

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº49 - DICIEMBRE 2011



USO DE SOFTWARE I2 PARA EL ANÁLISIS Y PRUEBA DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

Tomás Ramírez Hermosilla¹

*“El Derecho es una ciencia; la abogacía es un arte.
Es el arte de persuadir al juez”².*

I. Introducción

La investigación y prueba del delito de asociación ilícita se enfrentan a una serie de dificultades especiales, no sólo atendidas las nuevas formas de organización, uso de tecnología, realización de actos neutros, etc., sino que también desde un punto de vista de cómo se logra que el tribunal adquiera la convicción de que efectivamente estamos frente a la comisión de dicho delito.

Como se expondrá a continuación, este segundo tipo de dificultades está vinculado a diferencias existentes entre la comprobación de los *delitos base* y de la asociación ilícita, de acuerdo con los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

La experiencia internacional³ ha demostrado la importancia de contar con nuevas herramientas tecnológicas que permitan una investigación eficaz de organizaciones de mayor complejidad, atendido el volumen de la información, número de involucrados, tipo y cantidad de delitos, etc. Para esto, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público a través de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, cuenta con programas computacionales destinados al análisis y presentación de datos, denominados en términos genéricos como “software i2”, los que actualmente están siendo utilizados por la mayoría de las fiscalías regionales en causas de alta complejidad.

El objetivo del presente trabajo es mostrar la relevancia de este tipo de herramientas en la persecución de organizaciones criminales de mayor envergadura desde el punto de vista de la acusación, la producción de prueba durante el juicio y, en definitiva, la sentencia. En primer lugar, se analizarán ciertas características propias de la prueba de este delito para, en segundo lugar, vincular

1 Abogado de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 JAUCHEN, Eduardo, Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 2006, p. 11.

3 Ver <http://www.i2group.com/us/about-i2/media-coverage>

éstas con los medios tecnológicos con que cuenta el Ministerio Público a fin de lograr la condena de los miembros de asociaciones ilícitas.

II. Qué se debe(ría) probar respecto de una asociación ilícita

1) Contenido del tipo

A pesar de ciertas diferencias de forma y fondo, la doctrina y jurisprudencia nacional se encuentra conteste en que los requisitos del tipo son, a grandes rasgos, la existencia de un grupo organizado (con división de funciones), más o menos permanente y jerarquizado, cuya finalidad sea la comisión de delitos⁴.

Dicho acuerdo, en todo caso, pasa a ser más difuso al intentar distinguir la asociación ilícita de otras figuras: utilizaré como ejemplo en adelante la Ley 20.000, pues contempla una figura intermedia (agravante de “agrupación o reunión de delincuentes”) entre la coautoría del Código Penal y la asociación ilícita (art. 16).

Respecto del artículo 19 a) de la Ley 20.000, la Corte Suprema ha sostenido que “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”⁵.

Si bien en la punición independiente de la asociación ilícita respecto del tráfico ilícito de drogas juega un rol relevante el bien jurídico protegido (con lo que su determinación adquiere una importancia práctica mayor)⁶ aparecen también consideraciones cualitativas en torno a los requisitos de la asociación ilícita⁷. La Corte Suprema no es clara en este punto, ya que en un primer

4 Los que varían según la ley en que esté contemplada la asociación (Código Penal, Ley 20.000, etc.). Para un panorama resumido de las diversas opiniones, ver RAMÍREZ, Tomás, “Algunas reflexiones en torno a la estabilidad temporal como requisito de la asociación ilícita”, en Revista Jurídica del Ministerio Público N°48, Santiago 2011, pp. 137 a 154, n. 2, 5 y 7.

5 Sentencia de la Corte Suprema Rol N°3206-07 de fecha 3 de septiembre de 2007, considerando 7°.

6 *Ibid.*, considerando 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”.

7 *Ídem*: “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

momento señala que la diferencia radica en la presencia de más requisitos para el *salto* entre la mera agrupación y la asociación (criterio cuantitativo) pero luego introduce elementos vinculados a las características de, por ejemplo, la jerarquía (criterio cualitativo)⁸.

Resulta difícil establecer una conclusión clara respecto de lo que quiso o no quiso decir la Corte Suprema al respecto, pero podemos encontrarnos ante grupos con un nivel básico o mínimo de organización en que, nominalmente, estén presentes los requisitos de la asociación ilícita, sin que sean calificables como tal. Sobre todo en el caso del tráfico ilícito de drogas: es de común ocurrencia que el tráfico se realice por un grupo de personas⁹, en el que exista un nivel básico de distribución de funciones¹⁰, un nivel mínimo de jerarquía¹¹ y estabilidad temporal¹², mientras que la finalidad ilícita es común en todo caso (de otro modo sería irrelevante penalmente)¹³.

Estas consideraciones, que pueden ser aplicables a otro tipo de delitos¹⁴ y dan cuenta de una mirada más amplia, podrían ser útiles para la investigación y prueba de las asociaciones ilícitas: en definitiva se trata de *coautorías diferen-*

la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico”. En un sentido similar, ver sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto de 2010, Rol N°1443-2009.

- 8 Ídem. Una posibilidad interpretativa para sostener que la Corte Suprema sólo realiza un análisis cuantitativo funcionaría bajo el supuesto de que entiende que es impropio hablar de “jerarquía” para casos distintos a los que contempla la asociación ilícita, es decir, que sería un error expresar que existe una “jerarquía rudimentaria” o “de menor intensidad”. Sin embargo, esto pugna con el uso común del término y el de la Real Academia Española (ver www.rae.es), y, por lo demás, la sentencia siempre se refiere a la “jerarquía” con ciertas características, por lo que si tiene otras podría denominarse “jerarquía” sin que sea la *necesaria* para los efectos de la tipicidad objetiva de la asociación ilícita.
- 9 De hecho, lo inusual es el tráfico realizado exclusivamente por una persona. Un ejemplo sería quien cultiva cannabis sativa en su domicilio, la procesa y vende directamente, o si desvinculamos quien vende al menudeo de su proveedor de droga. En los demás casos, existe una *cadena empresarial* en la que participan varios sujetos, distribuyéndose funciones distintas.
- 10 Podrían ser funciones básicas, con independencia de quienes las ejerzan o realicen más de una, comprar, guardar, vender y proporcionar seguridad.
- 11 En los grupos familiares esta se confunde con la preexistente (padre o madre respecto de los hijos), pero sigue siendo una “jerarquía” en un sentido (bastante) amplio.
- 12 Cuando se indica que una grupo de personas “se dedica a” la venta de drogas, se hace referencia a su estabilidad temporal.
- 13 En todo caso, claramente si no concurre de ninguna manera un requisito (por ejemplo, se trata de una especie de *cooperativa* delictual en que definitivamente no existen niveles jerárquicos) no podremos estar frente a una asociación ilícita.
- 14 Así, un grupo de personas que se dedican a hurtar en una tienda comercial, en la que uno ejerce cierto mando y organiza los hurtos, otro vigila proporcionando seguridad y el tercero se encarga de la sustracción material.

*ciables cualitativamente*¹⁵. Los casos de coautoría (art. 15 N°1 y 3° del CP), la agrupación del art. 19 a) y la asociación del art. 16 tienen en común la existencia de un grupo de personas vinculadas a hechos punibles, pero cada una tiene un plus respecto de la anterior. Siguiendo la lógica de la Corte Suprema, la coautoría sería el género, la agrupación una especie y la asociación una subespecie.

En el mismo sentido, el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago ha sostenido que “los requisitos para estar en presencia de una asociación ilícita deben ser mayores al concierto previo y división de funciones propios de una simple coautoría determinada acorde a lo prevenido en el artículo 15 del Código Penal, en el marco de un *delito de emprendimiento*”¹⁶. Resume estas distinciones de la siguiente manera:

“Los requisitos para que concurra una asociación ilícita deben ser aun mayores, al menos desde el punto de vista *cualitativo*, a los necesarios para que concurra la calificante contemplada en el artículo 19 a) que castiga con un plus de pena el haber formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 de la Ley 20.000. En efecto, la agrupación o reunión de delincuentes aparece como una forma simplificada, debilitada o degradada de una estructura que en lo esencial es la misma”¹⁷.

Desde este punto de vista la tarea del tribunal tiene una complejidad adicional, pues la verificación de la concurrencia de los requisitos supone en cada caso analizar la prueba rendida y determinar cualitativamente las características de cada uno. Además, si desecha la imputación por asociación ilícita, en el caso de la Ley 20.000 también deberá analizar si la organización *alcanza* a ser una agrupación como la contemplada en el artículo 19 a), es decir, determinar si está “por sobre la mera coautoría en un delito de emprendimiento y por

15 Los criterios cuantitativos siguen teniendo una función (una coautoría sin división de funciones no sería ni siquiera una agrupación o reunión para los efectos de la agravante de la Ley 20.000). El acento se pone en que nominalmente las tres situaciones podrían cumplir con los mismos elementos, como se señaló previamente, por lo que su diferencia definitoria es cualitativa.

16 Sentencia RUC 1000455477-4 de fecha 26 de noviembre de 2011, tribunal integrado por los magistrados Mauricio Rettig Espinoza, María Luisa Riesco Larraín y Ana María Hernández Medina, considerando vigésimo primero. Sin perjuicio de que cita a la Corte Suprema (sentencia de fecha 8 de julio de 2010, Rol N°2596-2009), luego se enuncian siete requisitos, aunque en todo caso parecieran ser subsumibles en los cuatro ya señalados.

17 Ídem. Luego de analizar parte de la prueba señala que “es posible ver en dicha agrupación una determinada estructura por sobre la mera coautoría aunque no al nivel requerido por el delito de asociación ilícita”.

debajo de la mayor jerarquía, estructura, especialización y permanencia que supone la concurrencia del delito de asociación ilícita”¹⁸.

En todo caso, de las sentencias revisadas parece no existir unanimidad en torno al contenido preciso de aquello que distingue las situaciones que van de la simple coautoría hasta la asociación ilícita, tendiendo algunas a poner el acento (sin descartar otros criterios) en el tipo de vinculación del partícipe hacia el grupo¹⁹, la proyección de sus actividades²⁰ o, para el caso de la distinción entre el art. 19 a) y 16 de la Ley 20.000 (que también debería tener consecuencias respecto de su distinción con la coautoría), la jerarquía²¹.

18 *Ibid.*, considerando vigésimo segundo. La cita completa es la siguiente: “De este modo, es posible estimar que el mayor injusto necesario para fundar dicha agravante especial, esto es, la mayor peligrosidad para el bien jurídico que implica el hecho de actuar a través de una agrupación o reunión estable, no sólo provee mayor eficacia y seguridad en la concreción de una conducta de tráfico aisladamente considerada, sino que provee además de un cierto grado de especialización y permanencia en el actuar delictivo, por sobre la mera coautoría en un delito de emprendimiento y por debajo de la mayor jerarquía, estructura, especialización y permanencia que supone la concurrencia del delito de asociación ilícita, en este caso, para traficar sustancias estupefacientes o psicotrópicas ilícitas”.

19 Por ejemplo, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo RUC N°0800165077-8, de fecha 3 de enero de 2012, integrado por los magistrados Hugo Salgado Morales, Verónica Arancibia Pacheco y Azeneth Aguilar Navarro (actuó como juez alerno Marcela Erazo Rivera), considerando quinto: “Cabe puntualizar que la acción de operar en forma asociada u organizada, se distingue de la co-autoría (alegado por una de las defensas) porque la actividad de cada uno de los miembros se concentra en el grupo y responde a su condición de integrante de aquel, sujeto al control constante de los líderes en pro de una gestión concertada, donde la aportación personal va dirigida al grupo en cuanto tal, es decir se conforma al colectivo”.

20 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RUC N°1000305354-2, de fecha 16 de enero de 2012, integrado por los magistrados Celia Olivares Ojeda, Patricia Garrido Frigolett y Juan Ángel Muñoz López, considerando décimo sexto: “si bien en ambas situaciones interviene un grupo de personas, en la coparticipación, aunque haya infracciones que se repiten, éstas surgen de momento a momento, pero quedan aisladas unas de otras, y en el caso de la asociación, el propósito de delinquir persiste en los miembros de la banda que se pliegan a las decisiones del jefe.

En la participación múltiple, los individuos que intervienen lo hacen con la finalidad de cometer un delito determinado cuya responsabilidad habrá de precisarse, según sea el caso, como autoría material, coautoría simple, coautoría intelectual, autoría mediata, complicidad. En esta figura no se requiere necesariamente que el acuerdo para cometer el delito anteceda a éste, ni que se manifieste expresamente. En la asociación ilícita en cambio, la conducta del delincuente encuentra su fundamento en su capacidad volitiva en virtud de que, desde antes de incurrir en el acto delictuoso, el individuo se encuentra plenamente consciente de que se une al grupo precisamente con la finalidad de perpetrar actos ilícitos tipificados en la ley (Claudia Fernández Jiménez, Anuario Jurídico, Nueva Serie, 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México)”.

21 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes RUC N°0901120081-5, de fecha 13 de enero de 2012, integrado por las magistradas Alessandra Tubino Tassara, Paola Hidalgo Benavente y Carolina Escandón Cox, considerando trigésimo tercero: “Ciertamente al existir una agravante de agrupación de delincuentes en la ley 20.000, sí

En el desarrollo del juicio y la sentencia, las preguntas al respecto pueden referirse en muchas ocasiones al *cuándo* un grupo de personas puede ser denominado con propiedad “asociación ilícita”. Las discusiones en torno a casos concretos en que se acusa por asociación ilícita pasan muchas veces por el cuestionamiento de que se trate *realmente* de una asociación o si sólo es una agrupación. Para profundizar al respecto parece relevante desarrollar previamente una distinción entre la prueba del delito base y de la asociación ilícita.

2) Diferencias en el análisis de la prueba

La asociación ilícita y los delitos que se propone cometer no sólo se distinguen a nivel del tipo penal, como parece obvio, sino que también respecto de cómo se prueba cada uno.

En términos generales, salvando las diferencias entre los modelos a los que se hará referencia, se ha sostenido que la actividad probatoria en juicio no se refiere a comprobar la veracidad o falsedad de los sucesos contenidos en la acusación, ya que “el juez no entra en contacto personal con los hechos, sino con proposiciones relativas a éstos”²². En este sentido, “los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos”²³, con lo que se difumina el límite entre el análisis de los hechos y del Derecho²⁴.

Por lo tanto, cada vez que se declara “el Ministerio Público ha probado los hechos contenidos en la acusación” (o no lo ha probado) lo que se expresa en definitiva es que “las afirmaciones que se aportar[o]n con los medios (elemen-

debe existir un factor que las diferencie como es la jerarquía que además se desprende de las diferentes penalidades que la norma contempla en función de ello”.

Las tres sentencias recién citadas a esta fecha no se encuentran ejecutoriadas, pero se incluyen como criterios utilizados por tribunales, los que como toda nuestra jurisprudencia, no obligan a los siguientes pronunciamientos pero dan luces de la dirección que están tomando los jueces en esta materia.

- 22 AVILÉS, Luis, “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en Revista de Estudios de la Justicia, N°4, año 2004, p. 178. Para un resumen completo de las distintas posiciones en torno a “la verdad” en materia procesal penal, ver CHAIA, Rubén, La prueba en el proceso penal, Hammurabi, Buenos Aires 2010, pp. 337 a 52. O.o., ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 185: “Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”.
- 23 HANSON, Norwood, Patrones de descubrimiento. Observaciones y explicación, Ed. Alianza, Madrid 1985, p. 16. En el mismo sentido, sosteniendo que las proposiciones relativas a hechos son “representaciones cognoscitivas”, VAN DIJK, Teun, Estructuras y funciones del discurso, Siglo XXI Editores, México 1991, p. 81.
- 24 ANDRÉS, Perfecto, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho N°12 año 1992, p. 264: “las mismas peculiaridades (‘ambigüedad’, ‘textura abierta’, ‘zonas de penumbra’) que se predicán de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción”.

tos) de prueba, acreditaron la correspondencia entre los enunciados que se muestran al juez, con la realidad que ha acaecido”²⁵.

Bajo distintas denominaciones, como “correspondencia aproximativa”²⁶ o “corroboración de hipótesis o de la probabilidad inductiva”²⁷, se trata en términos generales de proposiciones presentadas al tribunal a fin de que éste determine si se han corroborado por lo que pasan a ser verdaderas *en ese sentido*²⁸.

Por ejemplo, la prueba de la transferencia de droga supone una proposición fáctica respecto de la cual se pueda predicar que es verdadera o falsa. Para lograr una conclusión al respecto, se debe realizar un “análisis de cada medio de prueba en sí mismo y en relación con los demás” para luego “apreciar si los hechos (enunciados o proposiciones fácticas) han sido suficientemente corro-

-
- 25 AVILÉS, Luis, ob. cit., p. 179. Basado principalmente en TARUFFO, Michele, *La prueba de los Hechos*, Ed. Trotta, Madrid 2002, p. 99 y ss. Este último autor ha señalado que “en un contexto judicial una aserción relativa a un hecho es verdadera en la medida que ha sido confirmada por pruebas: ‘verdadera’ es equivalente a ‘probada’”. (TARUFFO, Michele, “Narrativas judiciales”, en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. XX N°1, julio 2007, p. 249).
- 26 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid 2006, p. 543.: “A diferencia de lo que sucede con las demás normas y actos jurídicos, cuya sola condición de validez es la observancia de las normas superiores, la legitimidad de los actos jurisdiccionales penales está, pues, condicionada también por su verdad procesal en el sentido ya ilustrado de ‘correspondencia aproximativa’: por decirlo claramente, por la verdad y fiabilidad, tanto fáctica como jurídica, de los discursos asertivos que forman la motivación”. Bajo esta concepción, los actos jurisdiccionales constan de “proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, ‘justificadas’, ‘legitimadas’ o ‘motivadas’ por las primeras”. (Ibíd, p. 542).
- 27 El modelo de la corroboración de hipótesis o de la probabilidad inductiva supone que “la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación, a través de la observación directa, de hechos que, dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera”. ACCATINO, Daniela, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en *Formación y valoración de la prueba en el Proceso Penal*, Coord. ACCATINO, Daniela, Abeledo Perrot, Santiago 2010, p. 126. Este modelo se enmarca dentro de los límites establecidos en la legislación respectiva, en el caso chileno, especialmente en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal, el que sería un modelo de justificación a veces denominado “analítico”; ver ACCATINO, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. un diagnóstico”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, pp. 12 y ss. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art01.pdf>.
- 28 La tarea de los intervinientes consistiría entonces en “gestionar la producción de información relevante para cada juicio, como también proponer posibles historias que le den sentido al conjunto, es decir, tendrán que buscar y seleccionar posibles fuentes de información, como asimismo, proveer de esquemas de interpretación que le den sentido a la información producida” (COLOMA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará... o de los límites a los dichos de los abogados”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX N°2, diciembre 2006, p. 35, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art02.pdf>).

borados por datos empíricos que fueron debidamente llevados a juicio y con posibilidad de contrastación o refutación”²⁹.

Para el caso de la prueba de las proposiciones relativas a la asociación ilícita el escenario parece tener algunas diferencias. En la medida que el *acuerdo social* de la asociación ilícita se debe manifestar en la realidad, no bastando las meras declaraciones³⁰, se deben analizar un conjunto de proposiciones fácticas para que podamos sostener que existe una asociación (punible como tal) y no se trata de formas menos elaboradas de coparticipación.

Al igual que en el caso del delito base, se trata de presentar una “historia”, en el sentido de “encadenamientos que nos sirven para dar sentido a una serie de acontecimientos que, de otra manera, se presentaría inconexos”³¹, pero para la asociación se requiere explicar las particularidades de dicha historia a fin de elevarla por sobre la coautoría y la agrupación o reunión. Para el caso del defensor sucede lo inverso: su “historia” supone encadenar los acontecimientos de tal manera de negar la pretensión contenida en la acusación.

Por tanto, se podría señalar que una característica especial del delito de asociación ilícita consistiría en que los medios de prueba, ya utilizados para probar el delito base, ahora deben ser analizados en su conjunto para determinar si efectivamente esta coautoría tiene (*cualitativamente*) las características necesarias para ser considerada asociación ilícita. Es decir, mientras que para los demás delitos la prueba consiste en “un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho”³² que afirman la imputación, en el caso de la asociación ilícita se trataría principalmente de explicar cómo del análisis conjunto de las proposiciones fácticas es posible verificar la concurrencia de los requisitos necesarios para estar frente a una asociación ilícita.

III. Cruce y análisis de datos con i2

La complejidad demostrada por las asociaciones ilícitas y las dificultades vinculadas a su prueba, tanto respecto de su estructura organizativa como a la participación de miembros intermedios, implica un desafío para la investigación y presentación de los casos ante los tribunales.

Es usual que en investigaciones de mediana y mayor complejidad se utilicen presentaciones gráficas para mostrar la estructura de la organización, la cronología de los hechos, diagramas, fotografías, etc. Sin embargo, la utilidad de estos medios es restringida y no permiten realizar operaciones de análisis de

29 AVILÉS, Luis, ob. cit., p. 182.

30 Referencias doctrinarias en nota 4.

31 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 41.

32 HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián, Derecho procesal penal Chileno, t. II, Ed. Jurídica, Santiago 2004, p. 65.

datos, lo que es especialmente importante al trabajar con grandes volúmenes de información.

A fin de mejorar las herramientas de trabajo durante la investigación y su presentación posterior en juicio, el Ministerio Público cuenta actualmente con programas computacionales generados i2 Group, destinados precisamente para casos de alta complejidad. Estos “permiten que analistas e investigadores descubran conexiones, patrones y relaciones ocultas en volúmenes de datos”, caracterizados por ser “flexibles, escalables, seguros y de fácil despliegue y soporte”³³.

A pesar de que puedan ser utilizados para fines similares a los indicados previamente (como presentación Power Point, por ejemplo, respecto de la estructura de la organización), sus funcionalidades están vinculadas principalmente a permitir un uso adecuado de grandes cantidades de datos y ayudar al usuario a realizar un análisis de los mismos de mejor calidad.

Los programas computacionales i2 con que cuenta el Ministerio Público son³⁴:

a. Analyst’s Notebook³⁵ permite visualizar grandes cantidades de información investigativa, “para entender el gran cuadro de imagen”; revela patrones y conexiones ocultas para ayudar a dirigir la investigación; permite crear manual o automáticamente gráficos de análisis, así como generar enlaces y gráficos de datos estructurados.

A diferencia de otro tipo de presentaciones, “las cartas de Analyst’s Notebook no son simplemente recursos visuales; todos los artículos de la carta retienen la información que ellos representan, empotrado en la carta o por enlaces directos a bases de datos”³⁶, permitiendo desplegar la información requerida, ordenándola de manera adecuada y facilitando el análisis de las relaciones entre sujetos, propiedades, etc.

b. iBase es una “aplicación de base de datos que contiene funcionalidades de colaboración y búsqueda permitiendo la obtención, administración de datos y

33 Información disponible es <http://www.i2group.com/es/productos-y-servicios/Inea-de-productos-analiticos> [visitada el 17 de enero de 2012].

34 Salvo otra mención, la información se encuentra disponible en <http://www.pegasus.cl/productos> y <http://www.pegasus.cl/productos> [visitadas el 17 de enero de 2012].

35 Los nombres de los programas se utilizan en inglés. La traducción literal sería “Libreta de notas del analista”, pues se utiliza principalmente para manejar los datos (entidades, características y relaciones) visualizando inmediatamente los diagramas o gráficos que se vayan creando, como el organigrama de la organización, los bienes de sus integrantes, etc.

36 La traducción literal de “chart”, palabra utilizada por i2 Group en la descripción de sus productos, puede ser “carta”, pero resulta más adecuado utilizar los términos “gráfico” o “diagrama”.

la difusión de inteligencia procesable y de elementos en apoyo de las operaciones basadas en inteligencia”³⁷.

Se utiliza principalmente como base de datos a la cual se puede acceder desde Analyst’s Notebook, cuyo contenido es ingresado por los usuarios del sistema y mediante la importación de otro tipo de archivos.

c. iBridge permite generar un “puente” entre Analyst’s Notebook y otras bases, que le permiten recuperar y analizar la información almacenada en bases de datos estándar relacionadas.

d. TextChart está destinado a extraer, estructurar, visualizar y almacenar la información contenida en documentos de texto no estructurados.

El uso de estos programas computacionales ha sido útil en diversas investigaciones de mayor complejidad, funcionando como una herramienta que finalmente mejora el *traspaso de la convicción* del fiscal al tribunal. Es decir, permiten no sólo el análisis de los datos sino que mostrar sus resultados de manera clara, precisa y completa a fin de estructurar la teoría del caso y corroborar las proposiciones fácticas planteadas en la acusación.

Según lo ya señalado, los programas i2 tienen dos ámbitos principales de trabajo: la investigación y el juicio oral. En el primero, se trata de la recopilación y análisis de los datos que se van consiguiendo durante su curso: la relevancia radica en que ayuda a dar fundamentos para justificar que no se trata de una mera coautoría ni, en el caso de la Ley 20.000, una agrupación del artículo 19 a), sino una verdadera asociación ilícita.

Como el proceso para confirmar que se está realizando una investigación por asociación ilícita puede ser gradual, mientras se avanza en la misma se puede determinar que concurren los requisitos del delito pero además, mediante el cruce y análisis de datos, también el contenido de los mismos en el caso concreto. Por ejemplo, determinar la estructura y jerarquía de la organización supone analizar quienes dan órdenes y quienes las acatan, el nivel de acatamiento de las mismas, el trato existente y la fungibilidad de los integrantes, la flexibilidad con que se realizan las operaciones, etc. En esta tarea, que generalmente es realizada directamente por las policías y el fiscal, el uso de los programas mencionados puede jugar un rol fundamental, al permitir un manejo ordenado de la información y su análisis bajo parámetros más rápidos y certeros de los que individualmente se pueden lograr.

El segundo ámbito, es la presentación del caso durante el juicio oral. Como suele suceder en estas situaciones, luego de una larga investigación el fiscal cuenta con la convicción y las pruebas de que estamos frente a una asociación ilícita, pero como el tribunal no ha sido parte del proceso de investiga-

³⁷ Información disponible en <http://www.i2group.com/es/productos-y-servicios/linea-de-productos-analiticos> [visitada el 17 de enero de 2012].

ción, enfrenta un análisis de pruebas (sobre el delito base) antes de conocer y corroborar las proposiciones fácticas que lo sustentan. Es decir, el trabajo del fiscal supone una doble tarea, ya que no sólo debe producir prueba respecto, por ejemplo, del tráfico ilícito de drogas, sino que asumiendo como verdaderas esas proposiciones, además debe articular una explicación razonable del análisis que lo llevó a considerar a los imputados como miembros de una asociación ilícita.

Al mismo tiempo, la discusión con las defensas girará en torno a ambos delitos con las mismas dificultades anteriores. Incluso no es poco frecuente que algunos imputados no cuestionen en lo fundamental la imputación por el delito base, quedando la discusión centrada casi exclusivamente en el análisis de la asociación ilícita³⁸.

En este último caso, puede ser especialmente útil hablar de “hechos primarios” como aquellos en los que “hay un bajo nivel de reconstrucción por parte del que los formula y, en cambio, una estrecha conexión con lo que directamente habría sido observado”³⁹. Esto no quiere decir que no debe realizarse análisis alguno de los “hechos primarios”, sino que este es menos intenso, haciéndose más complejo en la medida que se trate de, por ejemplo, quienes participan en el delito pero no tienen contacto directo con la droga, hasta la discusión de fondo sobre la asociación ilícita.

Así, el conjunto de llamadas telefónicas interceptadas pueden dar cuenta de las conversaciones entre los imputados, su ubicación, participación en delitos, etc., pero algo un poco más elaborado es la conclusión en torno al tipo de relación que tenían, quien realmente daba las órdenes, si éstas se cumplían y las consecuencias del incumplimiento, el lenguaje utilizado, si existía cierta *vocación de permanencia*, etc.

Paralelamente, es posible sostener que el nivel de reconstrucción indicado se enfrenta a otro tipo de análisis complejo: el paso *jurídico* entre una coautoría y la asociación ilícita es gradual y tiene su correlato *fáctico* en las dinámicas delictuales que, sobre todo si se trata del tráfico ilícito de drogas, también es gradual. Como delito de emprendimiento, supone la adquisición de herramientas, conocimientos, contactos, etc., que muestran un *camino*, una verdadera *evolución* organizativa para competir en el mercado. Las distinciones *jurídicas* van de la mano de los cambios *fácticos* propios de quien se dedica a cometer delitos de emprendimiento: en esta medida, es posible expresar la pregunta en torno a la justificación de la imputación como un *cuándo* la coau-

38 Especialmente aquellos imputados detenidos en posesión de la droga, quienes pretenden colaborar para configurar la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal o como la cooperación eficaz contemplada en el artículo 22 de la Ley 20.000, o respecto de quienes la prueba de cargo es de tal contundencia que sus defensas prefieran concentrarse en la asociación ilícita (teniendo presente sobre todo las consecuencias punitivas).

39 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 48.

toría se convierte en asociación ilícita, en forma paralela al *cuándo* el emprendimiento delictivo logra cierta complejidad para cumplir con los requisitos de una asociación ilícita⁴⁰.

Todo el proceso de investigación y juicio oral desemboca, finalmente, en el alegato de clausura. Aquí, “el objetivo de los discursos de los abogados no tiene que ver directamente con la introducción de [...] hechos primarios sino con su reconstrucción y su vínculo con el caso”⁴¹: el fiscal y las defensas presentarán su teoría del caso del conjunto de la prueba para explicar por qué se ha sostenido que estamos o no frente a una asociación ilícita. Así como en el alegato de apertura los intervinientes *ofrecen un ángulo*⁴² desde el cual pretenden que el tribunal valore la prueba, en el de clausura se debe explicar el análisis realizado para “bosquejar la resolución que se pretende”⁴³, dándole sentido a la prueba producida⁴⁴.

En este contexto, Analyst’s Notebook resulta especialmente útil pues ayuda a ordenar la información, mostrarla de manera estructurada y clara, como un medio para que la fiscalía explique el análisis que ha construido desde los inicios de la investigación, cómo éste es corroborado con los testimonios, documentos, etc., concluyendo que nos encontramos ante un injusto distinto, en concurso con el delito base.

Por último, las operaciones de análisis predicadas del fiscal y las defensas, también son aplicables al tribunal. Por ejemplo, el Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, luego de analizar los demás requisitos, señala que “queda por verificar si en la especie se cumple con quizás el elemento que caracteriza a este delito para diferenciarlo de otras formas semejantes de

40 Lo mismo sucede en las empresas lícitas, respecto de las cuales el Estado cambia su relación atendidas sus características, sobre todo en materia tributaria. Por ejemplo, la distinción en las formas de llevar la contabilidad según tipo de empresa o su fiscalización según sea micro, pequeña, mediana o gran empresa (ver Resolución exenta SII N°79 de 30 de abril de 2010 que fija nómina de “Grandes contribuyentes”, a efectos de su fiscalización por la Dirección de Grandes Contribuyentes, disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2010/reso79.htm> y resumida en https://misii.sii.cl/misii/descripcion_segmento.pdf).

41 COLOMA, Rodrigo, ob. cit., p. 48.

42 CHAIA, Rubén, ob. cit., p. 505: “La prueba puede ser idéntica para todas las partes; lo central es el que cada una establezca el ángulo con el cual el tribunal debe apreciarla”.

43 *Ibíd.*, p. 508.

44 LIEF, Michael, CALDWELL, Mitchell y BYCEL, Benjamin, Ladies and gentleman of the jury, Simon and Schuster, Nueva York, 2000, p. 11: “The closing argument is the lawyer’s final opportunity to give perspective, meaning, and context to the evidence introduced throughout a lengthy trial. It is the last chance for the lawyer to forcefully communicate his position to the jury, to convince them why his version of the ‘truth’ is correct”. Este libro ha sido reseñado en castellano por Iván OBANDO, en Revista *Ius et Praxis*, año 15 N°1, pp. 455 a 460, y es parte de una trilogía de los autores (“Greatest closing arguments in modern law”), cuyo tercer volumen resulta especialmente atinente en lo penal (*The devil’s advocates*, Simon and Schuster, Nueva York 2006).

participación, en especial la coautoría, o la eventual agravante residual contemplada en el artículo 19 letra a) de la Ley 20.000⁴⁵. Comienza preguntándose “¿Quién dirigía esta organización?” y luego responde: “[...] hay una notoria falta de disciplina y obediencia en este grupo que también pugna con el concepto de una organización. No es sólo desorden, como pretenden suavizarlo los oficiales Muñoz y Toledo. Es simplemente falta de rigor y disciplina. Ejemplos: [...]”⁴⁶. Así, analiza las historias y explicaciones de los intervinientes, según la información aportada por diversos medios de prueba, a fin de escoger una de éstas como proposición corroborada.

En otro caso, para afirmar la existencia de la jerarquía de la asociación ilícita, el tribunal la funda especialmente en el testimonio del funcionario policial del caso, quien “especifica durante su exposición que con la investigación se logró delinear un diagrama de organización señalando que desde [D.N.] a los acusados [P.A.] y [J.B.] el diagrama era que dos personas se dedicaban a conocer y reclutar personas para el tráfico y esa labor la cumplía [O.A.E.] y [K.M.V.], ambas se contactaban con mujeres [...] a las que le ofrecían dinero, [...] y ambas eran las encargadas de recibir documentos de identidad, cédula o pasaportes de las reclutadas pues los sujetos de nacionalidad colombiana exigían previamente a la compra de pasajes, conocer el aspecto físico y antecedentes de las contactadas”, lo que “permite divisar la estructura de la organización y su funcionamiento para el tráfico de droga lo que les dio la estructura de la organización”⁴⁷.

De hecho, la estructura de las sentencias es similar: revisan los requisitos por separado y en cada uno parten declarando si han adquirido la convicción de

45 Sentencia RUC N°1000280422-6 de fecha 10 de agosto de 2011, integrada por los magistrados Irma Andrea Tapia Valdés, María Isabel Pantoja Merino y Tomás Gray Gariazzo, considerando trigésimo.

46 Ídem. Con un análisis similar, sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1000455477-4 de fecha 26 de noviembre de 2011 (ver n. 16), considerando vigésimo primero: “de la prueba rendida resulta evidente para el tribunal, la existencia de una agrupación bastante más débil y menos clara que la requerida para el delito de asociación ilícita, toda vez que si bien es posible ver en la acusada [...] una especie de líder, luego no es posible desprender normas claras de respeto hacia una estructura de orden permanente”.

47 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar RUC N°1000305354-2, de fecha 16 de enero de 2012 (ver n. 20), considerando décimo quinto. Finalmente concluye: “Así, de los antecedentes probatorios aportados por el ente persecutor y de los dichos de los propios acusados se pudo desprender que un grupo de individuos se reunió en diversas ocasiones y lugares con la finalidad de idear, coordinar y ejecutar una conducta delictiva consistente en reclutar mujeres jóvenes de buen físico para enviarlas al extranjero a efectuar entrega de drogas, organización en la que existía una jerarquía que fue acreditada”.

“Asimismo, de la prueba aportada por el persecutor surgieron otros numerosos elementos de convicción indiciarios del control, y por ende, rol jerárquico que desempeñaban ambas, como también de las actividades que cumplían los demás integrantes del grupo” (considerando décimo sexto).

que concurra, para luego señalar los antecedentes cuyo análisis lo corrobora. Si es rechazada, pero se afirma la agravante, se realiza una breve explicación en torno a su justificación, que aparece explícitamente a propósito del mayor peligro de una agrupación respecto de la mera coautoría, pero implícitamente como el peligro de convertirse en asociación ilícita^{48 49}.

Por último, resulta importante resaltar que el uso de estas herramientas tecnológicas permite avanzar de mejor manera en la investigación y luego durante el juicio oral, de organizaciones criminales *de nuevo cuño*, que con estructuras más flexibles se adecuan al mercado logrando los mismos resultados a menor costo. Así como en el ámbito empresarial lícito, las asociaciones con una estructura muy rígida tienen problemas para adecuarse a nuevos desafíos, por lo que demuestran un nivel superior de complejidad para la investigación aquellas que superan ese modelo y logran *buenos* resultados pero con mayor seguridad para los partícipes.

En este sentido, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes sostuvo que la estructura de las organizaciones criminales puede variar, sin que pierdan la calidad de asociación ilícita⁵⁰:

48 Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RUC N°0800472579-5, de fecha 20 de noviembre de 2011, integrado por los magistrados Carlos Carrillo González, Juan Antonio Poblete Méndez y Rossana Costa Barraza, considerando 64°: “nos encontramos con un grupo de personas ligadas fundamentalmente por lazos familiares y en el caso de dos imputados, favorecidos por la vecindad, en que si bien compartían ciertas características como el *modus operandi* en la forma de vender y ocultar la droga en la vía pública, carece de la organización que permita determinarlo como asociación en términos jurídicos penales, en que uno o alguno de sus miembros ejerciera efectivamente preponderancia sobre los otros; más bien existió una protección integral del grupo que no amerita una sanción por separado sino la agravación de la pena por esta vía y de la forma como se señala en el artículo 19 letra a) de la ley N°20.000.

Es así que se estableció la existencia de un grupo de personas coordinadas para la venta de droga, mas no que obedecieran las órdenes impartidas por una líder [...], éstos más bien aportaban sus influencias y sus contactos con funcionarios policiales y con ciertos proveedores que eran compartidos, pero no en el nivel organizado que se ha pretendido por el Ministerio Público y la parte querellante.

Tal como se dijera anteriormente, la idea de asociación implica la existencia de un orden, una organización interna, con cierto nivel jerárquico, con división de roles y funciones con una cierta estabilidad temporal que no se dan en la especie.

Así entonces cabe resaltar que la inclusión de esta agravante tiene la finalidad de lograr la imposición de penas de mayor entidad en caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llegue a configurar una asociación ilícita”.

49 Ver también n. 18.

50 Sentencia RUC N°0901120081-5, de fecha 13 de enero de 2012 (ver n. 21), considerando trigésimo tercero. “En la actualidad, se advierte que se evoluciona a la creación de emprendimientos colectivos que buscan un fin determinado en el mercado, para lo cual se organizan o crean, ya no con tanta regulación interna o estatutos incólumes en el tiempo, con escala de sanciones, disciplina estricta y obediencia devota, sino que al contrario, es cada vez más frecuente observar que se tiende a conseguir grupos afiatados de personas comprometidas, orientadas a la ganancia grupal, interrelacionados más por

“Esa tendencia, no tiene porque ser tan distinta a la que opera en clandestinidad para fines delictivos en que más que el conocimiento de todos sus miembros entre sí, se requiere la conciencia de estar formando parte de un mismo plan que llevan a cabo varias personas. [...] Sin embargo, ello no quiere decir que deba probarse un estatuto jerárquico ejercido a través de órdenes y sanciones disciplinarias extremas, sino que lo esencial es la distribución de funciones bajo un *centro de dirección* o mando que planifique las tareas y distribuya funciones como mejor se requiera para los fines de la organización y que a su vez, pueda relacionarse paralelamente con otros miembros de la misma, justamente para mejor coordinación de las tareas a realizar”.⁵¹

Las empresas evolucionan de acuerdo con un mercado más competitivo (tanto por la acción de otros competidores como la del Estado), en el que se requieren formas de organización más eficientes. Esto genera dificultades para la persecución penal, por lo que se requiere contar con mayores capacidades durante la investigación para enfrentar en el juicio oral a imputados con mayores conocimientos y un mejor relato de la defensa⁵². Justamente, es en este marco donde se insertan los programas computacionales i2, como herramientas novedosas y de gran utilidad para el trabajo del Ministerio Público.

sus funciones que por una escala de mando, en que más que reglas existen objetivos y en que la forma en que se concreten no importa tanto. También se puede observar que para abaratar costos, muchas veces las empresas externalizan funciones en otras, interrelacionándose para lograr su objetivo, sin que por ello se entienda que desaparezca la primera como tal, ella sigue existiendo, sigue operando pero ahora encarga ciertas labores a otros, que no son parte de la primitiva”.

- 51 Y luego continúa: “Por otra parte y en la especie, no debe perderse de vista que se trata de establecer la existencia de una asociación u organización que no se dedica a cualquier tipo de delito de la ley 20.000 sino que concretamente a la internación o importación de grandes cantidades de droga desde el exterior a territorio nacional, de modo que es lógico que exista una transacción de ella a través de dos o más personas en un plano de igualdad, esto es, vendedores, dueños de la droga, antes de la entrega y compradores que se convierten en propietarios, después de su transferencia”.
- 52 Así como el Fiscal y la defensa deben articular una explicación del análisis de la prueba, el tribunal tiene la obligación de motivar su decisión bajo la premisa de que debe hacerse cargo de todas las alegaciones y prueba rendida: “La motivación es fundamentalmente explicación de la decisión [...] constituye el porqué de la decisión pero no la forma de llegar a ella” (LÓPEZ BARJA, Jacobo, Tratado de Derecho procesal penal, Thompson Aranzadi, Navarra 2004, p. 1389).