

## LA CONSPIRACION PARA COMETER DELITOS PREVISTOS EN LA LEY SOBRE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES

*Sergio Politoff*

Profesor titular de la Universidad de Talca.  
Profesor titular y extraordinario de la Universidad de Chile.

1. El artículo 24 de la Ley 19.366, acerca del 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”.

Los representantes del Ejecutivo explicaron en el Senado, “en cuanto al concepto de conspiración, o sea, la concertación de, al menos, dos personas para cometer delito” que, “al ser sancionada en nuestro ordenamiento jurídico, *va a permitir practicar las extradiciones que sean pertinentes*”<sup>1</sup>. El concepto a que se hace referencia corresponde, casi textualmente, a la definición que de él se contiene en el artículo 8°, inciso 2°, del C.P.

Es sabido que la incriminación de la conspiración es excepcional en nuestro sistema legal y que, con arreglo al referido precepto del Código Penal, sólo es punible en los casos en que la ley la haya penado especialmente. El criterio seguido en nuestro Código, al igual que en el Código español de 1848 (art. 4°, inc. 2°), 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...”<sup>2</sup>. Ello se explica por la filosofía 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<sup>3</sup>).

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1970611-97.

<sup>1</sup> Cf. MARIO VERDUGO MARINKOVIC, Neville BLANC RENARD, Emilio PFEFFER URQUIAGA, Bernardo PINTO GIRAUD, Luis Eduardo THAYER MOREL, “Leyes Anotadas y Concordadas, N° 11, Ley 19.366 (Diario Oficial N° 35.080, del 30/1/1995) y Reglamento (Diario Oficial N° 35.376, del 26/1/1996), que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, Santiago, 1996, p. 47.

<sup>2</sup> José Francisco PACHECO, “El Código Penal concordado y comentado”, t. 1, Madrid, 1881, p. 103.

<sup>3</sup> 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*

Aunque la sanción de la conspiración *para traficar estupefacientes* (que significaba, como se ve, una 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 17.934), es sintomático que los redactores del proyecto de la ley vigente, en sus explicaciones sobre esa disposición, no hayan puesto énfasis en las razones dogmáticas para anticipar la incriminación de los delitos a una *fase anterior al principio de ejecución* y parezcan reconocer así, implícitamente, que la razón fundamental para prever la punibilidad de la conspiración en la ley que nos ocupa reside, más bien, 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*, indispensable para que la extradición sea procedente.

Si bien es cierto que las convenciones internacionales coinciden en la necesidad de incriminar el tráfico ilícito de sustancias 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 sustancias 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"<sup>4</sup>. Aunque más tarde también la ley sobre estupefacientes de los Países Bajos (*Opiumwet*), en obedeci-

---

*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 4° del Cap. II del Libro II, consagrado 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 prevista la incriminación del *complot* para cometer tales delitos.

<sup>4</sup> 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 en de wetgevingsgeschiedenis", en H.G.M. KRABBE (red.), *De opiumwt. Een strafrechtelijke commentaar*, Alphen a/d Rijn, 1989, p. 21.

miento (a lo menos en parte<sup>5</sup>) 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 principio de reserva legal...”<sup>6</sup>. 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”<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>, 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*).

2. En el *derecho inglés*, la *conspiracy*, que pertenecía a la tradición de la *common law* desde la Edad Media<sup>9</sup>, ha pasado a estar regulada legalmente desde 1977. Con arreglo a la *Criminal Law Act 1977* (Capítulo 45, sección 1)<sup>10</sup>, se hace culpable del delito de *conspiracy* el que, con una o más personas, conviene en realizar una conducta que, de realizarse de acuerdo con sus intenciones, necesariamente significaría o importaría la comisión de algún delito o de varios delitos por alguna de las partes en el 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<sup>11</sup>, sino que —según la doctrina inglesa dominante— la consumación del delito no es obstáculo para que se castigue, *además*, la conspiración<sup>12</sup>. 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 seriamen-

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> R.C.P. Haentjes, en H.G.M. KRABBE (red.), *De Opiuumwet*, p. 121.

<sup>7</sup> Cf. Actas de la Segunda Cámara (BHTK), 1982-1983 17.975, *MvT*, p. 14.

<sup>8</sup> Véase ampliamente al respecto, en especial. N. KEIJZER, “Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen”. Arnhem, 1983. pp. 49 y sigs.

<sup>9</sup> Vid. José María RODRÍGUEZ DE VESA, Alfonso SERRANO GÓMEZ, “Derecho penal español, Parte General”, Madrid, 1992, p. 780.

<sup>10</sup> Texto modificado por la Criminal Attempts Act de 1981 y la Criminal Justice Act de 1987.

<sup>11</sup> Cf. J.C. SMITH y B. HOGAN, “Criminal Law”, Londres, 1978, p. 237.

<sup>12</sup> Vid. G. WILLIAMS, “Textbook of Criminal Law”, Londres, 1978.

te ejecutar el delito, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que éste fuera un agente encubierto (*under cover 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*”<sup>13</sup>. 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 (*overt 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.<sup>14</sup>. 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”<sup>15</sup>. 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*<sup>16</sup>. La circunstancia de que se haya llegado a un acuerdo de venta de estupefacientes con un agente encubierto (*over cover 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<sup>17</sup>. (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*<sup>18</sup>).

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 desconocido por el derecho continental, que se limita a incriminar tan sólo la conspiración para cometer determinados

<sup>13</sup> Véase “Dictionary of Criminal Justice Terms”, Gould Publications, Nueva York, 1985, p. 101.

<sup>14</sup> Vid. LA FAVE, W.R.; SCOTT, A.W., “Handbook on Criminal Law”, St. Paul, Minn., 1972, p. 52. Cf., asimismo, KEUZER, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>15</sup> Cit. en “Wharton's Criminal Law”, 14 ed. (preparada p. E. Torcia), Rochester, San Francisco, 1981; cf. KEUZER, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>16</sup> Cf., p. ej., U.S. versus Bummarito, 524 F 2d. 140. 1975, y U.S. versus Cortwright, 528 F 2d. 168, 1975, cit. p. KEUZER, *op. cit.*, p. 53.

<sup>17</sup> U.S. versus Rodríguez, 498 F 2d. 302, 1974, cit. p. KEUZER, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>18</sup> R. versus O'Brien (1954) S.C.R. 666, 110 C.C.C. 1 (9), cit. p. KEUZER, *loc. cit.*

delitos<sup>19</sup>. 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"<sup>20</sup>.

La extensión de los delitos a que puede extenderse 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"<sup>21</sup>, 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 aviones<sup>22</sup> y también el tráfico de estupefacientes<sup>23</sup>). 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 cuenta, junto a la traición, el espionaje, el incendio, el secuestro de personas y de aviones, también el tráfico de estupefacientes<sup>24</sup>.

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<sup>25</sup>) o como *participación anticipada*<sup>26</sup> (o *zona neutra de participación*<sup>27</sup>), 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 *Komplot* a la alta traición (§ 83 antiguo). En 1876, sin embargo, en razón de un hecho de carácter político (el llamado caso *Duchesne*<sup>28</sup>) se introdujo en el Código Penal el § 49a, que si bien no se refería a la

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 780.

<sup>20</sup> *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Núm. 102-1, 23 de septiembre de 1992, p. 5.

<sup>21</sup> Arts. 412-2, en relación con el art. 412-1, del C.P. francés.

<sup>22</sup> Art. 244, en relación con el art. 277(1) del C.P. de Austria.

<sup>23</sup> Art. 12, en relación con el art. 14 de la Ley austríaca sobre narcóticos (*Suchtgiftgesetz*, 1980).

<sup>24</sup> *Cf.* referencias en KEUZER, *op. cit.*, p. 51.

<sup>25</sup> Posición predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH). *Cf.* las sentencias citadas en Maurach/ Zipf, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Heidelberg, 1983, II p. 322. También Claus ROXIN en el "Leipziger Kommentar", 10. ed., 1978, § 30 nota 2.

<sup>26</sup> Así, p. ej., BAUMANN, *op. cit.*, p. 619.

<sup>27</sup> Günther STRATENWERTH, "Derecho Penal. Parte General", 1, trad. de Gladys Romero, Madrid, 1982, p. 275.

<sup>28</sup> 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

conspiración, incriminaba otros actos preparatorios, a saber, “acciones de participación que no conducían a ningún hecho principal” (la invitación 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”<sup>29</sup>.

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*”<sup>30</sup>.

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”<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>.

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”<sup>33</sup>, hasta por escritores que, como Welzel, representan una tradición subjetivista y autoritaria, fundada en la admisión de un “tipo de autor” (cuya origen se halla “en los estereotipos que viven en la conciencia popular: asesino, incendiario, rufián, etc.”)<sup>34</sup>.

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*”.

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 subsidiaria. “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).

<sup>29</sup> VON HIPPEL, *op. cit.*, t. 2, p. 488.

<sup>30</sup> KARL LACKNER, HERMANN MAASSEN, “Strafgesetzbuch mit Erläuterungen”, Munich, 1967, comentario del § 49b, p. 110.

<sup>31</sup> ROBERT VON HIPPEL, *op. cit.*, p. 490.

<sup>32</sup> HANS WELZEL, “Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung”, Berlín, 1965, p. 112.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> WELZEL, “Persönlichkeit und Schuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 61, 1941, pp. 428-475 (461).

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”<sup>35</sup>. Diversos autores se pronuncian críticamente en contra del citado precepto, en general<sup>36</sup> o, al menos, contra el hecho de que la conspiración sea aplicable a todos los delitos graves y a todas sus modalidades<sup>37</sup>.

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”<sup>38</sup>. Tal admisión no difiere de lo que en el siglo pasado ya advertía, razonablemente, Pacheco: “¿Adónde iríamos a parar? ¿Cuál sería el resultado que obtendríamos si sólo la conversación acerca de cometer un delito fuese ya condenable por una sentencia?”<sup>39</sup>.

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”<sup>40</sup>.

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.

3. La incriminación de la conspiración en nuestra ley sobre estupefacientes ha tenido, al parecer, como uno de sus fundamentos (y lo mismo sucede con diversas otras de sus previsiones), la colaboración internacional que posibilite la extradición, particularmente con los países de la “familia” de la tradición de *common law*. En efecto, las incriminaciones y la política de persecución penal están, en esta materia, determinadas en gran medida por los tratados internacionales de que nuestro país es parte y en ellos se alude a la necesaria coordinación mundial de las medidas destinadas a impedir ese tráfico ilícito.

Sería un error, sin embargo, concluir de ello 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”<sup>41</sup>. Desde luego, ella puede referirse a cualquier

<sup>35</sup> BAUMANN, *op. cit.*, p. 621.

<sup>36</sup> E. KOHLRAUSCH, R. LANGE, “Strafgesetzbuch”, 43 ed., 1961, § 49a, notas II y III. Cf. Günther JAKOBS, “Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre”, Berlín/Nueva York, 1993, p. 766.

<sup>37</sup> J.D. BUSCH, en “Festschrift für Reinhart Maurach”, Karlsruhe, 1972, pp. 245 y sigts. (252 y sigts.), cit. p. JAKOBS, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>38</sup> STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 275.

<sup>39</sup> PACHECO, *op. cit.*, t. 1, p. 104.

<sup>40</sup> JAKOBS, *op. cit.*, p. 767 (el subrayado es mío, S.P.).

<sup>41</sup> Keijzer, *op. cit.*, p. 42.

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 siempre reducida a delitos graves. Pero aun en el ámbito específico de la conspiración para cometer los delitos acerca del tráfico de estupefacientes hay diferencias sustanciales con la *conspiracy*.

El artículo 24 de la Ley 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, la Ley 17.934 (art. 7°), la conspiración de que aquí se trata no difiere de la definida en el artículo 8° del Código Penal<sup>42</sup>, de donde se sigue que no se trata de un tipo delictivo autónomo, lo que hubiera significado negar el sistema accesorio 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<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>. 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*.

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<sup>45</sup>, en nuestro sistema legal, con arreglo

<sup>42</sup> S.C.S. de 19 de julio de 1973, "Fallos del Mes", N° 236.

<sup>43</sup> 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. KEUZER, *op. cit.*, p. 47).

<sup>44</sup> En el mismo sentido, entre nosotros, p. ej. Enrique CURY, "Derecho Penal. Parte General," II, Santiago, 1985, p. 197; Alfredo ETCEBERRY, "El Derecho penal en la jurisprudencia", IV, Santiago, 1987, pp. 215 y sigs; Jean Pierre MATUS, "La ley penal y su interpretación", Santiago, 1994, p. 179.

<sup>45</sup> *Vid.* Regina versus Anderson, 1986. A.C., 27, en J. S. SMITH, B. HOGAN, "Criminal Law," Londres, 1986, p. 259.

al art. 8° del Código Penal, "la conspiración existe cuando dos o más personas se concertan *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. La *inducción fracasada* (esto es, la *tentativa de inducción*) no está penada en nuestro Código (a diferencia de lo que acontece en el derecho alemán u holandés).

La conspiración a que se refiere el art. 24 de la Ley 19.366 presupone que los confabulados convengan en *cometer*, esto es, en *coejecutar* el crimen o simple delito: ello significa "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 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° 3°, 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*<sup>46</sup>, por lo que no se satisfice 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.

Sobre la exclusión de una eventual participación puramente accesoria se ha pronunciado también la doctrina y jurisprudencia en Alemania<sup>47</sup> (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. 1°, N° 4° de la Ley sobre Estupefacientes, en relación con el § 30, inc. 2°, del C.P (StGB)), cuando el partícipe "sólo actuara como cómplice"<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> 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".

<sup>47</sup> 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 sigts., cit. p. Jakobs, *loc. cit.*

<sup>48</sup> 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. 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 ella apunta a la comisión de alguno de los hechos penados como faltas en el art. 41 de la Ley 19.366.

Debe existir, además, un *concierto* para la ejecución de ese crimen o simple 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”<sup>49</sup>).

Cabe señalar, asimismo con carácter ilustrativo, que el artículo 29 bis de la Ley argentina de estupefacientes (N° 23.737<sup>50</sup>), 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 2°, 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 campo 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*.

Es necesario, por otra parte, que exista la resolución seria de cometer el delito “sin reservas mentales de uno de los partícipes”<sup>51</sup> y, 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<sup>52</sup>). Tampoco 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. No se requiere, en cambio, que todos los detalles de la ejecución del delito estén resueltos<sup>53</sup>.

Más que una mera conspiración es la figura de *asociación criminal* del artículo 22 de la Ley 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

<sup>49</sup> PACHECO, *op. cit.*, p.104.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *op. cit.*, p. 329.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> BAUMANN, WEBER, MITSCH, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Bielefeld, 1995, p. 687.

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 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 estructurada, 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”<sup>54</sup>. 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<sup>55</sup>— previstos en la referida ley, en lo que difiere dicha 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 comparado<sup>56</sup> 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.

5. El inciso final del art. 8° del C.P. establece una *excusa absolutoria*<sup>57</sup> respecto del conspirador que se desiste de la ejecución del delito, cuyo fundamento no debe buscarse, a nuestro juicio, en una supuesta “modificación del ánimo criminal” (que poco importa aquí), sino en una suerte de premio, inspirado en criterios de política criminal, para el partícipe que decide no proseguir hacia una ejecución *todavía posible* del hecho delictivo.

<sup>54</sup> Cf. SCS. de 19 de julio de 1973, cit. *supra*.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> Cf., p. ej., § 149 del C.P. alemán; art. 140 del C.P. holandés; art. 450-1 del C.P. francés; etcétera.

<sup>57</sup> En la doctrina alemana se prefiere la denominación “causa personal de anulación de la pena” (Cf. JESCHECK, *op. cit.*, pp. 501 y sigs; BAUMANN, *op. cit.*, pp. 487 y sigs). El hecho de desistir voluntariamente del propósito de tomar parte en el hecho libera, en todo caso y sin más condiciones, al partícipe respectivo (Cf. KORNER, *op. cit.*, p. 386).

Como la conspiración está ya consumada, la regla legal citada hace desaparecer su punibilidad, siempre que el desistimiento tenga lugar antes del principio de ejecución del delito y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable "con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias". 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"<sup>58</sup>. No se ve la razón, en efecto, de subordinar la impunidad, en este caso, al hecho de la delación, ya que hubiera bastado para justificar la excusa una acción de su parte que evitara la comisión del delito por los demás partícipes.

<sup>58</sup> CURY, *op. cit.*, II, p. 210. En el mismo sentido, Mario GARRIDO MONTI, "Nociones Fundamentales del delito", Santiago, 1992, p. 286.