluye entre los elementos concurrentes para la configuración del tipo la “convergencia de voluntades”.

En relación a los aspectos subjetivos del tipo penal en comento, estos son abordados a propósito de uno de los puntos alegados por la Defensa:

“CUADRAGESIMOCUARTO: Que, sin perjuicio de los elementos objetivos mencionados en el considerando precedente, algunas de las defensas han hecho referencia a un elemento que resulta de especial relevancia para establecer la participación de un individuo en este tipo penal cual es, el sentido de pertenencia a la asociación ilícita. Y es que en el ámbito de lo puramente subjetivo, el dolo en este tipo penal está dado por la conciencia de pertenecer, de ser parte de un grupo, sumado al conocimiento de la ilicitud de las actividades de esa agrupación y la voluntad de actuar en pro de la concreción del plan delictivo de la organización al cual se adhieren expresa o tácitamente a través de su comportamiento. Es del caso tener presente que a criterio de estos juzgadores el alcance de este conocimiento no abarca necesariamente el identificar a todos y cada uno de los miembros del colectivo, ni los roles que cada uno de ellos cumple en la estructura, incluso podría darse que no mantuvieran contacto alguno entre ellos, pese a lo cual saben que forman parte de ella. Y es este uno de los elementos que por excelencia se verá acreditado a través de la interpretación de comportamientos o conductas de los agentes a partir del tamiz de las máximas de la experiencia o en base a la observación de la conducta del hombre medio” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

A continuación, y a partir de la determinación de la participación de dos de los acusados, el tribunal vuelve a referirse al tema resultando interesante el tipo

de actitudes y acciones que toma como base para inferir la existencia de estos elementos subjetivos:

“En este sentido la reflexión formulada por la defensa de F.O. en cuanto a la ausencia de un sentido de pertenencia y de que éste no se sujetaba a ninguna “férrea disciplina” de la supuesta organización, no resulta atendible, pues aún cuando pudiese desprenderse una cierta actitud de descuido o desidia de parte de O. en el cumplimiento de sus obligaciones para con su jefe A.C., ello no fue óbice como para que se observara que A.C. lo sigue llamando y le llama permanentemente la atención por sus retrasos, lo que denota que a pesar de todo sigue trabajado para él (...) En el caso particular de los acusados A.M. y D.S., el sentido de pertenencia al colectivo no está dado por la ejecución de actos típicamente propios del “giro” o de la “agenda delictiva” de la asociación, sino por la ejecución de actos de favorecimiento de la actividad de aquélla, cada uno dentro de la esfera de sus competencias, tendiendo a pasar inadvertidas por desarrollarse en el ámbito de lo legalmente aceptado, como lo es la actividad mercantil o de la abogacía. (...) en otras palabras esta clase de partícipe advierte la idoneidad de su aporte en la producción del resultado delictivo” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Por lo tanto, podemos decir que el tribunal en el párrafo citado, deduce la existencia del dolo de dos acciones: la jerarquía (primer elemento), expresada en el acatamiento de normas y en la colaboración a la finalidad delictiva (cuarto elemento), esto es la comisión de delitos sancionados por la Ley de Drogas, ambos aspectos incluidos en los propuestos mencionados en el considerando cuadragésimo tercero.

A continuación, el tribunal hace un ejercicio inverso y descarta la participación de dos de los acusados por la ausencia de dolo, aplicación que también nos ayuda a comprender mejor el concepto de dolo que aplica el tribunal:

“En el caso de estas encausadas si bien algunas de las acciones precedentemente descritas fueron acreditadas, éstas sólo derivaron de su condición de familiares del principal ejecutor de los delitos de tráfico, H.M.D. y del hecho de vivir en el inmueble de María Auxiliadora XXX en un momento determinado, motivo por el cual se vieron inmersas en las actividades de M.D., pero más bien de manera circunstancial a consecuencia del vínculo que las une con dicha persona. Es por lo mismo, que no se puede considerar que concurra a sus respetos el elemento subjetivo propio de este delito, cual es el sentido de pertenencia a la agrupación delictiva, por lo que no el tipo penal. En otras palabras, si bien quedó acreditado en autos que las acusadas incurrieron en conductas de tráfico, por la cuales resultaron condenadas en definitiva y que en tales acciones se vio involucrado H.M.D. al ser el dueño de las sustancias incautadas en poder de aquella, no se acreditó que R.L. y N.M. hubiesen obrado en el marco del programa delictivo de una estructura jerárquicamente organizada, con reglas y

códigos de comportamiento a los cuales ajustarse en pro de la concreción del objetivo del cuerpo colectivo”(6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

## 2.2 Conclusión.

Durante el presente año es posible constatar, respecto de los elementos que la jurisprudencia considera como necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, un relativo consenso encausado por lo señalado por la Corte Suprema en marzo, en torno a considerar como tales: primero, la convergencia de voluntades; segundo la existencia de una jerarquía y asignación de funciones; tercero, una relativa estabilidad en el tiempo y cuarto y último, la finalidad de cometer delitos materia de la Ley de Drogas.

Si bien podemos apreciar que no existe un tratamiento uniforme respecto del concepto de la faz subjetiva del tipo, es posible concluir que ella se resume en la conciencia de existir como organización, un sentido de pertenencia a la misma y el consentimiento en su plan delictivo, sin perjuicio de hacer las debidas diferencias cuando se trata del número 1° o 2° del artículo 16°.

Sin perjuicio de lo anterior y sin dejar de participar en la tendencia general por reducir los elementos necesarios para configurar el delito en comento, podemos advertir que el 6° TOP de Santiago da por configurado el delito en función de la existencia de una jerarquía o centro de poder, de una distribución de funciones, estabilidad temporal y una finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, excluyendo el elemento convergencia de voluntades.

Sigue en este sentido, como veremos en las conclusiones finales de este artículo, la concepción original del legislador cuando estableció la figura genérica de la asociación ilícita en el proyecto del Código Penal.

## 3. La participación

Abordaremos este aspecto de la figura en comento, en el análisis de la discusión realizada en torno al N°2 del tipo penal del artículo 16°, puesto que creemos que es sobre este punto donde se concentró la discusión jurisprudencial en torno al tema durante el año 2010, sin perjuicio de entender que la participación en general es un punto muy discutido por la doctrina y la jurisprudencia en el delito en comento, donde por ejemplo, Claus Roxin ha realizado un significativo aporte a la comprensión de la participación de quienes el autor denomina como “los hombres de atrás en los delitos de aparatos organizados de poder”, con el desarrollo de la teoría del dominio de la organización.

Las citas que realizaremos a continuación tienen relación con los problemas en la determinación de la participación de quienes poseen respecto de la organización criminal, una posición más bien periférica quienes incluso se valen de

cierta calidad jurídica para disfrazar su participación, problemática que alguna doctrina ha denominado como “ignorancia deliberada”.

### 3.1 Desarrollo

Citaremos en primer lugar lo señalado por la ECS en su sentencia de marzo del año 2010, donde en su considerando décimo se refiere en general al tema:

“DÉCIMO: Que la ilicitud de la organización criminal es un injusto autónomo, independiente del propio de los delitos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, lesionando la seguridad general y la paz pública, por lo que la conducta a sancionar del miembro activo de la asociación debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, si partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del derecho penal como la paz y la seguridad pública, es posible fundamentar convincentemente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier persona que realice una conducta funcional a aquel método” (CORTE SUPREMA, 2010).

La cita del máximo tribunal, propone a nuestro juicio un enfoque de la organización criminal, como un sistema compuesto por varios sujetos, cuyas relaciones entre sí son funcionales a su plan delictivo. Desde este punto de vista, la participación y en definitiva la responsabilidad penal que le cabe en la misma a cada sujeto, podrá ser determinada en función de la conducta desplegada y de la funcionalidad que ella posee para llevar a cabo la finalidad delictiva de la organización.

Al respecto el TOP de San Felipe, citando a Ruiz Zurita (2009) agrega en el considerando vigésimo de su sentencia de junio, elementos subjetivos a lo expresado por la ECS:

“El autor, Mario Patricio Ruiz Zurita, en su libro “El delito de Asociación ilícita”, Ediar Editores Ltda, año 2009, página 121, señala que (...) formar parte de la asociación ilícita significa “estar en el concierto delictivo, a partir de su formación o en cualquier momento ulterior. La participación como coasociado presupone la conciencia del objeto del pacto y la voluntad de ligarse con él. El hecho de formar parte de la asociación, constituye un delito por sí mismo. La persona es punible por el sólo hecho de ser miembro de aquella, independientemente de que, llevándose a ejecución el pacto, se consumen o se intenten los delitos que constituyen su objeto”(TOP DE SAN FELIPE, 2010).

Es dable recordar que la figura del artículo 16° considera dos formas típicas de participación. El número 1°, para aquellos que financien de cualquier forma, ejerzan mando o dirección, o planifiquen el o los delitos que se propongan, y el número 2°, para quienes suministren vehículos, armas, municiones, instru-

mentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

A continuación destacaremos dos casos que ilustran el punto en cuestión: el primero abordado por el TOP de Talca; y el segundo, por el 6° TOP de Santiago.

El primer caso, se refiere a la situación de la acusada S.R., que conociendo de la existencia de la organización, del origen ilícito del dinero, acepta colaborar en una posible guarda de dinero, situación de la que luego rinde cuenta a otro de los encartados y miembro de la organización.

El segundo caso, trata del acusado D.S., el que poseyendo un negocio establecido legalmente para la venta de armas, proporciona de dichos elementos a la organización criminal bajo la cobertura formal del giro de su negocio, consciente de la existencia de la organización y de que ello contribuiría al plan delictivo de la misma.

Al respecto el TOP de Talca, en su considerando décimo sexto y décimo séptimo, discriminan sobre la participación de los encartados –incluyendo a la referida acusada– de la siguiente manera:

“DECIMOSEXTO: (...) Por su parte, la acusada S.R., colaboró en la recepción de algunos pagos y rindió cuenta de ello a P.L., consciente de su procedencia y existencia de la referida organización, haciendo, de este modo, más expedita la ejecución del hecho(...).

DECIMOSEPTIMO: Que conforme a lo razonado en el motivo anterior, la actuación que ha correspondido en dicho ilícito a P.L., se encuadra en el N°1 del artículo 16 de la Ley N°20.000, y se califica como autoría, en los términos previstos en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Mientras que la intervención de S.B. y S.R., se enmarca en la hipótesis del N°2 del citado artículo 16 de la Ley N°20.000; en el primer caso, como autor ejecutor, según lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código Punitivo; y en el segundo, en calidad de cómplice del mismo, acorde con lo estatuido en el artículo 16 del citado Código” (TOP DE TALCA, 2010).

De acuerdo a lo expuesto, el tribunal pese a estimar que S.R. colabora con la organización, tiene conciencia de la existencia de la misma y de la procedencia de los dineros, resuelve condenarla como cómplice.

El 6° TOP de Santiago, en el considerando cuadragésimo tercero de la sentencia declara:

“De estas llamadas podemos desprender claramente que D.S. efectivamente provee de armas A.C.; que, afloran dudas respecto a la transparencia de los procedimientos de adquisición de las armas atendidas las palabras que emplea

S. tales como “cahuín” o “hacer como que los compraron 0 km” o bajar claramente la voz cuando le ofrece un fusil AK-47. Asimismo, llama la atención que el señor S. le diga a A.C. que hay cosas que no puede hablar por el teléfono sino sólo por celular, lo que tal como refiere el testigo C., induce a pensar en un deseo de proteger el contenido de las comunicaciones, lo que aporta otro indicio probado de que S. sabía de las actividades ilegales de C. Cabe agregar que existen llamadas que dan cuenta de que S. mantenía contacto con otros sujetos relacionados con actividades ilícitas como K.B., D.G. o un tal “Chocolo” respecto del cual manifestó al Tribunal no conocer, sin embargo, del tono de la conversación 1169 con A.C. impresiona como que si lo identifica perfectamente” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

En el cuadragésimo noveno considerando el tribunal concluye respecto de las funciones del acusado:

“En cuanto a D.A.S.O., este colabora al cumplimiento de los fines de la organización criminal, aportando las armas que ésta requiere para brindarse protección revistiendo de legitimidad la adquisición de las armas de A.C. y C.T.” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Y luego resuelve:

“CUADRAGESIMO SEXTO: Con respecto a (...) D.A.S.O. (...), los hechos acreditados se encuadran en el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO del artículo 16 N°2 de la Ley N°20.000, en relación a los artículos 3° y 1° de la misma” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

El tribunal resuelve en definitiva, condenar al acusado como autor del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, previsto y sancionado en el N°2 del artículo 16°.

## Conclusiones

Respecto del bien jurídico protegido por la figura del artículo 16° de la Ley de Drogas, existe en parte de la jurisprudencia del año 2010, la inclinación a considerar como tal –junto al bien jurídico específico, salud pública- el poder del Estado o el orden público, y la necesidad de su lesión como condición para la configuración del delito en comento. Ello sin embargo, no produce en la práctica un aumento del baremo probatorio de la figura, puesto que dicha lesión es vista como consecuencia de la sola existencia de la organización criminal, la cual habrá de probarse con la concurrencia de una convergencia de voluntades, jerarquía y distribución de funciones, estabilidad temporal y finalidad de cometer delitos de la Ley de Drogas, elementos que son señalados por el máximo tribunal en su sentencia de marzo, y que serán el marco de referencia que asumirá en adelante la jurisprudencia durante todo el año 2010.

En relación a la participación, podemos constatar que no existe un comportamiento uniforme en la jurisprudencia analizada, especialmente en aquellos casos que podríamos encuadrar en el número 2° del artículo 16°, y que dicen relación específicamente con quienes prestan ayuda a la organización, poseyendo en los casos analizados conocimiento de la existencia de la misma y conciencia de que su acción contribuye a la realización del plan delictivo de la asociación. De acuerdo a lo resuelto por el tribunal ello constituiría complicidad para el TOP de Talca, y autoría para el 6° TOP de Santiago.

Hemos dejado intencionalmente para el final de estas conclusiones, el comportamiento jurisprudencial en torno a los elementos necesarios para dar por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, puesto que nos parece que pudiera resultar interesante el referirnos brevemente al modelo que subyace en el análisis de una organización en función de sus elementos internos y a su posible revisión.

Lo primero que podemos advertir respecto del comportamiento de la jurisprudencia durante el año 2010 en torno a los elementos necesarios para dar por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, es la continuidad de una marcada tendencia a disminuir dichos elementos.

Al respecto podemos distinguir al menos tres respuestas posibles para explicar esta tendencia:

La primera, interpreta esta tendencia jurisprudencial, como un gradual retorno a la visión que originalmente inspiró a nuestro legislador y que podemos ver plasmada en la siguiente cita de la Sesión 157°, durante la discusión del proyecto de Código Penal:

“pidió el señor Gandarillas que se suprimiera la palabra “partida” con que termina el artículo 292°, que decía: “Por el solo hecho de organizarse la partida”, porque la finalidad de la disposición es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas en el Libro I. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales, para que tenga aplicación este artículo; es necesario, además, que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias. La Comisión aceptó estas consideraciones, acordando suprimir la palabra en cuestión” (VERDUGO, 1986).

Podemos distinguir en la cita la alusión al concurso de cuatro elementos: existencia de una jerarquía, reglas de funcionamiento (idea muy cercana a la actual “definición de funciones”), estabilidad en el tiempo y finalidad de cometer ilícitos, donde podemos apreciar una notoria similitud con el planteamiento del 6° TOP de Santiago.

Una segunda respuesta, interpreta esta reducción como un gradual abandono de aquellas concepciones que equiparan la asociación ilícita para el tráfico de drogas con una organización de corte mafioso o terrorista, tendencia que cede en favor de aceptar una visión de la organización criminal más cercana a nuestra realidad nacional.

En este sentido se pronuncia el 6° TOP de Santiago en el siguiente párrafo correspondiente al considerando cuadragésimo segundo:

“Conceptos como los de una “férrea disciplina”, “estructura jerarquizada en términos estrictos”, “compartimentación de tareas” o “corrupción de funcionarios públicos” introducidos por alguna jurisprudencia que a su vez los recoge de la doctrina, nos parecen elementos que se ven morigerados a la luz de la realidad en la que se desarrollan estas unidades a lo menos en nuestro país, los que por cierto podrían ser considerados como plenamente vigentes en los casos de estructuras de mayor entidad o envergadura vinculadas más bien a la actividad “mafiosa” más cercana a la realidad internacional. En este sentido, estas últimas características deben ser vistas y analizadas con mayor flexibilidad o laxitud a la hora de emitir un pronunciamiento judicial al nivel que nos atañe al existir una mayor cercanía personal entre los asociados, muchas veces a nivel familiar y doméstico. Por otro lado, los conceptos tradicionales de asociación ilícita no pueden ser tomados en consideración de manera ortodoxa, pues se encuentran asociados más bien a estructuras orientadas en su origen a enfrentar el poder del Estado poniendo en jaque a las instituciones estatales, criterio del cual, nuestro el legislador penal se ha desprendido en parte, al tipificar específicamente la figura asociativa destinada al tráfico de estupefacientes en que tales consideraciones no resultan del todo aplicables al no ser el objetivo final de los sujetos activos implicados en su comisión” (6° TOP DE SANTIAGO, 2010).

Y una tercera y última opción, que sostiene a título personal quien suscribe el presente artículo, interpreta esta gradual reducción de los elementos necesarios para dar contenido al tipo, como el reflejo de un agotamiento en la forma de analizar una organización a través de sus elementos internos, modelo por cierto ya desechado en el desarrollo teórico en torno a las organizaciones humanas (ESPINOZA, 2010).

Un enfoque más actualizado, supone una mirada que excede la simple enumeración de sus elementos internos para describir la identidad de una organización. En este sentido, quien suscribe cree que un enfoque sistémico –por ejemplo- podría adecuarse mucho mejor como herramienta de análisis.

La idea de una organización criminal como un sistema, importa la necesaria conclusión de que una asociación ilícita puede contener esos elementos u otros, pero su identidad radicará en las relaciones que establecen sus partes en función de la finalidad (MATURANA Y VARELA, 1996), que en este caso es la de cometer delitos de la Ley de Drogas.



Dicho de otra manera, puede haber un centro de poder, pero también puede haber otra forma de tomar las decisiones; puede haber distribución de funciones, pero también pueden ser compartidas, difusas o variar dinámicamente en el tiempo; puede existir estabilidad temporal, pero ella puede ser interrumpida cuantas veces la organización lo requiera; pero lo que debe existir siempre es un sistema que conformado por distintos individuos, se organiza y establece relaciones entre sí acordes a su fin delictivo, por todo el tiempo que ellos o las circunstancias lo definan.

En este sentido, Maturana y Valera (1996), van más allá en la descripción de las organizaciones, y desarrollan el concepto de “autopoiesis”, que es la característica que alcanzan algunas organizaciones humanas consistentes en ser capaces de suprimir algunos de sus elementos internos, con el fin de lograr una mejor adaptación frente al medio y sin perder su identidad.

Este es una conducta que hemos visto reiterada en el devenir de muchas de las organizaciones investigadas, donde la supresión de funciones, de integrantes, incluso de jefaturas, es implementada sin mayor dilación con el fin de permanecer en el tiempo y de seguir ejecutando su plan delictivo.

Un ejemplo paradigmático en este sentido, lo constituye la organización liderada por A.S. y condenada por el 2° TOP de Santiago, la cual estaba integrada por sólo cuatro sujetos, y donde las jefaturas intermedias y el reparto de funciones, fueron varias veces alteradas en función de la subsistencia de la organización y de la realización de su plan delictivo.

Desde este particular punto de vista, nuestros tribunales no podrían esperar siempre la existencia de una jerarquía o de una distribución de funciones en la organización delictiva, sin embargo tampoco podrían desconocer que la existencia de un sistema construido por un conjunto de sujetos, y caracterizado por el establecimiento de una red de relaciones funcionales al fin de traficar, no podría ser otra cosa que una asociación ilícita para el narcotráfico (ZUÑIGA, 2010).

## Referencias Bibliográficas

- CORTE SUPREMA. Sentencia Rol N°7712-08, de 15 de marzo de 2010.
- TOP DE SAN FELIPE. Sentencia RUC: 0800989323-8, RIT: 4-2010, de 5 de febrero de 2010.
- TOP DE TALCA. Sentencia RUC: 0700910245-5, RIT: 87-2009, de 1 de julio de 2010.
- 2° TOP DE SANTIAGO. Sentencia RUC: 0700818345-1, RIT: 139-2010, de 2 de diciembre de 2010.

6° TOP DE SANTIAGO. Sentencia RUC: 0700500869-1, RIT 236-2010, de 11 de diciembre de 2010.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°17.934. Diario de sesiones del Senado, 3 de Abril de 1973, p. 3306.

VERDUGO, Mario. Código Penal. Concordancias. Antecedentes históricos. Doctrina. Jurisprudencia. 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica, 1986. Tomo II. p. 683 y ss.

MATURANA, Humberto. y VARELA, Francisco. Los fenómenos sociales. En su: El Árbol del Conocimiento. 13ª ed. Santiago, Editorial Universitaria, 1996. pp. 121-135.

ESPINOZA, Heisbell. Teoría de la contingencia. <[http://www.monografias.com/usuario/perfiles/Heisbell\\_espinoza](http://www.monografias.com/usuario/perfiles/Heisbell_espinoza)> [Consulta: 6 de diciembre de 2010].

ZUÑIGA, Laura. Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal”. [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_52.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_52.pdf) [Consulta: 21 de enero 2010].