

ELEMENTOS QUE COMPONEN LA DENOMINADA AGRAVANTE
DE AGRUPACIÓN O REUNIÓN DE DELINCUENTES, CONTENIDA
EN EL ARTÍCULO 19 A) DE LA LEY N° 20.000, LÍMITES
EN CUANTO A SU APLICACIÓN

MARCELO CONTRERAS ROJAS
Universidad de Talca

I. ANTECEDENTES

La Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, acogió parcialmente una serie de recursos de nulidad respecto de una sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral de esa misma ciudad, en la cual se condenaba a todos los acusados por el delito de tráfico de drogas, aplicando la agravante contenida en el artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000. Las defensas de los distintos acusados presentaron 5 recursos de nulidad, por diversas causales, habiéndose acogido en definitiva la contemplada en el artículo 373 letra b del Código Procesal Penal, esto es “cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo en la cual se establece que respecto de todos los acusados no se configura la agravante de agrupación o reunión de delincuentes. Particularmente, todos los recursos coincidían en que no correspondía aplicar la agravante anteriormente señalada, para lo cual esgrimían diversas razones, vinculadas a que no se logró acreditar la existencia de tres organizaciones criminales con estructuras, jerarquías y objetivos, como también que no se lograba acreditar el requisito de permanencia o estabilidad respecto de la agrupación.

II. NOCIONES BÁSICAS RESPECTO DE LA INCORPORACIÓN
DE LA AGRAVANTE

Desde la incorporación de la agravante de agrupación a la Ley N° 20.000, han existido dudas respecto de los límites que ella posee, no existiendo claridad en cuanto a los elementos que la componen ni cómo queda estructurado el andamiaje penal en materia de tráfico de drogas para los casos en que exista participación de varios sujetos. De hecho, al consultar la historia de la ley

—bastante pobre en lo referente a este punto¹— se pueden encontrar pasajes descontextualizados que no permiten justificar una interpretación en distintos niveles. Cabe señalar que esta confusión² no solo se produce respecto de la agravante, sino que es posible advertirla en la regulación general que realiza nuestro ordenamiento jurídico en materia de asociación ilícita. Lo anterior queda en evidencia en una jurisprudencia que no profundiza mayormente al respecto, limitándose a un análisis binario (es o no es parte de la asociación)³ que no satisface las complejidades que presentan los casos en la actualidad, los cuales incluyen formas más sofisticadas y complejas para organizarse o financiarse (*v. gr. outsourcing, clusters, crowdfunding, plataformas de activos virtuales, etc.*)⁴, encontrándonos con situaciones en que existirá una participación

¹ HERNÁNDEZ, Héctor, “Algunos aspectos de la Ley N° 20.000”, informe en derecho, Defensoría Nacional, Departamento de Estudios y Proyectos, N° 6/2007/noviembre, p. 3, [disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/5269.pdf>, accedido el 10 de marzo de 2021. “Al respecto la historia fidedigna del establecimiento de la ley lamentablemente no aporta mayores elementos útiles para la interpretación de la circunstancia. El Mensaje no se detiene especialmente en ella y el único cambio que sufre su formulación a lo largo de todo el proceso legislativo se limitó a la mera supresión de la exigencia consistente en que la agrupación o reunión hubiera agregado una mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores”.

² CARNEVALI, Raúl, “Hacia un injusto penal de la criminalidad organizada: una propuesta a modo de *lege ferenda*”, en *Revista Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 21, N° 2, 2014, pp. 61-101. Último acceso el 15 de marzo de 2021, [disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200003#n65]. “Por de pronto, de este elenco se puede afirmar que su tratamiento es bastante particular y algo confuso. En algunos casos, solo se remite a lo dispuesto en el Código penal —artículos 292 y ss.—, sin disponer un tratamiento punitivo diverso. Así sucede, con la trata de personas y el tráfico de migrantes y con lo expresado en el artículo 369 ter del Código Penal que solo habla de organizaciones delictivas, sin agregar nada más. En otros casos, si bien se remiten a las normas del delito de asociación ilícita, ofrecen un sistema punitivo más gravoso. Es el caso, de la ley sobre conductas terroristas y de crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Por último, en las leyes de tráfico ilícito de estupefacientes y de lavado de activos se brinda una regulación particular, diversa a la del Código penal. Lo mismo acontece con la ley de seguridad interior del Estado, que de forma bastante escueta solo indica que se debe castigar a los que se asociaren en partidos políticos, movimientos o agrupaciones”.

³ AVENDAÑO, Amelia, “Análisis jurisprudencial de la agravante especial prevista en la Letra A) del artículo 19 de la Ley N° 20.000”, en Repositorio Universidad de Chile, actividad formativa equivalente a tesis, 2012. Último acceso el 15 de marzo de 2021, [disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113352>]. OVALLE, Marcelo, “La agravante de agrupación o reunión de delincuentes para el tráfico ilícito de drogas del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000”, en Repositorio Universidad de Chile, actividad formativa equivalente a tesis, 2012, [disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113055>] accedido el 10 de marzo 2021.

⁴ MARCAZZOLO, Ximena, “Análisis jurídico de las asociaciones ilícitas en la Ley N° 20.000”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 55, junio de 2013, pp. 111-143, [disponible en

plural respecto de una o varias operaciones de tráfico de drogas, pero ello no necesariamente implicará que todos quienes participaron tengan la calidad de autores del delito de organización o puedan ser considerados parte de la agrupación o reunión de delincuentes. Siguiendo en esta lógica empresarial, resulta ineludible sostener que las asociaciones que han sido investigadas son cada día más planas u horizontales, sin que sean claramente distinguibles quiénes actúan como jefes y quiénes tienen la calidad de miembros y colaboradores, presentándose desafíos en la forma en como se imputa responsabilidad hacia el lado en la organización, por ejemplo, si determinadas personas pudiesen tener la calidad de cómplices de la asociación ilícita, cómo se imputa responsabilidad hacia adentro de la organización, es decir, quiénes forman parte de la misma y, finalmente, hacia arriba en la organización, en otras palabras, cómo logro probar quiénes actuaron como jefes de la misma⁵.

En el fallo que nos hemos propuesto comentar, los ministros de la Iltma. Corte, según lo descrito en el considerando decimotercero, entienden que existen problemas en los razonamientos de la sentencia dictada por los jueces del tribunal *a quo*, ya que señalan que no se condicen con la forma como ocurrieron los hechos, aunque posteriormente señalan que sus apreciaciones aparecen justificadas y el error radicaría en la significación jurídica que le atribuyen a los mismos. A mi modo de ver, este considerando resulta bastante paradigmático y decisorio de los problemas prácticos asociados a la eventual aplicación de la agravante, ya que aun cuando se establece que existieron problemas en los razonamientos descritos en el fallo del Tribunal Oral que llevaron a cometer un error en la aplicación del derecho, se justifica la apreciación que pudieron haber tenido los jueces, en otras palabras, da la idea de que desde los hechos –dependiendo de la perspectiva o forma como se interpreta y va calibrando la norma, podría llegarse a respuestas diversas. Lo anterior, deja en evidencia

file:///Z:/ARTICULOS/comentario%20sentencia/revista_juridica_55.pdf] accedido el 10 de marzo 2021. “[L]a organización debe entenderse en un sentido moderno de distribución de funciones y responsabilidades, ya que al igual que la sociedad, las asociaciones ilícitas evolucionan y se adaptan a las nuevas estructuras, hoy más flexibles y dinámicas”.

⁵ LONDOÑO, Fernando, “El caso manos blancas: problemas de imputación en contextos de organización criminal a la luz del derecho penal chileno”, en COUSO, Jaime y WERLE Gerhard, *Intervención delictiva en contextos organizados*, Valencia: Tirant lo Blanch (2017), pp. 331-360. “Una primera constatación es obligada aquí. Cuanto más laxos sean los criterios de imputación de pertenencia, tanto menos relevante será, para la *praxis*, el problema de la responsabilidad por contribuciones de agentes externos a la asociación. En efecto, la banalización de la exigencia de pertenencia puede llevar a que toda la instancia de contribución con la organización cuente como forma de autoría en el delito de asociación”.

que no existen límites claros en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la criminalidad organizada, pudiendo constatar que al menos doctrinaria y jurisprudencialmente los conceptos resultan bastante líquidos, siendo necesario establecer una serie de cesuras según la densidad organizacional que exista y la permanencia o estabilidad de la participación conjunta. En este orden de ideas, coincidimos con lo que algunos autores describen como el desafío ontológico⁶ en materia de criminalidad organizada, en cuanto no contamos con un aparato conceptual adecuado que nos permita diferenciar de forma eficiente los diferentes planos que pueden existir en la participación de varias personas en un delito, tales como la coautoría, la agrupación y la asociación ilícita.

Ahora bien, lo paradójico del caso analizado es que tanto los jueces del tribunal *a quo* como los ministros de la Corte estaban de acuerdo en que para la aplicación de la agravante de agrupación se requiere de algo más que la simple coautoría, pero sin que esto llegue a configurar una asociación ilícita en los términos del artículo 16 de la Ley N° 20.000⁷. En efecto, al revisar ambas sentencias se advierte claramente las similitudes en cuanto a los límites inferior y superior respecto de la agravante, como también a los elementos que la componen. Entonces, la pregunta que cabe formularse es por qué se llega a un resultado distinto si los hechos son los mismos y al parecer, al menos declarativamente, se interpretan de la misma forma las distintas normas.

Según iremos analizando, podremos observar que el fallo de la Corte termina incurriendo en el mismo error que ellos enrostran al tribunal oral, ya que no explicitan claramente las razones o motivos por los cuales consideran que de los hechos establecidos no puede concluirse lo resuelto por el tribunal *a quo*, según analizaremos en el punto V.

⁶ MAÑALICH, Juan Pablo, “Organización delictiva: bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38, N° 2, pp. 279-310. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200005, accedido el 10 de marzo 2021. “Y la hipótesis global que se intentará someter a verificación es que el conjunto de los problemas más agudos que trae consigo la discusión acerca de la así llamada “criminalidad organizada” al menos en el ámbito de referencia pertinente para el discurso de la dogmática jurídico-penal, es de tipo ontológico: no contamos con el aparato conceptual adecuado para dar cuenta, satisfactoriamente, de los diferentes niveles en que el tema “criminalidad organizada” impone preguntas que vuelven necesarias respuestas diferenciadas”.

⁷ HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 3, “Al contrastar el delito de asociación ilícita con la citada agravante de organización se desprende que ésta es una forma simplificada o degradada de organización criminal donde, aunque es necesaria la permanencia en el tiempo (para diferenciarla de la ejecución conjunta del delito), se observa un nivel organizacional mucho menor que en la asociación ilícita, sin una estructura jerárquica rígida ni una ‘disciplina vigorosa’, y donde tampoco se manifieste una división de funciones”.

III. ANÁLISIS DE FORMA RESPECTO DE LA AGRAVANTE

Esta agravante se encuentra contenida en el artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000 y establece que, tratándose de los delitos de la Ley N° 20.000, se aumentará la pena en un grado “Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”. En un análisis meramente descriptivo podríamos entender que se deben cumplir a lo menos 4 elementos:

a) Que al imputado a quien le apliquen la agravante esté siendo perseguido por un delito de la ley de drogas, de aquellos descritos en el párrafo primero de la Ley N° 20.000 denominado “De los crímenes y simples delitos”. No es necesario que todos los sujetos que participaron de la agrupación o reunión estén siendo perseguidos de forma simultánea en la misma investigación. Por otro lado, consideramos que no se podría invocar la agravante si el sujeto con anterioridad ha formado parte de una agrupación o reunión que cometió delitos de la Ley N° 20.000, lo relevante para agravar la pena es que uno de los delitos que actualmente se le imputan fuera cometido de esta forma. Considero que el aumento en la penalidad se justifica en la forma como se cometen determinados delitos, que involucra la asociación u organización de personas con una proyección de permanencia⁸ y estabilidad para cometer delitos de la forma más eficiente posible, reduciendo los riesgos aparejados de la actividad criminal, maximizando las ganancias que se logren obtener⁹.

b) Que el imputado al momento de cometer el delito de la ley de drogas haya formado parte de una agrupación o reunión. Desde nuestra perspectiva, la norma diferencia dos situaciones que tienen distinta envergadura. Una agrupación, según lo descrito por la RAE, es el conjunto de personas y organismos que se asocian con algún fin. En este concepto vemos claramente que se encuentra mucho más cercano al concepto de asociación u organización en cuanto a su estabilidad o permanencia, a diferencia de lo que se entiende por una reunión de

⁸ MARCAZZOLO, ob. cit., p. 4. “La permanencia dice relación con el factor temporal o cronológico, pero no debe exigirse que esté en relación con cierta cantidad de delitos cometidos ya que el ilícito existe al margen de los que se cometan. A nuestro juicio, la permanencia o dice relación con el transcurso de un largo tiempo, aunque puede darse, sino que debe dar cuenta de la estabilidad de la organización, es decir, de un grupo que se asocia sin fecha de término y con estabilidad”.

⁹ Nótese que hablamos de proyección de permanencia, es decir, es un criterio que se analiza de forma proyectiva y no retrospectiva. El criterio no considera cuánto tiempo alcanzó a durar la asociación o agrupación, sino si existe un determinado nivel de organización que permite entender que los sujetos podían estar preparados para cometer otro delito.

personas, respecto de la cual se señala que es el “conjunto de personas reunidas”, siendo un concepto que se encuentra temporalmente limitado (no es posible entender reuniones que se mantengan en el tiempo). Si uno lo asemeja con alguna actividad lícita que quisiéramos realizar, por ejemplo, una importación de televisores, podemos advertir las diferencias entre conformar una agrupación o convocar a una reunión para conseguir este propósito, siendo bastante evidente que la primera de ellas posee una connotación de cierta permanencia o estabilidad en el tiempo, que la segunda no tiene.

c) Que la reunión o agrupación sea constituida por delincuentes. Si bien en algún momento se intentó interpretar de la misma forma que el concepto de malhechores que utilizaba el antiguo artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, es decir, personas que tuviesen antecedentes, que hubiesen delinquirido con anterioridad, en el presente caso se entendió la voz delincuente a las personas que están cometiendo un delito¹⁰, que sería alguno de los señalados en la letra a).

d) Que la agrupación o reunión, no logre constituir los elementos propios del delito de asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000. Se ha criticado que esta agravante se incorpora por la complejidad que trae aparejada la acreditación de una asociación ilícita¹¹, para la cual generalmente será necesario contar con

¹⁰ GAJARDO, Tania, “Modificaciones de la Ley N° 20.931 ‘Agenda Corta’, ¿Derogación o sustitución de la agravante de pluralidad de malhechores? Estudio de las agravantes de los artículos 456 bis N° 3 y 449 bis del Código Penal en los delitos contra la propiedad”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 28, Santiago: Thomson Reuters, 2017, pp. 3-33. Una discusión similar se ha dado en la agravante incorporada en el Código Penal respecto de los delitos de robo y hurto, “[d]e estas definiciones podemos concluir que un grupo de personas es tan solo una pluralidad de personas que forman un conjunto, con la diferencia que habla de personas y no de malhechores, lo que implicaba, demostrar alguna participación pretérita en un hecho penal de alguno de los sujetos. La organización sería una estructura intermedia entre la agrupación y la asociación ilícita, dado que deben tener una finalidad común y estar coordinados para ello, en estos casos para cometer este tipo de delitos, pero no se exige que estén presentes los elementos del delito autónomo de asociación ilícita que veremos a continuación”.

¹¹ MEDINA, Gonzalo, “El injusto del delito de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico”, en KUNSEMÜLLER, Carlos y GARRIDO, Mario (eds.), *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro Homenaje del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. pp. 481-504. Considera que su incorporación “ha sido justificada por el ente persecutor para sancionar de manera más severa a supuestos en los cuales la existencia de la organización criminal es compleja en su declaración forense”. OVALLE, ob. cit., p. 4: “[d]ada la complejidad del tipo penal de asociación ilícita descrito y sancionado en el artículo 16 de la Ley N° 20.000, desde la mirada de su difícil probanza por los elevados elementos dogmáticos que requiere, el legislador en materia de tráfico ilícito de estupefacientes incorpora en la ley citada la figura agravatoria del artículo 19 letra a) a fin de no permitir espacios de impunidad

una prueba indiciaria sólida que logre comprobar los distintos supuestos que han sido establecidos por la dogmática y la jurisprudencia.

IV. ACUERDOS (RELATIVOS) DOGMÁTICOS Y JURISPRUDENCIALES

En la actualidad, es posible advertir que en los distintos operadores del sistema procesal penal existe un consenso mayoritario en cuanto que:

a) La agravante de agrupación o reunión posee un límite superior que es la asociación ilícita, como también que su límite inferior esta dado por la coautoría.

b) La voz “delincuente” a que hace referencia se vincula con personas que se encuentren cometiendo un delito y no en el sentido que se le atribuía a la voz malhechores, según lo visto *supra* III c.

c) La agrupación de delincuentes como la asociación ilícita para traficar, requiere de cierto grado de estabilidad o permanencia en el tiempo. A mi modo de ver, no se puede exigir lo mismo respecto de la reunión de delincuentes, entendiendo que la agravante contenida en el artículo 19 letra a) presenta hipótesis diferenciadas de agrupación o reunión.

d) No es necesario perseguir en el mismo procedimiento a todos quienes han formado parte de la agrupación o asociación¹². Puede ocurrir que ni siquiera se conozcan entre los distintos miembros de la organización.

a aquellos sujetos que si bien obran en forma conjunta no llegaron a formar una asociación ilícita, castigando de esta forma el plus o mayor desvalor de conducta que implica el agruparse para cometer delitos como los indicados”.

¹² ARRIETA, Nicolás, “Breve resumen y análisis de la jurisprudencia más reciente emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema sobre la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 52, septiembre de 2012, pp. 127-136. Último acceso el 15 de marzo de 2021, [disponible en file:///C:/Users/mcontreras/Downloads/revista_juridica_52%20(1).pdf]. Respecto del rol de ingreso 2406-2012, de la Excelentísima Corte Suprema, en la cual considera que no puede entenderse que determinados sujetos formaron parte de una asociación, no obstante existe un “único sujeto que aparece realmente con el dominio integro [*sic*] de un empresa dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes pero donde el resto de los individuos no logran evidenciar –en el hecho probado– la voluntad común de pertenencia a un grupo organizado, suficiente como para calificar la causal agravante de que se trata”. Por otro lado, AVENDAÑO, ob. cit., p. 4: “[d]ebemos señalar que no es requisito para dar por establecida esta agravante que ella se aplique a todos los partícipes de la agrupación o reunión, sino, que tan sólo se requiere que concurran las condiciones de la norma respecto a cualquiera de ellos y siendo así, ella se aplica sólo a quienes tengan conciencia, conocimiento y voluntad de que forman parte de una agrupación o reunión de delincuentes que realizan actividades de tráfico y no cuando su participación es meramente circunstancial a la actividad que se pesquisa. Ello es así atento a que esta agravante no se comunica a terceros, sino que tiene un carácter individual”.

e) Se ha entendido que el artículo 19 letra a) es una norma de aplicación de pena, aun cuando se encuentra ubicada dentro párrafo 2 referido a las circunstancias agravantes¹³.

V. REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE (CONSIDERANDO XIV)

Con el objeto de conseguir un análisis en profundidad iremos separando los razonamientos expuestos:

a) En un primer lugar, se señala que de los hechos que habían sido establecidos no es posible que se haya acreditado “tres organizaciones criminales, con las estructuras, jerarquías y objetivos que infieren los jueces, pues el mérito del proceso no permite tal conclusión, máxime si se tiene en cuenta que los juzgadores del tribunal oral determinaron el liderazgo de la primera organización, en un ‘tal Mauricio’ como lo señalan literalmente, persona que no ha sido investigada, ni fue sujeto de este proceso y en consecuencia, mal puede determinarse a partir de dicho individuo, una estructura jerárquica”. Al respecto, podemos comenzar señalando que la Corte hace referencia a organizaciones criminales, en cambio, el TOP hace referencia a Organizaciones o Agrupaciones. La diferencia puede ser sutil, pero consideramos que es de suma relevancia, ya que los requisitos y elementos que componen una u otra son diferentes. En este mismo orden de ideas, resulta interesante analizar si en una misma operación de tráfico de drogas, podría existir más de una agrupación u organización. A mi modo de ver, la respuesta es afirmativa, ya que las organizaciones o agrupaciones se van acomodando a las nuevas formas de organizarse empresarialmente, en la cual vemos de forma habitual casos de subcontratación y externalización, no existiendo en estos casos el componente jerárquico entre las organizaciones o agrupaciones que interactúan, ya que la relación se produce de forma más horizontal¹⁴.

¹³ AVENDAÑO, ob. cit., p. 4, citando la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de diciembre 2006, rol N° 644-2006, “[d]esde la vigencia de la ley las Cortes de Apelaciones del país han estimado que se trata de una norma de aplicación de pena, que obedece a razones de política criminal, ya que el legislador, en uso de sus facultades y atribuciones constitucionales y por razones de interés social, ha decidido aumentar en un grado la pena asignada al delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cuando el imputado forme parte de una agrupación o reunión de delinquentes, sin que exista en este caso, como lo han pretendido algunos recurrentes, infracción constitucional, ya que el legislador actuó dentro de su reserva legal, así como tampoco existe una contravención al principio de igualdad ante la ley, puesto que este principio no se ve afectado, ya que, se aplica la misma disposición a todas las personas que se encuentren en la misma situación”.

¹⁴ LONDOÑO, ob. cit., p. 4: “[p]odría con todo discutirse si esta exigencia básica de adhesión o pertenencia es en Chile una nota caracterizadora de las figuras de organización para el

A lo anterior se debe sumar que no se realizó un análisis de posibles sujetos que fueran cooperadores externos a alguna de las organizaciones, pensándose siempre desde una perspectiva dualista (es o no es parte de alguna asociación o agrupación) lo cual genera dudas, ya que evidentemente existen diferencias entre los grupos que participan de la operación¹⁵. No obstante, consideramos que existe una serie de hechos acreditados que a lo menos dan cuenta de una agrupación conformada para traficar, como son el carácter transnacional de la operación, que se coordina un cargamento de drogas que pasa por al menos tres países, que vinculado al volumen y calidad de lo traficado, dan cuenta de un cierto conocimiento del negocio, ya que resulta muy poco factible tener la capacidad operativa para montar una operación de esta envergadura por sujetos que no conozcan el negocio. En términos generales, fenomenológicamente, la forma como opera el negocio ilícito se basa en la confianza, la cual requiere de tiempo para construirse. Como señalamos precedentemente y volvemos de forma majadera a subrayar, lo anterior no quiere decir que todos los sujetos hayan participado de alguna organización o agrupación, en estas operaciones se da el caso de sujetos que solo prestan algún grado de apoyo.

b) Por otro lado, resulta necesario aclarar que en cuanto al requisito de liderazgo que no logran ver los ministros, este está vinculado a que exista una determinada jerarquía en la organización, pudiendo ser mucho más leve la densidad organizacional de una agrupación.

c) Consideramos relevante referirnos a lo señalado por la Corte en cuanto a que no se puede construir una organización o agrupación, respecto de un sujeto que

lavado de activos y de la ley de drogas. En ambos casos la ley sanciona –como autores, habrá que decir– sólo a quienes ‘se asociaren u organizaren’ (con el objeto de llevar a cabo los delitos fin). Que la primera conducta –asociarse– supone una forma fuerte de adhesión o pertenencia parece indiscutible. La pregunta es si la segunda voz –organizarse– se quiere decir algo distinto o no. El tema no ha sido especialmente tratado en nuestro medio. Considero que la conducta de organizarse ha de entenderse como un equivalente funcional de la pertenencia, aplicable para aquellas organizaciones carentes de formas rituales o formales de adhesión, tendencialmente más horizontales. En fin, si acaso –en el marco de las figuras de organización para el lavado o la ley de drogas– a la conducta consistente en organizarse corresponde atribuir un sentido distinto (¿todavía menos exigente?) que al de la conducta de asociarse, es algo aún inexplorado jurisprudencialmente”.

¹⁵ LONDOÑO, ob. cit., p. 4: “[a]quí queda nuevamente espacio abierto para el intérprete. Pues, ¿en qué consiste cooperar en la ejecución de un delito de asociación u organización? ¿Se trata de contribuciones por no-miembros (auténtica participación externa) o se trata de simples contribuciones de menor relevancia, siempre por miembro de la organización? En el primer caso, ¿de qué tipo de contribución se trata? ¿contribuciones para con toda la organización como un todo o contribuciones para con uno o más autores (miembros) de la organización? Estas preguntas que, hasta donde alcanzo a ver, los tribunales chilenos no han enfrentado todavía”.

no aparece en el proceso. El fallo señala “tampoco resulta sustentable tener por acreditada una organización criminal, con la jerarquía y objetivos que indican los sentenciadores, a partir de un líder desconocido, y que solo fue mencionado por algunos testigos, sin que pueda inferirse que él haya dirigido la pretendida organización, pues en los hechos, tal sujeto no existe en el proceso”. A mi modo de ver, que en el proceso puedan existir elementos que permitan acreditar un liderazgo es distinto a que se tenga que estar imputando responsabilidad penal al líder en el mismo procedimiento que a los demás partícipes de la asociación o agrupación. El hecho de haber sido mencionado por algunos testigos permite entender que este existe en el proceso para acreditar el respectivo delito de organización o la agravante de agrupación. Resultaría un error exigir que el líder tiene que estar siendo juzgado para lograr acreditar la responsabilidad de sus partícipes. De ser este el caso, no se podrá imputar responsabilidad penal a miembros de un reconocido cartel de drogas, mientras no se lograra vincular y atrapar al líder de la organización criminal.

d) Otro punto relevante de analizar se refiere a la tercera organización, respecto de la cual el fallo nos señala “según los jueces habría sido constituida para efectuar el transporte de droga, liderada por el sentenciado Rivera y conformada además por los encausados Castillo y Novoa, no admite siquiera un análisis somero, pues los únicos antecedentes que al respecto existen, es que estas tres personas de manera absolutamente improvisada, a raíz de apremios económicos, sin ser dueños de ningún vehículo, incluso arrendaron uno que se averió, fueron contactadas por un tercero, y después se relacionaron con Edgar Cardona para efectuar un transporte de marihuana desde Iquique a Antofagasta, el que en definitiva resultó frustrado y por el cual ahora son condenados”. Al respecto, cabe señalar que en determinadas oportunidades se suele idealizar la forma en que debiese operar una asociación ilícita u organización criminal, entendiendo que funcionan de una forma altamente profesionalizada, sin cometer errores y con una planificación milimétrica. La verdad, de lo que se ha podido observar en los estudios de jurisprudencia que se han realizado, tanto a las asociaciones ilícitas de la ley de drogas, como las del Código Penal, lo anterior no resulta ser cierto. En la práctica las organizaciones van de a poco perfeccionándose y adaptando su trabajo según las necesidades. En el presente caso, una de las razones que se esgrime para entender que o puede existir organización, es que los sujetos ni siquiera eran dueños de un vehículo. Al respecto cabría preguntarse si resulta eficiente para quien quiera cometer un delito de tráfico de drogas el utilizar o adquirir un vehículo para determinada operación, o será más adecuado arrendar uno, reduciendo de esta forma el riesgo en el caso de ser sorprendidos. Por otro lado, el que se les haya averiado el vehículo, no implica que no estamos ante una organización. En este sentido, coincidimos plenamente con lo establecido

por los jueces de tribunal oral cuando señalaban que una organización no deja de serlo por existir desprolijidad, improvisación o torpeza en sus actuaciones. Si pensamos como opera una organización en un contexto lícito, vemos que también se cometen errores y existen improvisaciones, pero eso no deriva en que la empresa no exista.

e) Finalmente, nos referiremos a la última parte del considerando en el cual se señala que “[m]enos resulta comprobado, ni incluso atendible la conclusión de los jueces, en el sentido que esta ‘organización’ criminal para el transporte de droga, pudiera servir para trasladar droga perteneciente a otros traficantes, pues ni siquiera tenían un vehículo para efectuar dicho transporte, actuando de manera totalmente improvisada, viajando en buses algunos de ellos, sin ninguna sincronización, orden de mando o jerarquía, y resultando en definitivas los hechos que se investigan, los únicos en los cuales es posible atribuirles participación, y en grado de frustrado, por lo que la permanencia de la pretendida organización resulta totalmente desvirtuada”. Desde nuestra perspectiva como lo comentábamos anteriormente, el hecho que no posean vehículos, que viajen en buses o que actúen de forma improvisada ante determinados acontecimientos, no implica que no pudieran ofrecer y hacerse cargo del traslado de drogas de otros traficantes, conclusión a la que habían llegado los jueces con base en pruebas que se presentaron en el juicio, particularmente, respecto de interceptaciones telefónicas.

VI. CONCLUSIONES

a) Para determinar qué elementos se requiere establecer para acreditar y justificar la aplicación de la agravante de agrupación o reunión de delincuentes, debemos partir señalando que no bastará la simple concurrencia de varias personas en la realización del hecho ilícito¹⁶, caso en el cual estaremos ante una

¹⁶ FIGUEROA, Renzo y SALAS, Rubén, “La conspiración, la agravante del artículo 19 a) y la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 53, diciembre de 2012, pp. 105-130. CARNEVALI, Raúl y FUENTES, Hernán, “Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000”, en *Revista Política Criminal*, N° 6, 2008, pp. 1-10. Último acceso el 15 de marzo de 2021, [disponible en <https://biblio.dpp.cl/datafiles/2743-2.pdf>]. “En el caso *sub judice* no se reúnen dichos elementos característicos, sobre todo aquellos elevados a la categoría de esenciales. En efecto, de lo que emana de los antecedentes disponibles, a los imputados les unía tan solo una relación de amistad no conformando entre ellos una asociación u organización cuya configuración tenga la virtualidad de trascender la esfera de interacciones propias de una mera intervención plural en el hecho punible –como sucede, por ejemplo, con la coautoría–. Si bien es cierto, a cada uno de los imputados se les ha sorprendido ejerciendo diversas actividades

simple hipótesis de coautoría. A mi modo de ver, el principal elemento diferenciador de la coautoría y la agrupación o reunión de delincuentes está dada por la densidad organizacional que se logre establecer. En el plano de la coautoría –aun cuando exista distribución de funciones– no existe esta densidad, los sujetos se mueven en un plano horizontal, velando cada uno de ellos por sus propios intereses. Asimismo, se ha exigido que la conducta desplegada de forma grupal genere una mayor afectación a los bienes jurídicos que se estaría protegiendo¹⁷, aunque existen voces disidentes respecto de lo realmente protegido con el delito de asociación ilícita¹⁸.

b) Por otro lado, el límite superior está en que no se haya configurado el delito de asociación ilícita, cuyos elementos principales son: (i) organización de funciones y centro de poder, (ii) voluntad o ánimo de colaborar a su fin delictivo, (iii) relativa estabilidad en el tiempo y finalidad de cometer delitos contemplados en la Ley N° 20.000¹⁹. En este caso el elemento diferenciador de la agrupación o reunión con la asociación debiese estar dado por la permanencia y estabilidad en el tiempo, entendiendo como señalábamos que se requiere un análisis prospectivo resultando ilógico exigir para las agrupaciones y sobre todo en el caso de la reunión de personas que cumpla los mismos requisitos que resultan necesarios para configurar el delito de asociación ilícita.

c) El desafío de *lege ferenda*²⁰ es incorporar tipos penales de una forma sistemática que permita hacer frente al fenómeno de la criminalidad organizada,

encaminadas a un fin criminoso concreto, funciones que previamente habrían sido distribuidas, esto no difiere en mayor medida de lo que sucede en cualquier intervención plural, ya que esta circunstancia es precisamente la razón por la cual se decide actuar en grupo, que es un rasgo esencial y determinante de la coautoría”.

¹⁷ AVENDAÑO, ob. cit., p. 4, “La jurisprudencia también ha señalado que se debe exigir que la agrupación o reunión tenga un plus en la puesta en peligro o lesión al bien jurídico, ya que no bastaría con que exista un fin común y una permanencia en el tiempo, sino que además, se ha exigido que la acción desarrollada por ese grupo de personas produzca una mayor afectación o puesta en peligro al bien jurídico protegido, ya que así se evitaría la vulneración del principio *non bis in idem*, ya que la afectación o puesta en peligro del bien jurídico es propia de todo delito”.

¹⁸ DÍAZ, Miguel, “El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita”, en Repositorio Universidad de Chile, actividad formativa equivalente a tesis, 2015. Último acceso el 15 de marzo de 2021, [disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135127/El-bien-jur%C3%ADdico-protegido-en-el-delito-de-asociaci%C3%B3n-il%C3%ADcita.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

¹⁹ MARCAZZOLO, ob. cit., p. 4.

²⁰ ROSAS, Juan Ignacio, “Los nuevos tipos penales de asociación delictiva y asociación criminal previstos en el proyecto de nuevo Código Penal de 2014: ¿una respuesta específica a la criminalidad organizada?”, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 3, 2015, pp. 221-240. [disponible en <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Derecho-y-Ciencias->

reconociendo los matices y distintos grados de intensidad con que esta actúa. Lo anterior, permitirá que los operadores del sistema procesal penal cuenten con un aparataje conceptual más preciso, que permita definir de mejor forma los límites respecto de la participación grupal al momento de cometer un delito de tráfico de drogas.

3. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Tráfico ilícito de estupefacientes. Sentencia de nulidad. Sentenciadores del grado incurrir en infracción de ley al aplicar agravante del art. 19 de la Ley N° 20.000 a todos los sentenciados. No se ha acreditado la existencia de agrupación o reunión de delincuentes concertados para traficar con drogas.

HECHOS

Defensas de los sentenciados recurren de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que los condenó como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acogen parcialmente los recursos de nulidad interpuestos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acoge parcialmente)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta*

ROL: *754-2020, de 27 de noviembre de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Roy Martínez Preciado y otros*

Penales-11.pdf]. “Una de las novedades de los nuevos tipos penales previstos en el proyecto de nuevo Código Penal de 2014 es que aportan definiciones legales más completas y precisas. Así, en el inciso 2° del artículo 582 se establece que “es asociación delictiva toda organización de personas jerarquizada compuesta por tres o más que tiene por fin o actividad permanente la comisión de delitos...”

Tanto respecto de la asociación delictiva como de la asociación criminal se prevén tres circunstancias agravantes especiales. Según el artículo 585 del proyecto estas son: 1° que se compusieren de diez o más miembros; 2° cuando para la consecución de su fin delictivo o la realización de su actividad delictiva la asociación se valiere, además, de la comisión de uno o más delitos de cohecho, coacción mediante violencia o amenaza grave, lesión u homicidio; 3° cuando la asociación tuviere como fin o actividad la comisión de delitos que afectaren a un número indeterminado de personas, cualquiera sea su gravedad”.

MINISTROS: Sra. Myriam del Carmen Urbina P., Sr. Eric Dartó Sepúlveda C. y Sra. Jasna Pavlich Núñez

DOCTRINA

Los razonamientos vertidos por los jueces del grado en los considerandos reproducidos anteriormente, no se condicen con la forma en que ocurrieron los hechos y, si bien, sus apreciaciones aparecen justificadas, yerran los sentenciadores al atribuirles la significación jurídica que permite constituir la agravante que impusieron a todos los sentenciados. En efecto, a juicio de esta Corte, en el caso de autos estamos en presencia de un delito de tráfico de drogas con pluralidad de autores, mas no se advierte la existencia de una agrupación o reunión de delincuentes concertados para traficar con drogas, en los términos que lo exige la norma del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000. Debe considerarse al respecto, que los elementos propios de la coparticipación criminal son un concierto previo entre los partícipes, y que los mismos hayan intervenido presenciando o suministrando medios para la realización de un hecho. De otra parte, los elementos propios de la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000 son pluralidad de sujetos, la existencia de una organización y que ella tenga por finalidad cometer delitos contemplados en la ley de droga. En consecuencia, la agravante que nos ocupa no se configura con la intervención de varios sujetos activos que se han puesto de acuerdo para ejecutar los actos típicos del tráfico, pues ello constituye coautoría; así como tampoco, si dicho acuerdo se deriva de una organización más o menos permanente y jerarquizada, pues en tal caso constituye asociación ilícita; sino que la agravante es una figura intermedia entre la coautoría y la asociación ilícita, pudiendo concluirse que tiene elementos de ambas figuras. De esta manera, el hecho que constituye la agravación de responsabilidad es una forma residual de aquél otro hecho que constituye un delito diverso y especial, como lo es la asociación ilícita (considerando 13° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

No resulta comprobado, ni incluso atendible la conclusión de los jueces, en el sentido que esta “organización” criminal para el transporte de droga, pudiera servir para trasladar droga perteneciente a otros traficantes, pues ni siquiera tenían un vehículo para efectuar dicho transporte, actuando de manera totalmente improvisada, viajando en buses algunos de ellos, sin ninguna sincronización, orden de mando o jerarquía, y resultando en definitivas los hechos que se investigan, los únicos en los cuales es posible atribuirles participación, y en grado de frustrado, por lo que la permanencia de la pretendida organización resulta totalmente desvirtuada. Conforme con lo que se viene razonando, los

jueces de primera instancia al aplicar a los sentenciados la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, han efectuado una errónea aplicación de dicha norma, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la pena que se les ha impuesto se ha visto incrementada injustamente en un grado, en circunstancias que debió sancionárseles con una pena menor (considerandos 14° y 15° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/148415/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 373 del Código Procesal Penal; 1°, 3°, 4°, 16, 19 de la Ley N° 20.000.*