

Análisis dogmático y político criminal de la conspiración en la Ley N° 20.000

[Dogmatic analysis and criminal policy of the conspiracy in the Law
N° 20.000]

HÉCTOR RIQUELME JAIME*

RESUMEN

Esta investigación tiene por objetivo analizar el artículo 17 de la Ley N° 20.000 desde dos perspectivas, con el fin de determinar el o los fundamentos del castigo de la conspiración en dicha ley y si dichos motivos son o no plausibles de acuerdo al autor.

PALABRAS CLAVE

Actos preparatorios del delito-
conspiración- Ley N° 20.000- política
criminal.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to analyze article 17 of Law N° 20.000 from two perspectives, in order to determine the basis or grounds for the punishment of the conspiracy in said law and whether said reasons are plausible or not according to the author.

KEYWORDS

Preparatory acts of the crime- criminal
conspiracy- Law N° 20.000- criminal
policy.

* Egresado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

La conspiración al igual que la proposición forman parte de los llamados actos preparatorios del delito estudiados a partir del examen del iter criminis o camino del delito, constituyendo la regla general que estos actos no se sancionen salvo en aquellos casos en que la ley los pena especialmente. El Código Penal chileno de 1875 (en adelante CPCh.) se refiere a la conspiración en el artículo 8° estableciendo: *“La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley los pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito. La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas. Excime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”*. La excepción en que el CPCh. castiga estos actos preparatorios es respecto de delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado. Luego de la dictación del CPCh., el legislador ha adoptado la decisión de castigar la conspiración en otros supuestos, es por ello que nuestro objeto de estudio es el artículo 17 de la Ley N° 20.000 que establece: *“La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionado con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado”*.

En primer lugar, realizaremos un análisis general de la conspiración criminal para poder explicar y criticar esta figura, recurriendo a lo que en doctrina se ha denominado “anticipación de la tutela penal”. Si bien es una materia que casi no ha sido estudiada por la doctrina nacional, recurriremos a autores españoles y alemanes para dar cuenta que esta situación también ha tenido lugar en el ordenamiento jurídico penal chileno y, por tanto, que la conspiración es una manifestación de la anticipación de la tutela penal. Asimismo, examinaremos el iter criminis o camino del delito, para luego investigar en detalle la figura de la conspiración y en particular la conspiración en la Ley N° 20.000. Finalmente, en la primera parte de esta investigación, analizaremos la figura mencionada a través de los principios del derecho penal que actúan como un límite del poder punitivo con el objetivo de determinar si esta figura se ajusta o no a dichos principios y si existe algún fundamento o no para sancionar este acto preparatorio.

En segundo lugar, nos basaremos en lo expuesto por el profesor Silva Sánchez, puntualmente su tesis sobre la expansión del derecho penal. El derecho penal liberal cuyo origen se sitúa a fines del siglo XVIII, tanto en sus principios inspiradores (legalidad, proporcionalidad, lesividad, etc.) como la preferencia por la tipificación de delitos contra bienes jurídicos individuales (la vida, la propiedad, la libertad, etc.). El derecho penal clásico no dice relación con el derecho penal actual, lo que se explica por la creación de nuevos delitos, la protección penal de bienes jurídicos supraindividuales, la criminalidad organizada (tráfico de drogas, de armas y lavado de activos), entre otras materias. Tal como señala Silva Sánchez, desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como “sociedad del riesgo” o “sociedad de los riesgos”. Esto conlleva un cambio radical en el derecho penal al sancionar conductas que antes no tenían castigo alguno, como el tráfico de



drogas, el terrorismo, los delitos informáticos, los delitos medioambientales, etc. Tal circunstancia implica evidentemente una expansión del *ius puniendi*, que no es un problema en la medida en que el legislador penal proteja exclusivamente bienes jurídicos, respete los principios del derecho penal, las garantías de los imputados, etc. Sin embargo, en las nuevas legislaciones penales esto tiende a no ocurrir.

Igualmente, el castigo de la conspiración en la Ley N° 20.000 se tratará de explicar a través de la teoría del derecho penal del enemigo de Jakobs. Durante un Congreso de profesores de derecho penal celebrado en Fráncfort en 1985, Jakobs se refiere por primera vez al término “derecho penal del enemigo”. En términos simples se debe distinguir entre el derecho penal de ciudadano y el derecho penal del enemigo, según su autor el primero se caracteriza por mantener la vigencia de la norma, mientras el segundo (incluyendo las medidas de seguridad) combate peligros y ese peligro proviene de quien se constituye como enemigo ¿Y quién es el enemigo? Jakobs citando a distintos filósofos del siglo XVI y XVII trata de construir la idea de quién sería el enemigo, sosteniendo una postura a favor de esta tesis, entendiendo que se debe castigar al enemigo por ser “peligroso”. Sin embargo, esta teoría no ha estado exenta de críticas, de las cuales nos haremos cargo con el fin de dar cuenta de su aplicación a la conspiración en la Ley N° 20.000.

Además, examinaremos brevemente lo que se ha denominado como “derecho penal mínimo” desarrollado principalmente por Ferrajoli, quien desarrolla una postura radical al entender que los bienes jurídicos debiesen ser sólo aquellos cuya lesión se concreta en perjuicio de otras personas de carne y hueso, si bien no compartimos esa concepción, si la crítica que existe detrás y es posible utilizar este concepto en contraposición a un “derecho penal máximo”. De todos modos, entendemos que un derecho penal moderno, más allá de su denominación no puede aceptar el castigo de la conspiración en los delitos de tráfico drogas y en general en todo el derecho penal.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA CONSPIRACIÓN EN LA LEY N° 20.000

1. Anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito

a) Consideraciones acerca de la anticipación de la tutela penal

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia en la Ilustración, significativamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del derecho penal, que no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el derecho penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso Programa de la Universidad de

Marburgo de 1882¹. El derecho penal liberal o también llamado clásico se caracterizó por: i) solo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad resguardada por el contrato social y sin bien jurídico no hay injusto penal; ii) Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutos, precisos e impenetrables. Esto explica el principio de la legalidad, de taxatividad y la prohibición de la analogía; iii) el Estado debe ejercer su poder en favor de los derechos de los ciudadanos. Esto permite comprender principios como el in dubio pro reo, el derecho a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, y principios como la proporcionalidad y la subsidiariedad. Por tanto, el derecho penal fue concebido como el último medio (ultima ratio) para solucionar problemas sociales².

Este derecho penal ha cambiado radicalmente con el transcurso del tiempo. En este contexto Hassemer señala que el derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un "mínimo ético" y se convierte en un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención del delito le queda demasiado corto como tarea al derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente, de la salud y de la política exterior. Por tanto, el cambio del derecho penal ha sido de una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas³ (aspectos que serán expuestos en el segundo capítulo).

En este marco, unos de los cambios que ha experimentado el derecho penal es la llamada anticipación de la tutela penal⁴. De acuerdo a lo señalado por Fuentes Osorio éste es un concepto relativo que depende de dos variables: cuál sea el fin general perseguido por el derecho penal y, de modo derivado, cuál sea la configuración del injusto que refleje esa finalidad. La modificación de alguna de las dos variables origina un cambio en la extensión del concepto anticipación⁵. Por otro lado, de acuerdo a Sánchez García de Paz puede decirse que núcleo básico del derecho penal será lo que se considere el injusto originario, las conductas a cuya sanción se destina de modo principal el instrumento punitivo, mientras que el ámbito previo serán aquellos comportamientos que no reúnen las características de las anteriores conductas por desenvolverse en un estadio más distante del bien jurídico protegido, y cuya criminalización, por tanto, sólo puede ser llevada a cabo de modo excepcional, y además precisa de una justificación ad hoc⁶.

La manifestación de esta anticipación de la tutela penal corresponde a los delitos de peligro abstracto, los delitos de tentativa y emprendimiento y los delitos de

¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Del" derecho penal liberal" al" derecho penal del enemigo"*, en *Nuevo Foro Penal* 12 (2006) 69, pp. 65-99.

² HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1992), p. 238.

³ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Nuevo foro penal* 12 (1991) 51, p. 28.

⁴ En Alemania los autores hablan de *criminalización en el ámbito previo (Vorfeldkriminalisierung)* para referirse a esta tendencia. Véase KÜNSEMÜLLER, Carlos, *El castigo de las formas preparatorias del delito*, en *Derecho y Humanidades* 1 (2010) 16, p.86.

⁵ FUENTES OSORIO, Juan Luis, *La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito* (España, Tesis Doctoral Universidad de Jaén, 2003), p. 35.

⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (España, Universidad de Valladolid, 1999), p. 16.

preparación⁷. Fuentes Osorio para explicar este fenómeno distingue entre la antelación en función del emplazamiento dentro del iter criminis y en función del juicio de peligro. En cuanto a la primera y en lo que respecta a los actos preparatorios lo que se sanciona es una condición de una actividad delictiva (que posibilita, facilita o asegura), incapaz per se de lesionar o poner en peligro de forma directa el bien jurídico tutelado⁸.

Una crítica a este fenómeno ha sido realizada por Jakobs, quien manifiesta que la punibilidad de la preparación del delito a través de la figura de la tentativa de participación⁹ degrada el límite de la tentativa, en todos los delitos graves que son preparados en calidad de autores o de inductores por una pluralidad de personas, a la categoría de un límite relativo al marco de la pena, de importancia más bien secundaria; sin embargo, ello es aceptado como si fuese compatible con el sentido de una estricta delimitación de la tentativa punible. Valga esto como ejemplo de la mencionada “carencia de principios¹⁰”.

Otro comentario interesante sobre este fenómeno es realizado por Rodríguez Mourullo, quien entiende que estos casos de “participación anticipada” (como los denomina) se explican por una necesidad político-criminal que tendría dos finalidades: i) evitar la ejecución del proyectado hecho; ii) conseguir en la medida de lo posible que el sujeto que ha manifestado su voluntad rebelde al ordenamiento jurídico, aunque sin haber llegado a la ejecución del hecho constitutivo de delito, conforme en el futuro sus decisiones volitivas y su consiguiente comportamiento a las exigencias legales¹¹. El mismo autor, reconoce tácitamente que la pena o castigo de los actos preparatorios tiene una

⁷ Aunque se ha señalado que esto puede ser confuso, porque puede ocurrir que en los delitos de tentativa y emprendimiento no exista una anticipación en la medida que el comportamiento recogido en el tipo puede suponer (*ex post*) una lesión parcial o total de bien jurídico. Igualmente, los delitos de tentativa y emprendimiento, que no sean una lesión del bien jurídico tutelado, recogen conductas con capacidad de afectación suficiente (*ex ante*). Ver FUENTES OSORIO, Juan Luis, *Formas de anticipación de la tutela penal*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 8 (2006), p. 11. Disponible en < <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. [fecha de consulta: 1 de octubre de 2017].

⁸ FUENTES OSORIO, Juan Luis, *Formas*, cit. (n. 7), p. 11.

⁹ El Código Penal alemán (conocido como StGB) no se refiere de una manera expresa a la conspiración o a la proposición, sino que habla de *tentativa de participación*. Decretando en el: “§ 30. Tentativa de participación (1) Quien intente determinar a otro a cometer un crimen o instigarle a ello, será castigado conforme al precepto sobre tentativa de crimen. Sin embargo, se debe atenuar la pena según el § 49, inciso 1. El § 23 inciso 3 rige en lo pertinente. (2) Del mismo modo será castigado, quien se declare dispuesto; quien acepte el ofrecimiento de otro o quien con otro concierte para cometer un crimen o a instigar a él”. *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998* (32ª Edición, Traducción castellana de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999), p. 11. Disponible en < https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>. [fecha de consulta: 4 de octubre de 2017].

Tal como señala Silva Sánchez: “En Alemania, determinados actos preparatorios son sancionados de modo general, con la única condición que se refieran a un delito grave (Verbrechen). Este es el caso de quien intenta determinar a otro a cometer un delito o a inducir a cometerlo (§30.1 StGB) o el de quien se declara dispuesto a aceptar el ofrecimiento de otro en tal sentido (cometer un delito o inducir a ello), quien acepta el referido ofrecimiento o el quien acuerdo con otro realizar las conductas expresadas (§30.2). La penalidad es la de la tentativa del delito correspondiente, si bien con atenuación obligatoria, rigiendo, además las disposiciones relativas a la tentativa irreal (§23.3) Como puede advertirse el sistema es sustancial más cerrado que el español”. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1997), p. 150.

¹⁰ JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho penal* (1997), p. 294.

¹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La punición de los actos preparatorios*, en *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos* (1969), p. 302.

finalidad preventivo especial. Si bien no hace un análisis crítico de la punición de estas figuras, efectúa un planteamiento interesante al señalar que debe preferirse la medida de seguridad a la pena¹². El autor se basa en el artículo 115 del Código Penal italiano¹³ que le permite al juez a menos que la ley señale lo contrario, en caso de existir un acuerdo para cometer el delito aplicar una medida de seguridad y no una pena privativa de libertad. Siendo esta medida de acuerdo a la legislación italiana la libertad vigilada¹⁴.

Otra opinión de este fenómeno la realiza Sánchez García de Paz, quien señala que el castigo de actos preparatorios de un delito constituye una de las formas extremas de anticipación de la tutela penal¹⁵. Igualmente plantea (respecto de la punición generalizada de los actos preparatorios¹⁶) que no deja de ser una contradicción con principios fundamentales del derecho penal, como el de protección de bienes jurídicos frente a conductas de lesión o peligro concreto como fin del derecho penal, al tratarse de conductas muy alejadas de esas situaciones¹⁷.

En esta línea Zaffaroni/ Alagia /Slokar indican que la regla general es que los actos preparatorios sean impunes, con ello queda claro que la limitación a la prohibición se impone a cualquier momento no exteriorizado en actos, y a aquellos que, aun exteriorizados activamente, no conllevan un peligro o riesgo para una libertad básica, lo que alcanza a las modalidades típicas que como anticipaciones atrapan actos preparatorios por medio de adelantamientos prohibidos¹⁸. Asimismo, Zaffaroni entiende que la “pretendidamente novedosa y posmoderna anticipación de la tipificación sigue el camino casi dos veces milenario de la Lex Julia contra crímenes de lesa majestad, con cuya ampliación se llegó a penar la tenencia y fabricación de la tela púrpura por implicar el riesgo de preparación de un magnicidio”¹⁹.

b) Iter criminis y los actos preparatorios

En la ciencia penal el iter criminis, es el proceso en parte mental y parte físico que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su

¹² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 11), p. 304.

¹³ “Artículo 115. Acuerdo para un cometer un delito. Incitación. Salvo que la Ley disponga lo contrario, cuando dos o más personas se conciertan al objeto de cometer un delito, y este no sea cometido, ninguna de ellas es punible por el solo hecho del acuerdo. No obstante, en el caso de acuerdo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida. Las mismas disposiciones se aplican en el caso de instigación a comer un delito, si la instigación ha sido acogida, pero el delito no ha sido cometido. Cuando la instigación no haya sido aceptada, y se haya tratado de la instigación a un delito, el instigador puede ser sometido a una medida de seguridad” (traducción del autor). De todos modos, existe una excepción en el artículo 82 del Decreto presidencial N°309 (1990) sobre los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas y sobre la prevención, atención y rehabilitación de sus estados de drogodependencia. En dicho precepto se sanciona a quien “instigue públicamente el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.

¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 11), p. 303.

¹⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, cit. (n. 6), p. 57.

¹⁶ Así se establecía en el artículo 3° del Código Penal Español de 1944, correspondiente a un periodo autoritario de España. En cambio, el Código Penal Español actual de 1995 sanciona los actos preparatorios del delito de manera excepcional.

¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, cit. (n. 6), p. 60.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires, Editorial Ediar, 2003), p. 811.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal* (Madrid, Editorial Dykinson, 2006), p. 116.

consumación²⁰, esto conlleva establecer cuáles son estas fases del delito, así como determinar qué importancia tiene cada una de ellas desde el punto de vista del derecho penal, es decir, constatar si el derecho penal va a intervenir o no en todos y cada uno de estos momentos imponiendo sanciones, y en su caso, cual es el fundamento de dicha intervención²¹. En la enseñanza de este tema correspondiente a la parte general del derecho penal, tradicionalmente se distingue entre la fase interna y externa del delito, y luego en el estudio de la fase externa se diferencian los actos preparatorios de los actos de ejecución.

La fase interna es la que se desarrolla en la psiquis del individuo, y en ella se presenta las de ideación, deliberación y resolución, u otras que la psicología señale²². Es por ello por lo que estos actos internos son impunes en virtud del principio cogitationes poenam nemo patitur (propuesto por Ulpiano) – es decir, nadie debe sufrir pena por el mero pensamiento –, principio fundamental del derecho penal, que incluso se mantuvo en el derecho penal de la voluntad del nacionalsocialismo²³. Sin embargo, Quintero Olivares plantea que no basta con la sola proclamación de este principio, ya que existen muchos actos externos que no debiesen ser castigados. Además, no es cierto que lo acontecido en la mente del autor antes de iniciar la ejecución de delito no vaya a tener luego relevancia, por ejemplo, tal ocurre con conceptos utilizados en el derecho penal, como los de “acuerdo previo”, “conscientemente”, cuya afirmación implica una mínima indagación en la conciencia del sujeto al que se juzga, por más que se deba apoyar necesariamente en indicios externos más o menos sólidos²⁴.

Respecto de la fase externa del delito y, en particular los actos preparatorios, corresponden a la etapa en que el sujeto comienza a “planificar” la ejecución del hecho típico. Estos actos constituyen una categoría distinguible de los actos ejecutivos. Estos últimos corresponden específicamente a la tentativa, frustración o consumación²⁵, aun cuando en otros ordenamientos jurídicos se distingue sólo entre delito tentado y consumado. Estableciéndose esta distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos por la mayor parte de los Códigos surgidos en Europa después de la revolución francesa²⁶.

La pregunta es, ¿cuándo estamos frente a la preparación o a la ejecución de un delito? Para ello se han desarrollado diversas teorías que se pueden agrupar en tres: teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Las teorías objetivas entienden que el carácter ejecutivo o preparatorio del acto debe determinarse con independencia absoluta de los propósitos del autor o de su forma de representarse o planificar los hechos. Mientras que las teorías

²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005), p. 565.

²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Derecho Penal: parte general* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004), p. 674.

²² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 52.

²³ CEREZO MIR, José, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2008), p. 899.

²⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, cit. (n. 20), p. 566.

²⁵ BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal* (Santiago, Lexis Nexis 2005), p. 188.

²⁶ ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960), p. 349.

subjetivas establecen que juega un rol importantísimo la manifestación de voluntad delictiva a través de una conducta ordenada a la realización de dicha voluntad²⁷.

De acuerdo con Muñoz Conde, actualmente la teoría dominante es la intermedia o mixta que, partiendo de la descripción legal de la acción típica, atiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (plan del autor) y luego a sí, de acuerdo con esta imagen, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no hay eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización (teoría objetiva – individual)²⁸.

Excepcionalmente la ley sanciona los actos preparatorios, pero se ha planteado por Bacigalupo –criticando la expresión tradicional que repite Jescheck de que los actos preparatorios “excepcionalmente” son objeto de punición –, que no hay actos preparatorios en sí, ni actos ejecutivos en sí, puesto que todo depende del punto de vista desde el cual el legislador considera que se tiene que comenzar a proteger el bien jurídico: el legislador puede retrotraer esa protección, convirtiendo en acto de ejecución lo que, de no estar castigado, sería un acto preparatorio. La naturaleza del acto se hace depender de su punición; todo acto protector con pena del bien jurídico sería por esa razón, acto de ejecución²⁹.

Por tanto, este castigo excepcional tiene lugar en tres situaciones: los actos preparatorios especialmente penados, la proposición y la conspiración. Los primeros son denominados por Politoff como delitos sui géneris, en los cuales el legislador ha adelantado considerablemente su penalidad, ya que, en su esencia son verdaderos hechos de preparación para la comisión de delitos ulteriores, que el legislador ha elevado a la condición de tipos legales autónomos de peligro. Se trata pues de actos preparatorios que la ley, en determinados casos, tipifica como delitos consumados³⁰. Una manifestación de esta situación la encontramos en el artículo 445 del CPCh. que establece: “*El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación*”. Otro ejemplo es el artículo 481 del CPCh., que dispone: “*El que fuere aprehendido con artefactos, implementos o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo, salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera castigarse con mayor pena*”. Por tanto, si no existieran en el CPCh. los dos artículos anteriores, los hechos que en ellos se contemplan resultarían impune, conforme a las reglas generales, porque son característicamente actos preparatorios de los delitos de robo e incendio o estragos, respectivamente³¹.

En lo que se refiere a la proposición (luego se analizará en detalle la conspiración) tal como dice el CPCh. significa solicitar a otro que participe activamente

²⁷ ANTOLISEI, Franceso, cit. (n. 26), p. 190.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte General* (7ª edición, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007), p. 374.

²⁹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990), p. 431.

³⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1999), p. 48.

³¹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 54.

en la realización del hecho típico³². Por tanto, esta supone: i) la resolución de cometer un crimen o simple delito. No hay, por consiguiente, proposición punible con respecto a las faltas. Esta resolución supone ya el propósito formado y decidido de la comisión del delito; y ii) proponer su ejecución a otra u otras personas. La expresión “proponer” no significa solamente manifestar a otro el propósito que se ha formado, sino el de solicitarle alguna forma de cooperación o participación en el³³. Es por ello por lo que la proposición fracasa en los siguientes casos: i) cuando el destinatario no acepta la proposición: ii) cuando, aunque la acepte, no va más allá de los actos materiales de preparación, sin dar comienzo a la ejecución; y iii) cuando, habiendo dado comienzo a la ejecución, se desiste voluntariamente de esta³⁴.

Si bien la regla general es que no se sancionen estas figuras existen ciertas excepciones. En primer lugar, el CPCh. de 1875 sanciona la conspiración en el Libro Segundo de los Crímenes y Simple Delitos y sus Penas, tanto en el Título I de los Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado y Título II de los Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado (artículos 111, 125 y 129 respectivamente). Igualmente se castigan en los artículos 250 y 278 del Código de Justicia Militar³⁵, en el artículo 23 de la Ley N° 12.927 sobre seguridad del Estado³⁶, artículo 7 de la Ley N° 18.314 sobre Conductas Terroristas³⁷, el artículo 17 de la Ley N° 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y el artículo 14 de la Ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra³⁸. Otro caso es el artículo 17 de la Ley N° 20.000.

c) Fundamentos de la punición de los actos preparatorios

Si bien el castigo de los actos preparatorios es excepcional, no deja de ser relevante si existe o no una justificación para ello. De acuerdo con Jescheck y Weigend, sólo por razones especiales de política criminal se comprende por qué el legislador

³² BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, cit. (n. 25), p. 192.

³³ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 55.

³⁴ POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 384.

³⁵ Artículo 250. En los casos contemplados en los artículos precedentes, el delito frustrado se castiga como si fuera consumado; la tentativa con la pena inferior en un grado a la señalada para el delito; la conspiración con la inferior en dos grados, y la proposición con la inferior en tres grados.

Artículo 278. La conspiración para el delito de sedición o motín, se castigará con la pena inferior en un grado a la que corresponda al delito, y la proposición con la inferior en dos grados. El delito frustrado se castigará como consumado, y la tentativa con la pena inferior en un grado a la del respectivo delito.

³⁶ Artículo 23. La proposición y la conspiración para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley, serán castigadas con la pena señalada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados. El número de esta cita y de la siguiente quedaron con un tamaño de fuente mayor que yo no pude corregir

³⁷ Artículo 7º.- La tentativa de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley se castigará con la pena asignada al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. La conspiración para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados. Lo expuesto en el presente inciso es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º bis. La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley será sancionada con las penas de la tentativa del delito respectivo, sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3º. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo al artículo 296 del Código Penal.

³⁸ Artículo 14. La conspiración para cometer genocidio, así como para cometer alguno de los crímenes de lesa humanidad señalados en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º, serán sancionadas con la pena aplicable a la tentativa de dichos delitos.

únicamente castiga de modo excepcional las conductas preparatorias³⁹, basándose principalmente en la peligrosidad de la conducta. De otra opinión es Cuello Contreras, para quien el castigo de los actos preparatorios y en particular de la conspiración (que analizaremos a continuación) se debe al peligro que supone que varias personas se crean colocadas por encima del ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con su sistema de sanciones, ya que el sólido grupo que forman es más fuerte que aquel⁴⁰. Por tanto, estaríamos frente una necesidad político-criminal que de acuerdo con Rodríguez Mourullo se justifica en la medida que al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho, es decir, desencadena un acontecimiento sobre el que ya no tiene luego un absoluto poder de control, o lo que es lo mismo, ha escapado ya de sus manos la decisión de ejecutar el hecho⁴¹.

Siguiendo la justificación asociada al “peligro”, en Chile Del Río estimaba criticable la excepción que establece la ley en esta materia, aun cuando creía que ello se sustentaba por el peligro social que significan algunas proposiciones y conspiraciones⁴². Por su parte, Náquira plantea que su punibilidad sólo puede venir dada por la existencia de una peligrosidad jurídico-penalmente relevante en relación con el bien jurídico tutelado especialmente valioso y sensible, lo cual permitiría al legislador anticipar, excepcionalmente la protección penal⁴³. Consideramos que el fundamento del peligro al bien jurídico, podría ser aceptable (aunque no del todo) en la medida que se trate de un delito de lesión, pues es un sinsentido admitir que se sancionen actos preparatorios de un delito de peligro (ya sea abstracto o concreto), en la medida de que estaríamos aceptado que el legislador sancione el peligro del peligro. Lo mismo se puede decir respecto del castigo de los actos preparatorios respecto de delitos sui géneris, porque en ese caso se estaría castigando la preparación de la preparación de aquella conducta lesiva de un bien jurídico.

2. La conspiración como acto preparatorio del delito

a) Concepto y naturaleza

Se ha señalado que la conspiración es el acuerdo o unión de voluntades de al menos dos personas, para la comisión conjunta (en coautoría) de un delito grave determinado en lo sustancial, en sus rasgos básicos⁴⁴. Cuello Contreras señala que lo jurídicamente relevante en la conspiración es que varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada uno de ellos la voluntad decidida de cometer el delito, determinando pues un robustecimiento de la voluntad criminal y, por tanto, un mayor peligro de que el delito principal se lleve a

³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: parte general* (5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002), p.562.

⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4, I, CP* (Barcelona, Editorial Bosch, 1978), p. 17.

⁴¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 11), p. 292.

⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1970), VII, p. 268.

⁴³ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2017), II, p. 8.

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: parte general* (Madrid, Editorial Thomson Reuters, 1997), p. 401

cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separado⁴⁵.

El Código Penal francés de 1810 la llamaba “complot”. La legislación española antigua la denominaba “conjuración”. Se le conoce también por “trama”, “confabulación” o “convención” y deriva del latín “conspiratio”, que significa acción de conspirar⁴⁶. En cuanto a su naturaleza no existe consenso en la doctrina, autores como Politoff señalan que se trata de actos de comunicación de la resolución delictiva, que también denomina como “resolución manifiesta”, siguiendo esta línea Jiménez de Asúa⁴⁷, Novoa Monreal⁴⁸, Rodríguez Devesa – Serrano Gómez⁴⁹. De una opinión distinta es Mir Puig⁵⁰ quien entiende que la conspiración es un acto preparatorio de la coautoría al igual que Garrido Montt⁵¹, Bustos Ramírez⁵², Roxin⁵³, Silva Sánchez⁵⁴. Otra postura es la de Cury Urzúa, quien, en desacuerdo con la primera posición, señala que, si bien es cierto que la proposición y conspiración sólo se exteriorizan mediante una expresión verbal, las manifestaciones de esta clase son también un acto, de otro modo, no se comprendería cómo pueden incriminarse la injuria y la calumnia orales o las amenazas de la misma índole. Así pues, aquí se considera que la proposición y conspiración son sencillamente actos preparatorios⁵⁵.

En relación con lo anterior, se ha discutido si la punición de la conspiración, al igual que la proposición, son un problema de participación criminal o de grado de participación. Sobre este punto, Politoff señala que es probable la influencia de un sector de la doctrina alemana en esas opiniones, que contradicen no solo la doctrina tradicional entre nosotros, sino también la decisión sistemática del legislador, que – al igual que la del Código español que le sirvió de modelo – no incluyó esos conceptos en el Título II del Libro I del Código Penal, que se ocupa de la autoría y participación, sino en el artículo 8º, inmediatamente después de la tentativa y frustración, es decir, como grados de perpetración⁵⁶.

⁴⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, cit. (n. 40), p. 18.

⁴⁶ FUENZALIDA PALMA, Sergio, *La proposición y la conspiración en Derecho Penal* (Valparaíso, Sociedad Editora Italiana, 1941), p. 24.

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 42), VII, p. 225.

⁴⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica, 2005), II, p. 112.

⁴⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, José – SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español: parte especial* (18ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, 1995), p. 778.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (7ª edición, Buenos Aires, Editorial Euros, 2004), p. 340.

⁵¹ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2003), II, p. 315.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal: parte general* (4ª edición, Barcelona, Editorial PPU, 1994), p. 443.

⁵³ ROXIN, Claus, cit. (n. 44), p. 407.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía* (Montevideo, Editorial B de F, 2009), p. 50.

⁵⁵ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* (7ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 561.

⁵⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos*, cit. (n. 30), p. 53.

b) Origen e Historia

La conspiración al ser un acto preparatorio del delito no es sancionada, salvo en los casos que establece la ley. Así lo señala el artículo 8° del CPCh., que de acuerdo con las actas de las sesiones de la Comisión Redactora de nuestro CPCh., en particular la sesión 5ª del 7 de mayo de 1870 en que se discutió el artículo 6° del CPCh. (actual artículo 8°), se basó en el artículo 4° del Código Español y después de un corto debate, se acordó por unanimidad adoptar su primitiva redacción, reformada en 1850, y aceptar sin alteración los tres acápites siguientes⁵⁷ que corresponden al carácter excepcional de su castigo y la definición de conspiración y proposición.

De acuerdo con lo señalado por la propia comisión, se basaron en el Código Penal Español de 1848 (reformado en 1850) que establecía: “artículo 4°: *“La conspiración y proposición para cometer un delito solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito. La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas”*”.

De todos modos, históricamente los casos en que se sanciona dicen relación con delitos contra la seguridad del Estado, por ejemplo, el artículo 129, que señala: *“cuando los sublevados se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas sin haber ejecutado actos de violencia, quedarán exentos de toda pena. Los instigadores, promovedores y sostenedores de la sublevación, en el caso del presente artículo, serán castigados con una pena inferior en uno o dos grados a la que les hubiera correspondido consumado el delito”*. Similar disposición contenía el Código Penal Español de 1822 que en su artículo 248, establecía: *“La conjuración formada para cualquiera de los actos comprendidos como casos de traición en los dos primeros capítulos de este título, si fuese seguida de una tentativa, será castigada como conspiración directa y de hecho. Si no hubiere llegado a hacer tentativa alguna, la conjuración será castigada con la pena de deportación. La proposición hecha y no aceptada para cualquiera de dichos actos, será castigada con la pena de cuatro u ocho años de reclusión, y cuatro más de sujeción a la vigilancia especial de autoridades”*.

En Francia el Código Penal de 1791, una de sus características fue suprimir los delitos de lesa majestad, colocando en su lugar los crímenes contra la seguridad del Estado⁵⁸, sancionando la conspiración a modo de ejemplo, en el artículo 2° de la Sección II De los crímenes contra la seguridad interior del Estado que establece: *“Toda conspiración y todo complot que tiendan a trastornar el Estado por una guerra civil, armando a los ciudadanos unos contra otros o contra el ejercicio de la autoridad legítima, serán penados con la muerte”*.

Igualmente, la sanción de las “resoluciones manifestadas” (entiéndase los actos preparatorios del delito) existía en el derecho penal español antes del primer Código de

⁵⁷ RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno* (Valparaíso, EDEVAL, 1974), p. 251.

⁵⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Código Penal Francés de 1791*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (2009) 1, p. 484.

1822, ya en la Alta Edad Media, ejemplo de ello lo podemos encontrar en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, en particular la Ley 2, Título XXXI, de la Partida Séptima⁵⁹.

Actualmente, tal como señala Cerezo Mir, en el Código Penal español de 1995 se castigan, no obstante, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (artículo 17), pero no se castigan ya de un modo general, en todos los delitos, como en el viejo Código Penal (entiéndase el Código Penal de 1944), sino solo en los casos especialmente previstos en la ley. Es esta una constante (de acuerdo a Cerezo Mir) en nuestros Códigos Penales de inspiración liberal (Códigos Penales de 1848, 1870 y 1932) y en este sentido es una reforma digna de elogio⁶⁰.

Sin embargo, esta figura no tiene su origen en el derecho europeo continental, sino en el derecho anglosajón. Tal como señala Politoff, en el derecho inglés la conspiracy, que pertenecía a la tradición de la common law desde la Edad Media. Con arreglo a la Criminal Law Act de 1977 de Reino Unido, se hace culpable del delito de conspiracy el que, con una o más personas, conviene en realizar una conducta que, de realizarse de acuerdo con sus intenciones, necesariamente significaría o importaría la comisión de algún delito o de varios delitos por alguna de las partes en el acuerdo⁶¹. Esta figura delictiva sui generis está concebida de manera tan amplia que no sólo puede abarcar la conspiración “en engranaje”, esto es, “en rueda o cadena”, como, por ejemplo, el acuerdo para la inducción en común a otra persona, que a su vez determinará a otra, etc., hasta llegar al eventual ejecutor, sino que – según la doctrina inglesa dominante – la consumación del delito no es obstáculo para que se castigue, además, la conspiración. Más aun, la conspiración es punible aunque existan hechos que vuelvan imposible la comisión del delito proyectado⁶².

De acuerdo con Sayre el crimen de conspiración se remonta al inicio del derecho anglosajón o common law, y surge del esfuerzo de los reformadores para poder corregir los abusos del antiguo sistema penal⁶³. En el siglo XIII, existían dos formas de poder enjuiciar los delitos graves, tales son: una por vía de un recurso privado, que por lo general es a través de un juicio, y la otra por forma de investigación pública previamente a lo que se convirtió en el gran jurado.

El procedimiento anterior se le denominó por parte de un gran jurado “acusación sobre informe común” que hizo mención sobre abusos aún más graves, lo cual podría traer informes falsos, así logrando la caída de algunos de los enemigos, sin importar el resultado de la batalla. Posteriormente, se hizo necesario tener que tomar medidas para poder corregir este tipo de prácticas, por eso se aprobó en 1285 el Estatuto 13 del Rey Eduardo I, el cual permitía la recuperación del orden de la cancillería por medio de una investigación sin escritura. El estatuto culminó en la famosa Tercera Ordenanza de los Conspiradores, la cual se aprobó en 1304, que en cierta forma resumió

⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 42), VII, p. 264.

⁶⁰ CERERO MIR, José, *Temas fundamentales del Derecho Penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), II, p. 217.

⁶¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos*, cit. (n. 30), p. 79.

⁶² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos*, cit. (n. 30), p. 80 ss.

⁶³ SAYRE, Francis, *Criminal Conspiracy* en Harvard Law Review 35 (1922) 4, p. 394.

la ley preexistente y dio una definición mucho más precisa sobre conspiración, mencionando que los conspirados son los que conspiran o se obligan por juramento, ayudar o apoyar una empresa de manera falsa⁶⁴. Por tanto, la conspiración originalmente castigaba lo que en la actualidad se denomina falso testimonio, en la medida que dos o más personas acordaban acusar falsamente a otra persona.

c) Requisitos de la conspiración

En primer lugar se requiere un concierto de voluntades, el cual no puede ser meramente abstracto o indefinido, sino que debe ser resolutorio en cuanto a la ejecución de la infracción⁶⁵. Es por ello por lo que no habrá conspiración si varias personas tratan de la ejecución de un crimen y discuten la posibilidad de llevarlo a cabo, pero no llegan a acuerdo sobre el punto. De igual forma no existe conspiración si pese a existir un acuerdo del lugar, modo y tiempo, en que el crimen podría practicarse, no hubiesen, sin embargo, decidido ponerla por obra. Además, es necesario que exista la resolución seria de cometer el delito “sin reservas mentales de uno de los partícipes”⁶⁶.

En segundo lugar, la conspiración supone un concierto para cometer o coejecutar, un crimen o simple delito, en el sentido del artículo 15 N° 1 del CPCh., lo que significa la división del trabajo entre personas de igual rango⁶⁷. Asimismo, debe tratarse de un crimen o simple, por tanto, no es punible el acuerdo entre dos o más personas para cometer una falta.

En tercer lugar, se requiere dolo al conspirar, lo que se manifiesta en el crimen o simple delito a ejecutar y en la conciencia y voluntad de todos y cada uno de los conspiradores. La problemática es si puede existir una conspiración con dolo eventual. De acuerdo con Náquira, la conspiración está orientada y dirigida hacia la ejecución de un delito determinado, y todo parece indicar que los conspiradores, cuando se deciden y resuelven ejecutarlo, en modo alguno lo dejan todo entregado al azar o al destino, por tanto, solo permitiría un dolo directo⁶⁸.

d) El desistimiento de la conspiración

El desistimiento de la conspiración (al igual que en la proposición) exime del castigo penal siempre que tenga lugar “antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”. Similar disposición contenía el Código Penal Español de 1848, lo que en palabras de Pacheco implicaba “a decir que se exigen más condiciones para evitar la responsabilidad criminal en el que propuso o conspiró para delinquir, que en el que empezó a delinquir”⁶⁹.

⁶⁴ SAYRE, Francis, cit. (n. 62), p. 396.

⁶⁵ BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español* (Barcelona, Editorial Bosch, 2004), I, p. 431.

⁶⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos*, cit. (n. 30), p. 89.

⁶⁷ POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones*, cit. (n. 34), p. 388.

⁶⁸ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho*, cit. (n. 43), II, p. 20.

⁶⁹ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal. Concordado y comentado* (5ª edición, Madrid, Editorial Manuel Tello, 1881), p. 110.



Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza jurídica de esta institución, existiendo diversas posturas: i) En la literatura clásica italiana, algunos autores como Pessina pensaban que el arrepentimiento ocasionaba una cancelación del dolo. De suerte que la tentativa desistida no se debía castigar por carecer del elemento subjetivo. De acuerdo con Cury esto es inaceptable porque el dolo es voluntad que se actúa. A diferencia de los deseos, tendencias o motivos, solo existe como “querer” actual de una acción que se realiza⁷⁰ entendiendo que el dolo es incancelable; ii) otra postura entiende que la impunidad del desistimiento se funda en una supresión del injusto. Cuando el autor se detiene, desaparece el peligro para el sistema de valores impuesto por el ordenamiento jurídico, o bien se exterioriza de esa manera una contrición que implicaría un sufrimiento parcialmente semejante al de la pena, justificando así su atenuación o exclusión; iii) la postura dominante procede de Feuerbach, quien entiende que el desistimiento es una excusa legal absoluta que obedece, por lo tanto, a razones de política criminal. Lo anterior se explicaría porque a la ley le interesa salvaguardar la incolumidad de los bienes jurídicos donde sea posible⁷¹; y iv) finalmente, Welzel estima que el verdadero sentido del privilegio al que desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad que se muestra con el desistimiento⁷².

Otro aspecto que se ha discutido es si el desistimiento es previo a la conspiración (y proposición) misma o puede ser posterior al acto preparatorio. En nuestra doctrina existen al menos dos posturas. La primera desarrollada por Etcheberry, quien, siguiendo a Gandarillas, plantea que es imposible concebir un desistimiento de la proposición misma, puesto que, si ya está hecha, no es dable cesar en ella, no deshacerla. De lo que se trata es desistir de la ejecución del delito antes de que exista tentativa, lo cual supone que la proposición haya sido aceptada, y la proposición aceptada pasa a llamarse conspiración⁷³. Por tanto, el desistimiento solo podría tener lugar respecto de la conspiración. En cambio, Náquira señala que: i) la conspiración, al igual que la proposición es un acto preparatorio excepcionalmente punible y sólo se sanciona cuando esta consumada, por ello solo cabe hablar de un desistimiento posterior a su consumación, con anterioridad a ella no hay actos punibles; ii) toda eximente de responsabilidad supone la existencia de una conducta típica prohibida, de lo contrario no hay nada que eximir; y iii) el legislador declara: “exime de toda pena por...” lo que implica que la consumación de la proposición o conspiración lo único que ha generado es un peligro distante, el cual, a diferencia de una lesión o daño, puede ser reversible o neutralizable⁷⁴.

Estimamos que lo relevante es que tengan lugar los requisitos que establece el legislador en el artículo 8° inciso 4 del CPCh., ya que la consideración a aspectos subjetivos hace que dicha figura sea más difícil de probar y podría ocurrir que no se aplique aun cuando se den las exigencias que señala nuestro legislador. Asimismo, la

⁷⁰ CURY URZÚA, Enrique, *Tentativa y delito frustrado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1977), p. 109.

⁷¹ CURY URZÚA, Enrique, *Tentativa*, cit. (n. 69), p. 111.

⁷² CURY URZÚA, Enrique, *Tentativa*, cit. (n. 69), p. 112.

⁷³ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, cit. (n. 22), p. 56.

⁷⁴ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho*, cit. (n. 43), II, p. 34.

eximición de la pena sólo se aplica a quien se desiste o delata el plan y circunstancias a las autoridades y no beneficia a los restantes conspiradores.

e) Diferencias respecto de la asociación ilícita

La conspiración es un acto preparatorio que se castiga respecto de ciertos delitos, no así la asociación ilícita establecida en el artículo 292 del CPCh. que es un delito autónomo. La asociación ilícita se caracteriza por ser un delito de pluralidad de sujeto activo, la acción típica compartida se dirige hacia un mismo objetivo común, de cierta permanencia en el tiempo, de peligro abstracto, cuyo bien jurídico es el orden público y donde existe un cierto grado de organización o jerarquía⁷⁵. Por tanto, la asociación ilícita tiene un carácter estable y es para la comisión de delitos determinados⁷⁶. Es por ello relevante esta distinción, en la medida que la asociación ilícita y la conspiración se sancionan en la Ley N° 20.000, artículo 16⁷⁷ y 17 respectivamente.

3. La conspiración en la Ley N° 20.000

a) Consideraciones generales

Para examinar la conspiración en la Ley N° 20.000, debemos entender como el derecho se ha hecho cargo de las sustancias estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Las drogas son un fenómeno social complejo frente al cual han existido diversas respuestas, ya sean normativas, sanitarias, policiales, etc. Es por ello por lo que desde la perspectiva del derecho internacional público han existido tres tratados internacionales por parte de Naciones Unidas que se han hecho cargo de la preocupación existente a nivel global por este fenómeno. Estos son la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Lo anterior tiene una explicación histórica, ya que la propuesta de creación de un marco jurídico internacional para las sustancias psicoactivas fue una iniciativa de los Estados Unidos que data de comienzos del siglo XX y de la cual existen varias etapas. En febrero de 1909, dada la creciente preocupación por el consumo de opio en China, doce países reunidos en Shanghái conformaron la Comisión Internacional sobre el Opio para discutir por primera vez las posibilidades de imponer controles internacionales al comercio de opio. Los delegados resolvieron acabar con la práctica de fumar opio, limitar su uso a fines médicos y controlar sus derivados nocivos. No hubo entonces ningún

⁷⁵ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho*, cit. (n. 43), II, p. 24.

⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, cit. (n. 52), p. 444.

⁷⁷ Véase Sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique, de 6 de julio de 2015, emitida en causa rol N°146-2015, considerando décimo noveno: “la que para establecer la existencia de una asociación ilícita, y como los propios términos de la ley lo dan a entender, afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, 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”.

intento de aplicar el derecho penal al respecto. Este fue el antecedente del primer Convenio Internacional del Opio de La Haya de 1912⁷⁸.

Luego se acordaron otros tratados posteriores negociados bajo la antigua Sociedad de las Naciones, que tenían un carácter más normativo que prohibitivo y cuyo objetivo era moderar los excesos de un régimen de libre comercio sin reglamentos. Por tanto, estos tratados impusieron restricciones sobre las exportaciones, pero no establecieron obligaciones de declarar la ilegalidad del consumo de drogas o su cultivo, y mucho menos de aplicar sanciones penales por ello. Así, las disposiciones para los opiáceos, la cocaína y el *cannabis* no entrañaban la criminalización de las sustancias en sí, ni de sus consumidores o productores de la materia prima. Por esta razón, los dos países más ‘prohibicionistas’, como Estados Unidos y China, abandonaron las negociaciones que desembocaron en la Convención Internacional sobre el Opio de 1925, porque consideraron que sus medidas no eran suficientemente restrictivas. Los Estados Unidos intentaron en esa ocasión obtener no solamente la prohibición de las drogas, sino también de la producción y del uso no terapéutico del alcohol, tratando de reproducir a escala internacional su modelo de prohibición del alcohol, vigente en el país de 1920 a 1933. Este intento se frustró al no contar con el apoyo de las potencias coloniales europeas como Francia, Gran Bretaña, Portugal, Países Bajos, que mantenían en sus territorios de ultramar unos rentables monopolios de drogas como eran el opio, morfina, heroína y cocaína, para el mercado farmacéutico de Europa y los Estados Unidos. Al terminar la Segunda Guerra Mundial como la potencia política, económica y militar dominante, los Estados Unidos estaban en condiciones de forjar un nuevo régimen de fiscalización y aplicar la presión necesaria para imponerlo a otros países al amparo del sistema de las Naciones Unidas. Entonces fue ese clima político que posibilitó la globalización de los ideales prohibicionistas antidrogas⁷⁹.

La actual Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 es un instrumento jurídico que en su preámbulo reconoce los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas, y la capacidad de las organizaciones delictivas transnacionales para socavar las economías licitas, amenazar la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados, e invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras licitas y la sociedad a todos sus niveles⁸⁰. Este tratado internacional es relevante porque si bien no obliga a los Estados a sancionar la conspiración (el tratado habla de confabulación) señala que queda a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico sancionar la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, etc. (artículo 3º N° 1 letra c) iv), pero tal como dice el tratado esto queda a reserva del Estado, por lo que a nuestro entender en un Estado Democrático de Derecho

⁷⁸ ARMENTA, Amira – JELSMA, Martin, *Convenciones de drogas de la ONU guía básica* en Transnational Institute1 (2015). Disponible en < <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu> >. [fecha de consulta: 16 de octubre de 2017].

⁷⁹ ARMENTA, Amira – JELSMA, Martin, cit. (n. 77).

⁸⁰ SORIANO SORIANO, José Ramón, *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Edición Consejo General del Poder Judicial, 2000), p. 59.



no se puede sancionar actos preparatorios en la medida que no suponen afectación alguna al bien jurídico protegido por estos delitos.

Frente a la prohibición y criminalización de las drogas se han realizado una serie de críticas, una de ellas, pero no menos relevante la hecha por el profesor Hulsman que señala: “las actuales políticas sobre drogas, en la medida que se basan en el modelo de los tratados internacionales, constituyen un desastre. Ellas aumentan considerablemente los problemas relacionados con el consumo de drogas, conducen a una extrema marginalización de algunos segmentos de la población, provocan un fuerte crecimiento de las actividades de la justicia criminal en los países industrializados y un importante aumento en la severidad o en la naturaleza de las intervenciones de la justicia criminal. En este sentido, la actual política internacional de drogas puede verse como un modo de “colonización” de formas de organización social que son más liberales y tolerantes, por formas de organización social que son más represivas y más estratificadas”⁸¹.

Por su parte el profesor chileno Matus al diferenciar los delitos de trascendencia internacional de los crímenes de derecho internacional señala que: “si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal, se dirige al hecho de que, de todas maneras, generaría un "Derecho penal más autoritario de lo normal... legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho"; hay que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto al "cómo" cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la política criminal y las garantías personales, pero no al "si" los hechos en ellas comprendidas son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme en el concierto de las naciones”⁸². Esto conlleva a que cada Estado es libre de ratificar o no un tratado internacional lo cual además (en general) se hace a través de un proceso democrático, asimismo tras estos delitos de trascendencia internacional existen bienes jurídicos que resguardar, que tratándose del tráfico (en un sentido amplio) de drogas sería la salud pública, sin perjuicio de la discusión que existe sobre el particular.

b) Situación de los delitos de tráfico de drogas en Chile

En relación con cómo se ha hecho cargo Chile de las drogas desde el derecho penal, debemos señalar que hasta el día de hoy se han dictado cuatro leyes que sancionan el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Hasta el año 1969 nuestro país disponía de una escasa regulación sobre el tema, solamente se penalizaban ciertas conductas constitutivas de tráfico relativas a especies vegetales o farmacéuticas que pudiesen significar un peligro respecto de la salud pública. Entendiéndose que dichas figuras se comprendían en los artículos 313 y siguientes correspondientes al párrafo de los delitos contra la salud pública. En esa época se modificó el CPCh. a través de la Ley

⁸¹ HULSMAN, Louk, *La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, traducción de Sergio Politoff, en *Nuevo Foro Penal* 12 (1987) 35, pp. 52-53.

⁸² MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La política criminal de los tratados internacionales*, en *Revista Ius et Praxis* 13 (2007) 1, pp. 267 – 289.

N° 17.155, dictándose lo que podría identificarse como las primeras manifestaciones legislativas tendientes a sancionar específicamente el tráfico de drogas en el país, prohibiéndose en concreto el tráfico y elaboración de drogas estupefacientes, sin que se dictaran normas especiales⁸³.

La primera de normativa especial fue la Ley N° 17.934 que Reprime el Tráfico de Estupefacientes, publicada el 16 de mayo de 1973. Dicha ley relativamente breve, que se caracterizó por ser más severa que la ley anterior, en cuanto a las penas que impuso, estableció nuevas circunstancias agravantes especiales, los delitos se consideraban como consumados desde que haya principio de ejecución y sancionaba, lo que es excepcional en el derecho penal ordinario, la conspiración y proposición para cometer estos delitos⁸⁴.

La conspiración se establece en el artículo 7°: *“La conspiración y la proposición para elaborar o traficar con sustancias estupefacientes serán penadas con presidio menor en su grado medio”*. El fundamento de dicho artículo lo podemos encontrar en la propia historia de la ley que señala “constituyen (tanto la conspiración, la proposición y la asociación ilícita) la expresión de las recomendaciones contenidas en el artículo 2° de la convención de Ginebra para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas, recientemente suscrita por Chile y aprobada por el Honorable Congreso con fecha 29 de agosto de 1972”⁸⁵.

La segunda normativa fue la Ley N° 18.403, que sanciona el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes publicada el 4 de marzo de 1985, la cual cambia de parecer y no castiga la conspiración. Esto se puede explicar recurriendo a la historia de dicha ley, ya que el proyecto de ley castigaba expresamente la conspiración estableciendo: *“Artículo 7°. La conspiración y la proposición para elaborar o traficar con las sustancias o drogas señaladas en el artículo primero serán penadas con presidio menor en su grado medio.”* La justificación de esta norma fue “formar una tupida red para evitar que conductas lesivas en materia de estupefacientes puedan quedar impunes”. Pero en el Informe de la Comisión Conjunta con fecha 27 de junio de 1984, respecto de este punto en particular señala “El artículo 7° de la ley N° 17.934, que sanciona la conspiración o la proposición para elaborar o traficar con sustancias estupefacientes, se deroga por cuanto no se ve razón que permita apartarse en esta materia de la norma general del artículo 82, inciso primero, del CPCh.”⁸⁶. Dicho artículo del CPCh. actualmente está derogado por la Ley N° 19.734 que suprimió la pena de muerte, establecía que: “todo condenado a muerte será fusilado”, no quedando claro dicho fundamento.

La tercera norma en este ámbito fue la Ley N° 19.366 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada el 30 de enero de 1995, el

⁸³ DE REMENTERÍA, Ibán, *Las drogas de los detenidos* (Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, 2016), p. 129.

⁸⁴ SOLARI PERALTA, Tito, *Delitos sobre estupefacientes (Legislación comentada)* en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1986) 10, p. 120.

⁸⁵ *Historia de la Ley N° 17.934 que reprime el tráfico de estupefacientes* en Biblioteca Del Congreso Nacional (1973). Disponible en < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29379>>. [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017].

⁸⁶ *Historia de la Ley N° 18.403 que sanciona el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes* en Biblioteca Del Congreso Nacional (1985). Disponible en < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29815>>. [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2017].

legislador cambia nuevamente de parecer y castiga la conspiración, estableciendo: “*artículo 24. Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución. La conspiración para cometerlos será penada con presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales*”. Lo que conlleva a establecer una pena autónoma al delito de conspiración al menos en los delitos contra la salud pública.

La actual normativa es la Ley N° 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada el 16 de febrero de 2005 que introdujo algunas novedades como el microtráfico en el artículo 4° y la modificación en cuanto al castigo de la conspiración estableciendo: “*artículo 17. La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado*”. Lo cual hace que la pena sea proporcional al delito cuya conspiración se realiza, a diferencia de la ley anterior. Por tanto, la pregunta fundamental ¿Cuál o cuáles son los argumentos que nos permiten justificar el castigo de dicho acto preparatorio en la Ley N° 20.000?

De acuerdo al profesor Politoff la incriminación de la conspiración en nuestra ley sobre estupefacientes ha tenido, al parecer, como uno de sus fundamentes, la colaboración internacional que posibilite la extradición, particularmente con los países de la familia de la tradición de common law. En efecto, las incriminaciones y la política de persecución penal, están determinadas por los tratados internacionales de que nuestro país es parte y en ellos se alude a la necesaria coordinación mundial de las medidas destinadas a impedir ese tráfico ilícito⁸⁷. Si bien es un argumento que compartimos en cuanto a la tendencia que se impone a través de los tratados internacionales contra el tráfico de drogas, la misma Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, señala expresamente que queda a “reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico” sancionar estos actos preparatorios. Es por ello, por lo que, a nuestro entender, en la medida que sostengamos que el reproche penal de la conspiración vulnera la libertad personal como garantía constitucional al igual que ciertos principios propios del Derecho Penal, no podemos aceptar en ningún caso el castigo de esta figura.

Igualmente, el argumento de Politoff se puede contraargumentar a través de un caso de extradición, solicitada por el Estado de Perú en contra de un ciudadano chileno por el delito de tráfico ilícito de drogas cometido en la ciudad de Callao, la defensa alegó que la conspiración no está sancionada en dicho país, por tanto, faltaría el requisito de la doble incriminación. Igualmente se alega que en Chile la asociación ilícita es un delito autónomo mientras que en la legislación peruana se trata de una agravante. La Corte Suprema se pronunció al respecto en el considerando vigésimo sexto estableciendo: “el Perú no tiene considerada la conspiración ni la asociación ilícita como un delito independiente como lo tiene Chile de manera que por esta circunstancia no existe la doble incriminación. Sin embargo, lo cierto es que esta disquisición, interesante por cierto, de culpabilidad excede con mucho el sentido de la extradición y parece más bien una

⁸⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes*, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (1997) 3, p. 453.

discusión que debe dilucidarse en la oportunidad procesal del juzgamiento del asunto, puesto que nadie discute que S. y G. tuvieron en los inicios una actividad tendiente a configurar un tráfico de drogas ilícitas y en la que luego de contactados por otras personas aceptaron el encargo y se aseguraron de concurrir a Lima para realizar la maniobra ilegal, en la que uno de ellos iba a servir de transportador de la droga a España⁸⁸. Entendiendo la Corte que el delito por el cual se lo condenará o no, deberá determinarlo el tribunal en un debido proceso, declarando la Corte procedente el pedido de extradición solicitado por el Gobierno del Perú, por tanto, que un Estado no sancione la conspiración respecto de los delitos de tráfico de drogas no es un argumento suficiente para que no proceda la extradición.

Para que tenga lugar la conspiración en la Ley N° 20.000 se requiere que se trate de algún crimen o simple delito contemplado en dicha ley y no a una falta; debe existir un concierto para la ejecución de ese crimen o simple delito, que no sea puramente aparente; y el concierto debe ser serio, aunque no es necesario que todos los detalles de la ejecución del delito estén resueltos⁸⁹. Asimismo, tanto la doctrina⁹⁰ como la jurisprudencia⁹¹ entienden que no existiría conspiración si uno de los conspiradores es un agente provocador.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley N° 20.000 ha sido objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁹², alegando el requirente que se trataría de una ley penal en blanco al igual que el artículo 16 y 19 letra a) de la misma ley. Esto fue rechazado por el Tribunal Constitucional por entender que el artículo 17 de la Ley N° 20.000 se debe entender conforme al artículo 8° del CPCh., lo que es evidente, pero lamentablemente no realiza ningún análisis de fondo sino solo se remite a citar la doctrina penal chilena. Igualmente, se puede observar una cierta tendencia por parte de los defensores penales a alegar que el delito cometido por el imputado es la conspiración y no la realización de otras conductas penadas en la Ley N° 20.000 con el objetivo de obtener una menor pena. Esto tiende a ser rechazado por los jueces y también se rechaza por las Cortes de Apelaciones⁹³, principalmente porque cualquier conducta desplegada en el marco del tráfico de drogas (en términos generales) cabe dentro del artículo 3° de la ley (que establece el tipo penal de tráfico en sentido

⁸⁸ Sentencia Corte Suprema, de 3 julio 2012, emitida en causa rol N° 2081-2012.

⁸⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio – MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999), p. 210

⁹⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos*, cit. (n. 30). p. 89.

⁹¹ Véase Sentencia de Corte Suprema, de 2001, de 4 de junio de 2001, emitida en causa rol N° 3912 -2001, establece en el considerando séptimo: “la conspiración que se ha estimado punible por la sentencia recurrida, se indujo indebidamente por un funcionario policial, desnaturalizando la función del agente encubierto, claramente reglado en el artículo 34 de la ley N° 19.366”.

⁹² Sentencia Tribunal Constitucional, de 26 de agosto de 2010, emitida en causa rol N°1443-2010.

⁹³ Véase Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, de 8 de junio de 2011, emitida en causa rol N° 703-2011; Corte de Apelaciones de San Miguel, de 1 de octubre de 2011, emitida en causa rol N° 1359-2011; Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de mayo de 2017, emitida en causa rol N°106-2017.

amplio y en sentido estricto) o en otro artículo de la ley, lo que finalmente demuestra la escasa y difícil aplicación de esta figura⁹⁴.

c) Situación de la conspiración en los delitos de tráfico de drogas en España

En España a diferencia de nuestro país, los delitos contra la salud pública y en particular los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se regulan en el Código Penal, a partir del artículo 359 y siguientes. Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico se sancionan los actos preparatorios, como es la conspiración en el artículo 373 del Código Penal Español que establece: “*La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores*”.

Tal como señala Joshi Jubert, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria al tratarse de delitos de peligro abstracto, de mera actividad y de consumación anticipada han sido determinante para no admitir, o hacerlo de forma excepcional, las formas previas a la consumación. Sin perjuicio que existe un sector en la doctrina española que ha entendido que la naturaleza de delito de peligro abstracto no impide apreciar ni actos preparatorios punibles ni formas de imperfecta ejecución⁹⁵. Igualmente, Rey Huidobro dice respecto de la conspiración en los delitos de tráfico de drogas: “los tribunales no deberían ser demasiado rigurosos a la hora de apreciar el grado de determinación del plan criminal y que debería bastar con que los conspiradores se concierten para traficar con drogas ilegales, aunque desconozcan aún datos tales como el lugar en que se practique, el medio de transporte que van a utilizar y otros detalles semejantes carentes de trascendencia a estos efectos”⁹⁶. Sin embargo, discrepamos de lo señalado, porque la conspiración implica una resolución seria, en que los conspiradores deben acordar el plan delictivo en todos los aspectos esenciales (lugar, modo de actuar, la época de realización, etc.) y además debe existir una voluntad de llevarlo a cabo, por tanto, los tribunales sí deben ser rigurosos para determinar si estamos frente a este acto preparatorio o no.

Desde la perspectiva práctica, para efectos de entender en qué casos se puede aplicar la conspiración, existe un fallo del año 1995 en que el Tribunal Supremo Español señaló: “una pluralidad de personas se ha reunido llevando varias de ellas elementos mecánicos y químicos, adquiridos, con un desembolso económico de cierta importancia y utilizables en la manipulación y elaboración de cocaína para su presentación posterior en la forma en que se utiliza por quienes la consumen como droga estupefaciente. No se había aun realizado ninguna actividad concreta de elaboración sobre la cocaína ya existente en posesión de las personas reunidas pero si se revela la intención indudable de

⁹⁴ Existen escasos casos en que se ha condenado por aplicación del artículo 17 de la Ley N° 20.000. Véase Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 14 de noviembre de 2014, emitida en causa rol N°634-2014.

⁹⁵ JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1999), p. 229.

⁹⁶ REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999), p. 147.



realizar una actividad de elaboración en un momento posterior, con lo que concurren los elementos precisos para apreciar la conspiración para la comisión de un delito de tráfico de drogas⁹⁷.

4. Interpretación a la luz de los principios del Derecho Penal

Existen una serie de principios que en términos generales limitan el ius puniendi o la potestad que tiene el Estado de castigar a quien comete un delito. Sin embargo, esta potestad que tiene el Estado está sujeta a distintos límites, en la medida que existe un Estado de Derecho, que además es un Estado social y democrático. Por lo que no basta con que existan un Derecho Penal entendido (en general) como la manifestación de la voluntad soberana (entiéndase Congreso Nacional) en orden a sancionar ciertas conductas, sino que se debe respetar el límite de lo social y democrático. En tal sentido, Garrido Montt señala que lo social subordina el ejercicio del ius puniendi del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre sus súbditos y proteger los intereses que estos califican como fundamentales (bienes jurídicos). Respecto a la naturaleza democrática del Estado, esto conlleva a que, si ha de privarse o restringirse la libertad de algunos de sus súbditos, se debe limitar el empleo de esas medidas a lo necesario para alcanzar los objetivos generales del Derecho Penal y los particulares de la pena, concluyendo Garrido Montt que el fin del Estado es estar al servicio del hombre, no estándole permitido dominarlo o instrumentalizarlo⁹⁸.

El ius puniendi tiene como límite una serie de principios (más allá de su clasificación)⁹⁹ como son el principio de legalidad, de culpabilidad, de peligrosidad, non bis in ídem, de lesividad, de intervención mínima, de proporcionalidad, de humanidad de las penas, etc. Sin embargo, nos centraremos en dos principios que a nuestro entender se vulneran más significativamente con la conspiración del artículo 17 de la Ley N° 20.000.

a) Principio de lesividad u ofensividad

El primero de ellos es el principio de lesividad u ofensividad, que implica que nunca el derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo¹⁰⁰. Estimamos que el bien jurídico protegido por los delitos sancionados en la Ley N° 20.000 es la salud pública, entendida como la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, además del peligro a la libertad de los individuos afectados por la eventual dependencia física o psíquica a que el consumo

⁹⁷ JOSH JUBERT, Ujala, cit. (n. 94), p. 231.

⁹⁸ GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 51), I, p. 30.

⁹⁹ Autores como Garrido Montt en el estudio de los principios, distinguen entre los límites de la facultad de castigar en un Estado de Derecho, límites en un Estado social y límites en un Estado democrático, así GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, cit. (n. 51), I, p. 30 y ss. Por su parte Zaffaroni distingue en términos generales entre el principio de legalidad, principios limitativos que excluyen violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos y principios limitadores de la criminalización que emergen directamente del Estado de Derecho, ver ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, cit. (n. 21), p. 110 y ss.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, cit. (n. 18), p. 128.



frecuente de las mismas puede conducir. Es por ello que Matus señala que la medida del peligro para estos bienes jurídicos se encuentra en la posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias prohibidas, en la medida que de ese modo dichas sustancias son puestas ilícitamente a disposición de los consumidores finales¹⁰¹.

Tal como dice Zaffaroni “la legislación contemporánea tiende a minimizar el bien jurídico mediante la proliferación de los delitos de peligro abstracto y, además, en la sociedad de riesgo, de la revolución tecnológica, mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios”¹⁰². Por eso la legislación penal inspirada en la idea de dañosidad social (en este caso la difusión incontrolada de la droga) debería conllevar a renunciar a la introducción de bienes jurídicos vagos y evitar la incriminación de conductas anticipadas, sino el delito pierde la visibilidad del mal y pasa a ser un refuerzo del derecho administrativo¹⁰³. Por su parte Ferrajoli al relacionar este principio con la laicidad del derecho plantea que “es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que, en concreto, sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad”¹⁰⁴. De lo contrario dice el Ferrajoli “si por lesividad de una conducta se entiende de manera general la perturbación de estructura normativa de la sociedad o un no mucho más preciso daño social, es difícil que el principio de lesividad pueda operar como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere inmoral”¹⁰⁵. Aún más, la exigencia de que el derecho penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos penales constituye una garantía fundamental del derecho penal moderno¹⁰⁶.

El problema del bien jurídico de estos delitos, es que no solo se protege la salud pública, también se ha entendido que comprende a la salud individual, lo cual ha sido discutido en la doctrina y jurisprudencia española. Se ha concluido que si la conducta pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia¹⁰⁷. Lo que conlleva a afirmar que en esta clase de delitos se sanciona la lesión que pueda ocasionar algunas de las conductas descritas por la ley a la salud pública y el peligro abstracto que dicha conducta supone para la salud individual.

¹⁰¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio – MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Lavado*, cit. (n. 86), p. 89.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, cit. (n. 18), 2003, p. 129.

¹⁰³ POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones*, cit. (n. 34), p. 69.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (Buenos aires, Editorial Hammurabi, 2014), II, p.426.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, cit. (n. 104), II, p. 427.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2ª edición, Montevideo, Editorial B de F, 2010), p. 424.

¹⁰⁷ FARIÑA GÓMEZ, Haridán, *Tráfico de drogas: bien jurídico y supuestos de atipicidad* (Santa Cruz de Tenerife, Tesis de grado Universidad de la Laguna, 2016), p. 13. Disponible en <<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2549/TRAFICO%20DE%20DROGAS%20BIEN%20JURIDICO%20Y%20SUPUESTOS%20DE%20ATIPICIDAD.pdf?sequence=1>>. [fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].

En consecuencia, si los delitos contra la salud pública (sin perjuicio del análisis particular de cada uno de los tipos penales) suponen una lesión a dicho bien jurídico, la tentativa de dichos delitos supondría determinar si tal acción conlleva un grado de peligrosidad que permita afirmar *ex post* el juicio de peligro, esto es, la puesta en peligro¹⁰⁸ del bien jurídico¹⁰⁹ salud pública. Por tanto, ¿cuál es la justificación de sancionar la conspiración? A nuestro entender ninguna, porque el eventual “peligro” está bastante alejado de del bien jurídico tutelado, por lo que entendemos que el castigo de este acto preparatorio en la Ley N° 20.000 vulnera el principio de ofensividad. En términos prácticos, si el sujeto A y sujeto B acuerdan vender dosis de cannabis sativa en una universidad, pero no concretan dicha acción ¿existe una afectación a la salud pública y a la salud individual? A nuestro entender no hay detrimento alguno del bien jurídico, sin perjuicio del reproche moral o ético de esa conducta, o de una eventual sanción por parte de la institución educacional.

b) Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad en el derecho penal implica que todos los delitos sean castigados con pena justa, correspondiente a la gravedad de la acción punible en particular singularmente considerada, y congruente en relación con la penalidad prevista para el resto de delitos incriminados en el cuerpo legal¹¹⁰. Es por ello, por lo que para fijar la pena de acuerdo a Náquira se deben tener en cuenta tres criterios: i) La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, es decir, para ser legítima la reacción penal esta debe ser concordante con la intensidad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado; ii) La intensidad del reproche a su autor; y iii) nocividad social del comportamiento¹¹¹. En relación con este tema Silva Sánchez ha señalado que “no basta con la “necesidad” de la intervención penal, entendida como insuficiencia de los mecanismos extrapenales para afrontar un determinado problema social. Es preciso, además, que el hecho en sí de la intervención jurídico-penal, así como la medida de su intensidad, resulten adecuados y proporcionados”¹¹².

El problema de la conspiración de acuerdo con el artículo 17, es que se sanciona con una pena inferior a un grado respecto alguno de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000 y a su vez la tentativa se la equipara a la consumación en el artículo 18 de la

¹⁰⁸ Sin perjuicio del análisis en detalle de la tentativa que no es el objeto de esta investigación, por ejemplo, en el estudio de este tema Silva Sánchez señala que se debe distinguir: i) juicio *ex ante* y *ex post* peligroso; ii) juicio *ex ante* y *ex post* no peligroso; iii) juicio *ex ante* no peligro. Ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Los límites de la tentativa punible. Una perspectiva epistemológica. Con especial referencia al Código penal español de 1995* en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2000) 7, p. 159 y ss.

¹⁰⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial*, en *Revista Política Criminal* (2006) 1, p. 12. Disponible en < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_2.pdf >. [fecha de consulta: 7 de octubre de 2017].

¹¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general* (5ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2004), p. 158.

¹¹¹ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Principios y penas en el Derecho penal chileno* en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008), p.22. Disponible en < <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> >. [fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos*, cit. (n. 54), p. 21.

ley al establecer “Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”. Atentando tanto el artículo 17 y como el artículo 18 contra este principio, además de alterar la regla de determinación de la pena que establece nuestro CPCh. en el artículo 52, en cuanto a que la tentativa de un crimen o simple delito, se le aplica la pena del respectivo delito rebajada en dos grados. En nuestra opinión, para que no exista una vulneración al principio de proporcionalidad existen dos posibles soluciones: i) no sancionar la conspiración y en la tentativa aplicar siempre una pena menor al delito consumado; ii) sancionar la conspiración con una pena distinta a la privativa de libertad, como puede ser una pena pecuniaria o una medida de seguridad y la tentativa sancionarla siempre con una pena menor a la consumación. En este caso, preferimos la primera opción por lo ya señalado en relación a este principio y el anterior.

III. ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL DE LA CONSPIRACIÓN EN LA LEY N° 20.000

1. La expansión del Derecho Penal

Silva Sánchez ha realizado una valiosa contribución al estudiar y describir lo que ha denominado como la “expansión del derecho penal”, la que tiene diversas causas como la aparición de nuevos riesgos, la institucionalización de la inseguridad, la identificación social de la mayoría social con la víctima del delito, etc. Tal como dice Künsemüller “somos testigos presenciales del surgimiento y desarrollo – con gran empuje y creciente adhesión– de un denominado “derecho penal nuevo”, un “derecho penal ad-hoc” para la sociedad de riesgo, un derecho penal claramente expansivo, que tiende – peligrosamente a nuestro juicio– a apartarse cada vez más, invocando razones de eficiencia, de los principios limitativos del ius puniendi estatal, de los principios cardinales, de significación capital para el derecho punitivo”¹¹³.

Dentro de las causas de expansión del derecho penal, consideramos que aquella que permite explicar el castigo de los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas es la aparición de nuevos riesgos. Tal como dice Silva Sánchez desde la enorme difusión de la obra de Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como “sociedad del riesgo” o “sociedad de riesgos”¹¹⁴. En consecuencia, la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)¹¹⁵.

¹¹³ KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Política criminal: ¿Qua Vadis?*, ahora, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna (editora), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, (Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007) p. 200.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª edición, Madrid, Editorial EDISOFER, 2011), p. 13.

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*, cit. (n. 114), p. 15.

De acuerdo con Díez Ripollés la política criminal que pretendería dar respuesta a esa sociedad del riesgo podría evocarse a partir de cuatro grandes rasgos¹¹⁶: i) una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal, la cual pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas, o sobre realidades sociales preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado; ii) perseguir la criminalidad de los poderosos; iii) la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social; y iv) la necesidad de acomodar los contenidos del derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades que plantea la persecución de esta nueva criminalidad. Esto hace que el derecho penal resultante de esta política criminal tenga una serie de características, siendo una de ellas la anticipación del momento que procede la intervención penal, generalizando el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados¹¹⁷. De igual forma, entendemos que el problema no es la expansión frente a nuevos riesgos como tal, sino el problema es la técnica legislativa empleada existiendo casos en que no se protege bien jurídico alguno con la conducta sancionada, se establece una ley penal en blanco, se vulnera el principio de proporcionalidad, etc. En síntesis, la expansión del derecho penal nos permite entender el fenómeno del castigo de nuevos “riesgos”, pero no es suficiente para determinar si existe o no algún fundamento político criminal para penar la conspiración respecto de los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

2. Derecho Penal del enemigo

a) Planteamiento de Jakobs

El penalista alemán Günther Jakobs durante un Congreso de profesores de derecho penal celebrado en Frankfurt en 1985, se refiere por primera vez al término “derecho penal del enemigo” en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estadio previo a una lesión” del bien jurídico. En esta ponencia, Jakobs manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al derecho penal del enemigo del derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el Estado liberal. Luego en un congreso en Berlín el año 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Diferente fue la reacción crítica entre los juristas alemanes después de la intervención de Jakobs en este Congreso, principalmente por la diferenciación que el autor propone entre el derecho penal del ciudadano dirigido a personas y el derecho penal del enemigo destinado a no personas y que es según Jakobs, necesario para combatir, por ejemplo, el terrorismo¹¹⁸.

Jakobs plantea que se podría argumentar que cualquier pena, o incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo¹¹⁹. Para esto el autor analiza lo

¹¹⁶ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005), pp. 4 s. Disponible en < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.> [fecha de consulta: 4 de octubre de 2017].

¹¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, cit. (n. 114), p. 5.

¹¹⁸ VÍQUEZ, Karolina, *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, en *Revista Política Criminal* 3 (2007) 2, p. 2. Disponible en < http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf.> [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2017].

¹¹⁹ JAKOBS, Günther – CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005), p. 25.

planteado por distintos filósofos del siglo XVI y XVII, uno de ellos es Rousseau quien señalaba que cualquier malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, por ello la consecuencia es que al culpable se lo hace morir más como enemigo que como ciudadano¹²⁰. Por su parte Fichte, atenúa esta muerte civil por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia, pero no en el caso del asesinato intencionado y premeditado, ya que en ese caso se mantiene la privación de derechos. Luego Hobbes entiende al delincuente en su rol de ciudadano, pero esta situación es distinta cuando se trata de una rebelión, porque en ese caso existe una recaída en el estado de naturaleza, “aquellos que incurrn en tal delito no son castigados en cuando súbditos, sino como enemigos”¹²¹. Finalmente, Kant plantea que quien no participa en la vida en un estado comunitario-legal debe irse, lo que significa que es expelido, en todo caso no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede tratar como enemigo. A partir de estas opiniones Jakobs concluye que mientras el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros¹²².

Asimismo, el autor señala que existen muchas reglas del derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición de tratar al delincuente como persona. Ejemplo de ello serían aquellos casos en que el legislador está pasando a una legislación de lucha, como es en el ámbito de criminalidad económica, del terrorismo, la criminalidad organizada, delitos sexuales, etc. Incluso en la conspiración para delinquir, se han apartado –dice Jakobs– de manera duradera del derecho, es decir, no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona¹²³. Por tanto, el derecho penal tendría dos tendencias, una es el trato con el ciudadano en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad¹²⁴.

Concluye Jakobs señalando que “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”¹²⁵.

¹²⁰ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 26.

¹²¹ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 28.

¹²² JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 31.

¹²³ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 40.

¹²⁴ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 42.

¹²⁵ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 51.

b) Posturas en contra

Analizaremos sólo dos posturas en contra de la tesis de Jakobs, sin perjuicio que ha existido en la doctrina todo un desarrollo sobre el modelo del derecho penal del enemigo. La primera de ellas es del académico español Cancio Meliá, quien parte de la base de la expansión del derecho penal. Esto ha hecho que en el actual derecho penal material como en el derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “derecho penal de la puesta en riesgo” de características antiliberales¹²⁶.

De acuerdo con Cancio cuando se analiza una valoración del derecho penal del enemigo en cuanto parte del ordenamiento jurídico-penal, sobre todo se pregunta si debe ser aceptado como inevitable segmento instrumental de un derecho Penal moderno, preguntándose Cancio ¿el derecho penal (fácticamente existente) forma parte conceptualmente del derecho penal? De acuerdo al autor la respuesta es no. Existiendo dos diferencias estructurales entre derecho penal del enemigo y derecho penal: i) el derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; ii) el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino del autor¹²⁷.

En lo que respecta al punitivismo en materia de drogas dice Cancio que no solo está relacionado con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de las drogas en las sociedades occidentales¹²⁸. En síntesis, de acuerdo a lo planteado por Cancio la función del derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la creación (artificial) de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión¹²⁹.

Otra postura es la desarrollada por Mañalich, quien señala que la si la pena privativa de libertad se constituye como una práctica de exclusión, ella es incompatible con el reconocimiento implicado en el reproche de culpabilidad. Esta contradicción se hace explícita, en el marco del derecho chileno vigente, en el hecho de que la imposición de una pena aflictiva traiga consigo la pérdida de la ciudadanía¹³⁰. Es por ello por lo que Mañalich señala que el derecho penal del enemigo, sobre todo asociado a delitos terroristas, de narcotráfico y en general de criminalidad organizada, bajo la Constitución chilena se encuentra reconocido para un ámbito mucho más extenso: respecto de cualquier delito que tenga asignada una pena de privación o restricción de libertad superior a tres años¹³¹.

La adopción de este modelo político criminal se puede constatar al menos en tres normas. Una de ellas en materia de prisión preventiva, concretamente el artículo 141

¹²⁶ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p.75.

¹²⁷ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 100.

¹²⁸ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 102.

¹²⁹ JAKOBS, Günther– CANCIO MELLÁ, Manuel, *Derecho*, cit. (n. 119), p. 105.

¹³⁰ MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y ciudadanía* (2005), ahora, en KINDHÄUSER, Urs – MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Montevideo, Editorial B de F, 2011), p.116.

¹³¹ MAÑALICH, Juan Pablo, cit. (n. 130), p. 138.

del Código Procesal Penal, que establece: “*que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad*”, esto hace que la función de la condena –de acuerdo a Mañalich– puede reducirse a constituir un momento de comprobación ulterior de la necesidad de intervención sobre el individuo (ya definido) como peligroso, una vez que la prueba aportada hace posible descartar, con mayor certeza, que el individuo no ha ejecutado o intervenido en un hecho respecto del cual la privación de libertad es necesaria¹³². Otra de las normas es el artículo 16 de la Constitución, esta establece que el derecho de sufragio se suspende por hallarse una persona acusada de un delito que merezca pena aflictiva, lo que de acuerdo a Mañalich solo confirma el programa político criminal así constituido.

Además, esta tesis se sustenta en el artículo 9° de nuestra Carta Magna que establece una serie de inhabilidades respecto de quienes sean condenados por “delitos terroristas”, conduciendo a la privación o pérdida (ya no suspensión) de la ciudadanía en caso de condena, pese a que la pena impuesta no sea aflictiva. Lo que se aplica también para los delitos de tráfico de estupefacientes.

Mañalich finaliza diciendo: “la Constitución chilena sienta las bases de un modelo de derecho penal del enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva. Esto hace posible sacar una lección de estos tiempos de neoconstitucionalismo: si el derecho penal se corresponde con la descripción de un derecho constitucional aplicado, el derecho penal del enemigo también puede serlo”¹³³.

c) Posturas a favor

En nuestro país, Piña Rochefort plantea que la existencia episódica de derecho penal del enemigo en nuestros ordenamientos jurídicos penales puede entenderse como un hecho lamentablemente, pero controlado. Por el contrario, dichos episodios silenciosamente están reconfigurando nuestro sistema jurídico-penal, mediante la reconfiguración de estructuras que este utiliza en sus operaciones¹³⁴. Por tanto, Piña entiende que esto se explica por los “procesos de re-estructuración sistemática”.

De ahí que Piña concluya que el derecho penal del enemigo no es un derecho penal excepcional de no-personas. El derecho penal “ordinario” es el que ha cambiado y por personas ya no puede entenderse lo mismo que antes. Si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político. En consecuencia, según Piña el rechazo visceral del derecho penal del enemigo por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni escapa a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación¹³⁵.

Otra postura desarrollada en nuestro país, la ha realizado Schilling. En su obra “El nuevo derecho penal del enemigo”, Schilling desarrolla en detalle las distintas premisas del derecho penal del enemigo a partir de lo expuesto por Jakobs, para luego

¹³² MAÑALICH, Juan Pablo, cit. (n. 130), p. 141.

¹³³ MAÑALICH, Juan Pablo, cit. (n. 130), p. 146.

¹³⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal: fundamentos de la responsabilidad* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010), p. 234.

¹³⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, cit. (n. 134), p. 236.

desarrollar un fundamento ético de dicha tesis a partir de los presupuestos desarrollados por el filósofo alemán Hans Jonas. De acuerdo con Schilling la política criminal debe atender a que siga siendo posible una política criminal futura en un Estado democrático, lo que no será posible cuando esta es ineficaz y se deslegitimen sus normas ante sus destinatarios, llegando hasta tal punto de poner en jaque incluso la legitimidad del mismo Estado Democrático en cuanto a ineficaz para responder a las necesidades sociales de derecho a la seguridad, sobre todo si el avance de los “enemigos” en términos jakobsianos lograr socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho¹³⁶.

Asimismo, Schilling señala que la acción criminal no podemos repelerla de manera inmediata, aun aplicando el derecho penal del enemigo, pero si podemos esperar que, con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se basó en el principio de responsabilidad (del Estado punitivo). En tal sentido agrega que los derechos humanos también consagran el derecho a la paz y a la seguridad¹³⁷. Luego Schilling basándose en Hans Jonas plantea que tenemos el inexcusable deber de pensar en el estado futuro de la humanidad y tenemos el inexcusable deber de pensar en la seguridad ciudadana futura de la humanidad, por tanto, existiría un deber inexcusable y ese deber es el del Estado. Finalmente, entiende que esta expresión punitivista (derecho penal del enemigo) sería un modo de expresión más apasionado de nuestro deseo social (según Schilling) de vivir en paz¹³⁸.

Concluye Schilling con la idea de que la disminución de la delincuencia puede obtenerse con una adecuada política pública de rehabilitación, pero estima que existe una cierta “delincuencia dura” a la que ninguno de estos mecanismos puede rehabilitar, por tanto, contra “ellos” nada funciona más que un derecho penal más severo que restrinja su acción destructiva y acumulativa¹³⁹.

d) Posible aplicación del derecho penal de enemigo al artículo 17 de la Ley N° 20.000

El presupuesto de que la conspiración, al igual que la proposición, se castiguen de manera excepcional, hace preguntar ¿Cuál es el o los fundamentos del castigo de dichas figuras? Los autores en general dicen que la sanción de estos actos preparatorios se debe al peligro que generan para el bien jurídico, sin embargo, es un argumento cuestionable porque este acto preparatorio se aleja demasiado de la lesión al bien jurídico. Respecto de la conspiración en la ley de drogas, Politoff señala que la justificación sería permitir la extradición respecto de países cuya tradición jurídica es el common law ya que en esos Estados la conspiración se sanciona respecto de cualquier delito, argumento que de acuerdo a esta investigación consideramos que es insuficiente. Es por ello por lo que consideramos que la conspiración en la ley de drogas al igual que respecto de los otros delitos, originalmente en los delitos contra la seguridad del Estado, es una manifestación del derecho penal del enemigo. Ya decía Pacheco a mediados del siglo XIX que “la

¹³⁶ SCHILLING FUENZALIDA, Mario, *El nuevo derecho penal del enemigo* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2010), p. 167.

¹³⁷ SCHILLING FUENZALIDA, Mario, cit. (n. 136), p. 168.

¹³⁸ SCHILLING FUENZALIDA, Mario, cit. (n. 136), p. 175.

¹³⁹ SCHILLING FUENZALIDA, Mario, cit. (n. 136), p. 186.

suspiciacia de los gobiernos y de sus agentes se ha apoderado de ella, como del arma de más alcance, para herir los que estimaba sus contrarios”¹⁴⁰.

Igualmente, partimos de la base de que el derecho penal del enemigo, no es simplemente una teoría desarrollada por Jakobs, sino que es la constatación de un fenómeno que ha existido siempre, sin perjuicio de que luego el autor le da una denominación y toma una posición a favor de ella con el transcurso del tiempo. Por tanto, históricamente hablando, el que conspira en contra del Estado o del soberano es un enemigo y se lo debe destruir incluso con la pena de muerte (ejemplo de ello lo mencionábamos respecto del Código Penal Francés de 1791). Actualmente, producto de la expansión que ha tenido el derecho penal, por las diferentes causas ya mencionadas, el castigo de este acto preparatorio se traslada a los delitos relativos al tráfico de drogas (en sentido amplio). Siguiendo la misma lógica, el que conspira para traficar drogas debe ser sancionado en la medida que su conducta genere un peligro (lo que es discutible) al bien jurídico de la salud pública, por tanto, el castigo a estos enemigos que conspiran, nos brinda a “nosotros” ciudadanos, mayor seguridad. El problema de esto, tal como dice Ferrajoli es que el presupuesto de la pena no es la realización de un delito, sino una cualidad personal determinada en cada ocasión con criterios puramente potestativos como los de “sospechoso” o “peligroso”¹⁴¹. Igualmente, el trato diferenciado entre “ciudadanos” y “enemigos”, es cuestionable ya que hace que el Estado de Derecho pueda limitar las garantías y libertades de todos los ciudadanos con el objeto de identificar y contener a los enemigos¹⁴².

Además, la conspiración en la Ley N° 20.000 es una manifestación del derecho penal del enemigo en la medida que implica un adelantamiento del castigo penal, es por ello por lo que consideramos que forma parte de la llamada anticipación de la tutela penal. Igualmente, si seguimos el argumento de Mañalich, aquel que comete alguno de los delitos de la ley de tráfico de estupefacientes pierde su ciudadanía, es decir, si la Constitución lo deja de considerar como ciudadano, entonces lo considera como enemigo. Asimismo, consideramos que no solo el artículo 17 de la Ley N° 20.000 es una manifestación del derecho penal del enemigo, sino que existen otras disposiciones que dan cuenta de ello. Una de ellas sería el artículo 18 que equipara la tentativa a la consumación de cualquiera de los delitos previstos en la ley o el artículo 50 de la misma ley que sanciona el consumo de drogas como falta.

Por tanto, frente a estas manifestaciones de derecho penal del enemigo es importante distinguir siempre entre el discurso descriptivo y normativo. A nuestro entender el derecho penal, desde tiempos remotos ha castigado a ciertos “enemigos” incluso después de la codificación a partir de la cual el derecho penal se sujeta a una serie de principios. Por supuesto, no todo el derecho penal es un derecho penal del enemigo, pero si existen manifestaciones evidentes como es en el caso del terrorismo y el tráfico de drogas. Esto es parte del discurso descriptivo (del ser), pero el derecho penal en ningún caso debiese actuar bajo la idea de “enemigos” (deber ser). En síntesis, ahora que somos

¹⁴⁰ PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 68), p. 103.

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, cit. (n. 104), II, p.162.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo*, cit. (n. 19), p. 115.



conscientes de que el derecho penal en algunas ocasiones actúa sobre la base de la idea de enemigo, vulnerando los principios del derecho penal, anticipando la tutela penal, sancionando actos preparatorios, etc. Es hora entonces, de formular la posible (no necesariamente ha de ser la única) solución a este fenómeno que a nuestro entender es un derecho penal mínimo.

3. Derecho penal mínimo

En los tiempos actuales es necesario adoptar (desde la óptica político criminal) algún modelo punitivo distinto del que existe en el presente carente en ocasiones de los principios del derecho penal, para determinar si en un sistema penal diferente sería aceptable o no sancionar la conspiración en los delitos de tráfico de drogas. Tal como plantea Silva Sánchez no se trata de volver a un derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa, pero tampoco de aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del derecho penal¹⁴³. Sin embargo, en este punto nos distanciamos del planteamiento de Silva Sánchez, quien de manera excepcional acepta la configuración de un derecho penal del enemigo a través de lo que ha llamado la “tercera velocidad del derecho penal”.

Mientras en 1985 Jakobs en Alemania se refirió por primera vez al “derecho penal del enemigo”, en Italia el mismo año Ferrajoli escribe acerca del “derecho penal mínimo”. Ferrajoli a partir lo planteado por el abolicionismo penal, trata de desarrollar una justificación a la existencia del derecho penal entendiendo que la pena está justificada como mal menor (solo si es menor, o sea, menos aflictiva y menos arbitraria) respecto a otras reacciones no jurídicas y, más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del derecho penal respecto a los costos de la anarquía punitiva¹⁴⁴.

En esta misma línea, Ferrajoli plantea su concepción de bien jurídico de acuerdo con un derecho penal mínimo, señalando que “una concepción laica y democrática del Estado y del derecho penal puede justificarse solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas a los bienes fundamentales de la persona, entendiendo por ofensa no solo el daño sufrido sino también el peligro corrido”¹⁴⁵. Es por ello por lo que Ferrajoli rechaza el castigo de aquellos delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, agregando que el “principio de lesividad permite considerar “bienes” sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso”¹⁴⁶. Por tanto, siguiendo esta postura extrema, no tendría lugar el castigo de los delitos de tráfico de drogas y una serie de delitos más, en la medida que resguardan bienes jurídicos colectivos. Lo anterior ha sido duramente criticado por Marinucci y Dolcini, quienes manifiestan que el derecho penal liberal “siempre ha protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos. Aquello que caracteriza al derecho penal contemporáneo es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*, cit. (n. 114), p. 176.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, cit. (n. 104), I, p. 138.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, cit. (n. 104), I, p. 196.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal* (Valladolid, Editorial Trotta, 1995), p. 478.



la doctrina y el legislador, sino que de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entendidas merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de bienes colectivos clásicos¹⁴⁷.

Compartimos el análisis de Ferrajoli cuando señala que existe un incremento de los delitos sin daños, como los que ofenden entidades abstractas como la personalidad del Estado o la moralidad pública; al igual que la extensión indeterminada a través de los bienes tutelados; mediante términos vagos o imprecisos; también concordamos en que existe una anticipación de la tutela de los bienes jurídicos, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien, con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los “actos preparatorios” o “dirigidos a” o “idóneos para poner en peligro”¹⁴⁸. No obstante, una postura extremadamente minimalista como la de Ferrajoli es errónea al prescindir del derecho penal respecto de aquellos bienes jurídicos supraindividuales, porque no esta discusión si debe castigar o no el tráfico de drogas (prácticamente todos los Estados sancionan como delito el tráfico de drogas), sino la discusión debe ser cómo se sanciona el tráfico de drogas desde la óptica del derecho penal. Ya decía Bustos Ramírez “el diseño prioritario de prevención y tratamiento, por una parte, y de ayuda económica por otra, implica no una prohibición penal máxima como sucede ahora, sino por el contrario que tal prohibición sea mínima. Implica desarrollar también una efectiva regulación administrativa, con las correspondientes sanciones llegado el caso, pero que en modo alguno tengan un carácter criminal”¹⁴⁹. Por su parte Baratta plantea que “la idea de un derecho penal mínimo, como criterio inspirador de una justicia penal ajustada al Estado de Derecho y a los derechos humanos, impone para la criminalización de comportamientos problemáticos que se verifiquen algunas condiciones sine qua non”, como son el respeto al principio de legalidad, de idoneidad, de subsidiariedad, de proporcionalidad y de racionalidad¹⁵⁰.

Es por ello, por lo que hablaremos de un derecho penal mínimo (sin perjuicio de cualquier otra denominación que pueda darse) en contraposición al derecho penal máximo como sería la conspiración respecto de los delitos contra la salud pública, recordando que ésta se sanciona respecto de cualquiera de los delitos previstos en Ley N° 20.000. Por tanto, podría ocurrir que se condene a dos personas por el sólo hecho de conspirar para elaborar drogas o conspirar para cultivar especies vegetales del género cannabis, sancionando un acto preparatorio de un acto preparatorio. Esto hace que la Ley N° 20.000 pueda ser concebida como una manifestación del derecho penal máximo en términos de Ferrajoli, porque se preocupa de establecer no las condiciones necesarias

¹⁴⁷ MARINUCCI, Giorgio – DOLGINI, Emilio, *Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9 (2002), p. 160.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, cit. (n. 104), I, p. 199.

¹⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca Cocaína. Política criminal de la droga* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995), p. 144.

¹⁵⁰ BARATTA, Alessandro, *Introducción a la criminología de la droga*, traducción de Mauricio Martínez, en *Nuevo Foro Penal* 12 (1988) 41, p. 339.

sino las suficientes para la condena, y no las condiciones suficientes sino las necesarias para la absolución¹⁵¹.

Es posible hablar de un derecho penal mínimo en materia de delitos de tráfico de drogas, como ya lo hizo Bustos Ramírez, quien plantea que deben primar las sanciones administrativas por sobre las penales, recurriendo al derecho penal en situaciones extremas como por ejemplo cuando se ofrece droga a menores o en general personas que estén disminuidas o afectadas en su libertad de actuación (como son personas muy ancianas con deterioro de sus facultades mentales o personas que sufren alguna enfermedad mental). Concluye Bustos Ramírez diciendo “solo una regulación penal de carácter mínimo, como la reseñada, que implique respeto a los derechos humanos, y al mismo tiempo una cooperación y acuerdo internacional, para enfrentar globalmente la cuestión de la droga, permitiría una real eficacia en la resolución del conflicto en torno a la oferta y demanda de droga”¹⁵².

IV. CONCLUSIONES

Luego de la investigación realizada respecto de la conspiración en la Ley N° 20.000 podemos concluir que:

- 1) La conspiración forma parte del fenómeno que se ha denominado “anticipación de la tutela penal”, que salvo algunos autores no ha sido estudiada en nuestro país, lo que es relevante para dar un marco general del problema y poder situarnos en una situación concreta como es la punición de los actos preparatorios. La dificultad y objeto de esta investigación es determinar si el castigo de este acto preparatorio tiene algún fundamento o no, el que es difícil de encontrar ya que existe una tendencia por parte de la doctrina a examinar a cabalidad la tentativa y señalar que “la conspiración no se sanciona salvo en los casos que establece ley”, repitiéndolo sucesivamente sin realizar ninguna crítica u objeción por breve que sea. Como señalamos, se han esgrimidos algunas razones como el mayor peligro para el bien jurídico, idea que es criticable en la medida que ese es el mismo fundamento que en general se da para sancionar la tentativa de un delito (sin perjuicio de las distintas teorías que existe sobre el particular).
- 2) En relación con lo anterior, el único autor en nuestro país que ha esgrimido un argumento en la dirección señalada es Politoff, al plantear que la justificación del castigo de la conspiración en los delitos de tráfico de drogas es permitir la extradición con aquellos países de la tradición del common law en que la conspiración se sanciona respecto de cualquier delito y, así cumplir con las obligaciones que emanan de los tratados internacionales que reprimen el tráfico de drogas. Pero este argumento no considera lo que señala la misma Convención de las Naciones Unidas contra el

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit. (n. 146), p. 107.

¹⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca Cocaína*, cit. (n. 149), p. 145.

Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Dicho instrumento internacional establece que queda a “reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico” sancionar estos actos preparatorios juntos con otras conductas. Es por ello por lo que a partir de lo señalado consideramos que esta figura atenta contra los principios de nuestro derecho penal como es la ofensividad y la proporcionalidad, asimismo también vulnera la libertad individual como derecho fundamental en un Estado Democrático de Derecho, entendiendo que la función del Estado es contener el poder punitivo, por tanto, siempre debe primar la libertad de ciudadanos frente a la punición de conductas preparatorias.

- 3) Luego el análisis político criminal, tiene su razón de ser en determinar si existe o no un fundamento para penar la conspiración desde esta perspectiva. No cabe duda que ha existido un proceso de expansión del derecho penal, uno de los tantos ejemplos es el reproche penal del tráfico de drogas. Igualmente sostenemos que el castigo de la conspiración en la Ley N° 20.000 es una manifestación del derecho penal del enemigo, en la medida que se sanciona una conducta que es “peligrosa”, pero que a nuestro entender se distancia no solo de la lesión sino también del peligro al bien jurídico. Asimismo, siguiendo a Mañalich quien comete alguno de los delitos de la Ley N° 20.000 pierde la calidad de ciudadano, o sea deja de ser ciudadano y se lo considera enemigo. Es por ello que, esta distinción entre ciudadanos y enemigos es abominable porque en un Estado de Derecho no hay “amigos y enemigos” sino inocentes y culpables.
- 4) Finalmente, una solución (no la única) desde la óptica político criminal es abogar por un derecho penal mínimo. Tal como decíamos, esta es una postura extrema ya que entiende que la protección penal solo se debe extender a aquellas conductas en que existe una víctima de carne y hueso. Pero, no se debe olvidar que existen bienes jurídicos colectivos que requieren de protección penal como la salud pública, la administración pública, el orden socioeconómico, etc. Por ello es necesario reiterar, que en este sentido hablamos de un derecho penal mínimo, en la medida que se deben criminalizar aquellas conductas que lesionan la salud pública al mismo tiempo que se debe descriminalizar una serie de otras conductas que ni siquiera constituyen un peligro para dicho bien jurídico, como es el caso de la conspiración. En conclusión, a nuestro entender el castigo de la conspiración en Ley N° 20.000 y en general en el derecho penal debe ser abolido, en la medida que no existe justificación alguna para su sanción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANTOLISEI, Franceso, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960).
- ARMENTA, Amira – JELSMAN, Martín, *Convenciones de drogas de la ONU guía básica en Transnational Institute1* (2015). Disponible en < <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>>. [fecha de consulta: 16 de octubre de 2017].
- BARATTA, Alessandro, *Introducción a la criminología de la droga*, traducción de Mauricio Martínez, en *Nuevo Foro Penal* 12 (1988) 41.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español* (Barcelona, Editorial Bosch, 2004), I.
- BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal* (Santiago, Editorial Lexis Nexis 2005).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal: parte general* (4ª edición, Barcelona, Editorial PPU, 1994).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca Cocaína. Política criminal de la droga* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1995).
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, *Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial*, en *Revista Política Criminal* (2006) 1. Disponible en < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_2.pdf>. [fecha de consulta: 7 de octubre de 2017].
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires, Editorial B de F, 2008).
- CEREZO MIR, José, *Temas fundamentales del Derecho Penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), II.
- Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998* (32ª Edición, Traducción castellana de Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999). Disponible en < https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>. [fecha de consulta: 4 de octubre de 2017].
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990).
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del art. 4, I, CP* (Barcelona, Editorial Bosch, 1978).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general* (7ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005).
- CURY URZÚA, Enrique, *Tentativa y delito frustrado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1977).
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"* en *Nuevo Foro Penal* 12 (2006) 69,
- DE REMENTERÍA, Ibán, *Las drogas de los detenidos* (Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, 2016).

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005). Disponible en < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>> [fecha de consulta: 4 de octubre de 2017].
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (Buenos aires, Editorial Hammurabi, 2014), II.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal* (Valladolid, Editorial Trotta, 1995).
- FARIÑA GÓMEZ, Haridian, *Tráfico de drogas: bien jurídico y supuestos de atipicidad* (Santa Cruz de Tenerife, Tesis de grado Universidad de la Laguna, 2016). Disponible en < <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2549/TRAFICO%20DE%20DROGAS%20BIEN%20JURIDICO%20Y%20SUPUESTOS%20DE%20ATIPICIDAD.pdf?sequence=1>>. [fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, *La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito* (España, Tesis Doctoral Universidad de Jaén, 2003).
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, *Formas de anticipación de la tutela penal* en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 8 (2006). Disponible en < <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>>. [fecha de consulta: 1 de octubre de 2017].
- FUENZALIDA PALMA, Sergio, *La proposición y la conspiración en Derecho Penal* (Valparaíso, Sociedad Editora Italiana, 1941).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2003).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Código Penal Francés de 1791*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (2009) 1.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Nuevo foro penal* 12 (1991) 51.
- HASSEMER, Winfried, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno* en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45 (1992).
- HULSMAN, Louk, *La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, traducción de Sergio Politoff, en *Nuevo Foro Penal* 12 (1987) 35.
- JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005).
- JAKOBS, Günther, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico* en *Estudios de Derecho penal* (1997).
- JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: parte general* (5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial Losada, 1970), VII.
- JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP* (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1999).
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, *El castigo de las formas preparatorias del delito* en *Derecho y Humanidades* 1 (2010) 16.

- KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Política criminal: ¿Qua Vadis?*, ahora, en VILLEGAS DÍAZ, Myrna (editora), *Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. In memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, (Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y ciudadanía* (2005), ahora, en KINDHÄUSER, Urs – MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Montevideo, Editorial B de F, 2011), p.116
- MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, *Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9 (2002).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *La política criminal de los tratados internacionales*, en *Revista Ius et Praxis* 13 (2007) 1.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre – RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno parte especial* (3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2014).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (7ª edición, Buenos aires, Editorial Euros, 2004).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte General* (7ta edición, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007).
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2017), II.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Principios y penas en el Derecho penal chileno*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10 (2008). Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>>. [fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica, 2005), II.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal. Concordado y comentado* (5ª edición, Madrid, Editorial Manuel Tello, 1881).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Derecho Penal: fundamentos de la responsabilidad* (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general* (5ª edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2004).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes*, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (1997) 3.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1999).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Sistema jurídico-penal y legitimación política en el estado democrático de derecho*, en *Gaceta Jurídica* 172 (1994) 172.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio – MATUS, Jean Pierre, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005).
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999).

- RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno* (Valparaíso, EDEVAL, 1974).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José – SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español: parte especial* (18ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, 1995).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La punición de los actos preparatorios en Instituto Nacional de Estudios Jurídicos* (1969).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal: parte general* (Madrid, Editorial Thomson Reuters, 1997).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal* (España, Universidad de Valladolid, 1999).
- SAYRE, Francis, *Criminal Conspiracy*, en *Harvard Law Review* 35 (1922) 4.
- SCHILLING FUENZALIDA, Mario, *El nuevo derecho penal del enemigo* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2010).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (2ª edición, Montevideo, Editorial B de F, 2010).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3ª edición, Madrid, EDISOFER, 2011).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Los límites de la tentativa punible. Una perspectiva epistemológica. Con especial referencia al Código penal español de 1995* en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (2000) 7.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo código penal: Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona, Editorial José María Bosch, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía* (Montevideo, Editorial B de F, 2009).
- SOLARI PERALTA, Tito, *Delitos sobre estupefacientes (Legislación comentada)* en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1986) 10.
- SORIANO SORIANO, José Ramón, *Delitos contra la salud pública y contrabando* (Madrid, Edición Consejo General del Poder Judicial, 2000).
- VÍQUEZ, Karolina, *Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*, en *Revista Política Criminal* 3 (2007) 2. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_2_3.pdf>. [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2017].
- ZAFFARONI, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal* (Madrid, Editorial Dykinson, 2006).
- ZAFFARONI, Eugenio, *Política criminal en materia de drogas en la República de Argentina*, en *Nuevo Foro Penal* (1991) 54.
- ZAFFARONI, Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal: Parte General* (Buenos Aires, Editorial Ediar, 2003).
- ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Derecho Penal: parte general* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004).

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de Corte Suprema, de 4 de junio de 2001, emitida en causa rol N° 3912 -2001.
Sentencia Tribunal Constitucional, de 26 de agosto de 2010, emitida en causa rol N°1443-2010.

Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 8 de junio de 2011, emitida en causa rol N° 703-2011.

Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, de 1 de octubre de 2011, emitida en causa rol N° 1359-2011.

Sentencia de Corte Suprema, de 3 julio 2012, emitida en causa rol N° 2081-2012.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 14 de noviembre de 2014, emitida en causa rol N°634-2014.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Iquique, de 6 de julio de 2015, emitida en causa rol N°146-2015.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 2 de mayo de 2017, emitida en causa rol N°106-2017.