

Comisión de Anteproyecto de Código penal 2013

Propuesta de redacción
Delitos de asociación ilícita

Raúl Carnevali R.

I. Articulado

Título

Delitos contra el orden y seguridad pública

Artículo A. *Asociación ilícita.* Toda asociación que tenga por objeto la perpetración de delitos, como así también, aquella que después de su conformación se destina a su comisión, se considera ilícita, importando un delito.

Para estos efectos, se entiende por asociación ilícita toda organización compuesta por tres o más personas, que con carácter estable en el tiempo y actuando concertadamente tenga como fin la comisión de delitos, ya sea para obtener beneficios económicos o de otro orden.

Artículo B. *Participación en la asociación ilícita.* Por el solo hecho de formar parte en la asociación ilícita, se impondrá la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Quienes financien, coordinen, promueven o dirigen la asociación ilícita serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

En aquellos casos en que la asociación ilícita tenga un número superior a diez miembros, las penas señaladas anteriormente se impondrán en su grado máximo.

Artículo C. *Medios empleados por la asociación ilícita.* Las penas indicadas en el artículo anterior se elevarán en un grado, cuando la asociación emplea para lograr sus objetivos:

1. Medios violentos o recurra a la intimidación.
2. Armas, instrumentos peligrosos o que por sus características facilitan la ejecución de los delitos o la impunidad de quienes intervienen.

Artículo D. *Exención y atenuación de la pena.* Las penas señaladas en los artículos anteriores no se impondrán respecto de quienes antes de ejecutarse alguno de los delitos que son objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, revelen a la autoridad la existencia de dicha asociación, sus miembros, planes y propósitos.

En caso que alguno de estos delitos ya se hubiesen ejecutado, dicha revelación será circunstancia atenuante de responsabilidad penal, siempre que constituya una cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad. En estos casos, el tribunal podrá reducirla pena hasta en dos grados.

Para estos efectos, se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

Artículo E. *Persona Jurídica.* En aquellos casos en que la asociación u organización se haya conformado a través de una persona jurídica, se impondrá además, de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

II. Fundamentación general

El delito de asociación ilícita se encuentra tratado en los artículos 292 y siguientes del Código penal, dentro del título VI que comprende los delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares. Así también, dentro del mismo código como en leyes especiales es posible hallar otras disposiciones que se refieren al delito de asociación ilícita. En efecto, en la Ley de Seguridad interior del Estado —artículo 1º f)—; Ley sobre conductas terroristas —artículo 2 N° 5—; Ley sobre tráfico ilícito de estupefacientes —artículo 16—; Ley que sanciona el lavado de activos —artículo 28—; asociación para la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes—artículo 411 *quinquies*—, y Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra —artículo 15—. También, debe citarse el artículo 369 *ter* del Código penal, que alude a organizaciones delictivas que comenten delitos vinculados a la corrupción de menores.

Respecto de estas últimas figuras, su regulación es bastante particular y algo dispersa. En algunos casos, sólo 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 sólo 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 ofrece 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 sólo señala que se debe castigar a los que se asocien en partidos políticos, movimientos o agrupaciones.

En todas estas disposiciones, en general, sólo se alude a los que se asocien u organizaren sin establecer una regulación particular que permita comprender qué se entiende por asociación, como sí sucede, por ejemplo, en la regulación italiana y española.

En la Convención de Palermo relativa a la delincuencia organizada transnacional, se la define —artículo 2— como: “*grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”. También es la que se puede encontrar en algunas legislaciones europeas que tienen como fundamento la Decisión Marco 2008/841/JAI de la Unión Europea, que establece una regulación muy similar a la de Palermo.

Precisamente, lo que se propone en el artículo A sigue, en líneas generales, la citada definición.

Al respecto, debe tenerse presente que en estas definiciones se ponen de manifiesto los elementos que son estimados esenciales para toda asociación de carácter criminal, a saber, pluralidad de personas, organización, jerarquía, estabilidad temporal, entre otros. Empero, también puede estimarse que junto con la asociación se presentaría *una especie de modalidad específica de asociación ilícita*, como es la organización criminal —una suerte de relación de género a especie— que si bien comparte presupuestos similares a los indicados precedentemente, exigiría además, la concurrencia de determinadas actividades que formarían parte de un programa delictivo que denota una especial peligrosidad. Así también, que la estructura jerárquica, la división de actividades, la distribución de las funciones se dirigen a alcanzar determinados fines ilícitos, que tienen, fundamentalmente, un carácter lucrativo. En todo caso, esto último no impide que se pueda estar presente ante

supuestos de criminalidad organizada dirigidos a satisfacer fines distintos a los económicos, como acontece con el terrorismo: grupos que se estructuran sobre la base de fines ideológicos, políticos o incluso religiosos. Sin embargo, la mayor incidencia en la vida política y económica de los Estados tiene lugar con la criminalidad organizada que persigue fines lucrativos. Es por ello, que se da especial hincapié a esta última consideración, sin que por ello se dejen de apreciar otros fines.

El Anteproyecto de Código penal de 2005 trata el delito de asociación ilícita en los artículos 374 y siguientes. Así también, el artículo 392 N° 5 para los delitos de terrorismo. Pues bien, las disposiciones citadas ofrecen una regulación más simple que la actual del Código, ya que sólo exige que se destine a la comisión de delitos, sin hacer referencia a atentados al orden social, buenas costumbres, personas o propiedades. Por otra parte, se agrega a los financistas dentro de los sujetos que reciben un tratamiento más riguroso, equivalente a quienes están en el mando. En cuanto a la eximente, se dispone en los mismos términos que el actual artículo 295, pero sí incorpora una atenuación en caso de que los delitos ya se hubieren ejecutado y se preste una cooperación eficaz, definiéndose ésta. Por último, se establece el delito de omisión de información y la correspondiente eximente, en términos equivalentes a los del artículo 295 *bis*.

En el caso español, sí se observa un tratamiento particularmente llamativo, diríase más bien, excesivamente riguroso y, sobre todo, engorroso. En efecto, existen dos normas fundamentales que se refieren a la figura en comentario: el artículo 515 que hace referencia al delito de asociación ilícita, dentro del capítulo sobre los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y el artículo 570 *bis* referido al delito de organización criminal —incorporado en la reforma de noviembre de 2010—, comprendido en el título de los delitos contra el orden público. Esta última figura tiene su explicación en la necesidad de adecuarse a las normas internacionales y europeas ya citadas. A dichas disposiciones generales, deben agregarse aquellos preceptos que sancionan asociaciones para cometer delitos en particular. Sólo por citar a modo de ejemplo: artículo 177 *bis* sobre trata de personas; 183, abusos sexuales; 187 y 189, corrupción y prostitución de menores; 264.3, daños informáticos; 305 *bis* 1., defraudación a la Hacienda pública; 309, tráfico de drogas, y 572, terrorismo.

Por cierto, llama la atención la técnica legislativa española, pues se producen evidentes problemas de solapamiento normativo, ya que todos estos casos en particular, pueden comprenderse en el delito asociación ilícita o, en su caso, en el de organización criminal. No parece pues, necesario ir creando tipo *ad hoc* para castigar la pertenencia a la organización. Por otro lado, no puede dejarse de lado el problema interpretativo entre los tipos penales de los artículos 515 y 570 *bis*, ya que atendiendo lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código penal —principio de alternatividad en un concurso de leyes— tornaría inaplicable la primera de ellas.

En lo que respecta a la legislación alemana, el tratamiento que ofrece para estos delitos de organización resulta bastante más acotada que la española que exhibe un exagerado catálogo de delitos. El Código penal de 1871/1975 incorpora dentro del título de los delitos contra el orden público, la figura de conformación de asociaciones criminales —§ 129—. Se configura el delito en la medida que la asociación tenga por objeto o esté orientada a la comisión de hechos punibles, comprendiéndose a quienes formen parte como miembro, hagan propaganda o la apoyen. Asimismo, se sanciona más gravemente a los que dirigen la asociación. Se prescinde de la pena en aquellos casos en que el tribunal valore que la responsabilidad del partícipe sea menor y su colaboración no tiene mayor relevancia. Cabe destacar, que también se dispone de una eximente o una atenuante, cuando se observe que

el autor ha procurado impedir la continuación de la organización o la comisión de los delitos, o revela a la autoridad los planes de la asociación.

Por su parte, el Código penal tudesco dispone en el § 129a el delito de organización terrorista y en el § 127 la figura de conformación de grupos armados. Esta última no supone que se está frente a una estructura organizada, propia de una asociación.

Empero, como consecuencia de las normativas europeas los Estados de dicho continente han ido modificando sus regulaciones, ya sea incorporado nuevas figuras o modificado las existentes. *Supra* se expuso lo sucedido en España. En el caso alemán, tratándose de § 129 se incorporó en 2005 un párrafo en que se precisa un aumento de las penas cuando el objetivo de la organización son determinados delitos —indicados en el § 100 c 2. del Código procesal penal—. Entre las figuras indicadas están: la puesta en peligro del Estado democrático de Derecho; falsificación de dinero; delitos contra la libertad sexual; producción, distribución de material pornográfico infantil, y delitos contra la libertad personal, comprendiendo la trata de personas.

Por último, se puede citar el delito de organizaciones criminales y terroristas en el extranjero, incorporado al Código penal en 2002. Apunta fundamentalmente a establecer reglas de persecución, sobre todo a la autorización del Ministerio de Justicia.

El caso italiano es particularmente interesante, pues junto con el delito de asociación para delinquir dispuesto en el artículo 416 del Código penal, contempla el delito de asociación de tipo mafioso en el artículo 416 *bis* —incorporado en 1982—. Ambos establecidos dentro del título de los delitos contra el orden público. Es claro que esta última disposición obedece a las particularidades propias de la sociedad italiana, pero se destaca por ser una de las primeras normas relativas a un tipo de organización criminal especialmente peligrosa, como es la mafia. Ahora bien, es cierto que existen componentes culturales que inciden en el desarrollo de estos grupos organizados, como son el sentido de pertenencia a una determinada organización. Al respecto, basta tener en cuenta que el propio Código Penal italiano, en su artículo 416 *bis*, se refiere a la *omertá*, como una particularidad muy propia de las sociedades mafiosas, que consiste en un suerte de solidaridad, interna y externa. Lo indicado precedentemente, también pone en evidencia que no es posible generalizar determinadas propuestas legislativas traspasándolas, así sin más, a otras realidades nacionales. Lo dispuesto en la citada norma italiana expresa una manifestación muy propia de las asociaciones criminales de dicha nación, que no necesariamente se reflejan en otras culturas, como lo es hablar del *método mafioso* expresado en el artículo 416 *bis*.

Por otro lado, el tipo penal en comento resulta especialmente complejo en su descripción, dificultando la persecución, pues recurre a excesivos elementos típicos. En palabras de Moccia, más parece una explicación sociológica del fenómeno mafioso que un tipo penal.

El artículo 416 que trata la figura genérica precisa que la asociación la conforman tres o más personas y que tienen por objeto la comisión de delitos. Se distingue, a efectos de la sanción, entre quienes participan en la organización y los que la promueven y la dirigen. Asimismo, la pena se aumenta si se emplean armas o si la asociación la integran diez o más personas.

En el Código penal también se encuentran tipificadas, entre otras, las asociaciones subversivas —art. 270— y antinacionales —art. 271—, la constitución de asociaciones de carácter internacional sin autorización gubernativa —art. 273—, la asociación con propósito

terrorista y de subversión del orden democrático –art. 270 *bis*–. Sin perjuicio de las anteriores, también es posible encontrar disposiciones en leyes especiales, como es el caso de la asociación militar con fines políticos –artículo 1 del decreto legislativo n. 43 de 1948– y las asociaciones dedicadas al tráfico de drogas y sustancias psicotrópicas –artículo 74 del decreto del Presidente de la República n. 309, de 9 de octubre de 1990–.

En el Código penal austríaco, dentro de los delitos contra el Estado, se disponen en el § 278 la formación de organizaciones entre tres o más personas para la comisión de, entre otros delitos, asesinato o actos de violencia contra la integridad física y contra la vida, secuestro, trata de esclavos, o de tráfico de personas. En el § 278a castiga el delito de organización criminal, aludiendo a la fundación o participación como miembro en una asociación similar a la empresa con gran número de personas, señalando los delitos que son objeto de la organización. Así, delitos contra la vida, la salud, la libertad o el patrimonio, delitos de corrupción o contra la Administración de Justicia, dirigidos a obtener una importante influencia en la política o en la economía. Esta figura se asemeja al artículo 416 *bis* italiano. Por último, el § 278b se refiere a la organización terrorista.

El Código penal suizo sanciona en el artículo 260 *ter* el delito de organización criminal –en el título de los delitos contra la tranquilidad pública–, disponiendo que tanto la integración como el apoyo a una organización criminal que mantenga en secreto su estructura y la identidad de sus miembros y que tenga el propósito de cometer delitos violentos o de enriquecerse utilizando medios delictivos. Por su parte, el artículo 275 *ter* tipifica el delito de asociación ilícita, dentro del título de los delitos contra el Estado y la defensa nacional. Por ello se castiga a quien funda, participa o promueve la fundación de una asociación que se propone realizar conductas punibles como delitos contra el Estado, espionaje político, militar y económico, y contra el orden constitucional.

El Código penal francés se hace cargo de la materia examinada en el libro IV sobre delitos contra la Nación, el Estado y la paz pública, concretamente en los artículos 450-1 y siguientes tipificando el delito de participación en una asociación de malhechores. Se dispone las sanciones atendiendo la pena dispuesta para los delitos que son objeto de la organización.

Conforme a lo expuesto, el articulado que se propone para la asociación ilícita se funda en una figura básica, definiéndose qué se entiende por tal. Luego se establecen ciertas circunstancias que pondrían de manifiesto una mayor peligrosidad de la organización; es decir, se disponen de ciertos elementos que permitan apreciar que se está frente a una estructura idónea para la consecución de ciertos objetivos comprendidos dentro de un plan criminal. Esto último, a fin de poder abarcar los supuestos que son propios de la llamada criminalidad organizada a que hace referencia la Convención de Palermo.

Ahora bien, dicha Convención se refiere a organizaciones que se dirigen a la comisión de delitos graves. Si bien, allí se indica que son tales delitos los que tienen una pena privativa de libertad de al menos cuatro años, me parece que la determinación de qué delitos pueden así calificarse, debe quedar entregado a la parte especial. Es decir, que el legislador resuelva, en cada caso, qué tipos penales se pueden cometer por una organización criminal, recibiendo un tratamiento penal más gravoso.

Conforme a lo anterior, estimo que deben considerarse de manera particular los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, terrorismo, trata de personas, tráfico ilícito de personas, lavado de dinero y tráfico de armas. Precisamente, son delitos en los que el crimen organizado tiene una particular incidencia.

En definitiva, se regula una única figura, contemplando supuestos agravados. Luego, en determinados casos particulares se dispone una sanción en el supuesto de estar presente una organización criminal. Sin embargo, dicha sanción no es autónoma, sino que se determina sobre la base de lo dispuesto en la figura básica, pudiendo en su caso agravarse. Por ejemplo, lo que sucede hoy con la asociación terrorista.

El sistema expuesto permite evitar los solapamientos normativos que tienen lugar en España, con las consiguientes dificultades interpretativas que se manifiestan.

III. Fundamentación particular

Título: Como primera consideración, se ha mantenido la denominación *Asociación ilícita* por entender que ha sido la tradicional en nuestro ordenamiento. Sin embargo, puede pensarse, a fin de expresar de mejor forma lo que se pretende castigar, en *Asociación para delinquir*, como en el caso italiano, u *organización criminal* o *asociación criminal*, como acontece en otras legislaciones.

En relación al título, el delito en cuestión se ha comprendido dentro de los que cuestionan el orden público. Es cierto que se presentan, esencialmente, dos grandes posiciones dirigidas a determinar el objeto de protección en estos delitos asociativos. Una primera postura se centra, particularmente, en la presencia de un bien jurídico de carácter colectivo. La segunda, en la llamada teoría de la anticipación respecto a la protección de aquellos bienes jurídicos comprendidos en la esfera de actuación de la organización.

Sin perjuicio de lo anterior, y lo discutible que pueda resultar, he preferido mantenerlo en la esfera del orden público, más bien por razones históricas —tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado— y por creer que es donde mejor se expresa desde una perspectiva sistemática.

Artículo A: A fin de evitar problemas interpretativos se define qué debe entenderse por asociación ilícita. Para el efecto, se ha seguido, tanto lo dispuesto en la Convención de Palermo como en la legislación italiana, española y austríaca.

Se indica que deben conformarla tres o más personas, tener un carácter estable y que se observe una concertación que permita apreciar un cierto orden, jerarquía y planificación. Además, que se dirijan a la comisión de delitos, con el fin de obtener beneficios económicos o de otro orden.

Se exigen tres o más personas, pues de este modo se aprecia de mejor forma una organización, donde la voluntad común es la que prima, pudiendo de este modo reducirse la libertad decisoria individual. Por otro lado, se dispone como fin el de orden lucrativo, por ser el que se manifiesta más nítidamente en las organizaciones criminales. Empero, ello no impide comprender otros fines, pues a través de la expresión *o de otro orden* se abarcan supuestos diversos a los lucrativos. Así por ejemplo, un propósito terrorista, político o religioso, los que luego son tratados en cada caso particular.

Cuando se afirma en el primer inciso, que también se consideran ilícitas aquellas organizaciones que *después de su conformación se destinan a la comisión de delitos*, se apunta a los casos en que la asociación se ha estructurado para fines lícitos, pero a través de ella se cometen delitos. Por ejemplo, empresas de importación que sirven para el tráfico de drogas. También lo dispone el artículo 515 del Código español.

Artículo B: Como sucede no sólo en nuestro Código, sino también en los examinados, se debe distinguir, a fin de fijar la sanción, el papel que desempeña cada uno de los integrantes de la asociación.

Probablemente, lo novedoso se encuentra en el inciso final cuando se alude al número de los miembros. En este punto se ha seguido la ley italiana y la española, que atienden a la mayor peligrosidad que supone una organización compuesta por un número importantes

de personas. Se ha preferido, por razones de seguridad jurídica, señalar expresamente la cantidad y no recurrir a la expresión “elevado número” como lo hace la española.

Artículo C: Se pretende a través de esta norma indicar aquellos medios que expresen la mayor peligrosidad de una organización. De algún modo, se quiere dar cuenta de lo que conforma una organización criminal, en términos similares al artículo 570 *bis* español o al 416 *bis* italiano. Es decir, disponer de normas que se hagan cargo de organizaciones que tienen una especial capacidad para cometer delitos de mayor gravedad o que recurren a medios propios de asociaciones de tipo mafioso.

En este sentido, debe entenderse que estos medios son consustanciales a la organización, esto es, forman parte del programa criminal, de manera que pueda hacerse un juicio colectivo o global del proceder de la organización. Por tanto, acciones aisladas que no encuentran un apoyo del grupo o no se hallan en las bases mismas de la asociación, no dan lugar a la agravación.

Artículo D: No hay mayor novedad, pues la eximente se encuentra en el actual artículo 295 del Código penal. Asimismo, y junto con la atenuante, se dispone en el código alemán, austríaco, suizo y francés, sólo por citar algunos.

Es una herramienta de indudable eficacia para enfrentar figuras como las examinadas, más aún si se trata de organizaciones con una especial peligrosidad.

Artículo E: También contemplada en el artículo 294 *bis* del Código chileno, así como en el artículo 28 de la Ley que crea la Unidad de análisis financiero. El propósito es dejar claro lo que acontece en aquellos casos en que se comete delitos a través de empresas conformadas legalmente (se hace referencia en el inciso primero del artículo A).