



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DEFENSORÍA NACIONAL
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS**

INFORME EN DERECHO

**“Algunos aspectos de la Ley 20.000”
Héctor Hernández Basualto**

N° 6/ 2007/ Noviembre

**Consulta sobre la versión oficial de este documento a:
estudios@dpp.cl**

Informe en Derecho

El Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública Nacional me ha solicitado informar en Derecho sobre los siguientes aspectos de la Ley N° 20.000:

- I. Alcances de la agravante de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16, establecida en el art. 19 letra a).

- II. Posibilidad, presupuestos y alcances del control judicial de la diligencia de entrega vigilada o controlada, prevista en el art. 23.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

I. Alcances de la agravante del art. 19 letra a) de la Ley N° 20.000

Conforme a la letra a) del art. 19 de la Ley N° 20.000¹, las penas asignadas a los delitos tipificados en el Párrafo 1° de la misma (“De los crímenes y simples delitos”) deben aumentarse 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”.

Como es obvio, la agravante consiste en un cierto actuar en grupo, cuyas características específicas, sin embargo, no han sido mayormente precisadas por la ley, como no sea en cuanto a señalar en términos negativos lo que podría denominarse su *límite superior*, en el sentido de que la agrupación o reunión en cuestión no importa la comisión del delito de asociación ilícita especialmente

¹ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los de la Ley N° 20.000.

tipificado en el art. 16 de la misma ley. La cuestión a dilucidar es, en consecuencia, cuál ha de ser el *límite inferior* del concepto de agrupación o reunión para los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante.

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. La supresión, acordada en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en su Primer Informe, se fundó simplemente en que la exigencia resultaba superflua, “toda vez que es innecesario explicitar esa razón de política criminal, bastando exigir que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización contemplado en el artículo 16 del texto que se propone”³, criterio que eventualmente se puede compartir, pero que, por cierto, no da mayores luces respecto de qué debe entenderse por agrupación o reunión en los términos de la agravante. En consecuencia, la determinación de los alcances del concepto debe correr por otros derroteros.

La respuesta aparentemente más sencilla consistiría en afirmar que la agravante se verifica sin más por la simple circunstancia de ejecutarse el delito *conjuntamente* con otras personas, esto es, que se trata de una agravante fundada exclusivamente en la pluralidad de sujetos intervinientes. Contra esta posibilidad conspiran, sin embargo, razones tan poderosas que impiden tenerla por correcta.

² Conforme al texto del art. 5º letra a) del Proyecto iniciado por Mensaje de 14 de noviembre de 1999, que se mantuvo sin modificaciones durante toda la tramitación en la Cámara de Diputados.

³ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 2 de diciembre de 2003, p. 18.

Por una parte, la fórmula empleada para definir la agravante se aparta por completo de los términos que tradicional y reconocidamente se han empleado en nuestra legislación penal para referirse a la simple pluralidad de partícipes en el hecho delictivo, lo que a todas luces sugiere un sentido diferente. En efecto, como se sabe, el concepto originalmente empleado con el propósito de abarcar la simple ejecución conjunta en nuestra ley fue el de “*cuadrilla*”, definido, a propósito de la primera regulación del robo con violencia o intimidación en las personas, en el inciso segundo del art. 433 original del Código penal (en adelante CP) como la concurrencia de “más de tres malhechores”⁴, y que se mantiene hasta el día de hoy, si bien sin definición expresa, en el N° 4 del art. 485 CP, como una de las hipótesis calificadas del delito de daños (“En cuadrilla y en despoblado”). En reemplazo del concepto de cuadrilla, al menos en lo que respecta a los delitos de hurto y robo, la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1959, introdujo la expresión “*ser dos o más los malhechores*” para formular la tercera circunstancia agravante específica prevista en el nuevo art. 456 bis CP, vigente hasta el día de hoy.

Y si bien los alcances de estos conceptos y los eventuales presupuestos adicionales de aplicación de los mismos, especialmente tratándose del último de ellos, no están exentos de un grado importante de controversia⁵, sí es al menos pacífico que la pluralidad de sujetos no requiere adicionalmente ningún rasgo siquiera mínimo de organización o permanencia. Por eso resulta muy poco plausible que el legislador de la Ley N° 20.000 se hubiera apartado de modo tan ostensible de las fórmulas conocidas y al alcance de la mano si realmente hubiera querido consagrar una agravación en base a la simple pluralidad de sujetos intervinientes⁶. Más bien al contrario, el lenguaje empleado, junto con

⁴ El art. 433 CP original consideraba calificado el robo “(c)uando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare alguna de las lesiones penadas en el N° 1 del art. 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por mas de un día” (N° 3); bajo el mismo régimen quedaba “(e)n todo caso el jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente” (N° 4). Estas calificaciones, conjuntamente con el art. 435 CP original que también se refería a la cuadrilla, fueron suprimidas mediante la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954.

⁵ Así *Mera*, Jorge: Hurto y robo, ConoSur, Santiago 1995, p. 156 y ss.

⁶ En el mismo sentido *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 614. Un eventual argumento en contra fundado en el presumible propósito legislativo de superar las discusiones interpretativas

consideraciones sistemáticas, sugieren una concepción legislativa muy diferente en cuanto al fundamento y alcances de la circunstancia agravante.

Antes de desarrollar esa idea, conviene, sin embargo, mencionar un argumento adicional para descartar que la letra a) del art. 19 constituya una agravante basada en la mera pluralidad de sujetos. El argumento lo brinda - en este caso sí - la historia de la tramitación de la Ley N° 20.000, específicamente el art. 4° del proyecto original, que preveía circunstancias atenuantes específicas (“rebajas de pena”). El precepto proyectado era del siguiente tenor:

“Art. 4°. Para los efectos de rebajar, según corresponda, en uno o dos grados la pena asignada a los delitos contemplados en los artículos primero y tercero, el juez considerará, especialmente, alguna de las circunstancias siguientes:

a) La inmediata y espontánea confesión de participación en el delito prestada al Ministerio Público, aun cuando tal confesión no importe cooperación eficaz.

b) La escasa potencialidad dañina con que obró el imputado.

c) *Si el acusado actuó solo en la perpetración del hecho delictuoso.*

La rebaja de penalidad determinada en virtud de alguna de estas circunstancias, deberá ser fundada”.

Pues bien, la consideración como circunstancia atenuante, en la letra c), del hecho de haber actuado “solo” en la perpetración del delito al mismo tiempo que se consideraba como agravante haber formado parte de una agrupación o reunión de

a que ha dado lugar la voz “malhechores” no puede, a pesar de la evidente plausibilidad de su punto de partida, resultar convincente en la medida en que, en ese caso, la solución más directa y sencilla habría sido simplemente sustituir el término por uno más neutro como “sujeto” o “interviniente” y no el desplazamiento total del eje de la discusión a través de la introducción de conceptos complejos y sin tradición interpretativa que, por añadidura, dan pie para las mismas discusiones, ahora de la mano de una voz tanto o más cargada de valoraciones como es la de “delincuentes” (critican también la elección del término *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 615). En todo caso, tal como se mantiene mayoritariamente respecto de la discusión en torno al concepto de “malhechores” en el art. 456 bis CP, se mantiene aquí que la expresión “delincuentes” en el art. 19 letra a) simplemente hace referencia a la calidad de sujetos intervinientes en el delito en cuestión, sin que sea necesario que reúnan cualidades especiales.

delincuentes, demuestra inequívocamente que para el legislador este último concepto no puede implicar la simple pluralidad de personas, pues en ese caso nunca habría sido aplicable la pena prevista en los respectivos tipos penales en cuestión: el sujeto que actuara solo recibiría la pena atenuada, en tanto que el que lo hiciera acompañado sufriría la pena agravada, *tertium non datur*. Como es obvio, en consecuencia, la agrupación o reunión de delincuentes tiene un alcance diferente que va más allá del simple actuar conjunto. Que en definitiva el proyectado art. 4º sucumbiera en la tramitación parlamentaria⁷ no modifica la conclusión, en la medida en que el tranquilo devenir del precepto que llegó a ser letra a) del art. 19 permite asumir que su alcance original se mantuvo inalterado hasta el final.

Dicho esto se puede avanzar ahora en la *determinación positiva* de los alcances del concepto de agrupación o reunión. La clave la da la propia redacción de la letra a) del art. 19, cuando se ve en la necesidad de aclarar que la agrupación o reunión de delincuentes en cuestión actúa “sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”, con lo cual pone de manifiesto la íntima relación funcional que existe entre ambas disposiciones. Pues todo indica que la introducción de la nueva circunstancia agravante obedece a la *valoración crítica* de la experiencia acumulada con la aplicación práctica del *delito de asociación ilícita* para el tráfico de drogas, contemplado en el art. 16 y que, como se sabe, tiene una tradición importante en cuanto sucesor de los artículos 8º de la Ley Nº 17.934 de 1973, 11 de la Ley Nº 18.403 de 1985 y 22 de la Ley Nº 19.366 de 1994, sin contar con el antecedente común en el art. 292 y siguientes del CP.

⁷ En la parte que aquí interesa la propuesta no superó el examen de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, en cuyo Primer Informe, de 12 de marzo de 2001, p. 32, se aprobó por unanimidad la indicación del Diputado *Orpis* en orden a suprimir las letras b) y c) “por cuanto se trata de hechos demasiado subjetivos”, debiendo tenerse presente que el propio representante del Ejecutivo se pronunció por el rechazo de todo el artículo a la luz de la aprobación de un nuevo art. 4º en materia de microtráfico (p. 31). Como sea, se puede apreciar que la supresión de la atenuante no obedece a ninguna razón que permita extraer conclusiones respecto de la agravante de la letra a) del art. 19, de modo que no afecta la validez de la interpretación sostenida en el texto.

Desde el punto de vista de la vocación invariablemente expansiva del legislador en esta materia es evidente que dicha aplicación no ha resultado satisfactoria, no obstante tratarse de una aplicación esencialmente correcta y digna de reconocimiento. Pues desde sus orígenes las diversas tipificaciones en materia de asociaciones ilícitas - a las ya mencionadas debe agregarse el art. 2º N° 5 de la Ley N° 18.314 (asociación ilícita terrorista) y el más reciente art. 28 de la Ley N° 19.913, en su nueva numeración dada por la Ley N° 20.119 (asociación ilícita para el lavado de dinero)⁸ - han sido interpretadas con especial cuidado y rigor tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, exigiéndose importantes notas de *organización jerárquica* y *permanencia*⁹, tal como, por lo demás, es la regla en el derecho comparado¹⁰.

Estas notas se derivan en primer lugar de la propia regulación de las penas en la ley, que distingue precisamente entre los distintos niveles jerárquicos de la organización¹¹. Así, ya en el CP se distingue entre los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, por una parte (art. 293), y los demás individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y

⁸ Nótese, además, que conforme al art. 25 letra d) de la Ley N° 19.913 son aplicables a los delitos de los arts. 27 y 28 las normas de la ley de drogas en materia de “juzgamiento y cumplimiento de la sentencia”. Entre otras cuestiones, esta remisión dice relación con el régimen de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En cuanto a la circunstancia de la letra a) del art. 19, evidentemente la remisión rige sólo para el delito de lavado de dinero del art. 27 y no para el de asociación ilícita para el lavado de dinero, por ser la agravante inherente al delito (art. 63 CP), en tanto que el límite superior formal de la misma debería entenderse dado no por la concurrencia del delito del art. 16 de la ley de drogas, sino que por la del delito de asociación ilícita para el lavado, del art. 28 de la Ley N° 19.913.

⁹ *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, T. IV, p. 317; *Grisolía*, Francisco: El delito de asociación ilícita, RChD Vol. 31 (2004), 75 (81 y s.); implícitamente *Guzmán Dálbora*, José Luis: Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas, en *El mismo*: Estudios y defensas penales, 2º edición, Lexis-Nexis, Santiago 2007, p. 128 y ss.; específicamente para la asociación ilícita para el tráfico de drogas *Sepúlveda*, Eduardo: El delito de asociación ilícita de la Ley N° 19.366 sobre el tráfico ilícito de drogas, Cuadernos Judiciales N° 4 (2001), 63 y s., 65; *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 598 y s. En la jurisprudencia, entre otras, sentencia de la Corte Suprema de 19 de julio de 1978, RDJ T. LXXV, 2º-4º, 561 (específicamente referida al delito especial del art. 8º de la Ley N° 17.934); sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 15 de septiembre de 1993, RDJ T. XC, 2º-4º, 228; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, GJ N° 235 (2000), 157 y ss.

¹⁰ Así, por todos, para el derecho alemán *Kindhäuser*, Urs: Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, Nomos, Baden-Baden 2002, § 129 Rdn. 5; para el derecho español *Tamarit Sumalla*, José María, en *Quintero Olivares*, Gonzalo (director): Comentarios a la parte especial del derecho penal, 2º edición, Aranzadi, Pamplona 1999, p. 1487; para el derecho italiano *Forti*, Gabrio en *Crespi*, Alberto / *Stella*, Federico / *Zuccalà*, Giuseppe (directores): Commentario breve al Codice penale, CEDAM, Padova 1992, Art. 416, p. 898 y ss.

¹¹ En el mismo sentido *Etcheberry*, T. IV, p. 317; y antes ya *Del Río*, Raimundo: Derecho penal, Nascimento, Santiago 1935, T. III, p. 248 y s.

voluntariamente le hubieren suministrado ayuda, por la otra (art. 294). Lo mismo cabe decir del art. 16 que distingue entre el que financia, ejerce el mando o dirección, o planifica el o los delitos que se proponga cometer la organización y los que simplemente colaboran con la consecución de sus fines. En términos casi idénticos lo expresa la Ley N° 19.913, en tanto que la Ley Antiterrorista se remite, con agravamiento de penas, a las ya mencionadas normas del CP (art. 3° inciso cuarto Ley N° 18.314).

De otra parte, tanto o más importante que lo anterior, se derivan del fundamento mismo de la tipificación de la asociación *en cuanto tal* como delito autónomo, y que, sea que se vea en la puesta en peligro del *orden público*¹² o del *poder y función del Estado*¹³, sólo resulta plausible tratándose de agrupaciones permanentes, organizadas, jerarquizadas y disciplinadas¹⁴. No es casual, entonces, que ya en la incorporación de la regulación básica en el CP se hiciera constar, a propósito de la supresión de la voz “partida” empleada por el Código español, que “la mente de este artículo 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 grado que determinan las reglas del libro primero. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales, para que tenga aplicación el artículo 395, es necesario además que esa partida constituya *un cuerpo organizado con sus jefes i reglas propias*”¹⁵. De ahí que la práctica jurisprudencial de nuestros días en materia de asociaciones ilícitas no represente más que la consistente reafirmación de principios y conceptos de larga tradición y que parecen esencialmente correctos.

¹² Guzmán Dálbora, Objeto jurídico, p. 114 y ss.; véase también Grisolía, RChD Vol. 31 (2004), 75 (79 y s.), quien agrega el ejercicio abusivo de la libertad de asociación.

¹³ Sepúlveda, Cuadernos Judiciales N° 4 (2001), 63 (66).

¹⁴ Lo mismo rige, sin duda, respecto de las propuestas interpretativas que justifican la punición en la relativa *pérdida de control* sobre el potencial de actividad delictiva implícita en la formación de un grupo criminal permanente. Cfr. Ziffer, Patricia: El delito de asociación ilícita, Ad-Hoc, Buenos Aires 2005, p. 65 y s.

¹⁵ Intervención del Comisionado Gandarillas, aprobada por la Comisión, Sesión 157, de 18 de junio de 1873, Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 281, énfasis agregados.

Como era de suponerse, sin embargo, dicha práctica no ha sido considerada satisfactoria desde la perspectiva de la expansión punitiva en materia de drogas¹⁶. La propia historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.000 ofrece varios testimonios al respecto. Nótese que en el proyecto del Ejecutivo, el art. 22, que luego llegaría a ser el 16 vigente, contemplaba un inciso segundo del siguiente tenor:

“Se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga”.

La propuesta, que, como se puede ver, define a la perfección el concepto doctrinario y jurisprudencial, no logró superar el Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara, donde fue suprimida sin que volviera a hablarse de ella en el resto del trámite legislativo. Las razones de la supresión fueron claras: se debió a una indicación de las Diputadas *Sciaraffia* y *Soto*, quienes la justificaban “por la dificultad que presenta la prueba de la asociación ilícita”, haciendo presente que “esta figura va más allá de la simple conspiración, en que basta con que dos o más personas se pongan de acuerdo para cometer un delito. En cambio, en este artículo, para tipificar el delito se requiere que exista una organización o asociación de personas, no bastando para ello la simple reunión”, razón por la cual, más bien, en cuanto la figura “constituye uno de los delitos más graves de la ley de drogas”, debería “simplificarse su tipificación, sobre todo respecto de la definición de asociación ilícita, puesto que parte señalando que se trata de una sociedad, dificultando la prueba”¹⁷.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, las reflexiones de un asesor de CONACE: *Lagos*, Pablo: Políticas gubernamentales contra la criminalidad organizada, en *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre (coordinadores): Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes, ConoSur, Santiago 2000, p. 37 y ss., especialmente p. 41 y ss.

¹⁷ Primer Informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, de 12 de marzo de 2001, p. 60.

Yendo más allá, en su intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Ministro Claudio *Pavez*, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, hizo presente que más que dificultades probatorias la aplicación de la figura en el ámbito del tráfico de drogas se enfrentaba a las dificultades conceptuales propias de las asociaciones ilícitas, pues “se exigen diversas circunstancias, que destruyen la posible determinación de tal actividad en relación a las drogas. Así, se habla como requisitos, para la existencia de dicha asociación, de la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, una división de funciones, permanencia en el tiempo y un objeto determinado, elementos que deben ser probados particularmente. Los que conocen las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico saben muy bien que, en muchas ocasiones, se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean a individuos ocasionales que, después de cumplida la misión particular, son dejados de lado. También es difícil determinar las jerarquías dentro de la referida organización ocasional. Pero ninguna duda cabe de que se está en presencia de una asociación ilícita que, en la práctica, no es sancionada por tal situación, sino por el resultado, cuando se ha incautado drogas. En la generalidad de los casos, tales conductas asociativas no son castigadas”, por lo que concluye manifestando “que, atendido lo anterior, sería recomendable que la propia Ley de Drogas diseñe parámetros para determinar cuando se está en presencia de una asociación ilícita para perpetrar los delitos que la ley sanciona”¹⁸.

De este modo, la insatisfacción frente a las altas exigencias del delito de asociación ilícita parece ser el telón de fondo en el que entra en escena la circunstancia agravante de la letra a) del art. 19. Si bien el legislador opta por no modificar los fundamentos ni, en consecuencia, las exigencias interpretativamente asentadas del delito, se da por satisfecho con una circunstancia agravante de los

¹⁸ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 2 de diciembre de 2003, pp. 35 y s.

delitos específicamente cometidos, que responde a la misma lógica pero sin el mismo nivel de exigencia. Desde esta perspectiva, la agrupación o reunión de delincuentes representaría, en definitiva, una *forma simplificada de asociación ilícita* o, si se quiere, debilitada o degradada, lo que permite sostener que entre una y otra figura existe una diferencia meramente *cuantitativa*, sobre la base de una estructura que en lo esencial es la misma. Todo lo cual es plenamente concordante con la primera conclusión a la que se ha arribado aquí, cual es que la simple pluralidad de sujetos no puede bastar para dar lugar a la agravante.

La cuestión a dilucidar es, entonces, de qué elementos del concepto de asociación ilícita se ha querido prescindir para los efectos de la agravante, manteniéndose presentes, sin embargo, las notas fundamentales de dicho concepto. Para los efectos del análisis, estas últimas pueden reducirse esquemáticamente a dos: *permanencia y organización*.

Si en verdad la agravante ha de trascender del sentido de una mera ejecución grupal no puede racionalmente prescindirse de la primera exigencia de *permanencia*, que resulta esencial para dicha trascendencia¹⁹. Porque la existencia de una mínima organización es inherente a cualquier planificación o ejecución delictiva conjunta, de suerte que el rasgo mínimo indispensable que otorga un *plus* de disvalor y funda una distinción plausible entre simple ejecución conjunta y una figura que se construye a partir del concepto de asociación ilícita es precisamente esa, siquiera mínima, vocación de permanencia en el tiempo. En efecto, como se desprende de la simple lectura de las hipótesis de autoría del art. 15 CP, es común a todas ellas tanto el concierto previo como la división de tareas en la ejecución delictiva, de modo que si no fuera por la permanencia de dicho concierto y esa estructura funcional más allá del delito en cuestión, simplemente no sería posible una distinción, en circunstancias que, como es obvio, la realización del art. 15 no puede *per se* constituir, además, una agravante. Y lo

¹⁹ Así también *Polítoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 614.

mismo cabe decir en cuanto a la distinción respecto de la conspiración en los términos del art. 8º CP.

Cabe destacar que por permanencia no debe entenderse sólo una dimensión temporal, sino principalmente que la agrupación está enderezada a la comisión de un número relativamente *indeterminado* de delitos. No porque la ejecución conjunta de un delito determinado pueda extenderse en el tiempo se modifica su naturaleza. Así, no porque la planificación conjunta de un robo o de un homicidio o la ejecución conjunta de un secuestro duren varios meses dejarán de ser hipótesis simples de co-delincuencia. El carácter permanente de la agrupación está dado precisamente por trascender de delitos determinados. Como se recordará, ya en las citadas Actas de la Comisión Redactora, se hacía ver que la circunstancia de tratarse de una agrupación “para cometer uno o más delitos *determinados*” se oponía al carácter de una formada “para propender a un fin ilícito, de un modo más o menos estable”²⁰, en tanto que el mismo predicamento domina sin contrapeso en nuestra literatura²¹.

Podría sembrar alguna duda al respecto la redacción de la parte final del N° 1 del art. 16. Dicha redacción no tiene concordancia en el antiguo art. 22 de la Ley N° 19.366, sino que claramente se funda en el art. 28 de la Ley N° 19.913 (asociación ilícita para el lavado de dinero), cuyo número 1 hace aplicable la pena allí señalada al que planifique “los actos que se propongan”. Pues bien, la única variación introducida en la formulación del N° 1 del art. 16 consistió en precisar

²⁰ Actas, p. 281, énfasis agregado.

²¹ *Grisolía*, RChD Vol. 31 (2004), 75 (76): “la *asociación*, como entidad criminosa, termina por separarse netamente de los singulares delitos que constituyen su propósito”; *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 598 y s.: “destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado”; implícitamente *Etcheberry*, T. IV, p. 317: “la asociación debe haber tenido por objeto la comisión de multiplicidad de delitos, y no uno solo”; y *Guzmán Dálbora*, Objeto jurídico, p. 164 y ss., quien, incluso, sugiere que la existencia de un delito de asociación ilícita para la comisión de un específico tipo de delitos, como sería precisamente el de la ley de drogas (se refiere expresamente al art. 22 de la Ley N° 19.366), impediría distinguir entre el delito de asociación y la co-autoría en los delitos particulares. Por nuestra parte, en cambio, estimamos que la distinción sigue siendo posible en la medida en que la asociación tienda a la comisión de un número de *hechos* indeterminados, aunque todos ellos realicen incluso el mismo tipo penal.

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

En consecuencia, puede sostenerse que la agravante de formar parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de asociación ilícita no puede prescindir de la necesaria *permanencia* de la agrupación o reunión que es exigida por dicha figura delictiva, en particular en cuanto implica la finalidad de cometer un número indeterminado de delitos, porque tanto respecto del tipo asociativo como de la agravante esa nota es la única que permite una distinción segura y no meramente intuitiva con las hipótesis de co-autoría.

Algo diferente rige, en cambio, para las exigencias puestas al grado de *organización* del grupo. Pues si bien, como se ha dicho, un cierto grado de organización es inherente al ejecutar conjunto, no lo es que éste se exprese en una estructura jerárquica rígida ni en una disciplina vigorosa. Mientras que estas últimas exigencias han sido consideradas indispensables para la configuración del delito de asociación ilícita, tal como lo sugiere inequívocamente la diferente respuesta penológica para quienes ejercen mando y para quienes no lo hacen, no se aprecia que deba serlo también para una agravante que se construye vía

simplificación de dicha figura delictiva. Sin que corresponda hacer aquí una valoración al respecto, puede constatarse que con esto el legislador se hace cargo de una de las mayores dificultades probatorias que debe enfrentar el tratamiento de las imputaciones por asociación ilícita, como es que, más allá de una organización permanente, ésta se estructure de un modo relativamente complejo.

Así las cosas, debe concluirse que una agrupación o reunión de delincuentes en los términos del art. 19 letra a) es una agrupación más o menos permanente de sujetos concertados para la comisión de un número indeterminado de delitos, pero que no cuenta con el grado de organización propio de una asociación ilícita, en términos de jerarquía y disciplina internas²².

II. Entrega vigilada o controlada y control judicial

Conforme al art. 23 la “técnica de investigación” de entrega vigilada o controlada no requiere autorización judicial, sino exclusivamente autorización del fiscal del Ministerio Público. No obstante, los límites exactos de esta solución legislativa en lo que respecta a la intervención judicial distan de ser claros. Porque cuando la medida se ejecute en términos que impliquen la vulneración de garantías fundamentales, todo indica que se hace necesaria la intervención de un juez, con la consiguiente necesidad de conciliar ésta con la operatividad de la medida.

Para disipar dudas respecto del presupuesto planteado, resulta conveniente destacar que la regulación legal de la entrega vigilada no importa de ningún modo una excepción al sistema general de legitimación de las afectaciones de derechos fundamentales en el ordenamiento procesal penal chileno. La prescindencia al menos inicial de autorización se explica sin dificultades dentro de las propias coordenadas de dicho sistema, por la sencilla razón de que las actividades de vigilancia no representan, en cuanto tales, una vulneración de garantías

²² A la misma conclusión arriban *Politoff / Matus / Ramírez*, PE, p. 614.

necesitada de una legitimación especial vía autorización judicial previa en los términos del art. 9º del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

La razón de ser de la regulación legal no se encuentra entonces en la necesidad de hacer excepción al sistema de garantías procesales, sino que, en rigor, en la necesidad de legitimar transitoriamente la *inactividad de los órganos estatales* que están obligados por ley a impedir la comisión de delitos y a detener a los posibles responsables en situación de flagrancia. Nótese que la omisión de tales deberes en el ámbito específico de la Ley Nº 20.000 constituye derechamente delito, con penas de hasta cinco años de privación de libertad (art. 13)²³. Sólo gracias a la especial regulación del art. 23 es que los agentes policiales pueden, liberados transitoriamente de sus deberes, limitarse a vigilar el paso de las sustancias, bienes, instrumentos o efectos a que se refiere la ley, en tanto que el Ministerio Público puede autorizarlos²⁴. Pero el ámbito de aplicación del art. 9º CPP y de las restantes disposiciones específicas en materia de intervención judicial se mantienen completamente inalteradas y rigen en plenitud.

Prueba de esto es que el art. 23 prevé de modo expreso en su art. 4º la intervención judicial precisamente cuando la diligencia trasciende del carácter de mera vigilancia y entra al terreno propio de las potestades judiciales. Así, se dispone que el Ministerio Público “podrá disponer en cualquier momento la suspensión de la entrega vigilada o controlada y *solicitar al juez de garantía que ordene la detención de los partícipes y la incautación de las sustancias y demás*

²³ “El funcionario público que, en razón de su cargo, tome conocimiento de alguno de los delitos contemplados en esta ley y omita denunciarlo al Ministerio Público, a los funcionarios de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones, o de Gendarmería en los casos de los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios, o ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales”. Sin contar con que la norma admite una interpretación adicional, como es que, tratándose específicamente de funcionarios del Ministerio Público, de las policías y de Gendarmería, su omisión, en virtud de la *posición de garante* que ostentan y del consiguiente deber de evitar la comisión del delito, pueden responder como autores por omisión impropia del respectivo tipo penal no denunciado.

²⁴ Se trata de una consideración habitual en el derecho comparado. Así, para el derecho francés *Stefani, Gaston / Levasseur, Georges / Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, 19e édition, Dalloz, Paris 2004, p. 380 con nota al pie 1; para el derecho italiano *Vigna, Piero*: Operaciones encubiertas y entregas controladas, en *Yacobucci, Guillermo* (coordinador): El crimen organizado, Ábaco, Buenos Aires 2005, p. 211.

instrumentos, si las diligencias llegaren a poner en peligro la vida o integridad de los funcionarios, agentes encubiertos o informantes que intervengan en la operación, la recolección de antecedentes importantes para la investigación o el aseguramiento de los partícipes”. Y si bien quedan a salvo las facultades generales de detención sin orden²⁵ y, en virtud del inciso segundo del art. 187 CPP, también las correspondientes a la incautación, cuyos presupuestos, por las propias características de la medida, probablemente se darán a menudo, la mención expresa de la ley confirma la aproximación inicial al punto.

Así, en consecuencia, si para la práctica de la entrega vigilada o controlada fuera necesaria la entrada no autorizada a un lugar cerrado (en el supuesto que no se verifican los requisitos de la entrada sin orden), una interceptación telefónica o cualquier otra medida intrusiva, ciertamente se requeriría la competente autorización judicial. Al respecto no rige nada distinto de lo que prescriben las reglas generales sobre necesidad de control judicial.

Una cuestión particular a resolver, respecto de la cual el art. 23 no es del todo inequívoco, es si la diligencia de entrega vigilada o controlada puede tener lugar o proseguir una vez que se ha verificado la incautación de las sustancias u objetos o la detención de personas, y, en caso afirmativo, en qué términos. Aquí se debe distinguir entre los casos de simple *incautación* y los de *detención*, con o sin incautación correlativa. Si bien lo habitual será que la incautación coincida con una detención, de todos modos debe hacerse la distinción, por cuanto se trata de una coincidencia meramente eventual. Tratándose de incautaciones por orden judicial puede ser que no se den los presupuestos de una detención (como es el caso respecto de droga u objetos en manos de un tercero manifiestamente ignorante, o en lugares cerrados sin moradores, etc.), pero también en caso de una situación de flagrancia puede suceder que la detención fracase pero los objetos queden abandonados y disponibles, caso en el cual debería proceder de todos modos la

²⁵ El inciso cuarto concluye: “Lo anterior es sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios policiales encargados de la entrega vigilada o controlada apliquen las normas sobre detención en caso de flagrancia”.

incautación en los términos del inciso segundo del art. 187 CPP, siendo a lo más discutible si debe procederse en la forma prevista en el art. 83 letra c) CPP. Hecha la distinción, a continuación se abordan ambas hipótesis por separado.

Tratándose de la simple *incautación* de sustancias u objetos no parece haber mayores obstáculos para que la diligencia se realice o simplemente continúe si ya ha comenzado. Si la incautación se ha verificado en virtud de la facultad prevista en el inciso segundo del art. 187 CPP, en la medida en que la ley no contempla un control judicial obligatorio de las incautaciones sin orden, la diligencia puede practicarse o continuarse sin más, sólo con los resguardos propios de toda incautación, en orden a hacer constar convenientemente y de un modo confiable la identidad y estado de los objetos incautados. Si la incautación ha sido la consecuencia de una autorización judicial en los términos del art. 217 CPP, tampoco se aprecian mayores limitaciones, con los mismos resguardos, para la diligencia. Nótese que la propia ley reconoce implícitamente las entregas vigiladas o controladas de especies incautadas cuando en el inciso final del art. 23 dispone que no obstará a la consumación del delito respectivo “el hecho de que en ella [*scil.* la entrega vigilada o controlada] se hayan *sustituido* las sustancias”, lo que a todas luces sólo es posible en el contexto de una incautación de las mismas.

Al mismo tiempo, esta disposición confirma que la regulación de la entrega vigilada o controlada hace excepción al menos relativa tanto a la norma general del art. 188 CPP sobre conservación de especies en poder del Ministerio Público, como a la especial del art. 41 en cuanto a la entrega de las sustancias al Servicio de Salud y a su posterior destrucción, excepción que en este último caso se impone por mandato expreso de la ley²⁶. Con todo, como se ha sugerido más arriba, estas excepciones no liberan al Ministerio Público de su deber de hacer constar convincentemente las circunstancias de la incautación y de la manipulación de los objetos. Toda eventual pérdida de confiabilidad al respecto (*in puncto* “cadena de custodia”) a consecuencia de la entrega vigilada o controlada

²⁶ La regulación del art. 41 es “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 23”.

debe ser asumida como un costo del Ministerio Público en términos de menor credibilidad de su prueba, como contrapartida de la facultad de emplear una “técnica de investigación” que, de acuerdo con su ponderación estratégica, le promete importantes resultados.

El asunto es mucho más delicado cuando se trata de la *detención* de personas. En este caso, cualesquiera que sean las circunstancias de la detención y a menos que la persona quede *absolutamente* libre de acuerdo con el inciso segundo del art. 131 CPP²⁷, procede siempre y sin excepción el obligatorio *control de detención*. Podría ocurrir que la entrega vigilada o controlada se realice o prosiga con personas distintas del detenido, como sería el caso de agentes policiales encubiertos o reveladores o de informantes, caso en el cual la detención no representaría un obstáculo. Pero sí lo es, e insalvable, cuando se pretende realizarla o proseguirla con el detenido, sin presentarlo al control de detención. En tales casos no sólo se infringen los arts. 95 y 131 CPP sino que derechamente se realizaría el tipo objetivo del delito previsto y sancionado en el art. 148 CP²⁸. Desde un punto de vista estrictamente procesal, en cuanto se trata de una diligencia de investigación practicada con inobservancia de garantías fundamentales²⁹, deberían además excluirse todos los medios de prueba que se obtengan directa o indirectamente de la misma, en virtud del inciso tercero del art. 276 CPP³⁰. Sin perjuicio de lo extraordinariamente dudoso que puede resultar en esta materia la eventual “voluntariedad” de una persona privada de libertad y cuya situación no ha sido revisada por un juez ni ha tenido oportunidad de ser aconsejado por su defensor, en todo caso el control de detención es un imperativo legal no disponible, de suerte que no puede ser obviado de ningún modo.

²⁷ Si, en cambio, la “libertad” del sujeto se condiciona a la colaboración con la investigación, en los términos que se desarrollan en el texto, sin pasar por control judicial, se trataría de una privación de libertad encubierta.

²⁸ La decisión consciente de no presentar al detenido implica que no se trata de un simple “atraso”, con lo cual se verifica el carácter arbitrario de la detención.

²⁹ Directamente las relativas a la libertad ambulatoria, art. 19 N° 7 CPR.

³⁰ Al respecto *Hernández*, Héctor: La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado, N° 2, Santiago 2002, p. 51 y ss.; *Horvitz*, María Inés / *López*, Julián: Derecho procesal penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, T. II, Santiago 2004, p. 188 y s.

La cuestión es ahora si, verificado el obligado control de detención, puede el sujeto voluntariamente prestarse para realizar o proseguir la entrega vigilada o controlada. Si es dejado en libertad o sólo sometido a medidas cautelares restrictivas de su libertad no se aprecian obstáculos para que pueda actuar como informante ejerciendo las funciones de agente encubierto o revelador, en los términos del art. 25. Pero si queda en prisión preventiva la situación es dudosa. Desde luego todo indica que en ese caso se requeriría, además, *autorización judicial*, como se desprende de la regulación de la simple comparecencia ante el fiscal en el inciso segundo del art. 193 CPP³¹, toda vez que el imputado se encuentra a disposición y bajo la responsabilidad del juez de garantía que decretó la medida cautelar. Pero ¿puede el juez dar esa autorización?

A favor de la respuesta afirmativa se puede alegar el principio general del ordenamiento procesal penal en cuanto al valor de la voluntariedad informada, aspecto este último que viene asegurado por la intervención del abogado defensor y del juez, quien, con incluso mayor celo que lo que corresponde en otras situaciones, debe comprobar que efectivamente no existe manipulación ilegítima de la voluntad del preso. Máxime si el interés de este último en colaborar, por ejemplo desde la perspectiva de la *cooperación eficaz* en los términos del art. 22, es evidente. En contra conspiran los riesgos – no ya meramente procesales, como ocurre con otras decisiones voluntarias de renuncia de derechos - a que puede verse expuesto el preso, lo que debe pesar de un modo significativo en la decisión del juez, por la especial responsabilidad que le compete en la preservación de la integridad de las personas privadas de libertad a su disposición. Los presos, como se sabe, se encuentran en una *“relación de sujeción especial”* que obliga al Estado a extremar los resguardos a su respecto.

³¹ El art. 193 CPP reza: “Durante la etapa de investigación el imputado estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando éste así lo dispusiere.

“Si el imputado se encontrare privado de libertad, el fiscal solicitará al juez autorización para que aquél sea conducido a su presencia. Si la privación de libertad obedeciere a que se hubiere decretado la prisión preventiva del imputado conforme a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes, la autorización que el juez otorgare de conformidad a este artículo, salvo que dispusiere otra cosa, será suficiente para que el fiscal ordene la comparecencia del imputado a su presencia cuantas veces fuere necesario para los fines de la investigación, en tanto se mantuviere dicha medida cautelar personal”.

Con todo, parece posible admitir el sometimiento voluntario del preso cuando, constando inequívocamente que está en conocimiento de sus derechos y de los riesgos involucrados, habiendo sido aconsejado profesionalmente por su abogado, los eventuales riesgos para su vida e integridad física se encuentran especialmente limitados, en términos más estrictos de lo que rige en general para el art. 23, aspecto que debe ser garantizado de un modo particular por el Ministerio Público.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago, noviembre de 2007.

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto