



UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA CONCEPCIÓN

FACULTAD DE DERECHO

“CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO”

Constituye el cumplimiento de un requisito para el egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción

AUTOR: VIVIANA CERDA TRUJILLO.

Profesor Guía: Georgy Schubert Studer.

**CONCEPCIÓN - CHILE
2015**

Índice

Capítulo I: Introducción y Antecedentes	Pág. 3
Capítulo II: Los delitos de peligro	Pág. 6
- Delitos de lesión.....	Pág. 6
- Delitos de peligro concreto.....	Pág. 8
- Delitos de peligro abstracto.....	Pág. 9
Capítulo III: Conflicto de Constitucionalidad en los delitos de peligro abstracto	Pág.11
1. Presunción de derecho de responsabilidad penal:.....	Pág.11
1.1.- Derecho penal liberal.....	Pág.11
1.2. Derecho penal moderno.....	Pág.14
1.3 Teoría imputación objetiva.....	Pág.16
2. Constitucionalidad delitos de peligro abstracto:.....	Pág.17
Capítulo IV: Jurisprudencia	Pág. 20
- Fallo causa ROL N° 739 – 07.....	Pág.20
- Fallo causa Rol n° 2868 -15.....	Pág.26
- Fallo causa Rol n° 2651.....	Pág.32
Capítulo V: Conclusiones del autor	Pág.39
Bibliografía	Pág.40

CAPITULO I

Introducción y Antecedentes

En la actualidad tanto en nuestro país, como en el resto del mundo, gracias a los avances tecnológicos, la globalización y el dinamismo los riesgos y peligros han ido en aumento. Situaciones que hace 20 años eran impensables o tachadas de imposibles, hoy son una realidad. Debido a esto la legislación ha debido actualizarse y conformarse con las nuevas situaciones y riesgos que nos afectan como sociedad. Si bien existen riesgos de fácil identificación y por tanto tipificación como los llamados “delitos cibernéticos”, lo que no implica una rápida reacción de la legislación, existen otros menos evidentes pero de igual relevancia para el ordenamiento jurídico. Es por esta vinculación del derecho penal a la protección de los bienes jurídicos que el legislador ha comenzado a penalizar la puesta en peligro de éstos aún sin que se produzca efectivamente una lesión, ya que, ha sido necesario incrementar los deberes de cuidado.

En la actual legislación nacional los delitos penales admiten diversas clasificaciones. Entre ellas y atendiendo a su relación con el bien jurídico tutelado, los delitos pueden clasificarse en delitos de lesión y delitos de peligro. En los primeros el legislador exige una efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido. Un ejemplo de este tipo de delitos es el homicidio (Artículo 390 y siguientes del Código Penal), lesiones (art. 395 y siguientes) o el delito de hurto (Art. 446 y siguientes). Los segundos se definen como aquello en que el legislador considera suficiente para sancionar la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es decir, que este corra un riesgo concreto; Admiten una sub-clasificación: Delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. En los delitos de peligro concreto se exige que la conducta creada por el autor sea real y efectivamente una situación de peligro o riesgo de la integridad del bien jurídico protegido. Su tipicidad incluye la prueba de la existencia efectiva del peligro. Los de peligro abstracto en cambio, son aquellos que la ley presume, por el solo hecho de realizar una acción, que se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado.

Por otro lado, la imputación objetiva, tiene como principio general que una conducta sólo será objetivamente imputable cuando dicha conducta ha creado un riesgo típicamente relevante y éste

se ha realizado en un resultado. La Constitución Política de la República asegura a todas las personas en su artículo 19 n° 3 “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.¹

Este artículo adquiere esencial relevancia al analizarlo desde la perspectiva de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la prohibición de la ley penal en blanco.

¹ Constitución Política de la República de Chile, Capítulo III, artículo 19 n° 3.

Un sector de la doctrina hoy en día señala que en la tipificación de los delitos de peligro abstracto se envuelve una presunción de responsabilidad, al no necesitar dentro de sus supuestos el daño efectivo al bien protegido, bastando la puesta en peligro de éste. De este punto nace la controversia doctrinaria respecto a la admisibilidad de prueba, en el caso en particular que se analice, que no hubo ni pudo haber peligro alguno que fundamenta la incriminación, señalándose que en caso de no admitirse el legislador estaría castigando la mera desobediencia, a través de una presunción absoluta de la existencia del peligro en que se sustenta.

En base a estos argumentos, en la actualidad, se han interpuesto recursos ante el Tribunal Constitucional, haciendo uso de la Inaplicabilidad de un precepto por su Inconstitucionalidad, permitiendo conocer la opinión muchas veces contradictoria de esta magistratura, en la inmensa mayoría de los casos se plantean los conflictos que éstos acarrearán sin buscar soluciones concretas y unánimes. Pese a ello, no es abundante la jurisprudencia respecto a esta problemática y en general existen en la actualidad opiniones tan diversas como personas que las emiten.

1.1- El problema de investigación:

Los delitos de peligro abstracto, ciertamente y desde su concepción, han provocado una serie de conflictos en la doctrina partiendo por su legitimación. En términos generales, en este tipo de delitos basta una peligrosidad genérica de la acción, discutiéndose y sin sustento legal que la respalde, la admisibilidad de probar que la realización de la misma no significa un riesgo efectivo para el bien jurídico tutelado, a diferencia de los de peligro concreto que requieren la constatación de la producción de un riesgo efectivo al bien jurídico efectivo. Se afirma que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, mientras que los de peligro abstracto serían de mera actividad, satisfaciéndose por la mera realización de la conducta, sin importar si ésta ha causado un resultado o no.

CAPITULO II

Los delitos de peligro.

Atendiendo a la tipificación de los delitos y su relación con el bien jurídico protegido la doctrina los clasifica en delitos de lesión y de peligro, según la intensidad del ataque al bien, no obstante cada delito encasillado en una u otra clasificación debe cumplir los requisitos dados por la ley penal para todo delito, es decir, el hecho desvalorizado debe ser una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

- a) Los delitos de lesión “son aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico”², es decir, requiere la efectiva lesión del bien jurídico que se busca proteger para su consumación. Cronológicamente los delitos de lesión son anteriores a los delitos de peligro, que son de creación más moderna.
- b) En cambio son delitos de peligro “aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la puesta en peligro, es decir, la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado”³

Se sostiene que los delitos de peligro son una ampliación del derecho penal dirigida al momento previo de la lesión. La ley al tipificar este tipo de delitos estaría regulando los límites en las normas de cuidado, o en caso de no poder identificar estos límites, sancionaría la producción imprudente de situaciones con resultados no deseados y perjudiciales.

El legislador penal Chileno no ha definido el concepto de peligro, por lo que es necesario recurrir a la doctrina extranjera para dar un concepto más bien acabado y lograr así mayor comprensión de esta clasificación. El abogado Mario Ruiz Zurita en su obra “El delito de asociación ilícita”, recurre a diversos autores entre ellos a Hernán Hormazábal Malarée doctor en derecho español y el doctor

² POLITOFF LIFSCHITZ, *Sergio. Derecho Penal*, 2da Edición: Santiago, Chile. ConoSur LexisNexis-Chile, 2001 p.180

³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general*, 2da Edición, Editorial Jurídica, 2013, p. 210.

argentino Rafael Marquez Piñero quienes sostienen como condición esencial del peligro la “probabilidad o posibilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado”⁴, requisitos copulativos para estar ante un peligro. Entonces peligro es “la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”⁵. A raíz de este concepto es necesario determinar cuándo una conducta se considera peligrosa, determinar en qué momento la realización de ésta conlleva un riesgo para la integridad o seguridad de un bien jurídico protegido. Esta determinación invariablemente resultara del análisis ex-ante de sus consecuencias. Existe cierto consenso en la doctrina, por supuesto con una minoría opositora, en que una conducta es peligrosa cuando no parezca absolutamente improbable que se produzca una lesión de un bien jurídico, excluyendo así los hechos imposibles. Este análisis concienzudo recaerá eventualmente en delitos específicos tales como: la conducción en estado de ebriedad, el delito de incendio del artículo 475, la negociación incompatible y tráfico de influencias de los artículos 240 y 240 bis del código penal, el delito de asociación ilícita o los delitos económicos como los que atentan contra la libre competencia, entre otros y éste deberá hacerse por parte del juez que vea la causa actualmente en conocimiento. En opinión de la doctrina la acción u omisión considerada peligrosa vendría a ser una cuestión de hecho lo que ha llevado algún sector, que se opone a la validez de este tipo de delitos, a sostener que el juez no contaría con medios objetivos de análisis . Resultaría irrisorio pretender hacer un estudio acabado de todas las posibilidades que la realidad ofrece y dar una regla general y transversal para cada caso regularizado en la legislación chilena.

Tradicionalmente entre los llamados delitos de peligro se distingue entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto:

⁴ RUIZ ZURITA, Mario. *El delito de asociación ilícita*. 1era Edición, Santiago: Ediar Editores 2009, p.43.

⁵ *Ibíd.* p.44.

- Delitos de peligro concreto:

Son “aquellos que requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (ex post) que existió un curso probable que conducía al resultado temido”⁶.

En esta clase de delito el peligro del bien jurídico es implícita o explícitamente un elemento del tipo, está incorporada a la descripción legal. La antijuridicidad material del hecho punible está dada por la prueba de la existencia efectiva del peligro. Sólo quedara consumado cuando se produzca positivamente el riesgo que la ley pretendía evitar. Es un estado objetivo en el cual se encuentra un bien jurídico.

Estos delitos son delitos de resultados, ya que, hay una modificación sensible en el exterior, se infringe un deber de cuidado y se produce el resultado típico. Existe una separación temporal con la acción del sujeto. El juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, por lo cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. El análisis se hace desde la perspectiva del bien jurídico amenazado y no desde el actuante. Es sabido que el resultado puede consistir en una lesión del bien jurídico mediante el daño y/o la transformación y destrucción del objeto material o en una puesta en peligro de éste, donde no se exige el daño, basta la creación de una situación que probablemente produzca el resultado. En éste sentido Roxin postula que “se distinguen de los delitos de lesión acabados de tratar en lo esencial no por criterios de imputación objetiva divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente”⁷ en base a esto podemos sostener, que lo que se presenta como necesario es un concreto peligro que sea adecuado para provocar un resultado lesivo y consecuentemente “de existir un factor o antecedente que de acuerdo a la

⁶ POLITOOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia, Op. Cit. p. 210

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Conlledo, García y Díaz, Miguel, Luzón Peña, Diego-Manuel, Remesal, Javier de Vicente. 2da edición alemana traducida. Madris España: Editorial Civitas, 2007, p.404.

experiencia normal y al orden lógico de las cosas, quebranta ese curso causal impidiendo el resultado, no hubo peligro concreto”⁸.

- Delitos de peligro abstracto:

Son aquellos en que “el legislador atendida la naturaleza de una conducta y/o el contexto en que se realiza, la ha considerado portadora de un cierto grado de peligrosidad para la integridad o seguridad de un bien jurídico, razón por la que la prohíbe”⁹

Esta distinción ha provocado en la doctrina serios conflictos y contradicciones. Existen autores que la justifican y respaldan, así como existen otros que le niegan todo efecto.

Con las necesarias actualizaciones a las que el derecho debe someterse los delitos de peligro abstracto han ido posicionándose cada vez con mayor frecuencia como técnica legislativa. Existe cierto consenso en encasillar este tipo de delito como aquellos de simple o mera actividad, es decir, como una conducta que infringe el deber de cuidado sin la necesidad que ésta efectivamente se verifique, quedando el delito consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un riesgo sobre el bien jurídico, el juez no tendría que entrar a valorar si esa peligrosidad podría o no ocasionar el daño sino que deberá conformarse con la constatación de que la conducta supuestamente peligrosa se realizó, en este sentido Roxin los define como “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”¹⁰

En esta misma línea se ha planteado que en los delitos de peligro abstracto el peligro sería el motivo que promovió al legislador a tipificarla como figura delictiva, sería la ratio legis y no un requisito del tipo penal. En éste punto insisto que no hay acuerdo en la doctrina, ya que, un sector

⁸ RUIZ ZURITA, Op. Cit. p.47.

⁹ NAQUIRA RIVEROS, Jaime. Derecho Penal. Teoría del delito, Providencia, Chile 1998, p 87.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Conlledo, García y Díaz, Miguel, Luzón Peña, Diego-Manuel, Remesal, Javier de Vicente. 2da edición alemana traducida. Madris España: Editorial Civitas, 2007, p.407.

postula que si efectivamente no requiere la puesta en peligro estaríamos ante una presunción de derecho de responsabilidad penal, la cual está expresamente prohibida por nuestra Constitución. Este punto se tratará con mayor claridad en el capítulo siguiente.

CAPITULO III

Conflicto de Constitucionalidad en los delitos de peligro abstracto.

1. Principal argumento: Presunción de derecho de responsabilidad penal.

En la actualidad, la doctrina discute la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto. Postulan como su principal crítica, que éstos conllevan un presunción de responsabilidad al establecer que el peligro ex ante tipificado en ellos no necesita materializarse en forma real para encontrarse dentro del tipo penal, faltando al principio *nullum crimen nulla poena sine iniuria* presunción de derecho en materia penal expresamente prohibida en el inciso 7 del numerando 3 del artículo 19 “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”¹¹, en este sentido J. Bustos y A. Kaufmann y S. Politoff.

Para entender y analizar esta postura y la de sus opositores es necesario contextualizarnos respecto a las teorías de derecho penal liberal, del derecho penal moderno y detenernos en la teoría de la imputación objetiva de Roxin, en relación a los delitos en estudio.

1.1.- Derecho penal liberal:

El derecho penal liberal nace impulsada por la ideología liberal de la ilustración, tiene su consagración política a partir de la Revolución Francesa. Una de las obras más importantes dentro de lo que se considera el iluminismo del derecho penal es de César Bonesana en el año 1764 llamada “De los delitos y las penas”.

Los principios del derecho penal liberal aparecen como una limitación al poder punitivo del Estado, dotando al sistema de garantías para la libertad del ciudadano. Este sienta las bases del derecho penal a través de la dogmática, construyendo una teoría del delito y de la pena de gran precisión lógica, como sistema cerrado y acabado, que sirvió de base a la moderna legislación. Su principal

¹¹ Constitución Política de la República de Chile de 1980.

característica es que creó una política criminal, que permitió las bases para estudiar, racionalizar y criticar la ley penal.

Recordemos que la época previa a la Revolución Francesa se caracterizó por el abuso de las penas corporales hacia los ciudadanos que en su inmensa mayoría desencadenaban en torturas y se fundamentaban en problemas de moralidades más que en situaciones con un análisis objetivo. A raíz de la incertidumbre y la crueldad nacieron críticas como las de Montesquieu, quien además de postular la división de los poderes del Estado, criticaba las penas que se imponían por ejemplo a los suicidas, a quienes se le prohibía el entierro y postula que las penas debían guardar realización con el delito y disminuirse. Rousseau postulaba que sólo se puede privar a los ciudadanos de su libertad cuando éstos, mediante el contrato social, ceden sus derechos a la comunidad. El principio *nullum crimen nulla poena sine iniuria* pasa a ser el estandarte del derecho penal liberal. Finalmente entre sus reformas destacan junto con la abolición de la tortura y la proporcionalidad de la pena con el delito cometido el principio de igualdad ante la ley, evitando así las discriminaciones en función a las clases sociales.

En lo que aquí interesa, “en el discurso penal chileno constituye un verdadero lugar común sostener la incompatibilidad que existiría entre la tipificación de delitos de peligro abstracto y las exigencias legitimatorias propias de un modelo liberal de justificación del Derecho penal”¹².

En razón a este principio, sus adherentes caracterizan los delitos de peligro abstracto en base a los siguientes postulados:

- a) Se basa en la teoría del bien jurídico protegido, que dependerá de cada delito en particular.
- b) “Los delitos de peligro abstracto presumen de derecho la responsabilidad penal.
- c) La presunción de derecho existe porque en los delitos de peligro – en general- no se requiere una lesión del bien jurídico sino que basta con una puesta en peligro del mismo.
- d) En los delitos de peligro abstracto no se requiere probar que se ha afectado el bien jurídico protegido.

¹² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales” REJ – Revista de Estudios de la Justicia N° 4 Año 2004.

Fue Antolisei, quien en 1928 razona sobre una base claramente naturalística, y sostiene que los delitos de peligro abstracto hay que hablar de peligro presunto porque se trata de una presunción “juris et de jure” de peligro, de tal manera que no importa si se da el peligro en el caso concreto”¹³.

Se señala que estos delitos llevan envuelta una presunción de responsabilidad penal, ello ya que, se conciben como una prohibición pura y simple de una conducta considerada por el legislador penal como portadora de un peligro. Arthur Kaufmann señalaba que el injusto de este tipo de delito se apoya en la probabilidad, de la probabilidad, el peligro del peligro de lesionar un bien jurídicamente relevante. Se limitan a castigar una conducta aunque ella nunca llegue a producir un riesgo, reprimiendo realmente la desobediencia mediante la presunción absoluta de la existencia del peligro, sin permitir que éste sea verificado en sede procesal, es decir, “disminuyen las capacidades de defensa: no es preciso probar la producción de un resultado de lesión o peligro, con lo que soslaya también la cuestión de causalidad”¹⁴, se establece en contra del imputado, sin que pueda eximirse de responsabilidad al probar la inexistencia del peligro o la imposibilidad de lesionar el bien jurídico.

Bajo este entendimiento y recordando que la Constitución “asegura” a todas las personas, dejando en claro con ello que ésta no crea los derechos ahí establecidos, sino que sólo los reconoce y garantiza, por ser estos inherentes a la naturaleza humana, está obligada a crear mecanismos que resulten eficaces para su protección.

En el numerando 3 del artículo 19 asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la esfera de protección que otorga la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, por ello estos delitos adolecerían de inconstitucionalidad, al no permitir que se pruebe bajo ningún respecto la inexistencia del peligro se priva al imputado de estas garantías.

Finalmente con la presunción del peligro este se excluye de los elementos del tipo penal y por tanto que tenga que probarse por parte del acusador la peligrosidad ex ante de la acción para el

¹³ MONSALVE VERGARA, Sergio *Derecho penal de la competencia, introducción a la parte general*. Primera edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012 pp 135-136.

¹⁴ RUIZ ZURITA, Op. Cit. p.59.

bien jurídico protegido. “Con ello no sólo se violenta el derecho a la “presunción de inocencia” que exige la Constitución como condición para imponer penas, (que es la prueba de todos y cada uno de los presupuestos de punibilidad, y que correlativamente no requiere del imputado la prueba de ninguna circunstancia de no punibilidad), sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas”¹⁵.

1.2.- Derecho penal moderno:

Esta doctrina del derecho penal moderno abarca los delitos de peligro abstracto desde una perspectiva diferente, si bien parte de la misma base de la teoría del derecho penal liberal, respecto a los cuatro requisitos del delito, estos es:

- ✓ La acción u omisión, el requisito de un tipo de comportamiento determinado;
- ✓ La tipicidad, que implica la necesidad que la acción tenga una descripción legal que la haga punible;
- ✓ La antijuricidad, que implica que esta acción típica sea contraria a derecho o que esta no se encuentre justificada y;
- ✓ La culpabilidad, que consiste en el reproche que puede hacerse al actor.

Cumplidos los requisitos anteriores desencadenan en la aplicación de una pena anexada al delito perpetrado. Estos requisitos se encuentran expresamente consagrados en el código penal chileno en el inciso 1° del artículo 1° “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”.

Sin embargo, se aparta del derecho penal liberal que postula que estos delitos contienen un bien jurídico protegido que no requiere lesión para encuadrarse en el tipo penal, por el contrario postulan que los delitos de peligro abstracto “no protegen bienes jurídicos sino algo que podemos denominar, desde la teoría penal funcionalista, objeto de protección de la norma que consisten en

¹⁵ RUIZ ZURITA, Op. Cit. p.186.

expectativas de conducta indispensables para la configuración de un determinado contexto social y cuya decepción genera una dañosidad muy grave, con víctimas genéricas y, por lo mismo, con un intenso desvalor ético”¹⁶. Desde esta perspectiva, no existe inconstitucionalidad por la presunción del peligro, porque no existe como elemento del tipo en estos delitos.

De acuerdo al derecho penal moderno la legitimación de los delitos de peligro abstracto no se basa en la clásica clasificación entre delitos de lesión y delitos de peligro, ni la contraposición entre los delitos de resultado y de mera actividad sino que la protección que se da al bien jurídico se refiere a la función que el bien desempeña para la sociedad o los titulares y no al bien jurídico como tal.

Es la acción misma el objeto de penalidad, porque ella se desarrolla en un contexto social. Escapa de esta doctrina la diferenciación entre la acción exteriorizada y sus consecuencias dañosas y jurídicamente reprochables. La creación de un peligro abstracto tiene por objetivo mantener la seguridad de la relación existente entre su titular y el bien jurídico.

En este sentido Mir expone que los delitos de peligro abstracto tienen un error de denominación, ya que, éstos no exigen la ocurrencia efectiva del peligro, por lo que considera dudoso que sean delitos de peligro propiamente tales. Como consecuencia escapan a la lógica de los bienes jurídicos protegidos, ya que no contienen ninguno, no bajo la lógica del derecho penal liberal. Como consecuencia de esta corriente se han renombrado estos delitos de peligro abstracto a delitos per se, caracterizados porque carecen de una relación con un bien jurídico, su punibilidad se basa en una “conducta típica con un alto potencial de contenido dañoso, por el sólo hecho de la realización de dicho comportamiento, y su fundamento dogmático es que, de lo contrario, se desconocería el carácter de absoluto tabú de dicha conducta. O sea, su carácter de prohibición absoluta”¹⁷

¹⁶ MONSALVE VERGARA, Sergio *Derecho penal de la competencia, introducción a la parte general*. Primera edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012 p 136.

¹⁷ *Ibíd.* p 142.

1.3.- Teoría de la imputación objetiva:

Existe dentro de la doctrina, una minoría que postula, que los delitos de peligro abstracto se amoldan con mayor precisión a la teoría de imputación objetiva. Roxin sostiene que al ordenamiento jurídico no le interesa si una acción es causa de un resultado en un sentido físico, sino que busca analizar en qué casos puede imputarse un resultado a una determinada conducta.

Para Roxin, la imputación solo es posible “cuando la conducta humana ha creado un peligro típicamente relevante y éste se ha realizado en un resultado”¹⁸. Consecuentemente si el autor ha reducido el peligro que pudiere correr la víctima, no debiera imputarse a su conducta los resultados obtenidos; asimismo el resultado típico es imputable al autor si con sus actos creo un peligro jurídicamente reprochable en contra de un bien jurídico y conformemente si el actor ha aumentado el riesgo fuera de los límites permitidos por las leyes, la conducta debe ser sancionada, a menos que la acción no sea de aquellas que la norma penal busca impedir.

El profesor Náquira y Santiago Mir, dividen el estudio de la imputación objetiva en imputación objetiva de la conducta y la imputación del resultado.

En el caso de la imputación efectiva de la conducta, esta se corresponde con la creación de un riesgo típicamente relevante, que ex ante era objetivamente adecuado para crear el riesgo que se busca evitar. Se excluye aquellos riesgos insignificantes o de necesario utilidad social.

La imputación objetiva del resultado, implica la concreción del peligro típico inherente a la conducta realizada en el resultado típico producido.

La imputación objetiva de la conducta implica que ella haya creado un riesgo típicamente relevante, a lo que ahora es preciso agregar que el resultado producido sea la concreción del peligro típico de la conducta ejecutada.

¹⁸ ROXIN, Op. Cit. p.208.

En esta teoría los delitos de peligro abstracto “son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”¹⁹. No es elemento del tipo las efectivas lesiones al bien jurídico.

2.- Constitucionalidad de los delitos de peligro:

Respecto a la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad de éste tipo de delitos. Ya nos referimos a la principal crítica que se les hace, respecto a la presunción de responsabilidad penal, pero ¿Son Inconstitucionales? ¿Implican efectivamente una contravención a una garantía constitucional?

Roxin sostiene que “la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”²⁰ esto a partir de la definición que da de ellos como “los que se castigan una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”²¹.

Si bien tradicionalmente entendidos, se sostiene que son de un escaso índice de lesividad, que contienen presunciones de responsabilidad o son delitos que castigan la mera desobediencia, al mismo tiempo, parecen ser un recurso irrenunciable del legislador contemporáneo, que se ve obligado, ante ciertos supuestos, a utilizarlos. En casos donde los conceptos de puesta en peligro y de lesión resultan difíciles de determinar con precisión o, en general, cuando se trata de conductas comunes en el fenómeno de la sociedad del riesgo, aparecen como un adecuado equilibrio entre el deber de seguridad que existe con la sociedad y el desarrollo de nuevos riesgos y avances.

¹⁹ MONSALVE VERGARA, Sergio *Derecho penal de la competencia, introducción a la parte general*. Primera edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012 pp 141.

²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Conlledo, García y Díaz, Miguel, Luzón Peña, Diego-Manuel, Remesal Javier de Vicente. 2da edición alemana traducida. Madris España: Editorial Civitas, 2007, p.407.

²¹ *Ibíd.* P407.

Se ha sostenido y apoyamos esta posición, que las doctrinas que rechazan absolutamente este tipo de delitos, aduciendo su inconstitucionalidad por la falta de afectación del bien jurídico atenta contra la facultad del legislador de configurar los delitos anticipando el umbral de tutela proporcionando seguridad ex – ante a la comunidad. En este mismo sentido podemos recalcar que en nuestro país hay acuerdo en la doctrina en que no hay una consagración expresa al principio de lesividad u ofensividad, así nuestra jurisprudencia ha señalado que “El principio de la lesividad que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política – deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad.”²² , por lo que se reconoce por el Tribunal Constitucional que este principio de lesividad no tiene consagración Constitucional, tampoco la doctrina es unánime respecto a la posibilidad de desprenderla de otras normas constitucionales, principalmente del principio de legalidad, lo que no limitaría al legislador penal.

“La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad. Que la aplicación irrestricta de la tesis esbozada en el considerando décimo quinto, puede invalidar la norma que sanciona un delito como el de asociación ilícita – por ser de peligro abstracto – y conducir paradójicamente a desproteger bienes jurídicos de suyo importantes para la sociedad y el orden constitucional. Por el contrario, interpretar el precepto guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios y valores constitucionales, parece razonable y coherente con la protección del orden público y el recto ejercicio del derecho de asociación que la Constitución consagra”

Si bien la jurisprudencia no ha sido unánime en este sentido, hecho que se demostrará en capítulo siguiente, se desprende de los aquí presentados la necesidad de flexibilizar la teoría de la lesividad y centrarse en que es la acción misma el objeto de penalidad, ya que, esta se desarrolla en el

²² Fallo Tribunal Constitucional causa ROL N° 739 – 07.

contexto social, es decir, la protección que se da al bien jurídico referida a la función que el bien desempeña para la sociedad o los particulares y no al bien jurídico como tal, además se ha sostenido que no hay delito cuando, pese a la coincidencia formal con la figura de delito, la conducta no puede conducir, de acuerdo con la experiencia humana, a la producción del resultado que el legislador pretende neutralizar o cuya evitación constituye la ratio legis del tipo, encuadrándolos en las exigencias de constitucionalidad.

Por las razones expuestas en este capítulo, podemos desprender que el conflicto de constitucionalidad es más bien teórico y doctrinal que real, pese a la falta de concierto doctrinal y jurisprudencial.

CAPITULO IV

Jurisprudencia Tribunal Constitucional.

En este capítulo presentaré los fallos que a la fecha ha dictado el Tribunal Constitucional en los que se ha referido a los delitos de peligro abstracto. Se presentarán extractos de cada uno de ellos y la decisión final del tribunal, mas no el fallo completo.

1.- Fallo causa ROL N° 739 – 07 Tribunal Constitucional, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad:

Respecto al delito de asociación ilícita, art. 292

Santiago, veintiuno de agosto de dos mil siete.

VISTOS: Con fecha 27 de febrero de 2007, Mario Patricio Ruiz Zurita, en representación de Hartmut Wilhelm Hopp Miottel, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 1°, inciso segundo, y 292 del Código Penal, en relación a la causa rol N° 218298 (ex Colonia Dignidad), seguida contra Paul Schafer Schneider y otros ante el Ministro de fuero don Jorge Zepeda Arancibia. Señala el requirente que las normas constitucionales vulneradas son los artículos 5°, inciso segundo; 19 N° 3, N° 7, letra e), y N° 26.

Las normas impugnadas son las siguientes:

- El artículo 1°, inciso segundo, del Código Penal, que señala: *“Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.*
- El artículo 292 del Código Penal, que indica: *“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.*

- o **Segundo capítulo de inaplicabilidad respecto del artículo 292 del Código Penal.**

Indica el peticionario que la asociación ilícita es un delito específico que constituye un abuso del derecho de asociación y atenta no contra el orden público simplemente, sino contra el poder del Estado de autotutelar el orden social frente a amenazas organizadas en su contra, obedeciendo a

una técnica de política criminal consistente en prevenir el delito mediante el adelantamiento de las barreras de protección penal en contra de la delincuencia organizada. El bien jurídico protegido de este delito es de orden abstracto. Este delito es de aquellos contra el orden y la seguridad públicos, pero que afecta el derecho constitucional por su ejercicio abusivo, y no cabe duda que el delito de asociación ilícita es un delito que afecta el orden social del Estado que regula el ejercicio de la libertad de asociación. Mediante la tipificación de este delito, el Estado pretende prever o precaverse del peligro que supone la existencia de asociaciones de esta clase. Sin embargo, en nuestra legislación no existe definición de peligro. Los delitos de peligro abstracto, como la asociación ilícita, que existe por el solo hecho de organizarse, implican una presunción juris et de jure, que ha sido creada de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen la prueba de afectación a bienes jurídicos de terceras personas. El principio del bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos delitos en los que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa, como la asociación ilícita que existe por el solo hecho de organizarse. Con la presunción de peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico y, por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad concreta de la acción para el bien jurídico protegido.

- El Ministerio del Interior, como parte querellante en la causa, formuló sus observaciones el 14 de mayo de 2007, solicitando el rechazo del requerimiento por las siguientes razones:

Respecto del artículo 292 del Código Penal.

Expresa que no existe en este caso contradicción alguna entre la disposición del Código Penal y la Carta Fundamental, puesto que dicha norma legal no presume nada, sino que se limita a penalizar un hecho que, obviamente, debe ser debidamente probado en un proceso penal. Así, el artículo 292 del Código Penal simplemente describe una conducta típica, que deberá probarse.

- El Tribunal Constitucional se pronunció respecto a los siguientes considerandos:

Carácter de la gestión pendiente.

CUARTO. Que, para establecer la existencia eventual de efectos inconstitucionales provocados por la aplicación de las normas penales que se citan en el requerimiento, es indispensable considerar el carácter de la gestión judicial en que ellas inciden. En dicho proceso se ha dictado un auto de procesamiento que da por establecido que “al amparo de la Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad se organizó una estructura jerarquizada que planificó y ejecutó múltiples delitos, integrada por personas que fueron miembros y colaboradores de esa corporación” y que se acreditaron conductas ilícitas “determinadas por la existencia de una estructura con un claro protocolo de carácter militar, de la capacidad de producción propia de armamento y de acopio de otro ingresado clandestinamente al enclave; la existencia de un protocolo de civiles organizados militarmente, estructurado para cooperar en operaciones de apoyo a organismos de seguridad del antiguo régimen militar en la persecución de parte de la población civil por razones políticas o ideológicas, el secuestro y desaparición forzada de personas integrantes de ese grupo; la colaboración activa en los secuestros, guiándose por un sistema de información y archivo de antecedentes, mantenido oculto hasta ser encontrado por funcionarios policiales altamente calificados de la Policía de Investigaciones de Chile durante el mes de junio del 2005; al provocar lesiones graves al propio grupo de civiles conformado por un conjunto de colonos alemanes de la misma ex Colonia Dignidad, mediante tratamientos psiquiátricos no obstante estar sanos, separándolos de sus padres y sometiéndolos a medicamentos, todo con el propósito del líder de destruir las familias e inhibir las conductas sexuales normales y el ataque pedófilo directo de este último en contra de niños”.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ILICITO.

QUINTO. Que el artículo 19 N° 15 de la Constitución asegura el derecho de asociarse sin permiso previo y, en su inciso cuarto, prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Se trata de un ilícito sancionado para resguardar el recto y adecuado ejercicio de un derecho esencial de las personas como el de asociación, protector de bienes jurídicos a los que el ordenamiento constitucional atribuye singular trascendencia. Coherente con

esa valoración, la Carta Política, en el artículo 19 N° 7, letra g), exceptúa de la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes a las asociaciones ilícitas.

SEXTO. Que el delito de asociación ilícita se ubica en el Título VI del Código Penal, “De los Crímenes y Simple Delitos contra el Orden y Seguridad Públicos cometidos por Particulares”, reconociendo como bienes jurídicos que protege los mencionados orden y seguridad públicos, y establece una figura que, según precedentemente se ha afirmado, tiene fundamento inmediato en la propia Constitución. Se trata, de acuerdo a la doctrina, de un delito formal, permanente, con pluralidad de partícipes y que contraría un bien jurídico colectivo. Describe un tipo específico, diverso de los delitos que constituyen su objeto y distinto del mero concierto para delinquir. Como lo ha establecido la Corte Suprema, “la asociación presupone una organización con cierta estructura jerárquica en los participantes del delito, con un carácter más permanente; debe ser un “cuerpo organizado” en que 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” ; la asociación criminal está integrada por “los que se asociaren u organizaren” formando una unión de cierta duración para la comisión de algunos de los delitos previstos en la ley. (Corte Suprema, 19 de julio de 1978, en Fallos del Mes, N° 236).”

Infracción de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

DECIMO SEGUNDO. Que la asociación ilícita, como figura delictiva, está construida en el Código Penal a partir de la vinculación existente entre las normas contenidas en los artículos 292 y 293. Así, el primer precepto atribuye el carácter de delito a “toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades”; pero no le asigna una pena. En tanto que la segunda disposición alude a la asociación que está destinada a cometer crímenes o simples delitos y, en función de una u otra modalidad, determina la pena aplicable en cada caso, de presidio mayor o presidio menor en cualquiera de sus grados.

En definitiva, el tipo se describe en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último. Si “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (artículo 1º del Código Penal), el de asociación ilícita es el que tiene por objeto la perpetración de crímenes o simples delitos. Por ello, concluye un autor que “la asociación ilícita está predestinada precisamente a cometer crímenes o simples delitos y no para atentar en general contra el orden social o las buenas costumbres, como una lectura superficial de la norma pareciera indicar”. “En efecto, no basta que se consideren genéricamente tales agresiones, sino que esos ataques deben representar un delito en particular del Código Penal o de leyes penales especiales. La penalidad se distribuye de acuerdo a la entidad de los delitos cometidos; no se considera para nada un ataque genérico al orden social. En resumidas cuentas, las asociaciones ilícitas son las asociaciones para delinquir, según lo dice claramente el derecho comparado”.(Francisco Grisolia, El Delito de Asociación Ilícita, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, número 1, páginas 86 y 87).

DECIMO TERCERO. Que de lo expuesto se sigue que el reproche de inconstitucionalidad a los efectos que en la causa puede provocar la aplicación de los preceptos referidos al delito de asociación ilícita, debe dirigirse a las disposiciones contenidas en los artículos 292 y 293 del Código Penal. Sin embargo, el requerimiento impugna únicamente la aplicación de la primera norma citada, omitiendo toda referencia a la segunda. En tales circunstancias puede concluirse que la sola aplicación del único precepto legal objetado no produce un resultado necesariamente inconstitucional en el asunto sublite, toda vez que subsiste la posible aplicación de otro precepto no cuestionado el artículo 293 del Código Penal que, al apropiarse o incorporar el contenido del impugnado, pormenorizándolo y estableciendo la pena, permite apreciar integralmente los efectos de la aplicación del mismo.

DECIMO CUARTO. Que, no obstante lo expuesto recién, el Tribunal examinará el fondo de la cuestión propuesta. Según se ha dicho, el requirente sostiene que los delitos de peligro abstracto, como la asociación ilícita – que existe por el solo hecho de organizarse , importan una presunción de derecho, en tanto se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa, excluyendo la prueba del peligro concreto.

DECIMO QUINTO. Que las limitaciones impuestas por el derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la finalidad de protección referida. El principio de la lesividad que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política – deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad. Por lo antedicho, la doctrina penal mayoritaria no admite los delitos de peligro abstracto y cuestiona su compatibilidad constitucional.

DECIMO SEXTO. Que, sin embargo, la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba. En la sociedad contemporánea es reconocido como un valor esencial para la estabilidad del régimen democrático y condición insoslayable del progreso económico y social, lo que justifica sancionar su transgresión en etapas preliminares del desarrollo del delito. Su importancia se insinúa en cuanto las Bases de la Institucionalidad, establecidas en el Capítulo I de la Constitución, imponen al Estado el deber de resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población, y se refrenda por la prohibición taxativa de las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

DECIMO SEPTIMO. Que la aplicación irrestricta de la tesis esbozada en el considerando décimo quinto, puede invalidar la norma que sanciona un delito como el de asociación ilícita – por ser de peligro abstracto – y conducir paradójicamente a desproteger bienes jurídicos de suyo importantes para la sociedad y el orden constitucional. Por el contrario, interpretar el precepto guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios y valores constitucionales, parece razonable y coherente con la protección del orden público y el recto ejercicio del derecho de asociación que la Constitución consagra.

DECIMO OCTAVO. Que, en la especie, tal objetivo se logra estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta y, por ende, dicha circunstancia debe ser acreditada. Como lo sostiene un

estudioso del Derecho Penal, “la solución está en conciliar la garantía constitucional referida con los delitos de peligro abstracto, lo que supone reinterpretación de estos últimos, en el sentido de atribuirles el carácter de delitos de peligro concreto”. (Jorge Mera, Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, página 410).

La aplicación de los preceptos impugnados no provoca efectos inconstitucionales en el juicio.

DECIMO NOVENO. Que la aplicación, en este caso, de los preceptos contenidos en los artículos 1º, inciso segundo, y 292 del Código Penal no provoca los efectos contrarios a la Constitución que se denuncian, porque del mérito de los antecedentes judiciales consta que se han investigado y establecido presupuestos de la responsabilidad penal excluyentes de la mera aplicación de presunciones. En efecto, la voluntariedad de la acción inculpada deriva de la comprobación de un cúmulo de circunstancias que exceden, con largueza, la simple constatación de un actuar típico y, a la vez, encuadran el desarrollo de efectivas acciones antijurídicas y no únicamente de una voluntad delictual determinada por la mera existencia de una organización.

VIGESIMO. Que, de todo lo razonado anteriormente, puede concluirse que la aplicación de los preceptos legales invocados en el requerimiento, en el proceso criminal a que se refieren, no resulta contraria a la Constitución Política, por lo que se rechazará la acción intentada.

El Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado.

2.- Fallo causa Rol n° 2868 -15: Presenta Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: Respecto al delito de Fraude al fisco y negociaciones incompatibles.

En Santiago, seis de noviembre de dos mil quince.

Con fecha 17 de julio de 2015 (a fojas 1) el Senador de la República señor Carlos Bianchi Chelech interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 239 y 240, incisos primero, tercero y cuarto, del Código Penal, que, respectivamente, tipifican las figuras de fraude al fisco y de negociaciones incompatibles, en el marco de los

delitos perpetrados por empleados públicos en el desempeño de su cargo; solicitando a este Tribunal que declare la inaplicabilidad de dichos preceptos legales en el proceso penal RIT N° 2017-2013, RUC N° 1300410940-0, seguido en su contra ante el Juzgado de Garantía de Punta Arenas, y actualmente pendiente ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad bajo el RIT N° 76-2015, seguido en su contra ante el Juzgado de Garantía de Punta Arenas.

La sentencia que debe recaer sobre el fondo de la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos se circunscribe únicamente al contexto del impugnado artículo 240, incisos primero, tercero y cuarto, del Código Penal, que dispone:

- *(Inciso primero): “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.*
- *... (Inciso tercero): Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieron interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.*
- *(Inciso cuarto): Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.”.*

II.- Pautas aplicables al caso y propiedades normativas relevantes para su resolución.

OCTAVO.- Que a partir de las consideraciones anteriores podemos sostener que las propiedades normativas relevantes en la resolución de este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad son a primera vista:

- El principio de legalidad penal y el delito del artículo 240 del Código Penal; (entre otros)

En segundo lugar, porque visto por parte de los querellantes y los organismos públicos que investigan la acción penal, el delito del artículo 240 del Código Penal constituye una infracción indudable al principio de probidad puesto que el caso está sostenido en una negociación incompatible. Y así lo han expresado en el presente caso.

El artículo 240 del Código Penal: “consagra un auténtico delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos” (Guillermo Oliver Calderón y Luis Rodríguez Collao, Informe en Derecho, fs. 82 del expediente).

“El bien jurídico protegido por la norma que prohíbe la negociación incompatible es, primariamente, la confianza en la corrección de la función pública. Etcheberry caracteriza este bien jurídico como *la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la administración pública*. Rodríguez y Ossandón lo identifican con el correcto desempeño de la función administrativa, que exige el respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad” (Antonio Bascuñán Rodríguez y José Miguel Valdivia Olivares, Informe en Derecho, fs. 275).

Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas uno.

Los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva tienen además presente, en relación con el artículo 240 del Código Penal, lo siguiente:

6°) . Es en este marco que se debe discurrir acerca del tipo penal contemplado en el artículo 240 del Código Criminal, el cual, en cuanto al sujeto activo del delito está referido al “empleado público”, tomando esta nomenclatura en un sentido estricto, esto es, aquellas personas que teniendo la calidad de funcionarios públicos por ser parte de un organismo propio de la

Administración del Estado, de aquellos a que se refiere el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

7°) Que, conforme a lo expuesto precedentemente, sólo es sujeto activo del delito de negociación incompatible el funcionario público que se desempeña en la Administración del Estado, realidad que no es la de senadores y diputados.

11°) Que, en la especie, el delito en cuestión previsto en el artículo 240 del Código Penal, es un delito de “**peligro abstracto**”, el cual se configura con una **mera desobediencia** (einfache Ungehorsam). En efecto, en ellos la referencia real negativa para el bien jurídico está totalmente ausente. Se trata pues de la prohibición de una clase de acciones. Ahí, los aparentes legítimos impulsos prohibitivos del legislador al amparo del bien jurídico sólo pueden ser contrarrestados argumentativamente acudiendo a la desproporción en sentido amplio; se sacrifica mucho más de lo que se logra. Los delitos de peligro abstracto sólo retroceden cuando se logra demostrar que hay un interés claramente irrenunciable en llevar a cabo la conducta en cuestión. De ahí que aflore en tales delitos el elemento de la desobediencia. Pero ¿cómo fundamentar materialmente el castigo de la mera desobediencia? **Binding** sostuvo –al contrario de lo que indican ciertas interpretaciones poco acertadas de su planteamiento- que no se trataba de prohibir sin más, esto es, delimitar la libertad de actuación sin otro objetivo, sino en ocasiones la prohibición es irrenunciable aún sin que exista lesión o puesta en peligro en concreto (**Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann y Wolfgang Wohlers**, ed. alemana; Ricardo Robles Planas, ed. española, Límites al Derechos Penal, Editorial Atelier, Barcelona, 2012, p. 24);

12°) Que, dilucidando las interpretaciones dogmáticas penales en esta sede constitucional y fijando el alcance más acorde con la moderna doctrina, en el sentido de no confundir una interpretación restrictiva de los delitos de “**peligro abstracto**”, considerándolos como de peligro concreto, conviene entender como “**delito de peligro concreto**” aquel que requiere que se haya producido un peligro real para el objeto protegido por el tipo respectivo. El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viario, en el que, además de las peligrosas formas de

conducción allí descritas, se requiere adicionalmente que sean “puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor” tales delitos de peligro concreto son delitos de resultado; es decir: se distinguen de los delitos de lesión... porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, han de comprobarse por medio de una prognosis objetivo – posterior (por tanto, ex ante; cfr N°32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco serán imputable, aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un “resultado de peligro concreto” y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas ex post” (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Civitas, año 2015, Buenos Aires, Argentina, 2da. Edición, reimpresión, p. 404);

13°) Que, siguiendo lo razonado precedentemente, la dogmática penal contemporánea considera que la naturaleza del delito del artículo 240 del código punitivo, sería de peligro abstracto que representaría un tipo de imprudencia sin consecuencias e incluso como una tentativa imprudente, en su caso inidónea. Autores como Wolfgang Frisch abogan por sustituir lo más posible los delitos de peligro abstracto por delitos de aptitud;

14°) Que, lo esencial en los delitos de peligro abstracto es su idoneidad o aptitud tal como lo ha señalado Friedrich-Christian Schroeder (Fundamentos y Dogmática Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2013, p. 57-58) para dañar el cuerpo o la vida de otras personas o bienes materiales ajenos de gran valor. Estos elementos de idoneidad tienen que ser determinados, pero ello en nada altera la necesidad de que se trate de delitos abstractos de puesta en peligro de bienes jurídicos;

15°) Que, en definitiva, el principio de legalidad en materia penal se asocia con la denominada “lex certa”, cuya exigibilidad implica que el tipo ha de ser suficiente, es decir, ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal hipótesis no ocurre, se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de tipificación: la insuficiencia; sin perjuicio de que exista un sistema de remisión o de tipificación reglamentaria que ayuda a la conformación

total del acto de tipificación, cumpliendo de esta manera con la exigencia de seguridad jurídica en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta;

18°) Que, resulta discutible la constitucionalidad de una verdadera “presunción legislativa” que no admite prueba en contrario y que da por sentadas circunstancias que dependen del caso en concreto y de la realidad ocurrida en el mismo, siendo denominados “delitos sin lesión”.

Cuando el legislador se limita a describir un determinado comportamiento que, según la experiencia, posee idoneidad genérica de peligro o de lesión para el objeto de tutela, sin necesidad de que esa amenaza se verifique empíricamente, esta forma rige ampliamente en el ámbito de las contravenciones y de las faltas municipales.

En cambio, si asociamos en ese sentido las presunciones legislativas, ellas deben ser consideradas como simples infracciones administrativas, sin un bien jurídico de importancia tal que merezca tutela penal. Más aún, no resulta posible la tentativa en ese tipo de delitos, pues importaría la triplicación del peligro (peligro de peligro de peligro) (**Zaffaroni, Eugenio Raúl; Aliaga, Alejandro y Slokar, Alejandro**, Derecho Penal Parte General, 2da. Edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2002, p.469);

19°) Que, en los delitos de peligro abstracto, la ejecución de la conducta importa, en principio dar por afirmada su tipicidad (peligrosa), ya que el peligro no es un componente del tipo objetivo. La afectación al principio de lesividad de esta modalidad legislativa aparece clara, por lo que debe rechazarse su legitimidad y asimilarse en cuanto al requisito de verificar el peligro a los delitos de peligro concreto, tarea que corresponde al juez en el ámbito de la tipicidad, otorgándose así su contenido material (**Gómez Urso, Juan Facundo**, Tipicidad Penal, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 172);

22°) Que, por otra parte, la Excma. Corte Suprema en los autos rol 5.903-2007, en el motivo décimo quinto requiere para la configuración del ilícito de “**negociación incompatible**” un interés directo o indirecto del imputado, por lo cual la existencia en los tipos de los artículos 233, 239 y 240 del Código Penal, demandan la existencia de sujetos activos especiales, comprensivos de diferentes conductas que confluyen, genéricamente, en el respeto de principios relacionados con la probidad administrativa que deben observar en el ejercicio de sus cargos los funcionarios

públicos y particulares que se benefician económicamente, lo cual conduce a que estas figuras penales para su nacimiento recaban para su consumación un perjuicio originado al Fisco, el que puede consistir en pérdida directa o en la privación de un lucro legítimo o cesante, la que subjetivamente requiere de dolo directo (Rol 5.903-2007, c 17°), principalmente, exigencia que debe satisfacer el delito de negociación incompatible;

23°) Que, aparentemente, como señalará el Profesor Cury, en un artículo del año 1986, **“lo que se castiga es la ejecución de una acción a la que no se encuentra no ya reprobable, sino, tan sólo, temible o, menos aún, sospechosa, porque crea una apariencia de falta de parcialidad y honestidad”** (Cury U., Enrique. Contribución político-criminal al estudio de los delitos funcionarios, en Revista Chilena de Derecho, vol. 13 N°2 (1986), p. 295-304, p. 2);

24°) Que, en resumen, en un Estado democrático, se entiende que la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales si ello no tiene un correlato en la afectación de los derechos y de las legítimas expectativas de la ciudadanía, menos si ese deber se reduce a una simple reprobación moral de la conducta realizada, como parece desprenderse de alguno de los conceptos empleados en su descripción. De este modo, la tradicional apelación al deber de lealtad funcionaria no significa otra cosa que la necesaria sumisión del agente público a la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general. (Código Penal, Libro II, Título V, Sobre los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos).

3.- Fallo causa Rol n° 2651 Tribunal Constitucional. Respecto al delito de asociación ilícita art. 292 y 293

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS: A fojas 1, con fecha 7 de abril del año en curso, HERNAN RAMÍREZ RURANGE ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 292 y 293 del Código Penal, en la parte que sancionan el delito de asociación ilícita, cuando ésta se constituye para para atentar contra el orden social, a objeto de que surta efectos en la causa criminal referida al secuestro con homicidio de Eugenio Berríos, caratulada “Es parte el Fisco-Ministerio del Interior Qte. Gonzalo Berríos Sagredo y otros con Silva

Valdés Arturo-Torres Gacitúa Jaime y otros”, que se encuentra actualmente pendiente ante la Excm. Corte Suprema, para conocer de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos, entre otros, por el requirente, Rol C.S. N° 8278-2013, por estimar que infringen el principio de legalidad, contemplado en el inciso 8° del numeral 3°, del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Las disposiciones impugnadas:

- Artículo 292: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.
- Artículo 293: “Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.”

Aplicación decisiva del precepto impugnado, conflicto constitucional y disposiciones constitucionales que se estiman infringidas.

Señala que el precepto constitucional que estima infringido consagra la garantía de que no hay delito sin una ley que así lo establezca, lo que se materializa en la exigencia de una ley escrita y previa y, asimismo, de una ley estricta, es decir, en una que de manera precisa y determinada tipifique el hecho punible y la sanción, lo que se conoce como mandato de determinación de la ley penal, que obligaría al legislador a indicar con suficiente claridad y precisión cuáles son los elementos que componen el tipo penal de que se trate, de manera de permitir conocer el sentido y alcance del deber de conducta que imponen.

En tal sentido, sostiene, los preceptos impugnados, en cuanto prescriben que se configura y sanciona el delito de asociación ilícita cuando ésta se constituye para atentar contra el orden social, infringen flagrantemente el principio de legalidad que rige el ius puniendi estatal en relación con el mandato de determinación y prohibición de las leyes penales en blanco que contengan remisiones abiertas, ya que no establecen el núcleo de lo prohibido, al no señalar los elementos

que componen el tipo penal de que se trata, el que no puede integrarse acudiendo a las reglas generales.

Observaciones del Programa Continuación Ley 19.123.

Transcribe la parte pertinente del requerimiento, señalando que las expresiones “por descarte” o “como se deduce” que utiliza el requirente para arribar a la conclusión que sirve de sustento al requerimiento son ajenas a la técnica y rigor interpretativo legal, resultando evidente que no existe claridad sobre la conclusión que asevera el requerimiento y lo que sí consta en los antecedentes del proceso y en los considerandos de la sentencia condenatoria es la perpetración de una serie de delitos por parte de la asociación, los que poco o nada tienen que ver con un concepto ambiguo o genérico del orden social.

Observaciones del Consejo de Defensa del Estado.

Solicitando el rechazo de las alegaciones del requirente, fundado en que las normas impugnadas contienen los elementos de certeza y descripción suficientes que la Constitución exige y no constituyen, por tanto, una ley penal abierta.

Al respecto señala que el injusto de la asociación ilícita no se presenta en modo alguno como un injusto dependiente de algún determinado hecho delictivo futuro a ser ejecutado por sus miembros, sino que lo que le confiere carácter delictivo a la organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido que el objeto mismo de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características. Agrega que el contenido específico de esta denominada agenda delictiva está perfectamente descrita por el legislador al momento de fijar la penalidad del delito, al determinar como criterio de selección lo dispuesto en el artículo 293 del Código Penal: “si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes (...) cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos...”

Indica que orden social no es un elemento descriptivo del tipo, sino que normativo del mismo, en los términos que lo ha precisado esta Magistratura en la sentencia Rol N° 1441.

CONSIDERANDO:

VIGESIMOSEGUNDO: Que, al contrario de lo sostenido por la parte requirente, la expresión impugnada puede tener un efecto restrictivo en la interpretación del delito de asociación ilícita, toda vez que puede ser aplicada para disminuir el listado de crímenes y simples delitos que pueden ser perpetrados por una organización colectiva y estable de aquellas castigadas por el Derecho penal. Y VISTO lo prescrito en los artículos 1º, 7º, 8º, 19 números 2º y 3º, 76, 83 y 93, inciso primero, N° 6º, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional.

Se declara: Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas uno.

Acordada, con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, en lo que respecta a la decisión de rechazar el requerimiento respecto del artículo 292 del Código Penal, quien estuvo por acogerlo respecto de esa norma, fundada en las siguientes consideraciones:

III. Consideraciones constitucionales sobre el principio de tipicidad.

18°. Que, en lo que dice relación con las características del delito de asociación ilícita, se ha indicado que se trata de un delito de peligro abstracto, toda vez que “la ley anticipa la tutela jurídico penal a un punto de tensión dictado por la probabilidad del evento perjudicial, de lo que una lógica de contenidos deducirá que no se puede, so pena de reducir la probabilidad a una posibilidad, retroceder aún respecto de esa tensión.” (GUZMÁN DALBORA, José Luis. Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 2, 1998, UNED, p. 189).

Asimismo, el delito de asociación ilícita (o concierto para delinquir) ha sido calificado como un “delito impropio de estatus”, porque en él “se pone el énfasis más en la asociación con un fin ilícito que en la mera pertenencia participativa (...)”. (JAKOBS, Günther, y POLAINO-ORTS, Miguel. Delitos de organización: un desafío al Estado. Editorial Grijley, 2009, p. 79).

Los elementos requeridos para estar en presencia de una asociación ilícita son la existencia de

una pluralidad de individuos, con una determinada forma de organización, la persecución de un fin común y dotada de una cierta perdurabilidad. (MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Código Penal sistematizado con jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 333-334).

El delito se consuma en el momento en que la asociación principia su existencia, o sea, cuando al conjugarse en plural su verbo rector, ésta queda constituida, sin perjuicio, además, de que éste es también el instante en que surge el peligro (abstracto) para el orden público.

(GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 179). En otras palabras, la asociación ilícita “constituye un delito por el solo hecho de organizarse.” (ETCHEBERRY, ob. cit., p. 317). “La ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, diverso de los injustos concretos que se cometen mediante la misma.” (MATUS ACUÑA, ob. cit., p. 335). En consecuencia, para su consumación, resulta irrelevante la efectiva ejecución de los delitos programados (RUIZ ZURITA. ob. cit., p. 1178).

La propia Corte Suprema ha entendido que “la ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, independiente de los injustos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, por lo que el comportamiento a sancionar del miembro activo del organismo debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del derecho penal (...).” (Sentencia Sala Penal, de 8 de julio de 2010, Rol N° 2596, c. 7°);

19°. Que, por lo tanto y de la mano con lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, discrepamos de lo sostenido en el considerando 13° de la sentencia de autos, cuando se afirma que, en este caso, “el tipo se describe en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último.”. Ya se ha visto que el delito de asociación ilícita es autónomo de los injustos concretos que se cometan, lo que lleva a afirmar que el tipo “debiera” estar descrito en el propio artículo 292 del Código Penal, pues, de otra forma, no tendría sentido la frase incluida en él: “Importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.” Luego, en concepto de quien suscribe este voto, no debe confundirse el tipo penal de la asociación ilícita con las penas que le correspondan según el concurso que se produzca con los crímenes o delitos que en definitiva cometa la asociación. Lo anterior resulta lógico, pues, siguiendo a Guzmán Dálbora, “se ha radicado el fundamento del concurso de delitos en la circunstancia de que el tipo de injusto en la

asociación criminal no requiere que sus miembros intervengan en la ejecución del programa delictuoso, por modo que la simple incorporación al consorcio realizaría el tipo, sin importar que el afiliado se abstenga de tomar parte en la materialización de los planes de aquél.” (ob. cit., p. 203); 20°. Que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido al tipificar el delito de asociación ilícita, se ha sostenido que al constituir la asociación ilícita un delito de peligro abstracto, “distinto de los concretos bienes jurídicos que se protegen en los delitos particulares que se cometan por los asociados (..) ese bien jurídico finca en el ejercicio abusivo de la libertad de asociación que, de esta manera, no queda amparada por la garantía constitucional (...) no cabe duda que el delito de Asociación Ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación.” (RUIZ ZURITA, ob. cit., p. 160).

Por lo anterior pareciera haberse asentado la tesis de que el bien jurídico protegido al tipificar el delito de asociación ilícita es el orden público en la medida que “la asociación para delinquir suscita inevitablemente alarma en la población y, por ende, en sí misma, es decir, con independencia de los delitos que fuesen cometidos, determina una perturbación del orden público.” “Para los fines del Derecho penal (siguiendo a Antolisei) el orden público (...) es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social; la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública.”(GUZMÁN DÁLBORA. ob. cit., pp. 169 y 174).

22°. Que las ideas anotadas, unidas a la caracterización del delito de asociación ilícita como uno de peligro abstracto, permiten afirmar que la punición del mismo por atentar contra el “orden social” no satisface el estándar constitucional de la ley cierta, asociada al principio de tipicidad. Aún cuando el fallo recaído en el Rol N° 739 no compartió esta tesis, reconoce que “la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba.” (C. 16°).

En consecuencia, es el juzgador, en la causa que nos ocupa, quien ha estimado que el atentado contra el orden social se produjo porque se ha afectado la seguridad interna del Ejército como también el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. Pero ello, claramente, no se desprende de la sola lectura del artículo 292 del Código Penal sino que la vaguedad del concepto

de “orden social” –por el cual se ha condenado a Hernán Ramírez Rurange- lleva a que el juez fije su contenido afectando la seguridad jurídica que persigue el principio de tipicidad y constituyendo, en este caso, al delito de asociación ilícita en una ley en blanco abierta de aquellas que proscriben la Constitución, donde el mero hecho de asociarse no puede desentenderse del objeto que, en este caso, sería el atentado contra el orden social;

De la lectura de los fallos anteriormente expuestos destaca que ninguno de ellos acoge la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, lamentablemente las razones de ello varían en cada caso lo que no ha contribuido a zanjar el conflicto plantado de forma unánime y definitiva.

CAPITULO V

Conclusiones

En la actualidad la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, tanto en la doctrina nacional como en el Derecho comparado, no es pacífica. Los elementos del tipo y el bien jurídico afectado varían dependiendo de la corriente doctrinaria del autor que lo analiza.

Al finalizar este trabajo podemos concluir que el conflicto de Constitucionalidad nace a consecuencia de una excesiva rigurosidad por parte de la doctrina que considera el bien jurídico protegido como justificación de la función punitiva del Estado, obstaculizando así una protección preventiva o ex-ante de ciertos derechos fácilmente considerados de interés social, un ejemplo de ellos son el delito de asociación ilícita (art.292 y 293 Código Penal) y el de negociación incompatible y tráfico de influencias (art. 240 y 240 bis) en que no tipifican una lesión específica sino un peligro que de ocurrir alterarían el orden social. Se rechaza esta figura bajo la premisa de un derecho penal de extrema o última ratio anclada a la idea de la lesión como presupuesto básico de la pena y la transgresión que se produce al anticipar el resguardo y de una supuesta presunción de responsabilidad penal inconstitucional. Sin embargo, el ordenamiento jurídico orientado a la tutela de bienes jurídicos no puede renunciar a una técnica de tutela como el peligro abstracto, al menos en ciertos ámbitos de la vida afectados de un índice altísimo de riesgo debido a los avances, la modernidad y la tecnología, es decir, las razones para tipificar dichas conductas existen en la realidad estadística por lo que el legislador no estaría andando más allá de aquello permitido en la Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales” REJ – Revista de Estudios de la Justicia N° 4 Año 2004.

MONSALVE VERGARA, Sergio *Derecho penal de la competencia, introducción a la parte general*. Primera edición, Santiago: Editorial Metropolitana, 2012.

NAQUIRA RIVEROS, Jaime. Derecho Penal. Teoría del delito, Providencia, Chile 1998, .

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Derecho Penal*, 2da Edición: Santiago, Chile. ConoSur LexisNexis-Chile, 2001.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general*, 2da Edición, Editorial Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte general Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Conlledo, García y Díaz, Miguel, Luzón Peña, Diego-Manuel, Remesal, Javier de Vicente. 2da edición alemana traducida. Madrid España: Editorial Civitas, 2007, p.404.

RUIZ ZURITA, Mario. *El delito de asociación ilícita*. 1era Edición, Santiago: Ediar Editores, 2009.