

Legal |  
Opinión | Artículo 2 de 2

# ¿Proyecto de ley sobre crimen organizado?

"...Resulta útil examinar si efectivamente se ha planteado un proyecto de modernización del delito de asociación ilícita que data de 1875 y si tal actualización —como se ha difundido en los medios— abarca realmente hipótesis de criminalidad organizada. Para tal efecto se abordará la diferencia entre el crimen organizado y la asociación ilícita, y el texto del proyecto en cuestión..."

Viernes, 22 de enero de 2021 a las 16:48



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

**Ernesto Olivares**

Con fecha 27 de diciembre de 2020, el Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de ley "que moderniza los delitos que sancionan la delincuencia organizada y establece técnicas especiales para su investigación" (Mensaje N° 495-368). Su objetivo es doble: por un lado, propone una actualización del antiguo delito de asociación ilícita de los artículos 292 y siguientes del Código Penal; por otro, propone ampliar el ámbito de aplicación de ciertas técnicas investigativas "a todos los casos de criminalidad organizada" (entrega vigilada, interceptación de comunicaciones, agentes encubiertos, reveladores e informantes).

Interesa centrar el análisis en el primer objetivo, pues el segundo importa una mera ampliación del catálogo delictivo a actuaciones o técnicas ya existentes en la legislación procesal penal. En concreto, resulta útil examinar si efectivamente se ha planteado un proyecto de modernización del delito de asociación ilícita que

data de 1875 y si tal actualización —como se ha difundido en los medios— abarca realmente hipótesis de criminalidad organizada. Para tal efecto se abordará (i) la diferencia entre el crimen organizado y la asociación ilícita, y (ii) el texto del proyecto en cuestión.

En relación con lo primero, es fundamental advertir la diferencia entre lo que se entiende por crimen o



criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita de los artículos 292 y siguientes del Código Penal. Dicha diferencia no solo está basada en un elemento histórico (sería tortuoso intentar siquiera asimilar el moderno crimen organizado a la *asociación de malhechores* del Código Penal francés de 1810 o a las *bandas, cuadrillas o asociaciones secretas* de los códigos españoles de 1822, 1848 o 1870), sino especialmente en las características y elementos que actualmente se le reconocen al crimen organizado, que lo distinguen de la mera asociación de personas que se han organizado bajo un objetivo criminal. En tal sentido, se suele exigir para la criminalidad organizada una mayor —yaún más!— densidad estructural, logística y de fines, al punto que varios autores —no sin discusión— requieren para su configuración, a modo ejemplar, el empleo de corrupción, implicación en los poderes públicos, adquisición de una reputación violenta, transnacionalidad, comisión especial de delitos graves, entre otros, todos elementos ausentes en el tipo penal de los artículos 292 y siguientes. En este contexto, se ha planteado por algunos autores que la criminalidad organizada sería más bien un concepto de “carácter criminológico” (Gonzalo Quintero Olivares) o que se trataría derechamente de un “modo de comisión de delitos” y no de un tipo penal en sentido estricto (Luis María Bunge). Incluso, en la vereda más extrema se ha sostenido que se trata una noción “hueca” (Raúl Zaffaroni) o más bien “genérica”, que puede estar referida casi a cualquier actividad criminal (Giovanni Fiandaca, Gaetano Insolera).

En consecuencia, sostener una sinonimia entre el delito de asociación ilícita y el crimen organizado, o bien, conceptualizar el primero a partir de los elementos del segundo (como lo hizo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 66865-1.999) no resulta correcto. Desde luego, tal proceder, en la práctica, desembocaría en estimar casi siempre como no configurado el tipo penal de asociación ilícita, por carecer el hecho organizativo concreto de la multiplicidad y rigurosidad de elementos que se exigen para una verdadera organización criminal (que es justamente el resultado al que arribó la sentencia antes referida, absolviendo a los condenados por asociación ilícita para el tráfico de drogas).

Precisamente, por las diferencias antes anotadas, las legislaciones que realmente han querido regular el fenómeno de la criminalidad organizada han incorporado tipos penales expresos y separados del delito de asociación ilícita. Ejemplos habituales los encontramos en el Código Penal italiano, cuyo artículo 416 tipifica la “asociación criminal”, para luego dar paso a la “asociación mafiosa” del artículo 416 bis, o en el Código Penal español, que tipifica las asociaciones ilícitas en el artículo 515 y, más adelante, en los artículos 570 bis y siguientes, regula las organizaciones criminales, y en los artículos 571 y siguientes, las organizaciones y grupos terroristas.

En relación con lo segundo, esto es, la pretendida modernización del delito de asociación ilícita de 1875, lo cierto es que el proyecto del Ejecutivo no plantea algo particularmente novedoso. Antes bien, intenta conceptualizar y precisar elementos que ya están contenidos en la antigua tipificación.

Así, en primer lugar, se busca modificar el título del párrafo respectivo, que “De las asociaciones ilícitas” pasa a llamarse “Asociaciones delictivas y criminales”, tautología que se explicaría por la distinción conceptual que plantea el proyecto, según persiga la asociación la comisión de simples delitos o crímenes, respectivamente. En todo caso, la misma distinción establece actualmente el artículo 293 del Código Penal, sin emplear el *nomen iuris* del proyecto.

En segundo lugar —mediante una fórmula no más eficiente que la actual redacción del artículo 292 del Código Penal ni más ilustrativa que lo consignado en la sesión 157 de la Comisión Redactora—, se plantea en el proyecto que para apreciar “la existencia de una organización se considerará la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios y su capacidad de planificación y acción sostenida en el tiempo”. El problema es que, conforme a esta nueva redacción, subsiste la interrogante sobre el número mínimo de miembros (resuelto por la Corte Suprema en un mínimo de dos, por ejemplo, en las sentencias rol 5.576-2007, 7.712-2008, 2.596-2009, 2.747-2009, 37.965-2015, 32.695-2018; pero controvertido, entre otros, por Juan Pablo Mañalich, quien aboga por un mínimo de tres miembros); asimismo, al plantearse que para la calificación de la organización se deben “considerar” los recursos y la capacidad de planificación, se mantiene vigente toda la problemática práctica asociada a la densidad estructural mínima del consorcio criminal, cuestión que, por cierto, ya venía mejor explicitada en la historia legislativa de 1875 y, actualmente, en diversas sentencias de la Corte Suprema, rol 1.183-2002, 5.576-2007, 5.899-2008, 7.712-2008, 2.747-2009, 14.312-2016.

En tercer lugar, en lo relativo a la sanción de la intervención criminal, el proyecto elimina la referencia a las jefaturas, dejando como figura base a quienes “tomen parte” en la asociación, junto a sus fundadores o financistas. Luego, subsiste la indeterminación material —sin distinción de grados— de esta particular forma de intervención, la cual no solo data del año 1875, sino que ya está contenida en el actual artículo 294 del Código Penal, con un tratamiento atenuado.

En cuarto lugar, sobre la relación entre el injusto sistémico y los delitos fines se mantiene en los mismos términos el artículo 294 bis del Código Penal (cuyo origen es la llamada “ley antiterrorista” del DL 2679 de 1974), cuestión que si bien, en criterio del proyecto, permitiría la “exclusión del concurso”, parece no considerar los problemas actuales que genera su aplicación, a los que se adicionan la opinión de algunos autores que plantean alternativas diversas a un concurso real (Juan Pablo Mañalich o Gonzalo Medina) y algunos fallos aislados dictados al efecto (como la sentencia de la Corte Suprema rol 3465-2005).

En quinto lugar, en materia de delación, se propone una supuesta “regla de incentivo”, muy similar al actual artículo 295 del Código Penal, pero que incorpora también la posibilidad de que opere la regla una vez cometidos los delitos del programa criminal. Al respecto, dada su compleja operatividad y requisitos (revelar la existencia de la asociación y sus planes o la identidad de sus miembros), pervive la crítica que hiciera hace casi un siglo Raimundo del Río, calificando esta forma de delación como una “vil institución”.

Es de esperar que, en caso de prosperar esta iniciativa, se subsanen en el Congreso los defectos de tipificación de que adolece el proyecto, delimitando concretamente los contornos del delito y sus formas de intervención. De paso, se podría tomar seria y realmente la decisión de regular el crimen organizado.

*\* Ernesto Olivares Rodríguez es socio del estudio Olivares, Cisternas, Abogados y Compañía.*

