LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO TENTATIVA Y FRUSTRACION

ESTUDIO DE DOGMATICA PENAL Y DE
DERECHO PENAL COMPARADO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

2.1. RECONOCIMIENTO DEL TERRENO

Se ha visto antes que la *tentativa* requiere un “principio de ejecución por hechos directos”, de donde se sigue que la anticipación de la punibilidad a etapas anteriores al principio de ejecución, que es necesariamente excepcional, concierne al ámbito de los *actos preparatorios*. Hemos visto asimismo que los *actos preparatorios* realizados por el *actor aislado*, hasta respecto de los más graves delitos, son como regla *impunes*, mientras que nuestro derecho, aunque excepcionalmente, como la generalidad de las legislaciones extranjeras, admite la punibilidad de ciertas formas de *actos preparatorios de carácter pluripersonal*. Razones para ello se hallan, no tanto en una mayor peligrosidad para el bien jurídico, sino en la *objetivación del propósito delictivo a través de su comunicación* y, como ha destacado la doctrina holandesa (vid. *supra*), en que el *desistimiento voluntario* es más fácil en los actos preparatorios individuales que en los de índole plural.

(Ello no obsta, ya se ha visto, a que, en ocasiones, el legislador haya descrito figuras *sui géneris*, en el catálogo de delitos de la Parte Especial, como delitos autónomos de peligro abstracto, conductas cuya consumación no consiste, en rigor, en otra cosa que en hechos preparatorios para delitos ulteriores. Tales delitos preparatorios pueden ser tanto de realización pluripersonal (como las asociaciones ilícitas) como de realización eventual por un actor aislado, como son los delitos de los arts. 445 y 481 del C.P.) (vid. *supra*).

En cuanto fases del *iter criminis* (es decir, no como *delitos consumados sui géneris*), nos interesan aquí, pues, exclusivamen-

te, los *actos preparatorios de realización pluripersonal* que, aunque excepcionalmente castigados, son, en nuestro derecho,¹⁰⁶ los *únicos actos preparatorios punibles*. Ellos son la *proposición* y la *conspiración*, previstos en el artículo 8º del Código Penal.¹⁰⁷ Aunque la *proposición* y la *conspiración* son *actos preparatorios*, no se trata de actos *materiales* de preparación, sino de actos de *comunicación* de la resolución delictiva (en ese sentido suele hablarse de “resolución manifestada”).

Según JIMENEZ DE ASUA, “la penalización de la proposición y la conspiración es el barómetro que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones”, y pone como ejemplo a Chile como “un país de auténtica vocación democrática”, en el que tales incriminaciones son excepcionales.¹⁰⁸

2.2. LA PROPOSICIÓN Y LA CONSPIRACIÓN, ¿UN VERDADERO TEMA DEL *ITER CRIMINIS* O UN ASUNTO DE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN?

Hay escritores que piensan que la *proposición* y la *conspiración* no corresponden al proceso del trayecto del delito, a sus fases o grados de desarrollo desde la ideación, sino que son, en rigor, *formas* (tal vez más o menos excéntricas) *de participación criminal*. Esta última es, por ejemplo, en la literatura en nuestra lengua, la postura de MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN,¹⁰⁹ entre los autores españoles, y del profesor y magistrado chileno MARIO

¹⁰⁶ En el Código español, en cambio, se añade a la proposición y la conspiración (art. 17) una tercera forma de acto preparatorio punible: la *provocación* (art. 18). El Código holandés conoce, además de la figura de inducción fracasada (art. 46a), una hipótesis punible de actos preparatorios, destinada a combatir la gran criminalidad, que pudieran llevarse a cabo también por un actor individual, pero a condición de que la realización del hecho planeado deba cometerse en forma colectiva (art. 46).

¹⁰⁷ Consideran también la proposición y la conspiración como actos preparatorios punibles, entre otros, Etcheberry (op. cit., II, p. 43) y Cury (*Derecho Penal*, II, p. 203); en contra, Garrido Montt, op. cit., p. 313.

¹⁰⁸ Jiménez de Asúa, op. cit., t. VII, p. 268.

¹⁰⁹ Muñoz Conde/García Arán, op. cit., p. 398.

GARRIDO MONTT,¹¹⁰ quien sostiene que “la proposición y la conspiración son dos instituciones que no han sido objeto de un adecuado tratamiento sistemático”.

Es probable la *influencia de un sector de la doctrina alemana en esas opiniones*, que contradicen no sólo 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 C.P., 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 perpetración. Por otra parte, al determinar la penalidad en casos de crímenes contra la seguridad exterior del Estado, nuestro Código, aunándolos en un mismo precepto (art. 111), reduce sucesivamente la respectiva sanción, según su distancia de la consumación (delito frustrado, tentativa, conspiración y proposición).

Es más: aunque en el *Código alemán* la situación es exactamente la inversa, ya que las figuras equivalentes a nuestra proposición y conspiración se regulan precisamente en el *Título III, relativo a la autoría y participación*, también hay tratadistas que, como ROXIN,¹¹¹ consideran *tales figuras como escalón previo de la tentativa*. Asimismo en el Código holandés, donde se introdujo recientemente una disposición (art. 46) que establece la punibilidad de determinados *actos preparatorios materiales*, se ha situado, inmediatamente a continuación, un artículo para la hipótesis de *tentativa de inducción* (art. 46a), muy semejante a lo que en nuestra ley es la *proposición*.

En suma, las nociones de *proposición* y de *conspiración* no necesitan ser removidas de su ubicación tradicional en el *iter criminis*, a que razonablemente pertenecen en la sistemática legal. A ello no obsta, sin embargo, que su problemática esté estrechamente ligada a la que concierne a la teoría de la participación criminal.

¹¹⁰ Garrido Montt, op. cit., p. 315.

¹¹¹ Claus Roxin, en *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., §30, nota 2.

§ 3. LA PROPOSICION COMO INDUCCION FRACASADA (TENTATIVA DE INDUCCION)

3.1. SU PUNIBILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

¿De dónde deriva la vinculación entre la *proposición*, como fase del *iter criminis*, y la teoría de la participación criminal, más precisamente con la noción de inducción?

Piénsese en el siguiente ejemplo: A propone a B la sustracción de unas valiosas joyas de la casa de campo de la opulenta señora K. Con el propósito de cometer el delito, B sigue las indicaciones de A sobre la ubicación de la mansión, pero no logra encontrarla y se vuelve sin conseguir su objeto. Si la apropiación de las joyas se hubiera perpetrado o si B hubiera penetrado al menos en la casa de la señora K, habría existido, en su caso, robo consumado o tentativa. En tal evento A habría sido responsable como *inductor* del delito (art. 15, N° 2, del C.P.). Pero al no haberse llegado siquiera al *principio de ejecución*, la conducta de B (búsqueda de la casa), en cuanto realización de actos puramente *preparatorios*, es impune. De acuerdo con el principio de la *accesoriedad*, es también impune la conducta de A, que sólo podría calificarse de *inducción fracasada*, esto es, de *tentativa de inducción* o de *inducción frustrada*. Por supuesto, estaría también *fracasada* la inducción y podría hablarse también de *inducción intentada*, si B hubiera rechazado la proposición de A para ejecutar el delito.¹¹²

¹¹² Es interesante anotar que en el Código italiano (art. 115) se dispone *explícitamente* que la instigación que no ha sido acogida y la que no fue seguida por un principio de ejecución *no son punibles* (aunque cabe a su respecto, eventualmente, la medida de seguridad de vigilancia de la autoridad). Cf. Bettiol, *Diritto Penale*, Parte Generale, p. 531.

Cuando el “inductor” tropieza con alguien que no se deja convencer o que no sigue sus indicaciones o que, después de haber aceptado, desiste de proseguir lo proyectado, antes de dar principio a la ejecución, el hecho es también impune para él, aunque en lo que le concierne, haya hecho todo lo posible para que el eventual ejecutor llevara a cabo el delito. Castigarlo por esa inducción fracasada habría significado apartarse del sistema de accesoriedad en que se funda nuestro sistema de participación criminal. En efecto, “la inducción ha de ser eficaz, es decir, es una *proposición aceptada y realizada*”,¹¹³ o, lo que es lo mismo, “la proposición aceptada y realizada convierte a la proposición en inducción”.¹¹⁴

En el derecho comparado suele extenderse la punibilidad al inductor fracasado, a través de hipótesis que no difieren grandemente de nuestra *proposición*, definida en el artículo 8º inciso 3º del C.P.: “La proposición se verifica cuando el que ha resuelto *cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas*”.

No se trata, pues, de una provocación genérica a cometer delitos, ni de meros consejos, conversaciones, consultas, divagaciones o actos de bravuconería. Tampoco es dable hablar de *proposición* si sólo se trata de explicaciones preliminares respecto de un hecho que pudiera acontecer y del cual depende que se tome una decisión definitiva sobre la eventual comisión de un delito. La “invitación” *seria* a ejecutar el delito ha de dirigirse a otra u otras personas individualizadas que el proponente, sin embargo, no necesita necesariamente conocer.

En el derecho neerlandés, cuyo Código Penal, de 1886, fundado como el nuestro en el principio de *accesoriedad* (que conducía a la impunidad de la *inducción intentada*) se introdujo, en 1924, en contradicción con su tradición liberal, una figura delictiva autónoma, difícil de justificar dogmáticamente y que tiene sólo una finalidad pragmática de política criminal: la *inducción fracasada* (“*mislukte uitlokking*”), de manera de “poder castigar, sin considerar el efecto de su actuar, al *auktor*

¹¹³ José Antón Oneca, *Derecho Penal*, Madrid, 1949, t. 1, p. 405.

¹¹⁴ Bustos, *Manual*, cit., p. 270.

intellectualis que guarda la cara para hacer que otro haga el trabajo efectivo”.¹¹⁵ El precepto aludido (art. 134 bis) (que tuvo su origen en una tentativa de golpe de Estado, en noviembre de 1918, cuyo inspirador no fue seguido por su partido) castigaba al que “...trataba de mover a otro a cometer un delito, *si el delito o la tentativa del mismo no tenían lugar*”. Esa figura legal fue remplazada en 1996 por el actual artículo 46a, del mismo Código, concebido para castigar, en términos casi idénticos, la *tentativa de inducción*.¹¹⁶

También en el derecho alemán se proclamaba, originalmente, la impunidad del que *invita a otro* a cometer un delito (*proposición*), tanto por la vía de negar la punibilidad de los *actos preparatorios* como por el carácter *accesorio* del castigo de la *inducción*, subordinado a que el ejecutor haya perpetrado el delito, siquiera como tentativa. En efecto, fue sólo a partir del llamado “*párrafo Duchesne*” (§49a), introducido por una ley de 1876 (con motivo de una proposición del belga Duchesne, que se ofreció, por carta al arzobispo de París, para asesinar a Bismarck por una suma de dinero), que se incluyeron algunos casos de punibilidad de determinadas acciones de participación que no conducían a ningún hecho principal, entre las que se contaba la “invitación” a cometer un crimen.¹¹⁷ El actual §30 —a que se llegó luego de una accidentada historia y de no pocas justificadas impugnaciones— comprende dos números, ambos relativos a delitos graves: el primero castiga no sólo la tentativa de inducción, sino también la tentativa de inducción a la inducción,¹¹⁸ y el segundo —sobre el que luego volveremos—, la declaración de estar a disposición para cometer el delito, la aceptación del ofrecimiento de otro y la *conspiración*. Se trata, como bien señala RODRIGUEZ MOURULLO, de conductas que no constituyen todavía fases de *realización del hecho típico* y que, por lo mismo, están en pugna con el principio de responsabilidad por el acto,

¹¹⁵ Hazewinkel-Suringa/Rommelink, op. cit., p. 454.

¹¹⁶ Cf. F.A.J. Koopmans, *Prologen materiël strafrecht*, Groningen, 1997, p. 122.

¹¹⁷ Cf. Politoff, “La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, Nº 3, pp. 447-458 (451 y sgts.).

¹¹⁸ Que Hans Welzel denomina “*tentativa mediata de inducción*”, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1960, p. 103.

respondiendo, más bien, a un derecho penal de la voluntad y del ánimo (*Gesinnungsstrafrecht*).¹¹⁹

En el derecho español, el Código liberal de 1848, que sirvió de modelo al nuestro, definía la *proposición para delinquir* de un modo idéntico al de nuestro artículo 8º inc. 2º, y, como éste, reducía la incriminación a los casos especialmente previstos. Precedente de esa disposición había sido el Código de 1822, en cuyo artículo 6º se leía: “La *proposición* hecha y no aceptada para cometer un delito, y las conjuraciones *en que no haya llegado a haber tentativa*, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine expresamente”. Ya en la reforma de 1850 se extendió la punibilidad de la *proposición* y de la *conspiración* a todos los casos, es decir, dejaron de ser castigadas excepcionalmente (lo que deploraba PACHECO con elocuencia),¹²⁰ pero los Códigos de 1870 y 1932 volvieron a la restricción, retornando al sistema primitivo que las consideraba punibles en pocos casos (traición, lesa majestad, rebelión, sedición).

Es interesante anotar que nuestros comisionados, al redactar los textos relativos a la *proposición* y la *conspiración*, en la sesión 5ª, siguieron el criterio de PACHECO y expresamente hicieron constar que se tomaba como base el modelo español “en su primitiva redacción, reformada en 1850”.

A partir del Código de 1944, por “un criterio político de represión autoritaria”¹²¹ se restableció otra vez la punibilidad para todos los casos, la que sólo desapareció en el Código vigente, de 1995, que, tras definir la *proposición* y la *conspiración*, agrega que ellas “sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley” (art. 17). El texto de la definición de *proposición* sigue siendo idéntico al de nuestro Código, salvo que, a partir de 1928, tal vez por razones estilísticas para evitar el pleonasma, se cambió el giro “propone su ejecución” por la expresión (que mueve a risa a JIMENEZ DE ASUA)¹²² “*invita... a ejecutarlo*”.

¹¹⁹ Gonzalo Rodríguez Mourullo, “La punición de los actos preparatorios”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-agosto de 1968, pp. 277-304 (291 y sgts.). En el mismo sentido, Jiménez de Asúa, *Tratado*, VII, pp. 273 y sgts.

¹²⁰ Pacheco, op. cit., t. I, pp. 108 y sgts.

¹²¹ Antonio Quintano Ripollés, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid, 1966, p. 57.

¹²² Jiménez de Asúa, op. cit., VII, p. 271.

3.2. LA PROPOSICIÓN EN EL CÓDIGO CHILENO. AMBITO REDUCIDO DE SU PUNIBILIDAD. CONCEPTO Y REQUISITOS

Si el concepto de *proposición* del Código chileno no difiere, en manera esencial, de la *inducción fracasada* o *tentativa de inducción* de los Códigos holandés y alemán y es casi idéntico al del Código español, el alcance de su punibilidad es menor. Es sintomático que los comisionados hicieran presente que “la *proposición* se castiga sólo en casos muy graves y *en que intervienen personas de importancia...*” (Sesión 119). Esa idea, que ahora puede parecer extravagante, era en verdad el concepto decimonónico subyacente en la incriminación de esa clase de *acto preparatorio*. Cuando se introdujo, por ejemplo, en el Código alemán imperial el antes citado §49a (*párrafo Duchesne*), no fue por una necesidad general de penar la instigación frustrada, sino de *proteger a las particularmente expuestas personalidades políticas*. Fue, según LANGE, en tiempos del nacionalsocialismo cuando se reformó ese precepto y su concepto inicial se sustituyó por un general “adelantamiento de la línea de defensa contra el delito”.¹²³

En lo que respecta al nuevo Código español, en que, al decir de su *Exposición de Motivos*, “en relación con los actos preparatorios, y cumpliendo con la mejor tradición liberal de los Códigos españoles (Códigos de 1870 y 1932), se abandona el sistema de punición genérica de la *conspiración*, *proposición* y *conspiración para delinquir*, cuyo castigo solamente tendrá lugar cuando la Ley lo haya previsto en relación con determinado delito”,¹²⁴ se ha incluido un catálogo bastante más extenso que el nuestro de hipótesis (no solamente políticas) en que la *proposición* es punible. En efecto, entre los casos de *proposición punible*, el Código Penal español ha previsto la “*invita-*

¹²³ E. Kohlrausch-Lange, *Strafgesetzbuch*, 43ª edic., Berlín, 1961, p. 181, cit. p. Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 290.

¹²⁴ Cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A. Proyectos de Ley, 23 de septiembre de 1992, Núm. 102-1, p. 5. Cabe señalar que la *provocación*, como *acto preparatorio*, añadido al derecho español, desde el Código de 1944, no se conoce en nuestro sistema jurídico. Sí, en cambio, en figuras delictivas *autónomas*: p. ej., en el art. 404 de nuestro C.P. (“*provocación a duelo*”).

ción" a ejecutar los delitos de asociación ilícita, atentado contra las autoridades, blanqueo de capitales, robo, extorsión, estafa, apropiación indebida, homicidio, lesiones, detención ilegal, tráfico de drogas, etc., además de los tradicionales delitos políticos (traición, rebelión, sedición, delitos contra la Corona).

Nuestro Código Penal, en cambio, redujo la órbita de punibilidad de la proposición (junto a la de la *conspiración*) a determinados crímenes contra la seguridad exterior (arts. 106 a 110), con arreglo al artículo 111, y a los crímenes de rebelión (arts. 121, 122 y 124), según el artículo 125. Aun así, ALEJANDRO FUENSALIDA, en sus comentarios al Código Penal, impugnaba con vehemencia la necesidad de incriminar la *proposición*: "No divisamos en la proposición ningún daño social a cuyo nombre puedan quebrantarse los principios de la penalidad, que son las mejores garantías de las personas".¹²⁵

Lamentablemente, leyes posteriores extendieron de modo considerable el ámbito de la incriminación en el terreno político. Así, aunque siempre en el plano de los delitos políticos, hay que añadir, en primer término, las figuras delictivas previstas en el Código de Justicia Militar, que castiga la *proposición* y la *conspiración* respecto de los delitos de los arts. 244 a 249, del Título II del Libro III, sobre traición, espionaje y otros delitos contra la seguridad exterior del Estado, y respecto de los delitos de sedición y motín a que refieren los arts. 272 a 277, situados en el §1 del Título V, sobre delitos contra el orden y seguridad del ejército; todo ello en virtud, respectivamente, de los arts. 250 y 278 del mismo Código. Pero a ellas ha seguido la legislación especial sobre seguridad del Estado, que ha ampliado todavía más el ámbito de aplicación de las hipótesis de *proposición* y *conspiración*. Tal es el caso del artículo 23 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, el cual dispone que "la *proposición* y la *conspiración* para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley se castigarán con la pena asignada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados". Igual disposición se contiene en la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad (artículo 7°).

¹²⁵ Alejandro Fuensalida, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*, Lima, 1883, t. 1, p. 37.

El alcance de la *proposición punible*, aunque reducido en cuanto al bien jurídico tutelado (delitos principalmente relacionados con la seguridad del Estado), se ha extendido, así, a una variada casuística, no siempre de gravedad equivalente, por obra de una legislación especial de redacción a menudo imprecisa. De ese modo, la *anticipación de la penalidad* respecto de conductas de contornos vagos, concebidas para amparar la autoridad del Estado, se hace doblemente incierta.

¿En qué se diferencia la *inducción* del art. 15, N° 2°, de la *proposición*? Antes hemos caracterizado la *proposición* como una *inducción fracasada* (*tentativa de inducción*), semejante a las hipótesis previstas en el Código alemán (§30.1.). Como dice ANTON ONECA, la inducción ha de ser *eficaz*, "es una proposición aceptada y realizada", mientras que la *proposición punible* existe, aunque no haya sido aceptada o realizada por el "invitado".¹²⁶ También ETCHEBERRY conviene en que "si la *proposición* es aceptada y el delito llega a ejecutarse, la *proposición* se pasará a llamar *inducción*, que entre nosotros tiene la calidad de *autoría*".¹²⁷

En otros términos, si se induce o se trata de inducir a otro a ejecutar un delito y éste en definitiva no se lleva a cabo, siquiere como tentativa, se estaría ante una mera *proposición*. El *fracaso de la inducción* puede deberse a que el destinatario de la misma:

1) no acepta la *proposición*; 2) aunque la acepte, no va más allá de los actos materiales de preparación, sin dar *comienzo a la ejecución*; 3) si bien alcanza la fase del comienzo de la ejecución, *desiste voluntariamente* de proseguirla (vid. *infra*).

De acuerdo con las reglas de *accesoriedad*, una *inducción fracasada* (*tentada o frustrada*) no está sometida a pena, salvo que se trate de alguno de los casos de excepción, ya mencionados, de *proposición punible* previstos en nuestra ley.¹²⁸ Por la inversa, desde que se realicen *actos de ejecución*, el proponente

¹²⁶ Antón Oneca, op. cit., p. 439.

¹²⁷ Alfredo Etcheberry, op. cit., II, p. 55.

¹²⁸ En el mismo sentido, Bustos, op. cit., p. 270; Muñoz Conde/García Arán, op. cit., p. 400. En contra, entre nosotros, Garrido Montt (op. cit., p. 316), para quien "la *conspiración* y la *proposición* exigen que sean todos correalizadores del hecho objeto del acuerdo". Respecto de la *proposición*, tal exigencia no es convincente.

pasará a responder como autor (*inductor*) del delito objeto de la *proposición* (o sea, que ésta, en cuanto *acto preparatorio*, será absorbida por la tentativa o consumación).¹²⁹

Mientras en otros sistemas (p. ej., el §30 del Código alemán) se concibe también una *inducción fracasada en cadena* (p. ej., A intenta *infructuosamente* persuadir a B para que *induzca* a C a cometer un delito), la regla del artículo 8º de nuestro Código concierne, exclusivamente, al que propone a otro la *ejecución* de un delito. Lo hizo constar PACHECO explícitamente en su comentario: “Si no es *ejecución* lo que se propone, tampoco es el caso previsto y penado por la ley”.¹³⁰

3.3. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO EN LA PROPOSICIÓN

Problemas especiales suscita la interpretación del último inciso del citado artículo 8º, relativo a los efectos del *desistimiento*. Ese precepto dispone: “Exime 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”. Se trata de una excusa absolutoria, cuyo fundamento –hemos escrito antes– no está en una supuesta “modificación del ánimo criminal” (los motivos para *no proseguir* una acción delictiva todavía posible no son tomados en cuenta), sino en un “premio” que se concede por razones de

¹²⁹ Cf. Antón Oneca, op. cit., p. 140. En la doctrina comparada en torno a las hipótesis de *tentativa de inducción* (§30.1. del C.P. alemán), que tienen un alcance mucho mayor que la que nos ocupa, se ha sugerido *de lege ferenda* hacer un distinguo entre la *inducción propiamente fallida* (el proponente no consigue siquiera la aceptación de realizar el hecho), de la *inducción sin resultado* (cuando media aceptación, pero no se logra la ejecución). Para el primer caso se ha recomendado consagrar la impunidad (Cf. Jescheck, op. cit., p. 639). Por la relativamente escasa extensión del ámbito de punibilidad de la *proposición* en nuestro derecho, tales distinciones no han interesado a la literatura nacional.

¹³⁰ Pacheco, op. cit., I, p. 405.

política criminal, al hechor (en nuestro caso, al proponente o conspirador) que se desiste.¹³¹

Esa regla –“un desafortunado precepto”–¹³² se copió por nuestros comisionados del modelo español de 1848/1850,¹³³ pero no así la disposición sobre el desistimiento en la *tentativa*, que se contenía en el acápite final del artículo 3 de ese Código (“no prosigue en ella por cualquier causa *que no sea su propio y espontáneo desistimiento*”) (vid. *infra*), de donde se llegó a la curiosa situación de que, mientras respecto de la *proposición* y *conspiración* hay una exención de responsabilidad, si bien sujeta a requisitos, formalmente prevista para el evento de desistimiento, no hay ninguna disposición expresa sobre el asunto a propósito de la tentativa, tal vez por inadvertencia de los comisionados.¹³⁴

Luego se verá que, tras una jurisprudencia algo vacilante, los fallos de nuestros tribunales terminaron por admitir, con arreglo a la doctrina casi unánime, también para la tentativa el efecto excluyente de pena del desistimiento (infra §9).¹³⁵ Fundamento dogmático para ello –como se verá más adelante– es la definición del delito frustrado, que se contiene en el inciso 2º del artículo 7º del C.P., cuando se expresa que éste existe cuando el delincuente ha puesto “de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto *no se verifica por causas independientes de su voluntad*”. Se concluye, a contrario sensu, que si la consumación *no se verifica por causas dependientes de la voluntad del agente*, el hecho no es punible (vid. *infra*). Igual solución es aplicable, por supuesto, a la simple *tentativa*, cuando el hechor se abstiene de proseguir la acción típica.

¹³¹ Politoff, *Derecho Penal I*, p. 673. En contra, Cury, *Derecho Penal. Parte General*, II, p. 98. Novoa (*Curso de Derecho Penal chileno*, t. II, p. 155), afirma que el desistimiento en la tentativa es “un requisito negativo de la tipicidad”.

¹³² Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 298. Ver también, entre nosotros, la crítica de Alejandro Fuensalida, op. cit., pp. 38 y sgts.

¹³³ “Nos inclinamos a creer –escribe Fuensalida (op. cit., t. I., p. 39)– que la comisión redactora al copiar el artículo 182 del Código español no se fijó en esta contradicción que hace notar el señor Pacheco”.

¹³⁴ Etcheberry, op. cit., II, p. 69.

¹³⁵ Vid. *infra*. Cf. Jiménez de Asúa, op. cit., VII, p. 798.

De lo anterior pareciera seguirse la paradoja, ya señalada por PACHECO:¹³⁶ En tanto que la doctrina y la jurisprudencia (el Código mismo en el derecho español) “en el caso que *ya se haya dado principio a la ejecución del delito*, declara libre de pena al que cesa en él por su propio y voluntario desistimiento... exige que para que el desistimiento de la *conspiración o proposición* exima de pena, se dé parte y se revele a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento”. Ello equivale a decir –añade– “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*”.

Hay autores que sostienen que el precepto del último inciso del artículo 8º es “prácticamente inaplicable, pese a su texto, a la sola proposición”.¹³⁷ En la sesión 119 de la Comisión Redactora, el señor GANDARILLAS observó que “no creía posible el desistimiento de la proposición, pues ella existe por el solo hecho de indicar que se va a cometer el delito; y una vez hecha la revelación, no se concibe cómo podría desistirse de hacerla”. Los comisionados advirtieron que el desistimiento no se refiere, en el caso de la *proposición o conspiración*, a esos actos, “sino al delito propuesto o proyectado”. GARRIDO MONTT concluye que “si no existiera el inc. final del art. 8º, el desistimiento posterior del que intervino en la conspiración o proposición podría liberarlo de sanción por el delito a perpetrar, pero no de la pena por la conspiración o proposición, que ya estarían consumadas”.¹³⁸

Las soluciones propuestas por la doctrina nacional no nos parecen convincentes.

Desde el punto de vista de las relaciones entre *tentativa y desistimiento*, la conclusión no parece dudosa: en el evento que

¹³⁶ Pacheco, op. cit., t. 1, pp. 109-110, citando un “Informe del Colegio de Madrid”.

¹³⁷ Así, Etcheberry, op. cit., II, p. 56; según Garrido Montt (op. cit., p. 286), que sigue en esto lo expresado en la Comisión Redactora (sesión 119), no se trata del desistimiento de la proposición (que ya se ha consumado por el solo hecho de hacerse), sino del delito “que se va a concretar después” y a que se refiere la proposición.

¹³⁸ Garrido Montt, op. cit., p. 286.

los esfuerzos *en sentido contrario* tengan buen éxito (abandono activo *eficaz*), el inductor y el ejecutor quedan libres de pena en virtud del desistimiento; cierto es que si, por el contrario, el esfuerzo de convencimiento resulta infructuoso y el ejecutor, pese a la oposición y a las instancias del *inductor que cambió de parecer*, prosigue su acción, y el delito se consuma o queda en grado de tentativa, por otros motivos (abandono activo *ineficaz*), el que instigó será de todos modos castigado como *inductor del delito consumado o de la tentativa, en su caso*. La excusa absolutoria es, en este caso, sólo un premio al cambio de voluntad del inductor con buen éxito, esto es, que logra detener al inducido. Si gracias a los esfuerzos –ahora en sentido contrario– por parte del *inductor*, el que *debía ejecutar el hecho* (“*inducido*”) renuncia a ejecutarlo, de manera que el mismo *queda en grado de tentativa desistida*, la impunidad que la doctrina reconoce al desistimiento de la tentativa alcanza no sólo al *ejecutor arrepen-tido* (“*inducido*”), sino por cierto también al *inductor*.

¿Quiere decir esto que más le vale al *proponente con dominio del hecho* esperar el momento del *comienzo de la ejecución para iniciar su acción disuasiva del ejecutor, convirtiéndose, así, en inductor de tentativa, ya que si lo hiciera antes* (como mero autor de *proposición*) *tendría que molestarse, con arreglo al inciso final del artículo 8º, en dar cuenta a la autoridad “del plan y sus circunstancias”?* Una vez que se ha dado comienzo a la ejecución, la eficacia del desistimiento no estaría ya condicionada a que se dé noticia a la autoridad del hecho proyectado y sus circunstancias y bastarían los *esfuerzos eficaces del inductor para impedir el hecho a que instigó*. Como dice JESCHECK respecto de figuras equivalentes del derecho alemán, si el autor del delito planeado desiste voluntariamente de la tentativa, no surge de nuevo la punibilidad por los actos preparatorios.¹³⁹

Si, según los comisionados, los *proponentes* son “gente de importancia”¹⁴⁰ (se tenía en mente que se trataba de delitos

¹³⁹ Jescheck, op. cit., p. 644.

¹⁴⁰ “La sociedad nada gana con el deshonor de nadie –escribía Pedro Javier Fernández– (y) mucho menos de personas de cierta posición social que son las únicas que pueden provocar una sublevación” (Pedro Javier Fernández, *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado*, Santiago, 1899, p. 83).

políticos), tales personajes optarían probablemente por evitar la autodenuncia y la delación, prefiriendo una acción disuasiva discreta. Como escribía MAX ERNST MAYER, “a menos de prueba en contrario, el orden jurídico es siempre lógico”,¹⁴¹ de donde se sigue que hay que buscar una interpretación acerca del desistimiento de la *proposición* que conduzca a una conclusión equilibrada.

¿Cuál es, entonces, la situación particular de la *proposición*? ¿Qué efectos tiene el *desistimiento del proponente* que tiene lugar antes del principio de ejecución del crimen o simple delito (“antes de principiar a ponerlos por obra”)?

Hemos visto que para el comisionado GANDARILLAS no es posible el desistimiento de la *proposición*, pues ella existiría “por el solo hecho de indicar que se va a cometer el delito” y una vez hecha tal revelación “no se concibe cómo podría desistirse”, es decir, con la comunicación verbal del plan del proponente, la *proposición* estaría consumada. Este razonamiento, que es el empleado, entre otros, por GARRIDO MONTT, presupone que la *proposición* es un tipo delictivo, un delito autónomo “con plena identidad típica” (de lo que se seguiría que la persona a quien se hace la *proposición* se convertiría, si la acepta, también en “autor del delito de *proposición*”),¹⁴² conclusión que no podemos compartir.

Hemos expuesto antes nuestra opinión en el sentido de que la *proposición* y la *conspiración* son fases preparatorias del *iter criminis*, que son absorbidas por las siguientes, en el camino hacia la *consumación*, de suerte que las primeras no pueden considerarse como *delitos consumados*. La conclusión de que no se trata de un delito autónomo resulta, ya lo hemos dicho, de la ubicación del precepto en el articulado del Código, como asimismo de la circunstancia de que la *proposición* apunta a un *hecho principal*, aunque sea planeado, que debiera considerarse

¹⁴¹ Max Ernst Mayer, “Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten”, en *Festschrift für Paul Laband*, Tubinga, 1908, p. 137.

¹⁴² Garrido Montt. op. cit., p. 315. Este autor se apoya en Carrara (*Programma*, Parte General, §357 con su nota), quien postula que el acuerdo y la instigación a delinquir, cuando tiendan a delitos graves, debieran imputarse y reprimirse como hechos delictivos distintos y completos en sí mismos.

una fase ulterior del mismo proceso delictivo.¹⁴³ Por igual razón, la pena de la *proposición*, así como la de la *conspiración* y la de la *tentativa*, se determina e infiere de la pena prevista para el respectivo *delito consumado*. El *aceptante* sólo responde de sus propios hechos y si éstos quedan reducidos a actos materiales de preparación o si se desiste de su tentativa, su conducta es impune.

Pero la pretensión de que el desistimiento de la *proposición* no sea conceptualmente admisible nos parece errónea por razones que no son puramente sistemáticas.

En efecto, ¿es que se trata en la *proposición* de una fase *instantánea*, que no pueda fraccionarse en momentos y que, por ende, no pueda *detenerse a través de un desistimiento*?

Creemos que hay, por lo menos, tres casos en que es concebible el desistimiento de una *proposición*:

A) Si se trata de una *proposición condicionada*: A, un líder político, propone a B, comandante de un regimiento, partidario de sus ideas, que si el general D es detenido, lleve a cabo el alzamiento de sus tropas contra el gobierno legalmente constituido. A asegura a B que tendrá una alta posición en el nuevo gobierno que él asumirá. Antes que se cumpla la *condición* (detención del general), A comunica a B que ha cambiado de opinión y que el alzamiento no tiene posibilidades de éxito. Aunque el asunto es discutido, una parte de la doctrina, cuyo representante más ilustre es BINDING, sostiene —a mi juicio con razón— que no puede entenderse perfeccionada la “*invitación*” (*Aufforderung*) sino al momento en que la condición suspensiva se haya cumplido.¹⁴⁴ Por su relativamente menor peligrosidad, la anticipación de la penalidad a una fase tan alejada de la ejecución debiera interpretarse restrictivamente.

B) Si la *proposición* no ha llegado aún a su destinatario. Como dice JESCHECK: “Es acertado exigir ahí que al menos la

¹⁴³ En el mismo sentido, respecto de la figura equivalente, entre muchos otros, Schönke/Schröder, op. cit., §30, p. 463, y también en el derecho neerlandés, vid. Cleiren/Nijboer, *Tekst en Commentaar*, art. 46a, p. 253.

¹⁴⁴ Karl Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Besonderer Teil)*, Leipzig, 2. II, 1905, pp. 863 y 859. En contra Werner Schmidt, “Bedingter Handlungswille beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 74, pp. 61 y sgts. (48).

manifestación haya llegado al destinatario, pues en otro caso no se alcanza el mínimo de peligrosidad que parece requerirse para que el hecho sea merecedor de pena".¹⁴⁵

C) Si porque no se ha entendido por el destinatario¹⁴⁶ o por ser demasiado compleja, la proposición comenzada necesita todavía de una comunicación complementaria.

En todos estos casos, hay que distinguir, según me parece, si la proposición aún no perfeccionada pudo ser desistida sin posibles ulteriores consecuencias (en lo que respecta al destinatario de la proposición, el cual se allana a la no ejecución del hecho proyectado), es decir, si con ello elimina el peligro que el otro pueda cometer el delito, o si, por la inversa, el proponente es incapaz de asegurar, por su arrepentimiento, que el destinatario no pueda ejecutar el delito propuesto, ya sea porque no se entere a tiempo del desistimiento, ya sea porque el inducido es un omnimodo factorus, ya resuelto a cometer el delito tan pronto se presente la ocasión, ya sea, en fin, porque la proposición estuviere dirigida a un grupo de personas, no siempre de fácil acceso por parte del inductor. Pienso que únicamente en el segundo grupo de casos, cuando el proponente ha perdido el dominio del hecho y ha surgido, por ende, una situación de peligro no conjurable por su simple arrepentimiento, tendría aplicación la excusa absolutoria en los términos del último inciso del artículo 8º del C.P.

Puede suceder, en efecto, que, al implicar a otras personas, el proponente haya perdido el dominio del hecho (tal es uno de los peligros que sirven para fundamentar la punibilidad de la tentativa de inducción, a diferencia de los actos materiales de preparación por parte del actor aislado, el cual tiene el absoluto poder de control sobre los acontecimientos que conducen a la ejecución del delito). "Mientras el autor aislado puede interrumpir su plan cuando él quiera —escribe RODRIGUEZ MOURULLO—, si el sujeto ha implicado a otras personas el poder de decisión respecto a la no realización del proyecto ha salido ya de sus manos".¹⁴⁷

¹⁴⁵ Jescheck, op. cit., p. 642; en el mismo sentido, Stratenwerth, op. cit., §917 (p. 274); en contra, Maurach/Gössel/Zipf, op. cit., II, p. 324.

¹⁴⁶ En este sentido también Jakobs, op. cit., p. 767.

¹⁴⁷ Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 293.

En tal evento, el *proponente*, para zafarse de la responsabilidad penal por su *proposición*, tendrá que dar cuenta a la autoridad del delito proyectado y de sus circunstancias, confiando, así, a ésta la tarea de impedir que el hecho, que al inductor se le ha escapado de las manos, se lleve a ejecución a pesar de su arrepentimiento. En otro caso, es decir, si el proponente ha conservado en forma plena el dominio del hecho, su arrepentimiento será siempre eficaz y, por lo mismo, con la ausencia de toda peligrosidad para el bien jurídico desaparece asimismo su anti-juridicidad material. La exigencia, también en ese caso, de la autodenuncia de la proposición ante la autoridad sería irracional y hasta podría desalentar al proponente en sus esfuerzos por retirar su "invitación" al delito, lo que estaría en contradicción con los fundamentos en que reposa la impunidad por causa del desistimiento.

3.4. OTRAS CUESTIONES ACERCA DE LA PROPOSICIÓN PUNIBLE

La doctrina y la jurisprudencia comparadas suelen dedicar finas lucubraciones a la problemática que puede suscitar la *tentativa de inducción*. Entre nosotros, donde el ámbito de aplicación de la regla sobre *proposición punible* es —ya se ha dicho— de reducido alcance y no existe una casuística recogida por la jurisprudencia, sería un exceso abundar en hipótesis y distinciones puramente imaginarias. Nos limitaremos, pues, a algunos puntos esenciales:

3.4.1. La proposición de un delito imposible

Es sabido que en materia de *tentativa inidónea* existe una doctrina y una jurisprudencia firme, entre nosotros, que rechaza su punibilidad (vid. *infra*). Cabe recordar que la regulación de la ley alemana sobre la materia, por influencia de una tradición autoritaria y "subjetivista" ajena a la nuestra, admite la incriminación de la *tentativa inidónea*, ya que el concepto de tentativa en ese sistema se funda, no en los *hechos directos* en que se expresa el *principio de ejecución* (según el art. 7º de nuestro Cód-

go Penal), sino en la *representación del hecho* (basta que el sujeto creyera que su acto es idóneo), razón por la cual una idoneidad objetiva de la tentativa de inducción tampoco es requerida por la doctrina dominante en ese país.¹⁴⁸ Hay un sector que, con todo, ve en ello, con razón, una anticipación injustificada de la penalidad. Otros escritores propugnan la descriminalización siquiera de *lege ferenda*. Esa discusión no interesa aquí.

Afortunadamente no hay razones legales ni doctrinales que, en el sistema chileno, puedan contradecir la impunidad de la proposición de un delito imposible (p. ej., enviar una carta con la *proposición* de cometer alguno de los delitos respecto de los cuales ella puede ser inculpada a una persona que ya había fallecido).

3.4.2. El elemento subjetivo en la tentativa de inducción. La hipótesis del agente provocador

El *proponente*, en cuanto *inductor (fracasado)*, debe haber formulado su *proposición delictiva* con el doblo dolo de todo inductor, esto es, el que acompaña al hecho mismo de la *proposición* y el que apunta a la *ejecución*, “por otra u otras personas”, del delito propuesto. Tal es la razón por la cual, por regla general, es impune la proposición del llamado agente provocador (undercover agent) (generalmente un agente de policía encubierto o un informante de confianza de la policía) que tiene por misión, para atrapar a personas de quienes se sospecha que están vinculadas a actividades ilegales y peligrosas, convencerlas a que ejecuten un hecho delictivo, con la mira de evitar que éste se desarrolle más allá de la fase de *tentativa*. Mientras la conducta del *agente provocador* en el marco del tráfico ilícito de estupefacientes ha conseguido consagración legislativa,¹⁴⁹ esto no acontece en otros terrenos de la actividad ilícita. Cuando ella se

¹⁴⁸ Ver, p. ej., Schönke-Schröder (Cramer), 25ª ed., §30, 7b).

¹⁴⁹ Véase ampliamente sobre el *agente provocador*, Sergio Politoff, “El agente encubierto y el informante “infiltrado” en el marco de la Ley Nº 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, en *Gaceta Jurídica*, año 1997, mayo, Nº 203, pp. 7 y sgts.

realiza en el ámbito de los *delitos políticos* (que es precisamente donde tiene su alcance la punibilidad de la *proposición*) esa actividad inductiva ha motivado justificados reparos acerca de su legitimidad, desde el punto de vista del Derecho político, en cuanto el inducido es degradado a un mero objeto de la *provocación estatal*.¹⁵⁰

Según RUBEN DE MARINO, la más elemental sensibilidad por los valores constitucionales debiera conducir a la prohibición de tales medios, aunque la Constitución no se refiera expresamente a ello.¹⁵¹ Si, con todo, esas acciones inductivas tienen lugar –se sostiene por un sector de la doctrina–, debieran quedar impunes, no sólo el hecho del *agente provocador*, sino también el hecho del *provocado*. Dicho en otros términos, en lo que respecta al tema que ahora nos ocupa, la proposición del agente provocador quedaría, en principio, impune por faltar el dolo de consumación con relación al hecho inducido, pero ello debiera conducir también a la impunidad de los hechos perpetrados por el ejecutor (supuesto que ellos escaparan del control del proponente). Podrían ser objeto de persecución penal las posibles acciones delictivas *precedentes* (puestas a la luz por obra de la comunicación entre el proponente y el eventual ejecutor), *pero no así el hecho inducido por la proposición*. El arduo asunto es objeto de controversias, pero si se trata de una *proposición del agente provocador en materias políticas* –a diferencia del *agente encubierto* en materia de tráfico de drogas, que tiene un fundamento en la propia ley–, hay razones de peso, morales y jurídicas, para seguir el ejemplo de *desincriminación* propuesto por la doctrina de otros países, si el hecho cometido ha sido el resultado de la “actividad creadora” del agente de la autoridad.

¹⁵⁰ Véase el informe final del estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (coordinador Prof. Zaffaroni), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1986, p. 141: “La imagen del Estado de Derecho como tal... no puede jamás quedar deteriorada mediante el aprovechamiento de actos delictivos o groseramente contrarios al derecho”. Véase asimismo nuestro artículo citado sobre “El agente encubierto”, pp. 10 y sgts.

¹⁵¹ Rubén de Marino, “Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba”, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, 1983-1984, p. 614, cit. p. Luis Rey Huidobro, en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XII, *Delitos contra la Salud Pública*, Gabriel García Planas et al., Madrid, 1990, p. 338.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre la base de una extensa experiencia en la materia, ha concluido, en efecto, en la *exención de responsabilidad* para los casos llamados de *entrapment* (coger en la trampa), es decir, la estrategia para mover a alguien a que *haga algo que no hubiera hecho de no mediar la inducción por parte del agente provocador*. El fundamento de la desincriminación se debe, según algunos, a la *ausencia de predisposición para cometer el delito por parte del que fue inducido por el agente del Estado; según otros, a la inadmisibilidad del método empleado por la autoridad para comprobar el hecho*. Si, por el contrario, el *agente provocador* no ha tentado a un inocente, sino que se limitó a proporcionar las oportunidades y facilidades para cometer delitos que el ejecutor estaba dispuesto de todas maneras a cometer (*omnimodo factorus*), la actuación del funcionario no legitimaría la conducta del ejecutor.¹⁵²

3.4.3. *La proposición de cooperación al delito*

Hemos caracterizado antes la *proposición* como una *inducción fracasada* o, lo que es lo mismo, como una *tentativa de inducción*. Se ha planteado por algunos escritores la hipótesis de que alguien solicite el auxilio ajeno para un hecho delictivo que sería ejecutado por el mismo proponente.¹⁵³ Es posible, en efecto, que A intente convencer a B que le preste ayuda (por ejemplo, consiguiendo un automóvil) para la perpetración del delito por él proyectado y que él mismo piensa cometer. B se niega a prestar el auxilio que se le requiere. Una tal hipótesis, que podría denominarse de *inducción fracasada (intentada) a la complicidad*, no podría incluirse en el concepto de *proposición punible* que se da en el artículo 8º de nuestro C.P., el cual restringe la noción al que, habiendo resuelto la comisión de un crimen o simple delito, "propone su ejecución" y no al que propone la *cooperación* al mismo. También la doctrina en el derecho com-

¹⁵² Cf. Politoff, *ibíd.*

¹⁵³ Etcheberry, *op. cit.*, II, p. 55.

parado considera impune tales casos,¹⁵⁴ ya que la *anticipación* de la responsabilidad penal se debe interpretar restrictivamente. Aquí opera el principio de *accesoriedad* plenamente: de la misma manera que es impune el que *auxilia* (en el ejemplo, el que suministra el automóvil) al que iba a cometer un delito, si éste, por una u otra razón, *no da principio a la ejecución del mismo* y se reduce a actos materiales de preparación, también es impune (con mayor razón todavía) el que *trata infructuosamente de persuadir a otro a que le ayude a ejecutar el hecho*.

¹⁵⁴ Vid., p. ej., Jescheck, *op. cit.*, p. 641. Asimismo, Horst Schröder, "Grundprobleme des §49a StGB", en *Juristische Schulung*, julio 1967, cuaderno 7, pp. 289-295 (290).

§ 4. LA CONSPIRACION

4.1. CONCEPTO Y ALCANCE LEGAL. EXTENSIÓN AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Hemos visto antes que nuestro Código Penal, luego de ocuparse en el artículo 7º de la *tentativa* y el *delito frustrado*, se refiere –en el artículo 8º– a las dos únicas clases de *actos preparatorios punibles*: la *proposición* y la *conspiración... para cometer un crimen o simple delito*.

Prescribe ese artículo, en el inciso 2º, que la *conspiración* existe “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito”. Al igual que la *proposición*, la *conspiración sólo es punible* “en los casos en que la ley las pena especialmente”.

El criterio seguido en nuestro Código, al igual que en el Código español de 1848 (art. 4º inc. 2º), que le sirvió de modelo, era el de limitar la incriminación por *conspiración* (y *proposición*) sólo a delitos dirigidos contra la seguridad del Estado, respecto de los cuales era comprensible la “impaciencia” del legislador. No cabe aplicarla (la *conspiración*) para los delitos comunes –observaba PACHECO–, sino “en los delitos políticos, de los cuales es la rama más fructuosa”, ya que “la suspicacia de los gobiernos y de sus agentes se ha apoderado de ella, como del arma de más alcance...”.¹⁵⁵ Ello se explica por la filosofía

¹⁵⁵ Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, t. 1, Madrid, 1881, p. 103.

liberal que inspiraba al Código Penal francés de 1810 (reformado en 1832), que limitaba la incriminación de la *conspiración* (*complot*) a los casos en que el objeto del acuerdo era la perpetración de un atentado en contra de la persona del rey o un miembro de su familia (art. 89 antiguo).¹⁵⁶ Es curioso, sin embargo, que el legislador español de 1848 haya optado, en vez de crear una figura delictiva *ad hoc* en la Parte Especial, como el modelo francés, por introducir, en la Parte General, una modalidad de punibilidad anticipada, anterior al principio de ejecución, aunque circunscrita a delitos políticos. Esta última restricción duró, sin embargo, poco tiempo, ya que en 1850 se extendió la posibilidad de incriminación a la conspiración para cometer cualquier delito, sistema que pervivió durante largos períodos de regímenes autoritarios, “al compás de los vaivenes políticos”,¹⁵⁷ y sólo se volvió a la restricción en el reciente Código de 1995 (art. 17. 3).

Nuestros comisionados siguieron, por fortuna, los criterios restrictivos propuestos por PACHECO y, al igual que acontece con la *proposición*, su alcance quedó reducido a los delitos políticos (vid. *supra* §3).

Una notable ampliación del ámbito de punibilidad de la *conspiración* ha tenido lugar, sin embargo, en nuestro país, al ser introducida en materia de tráfico de drogas.¹⁵⁸ En efecto, el artículo 24 de la Ley N° 19.366 (Diario Oficial de 30 de enero

¹⁵⁶ El Código Penal vigente define el *complot* como “la *résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels*” (art. 412-2), y por *attentat* se entiende “le fait de commettre un ou plusieurs actes de violence de nature à mettre en péril les institutions de la République ou de porter atteinte à l’intégrité du territoire national” (art. 412-1 inc. 1°). En la sección 4ª del Cap. II del Libro II, consagrada a los delitos de tráfico de estupefacientes, se castiga la tentativa con las mismas penas que las previstas para los delitos consumados, pero no está considerada la incriminación del *complot* para cometer tales delitos.

¹⁵⁷ Rodríguez Mourullo, op. cit., p. 281. Cabe señalar que, mientras el Código español antiguo (texto refundido de 1971) todavía incriminaba la proposición, la conspiración y la provocación respecto de todos los delitos (arts. 3 y 4), el Código vigente las castiga únicamente “en los casos especialmente previstos en la Ley” (arts. 173 y 18.2).

¹⁵⁸ Vid. Sergio Politoff, “La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 3, septiembre-diciembre 1997, pp. 447-458.

de 1995), “que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, luego de establecer que “los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”, añade: “La conspiración para cometerlos será penada con presidio menor en su grado medio y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales”. A este respecto, explicaron los representantes del Ejecutivo en el Senado, que “desde un punto de vista preventivo, resulta fundamental desalentar y sancionar *cualquier acto preparatorio*”.¹⁵⁹

Aunque esta excepción a la tradición de limitar la conspiración a los más graves hechos contra la seguridad del Estado estaba ya prevista, en nuestro país, en la legislación precedente sobre la materia (art. 7° de la Ley N° 17.934), la razón fundamental para prever la punibilidad de la conspiración en la ley que nos ocupa reside, sobre todo, en consideraciones de *cooperación internacional* con aquellos países (como acontece, en especial, donde esté vigente un sistema jurídico de inspiración anglosajona) en que la conspiración (*conspiracy*) está sancionada respecto de cualquier delito y no únicamente en relación a los de naturaleza política. Ello permitiría la extradición de los que aparezcan responsables de conspiración para llevar a cabo acciones de tráfico ilícito de estupefacientes, de acuerdo con el principio de la *doble incriminación* (que el hecho sea constitutivo de delito tanto en el país requirente como en el requerido), indispensable para que la extradición sea procedente. Se hizo presente, así, también en el Senado, que “en cuanto al concepto de *conspiración*, o sea, la concertación de, al menos, dos personas para cometer delito”, su sanción en nuestro ordenamiento jurídico “va a permitir practicar las extradiciones que sean pertinentes”.¹⁶⁰

Si bien es cierto que las convenciones internacionales coinciden en la necesidad de incriminar el tráfico ilícito de substan-

¹⁵⁹ Cf. Mario Verdugo Marinkovic *et al.*, “Leyes Anotadas y Concordadas”, N° 11, Ley 19.355 (Diario Oficial N° 35.080, del 31/1/1995) y Reglamento (Diario Oficial N° 35.376, del 26/1/1996), que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, CONACE, Santiago, 1996, p. 47.

¹⁶⁰ *Ibid.*

cias estupefacientes, ya en la etapa de la *conspiración* o de otras conductas preparatorias, ello no significa que en el régimen legal de nuestro país (y, en general, de los países inspirados en el sistema penal continental europeo) se reproduzcan enteramente, en su manera de concebir y regular la conspiración, las particularidades de la noción anglosajona de *conspiracy*.

En la Convención de Ginebra de 1936, sobre comercio ilícito de drogas (conocida como el “tratado policial”), que es el primer tratado que, de manera resuelta, se proponía la represión de ese tráfico ilegal, se obligaban ya las partes contratantes a sancionar severamente (con penas privativas de libertad), no sólo conductas tales como la fabricación, tráfico, importación y exportación de las substancias estupefacientes y la participación dolosa en tales acciones, sino además la *conspiración* para cometer tales hechos (art. 2 letra c). Es interesante anotar que, en relación con esa convención, hizo Holanda, entonces, reserva de que, con arreglo a los principios fundamentales de su derecho penal, la conspiración no podía ser incriminada sino en el caso de que hubiera habido “principio de ejecución”. Como fundamento, adujo el gobierno de ese país que “dicho principio fundamental sólo podía quebrantarse respecto de los delitos más graves, que pongan en peligro la seguridad del Estado”.¹⁶¹ Aunque más tarde también la ley sobre estupefacientes de los Países Bajos (*Opiumwet*), en obediencia (a lo menos en parte)¹⁶² a los criterios de solidaridad interestatal emanados de los convenios internacionales, incorporó, si no la penalidad de la conspiración, sí la de algunas conductas preparatorias, los escritores neerlandeses siguen formulando interrogantes, en el plano del derecho político, acerca del riesgo de que, de ese modo, “se pierda de vista la seguridad jurídica y el

¹⁶¹ Cf. “Tractatenblad 1959, nr. 48 y Bijlagen Handelingen Tweede Kamer 1952-1953”, N° 14, p. 1, cit. p. J. de Hullu y A.J.P. Tillema, “De verdragverplichtingen in de wetgevingsgeschiedenis”, en H.G.M. Krabbe (red.), *De opiumwet. Een strafrechtelijke commentaar*, Alphen a/d Rijn, 1989, p. 21.

¹⁶² También ha jugado un papel importante el temor —que se hizo constar en un documento de trabajo sobre la posibilidad de incriminar acciones preparatorias— que “los Países Bajos se vuelvan un lugar atractivo para la preparación de delitos que se vayan a ejecutar en el extranjero” (cit. p. G.A.M. Strijards, “Strafbare voorbereidingshandelingen”, Zwolle, 1995, p. 82).

principio de reserva legal...”.¹⁶³ Cabe advertir, con todo, que en el Mensaje (*Memorie van Toelichting*) del Proyecto de modificación legal que incorporó las disposiciones en comentario, se hizo presente que “ellas se dirigen contra los *organizadores y financistas del comercio ilegal*, cuyas conductas, aunque permanezcan en etapas preparatorias, no son menos reprobables que las de los ejecutores, a menudo simples subordinados de los primeros”.¹⁶⁴

Es aconsejable, pues, que —antes de abordar dogmáticamente la naturaleza jurídica y los límites de la incriminación de la conspiración en nuestro sistema legal— pasemos revista a su tratamiento penal en el derecho comparado,¹⁶⁵ que es muy ilustrativo de las preguntas que suscita el asunto. Algunas de esas cuestiones resultan de la confrontación del concepto de *conspiración* según que se trate de países que integran la “familia” de la *common law* o de los que pertenecen a la tradición europea continental (*civil law*).

4.2. LA CONSPIRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el *derecho inglés*, la *conspiracy*, que pertenecía a la tradición de la *common law* desde la Edad Media,¹⁶⁶ ha pasado a estar regulada legalmente desde 1977. Con arreglo a la *Criminal Law Act 1977* (Capítulo 45, sección 1),¹⁶⁷ se hace culpable del delito (*misdemeanor*) 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 importa-

¹⁶³ R.C.P. Haentjes, en H.G.M. Krabbe (red.), *De Opiumwet*, p. 121.

¹⁶⁴ Cf. Actas de la Segunda Cámara (BHTK), 1982-1983, 17.975, *MvT*, p. 14.

¹⁶⁵ Véase ampliamente al respecto, en especial, N. Keijzer, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, Arnhem, 1983, pp. 49 y sgts. Vid. asimismo Jiménez de Asúa, *Tratado*, VII, pp. 302 y sgts.

¹⁶⁶ Vid. José María Rodríguez Devesa/Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Parte General, Madrid, 1992, p. 780. En las Ordenanzas de Eduardo I se penaban ya casos de conspiración. Ulteriormente se reafirmó por la Corte de commonlaw (Cf. Jiménez de Asúa, op. cit., *Tratado*, VII, p. 282).

¹⁶⁷ Texto modificado por la Criminal Attempts Act de 1981 y la Criminal Justice Act de 1987.

ría la comisión de algún delito o de varios delitos por alguna de las partes en el acuerdo. Esa figura delictiva *sui generis* (en rigor *actos preparatorios* o, si se prefiere, una forma de *participación anticipada*) está concebida de manera tan amplia que no sólo puede abarcar la conspiración “en engranaje”, esto es, “en rueda o en cadena” (*wheelconspiracies and chainconspiracies*), 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,¹⁶⁸ sino que –según la doctrina inglesa dominante– la *consumación* del delito no es obstáculo para que se castigue, además, la conspiración.¹⁶⁹ Más aún: la conspiración es punible aunque existan hechos que vuelvan imposible la comisión del delito proyectado. Conviene, sin embargo, la doctrina inglesa (en lo que difiere, como se verá, de la norteamericana) en que no hay conspiración punible si uno de los dos que adoptan el acuerdo no se propone real y seriamente ejecutar el delito, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que éste fuera un *agente encubierto* (*undercover agent*).

En los *Estados Unidos*, si bien se mantiene, en principio, el concepto de *criminal conspiracy* procedente de la tradición original inglesa de *common law*, él está también codificado en numerosos estados. Se concibe a la *conspiracy*, junto a la tentativa, como una forma de delito anticipado (*inchoate offense*), esto es, como un delito que consiste en una acción o conducta que representa un paso hacia la comisión de otro delito que se tiene en vista. *Criminal conspiracy* se define como “*an agreement by two or more persons to commit or to effect the commission of an unlawful act, or to use unlawful means to accomplish an act which is not in itself unlawful, plus some overt act in furtherance of the agreement*”.¹⁷⁰ Como puede observarse, el concepto de *criminal conspiracy* exige, además del acuerdo de voluntades, que generalmente tendrá lugar en secreto, un acto ulterior de exteriorización (*over act*) del propósito delictivo, el cual, sin embargo, no necesita ser en sí un acto criminal: puede tratarse

de una conversación telefónica, la entrega de dinero, el envío de una carta, etc.¹⁷¹ También se castigan, en el derecho norteamericano, las *wheelconspiracies* y las *chainconspiracies*. Se lee en una disposición legal del Estado de Alabama: “Si una persona sabe o debería saber que la persona con quien se ha puesto de acuerdo ha convenido o convendrá, a su turno, con otra, en llevar a cabo el mismo criminal objetivo, se entenderá que se ha puesto de acuerdo con esa otra persona, sea que conozca o no la identidad de ésta”.¹⁷² Asimismo se ha resuelto en diversos fallos de la justicia de los Estados Unidos –recaídos precisamente en procesos sobre drogas– que la conspiración para efectuar el tráfico ilícito y el tráfico mismo constituyen *dos delitos*.¹⁷³ La circunstancia de que se haya llegado a un acuerdo de venta de estupefacientes con un agente encubierto (*overcover agent*) –esto es, con un funcionario del gobierno que no se proponía cumplir con el acuerdo ilícito– *no obsta*, según dicha jurisprudencia, a la existencia de la conspiración.¹⁷⁴ (Esa doctrina extrema no es compartida, en cambio, ya se ha dicho, por la doctrina inglesa y tampoco por la jurisprudencia canadiense, inspirada asimismo por el concepto de *conspiracy* de la *common law*).¹⁷⁵

Un rasgo común al sistema anglosajón es, por último, que –a diferencia de lo que acontece en el derecho continental europeo y en nuestra propia ley (art. 8º inc. final, C.P.)– el desistimiento de los que tomaron parte en la conspiración no exime de responsabilidad penal.

Con razón se ha destacado que el castigo de la conspiración para cometer un delito, cualquiera que sea éste, es, por regla general, desconocido por el derecho continental, que se limita a incriminar tan sólo la conspiración para cometer determina-

¹⁷¹ Vid. La Fave W.R./Scott A.W., *Handbook of Criminal Law*, St. Paul, Minn., 1972, p. 52. Cf. asimismo Keijzer, op. cit., loc. cit.

¹⁷² Cit. en *Wharton's Criminal Law*, 14ª ed. (preparada p. E. Torcia), Rochester/San Francisco, 1981; cf. Keijzer, op. cit., loc. cit.

¹⁷³ Cf., p. ej., U.S. versus Bummarito, 524 F 2d. 140, 1975, y U.S. versus Cortwright, 528 F 2d. 168, 1975, cit. p. Keijzer, op. cit., p. 53.

¹⁷⁴ U.S. versus Rodriguez, 498 F 2d. 302, 1974, cit. p. Keijzer, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁵ R. versus O'Brien (1954) S.C.R. 666, 110 C.C.C. 1 (9), cit. p. Keijzer, loc. cit.

¹⁶⁸ Cf. J.C. Smith y B. Hogan, *Criminal Law*, Londres, 1978, p. 237.

¹⁶⁹ Vid. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, Londres, 1978, pp. 374 y sgts.

¹⁷⁰ Véase *Dictionary of Criminal Justice Terms*, Gould Publications, Nueva York, 1985, p. 101.

dos delitos.¹⁷⁶ En las explicaciones del gobierno, que acompañan al Proyecto de Ley que dio origen al nuevo Código Penal español, se lee: "En relación con los actos preparatorios, y cumpliendo con la mejor tradición liberal de los Códigos españoles... se abandona el sistema de punición genérica de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, cuyo castigo sólo tendrá lugar cuando la Ley lo haya previsto expresamente con relación a determinado delito".¹⁷⁷

La extensión de los delitos a que puede dar lugar la incriminación por conspiración es variable. Mientras en Francia el *complot* está castigado hasta hoy únicamente cuando persigue la realización de "actos de violencia que pongan en peligro las instituciones de la República o atenten en contra de la integridad del territorio nacional",¹⁷⁸ en Austria se incrimina la conspiración (*Verabredung*) sólo con respecto a un número limitado de graves delitos (alta traición, asesinato, secuestro o tráfico de personas, robo, incendio, estragos, secuestro de aviones¹⁷⁹ y también el tráfico de estupefacientes).¹⁸⁰ Otro tanto acontece en Suecia, cuyo Código Penal (art. 23-2) ha previsto pena para la conspiración (acuerdo con otra persona para cometer un delito), con carácter *subsidiario*, pero sólo para los delitos graves que la ley señala, entre los que se cuentan, junto a la traición, el espionaje, el incendio, el secuestro de personas y de aviones, también el tráfico de estupefacientes.¹⁸¹ "Salvo que la ley disponga otra cosa"¹⁸² —se lee en el artículo 115 del Código Penal italiano—, si dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un delito, y éste no se ha cometido, ninguna de ellas es punible por el solo hecho del acuerdo."

¹⁷⁶ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, op. cit., p. 780.

¹⁷⁷ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura, Núm. 102-1, 23 de septiembre de 1992, p. 5.

¹⁷⁸ Art. 412-2, en relación con el art. 412-1, del C.P. francés.

¹⁷⁹ Art. 244, en relación con el art. 277(1) del C.P. de Austria.

¹⁸⁰ Art. 12, en relación con el art. 14 de la ley austríaca sobre narcóticos (*Suchtgifgesetz*, 1980).

¹⁸¹ Cf. referencias en Keijzer, op. cit., p. 51.

¹⁸² Según Antolisei (op. cit., I, p. 450), la conspiración, "por ser menos que la tentativa", no se castiga. En lo que concierne a las excepciones, ha de tratarse de casos previstos por ley "para tutelar intereses de especial importancia".

Puede el juez, con todo, aplicar una medida de seguridad (*vigilancia de la autoridad*).¹⁸³

El sistema alemán sobre el tratamiento penal de la conspiración justifica un comentario especial, no sólo por su algo accidentada historia, sino además porque, junto a la reconstrucción dogmática de ese concepto, sea en el marco de los *actos preparatorios* (fase previa a la tentativa)¹⁸⁴ o como *participación anticipada*¹⁸⁵ (o *zona neutra de participación*),¹⁸⁶ ha merecido algunas impugnaciones de principio en la doctrina, que también vale la pena tomar en cuenta, con carácter ilustrativo, al fijar los criterios de interpretación del precepto respectivo de nuestra propia ley.

En su origen, la legislación del Imperio, siguiendo el modelo francés, limitaba la incriminación del *Komplott* a la alta traición (§83 antiguo). En 1876, sin embargo, en razón de un hecho de carácter político (el llamado caso *Duchesne*)¹⁸⁷ se introdujo en el Código Penal el §49a, que si bien no se refería a la conspiración, incriminaba otros actos preparatorios, a saber, "acciones de participación que no conducían a ningún hecho principal" (la invita-

¹⁸³ Cf. Giuseppe Bettiol, *Diritto penale*, Padua, 1969, p. 531; Antolisei, op. cit., loc. cit.

¹⁸⁴ Posición predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH). Cf. las sentencias citadas en Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1983, II p. 322. También Claus Roxin en el *Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1978, §30 nota 2.

¹⁸⁵ Así, p. ej., Baumann, op. cit., p. 619.

¹⁸⁶ Günter Stratenwerth, *Derecho Penal*, Parte General, 1, trad. de Gladys Romero, Madrid, 1982, p. 275.

¹⁸⁷ Se conoce también a ese precepto como "parágrafo Duchesne", en razón de su más lejano origen: en septiembre de 1873 ofreció el ciudadano belga Duchesne, herrero de Seraing, al obispo de París, por carta, contra un elevado pago, dar muerte a Bismarck. El gobierno alemán informó a las autoridades belgas, las que respondieron, con razón, que ninguna disposición legal (tampoco en Alemania) castigaba tal conducta. Se acordó suplir esta omisión. En Bélgica, ello tuvo lugar mediante una ley de julio de 1875. En Alemania, por la introducción en el Código Penal, a través de la *Novelle* de 26 de febrero de 1876, del §49a, que castiga la invitación a cometer un delito o el ofrecimiento a cometerlo y la aceptación respectiva. La incriminación sólo procedía si tales acciones estaban "vinculadas a ventajas de alguna clase". Se trataba, por último, de una disposición de carácter subsidiario, "que sólo tenía aplicación si la ley no hubiera amenazado con otra pena" (Cf. Von Hippel, *Deutsches Strafrecht* (reimpresión de la edición de 1930), Berlín, 1971, t. 2, p. 488).

ción a cometer un crimen, el ofrecerse para cometerlo y la aceptación correspondiente), las que, “por su carácter excepcional, hicieron que el legislador se esforzara por limitarlas a la medida de lo urgentemente necesario”.¹⁸⁸

En 1922 se introdujo todavía en el Código Penal la figura de conspiración (*Verabredung*) para el asesinato (§49b antiguo), “un cuerpo extraño en la Parte General... que no tutela, en primera línea, a personas singularmente consideradas, sino la seguridad pública y el orden”.¹⁸⁹

No pocos escritores preconizaban todavía una mayor extensión para la previsión penal de la conspiración. Así, VON HIPPEL sostenía que casos “especialmente graves de actos preparatorios” justifican que “el *complot* y la banda de malhechores” sean incriminados. “La seguridad jurídica así como la protección de los amenazados, a menudo también la prevención especial, exigen una intervención oportuna”. Ello es necesario —añadía— para enfrentar a la “criminalidad habitual y profesional” y “como tutela contra los delitos políticos”.¹⁹⁰ Lo cierto es, sin embargo, que sólo bajo el régimen nacionalsocialista, por una *Novelle* de 1943, se extendió ampliamente la incriminación por conspiración (*Verabredung*) con respecto a *todos los hechos punibles*, mediante un añadido en el §43a del Código Penal, “bastando (para la incriminación) el solo hecho de entablar discusiones serias” sobre la posibilidad de cometerlos.¹⁹¹

Con la 3ª ley de modificación del Derecho Penal (3. *Strafrechtsänderungsgesetz*), de 4 de agosto de 1953, se impuso una fórmula, para el §49a, del Código Penal, algo menos extensa que la de 1943, pero con todo suficientemente amplia acerca de la conspiración (*Verabredung*) (así como de la tentativa de inducción y del ofrecimiento de cometer un delito) como para que se la calificara de “peligrosa”,¹⁹² hasta por escritores que, como WELZEL, representan una tradición subjetivista y autorita-

¹⁸⁸ Von Hippel, op. cit., t. 2, p. 488.

¹⁸⁹ Karl Lackner/Hermann Maassen, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, Munich, 1967, comentario del §49b, p. 110.

¹⁹⁰ Robert von Hippel, op. cit., p. 490.

¹⁹¹ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlín, 1965, p. 112.

¹⁹² *Ibíd.*

ria, fundada en la admisión de un “tipo de autor” (cuyo origen se halla “en los estereotipos que viven en la conciencia popular: asesino, incendiario, rufián, etc.”).¹⁹³

El texto vigente sobre conspiración, contenido en el inciso 2º del §30 del Código Penal de la República Federal, sobre tentativa de participación (el llamado también, por razones históricas, parágrafo *Duchesne*), no ha innovado fundamentalmente en el tratamiento del asunto. Se incrimina al que “se manifiesta dispuesto a aceptar el ofrecimiento de otro o se pone de acuerdo con otro para cometer un delito grave o para inducir a su perpetración”.

Escritores de orientación liberal, como BAUMANN y, en general, los autores del llamado *Proyecto Alternativo* de un nuevo Código Penal, sostuvieron resueltamente, pero sin éxito, la conveniencia de suprimir esa disposición, argumentando que los que llegan a un acuerdo, así como los que se declaran dispuestos o aceptan tal propuesta, “no han ido más allá de expresar una resolución”.¹⁹⁴ Diversos autores se pronuncian críticamente en contra del citado precepto, en general¹⁹⁵ o, al menos, contra el hecho de que la conspiración sea aplicable a todos los delitos graves y a todas sus modalidades.¹⁹⁶

Los autores que procuran fijar límites a tan desmesurada previsión legal admiten que “parecería no existir ninguna razón político-criminal para sancionar puras expresiones verbales (o sólo concluyentes) que no conducen a nada”.¹⁹⁷ Tal admisión no difiere de lo que en el siglo pasado ya advertía, razonablemente, PACHECO: “¿A dónde iríamos a parar? ¿Cuál sería el resultado que obtendríamos si sólo la conversación acerca de cometer un delito fuese ya condenable por una sentencia?”.¹⁹⁸

¹⁹³ Welzel, “Persönlichkeit und Schuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 61, 1941, pp. 428-475 (461).

¹⁹⁴ Baumann, op. cit., p. 621.

¹⁹⁵ E. Kohlrausch/R. Lange, *Strafgesetzbuch*, 43ª ed., 1961, §49a, notas II y III. Cf. Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín/Nueva York, 1993, p. 766.

¹⁹⁶ J.D. Busch, en *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 245 y sgts. (252 y sgts.), cit. p. Jakobs, op. cit., loc. cit.

¹⁹⁷ Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal, Parte General, I. El hecho punible*, Traducción de Gladys Romero, Madrid, 1982, p. 275.

¹⁹⁸ Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, t. 1, p. 104.

Al decir de JAKOBS, hay en todos los actos preparatorios alguna forma de peligrosidad, por lo que sólo se justificaría la incriminación de la conspiración y demás hipótesis del mencionado §30 del C.P. alemán, si se añade a tal peligrosidad "inherente" a tales actos, "una situación perfectamente definida y significativa que haga, desde el punto de vista del derecho público, justificada esa anticipación de la incriminación".¹⁹⁹

En los párrafos que siguen intentaremos un análisis de la conspiración en el derecho chileno que responda a esa advertencia, esto es, que determine sus límites en el marco de lo que parezca compatible con un Estado de Derecho.

4.3. ACCESORIEDAD Y SUBSIDIARIEDAD DE LA CONSPIRACIÓN

Sería un error suponer que nuestro legislador haya introducido un concepto que sea equivalente, en todos sus aspectos, a la figura de *conspiracy* del derecho anglosajón. Con razón observa KEIJZER que "en Inglaterra, que no conoció una Revolución Francesa y donde, por ejemplo, la regla del *nullum crimen sine lege* nunca encontró apoyo firme, la *conspiracy* ha alcanzado una extensión muy grande".²⁰⁰ Desde luego, ella puede referirse a cualquier delito, aun a los de bagatela. En los países pertenecientes a la "familia" del derecho continental, de donde procede el nuestro, en cambio —ya se ha visto— la incriminación aparece generalmente reducida a delitos graves. En nuestro país estuvo limitada largo tiempo sólo a delitos políticos. Pero aun en el ámbito específico de la conspiración para cometer los delitos acerca del tráfico de estupefacientes, hay diferencias substanciales con la *conspiracy*.

El artículo 24 de la Ley N° 19.366, tras establecer que "los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución", señala la pena aplicable en el caso de la "conspiración para cometerlos". Como advierte nuestra Corte Suprema, al referirse a una expresión equivalente contenida en una precedente ley sobre la materia,

¹⁹⁹ Jakobs, op. cit., p. 767.

²⁰⁰ Keijzer, op. cit., p. 42.

la Ley N° 17.934 (art. 7°), la conspiración de que aquí se trata no difiere de la definida en el artículo 8° del Código Penal,²⁰¹ de donde se sigue que no se trata de un tipo delictivo autónomo, lo que hubiera significado negar la accesoriadad que se halla en la base de la incriminación de la tentativa y de la conspiración. No cabe, pues, entre nosotros la punibilidad de la "inducción a la conspiración", de la "complicidad en la conspiración" o de su "encubrimiento". Tampoco es concebible la tentativa de conspiración.²⁰²

Por igual razón, a diferencia de lo que acontece con la figura de *conspiracy* en el derecho anglosajón, en el que —como antes se observó— su incriminación como tal subsiste aunque se ejecute y sancione penalmente el hecho consumado, en nuestro sistema la pena de la conspiración es subsidiaria de la que corresponda al hecho principal desde que haya principio de ejecución. Ello es consecuencia de que la conspiración pertenece a los actos preparatorios que, en cuanto etapas menos avanzadas del *iter criminis*, quedan consumidos por los actos de ejecución.²⁰³ Igual absorción tiene lugar, a nuestro juicio, cuando la conspiración corresponde a una de las *figuras alternativas* del artículo 5° de nuestra ley sobre estupefacientes y otra de ellas se ha consumado o ha llegado a la fase de tentativa: así, si A y B se conciertan para exportar a Europa una cantidad de cocaína, para lo cual la adquieren en Arica y la llevan en automóvil a Santiago, en cuyo aeropuerto se proponían introducirla en un avión con destino a Alemania, siendo sorprendidos antes de lograrlo, *no habría concurso de la figura de adquirir o de transportar con la conspiración para exportar, sino un solo delito de tráfico, que absorbe o consume la conspiración para realizar la otra hipótesis alternativa.*

concurso aparente (de leyes)

²⁰¹ S.C.S. de 19 de julio de 1973, *Fallos del Mes*, N° 236.

²⁰² El asunto es menos evidente en el derecho neerlandés, donde la opinión dominante considera la conspiración un *delictum sui generis*, aunque con punibilidad subsidiaria de la que corresponda al delito principal (Cf. Keijzer, op. cit., p. 47).

²⁰³ En el mismo sentido, entre nosotros, p. ej., Enrique Cury, *Derecho Penal*, Parte General, II, Santiago, 1985, p. 197; Alfredo Etcheberry, *El Derecho penal en la jurisprudencia*, IV, Santiago, 1987, pp. 215 y sgts.; Jean Pierre Matus, *La ley penal y su interpretación*, Santiago, 1994, p. 179.

Mientras en el derecho de la *common law* y en la antes citada *Criminal Law Act*, de 1977, es bastante para la incriminación que una persona “*agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued...*”, es decir, que el que entra en la conspiración no necesita tener el propósito de tomar parte en la ejecución del hecho principal,²⁰⁴ en nuestro sistema legal, con arreglo al art. 8º del Código Penal, “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito”. Por igual razón no cabe, en el derecho chileno, la incriminación por una “conspiración en rueda o en cadena”, p. ej. (como en el derecho alemán, §30, que incluye también tal posibilidad), ponerse de acuerdo para inducir a otro a la ejecución, ya que en nuestro sistema legal la inducción es una conducta accesoria, cuya punibilidad depende, ya se ha dicho, de que exista a lo menos un principio de ejecución del hecho principal.

4.4. REQUISITOS DE LA CONSPIRACIÓN

4.4.1. El concierto de voluntades

La ley dice que la *conspiración* existe cuando dos o más personas “*se conciertan*”, es decir, adoptan la resolución común de cometer un delito. La doctrina señala por ello (como hemos visto, desde PACHECO) que dicho acuerdo de voluntades no ha de ser puramente aparente (“ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar para su comisión. La ley exige más, y el buen sentido aprueba las exigencias de la ley”).²⁰⁵ “De esta manera —escribe SILVELA— no habrá conspiración si varias personas tratan de la ejecución de un crimen y discuten acerca de la posibilidad de llevarlo a cabo, pero no llegan a acuerdo sobre este punto. Tampoco la habrá si, aunque se hubiesen concertado, esto es, llegado a un acuerdo acerca del

²⁰⁴ Vid. Regina versus Anderson, 1986. A.C., 27, en J. S. Smith/B. Hogan, *Criminal Law*, Londres, 1986, p. 259.

²⁰⁵ Pacheco, op. cit., p. 104.

lugar, modo y tiempo, en que el crimen podría practicarse, no hubiesen, sin embargo, decidido ponerla por obra”²⁰⁶

No es suficiente el estar “a la espera de posibilidades”, esto es, un acuerdo provisional, con respecto a una decisión que todavía no se ha tomado. Otro tanto cabría decir en el supuesto que, aunque se haya decidido de modo categórico cometer un delito, su ejecución se haya aplazado *sine die*.²⁰⁷ No se requiere, en cambio, que todos los detalles de la ejecución del delito estén resueltos.²⁰⁸

Es necesario, por otra parte, que exista la resolución seria de cometer el delito “sin reservas mentales de uno de los partícipes”.²⁰⁹ La decisión de cometer el delito debe ser tan firme como se requiere para toda tentativa,²¹⁰ se afirma en la doctrina extranjera y la misma conclusión es válida para nuestro derecho. Por la misma razón, ella estaría ausente en el evento de que “el concierto entre dos personas tenga lugar con un agente provocador (en quien falta la voluntad de que el hecho realmente se consume)”²¹¹ o con alguien que tiene el propósito de evitar el delito.

4.4.2. La resolución de coejecutar el delito

La conspiración presupone que los confabulados convengan en *cometer*, esto es, en *coejecutar* el crimen o simple delito. No basta, pues, concertarse para inducir a otro a la ejecución. Concertarse para ejecutar significa, además, “igual rango” entre sí de los que se ponen de acuerdo. No sería bastante que, conforme al plan, uno de los concertados vaya a limitar su

²⁰⁶ Luis Silvela, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte Segunda. Madrid, 1903, p. 150. En el mismo sentido, Jiménez de Asúa, op. cit., VII, p. 278.

²⁰⁷ Cf. Jiménez de Asúa, op. cit., VII, p. 279.

²⁰⁸ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1995, p. 687.

²⁰⁹ Maurach/Gössel/Zipf, op. cit., p. 329.

²¹⁰ Jakobs, op. cit., p. 770.

²¹¹ En el mismo sentido, Schönke-Schröder (Cramer), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich, 1997, p. 462; también Hartwig Plate, “Zum Strafbarkeit des agent provocateur”, en *ZStW*, t. 84, 1972, p. 294.

actuación a meros actos subordinados, de simple complicidad o encubrimiento. Así, si A informa a B que introducirá la droga en un barco y B se ofrece para llevar a A en su automóvil hasta el puerto (A podría haber tomado un taxi) no habría conspiración en el sentido de la ley. Aunque B, en el ejemplo citado pudiera, eventualmente, ser “considerado autor”, con arreglo al artículo 15 N° 3º, del C.P., si el hecho principal se llevara a cabo (una mera asimilación para los efectos de la penalidad), ello no lo convierte en *coejecutor*,²¹² por lo que no se satisface la exigencia legal para la existencia de conspiración. En ese caso, el concierto (si es que pudiera considerarse tal, lo que es a lo menos dudoso) no habría comprendido una verdadera “división del trabajo” para *cometer* el delito, con una contribución equivalente entre los confabulados. La “división del trabajo” no supone, empero, necesariamente, que ambos conspiradores vayan a actuar de manera simultánea. La aportación de uno de ellos pudiera consistir, por ejemplo, en el compromiso de conseguir una lista de compradores de la droga, lo que constituiría una contribución de rango equivalente a la del proveedor, desde el punto de vista del dominio del hecho.

Cabe señalar, asimismo con carácter ilustrativo, que el artículo 29 bis de la ley argentina de estupefacientes (N° 23.737),²¹³ que contiene la figura de *confabulación* de dos o más personas para cometer algunos de los delitos previstos en esa ley (“generalmente denominada por la doctrina como conspiración”, al decir de los “Fundamentos” con que se introdujo esa figura delictiva), señala taxativamente en su inciso 2º que “ella será punible a partir del momento en que alguno de sus miembros realice actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que se habían concertado”. El objetivo de ese precepto —se lee en los referidos “Fundamentos”— “es eliminar del cam-

²¹² En sentido parecido, Cury (op. cit., II, p. 247): “El solo hecho de concertarse previamente no puede convertir también en ejecutores a quienes realizan conductas completamente accesorias al tipo y de mera colaboración”.

²¹³ Modificada por la Ley 24.424, publicada el 9 de enero de 1995. Cf. Carlos Enrique Edwards, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424*, Buenos Aires, 1996.

po punitivo las meras intenciones o deseos”. Tal exigencia, que coincide, según se ha visto antes, con la necesidad de un *over act* (acto ulterior de exteriorización) reclamada por la tradición norteamericana de la *common law*, no es sino la aplicación consecuente del principio liberal que castiga los *hechos* y no las *intenciones*.

Sobre la exclusión de una eventual participación puramente accesoria se han pronunciado también la doctrina y jurisprudencia en Alemania²¹⁴ (aunque en éstas se admita asimismo una contribución que consistirá no ya en *ejecutar*, sino en “*inducir*”, pero ello por razones dogmáticas (el texto explícito en tal sentido del §30 del C.P. alemán) que no son aplicables a la ley chilena). Expresamente ha resuelto el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, en 1992, que no se realiza el tipo legal de la conspiración (*Verabredung*) para la importación de sustancias estupefacientes, en cantidad no pequeña (§29 inc.1º N° 4º de la Ley sobre Estupefacientes, en relación con el §30 inc. 2º, del C.P. (StGB), cuando el partícipe “sólo actuará como cómplice”.²¹⁵

4.4.3. El hecho punible a que se refiere el concierto ha de ser un crimen o simple delito

A diferencia del sistema anglosajón, nuestra ley sólo incrimina la conspiración (y proposición) para cometer un crimen o simple delito, por lo que no es punible si, por ejemplo, ella apunta a la comisión de alguno de los hechos penados como faltas en el art. 41 de la Ley N° 19.366.

²¹⁴ Jakobs, op. cit., p. 770; Schönke-Schröder (Cramer), op. cit., p. 462. Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2, p. 329. Cf., fallo del Tribunal Supremo alemán, BGH, Goldammer's Archiv für Strafrecht, pp. 501 y sgts., cit. p. Jakobs, loc. cit.

²¹⁵ BGH, sentencia de 13.10.1992-1, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, 138, cit. p. Harald Hans Körner, *Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz*, Munich, 1994, p. 386.

4.5. EL DESISTIMIENTO EN LA CONSPIRACIÓN

Nos hemos referido antes a la regla especial del último inciso del artículo 8º del Código Penal, relativa a la *conspiración o proposición*, que establece una exención de pena (excusa absolutoria) en el caso de desistimiento de la ejecución del crimen o simple delito, “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” (vid. *supra* 3.3). Esta última exigencia ha sido criticada, con razón, porque “si lo que se persigue es tutelar de modo especial ciertos bienes jurídicos particularmente valiosos, o sensibles, es absurdo cerrar anticipadamente al delincuente el camino de la retirada”.²¹⁶ Ante el silencio de la ley española al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo optó por declarar la irresponsabilidad de los conspiradores que desisten.²¹⁷

En lo que concierne a la situación en nuestro sistema legal, nuestras conclusiones relativas al proponente que se desiste son también aplicables al caso del desistimiento de todos o algunos de los *concertados para la ejecución del delito*. Pensamos, al igual que respecto de la *proposición*, que una interpretación plausible de las exigencias “adicionales” de autodenuncia y delación (no reclamadas por la doctrina para el desistimiento en la tentativa, esto es, *después* de principiar a poner por obra el delito), sólo daría sentido a éstas cuando la ejecución de los hechos haya escapado del control del conspirador arrepentido y no baste a éste, con su solo esfuerzo, evitar que el delito se lleve a cabo. Supuesto que los esfuerzos “en sentido contrario” por parte de uno o más de los concertados *sean suficientes* para impedir la ejecución del delito, no se advierte la lógica de retirarle el “puente de plata” que pueda inducirlo a ello, imponiéndole condiciones que pudieran desalentarlo.

Requisitos, claro está, para la exclusión de la pena sin las exigencias del artículo 8º inciso final serían, a nuestro juicio, no ya

tan sólo la *voluntariedad* de las acciones “en sentido contrario” por parte del que se desiste, sino además el buen éxito, a través de ellas, en la evitación de los hechos punibles. Antes vimos (3.3) que, como se infiere del artículo 7º inciso 2º, de nuestro Código Penal (cuya definición del *delito frustrado* requiere que el hecho *no se verifique* por causas *independientes de la voluntad del agente*), la actividad impeditiva debe ser *eficaz*, esto es, debe *evitarse* el resultado *por obra de la voluntad del que se desiste* (ver también *infra* §10, acerca del desistimiento en el *delito frustrado*).

Pero ¿qué acontece si el que participó en la conspiración se arrepiente sinceramente y realiza esfuerzos serios por impedir el hecho, que en definitiva se le fue de las manos y que ya no puede controlar? Por ejemplo, porque los restantes conspiradores estaban de todos modos resueltos a proseguir (*omnimodo factorus*). Pienso que en ese caso sí tendría aplicación el inciso final del artículo 8º: en caso que el que participó en la *conspiración* quisiera liberarse de pena, tendría que autodenunciarse y delatar a sus copartícipes, revelando el plan y sus circunstancias.

Merecerían probablemente consideración *de lege ferenda* las regulaciones que se contienen en el §31 (3) del Código Penal alemán, en el sentido de que no se castigue por las acciones preparatorias (en el caso que nos ocupa, por la *conspiración*), “si el hecho no se consuma, sin intervención del que se desiste o si el delito se consuma con independencia de su actuar precedente, si ha habido de su parte *esfuerzos voluntarios y serios por evitar el hecho*”. En nuestro sistema legal, sin embargo, ello no es bastante: el conspirador arrepentido no eficaz, es decir, que no está en condiciones de dominar el hecho punible objeto de la conspiración, no podrá liberarse de la pena si no ha informado a la autoridad del plan y de sus circunstancias, de suerte que la evitación del hecho que no estuvo en su poder impedir, y *en cuyo hacer precedente le cupo responsabilidad*, será ahora de cuenta de la autoridad.

Por la naturaleza de esta excusa absolutoria, ella sólo libera de responsabilidad al “culpable” que se desiste, no al resto de los conspiradores.

²¹⁶ Cury, op. cit., II, p. 210. En el mismo sentido, Mario Garrido Montt, *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Santiago, 1992, p. 286.

²¹⁷ Sentencia de 5 de julio de 1948, cit. p. Antón Oneca, op. cit., p. 440.

4.6. LA CONSPIRACIÓN Y LA ASOCIACIÓN CRIMINAL

Más que una mera *conspiración* es la figura de *asociación criminal* del artículo 22 de la Ley N° 19.366, que sanciona “a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley”, graduando la penalidad según se trate de “individuos que hubieren ejercido mando en la organización o hubiesen aportado el capital”, para los que está prevista una pena agravada, o se trate, tan sólo, de quien “hubiese tomado parte en la asociación” o “voluntariamente y a sabiendas, hubiere suministrado, a alguno de sus miembros, vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión para la comisión de estos delitos”.

Ese tipo legal (que se halla, a su vez, en relación de especialidad con respecto a la figura de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal, que tiene su origen en el Código belga y más lejanamente en la *association des malfaiteurs* del Código de Napoleón) requiere –como lo ha reconocido la jurisprudencia con respecto a una figura casi idéntica de la precedente ley sobre la materia (art. 8° de la Ley N° 17.934 citada)– “una organización con cierta estructura jerárquica en los participantes del delito, con un carácter más permanente”. Añade el fallo que la *asociación criminal* debe ser un “cuerpo organizado”. En efecto, los partícipes deben haber constituido un aparato de colaboración estructurado, con una jerarquía interna, a diferencia de la conspiración, en la cual los sujetos que han adoptado la resolución de cometer un delito “no han puesto en obra los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito”.²¹⁸ Debe agregarse todavía que la *asociación criminal* está integrada por “los que se asociaren u organizaren”, es decir, por los que formen una unión de cierta duración para la comisión de alguno de los delitos –indeterminados, pero de semejante naturaleza–²¹⁹ previstos en la referida ley, en lo que difiere di-

²¹⁸ Cf. SCS, de 19 de julio de 1973, cit. *supra*.

²¹⁹ En el Senado se hizo presente que “esta disposición es más amplia que el actual artículo 11 de la Ley N° 18.403, que sanciona a quienes se asociaren u organizaren para “elaborar o traficar” sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas”. Cf. Leyes anotadas y concordadas N° 11, cit., p. 45.

cha figura delictiva de la mera fase preparatoria para la ejecución de un delito determinado, pero incidental, en que consiste la conspiración. La figura del artículo 22 no difiere de tipos delictivos similares previstos en el derecho comparado²²⁰ y que apuntan, en rigor, a sancionar penalmente casos de constitución de una organización de estilo *mafioso* (aunque adopte la forma de una sociedad legalmente constituida) y que, en cuanto generan una *subcultura criminal*, conforman un delito pluriofensivo, esto es, un delito de peligro, no sólo, en la hipótesis que nos ocupa, contra la salud pública, sino también contra la libertad de los que quedan atrapados por la drogadicción, y contra el orden público social y económico, mediante las acciones de “lavado de dinero”.

De las preguntas acerca de eventuales concursos de delitos o de leyes, en relación con la figura delictiva básica de tráfico ilícito en sentido amplio, no corresponde ocuparse en esta parte. Puede sí descartarse la incriminación a título de *conspiración para crear una asociación criminal, ya que la constitución de ésta absorbe o consume el acto preparatorio de conspiración.*

²²⁰ Cf., p. ej., §149 del C.P. alemán; art. 140 del C.P. holandés; art. 450-1 del C.P. francés.