



**UNIVERSIDAD DE JAÉN**

---

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y  
JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL,  
FILOSOFÍA DEL DERECHO, FILOSOFÍA  
MORAL Y FILOSOFÍA**

**TESIS DOCTORAL**

**LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL Y  
LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO**

**PRESENTADA POR:  
JUAN LUIS FUENTES OSORIO**

**DIRIGIDA POR:  
DR. D. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS**

**JAÉN, 19 DE DICIEMBRE DE 2003**

**ISBN 978-84-8439-337-5**

**Nombre y apellidos del autor**

JUAN LUIS FUENTES OSORIO

**Título de la Tesis Doctoral**

LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL Y LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO

**I.S.B.N.**

978-84-8439-337-5

**Fecha de Lectura**

19 DE DICIEMBRE DE 2003

**Centro y Departamento en que fue realizada la lectura**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

*Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía*

**Composición del Tribunal/Dirección de la Tesis**

Dirección de la Tesis    Dr. D. Guillermo Portilla Contreras

Presidente/a del Tribunal    Dr. D. Miguel Díaz y García de Conledo

Vocales    Dr. D. Javier Mira Benavent

Dr. D. Ignacio Muñagorri

Dr. D. Enrique Peñaranda Ramos

Secretario/a    Dr. D. Rafael Alcácer Guirao

**Calificación Obtenida**

SOBRESALIENTE CUM LAUDE POR UNANIMIDAD



UNIVERSIDAD DE JAÉN

tesis doctoral

# Abstract

*Punishable preparatory acts* have been the articulating criterion of this work. The first part deals with the criminal preparation within the criminal tutelage anticipation phenomenon. The rest of the essay tries to answer a series of concatenated questions, starting with the following: Are punishable preparatory acts ways of preparation? In order to sort out this issue, other questions arise: what do we understand by preparation of a crime? What are its intensional features? Once the features of the preparation are determined, it will be possible to check if the ways of proceeding described in articles 17 y s CP are preparatory acts and, in case they are, to what extent. The notable task will be to first determine which are the intensional features of the preparation, to secondly study if these behaviours can be included within its field. The second and third parts of this work are devoted to this purpose: in the second part the intensional features are set out, while in the third part I specify the fact that considering the variable benefited individual and the concepts of preparation in *direct and indirect responsibility*, it is possible to justify that those behaviours may be ways of preparation. Finally, a last question emerges: what other nature can they have besides that of the preparation? Participation could be an option. Other hypothesis state said behaviours can be ways of responsibility, whether the crime is finally perpetrated or just attempted. All these possible interpretations of the punishable preparatory acts nature will be studied in the forth part, which is specially focused on both natures cited above.

## Resumen

Los *actos preparatorios punibles* han sido el criterio articulador de esta obra. En la primera parte se estudia la preparación delictiva dentro del fenómeno de la anticipación de la tutela penal. El resto del trabajo se orienta a dar respuesta a una serie de preguntas que se suceden de forma concatenada, que comienzan con la siguiente: ¿son los *actos preparatorios punibles* formas de preparación? Para poder resolver esta incógnita se plantea otra cuestión: ¿qué es la preparación del delito, cuáles son sus notas intensionales? Una vez determinadas las características de la preparación será posible comprobar si, y en qué medida, los modos de actuación descritos en los artículos 17 y s CP son actos preparatorios. Lo relevante va a ser determinar qué notas intensionales tiene la preparación, para a continuación, observar si las conductas tratadas pueden incluirse dentro de su extensión. A ese fin se destina la parte segunda y tercera del trabajo. La segunda, expone las notas intensionales de la preparación. La tercera precisa que si se tiene en cuenta la variable sujeto beneficiado, y se trabaja con los conceptos *preparación del hecho propio y ajeno*, es posible justificar que esos comportamientos sean formas de preparación. Por último, asalta una tercera cuestión ¿Qué otra naturaleza pueden tener aparte de la preparatoria? Una primera opción, es la vía de la participación. Otras hipótesis consideran que los comportamientos en cuestión pueden ser formas de autoría, consumada o intentada. Esto es posible mediante el recurso al sistema unitario del autor o a bienes jurídicos espiritualizados o definidos de manera muy abstracta, de modo que cualquier conducta representa una lesión del mismo. Todas estas posibles interpretaciones de la naturaleza de los actos preparatorios punibles se estudiarán en la cuarta parte, especialmente centrada en las dos naturalezas citadas en primer lugar.



UNIVERSIDAD DE JAÉN

LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA  
PENAL Y LOS ACTOS  
PREPARATORIOS DEL DELITO

JUAN LUIS FUENTES OSORIO

tesis doctoral

# Índice

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	9
INTRODUCCIÓN .....	12
PRIMERA PARTE	
LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL .....	18
CAPITULO I	
EL CONCEPTO DE ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL .....	19
I. INTRODUCCIÓN. ....	20
II. EL FENÓMENO DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL. ....	32
1. La anticipación de la tutela como una constante en el Derecho penal. ....	32
2. El concepto de anticipación de la tutela penal. ....	34
A. Introducción: la importancia del fin del Derecho penal. ....	35
B. La relevancia del concepto de bien jurídico. ....	36
a) La concepción inmaterial. ....	36
b) La concepción material del bien jurídico. ....	43
c) Los bienes jurídicos colectivos. ....	44
c.1. El carácter relativo del término «delitos de peligro abstracto». ....	59
C. Las tentativas de participación. ....	64
III. CONCLUSIONES. ....	65
CAPITULO II	
LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL Y LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL .....	67
I. INTRODUCCIÓN. ....	68

II. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL: LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS. ....	71
1. La función positiva del bien jurídico: mandato de protección absoluta. ....	72
2. La reformulación del principio de ofensividad. ....	77
A. Consecuencias de la aparición del «Derecho penal del riesgo». ....	83
3. Otras formas de prevención. ....	91
Excurso: los riesgos de las exigencias de desregulación penal. ....	90
III. LA DIMENSIÓN IDEOLÓGICA DE LA ANTICIPACIÓN PENAL. ....	103
IV. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL. ....	102
V. EL DERECHO PENAL COMO <i>PRIMA RATIO</i> . ....	121
VI. CONCLUSIONES. ....	127
CAPITULO III	
FORMAS DE APARICIÓN DEL FENÓMENO DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL. ....	131
I. INTRODUCCIÓN. ....	132
II. LA ANTELACIÓN EN FUNCIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DENTRO DEL <i>ITER CRIMINIS</i> . ....	132
1. Formas de punición de las conductas preparatorias y participativas intentadas. ....	135
III. LA ANTELACIÓN EN FUNCIÓN DEL JUICIO DE PELIGRO. ....	139
IV. LA RELACIÓN ENTRE LA PELIGROSIDAD Y EL <i>ITER CRIMINIS</i> . ....	141
1. El parentesco entre los delitos de peligro abstracto y delitos preparatorios. ....	145
V. CONCLUSIONES. ....	150
SEGUNDA PARTE	
LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO. ....	152
CAPÍTULO I	
LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ACTO PREPARATORIO. ....	153
I. INTRODUCCIÓN. ....	154
II. LA VAGUEDAD DE LAS ACTUALES DEFINICIONES DEL ACTO PREPARATORIO. ....	155
III. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE ESTA VAGUEDAD. ....	161
IV. CONCLUSIONES. ....	164

## CAPÍTULO II

CARACTERÍSTICAS SUBJETIVAS DEL ACTO PREPARATORIO .....	166
I. INTRODUCCIÓN. ....	167
II. EL DOLO DE LA CONDUCTA PREPARATORIA. ....	167
III. EL FIN PERSEGUIDO POR LA PREPARACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL DOLO DEL PREPARADOR. ....	177
IV. LA CLASE DE DOLO DE PREPARACIÓN. ....	183
V. LA EQUIVOCIDAD DE LA ACCIÓN PREPARATORIA. ....	186
1. Presunción de la inexistencia de voluntad preparatoria. ....	188
2. Presunción de la existencia de una intención preparatoria. ....	190
A. Presunciones en función de la naturaleza del medio. ....	191
B. Presunciones en función del nivel de desarrollo de la actividad preparatoria. ....	192
VI. LA EXTENSIÓN MÁXIMA DEL INJUSTO DEL ACTO PREPARATORIO: ¿CUÁL ES EL DELITO DE REFERENCIA? .....	195
VII. CONCLUSIONES. ....	198

## CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS OBJETIVAS DEL ACTO PREPARATORIO .....	201
I. INTRODUCCIÓN. ....	202
II. LA LEJANIA OBJETIVA DE LA PREPARACIÓN: EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS. ....	203
1. Teorías subjetivas. ....	205
A. La voluntad manifestada contraria a la norma de determinación. ....	208
B. La vulneración de la vigencia del ordenamiento jurídico. ..	214
a) Teoría de la expresión. ....	214
b) Teoría de la impresión. ....	227
C. Ampliación del ámbito de punición desde planteamientos subjetivos. ....	231
2. Enfoque material del injusto. ....	235
3. La impunidad general de la preparación a la que conduce una teoría objetiva del injusto por su falta de peligrosidad. Los intentos para justificar su punición. ....	245
III. EL CARÁCTER CONDICIONAL Y MEDIATO DE LA PREPARACIÓN. ..	254
IV. EL CARÁCTER PREEJECUTIVO DE LA PREPARACIÓN. ....	258
1. El carácter relativo de la naturaleza preejecutiva de la preparación. ....	258
2. Los esfuerzos teóricos orientados a la delimitación de la tentativa y la preparación. ....	265



A. Intentos subjetivos de diferenciación entre tentativa y preparación.....	266
B. La idea de peligro como criterio de delimitación. ....	269
C. La interpretación del tipo como único criterio válido de distinción entre las fases del iter criminis compatible con la actual regulación penal. ....	275
D. El papel de la representación del autor.....	291
E. Clases de preparación.....	295
V. CONCLUSIONES. ....	300
TERCERA PARTE	
LOS ACTOS PREPARATORIOS DEL HECHO AJENO.....	303
CAPITULO I	
CONCEPTO DE PREPARACIÓN DEL HECHO AJENO: SU COMPATIBILIDAD CON UN SISTEMA DUAL DE RESPONSABILIDAD DEL INTERVINIENTE SECUNDARIO .....	304
I. LA PREPARACIÓN DEL HECHO PROPIO O AJENO. ....	305
II. LA PREPARACIÓN INDIVIDUAL O COLECTIVA. ....	306
III. ¿ES COMPATIBLE LA PRESENCIA DE LA CATEGORÍA ACTO PREPARATORIO DEL HECHO AJENO CON UN SISTEMA DUAL? .....	308
1. La actual tendencia a la conversión de las categorías participación y preparación en formas de autoría. ....	308
2. La vía alternativa de la preparación. ....	321
3. ¿Distintos términos, soluciones idénticas? .....	324
4. La sustitución de la participación por la preparación. ....	326
5. La convivencia entre la preparación y la participación. ....	328
IV. CONCLUSIONES. ....	331
CAPÍTULO II	
LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN COMO ACTOS PREPARATORIOS DEL HECHO AJENO .....	333
I. INTRODUCCIÓN. ....	334
II. LA COMPLICIDAD Y LA INDUCCIÓN COMO FORMAS DE PREPARACIÓN. ....	334
III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA PREPARACIÓN DEL HECHO AJENO. ....	340
1. La conversión de las conductas de participación en su correspondiente acto preparatorio intentado o consumado. ....	341
2. La relación entre formas imperfectas de la inducción y	

la preparación del hecho propio o ajeno. ....	346
Excurso: la incongruencia entre el dolo del inductor y la conducta realizada por el autor principal. ....	355
a) La importancia del grado de determinación del dolo del partícipe. ....	357
a.1. El inductor ha concretado en su dolo el elemento sobre el cual existe una incongruencia. ....	357
a.2. El inductor no ha precisado el elemento sobre el que recae el supuesto de incongruencia. ....	358
b) El alcance del dolo del inductor. ....	361
c) La relevancia de la voluntariedad en la incongruencia por parte del inducido. ....	362
d) Formas de incongruencia. ....	364
3. Las formas imperfectas de la complicidad y su equivalencia con la preparación del hecho ajeno. ....	378
4. La complicidad psicológica como elemento sito entre inducción y complicidad. La relevancia que tiene para la preparación. ....	387
IV. CONCLUSIONES. ....	394

#### CUARTA PARTE

LA NATURALEZA DE LA PROPOSICIÓN, LA CONSPIRACIÓN, LA PROVOCACIÓN Y LA APOLOGÍA. ....	397
---	-----

##### CAPITULO I

OPCIONES TEORICAS PARA EXPLICAR LA NATURALEZA DE LA PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN, PROVOCACIÓN Y APOLOGÍA. ....	398
--	-----

I. INTRODUCCIÓN. ....	399
II. RESOLUCIÓN MANIFESTADA. ....	403
III. NATURALEZA PREPARATORIA. ....	406
1. Formas de preparación. ....	406
2. Fases previas de la intervención en un delito. ....	414
3. Conclusiones. ....	422
IV. FORMA DE PARTICIPACIÓN. ....	423
1. El concepto de la «accesoriedad». ....	424
A. Las funciones de la accesoriedad. ....	424
B. Las vertientes interna y externa de la accesoriedad estricta. ....	432
C. La relación entre la accesoriedad y los sistemas de enjuiciamiento de la responsabilidad del interviniente. ....	435

2. Tipos de participación autónomos. ....	439
A. La teoría pura de la causación. Recurso a la accesoriedad estricta formal como condición objetiva de punibilidad. ....	441
B. La concepción extensiva del autor desde posiciones sistémico-funcionalistas radicales. ....	447
C. La ruptura plena del principio de accesoriedad estricta. ....	454
D. Formas de participación accesorias: la accesoriedad hipotética. ....	458
a) La aplicación de la normativa de la teoría de la participación accesorias estricta material a las tentativas de inducción excepcionalmente punibles. ....	460
3. Conclusiones. ....	463
V. FORMAS DE AUTORÍA. ....	464
1. El sistema unitario de autor. ....	464
A. Formas de aparición del sistema unitario. ....	467
a) Concepto unitario formal de autor. ....	467
b) Concepto unitario funcional de autor. ....	468
B. Responsabilidad originaria y autónoma del partícipe. ....	472
D. Conclusiones. ....	483
2. La creación de un bien jurídico específico. ....	484
A. Bienes jurídicos abstractos y secundarios. ....	485
B. Propuestas concretas de justificación mediante la atribución de un bien jurídico autónomo. ....	488
C. Conclusiones. ....	491
CAPÍTULO II	
DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA CONCRETA DE LAS CONDUCTAS RECOGIDAS EN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 CP ....	
	494
I. INTRODUCCIÓN. ....	495
II. COMO TENTATIVA DE INDUCCIÓN. ....	495
1. La distinción entre la inducción pública y privada; expresa e implícita; a la autoría, coautoría o a la participación. ....	497
2. El <i>iter criminis</i> de la inducción. ....	507
3. La proposición, la provocación y la apología. ....	507
A. La proposición. ....	507
B. La provocación. ....	519
C. La apología. ....	541
D. Conclusiones para la proposición, provocación y apología. ....	560
4. La conspiración. ....	564
A. La conspiración como inducción mutua. ....	565

---

B. La conspiración como tentativa de inducción múltiple, consumada en su resultado intermedio. ....	568
C. Conclusiones para la conspiración. ....	569
II. COMO FORMAS DE PREPARACIÓN. ....	570
1. La proposición. ....	571
2. La provocación y la apología. ....	573
3. La conspiración. ....	576
A. La conspiración es una simple manifestación de la resolución delictiva. ....	576
B. La conspiración como fase previa de la coautoría. ....	577
C. La conspiración como una preparación organizativa conjunta consumada. ....	587
4. Conclusiones. ....	590
 CONCLUSIONES FINALES .....	 592
 BIBLIOGRAFÍA .....	 602

## Índice de abreviaturas

Abs.	Absatz (párrafo).
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
a. F.	Alte Fassung (versión antigua).
AP	Actualidad Penal.
AT	Allgemeiner Teil.
BT	Besonderer Teil.
BGH	Bundesgerichtshof.
BverfG	Bundesverfassungsgericht
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CDJP	Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal.
Cfr.	Confróntese.
Coord.	Coordinador.
CP	Código Penal LO 10/1995.
CPA	Código Penal Antiguo, conforme a la L 44/1971.
CPC	Cuadernos de Política Criminal.
Dir.	Director.
DM	Marco Alemán.
Edit.	Editor.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.
f.d.	Fundamento de derecho.
FS	Festschrift.
GA	Goldtdammer´s Archiv für Strafrecht.

---

GS	Gedächtnis-Schrift.
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen.
JBI	Justische Blätter (Österreich).
Jura	Juristische Ausbildung.
JuS	Juristische Schulung.
JR	Juristische Rundschau.
JZ	Juristische Zeitung.
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LG	Landgericht.
Marg.	Marginal.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht.
LK	Leipziger Kommentar.
NJW	Neue juristische Wochenschrift.
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht.
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung.
öStGB	österreiches Strafrechtgesetzbuch (Código penal austriaco)
op. cit.	Obra citada.
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz.
Pág.	Página/s.
PG	Parte General.
PE	Parte Especial.
p.e.	Por ejemplo.
PJ	Poder Judicial.
RFDUC	Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
RDA/DDR	República Democrática Alemana.
RG	Reichsgerichts in Strafsachen.
RZ	Österreichische Richter Zeitung.
Scil.	Scilicet: es decir, o sea.

---

SK	Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch.
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional.
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz (ley de reforma penal)
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
StGB	Strafrechtgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ley de enjuiciamiento criminal alemana).
StV	Strafverteidiger.
v.	Volumen.
Vid.	Véase.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
§ / §§	Parágrafo/s.

# Introducción



## INTRODUCCIÓN

La proposición, la provocación y la conspiración han recibido tradicionalmente la denominación común *actos preparatorios del delito*. De este modo, cuando me planteé la posibilidad de efectuar un estudio sobre los actos preparatorios pensé, influido por la forma como se trataba esta categoría en los textos que inicialmente me sirvieron de referencia, que el trabajo tendría que centrarse en las conductas recogidas actualmente en los arts. 17 y s CP. Pensé que, en definitiva, el problema de la preparación se limitaba a la interpretación de estos preceptos. Sin embargo, esta convicción inicial fue perdiendo fuerza según avanzaba en el análisis de estos tipos. La lectura de otros textos arrojaba más sombras que luces. Las constantes dudas y dificultades que surgían eran, en un primer lugar, el resultado de la constatación de que los comportamientos en cuestión podían ser algo más que una simple preparación. El descubrimiento de que se podían predicar otras naturalezas de estas conductas me obligó a plantearme la siguiente pregunta: ¿los artículos 17 y s CP recogen realmente formas de preparación? A esta interrogante se le habían dado muchas respuestas.

(1) Unas, afirmativas, habían insistido en su carácter preparatorio. A simple vista resultaban convincentes. La sanción del mero acto de invitación o incitación pública a la comisión de delitos o la reunión para ese fin representaba la persecución de modos de actuar que, *per se*, no poseen capacidad lesiva directa, sino que requieren una actividad posterior para lograr ese objetivo. Y así, eran formas de anticipación de la tutela penal que autorizan el uso del instrumental penal antes de que exista una lesión o una puesta en peligro directa del bien jurídico tutelado. Si nos fijamos exclusivamente en esa escasa capacidad lesiva y en la vinculación entre ésta y el carácter no-ejecutivo de un comportamiento, puede parecer correcto afirmar que las conductas consignadas en los artículos 17 y s son formas de preparación. Sin embargo, en un sentido estricto, con ello todavía no se estaría tomando partido por una de las naturalezas posibles, ya que, semejante afirmación, olvidaba que el carácter mediato de la capacidad lesiva de un comportamiento es igualmente una característica de la participación y que, ésta, también es un comportamiento no-ejecutivo. Por tanto, el carácter no-ejecutivo, de manera aislada, no nos sirve para

afirmar o negar que estos modos de anticipación de la tutela penal sean o no actos preparatorios. La no-ejecutividad es una característica común a otras categorías. Incluso es una característica que no siempre pertenece a la preparación, pues la actividad de facilitar una actividad delictiva futura se puede integrar en un tipo formalmente autónomo, puede ser abarcada por el marco de significado típico o representar ya una lesión de otro bien jurídico de referencia. Por tanto, resulta que una conducta no-ejecutiva no tiene por que ser una preparación, y además, que toda preparación no tiene por que ser no-ejecutiva. Acababan de aparecer la segunda y tercera dificultad. Por un lado, si los comportamientos descritos en los citados preceptos eran una forma de anticipación de la tutela penal había que conocer en qué consiste exactamente este fenómeno, lo que conducía a la necesidad de resolver una serie de interrogantes: ¿cuándo hay una antelación de la intervención penal? ¿Qué funciones tiene este fenómeno? ¿Cómo se manifiesta? ¿Es la preparación una forma de anticipación, hay otras formas a parte de ésta, qué relaciones existen entre todas ellas? Por otro lado, se afirmaba que estas conductas eran actos preparatorios apoyándose en algunas de las características que pertenecían a la preparación, pero sin tener en cuenta otras que le son propias, ni su relación con otras figuras limítrofes. Para poder decidir si la proposición, la provocación y la conspiración eran actos preparatorios, primero, había que saber qué era la preparación. En verdad, ni yo tenía claro lo que era preparación, ni lo que leía me mostraba una definición precisa de la categoría. Todo lo existente al respecto era insuficiente: la preparación, bien era el negativo de la tentativa, bien eran las conductas recogidas por los artículos 17 y s. Las cosas así, era necesario precisar mejor la definición de «acto preparatorio», no incluida en el en el Código penal, de la que no se ha ocupado casi nadie y que, cuando se ha hecho, ha quedado imprecisa. Había que elaborar un concepto estipulativo de acto preparatorio más preciso, mediante la aportación de ciertas coordinadas intensionales recíprocamente interrelacionadas que, consciente de que no se puede acabar completamente con los problemas de vaguedad inherentes a la naturaleza del objeto que se quiere clasificar, facilitara, empero, la identificación de las conductas preparatorias.

(2) Otras respuestas negaban el carácter preparatorio de los comportamientos integrados en los artículos 17 y s CP. Así, se defendía que eran formas de participación intentada. Sin embargo, estos planteamientos no llegaban a explicar satisfactoriamente por qué había una infracción excepcional del principio de accesoriedad, cuya vigencia parecía que era el pilar central del *sistema diferenciador* de depuración de la responsabilidad de los intervinientes en una actividad delictiva. Del mismo modo pasaban por alto que, en estos supuestos, no sólo hay un problema de ausencia de una conducta principal, sino que incluso los defensores de un concepto autónomo de la participación se encontraban con el obstáculo de que ni siquiera el

injusto propio de la inducción se había consumado, pues no se exigía que se creara una resolución delictiva en el inducido. Con esto aparecía la cuarta dificultad: ¿qué es la participación? ¿Qué es el principio de accesoriidad? ¿Se puede construir este principio de tal manera que sea viable sostener que en estos casos no ha sido vulnerado? ¿Es posible infringir el principio de accesoriidad y mantenerse dentro de un sistema diferenciador, que distingue entre autor y partícipe? ¿Qué otras formas de depurar la responsabilidad del partícipe existen? Esta última reflexión, me dirigía inevitablemente al sistema unitario de autor cuya lógica permitía considerar que los preceptos estudiados recogían formas de tentativas de autoría.

(3) Finalmente, también había respuestas que, simultáneamente, eran una afirmación y una negación de la cuestión inicial. Había un constante recurso a soluciones que mezclan ambas naturalezas. Con un ejemplo: se ha mantenido que estos comportamientos son preparaciones y al mismo tiempo tentativas de inducción. Esta tendencia a la confusión de naturalezas no ha sido gratuita. Tenía como objetivo permitir aplicar elementos de la normativa propia de cada una de ellas y, además, legitimar excepciones en el uso estas normativas. De este modo, era posible justificar la sanción de un comportamiento que no infringía el principio de accesoriidad, porque era una preparación; al que se le exigía que poseyera un dolo de consumación, porque era una forma de participación intentada; al que se le aplicaba la normativa del desistimiento, porque era una fase del *iter criminis*; al que se le sancionaba con un marco punitivo igual al previsto para la tentativa porque era una inducción intentada y no una fase del *iter criminis* inferior a la tentativa. Este híbrido resolvía problemas de justificación al poder saltar de una normativa a otra. Así mismo, permitía reunir en una categoría única, dotada de un mismo argumento de justificación de la peligrosidad de la conducta, diferentes formas de anticipación de la tutela penal. No obstante, olvidaba explicar por qué los comportamientos enjuiciados podrían poseer, al mismo tiempo, elementos de categorías que, en otros ámbitos, se consideraban excluyentes. Por ejemplo, difícilmente se defendía, en un sistema dual, que el sujeto que realizaba una inducción intentada -con esa misma conducta, en relación con el mismo tipo- podía efectuar una tentativa de autoría. Y sin embargo, es posible que un inductor sea autor, o que la tentativa de inducción se identifique con una tentativa de autoría. El sistema unitario prevé esta solución. Al establecer esa equivalencia se estaba pasando, quizá sin apreciarlo, a un modelo de depuración de la responsabilidad de los intervinientes contrario al mantenido para el resto de los supuestos. Por último, si esta combinación de naturalezas sólo quería insistir en que *se puede preparar una actividad delictiva posterior mediante una incitación*, hipótesis que definiendo, entonces no era necesario seguir hablando de tentativa de participación, salvo en un plano meramente explicativo, pues la categoría preparación integraría a la participación. Esto es, si

preparatoria es toda conducta que facilita una posterior actividad delictiva y este objetivo se puede lograr mediante una incitación a un tercero, las formas de incitación se convertirán en preparación y serán resueltas por su normativa. Así, una incitación que crea una resolución delictiva, aunque pueda ser una inducción intentada, sólo será una preparación consumada, desde una perspectiva preparatoria. Del mismo modo una incitación que no crea la resolución, y por ello es tentativa de inducción, será, desde el enfoque de la preparación, una preparación no consumada; en concreto, en la mayoría de las ocasiones será una tentativa de preparación porque no se ha obtenido el instrumento humano necesario para el desarrollo de un plan delictivo. Por tanto, el error no reside en observar la posibilidad de que concurren una pluralidad de naturalezas, sino que hay que tomar partido por una de ellas y reordenar el sistema en función de esa decisión.

Así pues, la *proposición* y la *provocación* son tentativas de preparación o tentativas de inducción sin resultado intermedio, la *conspiración* es una preparación consumada o una tentativa de inducción con resultado intermedio. Si la proposición es una tentativa de preparación se le tiene que aplicar su propia normativa y no la de la participación. Por ello, habría que explicar por qué una conducta preparatoria tiene la misma sanción que una tentativa, pero, en cambio, no se tendría que justificar la infracción de un principio de accesoriedad que no afecta ni a la tentativa ni a la preparación.

En consecuencia, un trabajo que originariamente se quería concentrar en el estudio de los *actos preparatorios punibles* va a tener como objetivo, a partir de estas reflexiones, poder dar respuesta a una serie de preguntas que se suceden de forma concatenada, que comienzan con la siguiente: ¿son los *actos preparatorios punibles* formas de preparación? Para poder resolver esta incógnita habrá que plantearse otra cuestión: ¿qué es la preparación del delito, cuáles son sus notas intensionales? Una vez determinadas las características de la preparación será posible comprobar si, y en qué medida, los modos de actuación descritos en los artículos 17 y s CP son actos preparatorios. Lo relevante va a ser determinar qué notas intensionales tiene la preparación, para a continuación, observar si las conductas tratadas pueden incluirse dentro de su extensión. A ese fin se destina la parte segunda y tercera del trabajo. La segunda, expone las notas intensionales de la preparación. La tercera precisa que si se tiene en cuenta la variable sujeto beneficiado, y se trabaja con los conceptos *preparación del hecho propio y ajeno*, es posible justificar que esos comportamientos sean formas de preparación. Por último, asalta una tercera cuestión ¿Qué otra naturaleza pueden tener aparte de la preparatoria? Una primera opción, es la vía de la participación. Otras hipótesis consideran que los comportamientos en cuestión pueden ser formas de autoría,

consumada o intentada. Esto es posible mediante el recurso al sistema unitario del autor o a bienes jurídicos espiritualizados o definidos de manera muy abstracta, de modo que cualquier conducta representa una lesión del mismo. Todas estas posibles interpretaciones de la naturaleza de los actos preparatorios punibles se estudiarán en la cuarta parte, especialmente centrada en las dos naturalezas citadas en primer lugar. Y, finalmente, conviene recordar que todo este análisis se efectuará dentro de la discusión sobre la anticipación de la tutela penal y el alcance legítimo de la intervención penal. Cuestión que, aunque estará presente en cada reflexión, será abordada de forma concreta en la parte primera del trabajo.

# Primera Parte

## La anticipación de la Tutela Penal

## Capitulo I

# El concepto de anticipación de la Tutela Penal

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal nos observa. Presente en todos los sectores sociales, en ellos actúa como instrumento de ordenación y de regulación y de corrección. Preparado para reaccionar en busca de la conformidad social, para conseguir uniformidad y automaticidad en los comportamientos a través de la demostración de poder que representa la aplicación de la pena. Y al mismo tiempo tan ajeno a todo.

En las últimas décadas, época de cambio y de transición hacia otro modelo de Estado, ha acontecido una auténtica «colonización penal» de la vida diaria tanto en su faceta externa como en la interna. Esta rama del ordenamiento jurídico no sólo ha asumido competencias en todos los ámbitos sociales, sino que además ha tenido lugar una «conquista penal» de la esfera valorativa, de la libertad de determinación moral de los sujetos. Es realmente difícil encontrar una situación de conflicto que no impute la causa de su origen a una intervención penal tardía o deficiente o en la cual no se sostenga que no es viable su solución a través de una sanción punitiva<sup>1</sup>. No menos complejo es hallar un ámbito en el que los niveles de anormalidad social tolerados no vengán establecidos por un tipo penal (consenso coercitivo)<sup>2</sup>. Así mismo existe una inclinación al desarrollo de formas penales cada vez más perfeccionadas de represión institucional, por ejemplo, de aquellos modos de discrepancia política manifestada. Con ese fin se persiguen ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor (es decir, la apología del artículo 18 CP)<sup>3</sup>, se sanciona la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio (art. 607.2 CP),

<sup>1</sup> Una relación de los problemas sociales y las medidas penales adoptadas para su solución se encuentra en Voß, M, "Strafe muß nicht sein", pág. 135 y s.

<sup>2</sup> Así, en el contexto del Derecho penal del enemigo Portilla Contreras ( "Represión legal del «enemigo»", pág. 82) explica que según el planteamiento de Lesch ("Hörfalle und kein Ende ...", pág. 355, 362) «Sólo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el *status* de persona; por el contrario, de no aceptarlo, se convierte en una criatura animal y, en consecuencia, el Ordenamiento carece de razones para defender sus intereses».

<sup>3</sup> «El descubrimiento de la apología tiene lugar en los llamados *Pactos de la Moncloa*, de 1978, que consideran como reforma de urgencia el «reintroducirla» en el Código penal», González Guitián, L., "La apología en la reforma penal", pág. 382.



se punen las ofensas o ultrajes a España, a sus CC.AA., sus símbolos o emblemas (art. 542 CP).

Al fin y al cabo la aparición de este fenómeno no debe sorprender si se tiene en cuenta que la información que nos llega por los medios de comunicación muestra con insistencia cómo un conflicto ha sido resuelto mediante la imposición de una pena y su correspondiente ejecución a un determinado sujeto que, en ese instante, deja de ser un peligro para la sociedad. En ese contexto, los debates mediáticos plantean la existencia de situaciones de desprotección e inseguridad que requieren (y todo ello sin entrar en el análisis de las causas de un conflicto y antes que cualquier otra medida preventiva de carácter distinto al penal) la creación de un tipo, la elevación de las penas ya existentes, la aplicación rigurosa de las sanciones penales privativas de libertad (así: cumplimiento integro de las condenas, eliminación de los permisos y otros derechos penitenciarios)<sup>4</sup>. Por otro lado, los medios de comunicación, a través de procesos de selección de noticias, únicamente presentan las peticiones de una comunidad que solicita lo que le sugieren: más Derecho penal, respuestas más intensas<sup>5</sup>, menos derechos para el enemigo y especialmente más servicios de seguridad. Si bien es cierto que la inseguridad y el miedo (favorecidos por la actitud de selección de noticias y modo de comunicación de las mismas) ha generado una cierta *ansia de penas*, de justicia penal mediante sanciones punitivas cada vez más deshumanizadas. Resulta curiosa la escasa constancia de las peticiones de programas de ayuda a jóvenes, a drogadictos, a mujeres maltratadas, a inmigrantes, a parados; de programas orientados a cambiar la ideología tradicional machista presente en la familia; de programas de prevención situacional y comunitaria; de proyectos de legalización condicionada del mercado de drogas... Del mismo modo llama la atención la falta de interés en la eficacia que tienen otras sanciones distintas a la privación de libertad (como la obligación de realizar cursos de formación, servicios a la comunidad) o en las cuotas de resocialización (en vez de hacer hincapié en las de reincidencia).

La comunidad de esta forma dirigida, la que nos presenta los medios de comunicación<sup>6</sup>, reclama y se contenta con una sanción y una vez conseguido este objetivo no percibe que quizá el principal problema no era el delito sino la sensación

<sup>4</sup> Sostiene que ésta es la actual tendencia en los medios y la política, Ostendorf, H., *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft*, pág. 11.

<sup>5</sup> En Alemania los defensores de la pena de muerte ascienden a un 35% en el oeste y a un 45% en el este. Estos porcentaje aumentan al 60% cuando se trata de *Sexuallmord an Kinder*, Ostendorf, H., *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft*, pág. 11 (fuente Allensbach, 1996).

<sup>6</sup> Aunque la sociedad está especialmente preocupada por la seguridad no reclama siempre que estas cuotas de seguridad se alcancen necesariamente a través de medidas penales, Thomé/Torrente, *Cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 100.

subjetiva de inseguridad, miedo<sup>7</sup> que justifica el acceso de medidas extremistas. Olvida comprobar cuál ha sido la eficacia real de la medida, el coste social del abuso de los mecanismos penales, el peligro que puedan entrañar los procesos de identificación entre conflicto y delito<sup>8</sup> que reducen complejos problemas sociales al ámbito criminal y limitan la actuación del Estado a paliar síntomas sin resolver sus causas. Desdeña la posibilidad de que la solución de los problemas exige medidas de carácter social<sup>9</sup> cuando no realmente una modificación del modo de vida, de los modos de producción, de las necesidades creadas por el sistema económico<sup>10</sup>. Ignora que la creación de un tipo penal oculta un ámbito mucho mayor de impunidad<sup>11</sup> o una situación de sometimiento y desprotección jurídica<sup>12</sup>, que los códigos penales ayudan al mantenimiento y perpetuación de un modo de producción y de una estructura social concreta<sup>13</sup>.

En último lugar, la clase política orienta su actividad legislativa, marcada por directrices populistas que exigen seguridad, a la previsión de las reformas que la legislación penal material y formal (CP, LECr) requiere para satisfacer esas demandas. En cambio, queda en un segundo plano otro tipo de medidas de carácter no penal que aumentan la seguridad o que actúan sobre las causas de la delincuencia. Además, el ejercicio de oposición política se concentra en reprochar al otro partido su incapacidad para crear un nuevo tipo, agravar la sanción prevista o su resistencia a reducir las formalidades del sistema (especialmente el lento, caro y poco eficaz sistema judicial) que limitan la eficacia de la actividad inquisitiva de policías y fiscales destinada a reducir la inseguridad ciudadana.

El Derecho penal es un instrumento más de la política interna. En no pocas ocasiones su uso está al servicio de las necesidades de un Estado intervencionista sobrecargado tanto con las exigencias de una comunidad que reclama soluciones y a la que han convencido de que la coerción es el mecanismo adecuado para hacer frente a los conflictos sociales, como con las presiones de los grupos dominantes que imponen las líneas de una política económico-social de la que no puede escapar el legislador.

<sup>7</sup> Thomé/Torrente, *Cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 7.

<sup>8</sup> Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 68 y s.

<sup>9</sup> Por ejemplo, en el aborto «una política de planificación familiar, asesoramiento y ayuda social y fiscal a la mujer, sirve más a la protección de la vida del feto que todas las prohibiciones juntas», Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 81.

<sup>10</sup> Capella, J. R., *Fruta prohibida*, pág. 256.

<sup>11</sup> Como sucede en el ámbito del medioambiente, donde rige el principio de accesoriedad administrativa.

<sup>12</sup> Como la que sufren los *ilegales*, vid. Gössner, R., ««innere Sicherheit» im permanenten Ausnahmezustand», pág. 29.

<sup>13</sup> Gössner, R., ««innere Sicherheit» im permanenten Ausnahmezustand», pág. 39.

En definitiva esta huida hacia el Derecho penal como tratamiento apropiado para la mayoría de los problemas sociales es una solución útil y fácil para un legislador que reproduce y conserva el universo moral y el modo de producción de los grupos dominantes. Pero al mismo tiempo, para la inmensa mayoría de la sociedad, es una costosa, inútil y compleja forma de control, de búsqueda de consenso, de represión.

En la práctica, esta normalización de la solución punitiva de los problemas comunitarios ha ocasionado un aumento paralelo de la legislación penal. Los Códigos penales protegen un creciente número de intereses y recogen, al mismo tiempo, una mayor variedad de formas de agresión a un determinado bien jurídico tanto en un sentido cualitativo (nuevos modos de lesión) como cuantitativo (ataques dotados de una gravedad o relevancia para la integridad del bien tutelado progresivamente inferior). Este recurso cotidiano a la vía punitiva representa una expansión y anticipación de la tutela penal que de facto implica una negación de los presupuestos que desde un modelo liberal se hacia depender la legítima actuación del *ius puniendi*: se afirmaba que la actividad penal debía limitarse a los ataques de mayor gravedad, y siempre que fueran dirigidos contra bienes dignos de protección. La vulneración de estos principios lleva a la conclusión de que asistimos en el momento presente a una ruptura con el modelo de legitimación anterior y su sustitución por otro distinto determinado por la inclinación a encontrar el máximo grado de eficacia, el mayor nivel de seguridad posible.

Ahora bien, aunque ciertamente se observa esa ruptura, la creación de legislaciones penales que rompen abiertamente con el principio de fragmentariedad antes anunciado no representa necesariamente un cambio de modelo de Derecho penal. Por desgracia la realidad jurídica muestra como esta característica no es una nota propia del Derecho penal que aparece en los códigos, ni el del presente, ni el de aquél que perteneciera a un pasado ya superado. Las historias sobre un *Derecho penal clásico*<sup>14</sup>, como Derecho penal *bueno*<sup>15</sup>, de carácter liberal-individual, en oposición a uno actual *malo* son simples leyendas<sup>16</sup>.

El modelo liberal no era tan bien intencionado como se pretende: no dejaba sin protección ningún interés que perteneciera al sistema de valores liberal-burgués<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Sobre el concepto Derecho penal clásico y las características de éste vid. Hassemmer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 379 y s.

<sup>15</sup> Sobre el término "gutes altes Strafrecht" vid. Lüderssen, K., "Zurück zum guten alten, liberalen...", pág. 270 y s, el cual sostiene que nunca existió semejante Derecho penal, pág. 270.

<sup>16</sup> Al respecto Vid. Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 115-17, que sostiene que el Derecho penal liberal, "viejo y bueno", no existió nunca como tal. De hecho la rigidez de las garantías, paradigma de ese Derecho penal pretérito, era la consecuencia de la extrema dureza de las penas.

<sup>17</sup> Roxin plantea que «la cuestión de si el concepto de bien jurídico... tenía ya en la época en que surgió en el siglo XIX un contenido liberal y limitador de la punibilidad...» es discutida, Roxin, C., *DP97*, 2/8.

Éste pretendía tanto el mantenimiento de un sistema de clases y la conservación de su modo de pensar y de ver el mundo como la maximización de dos libertades contrapuestas, a saber, de mercado y de desarrollo personal, enfrentamiento en el que resultó vencedor «la libertad de los fuertes para aplastar a los débiles mediante la aplicación de las normas del mercado»<sup>18</sup>. Así, un modelo de Derecho penal presidido por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, fragmentariedad y subsidiariedad de la actuación punitiva permitía la aparición de códigos que tutelaban penalmente un determinado concepto de *normalidad* sexual (sodomía<sup>19</sup>, propaganda anticonceptiva, divulgación de medios abortivos), un concreto modelo de familia (delitos de adulterio y amancebamiento), una determinada concepción de la religiosidad (blasfemia), una estructura socio-económica (por ejemplo se perseguían por medio del Derecho penal -asociaciones ilícitas, propagandas ilegales-movimientos orientados a subvertir el orden político, social y económico existente)<sup>20</sup>. De este manera, mediante el instrumento punitivo se pretendía mantener un modo de producción concreto (por ello, las legislaciones de excepción del siglo XIX y parte del XX se concentran en la persecución del terrorismo doméstico, es decir, de extremistas políticos de diverso signo –comunistas, anarquistas, fascistas-). Se quería conservar un orden determinado que se negaba a reconocer dignos de tutela los derechos de ciertos sectores de la población. Tendencia que en la actualidad se confirma frente a nuevos enemigos. La lucha contra el terrorismo internacional, la necesidad de hacerle frente mediante legislaciones de excepción que recortan garantías sobre todo jurisdiccionales son una excusa perfecta para enfrentarse a los movimientos extrasistema<sup>21</sup>. La sanción punitiva ha sido siempre un instrumento de dominación de clase que pretende mantener el orden vigente<sup>22</sup>.

Se habla no pocas veces de un Estado natural del Derecho penal, bueno y perfecto, que respetaba en su plasmación legislativa concreta los principios democráticos liberales. Nunca fue así. El modelo liberal no tuvo una plasmación perfecta<sup>23</sup>: los principios (formales y materiales) de la Ilustración que aportan precisión,

<sup>18</sup> Macpherson, C.B., *La democracia liberal y su época*, pág. 9 y s.

<sup>19</sup> Según Amnistía Internacional la homosexualidad todavía es delito en más de 80 países, diario *El País*, 29 de junio de 2003.

<sup>20</sup> Vid. Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 39 y s.

<sup>21</sup> Sobre la constante persecución del movimiento de izquierda extrasistema vid. Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 90.

<sup>22</sup> Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 60.

<sup>23</sup> Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 71; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 298, que considera que el Derecho penal se aproxima lentamente a un ideal (de síntesis entre «la máxima reducción de la violencia social informal... junto a la máxima realización de las garantías individuales –formales y materiales...»).

racionalidad, sistematicidad, humanidad, seguridad al sistema penal<sup>24</sup> nunca fueron (especialmente los materiales) realizados completamente. «Los principios de la Ilustración política sólo se han realizado deficiente e intermitentemente. La libertad «liberal» en realidad ha sido por una parte un hermoso ideal, pero por otra una falsa ilusión: nunca ha inspirado permanentemente a las clases burguesas una cultura política consecuente»<sup>25</sup>. La presencia de un límite deontológico a la actividad del legislador transmitía la seguridad de que el Estado *enemigo* podría así ser controlado. La fragmentariedad y la subsidiariedad de la respuesta penal, el principio de lesividad, de culpabilidad, de proporcionalidad y un largo etcétera aparecían como conjuros que hicieran posible ahuyentar al fantasma del autoritarismo y evitar la tendencia a la solución mediante el uso de la violencia (aunque fuera estatal) de los conflictos sociales. Realmente no había ninguna barrera. La mayoría de los principios no tenían (ni tienen) anclaje legal<sup>26</sup>. La mayoría de las veces se puede justificar coherentemente la infracción de los mismos<sup>27</sup>. La mayoría de los principios están subordinados al imperio del relativismo, ya que su uso depende del criterio de valoración de los intereses en juego que se utilice<sup>28</sup>. Las nociones de legislación de excepción (que limita especialmente garantías formales), anticipación de la tutela penal (los delitos políticos, en especial la provocación), peligrosidad social (baste recordar los planteamientos lombrosianos o las medidas de seguridad pre- y postdelictuales que no se vinculaban a la culpa del autor sino a su peligrosidad<sup>29</sup>), desproporcionalidad en las penas, de la protección del orden público<sup>30</sup>, recurso al instrumento penal como medio para conservar una moral determinada, uso del Derecho penal como mecanismo de control formal al servicio de una función latente no son novedosas. Por ello resulta ingenuo sostener que antes no existían semejantes conflictos o que hubiera una falta de sensibilidad jurídico estatal sobre los mismos<sup>31</sup>. El modelo de Derecho penal liberal *nunca ha sido* realizado plenamente.

<sup>24</sup> Vid. Capella, J.R., *Fruta prohibida*, pág. 140 y s.

<sup>25</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida*, pág. 121.

<sup>26</sup> En contra Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 30.

<sup>27</sup> Insiste en el ocaso de las garantías formales (legalidad, igualdad) y materiales (culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, resocialización) del Derecho penal Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 313 y s.

<sup>28</sup> Silva Sánchez, J.M., "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", pág. 215 y s.

<sup>29</sup> Vid. Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", pág. 673.

<sup>30</sup> ...«la fé pública, la administración de justicia, la seguridad de Estado», Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos", pág. 153; Hassemmer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 27.

<sup>31</sup> Así, aunque el uso de agentes provocadores era una táctica policial cotidiana desde una perspectiva penal (aparece su uso durante el estado absoluto francés de los s. XVI y XVII, López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 430) todavía no había surgido la actual problemática. Ejemplo tomado

Ahora bien, aunque es cierto que el Derecho penal siempre ha sido un instrumento de dominación y que los pilares de un modelo liberal-garantista no han sido llevados plenamente a la práctica, en la actualidad si está teniendo lugar un cambio de modelo. Aunque antes no hubiera un respeto pleno de las garantías vinculadas a la protección de la libertad del individuo, sobre todo por el conflicto en que se hallaba con las exigencias de la libertad de mercado y protección de las clases dominantes, la realización de las garantías era el ideal de referencia pues la libertad personal era un principio ético fundamental en el liberalismo individualista. Sin embargo, en el presente el problema reside en que hay una inclinación a buscar sin coartadas la superación del sistema de garantías y que esta tendencia ha encontrado un modelo de justificación, de corte utilitarista y comunitarista, que se consolida<sup>32</sup>, y que además como decisión axiológica previa ha tomado partido por la obtención de la estabilidad social sin someterse a un límite deontológico<sup>33</sup>.

Con un ejemplo. El cambio que ha operado el Derecho penal reside en que en temas como el del agente provocador, presente ya de desde antiguo, el debate se centraba especialmente en la legitimación político criminal de la medida mientras que dogmáticamente era fácil encontrar acomodo a dichas medidas dentro de la teoría del delito. Hoy en día, en cambio, el núcleo de la disputa se haya en cómo justificar dogmáticamente la impunidad de un instrumento sobre el que cada vez hay menos reparos político criminales en su uso<sup>34</sup>.

El modelo de Derecho penal que surge tras la Segunda Guerra Mundial, centrado en la idea del garantismo respetuoso con el sistema de libertades<sup>35</sup> convive en el presente con nuevas tendencias político-criminales que se amparan en la maximización de la eficacia preventiva y de la seguridad por encima de cualquier idea garantista<sup>36</sup>. De modo que, el límite de la actuación punitiva deja de ser el

---

de Lüderssen, K., "Zurück zum guten alten, liberalen...", pág. 270. Ahora bien, no parece que ello sea del todo cierto, pues como pone de manifiesto Dencker, la discusión sobre la licitud del recurso al agente provocador arranca de antiguo (la primera cita del autor es una sentencia del RG de 1912), Dencker, F., "Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung", pág. 240.

<sup>32</sup> Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 78 y s. Constata la que pena se justifica a partir de criterios de racionalidad utilitarista, y que el Derecho penal se ha *orientado a las consecuencias*, Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 178 y s.

<sup>33</sup> Vid. Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 184 y s.

<sup>34</sup> Seelmann, K., "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", pág. 383. Abundando en este último comentario se observa cómo hay una tendencia a proponer el mantenimiento de las formas de anticipación «en el ámbito de lo excepcional», de manera que su creación «se encuentre justificada por una específica necesidad político-criminal», Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal*, pág. 104; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 722.

<sup>35</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida*, pág. 225; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 282.

<sup>36</sup> Sobre la presencia del binomio dialéctico prevención-garantías en la presente discusión político criminal y la posibilidad de optar por una de ellas (solución de conflicto) o intentar una síntesis de ambas (solución de síntesis), Alcácer Guirao, R., "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", pág. 59-69.



respeto de los Derechos y libertades, lo fundamental es la consecución de la prevención y seguridad.

Se puede defender que en la actualidad hay un *cambio* en la política criminal teórica, de racionalidad valorativa, que ha perdido la confianza en la resocialización y la firmeza de las garantías, y se ha consolidado otra de carácter práctico, «de orientación intimidatoria e inocuizadora, en un contexto general presidido por la oportunidad y el populismo»<sup>37</sup>. La eficacia preventiva ha sustituido a la protección de la libertad individual como criterio orientador de la política criminal<sup>38</sup>.

Desde una perspectiva garantista la punición de los actos preparatorios y la mayoría de los delitos de peligro abstracto aunque tuvieran un objetivo, legítimo desde una perspectiva preventiva (la protección anticipada del bien jurídico), estaría persiguiéndolo con medios penales no adecuados<sup>39</sup> porque la actuación infringe principios básicos del Derecho penal<sup>40</sup>. Sin embargo, cuando el legislador sustituye una concepción de la política criminal orientada por la libertad por otra regida por la eficacia<sup>41</sup>, la flexibilización de los principios informadores del Derecho penal queda legitimada siempre que ello aumente la eficacia de la respuesta penal e incremente la seguridad de los ciudadanos<sup>42</sup>. La caída de los principios rectores liberales es el resultado de un proceso de ponderación en el que ha salido vencedor la necesidad de seguridad; es útil sacrificar la libertad<sup>43</sup>.

Así, **Gössner** muestra como en las encuestas realizadas a finales del 2001 en Alemania la mayoría de la población (por encima de un 80%) aceptaba una reducción de libertades personales para conseguir más seguridad<sup>44</sup>. Medina Ariza indica que la mayoría de los españoles consideran que la seguridad ciudadana era un valor social más importante (31%) que la solidaridad (26%), la igualdad social (21%), la libertad individual (19%)<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Silva Sánchez, J.M., "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", pág. 212.

<sup>38</sup> Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484; Müller-Dietz, "Gibt es Fortschritt im Strafrecht?", pág. 687.

<sup>39</sup> Beck, W., *Vorfelddkriminalisierung...*, pág. 87 y s.

<sup>40</sup> Sobre los principios que se infringen vid. Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 485.

<sup>41</sup> Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484.

<sup>42</sup> «En efecto, la lógica de la prevención, a fin de garantizar el cumplimiento de este fin, puede tender a desplegar una violencia estatal excesiva en términos de utilidad social (contraria al principio de intervención mínima) y a violentar garantías materiales», Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 78.

<sup>43</sup> Süß, F., "Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 223, que considera que esta infracción de principios no puede (no debe ser diría yo) ser justificada por las ventajas que reporta, pág. 224.

<sup>44</sup> Gössner, R., "«innere Sicherheit» im permanenten Ausnahmezustand", pág. 29.

<sup>45</sup> Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 300.

La primacía de la eficacia preventiva y de la obtención máxima seguridad tiene como consecuencia una flexibilización de los principios (especialmente formales<sup>46</sup>) propios del modelo liberal<sup>47</sup> que desprovisto de esa carga satisface mejor las exigencias de la eficacia del fin preventivo<sup>48</sup>.

Con Palabras de **Tönnies**, «el pensamiento liberal que consideraba que el formalismo legal era un límite de la actividad del Estado ha caído en el olvido»<sup>49</sup>.

Esta flexibilización comienza con el desarrollo de una actividad legislativa que incrementa los mecanismos de control del ciudadano y los poderes concedidos a la policía para ejercer ese control<sup>50</sup>. Y con ello tiene lugar la aparición de un Estado policial que invierte el principio de confianza en la legalidad de la conducta del ciudadano. La *desconfianza* en el ciudadano orienta la actividad del Estado<sup>51</sup>.

En Italia, la Ley de 15 de diciembre de 2001, n.º 438 de reforma del Código penal excusa «de responsabilidad a los funcionarios que, por sí o por persona interpuesta, y con la finalidad de obtener pruebas en delitos terroristas, reciben, sustituyen u ocultan dinero, armas, documentos, drogas, o bien objetos, productos o medios para la comisión del delito (scil. art. 4). Asimismo, se faculta a los agentes de policía a utilizar documentos e identidad falsos, o entrar en contacto con sujetos de modo discrecional, informando al Ministerio público en las 48 horas siguientes al inicio de la actividad. Además, junto

<sup>46</sup> Considera que la principal crítica que se puede hacer al utilitarismo reside en la reducción de la estricta jurisdiccionalidad, Cid/Moreso, "Derecho penal y filosofía analítica", pág. 170.

<sup>47</sup> Albrecht, P.A, "Formalisierung...", pág. 264; el mismo, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 267, 269 y ss, el autor realiza una descripción del fenómeno de desformalización procesal en Alemania con un análisis de la propuestas dogmáticas y político-legislativas a través de las cuales se quería desarrollar; el mismo, *Kriminologie*, 264-272, en donde señala las características de la desformalización procesal: **aumento de la importancia del peso del fiscal, racionalización administrativa del proceso, reducción de la publicidad, recorte de las libertades ciudadanas**. Hassemmer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág 483; Kunz, K-L, *Kriminologie*, 9/24; Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 20-23; el mismo, "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 225 y s, que insiste en el progresivo abandono de las garantías procesales, y la "Verpolizeilichung des Strafverfahrens", pág. 226, término que toma prestado de König, O., *Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren seit 1877, Tendenzen zur Verpolizeilichung der Ermittlungsverfahrens durch präventiv ausgerichtete Zwangsbefugnisse*, 1993. En el ámbito español señala la existencia de ese proceso de flexibilización, de desprecio por las formas, Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 55-60; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 92, 95.

<sup>48</sup> «... Son necesarios, para poder lograr la «eficacia» prometida, cambios (al menos de interpretación) profundos y dudosamente constitucionales, en los principios de atribución del derecho penal...», Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 319. De forma parecida Hassemmer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 31; Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 269.

<sup>49</sup> Tönnies, S., "Fair trial oder Kann die Flucht in die Generalklausel gegen Kabinettsjustiz helfen?", pág. 295.

<sup>50</sup> Vid. Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 83-91; Gössner, R., "«innere Sicherheit» im permanenten Ausnahmezustand", pág. 33-37.

<sup>51</sup> Dencker, F., "Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung", pág. 249.



a tales medidas, se permite la interceptación y control de las comunicaciones con fines preventivos... Así el art. 226 del Código procesal penal italiano permite la interceptación de las comunicaciones o de conversaciones durante cuarenta días como máximo, aunque prorrogables.»<sup>52</sup>.

En Francia, el Capítulo IV sobre la seguridad y la circulación vial del Proyecto de Ley de 31 de octubre de 2001, n.º 718, sobre seguridad cotidiana, «permite (scil. a la policía) acceder al registro de vehículos sin permiso judicial, incluso existe la posibilidad de inspeccionar el vehículo sin la presencia del propietario (art. 23)»<sup>53</sup>.

En el Reino Unido, la Sección cuarta de la Parte tercera de La Anti-terrorism, Crime and Security Bill, de 2001 «permite el acceso policial a la información de las agencias implicadas en investigaciones y procedimientos penales. En definitiva, se permite el control de los archivos que se encuentren en cualquier Departamento gubernamental. La policía no necesita una base razonable para pensar que el archivo de que se trate contiene elementos que demuestran el delito sino que basta la simple sospecha. Tampoco se requiere autorización judicial. Asimismo, la Parte undécima posibilita el control de los datos de las comunicaciones. Vid. Secciones 102-107»<sup>54</sup>.

En EE.UU la Patriot Act (HR. 3162) de 26 de octubre de 2001 «concede al FBI un amplio poder de acceso a expedientes personales (educativos, médicos, financieros, mentales), sin control judicial. Vid. el Título V, Sección 507. Ha incrementado la competencia del gobierno sobre las "investigaciones secretas". Vid. Título IX, Secciones 901-905. Otorga a las Fuerzas de seguridad el control, sin orden judicial, de todos los teléfonos o cuentas de Internet vinculadas a un supuesto terrorista. Por otra parte, se exige a las empresas de Internet que permitan el acceso a los correos electrónicos del sospechoso. Con la nueva ley, un agente puede conseguir el control de la comunicación electrónica mediante una orden judicial cuando argumente que es relevante para una investigación criminal. Vid. sobre la regulación de los sistemas de control de las comunicaciones electrónicas referentes a los sospechosos de terrorismo, el Título II, Secciones 201-2225. La ACLU (*American civil liberties union freedom network*) ha criticado acertadamente casi todos los apartados de la presente ley. Se ha manifestado contraria a las modificaciones introducidas en el control telefónico, y en la vigilancia por las autoridades de Internet. También ha cuestionado la desmesurada capacidad del Gobierno para llevar a cabo investigaciones secretas o el acceso del FBI a los expedientes, sin tener que demostrar evidencia de un delito. Por otro lado, si se tiene en cuenta que el FBI ya contaba con una amplia competencia para supervisar el teléfono y comunicaciones de Internet, entonces, se puede interpretar que la mayoría de los cambios efectuados no afectan a la vigilancia de presuntos terroristas, sino, por el contrario, a todos los ciudadanos de los Estados Unidos»<sup>55</sup>.

Así mismo, estas leyes aumentan el ámbito de discrecionalidad de la actividad del juez gracias a la indeterminación del bien jurídico, la imprecisión de los elementos

<sup>52</sup> Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 85, nota 38.

<sup>53</sup> Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 85 y s, nota 39.

<sup>54</sup> Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", nota 43.

<sup>55</sup> Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", nota 52.

del tipo, la presencia de cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados y términos ambiguos que admiten amplios márgenes de discrecionalidad<sup>56</sup>.

A ello le sigue la tendencia a la creación de tipos que representan una anticipación de la tutela penal, a saber, los delitos preparatorios, los delitos de peligro, los formales basados en la infracción de un deber<sup>57</sup> y la inclinación a recoger dentro de un tipo todas las formas de participación como *autoría* y todas las fases de su *iter criminis* como *autoría consumada*. El aumento de las penas y establecimiento de medidas de seguridad sin límite temporal<sup>58</sup>, la confusión entre autoría y participación, entre consumación y fases del *iter criminis* son formas de infracción del principio de proporcionalidad y culpabilidad<sup>59</sup>.

Dar primacía a la seguridad frente a la libertad es posible, es una decisión política legítima aunque aquí no se comparta. Ahora bien, tendría que venir acompañada de una modificación de los valores constitucionales, que sustituya la preeminencia de la libertad y el respeto de los derechos fundamentales por la supremacía de la seguridad<sup>60</sup>. Otorgar una posición de dominio excluyente a la seguridad frente a la libertad implica una modificación de los criterios axiológicos cardinales del ordenamiento jurídico, y como consecuencia de ello se produce una mutación de los criterios de legitimidad (la intervención penal está legitimada siempre que garantice la seguridad, con independencia del *coste* de la medida)<sup>61</sup>. Si no se realiza esa modificación, toda medida que consagra o manifiesta una primacía de la seguridad sobre la libertad infringe la Constitución porque atenta contra las premisas axiológicas sobre las que se asienta ella y todo el ordenamiento jurídico<sup>62</sup>: en conclusión, «...mientras los principios no cambien, las aserciones y las modalidades de tutela, aunque distintos desde el punto de vista de la fenomenología, deben ser coherentes con aquellos principios»<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 269; el mismo, *Kriminologie*, pág. 309; el mismo, "Formalisierung...", pág. 264.

<sup>57</sup> Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 269; Albrecht, P.A, "Formalisierung...", pág. 264..

<sup>58</sup> Observa esta tendencia en los delitos violentos y sexuales, Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", pág. 677-682.

<sup>59</sup> Considera que puede haber una cierta oposición entre prevención y proporcionalidad en la medida en que ciertas formas de desproporcionalidad (por ejemplo el incremento cualitativo importante de la sanción) pueden aumentar el efecto intimidatorio, Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 279 y s.

<sup>60</sup> Kniesel, "'Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 487.

<sup>61</sup> Sostiene que el legislador a veces no se somete al criterio valorativo vigente en el ordenamiento jurídico de modo que tiene lugar una *inconsistencia de la valoración* (*Wertungsinkonsistent*), Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", pág. 93 y s.

<sup>62</sup> Kniesel, "'Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 485 y ss.

<sup>63</sup> Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 120.

Aparte de eso, no creo que sea la medida más adecuada aquella que pretende resolver los conflictos sociales mediante la creación de un derecho que pueda intervenir sin dificultad, automáticamente, en todos los supuestos, como mero *ejecutor de las necesidades penales colectivas*<sup>64</sup>. La solución no debe pasar por la conversión del Derecho penal en derecho sancionador administrativo que intervenga siempre que la comunidad lo *desee*<sup>65</sup>. Aunque se pueda discutir sobre el contenido de los principios (y sus premisas valorativas) que deban orientar a un Derecho penal teleológico garantista (en oposición a la opción teleológica funcionalista extrema), éstos tienen que existir, no porque no se pueda articular el control social si el Derecho penal se circunscribe a ser una ilimitada plasmación jurídica de las necesidades penales de la sociedad, tal y como critica Hassemer<sup>66</sup>, sino porque el desarrollo de un Derecho penal más *flexible* que no se somete a unos principios rectores formales o materiales –entendidos en un sentido estricto como valores superiores de un ordenamiento jurídico– desemboca en un ordenamiento desprovisto de mecanismos que desarrollen las funciones de estos principios: por un lado la articulación normativa de intereses no sólo se realiza a través de *reglas de acción* y de *fin*. También los *principios en un sentido estricto* evitan la persecución de intereses que no se pueden dañar sin lesionar al mismo tiempo las premisas axiológicas sobre las que se asienta ese ordenamiento jurídico, es decir, indican el ámbito indisponible dentro de un proceso de ponderación recíproca de intereses<sup>67</sup>. Además, poseen una función explicativa (sistematización del derecho), de justificación de medidas judiciales y, de control y legitimación del poder cuyo papel en el sistema jurídico tampoco debe ser despreciado. En definitiva no se trata de optar por una racionalidad de los fines o de los valores: una síntesis sería lo deseable<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Hassemer, W., "Bilder vom Strafrecht", pág. 244. El mismo, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 485; Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 322. En contra de una actividad legislativa "ciega", sin ideas, de simple ejecución de los deseos de la mayoría democrática Lüderssen, K., "Zurück zum guten alten, liberalen...", pág. 273.

<sup>65</sup> Entiende que ha surgido un Derecho penal administrativo que se somete a un principio de oportunidad sin límites Naucke, "Der Zustand des Legalitätsprinzips", pág. 152.

<sup>66</sup> Hassemer, W., "Bilder vom Strafrecht", pág. 245. A este autor se le puede oponer que un funcionalismo extremo, aunque prescinda de la referencia deontológico justificativa y limitadora propia de una racionalidad de los valores, puede ser un mecanismo de control social perfectamente eficaz con relación a sus fines.

<sup>67</sup> Vid. Atienza/Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, passim. Insiste en la necesidad de limitar las exigencias de la eficacia preventiva a través de principios garantistas democrático-constitucionales Roxin, C., "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", pág. 58 y s, 71-74.

<sup>68</sup> Vid. Atienza/Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, passim. Silva Sánchez defiende una síntesis entre las lógicas de la prevención, utilitarista de la menor intervención y de las garantías individuales, *Aproximación*, pág. 278-298. También mantiene la necesidad de encontrar un equilibrio entre la racionalidad instrumental y valorativa, Alcácer Guirao, R., "Facticidad y

## II. EL FENÓMENO DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL.

Las fronteras del Derecho penal se han expandido<sup>69</sup>. Esta rama del ordenamiento jurídico ha asumido competencias en todos los ámbitos sociales<sup>70</sup> y puede reaccionar ante cualquier conducta aunque no represente un ataque de cierta relevancia al bien tutelado<sup>71</sup>. Es decir, el proceso de expansión de la intervención penal no se limita a la asunción de competencias de control en todos los sectores socio-económicos, también está determinado por tendencias político-criminales orientadas a la anticipación de la tutela penal<sup>72</sup>, sobre todo para poder satisfacer un fin preventivo. Así, se afirma que es necesario reaccionar ante comportamientos previos a la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico porque es la única manera de proteger eficazmente bienes jurídicos esenciales<sup>73</sup>.

### 1. La anticipación de la tutela como una constante en el Derecho penal.

El fenómeno de la anticipación de la intervención punitiva del Estado que caracteriza al Derecho penal *moderno* no puede ser considerado necesariamente como una transformación acontecida en las últimas décadas, más bien es una contante

---

normatividad", pág. 185; el mismo, "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", pág. 67 y ss. A favor de una creciente incompatibilidad entre ambos grupos de principios Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380 y s. Este autor manifiesta en una obra posterior ya abiertamente la ruptura de la política criminal que informa el Derecho penal moderno que se separa de los principios y garantías propios de un Estado de derecho, Hassemer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484, 486. Igualmente sobre la infracción de principios del Estado de Derecho que implica el Derecho penal moderno Vid. Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 127-29; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 210, que insiste en que las nuevas funciones del Derecho penal son difícilmente compatibles con el principio de subsidiariedad, culpabilidad y con la teoría de la imputación objetiva clásica.

<sup>69</sup> Sobre el proceso de evolución extensiva del Derecho penal vid. Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 540-44.

<sup>70</sup> Hassemer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 483 y s; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 136; Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 202; Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 46, 48 y s.

Ya en 1976 Stree reconocía esta tendencia a la criminalización y avisaba del peligro que ello podría contener: intentar resolver todos los problemas a través del Derecho penal, Stree, W., "Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten", pág. 1177 y s.

<sup>71</sup> Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 221; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 139; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 167 y s; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 159.

<sup>72</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung...*, pág. 25; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 35.

<sup>73</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 22.

vinculada al Derecho penal en todos sus periodos históricos<sup>74</sup>. Esto es, ya la necesidad preventiva en un plano político criminal<sup>75</sup>, ya la concepción del injusto (por ejemplo, la teoría subjetiva de la tentativa, o el Derecho penal de la voluntad<sup>76</sup>) han permitido la presencia de códigos penales marcados por su inclinación al adelantamiento de la punición en lo relativo a una efectiva lesión del bien jurídico. Así mismo, la preocupación por la presencia en los códigos penales de tipos de peligro, de tentativa, de preparación, de participación intentada es una constante<sup>77</sup>.

Así por ejemplo, el código penal suizo del 21 de diciembre de 1937 castigaba la preparación de la falsificación de moneda (art. 247), o la fabricación, posesión, suministro de explosivos y gases venenosos (art. 226)<sup>78</sup>. El código penal de la Unión Soviética de 1929 (art. 19<sup>79</sup>) y el código penal danés de 1930 (art. 21) castigaban de modo genérico la tentativa y la preparación<sup>80</sup>. El código penal alemán de 1934 preveía la punición de la preparación de alta traición (§§ 82 y s RStGB); el § 30 StGB alemán tiene su origen en una reforma introducida en 1876 que incorporó al RStGB el § 49a<sup>81</sup> (que a su vez copiaba modelos parecidos belgas<sup>82</sup> e ingleses<sup>83</sup>). El Código penal español de 1822 reconocía la punibilidad de los actos preparatorios<sup>84</sup>

<sup>74</sup> El Derecho romano, en los delitos de lesa majestad, no distinguía entre consumación, tentativa y actos preparatorios, vid. Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 50 y s.

<sup>75</sup> Ya en 1932 Schulsinger planteaba que la protección de los bienes jurídicos y la seguridad del orden jurídico no sólo exige la protección de conductas lesivas sino también de aquellas que amenazan esa lesión y que por ese motivo vienen recogidas en los códigos penales, Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 1. De igual modo Stienen, "Über die Deliktsform Vorbereitung", 1925, pág. 362, que termina solicitando una punición generalizada de la preparación, op. cit. nota 6, pág. 368.

<sup>76</sup> Vid. Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 20-33.

<sup>77</sup> Al respecto Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 1. Autor que ya en 1942 se plantea con inquietud el proceso de ampliación del círculo de conductas preparatorias punibles, y se manifiesta a favor de una punición controlada (es decir, sometida a ciertos límites jurídico penales) de la preparación, op. cit. 101-103; igual en Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 42-44. Sobre el proceso histórico vid. Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 21-40.

<sup>78</sup> Vid. la referencia a estos artículos en Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 54-57.

<sup>79</sup> Así como el art. 15 del CP de la República-soviética federativa socialista rusa (RSFSR), vid. *Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik*, pág. 11.

<sup>80</sup> Sobre el Código penal danés de 15 de abril de 1930 vid. Cornils/Greve, *Das dänische Strafgesetz*, pág. 9 y 29, vid. segunda parte, nota 166.

<sup>81</sup> Sobre el origen del § 30 StGB vid. por todos Roxin, C., *LK11*, § 30, Entstehungsgeschichte (pág. 43).

<sup>82</sup> Art. 1 de la Ley Belga de 9 de julio de 1875.

<sup>83</sup> Ley Victoria de 6 de agosto de 1861 Chap. C. nr. 4 marg. 24 y s. Ambas leyes citadas por Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 16.

<sup>84</sup> Farré Trepal, E., *La tentativa*, pág. 211.

y ocasionalmente la de los pensamientos<sup>85</sup> (a pesar de que se cite este artículo como «limitación de inequívoco sabor liberal»)<sup>86</sup>. La persecución de la provocación por motivos de orden público es una constante en la legislación española. Por ejemplo, el art. 582 CP 1870 castigaba la provocación al delito con una pena inferior en dos grados a la señalada por el delito a que se incitaba, y el art. 583 del mismo código sancionaba la provocación seguida de realización con una rebaja en un grado de la pena<sup>87</sup>. De igual forma, la apología tiene su origen en el Decreto de 6 de julio de 1845, en concreto en su art. 2.1, aunque de forma efectiva no se introdujo en el Código penal hasta la Ley de 10 de julio de 1894<sup>88</sup>.

En realidad nunca ha existido una tensión entre tendencias expansivas y restrictivas en el Derecho penal que haya sido resuelta a favor de la extensión de la intervención punitiva en las últimas décadas<sup>89</sup>. No hay semejante tirantez porque el Derecho penal siempre ha recurrido a la vía de la anticipación de la tutela penal. La construcción de un *ius puniendi* legitimado en su actuación por la presencia de una lesión del bien jurídico tutelado nunca ha sido un límite real. Ya sea por la renuncia a la idea de ofensividad, o por su reformulación de modo que quedará vaciado de contenido material, este requisito no ha pasado de ser una entelequia, sólo ha sido un deber ser apoyado en concepciones garantistas que nos ha ayudado a muchos a definir lo que tendría que ser el Derecho penal de un Estado Democrático.

## 2. El concepto de anticipación de la tutela penal.

El concepto de anticipación de la intervención punitiva es relativo. Para conocer si se ha actuado penalmente antes de que concurra cierta premisa que indica la

<sup>85</sup> Art. 9 CP 1822: «el pensamiento y la resolución para delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley», de la transcripción de Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 232 (cursiva no incluida en el original).

<sup>86</sup> Rodríguez Mourullo, G., "Las fases de ejecución del delito", pág. 7.

<sup>87</sup> Sobre los artículos expuestos y la evolución histórica de la provocación vid. Del Rosal Blasco, B., *La provocación para cometer delito*, pág. 35-84. Una investigación sobre el recurso al Derecho penal en los comienzos del régimen constitucional español para limitar la libertad de la expresión a través de la imprenta mediante un estudio de la legislación al respecto en Mira Benavent, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia, 1995.

<sup>88</sup> Sobre la legislación de prensa e imprenta y la evolución de la punición de la apología vid. Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 14 y s; Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 902-906; Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 755-58.

<sup>89</sup> Tal y como expone Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", pág. 685.



legitimidad de la intervención penal, como paso previo, hay que determinar cómo se define una respuesta penal autorizada. Por consiguiente, el concepto de anticipación depende de dos variables: cuál sea el fin general perseguido por el Derecho penal y, de modo derivado, cuál sea la configuración del injusto que refleje esa finalidad<sup>90</sup>. La modificación de alguna de las dos variables origina un cambio en la extensión del concepto *anticipación*. Por ejemplo, la extensión de su significado, según el modo en que se combine el fin de protección del Derecho penal con el concepto de injusto, disminuirá de manera decreciente conforme al siguiente esquema: (a) bienes jurídicos – injusto objetivo-material, (b) bienes jurídicos – objetivo-subjetivo, (c) bienes jurídicos – subjetivo-formal, (d) *estabilización de la norma* – injusto formal.

### **A. Introducción: la importancia del fin del Derecho penal.**

Con carácter general se puede mantener que a partir de un fin genérico de protección se distinguen dos modelos de *ius puniendi*: el dirigido a la protección de bienes jurídicos y el orientado a la protección de la vigencia del ordenamiento jurídico<sup>91</sup>.

Si el Derecho penal tiene como principal objetivo la estabilización del sistema social a través de la estabilización del subsistema jurídico, la intervención penal es necesaria siempre que haya una infracción de una norma que orienta las relaciones sociales en la medida en que expresa la existencia y vigencia de una expectativa normativa. Si cada vez que hay una vulneración de una norma el Derecho penal debe intervenir, entonces, en el momento en que una norma está en el ordenamiento jurídico su infracción legitima la intervención penal y no podría hablarse de anticipación.

La idea de anticipación tiene como requisito previo un Derecho penal vinculado a la protección de bienes jurídicos definidos en un sentido material, ya que estos pueden ofrecer un referente que permita fijar cuándo se puede considerar que el derecho

<sup>90</sup> Hay una anticipación de la tutela penal cuando se persiguen comportamientos que, aunque orientados a la lesión de un bien jurídico, no se incluyen dentro del núcleo básico del Derecho penal que resulta de la concepción del injusto dominante: el «núcleo básico del Derecho Penal será lo que se considere el injusto originario, las conductas a cuya sanción se destina de modo principal el instrumento punitivo; mientras que ámbito previo serán aquellos comportamientos que no reúnen las características de las anteriores por desenvolverse en un estadio más distante del bien jurídico protegido, y cuya criminalización, por tanto, sólo puede ser llevada a cabo de modo excepcional, y además precisa de una justificación *ad hoc*», Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 16. No obstante el análisis de las diferentes estructuras del injusto y la relevancia que tiene sobre el concepto de anticipación y especialmente sobre la conducta preparatoria se tratará en la segunda parte del trabajo, vid. pág. 186 y ss.

<sup>91</sup> Alcácer Guirao, R., *Los fines del Derecho Penal*, pág. 17.

positivo vigente representa una intervención que se adelanta a la satisfacción de sus requisitos materiales de legitimación.

### **B. La relevancia del concepto de bien jurídico.**

Sostener que sólo puede haber anticipación en un Derecho penal que tenga como objetivo la protección de bienes jurídicos es todavía insuficiente, ya que la amplitud de la extensión del concepto «anticipación» dependerá de lo que se entienda por bien jurídico y por conducta lesiva.

Cuando se defiende que una conducta sólo es típica en la medida en que representa un ataque penalmente relevante contra un bien jurídico protegido, habrá que determinar previamente los contornos de cada objeto de tutela. Así, existen dos modos de entender el objeto de tutela: la concepción inmaterial y la material.

#### a) LA CONCEPCIÓN INMATERIAL.

Las *concepciones inmateriales* del bien jurídico consideraban que el juicio de valor, que determinaba en atención a un criterio de valoración preestablecido qué es un bien jurídico, era así mismo el objeto del bien jurídico y no la realidad valorada<sup>92</sup>. De este modo lo que debía ser protegido era la exigencia de respeto derivada de ese juicio de valor. A partir de ello se elaboraba un injusto basado exclusivamente en la violación de la norma de determinación, es decir, el injusto de la acción fundamentaba de forma suficiente el injusto penal<sup>93</sup>.

Algo distinta es la postura de **Schmidhäuser** que preveía tal concepción del injusto para los delitos de participación y tentativa, mientras que el delito consumado sí poseía la infracción de un objeto real como desvalor del resultado. En estos últimos casos se crea una sistemática penal en donde cohabitan dos entes que pueden ser objeto de la conducta lesiva humana: el bien jurídico (la exigencia de respeto), el objeto del bien jurídico (la vida)<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Hay que distinguir entre juicio de valor (Werturteil), objeto del juicio de valor (Gegenstand des Werturteiles) y criterio de valoración (Wertkriterium), Koriath, "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", 562.

<sup>93</sup> Zielinski se desprende absolutamente de una posible realidad material: el valor jurídico reconocido y protegido por el orden jurídico se convierte en el criterio utilizado para valorar las circunstancias y estados en los cuales el bien jurídico se concreta (Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 123; Armin Kaufmann, *Normentheorie*, pág. 69 y ss).

<sup>94</sup> En todo caso, Schmidhäuser hace una triple distinción entre *exigencia de respeto* (*Achtungsanspruch*), *objeto del bien jurídico* (realidades materiales a los que se vincula la exigencia de respeto) y *objeto del hecho* (*Tatobjekt*, el objeto al que el hecho del sujeto que actúa se refiere), *AT75*, 2/30-32.

Existe una variante intermedia entre Zielinski y Schmidhäuser: Jescheck mantenía que el concepto de bien jurídico no debía confundirse con su *ratio legis*. De este modo, el bien jurídico se definía como un *valor abstracto de la sociedad jurídicamente protegido* (Jescheck/Weigend, *AT5*, pág.



Para que haya una lesión penalmente relevante del bien jurídico basta con la presencia de una intención manifestada contraria a la exigencia de respeto de una realidad positivamente valorada<sup>95</sup>, de modo que cualquier mínima perturbación del objeto podría ser entendida como una lesión del objeto del bien jurídico.

En consecuencia, estos planteamientos limitaban la antijuricidad a su aspecto estrictamente formal. Y es que aunque haya una vinculación de la antijuricidad con un requisito material (la lesión del bien jurídico), la confusión entre bien jurídico y *ratio* de tutela (juicio de valor) crea en la práctica un ilícito de mera trasgresión, y permite punir los ataques a todo el entorno del bien jurídico, desde su objeto material hasta el «grado, las condiciones y límites de la tutela»<sup>96</sup>. Por consiguiente, no puede haber anticipación de la tutela penal porque la *exigencia de respeto* que contiene el bien jurídico se extiende de forma ilimitada hasta considerar que objetivamente la generación de cualquier estado de cosas en el que se sospeche que ese bien va a ser lesionado es una forma de lesión punible.

En la actualidad parece que la concepción inmaterial del bien jurídico ha sido superada. Sin embargo, sobre todo cuando se justifica la existencia de los delitos de peligro abstracto, es perceptible una tendencia a crear ideas abstractas o inmateriales (objeto abstracto o secundario del bien jurídico) que, unidas al bien jurídico protegido por el tipo, espiritualizan el objeto material de tutela que, así entendido, es capaz de legitimar la actividad legislativa porque justifica la presencia de una lesión.

Este fenómeno forma parte de una discusión clásica dentro del Derecho penal que ha vuelto a surgir dentro del debate dogmático con una nueva apariencia: los bienes jurídicos secundarios o impropios son un replanteamiento del concepto inmaterial de bien jurídico<sup>97</sup>.

La espiritualización o inmaterialización de un bien jurídico principal se consigue mediante la superposición de un bien secundario modificador, que al unirse a la formulación del primer bien jurídico permite fundamentar un injusto basado en

---

257). A este concepto se oponía en estrecha relación el *objeto de la acción*, que consistía en el objeto real en los que se plasmaban esos valores (op. cit., pág. 259 y s).

<sup>95</sup> Schmidhäuser, *AT75*, 2/30; el mismo, "Der Unrechtstatbestand", pág. 444 y ss. La lesión de un bien jurídico es la lesión de la «exigencia de respeto» que todo bien jurídico posee. Crítico Amelung, K., *Rechtsgüterschutz...*, pág. 269 y s. Köhler, *AT*, pág. 24, 26, 32 y ss.

<sup>96</sup> Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 39.

<sup>97</sup> Tal y como expresamente señala Schmidt, que considera que el concepto de bien jurídico abstracto de Berz se apoya en el bien jurídico ideal de Schmidhäuser, *Untersuchungen...*, pág. 86.

criterios *objetivos*<sup>98</sup>. Se concluye que *el derecho a disfrutar con cierta seguridad del bien jurídico protegido* debe ser igualmente un objeto digno de amparo penal. Y así, con respecto a los delitos de peligro abstracto se sostiene que garantizan la «certeza de la existencia» del bien jurídico (*Daseinsgewißheit*)<sup>99</sup>, la «seguridad jurídicamente garantizada en el disfrute del bien jurídico», el derecho a la «existencia no turbada del bien jurídico»<sup>100</sup>, el derecho al «pacífico disfrute del bien jurídico», la paz jurídica<sup>101</sup>.

Por consiguiente, el objeto protegido es la disponibilidad que tiene el sujeto sobre su patrimonio, sobre su vida, sobre el orden jurídico...<sup>102</sup>. En ese sentido no son bienes jurídicos sino «metáforas o abstracciones conceptuales», o «situaciones instrumentales»<sup>103</sup>. Es decir, estos *bienes jurídicos* tienen un valor funcional o instrumental porque pretenden salvaguardar las condiciones de existencia de otro bien jurídico al cual realmente se condicionan. Por ejemplo, la vida se protege entre otras razones porque se quiere tener la seguridad de que se va a poder disfrutar de la misma.

<sup>98</sup> Cramer, P., *Vollrauschtatbestand...* pág. 75; Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 246 y s habla de antinormatividad en vez de injusto.

<sup>99</sup> Cramer, P., *Vollrauschtatbestand...* pág. 65-69.

<sup>100</sup> Una conducta es penalmente relevante cuando conmueve objetivamente el bien jurídico. La creación de un estado de peligro desintegra parcialmente el bien jurídico porque lo sitúa en una posición peor a la que tenía antes de la realización de este comportamiento, Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 38. Esta perturbación sólo tiene lugar cuando el autor, que comprende el mandato normativo, que es, que puede ser motivado, lleva a cabo una conducta que según su apreciación puede llegar a lesionar el bien jurídico, lo cual aunque no es una lesión real, perturba su existencia, provocando una "desintegración parcial" del mismo. La seguridad del bien jurídico exige del sujeto la comprobación de que su comportamiento no es *ex ante* peligroso Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 39 y ss. Esta concepción no es original, Binding ya recurría a un concepto parecido. Este autor sostiene que el legislador mediante la tipificación de ciertos comportamientos protege el bien jurídico frente a conductas realmente lesivas, que son una forma de lesión del bien jurídico y no una simple puesta en peligro, *Normen I*, pág. 393 y s. Su capacidad lesiva reside en que ponen en peligro una existencia – del bien jurídico – carente de perturbación, es decir, son comportamientos objetivamente relevantes porque representan la «perturbación de la existencia del bien jurídico» (*Normen I*, pág. 374, 390 y ss). Esto provoca la existencia de una doble conmutación penalmente relevante: de la certeza de la existencia («Erschütterung der Daseinsgewissheit») del bien jurídico, y con ello de la seguridad de la existencia del ordenamiento jurídico («Erschütterung der Sicherheit des Rechtsbestandes»), Binding, *Normen I*, pág. 372 y s. En este caso se observa con claridad como la «perturbación de la existencia» no es sino una reformulación de aquellas teorías que definían el injusto de una acción como infracción de la «exigencia de respeto» derivada del juicio de valor que sustenta el bien jurídico.

<sup>101</sup> Se podría plantear si conceptos tan abstractos como la paz jurídica (entendida como la certeza en el mantenimiento de la protección de un bien jurídico), la paz pública, la seguridad interna, el orden general, que normalmente se conectan con un bien jurídico individual trascendente no responden, aunque de manera no tan sofisticada, a esta técnica de abstracción y se trata igualmente de un bien jurídico secundario impropio.

<sup>102</sup> Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 68.

<sup>103</sup> Recorro a los términos que Sánchez García de Paz, I., (*El moderno Derecho penal...*, pág. 72) usa para criticar a los bienes jurídicos colectivos, sin embargo, fuera del contexto de los bienes jurídicos secundarios no comparto esta censura.

Así, **Kindhäuser** sostiene que las acciones de peligro abstracto vulneran una norma de comportamiento articulada por un interdicto consistente en la prohibición de lesionar las *condiciones de seguridad* que permiten el normal uso de los bienes jurídicos. Dicho de otro modo, estos delitos se basan en una norma de prohibición que garantiza un *estado* que posibilita un *seguro* disfrute del bien jurídico<sup>104</sup>. Por tanto, los delitos de peligro abstracto se justifican porque su punición protege una norma que tiene como fin autónomo<sup>105</sup> (*Selbszwecknorm*) garantizar la *seguridad* en el disfrute de un bien jurídico<sup>106</sup>. La teoría de Kindhäuser, conduce a crear la posibilidad de que haya tipos penales que posean una norma con un fin autónomo. ¿Qué impide sostener que los tipos preparatorios, como no se corresponden con la finalidad *protección del bien jurídico*, tienen igualmente un fin distinto al que orienta a los delitos de resultado, de peligro concreto y abstracto? Si se toma esta afirmación como cierta, el resto del trabajo podría convertirse en una cuestión de imaginación, de elaboración de una finalidad hipotética que pueda ser aceptable. Por ejemplo se podría sostener que el fin de la norma de los tipos penales preparatorios autónomos es «asegurar una protección más efectiva del bien jurídico» o «garantizar la creación de modelos de comportamiento estandarizado»<sup>107</sup>. De forma parecida **Díaz-Maroto** defiende que el bien jurídico protegido por el delito de tenencia ilícita de armas de fuego (art. 563 CP, antiguo 254) en la *seguridad general* entendida como la seguridad de la vida, orden público o el patrimonio. De modo que, «la lesión de este bien jurídico entrañaría el no haber actuado para evitar una posible situación de peligro para la vida e integridad personal, el patrimonio o el orden público...»<sup>108</sup>. En la misma línea, **Acale Sánchez** sostiene que la diferencia entre delito de peligro abstracto y concreto no reside en el grado de peligrosidad exigido sino que «estaremos ante delitos de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico el que se ponga en situación de proximidad a la lesión. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, en los que el concepto de peligro es idéntico, lo que cambia es el referente que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad»<sup>109</sup>. Con ello está espiritualizando el bien jurídico de modo que desaparece realmente la diferencia entre peligro concreto y abstracto porque en relación con ese bien jurídico abstracto no se puede afirmar la existencia de un delito de peligro abstracto, sino de auténtica consumación. La diferencia no está en el cambio de referente del bien jurídico que pasa a la seguridad más un interés protegido

<sup>104</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 280; el mismo, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit", pág. 199 y s. Conforme con esta hipótesis, Kleine-Cosack, E., *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, pág. 162. Sobre la tesis de Kindhäuser vid. Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 292-96; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 351.

<sup>105</sup> Son normas con una finalidad propia que no coincide con la búsqueda por las normas de los delitos de resultado o de puesta en peligro, Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 226 y s.

<sup>106</sup> El fin (*Zweck*) de la norma de seguridad es comunicar la seguridad de que se podrá disponer sin problemas del bien jurídico (pág. 336). Esta "comunicación de seguridad" en el uso sin peligro del bien jurídico «sería una parte legítima de la protección de bienes jurídicos, si los bienes jurídicos se definen como bienes que sirven al libre desarrollo personal», Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 287.

<sup>107</sup> No es ni casual ni gratuita la mención de estos dos posibles fines de la norma del tipo preparatorio, pues, de hecho, son algunas de las razones de política criminal que esgrimen ciertos autores para justificar el adelantamiento de las barreras del Derecho penal, vid. pág. 229 y ss.

<sup>108</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 60.

<sup>109</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 199; la misma, *Salud pública y drogas tóxicas*, pág. 27.

sino en que, para el delito de peligro abstracto, la afectación situacional concreta no se exige, como elemento del tipo. Por último, **Bustos Ramírez**, para justificar la punición de la tentativa inidónea y del delito imposible, sostiene que no estamos ante tentativas sino ante delitos *sui generis* que tienen por bien jurídico la *seguridad ciudadana*. Ahora bien, no entendida de forma autónoma sino vinculada a otros intereses especialmente valiosos. Esto es, el bien jurídico tutelado es la seguridad ciudadana en relación con algunos *bienes jurídicos especialmente significantes*<sup>110</sup>.

Si elevamos la mencionada necesidad de seguridad a la categoría de bien jurídico, no se está amparando un interés colectivo, como sucede con la salud pública o la paz social, sino que ha tenido lugar una inmaterialización del objeto del bien jurídico que ahora se entiende como *seguridad en el disfrute de la vida*. Además, se permite el castigo de todo comportamiento. Así, la conducta consumada es la que pone en peligro o lesiona la *seguridad en el disfrute de la vida*. El acto preparatorio sería una consumación plena, y del mismo modo las tentativas de participación. Un planteamiento que quede así formulado, aunque insista en la presencia de un objeto material, realmente no consigue diferenciar el objeto del bien jurídico del motivo que obliga al legislador a proteger un cierto interés socialmente valioso. La vida, un bien valioso, debe ser protegida para que su titular pueda disponer de ella. El problema es que si se difumina la diferencia entre el motivo de amparo y el objeto de protección los límites de este último se extienden hasta abarcar aquél, de tal modo que un criterio abstracto como es la capacidad de disposición se convierte así en la referencia del injusto. Lo que se persigue no es un atentado contra la vida sino cualquier acción que reduce nuestra capacidad de disposición sobre la misma, lo cual es un criterio muy subjetivo, ya que la apreciación de este atentado contra la capacidad de disposición depende de cada sujeto, de la situación concreta, del estado socio-político del momento histórico. *Con el uso de un concepto de seguridad tan amplio y e impreciso se puede justificar la represión penal de casi cualquier conducta*<sup>111</sup>: simplemente bastaría demostrar que el comportamiento que queremos castigar atenta contra ese estado de «segura disponibilidad».

En suma, esta técnica permite extender el fin protector de la norma alcanzando conductas que no lesionan ni ponen en peligro concreto el bien jurídico<sup>112</sup>, porque todo comportamiento contrario a la norma infringe siempre el bien jurídico espiritualizado resultante.

**Díaz-Maroto** lo expone sin tapujos. Aunque la posesión ilícita de armas de fuego es un delito de peligro en relación con la vida, patrimonio..., es un delito de lesión cuando se conecta con el bien jurídico seguridad general, de tal forma que la puesta en peligro

<sup>110</sup> Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 100 y s.

<sup>111</sup> Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 355; Martin, J., *Strafbarkeit...*, pág. 75.

<sup>112</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 72; Schmidt, J., *Untersuchungen...*, pág. 80.

de ciertos bienes es en realidad una lesión de un bien jurídico distinto que integra a todos<sup>113</sup>. Así pues, «se adelanta el momento de la consumación sin esperar a la lesión del objeto que se quiere proteger. La puesta en peligro del bien jurídicamente protegido es suficiente para la consumación del delito»<sup>114</sup>.

Ahora bien, aunque se halla un camino que legitima la persecución penal de esos comportamientos, en realidad la conexión que la conducta tipificada tiene con el bien jurídico principal (material) como factor de legitimación es tan global y vaga que se convierte realmente en una formalidad vacía de contenido<sup>115</sup>. Tal y como expone **Schmidt**, no se protege ningún bien jurídico, ya que no hace falta siquiera su puesta en peligro<sup>116</sup>.

En conclusión, la tipificación de conductas tan alejadas del auténtico bien jurídico de referencia mediante el recurso a estos bienes secundarios presenta un déficit de legitimación<sup>117</sup>.

Nos hallamos por tanto frente a un *modo de justificación de la relevancia objetiva de un comportamiento*: el fundamento de la relevancia objetiva de una conducta se puede realizar tanto mediante un juicio de peligrosidad diluido como a través de un bien jurídico abstracto<sup>118</sup>.

En el primer caso, se intenta justificar que la conducta contiene un peligro penalmente relevante en consideración a un bien jurídico concreto, para lo cual se acude a conceptos abstractos habitualmente basados en presunciones o a conceptos generales de la peligrosidad normalmente sustentados en la idea de una causalidad hipotética o una peligrosidad estadística. En el segundo caso, el objeto del bien jurídico penalmente amparado se inmaterializa de tal forma que el ámbito de la relevancia objetiva se amplía sin límite. La diferencia entre ambos procedimientos reside en que por la primera vía (la dilución del peligro) se afirma que el

<sup>113</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 98.

<sup>114</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 98. No obstante, esta última afirmación no es del todo correcta, pues es la *lesión* del bien jurídicamente protegido (más amplio, determinado por la seguridad de la vida, patrimonio, etc.) y no su *puesta en peligro* (del bien primario) es la que consume el tipo.

<sup>115</sup> Zieschang, *Die Gefährungsdelikte*, pág. 354 y s.

<sup>116</sup> Schmidt, *Untersuchung...*, pág. 84.

<sup>117</sup> Köhler, *AT*, pág. 32 y s; Schmidt, *Untersuchung...*, pág. 89.

<sup>118</sup> Próximo, Rehr-Zimmerman, que defiende que una concepción material extensiva del bien jurídico provoca una ampliación del alcance del derecho penal (Rehr-Zimmermann, M., *Die Struktur des Unrechts...*, pág. 9): bien mediante la extensión del concepto bien jurídico, es decir, la aparición de los bienes jurídicos generales, que según el autor representan la creación de nuevos bienes jurídicos que se corresponden con los espacios que clásicamente se han situado previamente a la lesión del bien jurídico (op. cit., pág. 10); bien mediante la extensión del concepto lesión, de modo que, a través del desarrollo de los delitos de peligro se ha conseguido que un menoscabo del derecho (Rechtsbeeinträchtigung) se convierta en lesión del bien jurídico (op. cit., pág. 9).

comportamiento puede ser penalmente perseguido, pero, aunque sea objetivamente relevante, no contiene la totalidad del injusto posible. O sea, se reconoce que es una conducta relevante porque contiene cierto peligro pero que todavía no ha consumado el tipo (y se puede hablar de anticipación de la tutela penal).

La segunda vía, al extender el objeto del bien jurídico, reduce las exigencias cuantitativas del injusto, por lo cual el comportamiento objetivamente relevante se convierte en conducta consumada (y por tanto no hay anticipación de la intervención).

Así pues, si el mantenimiento no perturbado del bien jurídico es el objeto de tutela<sup>119</sup>, todo comportamiento que afecte su estado socialmente definido como normal lo lesiona plenamente. Distinto es sostener que se debe prohibir la práctica de ciertos comportamientos porque normalmente tienen un uso posterior delictivo o porque la acumulación de los mismos provocaría la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado.

No obstante, también parece que se pudiera combinar un juicio de peligrosidad diluido con un bien jurídico secundario impropio. Por ejemplo, se puede penalizar una conducta porque según un criterio estadístico representa un grave trastorno del orden general (*Großstörung der Gesamtordnung*)<sup>120</sup>. Así, la forma más adecuada de protección del bien jurídico (entendido como *Gesamtordnung*) es prohibir la realización de ciertas conductas que, según lo que se deduce de lo ocurrido en numerosos casos, provocan su lesión o puesta en peligro<sup>121</sup> (por ejemplo la posesión de instrumentos destinados a un uso delictivo<sup>122</sup>). Sin embargo, sería incorrecto. Y es que ese juicio de peligrosidad estadístico no se vincula realmente con el bien jurídico espiritualizado, sino con el principal dotado de un objeto material. Es decir, la posibilidad estadística de posterior lesión del patrimonio, la vida, etc. representa una lesión plena (*grave trastorno*) del bien jurídico *orden general*.

En suma, la evidencia de que comportamientos como los recogidos por los delitos de peligro abstracto o preparatorios no causan un resultado lesivo con relación al bien jurídico que ampara el tipo penal implica el reconocimiento de la imposibilidad de acudir a la finalidad *protección del bien jurídico* para justificar estos tipos. Sin embargo, en la medida en que para algunos autores es impensable la determinación del injusto penal sin una conexión con un bien jurídico lesionado o puesto en peligro<sup>123</sup>, era absolutamente necesario encontrar una vía que uniera de alguna forma conducta

<sup>119</sup> Algunos autores mantienen que esta abstracción es una nueva forma de aparición de los posicionamientos subjetivos de la fundamentación del injusto, Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 197.

<sup>120</sup> Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, pág. 298 y s.

<sup>121</sup> Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, pág. 277 y s, 298 y s.

<sup>122</sup> Kratzsch, no obstante, elabora su teoría pensando en los delitos de peligro abstracto.

<sup>123</sup> Crítica de Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 38.



y bien jurídico, es decir, que permitiera afirmar que el comportamiento lesiona realmente un bien jurídico<sup>124</sup>.

Al reconocimiento de la inutilidad del bien jurídico como criterio legitimador de la amenaza penal no sigue una reflexión sobre la dudosa legitimidad de la punición. Ni siquiera se busca otro criterio sobre el que fundamentar el injusto. Simplemente se reinterpreta el concepto doctrinal de bien jurídico. Estos esfuerzos doctrinales obviaban que si no es posible encontrar esa conexión quizás sea porque la conducta no es penalmente relevante.

## b) LA CONCEPCIÓN MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO.

La *concepción material* defiende que todo bien jurídico posee un substrato material del cual no se puede separar: el objeto y su carácter valioso constituyen la existencia del bien jurídico<sup>125</sup>. El bien jurídico no es un simple valor sino el objeto valorado<sup>126</sup>.

Desde esta perspectiva habrá una anticipación de la tutela penal cuando se sancionen comportamientos que todavía no representen una lesión o puesta en peligro suficiente del objeto valorado. Ahora bien, esta afirmación debe relativizarse, pues puede haber conductas que con respecto a un bien jurídico, definido de modo material, sean una forma de antelación y en relación con otro se traten de auténticas lesiones.

Una de las funciones del bien jurídico es determinar el núcleo del injusto<sup>127</sup>.

Así, el contenido del bien jurídico determina el alcance del injusto penal, de modo que una misma acción, en función del objeto material protegido puede ser considerada como una lesión o una puesta en peligro<sup>128</sup>. Con un ejemplo. Un mismo comportamiento, la tenencia de armas sin cumplir los requisitos administrativos

<sup>124</sup> Tanto el planteamiento del problema como el desarrollo de la reflexión que conduce a la búsqueda de un criterio que permita justificar la «lesión» que contienen los delitos de peligro abstracto aparece claramente expuesto en Binding, vid. *Normen I*, pág. 368 y ss.

<sup>125</sup> Vid. Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 17 y s., 62 y s.

<sup>126</sup> Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 62 y s.

<sup>127</sup> Rudolphi, H.-J., "Die verschiedenen...", pág. 151; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 28; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 329; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 321; Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de un bien jurídico o lesión de deber?*, pág. 24-26.

Otras funciones del bien jurídico serían legitimar y limitar al legislador penal: su función es simplemente la protección de los bienes jurídicos (Rudolphi, H.-J., "Die verschiedenen...", pág. 151; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 328; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 324 y s); y ser un criterio de interpretación teleológica (Rudolphi, H.-J., "Die verschiedenen...", pág. 151; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 329; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 320 y s; Mir Puig, S., *PG6*, 6/44).

<sup>128</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 42; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 185; Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 10.

pertinentes (art. 563CP) puede tener como bien jurídico de referencia un bien jurídico individual: la propiedad, la integridad física... o un bien jurídico colectivo, a saber, el orden público, tal y como se indica al comienzo del título XXII en el que se integra éste artículo.

Los delitos integrados en el título XXII del CP, están presididos por el bien jurídico orden público, que se interpreta de forma amplia y comprensiva de la «paz y tranquilidad en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva... (scil. el) sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal»<sup>129</sup>.

El bien jurídico de referencia nos va a indicar si un tipo penal representa una anticipación de tutela penal. En el primer supuesto, cuando se defiende que se protege un bien jurídico individual, hay una anticipación de la tutela penal, ya que se persiguen comportamientos que no lesionan el bien jurídico, ni *ex ante* manifiestan una capacidad lesiva suficiente. Su punición se puede justificar porque se considere que pertenece a un grupo de comportamientos que pueden producir una lesión del bien jurídico, porque sean acciones causal-estadísticamente relevantes que contienen la probabilidad de un posterior uso delictivo. En el segundo caso no hay anticipación penal porque el comportamiento representa una lesión del bien jurídico autónomo que se le atribuye, con independencia de la relación que pueda tener con otros intereses individuales trascendentes. En estos supuestos, aunque en sentido estricto no hay anticipación penal, sigue presente un problema político criminal: la creación de bienes evanescentes que permiten la sanción de comportamientos que en otras situaciones no deberían ser castigados.

### c) LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

La prolongación del alcance del Derecho penal hasta las conductas preparatorias y delitos de peligro abstracto se puede llevar a cabo mediante tipos autónomos que contienen un bien jurídico individual. Ahora bien, también se pueden cimentar sobre un bien jurídico colectivo, es decir, sobre la presencia de un *interés general* en el impedimento de la realización de la conducta descrita en el tipo penal<sup>130</sup>.

La aparición de tipos que protegen bienes jurídicos que no son estrictamente individuales despierta la sospecha de que pudiera tener como exclusiva finalidad proporcionar una *realidad* que pueda ser atacada por la conducta que se desea castigar<sup>131</sup>. Esta sospecha parece confirmarse cuando se observa el proceso de

<sup>129</sup> López Garrido/García Arán, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, pág. 200.

<sup>130</sup> Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", pág. 74 y s.

<sup>131</sup> Así, Sánchez García de Paz sostiene que la creación de un bien jurídico supraindividual es un rodeo que permite alcanzar el ámbito previo del bien jurídico individual, *El moderno Derecho penal...*, pág. 67. Son coartadas que permiten justificar el castigo de conductas muy alejadas de



creación de tipos penales: primero se establece lo que se quiere tipificar, mejor dicho: primero se tipifica y a continuación se le aneja, labor de la dogmática, un bien jurídico universal –si acaso burdamente indicado por el legislador<sup>132</sup>– que justifica extra e intrasistemáticamente su persecución<sup>133</sup>. Con ello se alcanzan satisfactoriamente dos objetivos: existe una realidad protegida por el Derecho penal y además están presentes los elementos que determinan el merecimiento de pena de un comportamiento desde una perspectiva material del injusto: el bien jurídico es descrito de tal forma que sus cualidades autorizan la represión de la conducta tipificada, que así se convierte en un ataque relevante al interés protegido<sup>134</sup>. Desde esa perspectiva se justifica por la dogmática el tipo creado y la prohibición que contiene, aunque en la práctica no se lesione un bien jurídico individual trascendente.

La punición de la posesión de armas (art. 564.1 CP) destinada a evitar el tráfico de armas (y garantizar con ello el orden público) sería una conducta consumada y no un acto preparatorio. Sin embargo, de la lectura del precepto surge la duda sobre si el legislador, a pesar de todo, pretende realmente castigar un acto preparatorio superando las limitaciones que los principios del sistema penal le impone. Si la intención de su punición es evitar el tráfico de armas, ¿por qué se rebaja en un grado la pena cuando el que la posee no tiene intención de utilizarla en un sentido delictivo (art. 565 CP)? Quizá porque el legislador es consciente que con este tipo se está castigando de forma autónoma la posesión como preparación de un delito posterior (el cual es tan desconocido como variado). Es decir, el tipo oculta una nueva forma de agresión contra un bien jurídico tradicional, en este caso la vida, la integridad física o el patrimonio. Las cosas así, una conducta que no podría ser perseguida como acto preparatorio especialmente, porque no satisface las exigencias del principio de ofensividad y culpabilidad, porque no se puede extender el injusto hasta ellas (carecen de peligrosidad relevante, no se conoce el tipo que se le podría aplicar), se convierte en tipo autónomo que solventa todas las dificultades, todas las barreras antes expuestas.

Efectivamente es así como funciona el proceso de creación de tipos penales: se instituye un tipo que protege los intereses sociales porque se considera, según los criterios de política criminal dominantes, que es la medida más adecuada. Ahora bien, es demasiado aventurado afirmar que este proceso refleja la crisis<sup>135</sup> en la

---

la lesión del bien jurídico individual realmente protegido (por todos vid. Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 72-74).

<sup>132</sup> Insiste en esta despreocupación del legislador por determinar el bien jurídico tutelado en los delitos de peligro, Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 231.

<sup>133</sup> De forma parecida Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 225; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 154 y s; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 22.

<sup>134</sup> De este modo se defiende que los bienes jurídicos colectivos, distintos de los bienes jurídicos públicos, son una forma de complemento del espectro abarcado por el bien jurídico individual (vid. pág. 42 y ss), así que, lo que se configura como un delito de lesión en relación con el bien jurídico colectivo es un delito de peligro para el bien jurídico individual completado.

<sup>135</sup> El movimiento de animadversión contra los bienes jurídicos colectivos se funda en que provocan una extensión arbitraria del Derecho penal: primero, por medio de conceptos tan abstractos como el orden público, por ejemplo, se diluyen los límites objetivos del *ius puniendi* –el Estado

que inevitablemente cae el Derecho penal cuando intenta tutelar derechos colectivos y que por tanto debe renunciar a su protección. Por ejemplo, la crítica que sostiene que la protección de la salud pública, por su carácter colectivo y no individual, crea un bien jurídico que permite al legislador castigar todo<sup>136</sup>, me parece excesiva. De igual forma, la afirmación de que el recurso a bienes jurídicos colectivos es un modo de anticipar la tutela penal<sup>137</sup> es una crítica incompleta, pues no se ha abordado en su totalidad la problemática de los bienes jurídicos colectivos.

El Derecho penal actual ha abandonado la idea de un núcleo duro de bienes jurídicos de corte principalmente liberal y al mismo tiempo ha integrado nuevos bienes como objetos de tutela penal<sup>138</sup>. Así, se han incorporado a los códigos penales los bienes *colectivos o universales*<sup>139</sup> (salud pública, orden público, medioambiente<sup>140</sup>, el orden

---

encuentra menos restricciones a su actuación en los ámbitos determinados por intereses colectivos– (Portilla, G., “Principio de intervención mínima...”, pág. 744). Segundo, ello conduce en la praxis a la posibilidad de castigar todo: realmente se persiguen penalmente conductas que no contienen relevancia objetiva (Hassemer, “Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik”, pág. 484). En definitiva, «(...) la defensa de esos bienes (colectivos) va a verse obstaculizada por dos elementos que cuestionan su viabilidad; en primer lugar, su posible contribución a la legitimación del desarrollo de transformación de las estructuras económicas, a través de la vía del uso alternativo del Derecho, y en segundo lugar, el facilitar la intervención del Estado en materias como orden público o seguridad interior», Portilla, G., “Principio de intervención mínima...”, pág. 744. Esta extensión se reflejaría en concreto en la infracción del principio de fragmentariedad, en la infracción del principio de intervención mínima, en el favorecimiento de la creación de delitos de peligro abstracto, en la función promocional de los valores protegidos (cuando realmente son nuevas formas de agresión a los bienes jurídicos tradicionales). Vid. Portilla, G., “Principio de intervención mínima...”, pág. 737-41. Estoy de acuerdo con estas críticas. Con lo que no estoy de acuerdo es que se deba a la protección de un bien jurídico colectivo. Ello se debe a que realmente son bienes jurídicos secundarios, es decir, contribuyen a difuminar el contenido del objeto material realmente protegido o a que, como indicaré más adelante, hay una indeterminación del objeto material del bien jurídico colectivo (lo cual puede tener lugar con un bien jurídico individual).

<sup>136</sup> Hassemer, “Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik”, pág. 484.

<sup>137</sup> Seelmann, K., “Risikostrafrecht”, pág. 454; Frisch, W., “An den Grenzen des Strafrechts”, pág. 74 y s; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 66; la misma, “La criminalización en el ámbito previo...”, pág. 706.

<sup>138</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 18.

<sup>139</sup> Müller-Dietz, H., “Gibt es Fortschritt im Strafrecht”, pág. 677; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 54. Sobre los nuevos bienes colectivos creados vid. Kuhlen, L., “Umweltstrafrecht”, pág. 720 y s. Dentro del término bienes jurídicos colectivos o universales incluyo todos los bienes dotados de un titular colectivo con independencia de que tengan un referente individual manifiesto (p.e. la salud pública con la salud individual) o no lo tengan. Con ello difiero de otros planteamientos que distinguen entre bienes jurídicos colectivos o intermedios (con referente individual) y bienes difusos (Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 81-85, 89, 91, 95-108); bienes jurídicos intermedios (con referente individual) y bienes jurídicos colectivos (Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*); bienes jurídicos intermedios (con referente individual) y bienes jurídicos institucionales (Alcácer Guirao, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, pág. 18 y s); bienes colectivos (fragmentables en una pluralidad de situaciones subjetivas), bienes universales, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 67 y s; bienes jurídicos colectivos (con referente individual indirecto o mediato), bienes jurídicos generales (Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 106). Hefendehl distingue entre bien jurídico colectivo y bien jurídico colectivo aparente (que protege realmente bienes jurídicos individuales), y solicita la «erradicación del ordenamiento penal» de

económico<sup>141</sup>, la seguridad en el tráfico, el funcionamiento de la administración pública, el funcionamiento de la administración de justicia, el patrimonio genético de la humanidad<sup>142</sup>, la seguridad en general –como caso extremo–<sup>143</sup>), muchos de los cuales son la personificación de funciones e instituciones sociales<sup>144</sup>, a las que precisamente por su relevancia funcional en el sistema se les atribuye la categoría de bien jurídico. La aparición de los bienes jurídicos colectivos en los códigos penales actuales no es un fenómeno endémico del Derecho penal, sino que es una de las manifestaciones del proceso de reconocimiento y protección jurídica de intereses colectivos. Así, los derechos colectivos comienzan a ser reconocidos internacionalmente a partir de la firma del Pacto de derechos Civiles y Políticos de 1966 y se inicia con ello una tendencia creciente que se mantiene en la actualidad<sup>145</sup>. En el derecho interno<sup>146</sup> la Constitución española reconoce derechos a sujetos colectivos como las *nacionalidades y regiones* (art. 2), *comunidades* (art. 16), *municipios, provincias y Comunidades Autónomas* (art. 140 y ss), *la Universidad* (art. 27.10); reconoce igualmente derechos colectivos entre los que se encuentran el derecho de sindicación (art. 28.1), el derecho a la huelga (art. 28.2), el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1), derecho a la salud pública (43.2), derecho al disfrute del medio ambiente (45.1) y otros derechos más difusos en beneficio de la juventud (art. 48), de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49), de la tercera edad (art. 50), de los consumidores y usuarios (art. 51). Además, el Código civil reconoce la existencia de personas jurídicas con capacidad jurídica (Título II).

---

estos últimos, Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?", pág. 9. Sobre la distinción entre bien jurídico colectivo y bien jurídico difuso en atención a varios criterios vid. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 97-103. Al respecto de la variedad terminológica existente en relación con los bienes jurídicos colectivos vid. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 96.

<sup>140</sup> Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 200 y s. (con abundante bibliografía al respecto); Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 188 y s.

<sup>141</sup> Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 200.

<sup>142</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 266.

<sup>143</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 254 y ss, pág. 277-79.

<sup>144</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 194; Moccia sostiene que se puede observar en la actualidad una sustitución de la tutela de bienes, que se ha convertido realmente en una tutela de funciones, Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 117-42.

<sup>145</sup> A modo de ejemplo, la Declaración de Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, de 1992. Más ejemplos en Jáuregui, G., "Derechos individuales versus derechos colectivos...", pág. 52 y s; López Calera, N., "Sobre los derechos colectivos", pág. 22-24.

<sup>146</sup> En la exposición sigo a López Calera, N., "Sobre los derechos colectivos", pág. 24 y s.

En resumen, y tal y como se ha dicho, «...los derechos colectivos son una realidad en el Derecho. El discurso jurídico en numerosas ocasiones recurre a lo que hemos llamado el lenguaje de los derechos colectivos para canalizar demandas sociales, para garantizar situaciones jurídicas, para atribuir poderes»<sup>147</sup>.

Esta inclinación a otorgar amparo legal a ciertos intereses colectivos confirma que en la sociedad actual hay ciertos valores o intereses que no son individuales<sup>148</sup>. La cotidianidad no es tan individualista como parece. El individualismo moderno viene determinado por dos grandes contradicciones<sup>149</sup>. La vida diaria, la práctica política y jurídica está por doquiera salpicada de sujetos e intereses colectivos<sup>150</sup>. Igualmente paradójica es la existencia de derechos colectivos que tienen un objeto que no puede ser reducido a su vertiente individual y que en todo caso poseen un titular colectivo: el derecho de las naciones y pueblos a su soberanía, el nacionalismo; el derecho a la sindicación o a la huelga; la discriminación negativa como mecanismo de protección de derechos de los que son titulares una minoría; la protección de la salud pública o del medio ambiente. Éstos últimos se corresponden con los conocidos como *derechos de tercera generación*<sup>151</sup>. A los derechos de *primera* (civiles y políticos, presididos por la idea de libertad) y *segunda generación* (económicos, sociales y culturales, enraizados en la igualdad) ha seguido a partir de los años setenta un nuevo grupo de derechos vinculados en su origen a las exigencias que nacen en un nuevo contexto social, político, económico, tecnológico<sup>152</sup>: se reclama el *derecho a la paz*, el *derecho al medio ambiente*, el *derecho al desarrollo*, los *derechos lingüísticos*...<sup>153</sup>

La negación de la existencia de derechos colectivos implicaría negar la misma condición humana. Al emerger ciertos intereses y valores de la dimensión social del hombre<sup>154</sup> no pueden ser rechazados sin renunciar consecuentemente a un concepto de *hombre* que se desarrolla y realiza dentro de la estructura social en la que vive<sup>155</sup>. El individuo

<sup>147</sup> García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 85 y s.

<sup>148</sup> López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos?*, pág. 92.

<sup>149</sup> «Las paradojas rodean al individualismo», López Calera, N., "Sobre los derechos colectivos", pág. 18.

<sup>150</sup> López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos?*, pág. 34 y ss.

<sup>151</sup> Jáuregui, G., "Derechos individuales *versus* derechos colectivos...", pág. 53; García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 33 y s. Derechos de tercera generación que también son conocidos como *derechos de solidaridad*, *derechos-síntesis*, *derechos emergentes* o *derechos difusos*, al respecto vid. García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 34 y s.

<sup>152</sup> García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 33 y s.

<sup>153</sup> García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 34, 38-44; Jáuregui, G., "Derechos individuales *versus* derechos colectivos...", pág. 53.

<sup>154</sup> López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos?*, pág. 34 y ss.

<sup>155</sup> López Calera, N., "Sobre los derechos colectivos", pág. 45.

sólo puede realizarse como tal en cuanto se haya sito en una concreta estructura social que le da sentido<sup>156</sup>. Es decir, existe una relación de recíproca dependencia entre lo individual y lo colectivo, de modo que el individualismo extremo, «cuando es coherente y radical, implica el negar la realidad de las relaciones sociales, las cuales constituyen la argamasa que une a los miembros de un grupo o sistema social por oposición a un conjunto arbitrario de individuos»<sup>157</sup>, «minimiza e incluso ignora la propia existencia de los sistemas sociales»<sup>158</sup> a los que pertenece todo individuo.

El problema que plantea la protección penal de bienes colectivos reside en que esta tendencia supone una ruptura con la tradición clásico-liberal de bien jurídico, que de este modo se encuentra en crisis<sup>159</sup>. Ahora bien, ello no es sino el reflejo de una crisis ya superada y que afectó en su momento a todo el derecho liberal, y no sólo al penal. El modelo penal clásico en los procesos de selección del delito era el apropiado para una sociedad burguesa que se oponía a la obtención de derechos y reconocimiento del merecimiento de tutela de intereses de ciertos sectores (las clases subalternas) y que mediante el instrumento punitivo intentaba proteger un sistema sociopolítico concreto. Sin embargo es lógico que el Derecho penal moderno<sup>160</sup> difiera del *clásico* en el elenco de intereses dignos de transformarse en

<sup>156</sup> Hasta tal punto es importante esa identificación dentro de una comunidad definida, que las pretensiones de libertad e igualdad que presidieron el siglo XVIII, XIX y XX, han dado paso a una preocupación por la *identidad* a finales del s. XX y principios del XXI, entendida como la búsqueda de una identidad colectiva: una configuración del sujeto aceptada y perteneciente a los miembros de un grupo. Al respecto vid. García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 25-32.

<sup>157</sup> Bunge, M., *Epistemología*, pág. 176.

<sup>158</sup> Bunge, M., *La relación entre la sociología y la filosofía*, pág. 261.

<sup>159</sup> Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", pág. 71. Esta crisis de la perspectiva individual se puede observar incluso en la evolución de los derechos humanos. Al respecto Schüler-Springorum plantea que quizá ha contribuido a la falta de consolidación de los derechos humanos en ciertos países que éstos no se hayan identificado con el substrato cultural de los derechos, a saber, la tradición individual-liberal. Esta posición entraña el peligro de un reconocimiento simplemente teórico de los derechos. La realización práctica de los derechos humanos puede girar en torno a una discusión entre todos los Estados que no parte de una posición cultural propia de la tradición occidental, es decir, de la preeminencia de las premisas del individualismo tradicional, Schüler-Springorum, "Sind die Menschenrechte...", pág. 403. Sin embargo, este planteamiento no debe conducir a un escepticismo o un relativismo moral, que entienda que no hay razones objetivas para colocar a un código moral por encima de otro, Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 218. Un derecho humano puede ser explicado histórica y socialmente, pero no justificado con esa base. Por ejemplo, las limitaciones de derechos que sufren las mujeres en el mundo islámico, aunque puedan ser explicadas dentro de ese contexto social, no dejan de ser un ataque contra la dignidad humana (de forma parecida Atienza, M., *El sentido del derecho*, pág. 218 y s).

<sup>160</sup> La terminología Derecho penal clásico y moderno ha sido tomada de Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 379; se refiere igualmente al Derecho penal "moderno", Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 64. Esta distinción no está exenta de polémica, en cuanto el término "modernidad" se utiliza para señalar realidades distintas, es decir, no es conceptualmente unívoco. Por ejemplo, Bauman señala que la *modernidad* es «un periodo histórico que echó a andar alrededor del siglo XVII en la Europa occidental con motivo de una serie de profundas transformaciones socioculturales e intelectuales y que alcanzó su madurez: 1) como proyecto cultural – con el despliegue de la Ilustración; 2) como forma de vida socialmente instituida – con el desarrollo de la sociedad industrial (capitalista y, posteriormente, también comunista)», Bauman, Z., "Modernidad y ambivalencia", pág. 76, nota 2. Según esta definición



bienes jurídicos penalmente amparables como consecuencia del proceso de cambio que ha experimentado la sociedad<sup>161</sup>. Éste, como cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, es la expresión de una comunidad que ha progresado desde el Estado de Derecho liberal del siglo XIX a la sociedad postindustrial, de la globalización; último estadio evolutivo del Estado social, del bienestar que surge en la segunda mitad del siglo XX<sup>162</sup>. En el Derecho penal, como en el proceso constitucional, se pueden observar las siguientes fases de desarrollo: de un primer momento en que la legislación penal contemplaba únicamente la protección restringida de los derechos y libertades fundamentales, o sea, el aseguramiento de la libertad recíproca (Derecho penal clásico, del suceso pasado, del hecho –que se corresponde con el Estado liberal democrático de Derecho–), se evoluciona hacia un segundo momento en que se cubren, además de los fundamentales, también los derechos sociales y políticos (Derecho penal social, que se identifica con un Estado liberal intervencionista de defensa social), para llegar en la actualidad a una situación de protección del ciudadano inseguro ante las nuevas formas de criminalidad y las nuevas amenazas originadas en un desenfrenado proceso de desarrollo técnico e industrial (Derecho penal moderno, del acontecimiento futuro, de la amenaza, propio del Estado de bienestar o Estado social de Derecho).

No defiendo una correlación entre el movimiento constitucionalizador y la evolución del Derecho penal. Mi intención es mostrar cómo el Derecho penal es el reflejo de una situación social concreta, y, en consecuencia, del mismo modo que el proceso constitucionalizador responde a importantes cambios sociales (supresión del Antiguo Régimen y establecimiento del Estado liberal, periodo democratizador de entre guerras, los *estados sociales* de posguerra) el Derecho penal parece que se rige por una dinámica similar, por una especie de *mimetismo del cambio social* que conduce a un nuevo Derecho penal que no se ha desprendido necesariamente de todo lo que pertenecía al modelo anterior, sobre el cual se construye el nuevo<sup>163</sup>.

Además, el Derecho penal se ha caracterizado desde sus orígenes por prestar amparo tanto a intereses que tenían una naturaleza individual como a aquellos otros que eran universales o colectivos<sup>164</sup>. No obstante, es cierto que la protección de lo

---

habríamos de considerar a todo el Derecho penal que surge tras la caída del antiguo régimen como moderno, tanto el del siglo XIX como el de los siglos XX y XXI. Sin embargo, si (Bauman, *ibídem*) se identifica modernidad con el concepto de Estado moderno, defendido por ciertos historiadores franceses, que se extiende desde el s. XIII al XVII, el Derecho penal del s. XVIII en adelante no podría ser calificado como moderno. El adjetivo *moderno* se refiere al Derecho penal que se opone al modelo liberal; enfrentamiento que podría haber sido expresado con otros términos (postindustrial, postmoderno, de la sociedad global, del milenio...).

<sup>161</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 17.

<sup>162</sup> Sobre esta oposición vid. Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 104.

<sup>163</sup> Vid. el estudio histórico de la evolución e influencia recíproca entre las relaciones sociales y jurídicas de Capella, J.R., *Fruta prohibida*.

<sup>164</sup> Sea suficiente recordar la importancia del orden público. Vid. primera parte, nota 30.

colectivo se había subordinado a una perspectiva individualista<sup>165</sup>. Por ello, la crisis que vive el Derecho penal realmente consiste en un cambio de perspectiva, en una relativización del criterio de funcionalización resultante del individualismo normativo.

No se puede negar que la perspectiva normativa que parte del individualismo, aunque pudiera ser adecuada para los Estados liberales del siglo XIX, no se corresponde con el modelo de Estado social y democrático de derecho consagrado en el art. 1.1 CE<sup>166</sup>. Un Estado social, que supera la imagen del Estado guardián no intervencionista, pretende «promover las condiciones favorables para el progreso social y económico» (art. 40 CE)<sup>167</sup>, la salud pública, el acceso a la cultura, el disfrute del medio ambiente, el patrimonio histórico, cultural y artístico; el acceso a la educación; la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo, etc. Si el Estado tiene como objetivo proteger un modelo de relaciones sociales que se desarrollen a partir de una serie de valores que benefician a toda la comunidad y no se limita a la protección de derechos subjetivos unilaterales<sup>168</sup>, es necesario tutelar penalmente intereses colectivos. En caso contrario dejaríamos desamparados intereses que son condiciones esenciales de la vida humana y que no pueden ser considerados menos importantes que los individuales. En consecuencia, si quiere mantener la idea de igualdad y pluralismo y no centrarse en minorías dominantes, «nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos»<sup>169</sup>. De ahí que se tenga que admitir y proteger jurídicamente los intereses colectivos<sup>170</sup> y, desde el planteamiento que defiende, no necesariamente sometidos al predominio del individuo<sup>171</sup>.

<sup>165</sup> Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 231, 233; Bustos Ramírez, J., “Los bienes jurídicos colectivos”, pág. 153.

<sup>166</sup> Sobre esta contradicción vid. Müller-Dietz, “Aspekte und Konzepte der Strafbegrenzung”, pág. 104 y ss; el mismo, “Gibt es Fortschritt im Strafrecht?”, pág. 685.

<sup>167</sup> Próximo Bustos Ramírez, J., “Los bienes jurídicos colectivos”, pág. 159.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> Hefendehl, R., “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, pág. 6 (negrita en el original).

<sup>170</sup> Stratenwerth, “Zukunftssicherung...”, pág. 668; Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 54; Bustos Ramírez, J., “Los bienes jurídicos colectivos”, pág. 161-64 (especialmente los *colectivos* que satisfacen necesidades de tipo social y económico, pero con mayores restricciones en la tutela de bienes jurídicos *institucionales* que protegen instituciones básicas para el funcionamiento del sistema o de bienes jurídicos de *control* relativos a la organización del aparato estatal); Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 207 y s, 478; Tiedemann señala que el legislador tiene un especial deber de protección penal cuando se trata de la tutela de ciertos *bienes jurídicos fundamentales* (vida, salud, libertad de movimiento y patrimonio). Pero también reconoce que este núcleo del Derecho penal debe ser completado mediante la protección de los bienes mediatizados (*mediatisierte Güter*) (Tiedemann, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, pág. 53 y s).

<sup>171</sup> Hassemer defiende la existencia de un orden prelación entre bienes jurídicos directamente derivado del sometimiento de los intereses colectivos al individuo, Hassemer, W., “Grundlinien...”, pág. 92. Aunque Hassemer acierta al afirmar que «Rechtsgüter sind strafrechtlich schutzbedürftig

Mandato de protección jurídica que viene expresamente previsto en la Constitución en los artículos 45.3 (medio ambiente), 46 (patrimonio histórico, cultural y artístico)<sup>172</sup>.

Tiene que haber entre ambos tipos de intereses una relación de convivencia en igualdad que prescindiera de un criterio que establezca la superioridad de una ellas, de recíproca autonomía<sup>173</sup>, de *coordinación* dualista<sup>174</sup>, y no exclusivamente de *subordinación* monista<sup>175</sup>, tal y como la doctrina penal ha defendido tradicionalmente<sup>176</sup>. No se puede crear un Derecho penal que deje de tener en

---

menschliche Interessen» (Hassemer, W., „Grundlinien...“, pág. 91) yerra al defender que el adjetivo “humano” establezca una subordinación de lo colectivo a lo individual. Un interés colectivo no es menos “humano” que el individual ya que responde a una necesidad que posee el individuo, ya no en su manifestación aislada, sino como miembro de una estructura social. En tal caso este interés emergente es propio de una colectividad y no de cada individuo aunque en ellos se encuentre la razón que lo explica. Por consiguiente intentar someter lo emergente a lo resultante es incorrecto. Müller-Dietz, señala que el recurso a una interpretación personal del bien jurídico como criterio limitador de la extensión del Derecho penal pudiera desarrollar una función crítica y argumentativa. Sin embargo, tiene una capacidad limitada a la hora de conformar un “canon de bienes jurídicos” cerrado y consistente, “Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten”, pág. 132. Sobre la necesidad del cambio de la perspectiva estrictamente individualista que tradicionalmente ha informado al Derecho penal Stratenwerth, G., “Zukunftssicherung...”, pág. 689 y ss, especialmente 691 y 694; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 319.

<sup>172</sup> Sobre las obligaciones constitucionales (expresas y tácitas) de proteger penalmente bienes jurídicos colectivos vid. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 60-77.

<sup>173</sup> Acale Sánchez, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 182 y s, se manifiesta a favor de la autonomía de los intereses colectivos con respecto a los individuales; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 33 y s.

<sup>174</sup> Hay dos titulares de los bienes jurídicos: individuo y sociedad, de manera que los bienes individuales y colectivos son categorías independientes. Vid. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 84; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 34.

<sup>175</sup> Existe un único titular (el individuo o la sociedad) al que se subordinan todos los bienes jurídicos: la existencia de un bien se condiciona a su vinculación a un individuo concreto o a la comunidad.

Vid. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 85; García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, pág. 87 y s.

<sup>176</sup> A favor de esta subordinación: de lo colectivo a lo individual Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 231 y ss; el mismo, “Grundlinien...”, pág. 92 y ss; el mismo, Hassemer, W., “Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts”, pág. 383, en donde mantiene que los bienes colectivos deben ser funcionalizados por los individuales; Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 62; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 61; Portilla, G., “Principio de intervención mínima...”, pág. 745 y s; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 292; Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 479; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 74-76; Alcácer Guirao, R., “La protección del futuro y los daños cumulativos”, pág. 29; Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, pág. 164 y s. Bustos Ramírez, J., “Los bienes jurídicos colectivos”, pág. 159, que aunque señala que los bienes jurídicos colectivos tienen un carácter *complementario* con respecto a los individuales luego insiste en la autonomía en la configuración de los delitos que protegen los bienes colectivos (no tienen relación con un bien individual trascendente); en la misma línea de Bustos, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 69, que sin embargo, no establece esa autonomía, sino que recoge las dos posibilidades: los tipos son lesiones de bienes jurídicos colectivos y puestas en peligro de bienes individuales. En el mismo sentido de la última autora Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 71-75. De lo individual a lo colectivo Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pág. 388 y ss.



cuenta la perspectiva individualista o la colectivista<sup>177</sup>, ya que el dominio absoluto de una de ellas traería consecuencias insoportables.

Así pues, el uso de los criterios suministrados por una perspectiva individualista, y en un plano estrictamente penal, conduce a la absoluta disposición personal del bien jurídico colectivo, «que de esta forma vuelve a ser individual»<sup>178</sup>. Los bienes jurídicos colectivos, por ejemplo la «salud pública» serían inimaginables<sup>179</sup> porque no serían sino la formulación colectiva de bienes que en la práctica funcionarían como si fueran individuales; su titular sería siempre un sujeto investido del derecho a disponer del interés a su antojo<sup>180</sup>. Lo mismo sucedería con la seguridad laboral, el medio ambiente<sup>181</sup> o la seguridad en el tráfico: si la titularidad es individual, ¿cada sujeto tiene derecho a poner en peligro su vida con una conducción temeraria? El bien jurídico colectivo garantiza la pertenencia a todos por igual, y la imposibilidad de libre disposición<sup>182</sup>. Además, si un interés colectivo sólo es digno de protección porque sea, por ejemplo, una condición de la existencia de un individuo se está afirmando indirectamente que el interés en cuestión sólo será tutelado penalmente porque posee ciertas cuotas de individualidad. El resto de los supuestos, en donde no hay rastro claro de individualidad

<sup>177</sup> De forma parecida Stratenwerth, G., "Zukunftsicherung...", pág. 692; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 319. Stratenwerth se declara a favor de un Derecho penal situado en una posición intermedia y conciliadora de funcionalismo e individualismo metodológico, "Zukunftsicherung...", pág. 680 y ss, 693 y s. López Calera, aunque comparta «...la tesis liberal de que **los derechos colectivos se justifican por los derechos individuales**» (pág. 41, negrita original), reconoce que derechos colectivos existen y que su aceptación forma un "tercer espacio" (término que toma a su vez de Freemann, M., "Are there Collective Human Rights?", en *Political Studies*, 1995, XLII, pág. 40), entre posiciones individualistas y colectivistas que impiden radicalizaciones teóricas y prácticas de estas teorías, "Sobre los derechos colectivos", pág. 46.

<sup>178</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 182. Un ejemplo de ello lo encontramos en Maqueda. Cuando esta autora establece que toda conducta debe contener una «seria posibilidad o alta probabilidad» de producción de un daño para el bien jurídico, considera que en lo que respecta a los bienes colectivos el problema se halla en «la determinación del grado de proximidad a la perturbación de esos intereses (scil. individuales) subyacentes que se requiere en cada caso por el legislador para dar por consumado el delito», Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 493. Cuando la lesividad se determinar en función del interés individual que subyace, ya no tiene sentido hablar de bien jurídico colectivo porque el objeto material del éste es individual.

<sup>179</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Delikt Vorbereitung* pág. 33.

<sup>180</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Delikt Vorbereitung*, pág. 33.

<sup>181</sup> Müller-Tuckfeld defiende que una teoría «monista-personal» que vincula el bien jurídico medio ambiente a la protección de la vida y salud del hombre sería insostenibles porque el Derecho penal ambiental resultante acabaría «reduciéndose a casos particulares de formas de comisión de los delitos clásicos (por ejemplo, § 223). Como rara vez se presentan modalidades de comisión subsumibles en los delitos clásicos, el Derecho penal ambiental iría a menos hasta devenir irrelevante en la práctica», Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 509.

<sup>182</sup> En estos casos el consentimiento del particular perjudicado por la acción del autor no actúa como causa de justificación porque el titular del bien jurídico no es el individuo concreto afectado sino la comunidad en su conjunto, que es la única que puede consentir, Segura García, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, pág. 125 y s, que insiste siguiendo a Mantovani (*Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1992, pág. 262) en que son indisponibles los bienes que pertenecen al (1) Estado (p.e. administración pública), a (2) la colectividad no personificada (medio ambiente) y a la (3) familia, op. cit. pág. 126. Sobre la necesidad de vincular el bien jurídico a un sujeto y la relevancia del consentimiento como causa de justificación vid. Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 64.

–otro problema es si el criterio para fijar esa conexión con el individuo es arbitrario y no permite solucionar casos límite– no serían dignos de amparo: el orden Público, la seguridad interior del Estado, el orden económico, la ordenación del territorio, la eficacia de la Administración entre otros<sup>183</sup>.

Ahora bien, un enfoque colectivista moderado provocaría de igual manera unas consecuencias indeseables. El individuo no podría disponer nunca de sus bienes<sup>184</sup>, por ejemplo de su vida o integridad física, en la medida en que no le pertenecen: su limitación o destrucción representarían una pérdida de capacidad de participación en la vida social<sup>185</sup>. Igualmente, el sujeto cuya vida carece de utilidad no tendría que ser

<sup>183</sup> En contra de la protección de estos intereses entre otros motivos por la falta de conexión directa o indirecta con un individuo Portilla, G., "Principio de intervención mínima...", pág. 745; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 95.

<sup>184</sup> Segura García reconoce que hay ciertos bienes jurídicos individuales que son disponibles parcialmente (p.e. vida y salud), «...supuestos en los que el consentimiento del lesionado sólo hace desaparecer, parcialmente, el contenido del injusto que el hecho supone, pues *subsiste la lesión del interés general al mantenimiento de dicho bien jurídico*» (cursiva mía), *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, pág. 129 y s.

<sup>185</sup> Basándose en ese mismo criterio tendríamos que negar el derecho a la autolesión que supone el consumo de estupefacientes. Ahora bien, que tales conductas no se deban castigar penalmente no viene determinado por el hecho cierto de que el sujeto puede disponer de la salud pública en su vertiente individual como quiera, sino por que la autointoxicación no es alcanzada por el interés salud pública. El consumo propio y la compra para ese fin no es una forma de lesión de la salud pública, salvo que se considere que la adquisición del estupefaciente fomenta el mercado del producto, favorece el tráfico y por ello pueda ser reconducida al art. 368 CP (de forma parecida justifica el BverfG la punición de la adquisición para consumo propio porque «es constitutiva del mercado ilegal de la droga en la medida en que alimenta la demanda», BverfG., StV, 1994, pág. 300; citado por Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 76; vid. Nehm, Kay, *Straflose Straftaten?*, pág. 14; Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, pág. 260 y s). En este caso, supuesto de delito acumulativo, se defiende que el injusto no estaría determinado por la vulneración de un bien jurídico sino por las consecuencias negativas que la desobediencia en masa de una norma de naturaleza administrativa provoca. Esto obliga a castigar por razones preventivas su incumplimiento, Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 76 y s. Lo cual representa una infracción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos por el Derecho penal (Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 77) y de los principios de ofensividad y de culpabilidad (Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 513, crítica que el autor vierte con motivo de la aparición de los delitos acumulativos en Derecho penal ambiental). El individuo como titular individual que puede disponer de su vida o integridad física está autorizado para decidir si se mata o se lesiona mediante la intoxicación conocida y querida: «Las medidas coactivas de duración prolongada (así la pena), como protección de los hombres contra sí mismos, sólo son legítimas allá donde falta la capacidad para un ejercicio responsable de la libertad en tanto que derecho fundamental. El impedir las puestas en peligro de terceros consistentes en el consumo de estos terceros es, por consiguiente, una finalidad de la pena de carácter ilegítimo y no constituye puesta en peligro alguna de bienes jurídicos ajenos, pues el consumo es una conducta que, en tanto que ejercicio de un derecho fundamental, no cae dentro del ámbito de protección penal. Del mismo modo que el poseedor de droga no puede ser castigado por el hecho de consumirla, por ser esta conducta expresión de su libertad de acción, tampoco puede serlo por el hecho de que pueda llegar a suministrarla a otro», Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 75. «...sólo es legítima la penalización de la entrega de estupefacientes a aquellas personas que no son capaces de un consentimiento plenamente responsable en relación con el riesgo vinculado al consumo», Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", nota 55; Köhler, M., "Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht", pág. 35-37; Díez Ripollés, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, pág. 130 (que considera podría existir un control penal de los requisitos administrativos de la producción, venta y calidad de las drogas, cuyo tráfico sería impune cuando se lleve a cabo entre adultos libres, op. cit. pág. 129 y s).

protegido<sup>186</sup>. Degradación, por consiguiente, del ciudadano que se convierte en un simple objeto al servicio de la sociedad<sup>187</sup>. Un enfoque colectivo que autoriza la represión de ciertos comportamientos porque sea una medida útil para la mayoría de la sociedad no sólo no rechaza el sacrificio de personas en beneficio de la comunidad, sino que tal medida se considera un instrumento válido al servicio de la *integración social*<sup>188</sup>.

Una vez que he determinado que existen intereses colectivos y que estos deben ser penalmente amparados de forma autónoma y no sometidos a la perspectiva individual, a continuación, y de vuelta a la cuestión que planteé inicialmente, defiendo que la protección de estos intereses colectivos no trae consigo de forma necesaria una necesaria anticipación de la tutela penal.

Por un lado, porque aunque haya comportamientos que al mismo tiempo contengan una capacidad lesiva suficiente en relación con un bien jurídico colectivo y una lesividad mínima en consideración a un bien jurídico individual trascendente, no se puede afirmar con carácter general que el bien jurídico colectivo suponga una coartada que legitime la infracción del principio de ofensividad. El bien jurídico define la peligrosidad de una conducta. Así, de igual modo que la supresión de ofendículas (muerte del perro que guarda la casa) puede ser una preparación (homicidio), un inicio de la ejecución (robo), o una consumación (falta del art. 632 CP) en función del plan del autor y de la conducta típica de referencia, adulterar alimentos puede ser un acto preparatorio de un homicidio o una tentativa de lesión de la salud pública (autónomamente tipificada como delito de tentativa o peligro concreto en el art. 364.1 CP). Cuando se trata de bienes jurídicos colectivos la cuestión consiste en determinar si la descripción típica se refiere a una conducta que representa una lesión o puesta en peligro de ese bien. Ahora bien, la llamada a un interés colectivo sí actuará como coartada legitimadora cuando ese bien jurídico colectivo protegido no exista o se trate de un bien jurídico secundario impropio,

<sup>186</sup> Resulta contradictorio que desde una perspectiva individualista se niegue la validez del consentimiento libremente otorgado de aquél que solicita a otro que acabe con su vida (Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, pág. 66) pues parece que saltan en este punto a la posición opuesta, colectivista.

<sup>187</sup> Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 228; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidonea*, pág. 56 y s; Bustos Ramírez, J., "El estado actual en el Derecho penal", pág. 63: «... el sistema lo es todo, la persona no es nada, sólo existe en tanto y cuanto es parte u objeto del sistema, el reconocimiento de sus derechos es insito o inmanente al sistema, en cuanto es parte de él». Roxin, C., "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", pág. 77. Baratta, A., "Integración-prevención...", defiende que el individuo es instrumentado desde una perspectiva sistémica, que se convierte «(...)en el soporte psico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento», pág. 550. Vuelve a surgir la figura psicoanalítica del "chivo expiatorio", pero con fines distintos y con un lenguaje mucho más abstracto, pág. 550. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 87.

<sup>188</sup> Así lo reconoce Amelung, *Rechtsgüterschutz...*, pág. 378, 387; Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 194. Amelung, posteriormente justifica porque no tendría lugar, no obstante, esta absoluta negación del individuo, (vid. op. cit., pág. 388 y s).

pues en esos casos no habrá objeto de tutela o este consistirá en una abstracción de otro (individual trascendente) que queda reformulado de tal forma que admite como lesiva cualquier conducta.

En este sentido sería correcta la crítica que defiende que no existe vinculación entre delito de peligro y bienes jurídicos definidos de modo tan amplio porque en tal caso semejantes bienes no pueden ser afectados, no pueden ser puestos en peligro y por ello se puede hablar de bienes jurídicos artificiales<sup>189</sup>. Pero la corrección de esta afirmación no se subordina al carácter colectivo del bien jurídico sino al hecho de que realmente no existe o es un mecanismo de abstracción del individual.

Si por el contrario existe realmente un interés colectivo (medio ambiente, salud pública), la crítica esbozada por los anteriores autores sería errónea. Primero, porque habría un bien jurídico dotado de un objeto de tutela. Segundo, porque incluso cuando se le achaque la ausencia de una determinación suficiente del objeto material del bien jurídico colectivo, esta mácula permitiría afirmar que cualquier conducta afecta a su difuso contenido. Si no se ha definido que es «salud pública» o «seguridad interior» ¿qué conducta no se va a poder definir como lesiva de un objeto de tutela indeterminado?

Por otro lado, la justificación en blanco que recibe el juez no se deriva de su carácter colectivo sino de la indeterminación y vaguedad del término utilizado para definir el bien jurídico que se tutela<sup>190</sup>, lo cual tendría que conducir de *lege ferenda* a exigir un mayor grado de determinación al legislador cuando se enfrente con los tipos que articulan estos intereses. Así mismo, se deriva de la remisión que contienen esos preceptos penales a otras leyes de distinta naturaleza (técnica de la ley penal en blanco) y que codeterminan el contenido de la conducta prohibida. La causa de la anticipación no sería la tutela de un interés colectivo sino el déficit de determinación que acompaña a estos bienes en la creación de los tipos que los recogen: los bienes jurídicos colectivos han sufrido un proceso de decoloración, «...se han diluido a menudo en conceptos generales demasiado vagos bajo la pluma de un legislador no asesorado...»<sup>191</sup>.

Este fenómeno se integra dentro de la inclinación que en la regulación penal actual existe a la flexibilización y degradación, especialmente en el ámbito del Derecho penal político: desprecio de la dimensión lesiva de la conducta intersubjetiva, imputación al sujeto de consecuencias muy alejadas de su hecho, limitación insuficiente del bien jurídico protegido (que así tiene un alcance ilimitado), construcción deficiente del tipo que se vincula a un problema de infracción del mandato de determinación<sup>192</sup>.

<sup>189</sup> Acale Sánchez, M., El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, pág. 192; Méndez Rodríguez, C., Los delitos de peligro, pág. 30 y s; Terradillos Basoco, J.M., "Peligro abstracto y garantías penales", pág. 76.

<sup>190</sup> En definitiva, es culpa del proceso de «desmaterialización» o «espiritualización» del concepto del bien jurídico, Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 381.

<sup>191</sup> Roxin, C., "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", pág. 92; Méndez Rodríguez, C., Los delitos de peligro, pág. 43; Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos", pág. 153, 158.

<sup>192</sup> Beck, W., *Vorfelddkriminalisierung...*, pág. 117 y s.

Como no queda claro cuáles son los contornos del bien protegido, toda conducta puede ser perseguida, o lo que es lo mismo, nada queda fuera del ámbito de la norma<sup>193</sup> (lo cual sucedería igualmente con bienes individuales con un grado parecido de indeterminación). Sin embargo, no se puede decir que con ello los bienes jurídicos colectivos estén justificando la persecución de los delitos de peligro abstracto.

Tenemos el bien jurídico Hacienda pública; aún siendo colectivo se recoge en un tipo que está perfectamente determinado (Art. 305 CP) tanto en las conductas (eludir pago de tributos, cantidades retenidas...obteniendo devoluciones o disfrutando de beneficios fiscales...), como en el grado de lesión relevante (...exceda de 90.151, 820 €...<sup>194</sup>). No me parece admisible una interpretación que permita la anticipación de la tutela penal aunque haya un bien jurídico colectivo. Ahora bien, supongamos que el art. 305 sólo dijera, como hace el art. 138 CP («el que matare a otro...»), «el que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local será castigado con...». La indeterminación del tipo es evidente y ello unido a la abstracción del objeto tutelado (Hacienda pública) permite casi todo: castigar al que defrauda 6 € pero también justificar la conducta del que defrauda 180.000 €. Además, autoriza cualquier forma de antelación de la tutela penal: podría ser incluido en el tipo actos previos a la evasión y que no siempre persiguen ese fin, como son las infracciones relativas a asientos contables, declaraciones y anotaciones<sup>195</sup>, o por ejemplo la propuesta a un sujeto de no entregar factura como una tentativa de fraude.

Esta infracción del principio de taxatividad se observa en el art. 159, que castiga a los que «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo». Así, aunque el tipo protege un bien jurídico colectivo (el patrimonio genético de la humanidad) la posibilidad de castigar toda clase de manipulación genética se deriva de la falta de determinación de la conducta típica. Esto se pretende corregir por la vía subjetiva («con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves»), pero de forma errónea pues olvida que hay otros fines legítimos no incluidos en el tipo que, por tanto, podrían ser perseguidos penalmente<sup>196</sup>.

Sin salir de esta línea crítica, y en el ámbito del medio ambiente, Frehsee destaca que es posible castigar todo y señala para ello que «...uno de los resultados significativos de la práctica judicial consiste en haber conseguido que el titular, cuyo perro ha dejado un montoncito, sea penalmente castigado por depósito de desechos peligrosos (§ 326 I Nr. 1 StGB)»<sup>197</sup>.

En resumen, como la mayoría de los tipos que protegen un bien jurídico colectivo presentan semejante vaguedad y déficit de determinación, se ha identificado, por un proceso metonímico, anticipación con bienes colectivos, cuando la relación se

<sup>193</sup> Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 101; Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381.

<sup>194</sup> Tema distinto es que el límite parezca demasiado alto para poder desarrollar el efecto intimidador deseado.

<sup>195</sup> Vid. Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 130.

<sup>196</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 271 y s.

<sup>197</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 19.



tendría que establecer entre anticipación e indeterminación. Sin embargo, ese error técnico en la construcción del tipo es el que hace posible la justificación de cualquier decisión penal (tanto la que anticipa como la que retrasa; semejantes tipos permiten tanto la inclusión de conductas muy lejanas a la lesión como la exclusión de aquellas que lesionan gravemente). De ahí que cuando se crean tipos que se corresponden con bienes jurídicos colectivos referidos a objetos que gozan de un alto grado de abstracción pese sobre el legislador un principio reforzado de determinación del tipo<sup>198</sup>: debe describir con mayor cuidado y precisión la conducta típica, pues en caso contrario autoriza la extensión del tipo, lo cual implica una infracción del principio de determinación<sup>199</sup> y de prohibición de analogía<sup>200</sup>. El interés debe estar definido de tal forma que los ataques a su integridad sean claramente hipotetizables y verificables<sup>201</sup>.

Otros autores han intentado superar estos problemas de indeterminación de los bienes jurídicos colectivos a través de la vinculación de los mismos a una puesta en peligro de bienes personales de referencia<sup>202</sup>.

No obstante, la vaguedad puede ser el objetivo buscado por el legislador, que precisamente pretende autorizar al juez para legislar: ello permite una respuesta rápida y autónoma ante nuevas formas de criminalización sin el largo proceso parlamentario, es decir, se evita un engorroso debate sobre el efectivo merecimiento de pena del comportamiento enjuiciado<sup>203</sup>. De ahí que Albrecht hable expresamente de la existencia de una *política criminal oculta*: «sin reformas legislativas se pueden

<sup>198</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 160; Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 17: «cuanto menor sea el grado de abstracción del bien jurídico que se pretende tutelar en el precepto correspondiente y mejor se concreten los precisos contornos del mismo, más fácil será determinar la lesividad o la peligrosidad de la conducta». El mandato especial de determinación no se deriva del hecho de que sean bienes colectivos, como afirma Hassemer ("Grundlinien...", pág. 92. ) sino de la vaguedad de su contenido. Por otro lado, no estoy de acuerdo con que las exigencias al mandato de determinación son directamente proporcionales a la gravedad de la sanción con que se amenaza (Tiedemann, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, pág. 46), deben ser iguales en todos los casos con independencia de la consecuencia jurídica aparejada pues del conocimiento de la norma y de su auténtico alcance dependerá la legitimidad de la sanción a un ciudadano que no la ha respetado.

<sup>199</sup> Principio de determinación que no sólo exige una precisión en la descripción típica de la conducta prohibida, así mismo requiere que el bien jurídico este determinado de tal manera que pueda ser reconocible, Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 35.

<sup>200</sup> En la práctica son principios vacíos porque no se han desarrollado criterios que permitan distinguir de una forma convincente un tipo determinado de uno indeterminado, o que limiten la legítima interpretación extensiva de la prohibida analogía, Müller-Dietz, H., "Gibt es Fortschritt im Strafrecht?", pág. 689.

<sup>201</sup> Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 134 y s.

<sup>202</sup> Vid. Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 41, 78-80.

<sup>203</sup> Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 220 y ss; similar Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 58 y s.

superar «discretamente» los problemas de capacidad del sistema de persecución penal y mantener la «contundencia general-preventiva del Derecho penal»<sup>204</sup>.

Esta expansión creciente del ámbito de arbitrariedad del juez refleja, además, y aunque puede parecer contradictorio, un proceso de pérdida de la independencia judicial. Jueces y magistrados disponen de este mayor poder de decisión, pero están vinculados al vaivén de la opinión del espectador mediático. En caso contrario, serán criticados y su labor puesta en entredicho. Con palabras de Naucke: «la independencia judicial es cosa pasada; los jueces no pueden evitar ser criticados si no dan con lo que está a la orden del día»<sup>205</sup>.

**Naucke**<sup>206</sup> insiste en que la jurisprudencia no desea un Derecho penal sometido de forma estricta al principio de legalidad porque ni es manejable, ni es aplicable a la realidad diaria: «(...) un Derecho penal que estuviera realmente atado a la ley no sería técnicamente realizable, y quizás tampoco deseable»<sup>207</sup>. Por consiguiente, se valora positivamente la creación de tipos vagos porque permiten el desarrollo de un Derecho penal que se puede adaptar a las nuevas situaciones que puedan aparecer<sup>208</sup>.

En conclusión, «el castigo penal sólo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad tanto del legislador en el proceso de creación de la norma, como la del juez en el de su aplicación»<sup>209</sup>.

#### c.1. El carácter relativo del término «delitos de peligro abstracto».

El bien jurídico fija el alcance máximo del injusto y establece en función de su objeto material lo que se va a considerar consumación del tipo, es decir, «el bien jurídico no reinterpreta ni corrige sino que define su peligro o su lesión»<sup>210</sup>. La configuración del bien jurídico protegido determina que comportamientos que representan una puesta en peligro de un determinado objeto de tutela sean

<sup>204</sup> Albrecht, P.A, *Kriminologie*, pág. 188.

<sup>205</sup> Naucke, W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad..." pág. 548.

<sup>206</sup> Que ya observaba en 1975 una tendencia hacia un Derecho penal impreciso, que infringía el principio de legalidad, Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 50-56.

<sup>207</sup> Naucke, "Der Zustand des Legalitätsprinzips", pág. 152. De forma parecida Schulz abunda en la cuestión y sostiene que ha habido un abandono del principio de legalidad clásico, «...garante de la protección de la confianza y la previsibilidad, según el cual todas las eventualidades ya están dadas en un inicio...» y ha sido sustituido por un principio «...más flexible y abierto al tiempo según el cual pueden sobrevenir nuevas contingencias», Schulz, L., "De la aceleración de las condiciones de vida", pág. 459.

<sup>208</sup> Naucke, "Der Zustand des Legalitätsprinzips", pág. 152; Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 382; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 134 y s.

<sup>209</sup> Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 33.

<sup>210</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 196 y s.

auténticas lesiones de otros bienes<sup>211</sup>. De este modo, hay preceptos penales que en relación con un bien jurídico son delitos de peligro, pero que en lo que respecta a otros bienes son una lesión y no una simple puesta en peligro, lo que excluye en esos casos la posibilidad de seguir utilizando la categoría «delitos de peligro» que, por consiguiente, tiene un carácter relativo. De ahí que «la afirmación de que estos delitos que protegen bienes colectivos son «delitos de peligro» sea matizable. Pues si bien en ellos la idea de peligro puede estar presente con relación a esos bienes jurídicos (scil. individuales) subyacentes, la conducta que altera su «seguridad», mejor, las condiciones imprescindibles para su disfrute, no es ya de peligro sino de lesión»<sup>212</sup>. Las cosas así, cualquier discusión sobre los delitos de peligro exige fijar el bien jurídico de referencia que es el que indica la consideración del tipo en función de su peligrosidad<sup>213</sup>.

El carácter relativo del «delito de peligro», en lo que atañe a los bienes jurídicos colectivos, obliga a realizar dos aclaraciones.

Por un lado, la configuración dependiente o autónoma del objeto de tutela del bien jurídico colectivo va a condicionar la presencia de un delito de peligro o un delito de lesión (o de peligro) respectivamente<sup>214</sup>. Así pues, si la configuración de ese objeto se subordina a intereses subjetivos o personales, entonces el comportamiento típico representa *una anticipación de la tutela de bienes jurídicos individuales* y la conducta típica será siempre un delito de peligro abstracto.

Además, desde este planteamiento surgen numerosas dificultades a la hora de fijar la relación causal entre la conducta inicial y la efectiva lesión de esos bienes individuales.

Sin embargo, cuando se configura el objeto de tutela del bien jurídico colectivo de forma autónoma y se considera que la conducta descrita típicamente representa una lesión relevante de ese bien colectivo ya no tiene porque haber un delito de peligro abstracto<sup>215</sup>. De este modo, el bien jurídico colectivo en ciertas ocasiones

<sup>211</sup> Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 11; Hormazábal Malarée, H., "Imputación objetiva y principio de lesividad", pág. 413; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 185.

<sup>212</sup> Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 492; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 42, que considera que no hay un delito preparatorio cuando se le otorga al tipo en cuestión un bien jurídico propio.

<sup>213</sup> Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 383; Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", pág. 183 y s; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 7 y s.

<sup>214</sup> Vid. Alcácer Guirao, R., "La protección del futuro y los daños cumulativos", pág. 5 y s; Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 383; Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos", pág. 160.

<sup>215</sup> Así lo indica Mata y Martín, que considera que en relación con dos bienes jurídicos distintos (colectivo/individual) no puede haber «un grado de peligrosidad equivalente» (Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 56-58), por ello defiende, en aquellos



permite definir comportamientos que serían de peligro en relación con un bien jurídico individual como una auténtica lesión<sup>216</sup>.

Por otro lado, puede que el comportamiento típico, con un bien jurídico colectivo autónomo de referencia, sea a pesar de todo un delito de peligro abstracto en relación con ese objeto independiente. Es decir, otra cuestión distinta es determinar si el comportamiento tipificado, aparte de que sea un delito de peligro abstracto en función a un posible bien jurídico individual de referencia, puede ser un delito de peligro abstracto o un delito de lesión en relación con un bien jurídico colectivo<sup>217</sup>. La solución de este problema se subordina a la forma de interpretar cuándo hay una lesión plena del objeto del bien jurídico colectivo.

Una concepción estricta que considera que esto únicamente acaece cuando hay un colapso pleno del bien jurídico conducirá a considerar que la mayoría de los tipos son de peligro abstracto<sup>218</sup>. Si el medio ambiente es plenamente lesionado cuando se ha acabado con el equilibrio de los sistemas naturales, cualquier comportamiento, por ejemplo el vertido aislado de una fábrica, sólo lo pondrá en peligro<sup>219</sup>. En definitiva, como la lesión no puede consumarse, todo será peligro, y con ello surge un debate sobre la relación de causalidad entre acción típica y lesión del bien jurídico colectivo<sup>220</sup>, y se plantea una discusión interminable sobre la legitimidad del recurso a ese instrumento penal para proteger esos bienes colectivos. Si, por el contrario, se mantiene una concepción amplia que defiende que cualquier perturbación representa una lesión del bien jurídico, se produce el fenómeno contrario. Cualquier comportamiento, por nimio que sea, ya no sólo el vertido de antes sino, por ejemplo, tirar un papel al suelo, sería una lesión consumada.

---

supuestos en los que el tipo protege un bien jurídico intermedio o de referente individual, la presencia de delitos de lesión-peligro, o peligro-lesión (op. cit., pág. 58, 66, 76, 85).

<sup>216</sup> De forma parecida, García Rivas, N., *Delito ecológico*, pág. 114, 118 y s; Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos", pág. 160; Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 492.

<sup>217</sup> Aunque Pérez del Valle considera que los delitos relativos al medio ambiente son de peligro abstracto, reconoce que pueden darse «también tipos de resultado o de lesión», Pérez del Valle, C., "Sociedad de riesgos y Derecho penal", pág. 76.

<sup>218</sup> Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?", pág. 5.

<sup>219</sup> Ejemplo que utiliza Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?", pág. 5.

<sup>220</sup> Lo cual va acompañado de la exigencia lógica de la explicación de cómo se conectan causalmente acción típica y bien jurídico, Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?", pág. 11. Paredes Castañón, J.M., "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»", marg. 221, que sostiene que una causalidad mecanicista no alcanza a explicar «los fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal» que tiene lugar con relación a estos bienes. En definitiva ha tenido un lugar la sustitución de la *causalidad en sentido ontológico* por otra que tiene un *sentido jurídico*, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 150.

En este último sentido la indeterminación del objeto de la protección permitiría, por ejemplo, castigar el consumo de azúcar en función de los daños que provoca en la salud y los componentes socialmente dañinos<sup>221</sup>. Una conducta sería penalmente relevante porque atenta contra un bien jurídico, pero sólo porque no queda claro cuál es el bien, el objeto digno de protección<sup>222</sup>. Con ello, «se acaba, pues, favoreciendo la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertrófica»<sup>223</sup>.

Curiosamente, desde ambos planteamientos se difuminan las diferencias existentes entre las formas de participación en el delito y entre las fases del *iter criminis*. Esto es obvio en el segundo supuesto por la amplitud del objeto tutelado, y se produce sutilmente en el primero: se define cualquier comportamiento que perturbe el bien jurídico como formas de peligro en abstracto aunque dentro de este grupo el grado de peligrosidad sea distinto en cada una de ellas<sup>224</sup>. Y es que no es lo mismo sacar un producto nocivo para la salud pública al mercado que fabricarlo o proporcionar los medios para ello. En suma, otro de los problemas anejos a los bienes jurídicos colectivos es la dificultad de fijación del momento en que hay una lesión de su objeto material.

Ahora bien, aunque los bienes jurídicos colectivos no pueden ser lesionados plenamente en un sentido estricto, ello tampoco puede ocultar que muchos comportamientos son tentativas de lesión con diferente grado de peligrosidad entre sí. Además, también olvida que otras conductas son preparaciones o participaciones (e incluso tentativas de participación) en esas tentativas<sup>225</sup>, ya que todas ellas son recogidas en *tipos sacco* que impiden apreciar esas diferencias cualitativas y

<sup>221</sup> Böllinger, L., "Grenzenloses symbolisches Strafrecht", pág. 409 y s.

<sup>222</sup> Sobre la puerta abierta a una legitimación del castigo de cualquier comportamiento que representan los bienes jurídicos universales vid. Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484, el cual lo achaca más al carácter colectivo del bien jurídico que a su vaguedad e indeterminación. Insiste en que la falta de claridad en la determinación del objeto de tutela dificulta determinar si estamos ante delitos de peligro o abstractos, e incluso permite afirmar ambas según el interés que se diga que se protege, Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 14 y s.

<sup>223</sup> Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 121.

<sup>224</sup> Respecto a la desaparición de las diferencias entre formas de intervención propias de un sistema de participación, Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 570-72.

«Dicho de una forma más exacta, la posibilidad de distinguir autoría y participación depende del grado de abstracción del bien jurídico», Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 572. El recurso a bienes jurídicos colectivos de contornos imprecisos «debilita lentamente la diferencia entre delitos de lesión y actos preparatorios punibles...», Hirsch, H.-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 381.

<sup>225</sup> Así, Acale Sánchez considera que la ejecución de actos de cultivo y de elaboración «se encuentra en un lugar mucho más lejano que el tráfico en relación con la puesta en peligro del bien jurídico salud pública: esto es, el peligro abstracto exigido por el tipo es más abstracto todavía en el cultivo que en los actos de tráfico», Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, pág. 38 y s.

cuantitativas. En relación con los bienes jurídicos colectivos en un sentido estricto todo el peligro es abstracto, no hay lesiones, ni puestas en peligro concreto. De este modo surge una especie de concepto unitario de autor que recoge como modo de autoría cualquier aportación causal que contribuya en la perturbación del bien jurídico colectivo. Para evitar esta confusión que puede plantear posible infracciones del principio de culpabilidad y proporcionalidad, entiendo que hay que «ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquellas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos»<sup>226</sup>. Una vez elegidas esas conductas habrá que determinar de entre todas ellas y para cada bien jurídico colectivo qué se entiende por lesión del mismo<sup>227</sup>, aun sabiendo que ello no representa su pleno colapso aunque sí su *menoscabo*<sup>228</sup>. La solución en estos casos es, a partir de una posición estricta, determinar normativamente qué conducta peligrosa va a ser considerada el injusto máximo en relación con ese bien jurídico colectivo. Es decir, aunque no se pueda lesionar plenamente el bien protegido si se puede fijar *ex ante* qué conductas son una lesión a efectos normativos, lo cual permitiría establecer igualmente el *iter criminis* de estos delitos y una imposición de la pena de acuerdo a la cuantía de su injusto. Por ejemplo, se puede sostener que la salud pública se lesiona plenamente cuando se saca un producto nocivo al mercado. La posesión y la fabricación podrían ser: formas de tentativa y preparación si son realizadas por el mismo sujeto, de complicidad si son efectuadas por un tercero, delitos de tentativa (o delito de peligro concreto o abstracto) o de preparación (delito de peligro abstracto) si se prevén en el Código tipos autónomos.

Por consiguiente, creo que es mejor concentrar la discusión en la obligación de fijar cuándo hay (en un sentido normativo) una lesión del bien jurídico colectivo que nos permita aplicar la teoría de la tentativa y participación de modo adecuado a esos

<sup>226</sup> Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?", pág. 5.

<sup>227</sup> «... reconocer plenamente la entidad propia que han alcanzado ya hoy los bienes jurídicos que antes denominé «funcionales» (scil. por ejemplo medio ambiente) y tipificar como auténticos delitos de lesión los más graves atentados a los mismos», Paredes Castañón, J.M., "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»", marg. 220.

<sup>228</sup> García Rivas sostiene que la lesión de un bien jurídico puede ser tanto su *destrucción* como su *menoscabo* (*Delito ecológico*, pág. 119), y en concreto mantiene que «en los casos en que el interés protegido tenga naturaleza supraindividual... lo que en realidad tipifica el legislador son *micro-lesiones* de un bien jurídico cuya magnitud no permite detectar la lesión mediante acciones aisladas, siendo sólo una suma de ellas la que podría dar lugar a esa lesión», op. cit., pág. 118 (cursiva original). Corcoy defiende que en relación con los bienes jurídicos individuales ««lesión» no puede confundirse con «destrucción», sino que equivale a «afectación»», Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, pág. 234. Hirsch considera que a pesar de la dimensión enorme de los bienes jurídicos colectivos su determinación «se debe dirigir a poner la vista sobre cada bien *concreto*, sobre cada objeto concreto de la protección, es decir, por ejemplo sobre un determinado ámbito hídrico en su estado ecológico apropiado», "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 384.

bienes. Y así, salvaguardar el principio de proporcionalidad y culpabilidad en la medida en que la posibilidad de distinguir entre fases del *iter criminis* y formas de participación permita dejar de sancionar de igual forma comportamientos que cuantitativamente y cualitativamente no son idénticos.

### C. LAS TENTATIVAS DE PARTICIPACIÓN.

También hay anticipación de la tutela penal cuando se persiguen conductas que representan una fase del *iter criminis* de la participación anterior a su consumación. Obviamente, ello dependerá de la existencia de un sistema dual y de lo que se entienda por accesoriedad.

Si nos encontramos sitios en un modelo unitario, que considera que toda aportación causal al delito es una forma de autoría, no sería necesario realizar esta precisión pues la colaboración o la inducción se incluirían en el concepto de autor y sus tentativas se situarían dentro de la problemática general de la concepción del injusto esbozada anteriormente<sup>229</sup>. Si, por el contrario, se opta por un sistema dual o diferenciador que distingue entre autoría y participación, la anticipación de la intervención penal se subordina a la definición del injusto de la participación que sea dominante.

En el supuesto de que se mantenga que el injusto de la participación se consuma con la práctica de la conducta de favorecimiento o con la creación de la resolución delictiva deseada, con independencia de la conducta del autor principal, sólo se podrá hablar de anticipación cuando se permita la punición de tentativas de participación que no han conseguido el resultado primero o propio de la conducta del partícipe. Incluso si la punibilidad se hace depender de la conducta principal (accesoriedad estricta formal) no habría anticipación porque el núcleo del injusto del partícipe viene subordinado exclusivamente al resultado de la participación y no a un comportamiento posterior dotado de unas características normativas concretas que sólo ha condicionado su punibilidad y no su injusto.

Distinto es el caso, si se defiende que una parte del injusto del partícipe está subordinada a un comportamiento principal (accesoriedad estricta material). La sanción tanto de formas de participación que no hayan alcanzado el resultado primero como de aquellas otras que no vayan seguidas del segundo resultado (la realización por parte del autor principal de un comportamiento con unas características normativas concretas) representará una antelación de la tutela penal. A su vez,

<sup>229</sup> Ahora bien, con las peculiaridades propias del concepto unitario de autor. Vid. cuarta parte, pág. 449 y ss.

según las exigencias de tipo normativo que tenga que reunir la acción principal habrá una reducción o una ampliación del ámbito de la anticipación, pues será más fácil o complicada respectivamente la consumación del injusto de la participación.

Por ejemplo, cuando se defienda una accesoriadad estricta material máxima, la tentativa de participación (y por tanto los supuestos de antelación de la tutela) se extiende hasta la culpabilidad. Es decir, la consumación de la conducta del partícipe se difiere hasta que no haya una conducta típica, antijurídica y culpable del autor principal.

### III. CONCLUSIONES.

Como he indicado, el concepto de anticipación de la tutela penal es relativo y depende de varios factores. Así, no es posible hablar de *anticipación* cuando el fin del derecho no sea la protección de bienes jurídicos, puesto que la respuesta penal se subordina a la presencia de un tipo infringido (vulneración de la vigencia de la norma, infracción de un deber en sentido amplio), con independencia del contenido material del mismo. Por último, una concepción unitaria del autor también reduce las extensión de la *anticipación* al abarcar como formas de tentativas de autoría las tentativas de participación<sup>230</sup>.

Por consiguiente, la antelación de la intervención punitiva está conectada con la idea de protección de bienes jurídicos individuales y colectivos como fin del Derecho penal y con una construcción del injusto que tiene en cuenta elementos objetivos. Ahora bien, conviene reparar en que el injusto originario no puede ser entendido de una forma tan estricta que sólo incluya supuestos de lesión consumada, pues consideraría a las tentativas y de forma amplia todos los supuestos de peligro concreto como antelaciones.

El concepto utilizado en Alemania para referirse a este fenómeno es «Vorfeldkriminalisierung». Con el se hace referencia principalmente a la punición de los comportamientos que se hallan sitos en una fase previa a la lesión del bien jurídico<sup>231</sup>.

De ahí que, y de conformidad con la concepción del injusto centrada en el desvalor de la acción e incrementada por el desvalor del resultado que definiendo, se pueda mantener que *anticipación de la tutela equivale a criminalización de ámbitos previos a la lesión o la concreta puesta en peligro del bien jurídico*<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> Tampoco habrá *anticipación* cuando se construye el injusto desde una perspectiva exclusivamente subjetiva pues el núcleo básico del Derecho penal que resulta de esa concepción permite incluir cualquier comportamiento que manifiesta una voluntad contraria a la norma de determinación.

<sup>231</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung...*, pág. 21 y s, 29.

<sup>232</sup> Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 221; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 139; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 167 y s.

No obstante, de nuevo hay que tener en cuenta que para que haya *anticipación* se debe definir el bien jurídico en un sentido material y determinar de modo suficiente sus contornos. La inmaterialización del objeto de tutela, su abstracción a través de conceptos interpuestos o su vaguedad e indeterminación permite considerar que no hay anticipación, ya que la amplitud del objeto de tutela resultante provoca que cualquier comportamiento sea un modo de lesión punible. Este resultado, sin embargo, se consigue a través de la redefinición formal de los términos en liza.

Por último, he de volver a insistir en que la anticipación, así definida, ha sido un fenómeno que ha estado unido al Derecho penal de modo más o menos intenso en todas las etapas de su evolución histórica como muestra la constante persecución de la apología y la tentativa de inducción, si esta tendencia se ha intensificado en las últimas décadas.

## Capitulo II

# La anticipación de la Tutela Penal y las funciones del Derecho Penal



## I. INTRODUCCIÓN.

La antelación de la tutela penal implica la introducción en los Códigos penales de preceptos que tienen por conducta típica formas de actuar que todavía no suponen una lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido. Cuando el legislador crea semejantes tipos busca mediante su existencia y la aplicación de la sanción que tiene aparejada la obtención de una serie de resultados en el entorno social, decisión subjetiva y de carácter axiológico que permite valorarlos «calificándolos como deseables o no deseables»<sup>233</sup>. Por consiguiente, el fenómeno de la anticipación no es gratuito, ni casual, sino que es la medida elegida por el legislador para la obtención de unos concretos efectos adecuados a los fines perseguidos por la intervención penal.

El Derecho penal tiene como fin principal el mantenimiento de la estabilidad de la sociedad a través de la protección de bienes jurídicos<sup>234</sup>. Ello se consigue reaccionando frente a la vulneración de un bien jurídico con la intención de prevenir la futura comisión de otros delitos que represente la lesión de otros bienes tutelados<sup>235</sup>. El sentido de la pena no es la realización de la justicia sino la protección de la sociedad evitando la futura práctica de ataques relevantes a bienes penalmente amparados. Sin entrar a estudiar todas las formas de prevención existentes, labor que excede los límites de este trabajo, debo señalar que ese fin preventivo se puede obtener no sólo reaccionando frente a lesiones del interés tutelado, sino en una fase previa, antes de que esto tenga lugar. El principal objetivo de ese adelantamiento de la actuación penal es evitar la lesión de un bien jurídico.

---

<sup>233</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 182; Cid/Moreso, "Derecho penal y filosofía analítica", pág. 157 y s. Sobre la distinción entre fin y función vid. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 298 y s; Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 181 y s.

<sup>234</sup> «El *ius puniendi* se legitima y limita mediante el ejercicio de una función protectora de la sociedad...», Gómez Benítez, J.M., "La teoría del «bien jurídico»", pág. 32 (cursiva original).

<sup>235</sup> Ahora bien, tal y como acertadamente me he indicó el profesor Ortiz de Urbina en una conversación privada no existe una relación jerárquica de medio a fin entre la pena y el Derecho penal (como propone Alcácer Guirao, R., *Los fines del Derecho Penal*, pág. 19), sino que es el Derecho penal el que está en una relación de medio a fin con la política-criminal.

No obstante, muchos de esos tipos pretenden igualmente servir al fin estabilizador-preventivo de un modo diferente, asumiendo competencias generales de organización social: educar al destinatario en el respeto a los valores sociales dominantes, transmitir la impresión de haber solucionado el conflicto social, reformular individualmente la responsabilidad del colectivo, satisfacer de deseos colectivos de venganza, reestablecer la confianza en la vigencia de la norma<sup>236</sup>.

Nos encontramos con tipos penales que pretenden desarrollar tanto el efecto social proclamado por el legislador -normalmente preventivo, que no siempre se alcanza- que se denomina función manifiesta, como otro efecto social que no había sido previsto, o simplemente no había sido declarado, su función latente<sup>237</sup>. De este modo la actividad legislativa se orienta a la satisfacción de unos fines que no son expuestos por el legislador que recurre a una coartada para justificar una función de ocultación<sup>238</sup>. Función de ocultación que, en ocasiones, oculta profundas desigualdades estructurales<sup>239</sup>.

Esto es lo que ocurre de forma extrema con la legislación penal simbólica y de formas moderada con ciertos tipos que sólo satisfacen parte de su función preventiva manifiesta. Así, por ejemplo todo tipo penal tiene un efecto verificable: a capa precepto penal va unido un adelantamiento legítimo de la actividad procesal (función latente). La existencia de una conducta tipificada permite utilizar medios de investigación cuando existe una sospecha de que alguien pueda estar realizando tal acción. El problema reside en que cuando el tipo no es judicialmente aplicable o sólo en situaciones muy concretas se convierten en coartadas para vigilar a sujetos o grupos que son incómodos para el ejecutivo y que no han realizado ninguna conducta punible sino que sólo llevan a cabo comportamientos que se pueden presentar como un indicio muy lejano de conducta típica. En conclusión «la norma penal moderna no se orienta a la punición sino a la

<sup>236</sup> Consideran que han aparecido «nuevas» funciones, a saber, la «función educadora», y especialmente la de «control social» Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 104; Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung...*, pág. 26 y s. Silva Sánchez también destaca la existencia de ciertas funciones o efectos empíricos de la pena: ético-social, simbólica, satisfacción de necesidades de psicología social, *Aproximación*, pág. 298 y ss. Terradillos señala la presencia de tres funciones (crítico con las dos últimas) en el Derecho Penal: instrumental, simbólica (soluciones aparentes que evitan adoptar medidas de política social, refuerzo de valores), ideológica (proteger los intereses y la concepción del mundo de los grupos hegemónicos), Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", pág. 10-14. Seelmann sostiene que la pena no sólo restituye los daños materiales causados, además, restaura el Derecho, refuerza la expectativa defraudada, ect., Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 465.

<sup>237</sup> En la distinción entre funciones manifiestas y latentes sigo a Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 160.

<sup>238</sup> Insiste en la idea de *engaño* cuando domina la función latente, Hassemer, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", pág. 30.

Silva considera que tales «funciones o efectos empíricos del Derecho penal han de quedar fuera de toda teoría del legitimación del mismo», Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 299.

<sup>239</sup> Vid. Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 161-4; García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 42: «ni la función *simbólica*, ni la *promocional* justifican por sí solas la intervención del Derecho Penal. Se trata de efectos colaterales, secundarios, oportunistas ajenos a la misión propia y específica de éste. Porque la pena no es un bálsamo tranquilizador de pedagogía político-social, de socialización, de civilización, ni un sutil instrumento de integración social; sino un medio necesario que se legitima por su exclusiva preordenación a la defensa de los bienes jurídicos más valiosos» (cursiva original).

apertura de amplios ámbitos de actuación ejecutiva» normalmente desarrollada por el fiscal y la policía<sup>240</sup>.

La asunción de un papel protagonista de las funciones latentes<sup>241</sup> manifiesta abiertamente que el Derecho penal es un instrumento mediante el cual se quiere modificar y reorientar la marcha de los procesos sociales. Dicho de otro modo, se intenta cambiar el rumbo de la comunidad a través de una amenaza punitiva<sup>242</sup>. El Derecho penal ha dejado de ser un mecanismo de control de la criminalidad individual<sup>243</sup>, ahora está al servicio de las necesidades sociales<sup>244</sup> (tiene como principal objetivo fijar los valores rectores de la sociedad, reducir el riesgo y transmitir seguridad<sup>245</sup>), es un instrumento más de la política interna<sup>246</sup> que asume un papel principal en los procesos de ordenación social: se transforma en el *sistema de organización social*<sup>247</sup>.

<sup>240</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 24 y s, el autor denomina tales tipos "Master-Strafnormen", pág. 23-25.

<sup>241</sup> Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 719; Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 225. Hassemer, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", pág. 30 que considera que Derecho penal simbólico es aquel en el que «las funciones latentes predominan sobre las manifiestas»; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 56. Más que un auténtico abandono de la misión tradicional, se puede afirmar que ha habido una superación de su función manifiesta por sus funciones tácitas. El efecto simbólico es propio de todo el Derecho penal, lo *negativo* es el predominio de lo latente, Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 56-58.

<sup>242</sup> Herzog, F., "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali...", pág. 105, que critica expresamente esta tendencia; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 167.

<sup>243</sup> La represión puntual es sustituida por una prevención global, Hassemer, W., *Einführung*, pág. 276; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 137; Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 183, 203; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 225 y s.

<sup>244</sup> Lüderssen, *Abschaffung der Strafe?*, pág. 196; Albrecht, K.A., *Kriminologie*, pág. 52.

<sup>245</sup> Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 54.

<sup>246</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrecht", pág. 381 (sus funciones se acercan y confunden con las del Derecho civil y administrativo, op. cit. pág. 381). Al respecto me parece necesario señalar que en la traducción del citado artículo al español, el término «Instrument der Innenpolitik» se traduce por «instrumento de una política de seguridad» (Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad*, pág. 56), lo cual me parece un error, pues no es lo mismo afirmar que el Derecho penal va a ser un instrumento de uso politizado, al servicio de las necesidades políticas, que sostener que va a ser el instrumento de una política de seguridad. Vid. Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 220; Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 265 y s; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, pág. 236 y ss; Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 13 («...superinstrumento de la política social y económica»), 15 y s.

<sup>247</sup> Hassemer, W., *Einführung*, pág. 275 y s; el mismo, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 486; de forma parecida Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 141; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, 172 y s; Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 202, 204; Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 36; Müller-Dietz, H., "Gibt es Fortschritt im Strafrecht", pág. 677 y s; Herzog, F., "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali...", pág. 105; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 228; Roxin, C., "La evolución del Derecho penal y la política criminal...", pág. 25.

Sobre el sostenido aumento de los instrumentos de control social en la evolución histórica del Derecho penal, vid. Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 22.

En ese caso, dentro de esa *normative Orientierungsfunktion* (función de orientación normativa) se puede también entender que el comportamiento delictivo ya *no sólo* sea el ataque contra determinados intereses o bienes jurídicos sino la simbólica puesta en cuestión de una norma que representa una forma general de orientación de las conductas<sup>248</sup> y que consagra los valores esenciales del sistema social. El delito, por consiguiente es una puesta en duda de la norma que orienta la conducta de todo agente social y que representa una negación de las condiciones de la comunidad<sup>249</sup>.

Las cosas así, la anticipación de la tutela penal tiene tres funciones, a saber, la preventiva (que se adecua al fin preventivo intimidador declarado del Derecho penal), la ideológica y la política (manifiestas o vinculadas a una idea de fin estabilizador/preventivo-integrador).

## II. LA DIMENSIÓN PREVENTIVA DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL: LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

La anticipación de la intervención penal quiere disminuir el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, obedece a **intereses preventivos**.

El Derecho penal es un mecanismo preventivo que permite reconocer anticipadamente y controlar peligros y amenazas al sistema<sup>250</sup>. La *modernidad* ha supuesto la introducción de un *programa de prevención de riesgos sociales*<sup>251</sup>, un *rearme preventivo* (*präventive Aufrüstung*<sup>252</sup>), es decir, un ascenso de las inquietudes preventivas, entendidas como minimización efectiva del riesgo de lesión mediante el aumento de la capacidad de reacción punitiva (material y procesal) ante cualquier amenaza al interés protegido.

Mediante el adelantamiento de las barreras del Derecho penal se busca una protección del bien jurídico más efectiva: cuanto más se adelante la intervención penal menor será la posibilidad de que se lesione el bien tutelado. Así por ejemplo, no son pocos los autores que defienden que los delitos de peligro abstracto consiguen una mejora

<sup>248</sup> Jakobs, G., *Fundamentos del Derecho penal*, pág. 103. Consideran que, por desgracia, sólo desde esta perspectiva se puede justificar la moderna política de orden público orientada a punir manifestaciones que puedan mermar la confianza en el Derecho, Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 107; Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", nota 65.

<sup>249</sup> Jakobs, G., *Norm, Person. Gesellschaft*, pág. 103 y ss; el mismo, *Sociedad, norma y persona...*, pág. 18. En esta última obra se aprecia una evolución, pues la conducta del infractor ya no sólo es la negación de la norma, además, representa un atentado contra sí y los demás en cuanto "personas", esto es, su infracción normativa niega la categoría de "persona" que le corresponde a él y al resto de los sujetos como miembros de la sociedad, op. cit. pág. 104.

<sup>250</sup> Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 225.

<sup>251</sup> Herzog, F., "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali...", pág. 107.

<sup>252</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 204.

en la protección del bien jurídico que debe ser positivamente valorada<sup>253</sup> o que los delitos preparatorios son supuestos de extensión de la punibilidad, necesarios porque son el único modo de garantizar una protección efectiva del bien jurídico<sup>254</sup>.

En la actualidad por tanto se sigue manteniendo una conexión con un interés tutelado, el cual legitima y determina la necesidad de intervención positiva del Estado pero la existencia de una lesión auténtica ha dejado de ser la medida de legitimación del *ius puniendi*.

### **1. La función positiva del bien jurídico: mandato de protección absoluta.**

El adelantamiento de la intervención punitiva se conecta necesariamente con la mutación de la función de control que el bien jurídico ejercía sobre el *ius puniendi* del Estado.

Una de las actividades más importantes que el bien jurídico desempeñaba era la de legitimar y limitar la actuación del legislador penal. Tradicionalmente se ha defendido que no *todo interés social puede tener la categoría de bien jurídico*<sup>255</sup>. Ahora bien, aunque normalmente el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*<sup>256</sup> afirmaba que éste concepto era un criterio válido para concretar la legitimidad de la intervención penal, ya que la ausencia de un bien con categoría jurídico penal conducía a la imposibilidad de penalizar una conducta, en la práctica esto no era cierto porque los criterios creados para fijar cuando un interés alcanzaba la categoría de bien jurídico penal eran ambiguos y dependían de decisiones previas entre varias alternativas de carácter filosófico, político, jurídico<sup>257</sup>. Por ejemplo había que decidir sobre la posibilidad de protección de intereses colectivos y el criterio de

<sup>253</sup> Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 286; Berz, *Tatbestandsverwirklichung*, pág. 60-62; Martin, J., *Strafbarkeit...*, pág. 76.

<sup>254</sup> Sonnen/Hansensiedler, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", pág. 18; Vogler, *LK10*, Rn. 7 vor § 22; Geppert, K., "Die Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)", pág. 547.

<sup>255</sup> Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", pág. 159; el mismo, *PG6*, 4/51; Portilla, G., "Principio de intervención mínima...", pág. 745 y s; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 90 y s; Lassak, K., "Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung", pág. 77; Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 33.

<sup>256</sup> Vid. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 268-278. Principio al que Santana Vega atribuye dos funciones: intrasistemáticas «de interpretación teleológica de los tipos, de ordenación y clasificación de los mismos y de medición o determinación de la pena» (*La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 42), extrasistemáticas «marcando los tipos que no protegen realmente bien jurídico-penal alguno o avisando de la necesidad de introducir dentro del catálogo legal otros» (op. cit., pág. 43). Funciones que se desarrollan respectivamente en el ámbito de la Dogmática penal y Política criminal, op. cit., pág. 42.

<sup>257</sup> Vid. Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de un bien jurídico o lesión de deber?*, pág. 24.

funcionalización de su tutela (individual o colectivo), sobre el papel que se le atribuye a los derechos fundamentales, sobre el concepto de persona manejado, etc. Por ello, si bien no niego que ciertos *intereses* podrían quedar apartados de la protección penal<sup>258</sup>, en la práctica no existe ningún criterio que permita fijar a priori con total claridad cuál va a ser el contenido de ese núcleo duro<sup>259</sup>.

Ahora bien, consciente de esta limitación, no creo que se deban abandonar los esfuerzos orientados a establecer un criterio de selección del ámbito de lo que pueda ser digno de tutela penal. Así, entiendo que la opción más correcta sería defender un procedimiento negativo de selección de bienes jurídicos tutelables. En este sentido se manifiesta el profesor **Portilla** para el cual «(...) es preferible establecer un método progresivo de minimización, por el que se establezca qué bienes jurídicos no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto en determinar cuáles son los intereses trascendentales para el Derecho penal, sino aquellos que en ningún caso merecen su defensa»<sup>260</sup>. Procedimiento negativo a su vez conectado con el texto constitucional, de modo que, como sostiene **Cuesta Pastor**<sup>261</sup>, no serían dignos de protección aquellos bienes jurídicos que no estén *integrados* o no sean *integrables* en la Constitución<sup>262</sup>, y respecto a estos últimos no sería legítimo utilizar ciertos instrumentos de anticipación de la tutela penal (delitos de peligro abstracto, delitos obstáculo). E igualmente vinculado a «los Derechos humanos y fundamentales, previamente reconocidos, que corresponden tanto a los ciudadanos como a los «no ciudadanos»»<sup>263</sup> como criterio de valoración del interés protegible, como base de

<sup>258</sup> Por ejemplo, la discrepancia ideológica, política o religiosa (Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 81), atentados contra la moral dominante (delitos de homosexualidad, prostitución, bigamia), los símbolos o emblemas del Estado (Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 55).

<sup>259</sup> Portilla, G., "Principio de intervención mínima...", pág. 724, 735. En esa línea Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 379; Koriath, "Zum Streit den Begriff des Rechtsguts", pág. 579 y s. Ejemplo de esa falta de claridad es la propuesta "individualista" que solicita la reducción de la protección penal a ciertos bienes de carácter individual pero con ello o bien olvida importantísimos bienes colectivos o bien los protege en la medida en que se destaca su relevancia como «condición esencial de la vida humana individual» lo cual no es un criterio fiable pues permite justificar o negar todo y no resuelven problemas como la titularidad del bien jurídico resultante.

<sup>260</sup> Portilla, G., "Principio de intervención mínima...", pág. 735.

<sup>261</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 14, 22, 112, 114-118.

<sup>262</sup> También se vincula a la Constitución como criterio para seleccionar los bienes jurídico-penales Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 43-52; Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", pág. 16 y s; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 92 y s; García Rivas, N., *Delito ecológico*, pág. 116 y s; Morales Prats, F., *QuinteroPG3*, pág. 288, que defiende un «concepto de *bien jurídico de corte sociológico y constitucionalmente orientado*» (cursiva original).

<sup>263</sup> Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 53. Bustos defiende que la referencia a la Constitución no puede cerrar el sistema en el sentido de hacer imposible la introducción de nuevos bienes. «... puede



referencia a la hora de comprobar la presencia de una relación social digna de tutela penal. No obstante, se objeta que la Constitución no recoge todos los valores de la sociedad, sino sólo los más importantes<sup>264</sup>, y que por ese motivo y para facilitar su posibilidad de adaptación a la evolución histórica de la sociedad los preceptos constitucionales son redactados de una forma amplia. Este carácter abierto de los preceptos Constitucionales esconde el peligro de «...relativizar la tabla de valores constitucionales y plegarla a tácticas políticas en relación con la política criminal»<sup>265</sup>, de modo que permitiría justificar mediante un pequeño esfuerzo motivador que la legislación penal creada es respetuosa con su contenido. Así, la Constitución, tal y como afirma **Silva Sánchez** en relación con las construcciones en el ámbito jurídico penal, «(...) en realidad, no constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de construcción dogmática de *lege lata*, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes»<sup>266</sup>. Ahora bien, aun reconociendo que existe ese peligro, no se puede olvidar que este carácter amplio de la Constitución garantiza la adaptación a los cambios sociales y la pervivencia del pluralismo social y político<sup>267</sup>. La vinculación con la Constitución nos permite excluir opciones de punición (aspecto estático), y además, posibilita la adaptación e introducción de nuevos objetos de tutela dentro del marco constitucional (aspecto dinámico), es decir, «permite que las disensiones sobre la ordenación de las nuevas realidades o el cambio de orientación en los viejos problemas se realice dentro de la Constitución, en un marco que incorpore la voluntad de mayoría y minorías»<sup>268</sup>.

El auténtico problema que oculta la subordinación del marco de tutela penal a la Constitución reside en que la fijación de un interés como objeto integrable en ella

---

surgir un bien jurídico que tenga como base referencial un derecho todavía no reconocido en la Constitución y que, sin embargo, ya aparece como constitutivo de una relación social concreta y, por tanto, como fundamental desde una perspectiva de profundización democrática del sistema», Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos", pág. 156 y s.

<sup>264</sup> «...de lo cual surge la duda acerca de cómo debe ser deducido un canon general del bien jurídico que marque con suficiente claridad cuáles son los hechos que, por su contenido, deben ser abarcados por el derecho penal», Hirsch, H.-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 377.

<sup>265</sup> Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1002 (que en esta afirmación se apoya en Bricola, F.R., *Teoria generale del reato*, en «Novísimo Digesto Italiano», 1974, pág. 17).

<sup>266</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, pág. 113; en el mismo sentido Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 35; Koriath, "Zum Streit um den Begriff des Rechtsgut", pág. 580.

<sup>267</sup> La creación de una Constitución cerrada, especialmente en lo que se refiere a los bienes jurídicos protegibles, tendría efectos negativos pues atentaría contra el pluralismo político y axiológico propio de una sociedad democrática (García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 51) y reduciría su capacidad de adaptación paralela a la evolución histórico-social.

<sup>268</sup> Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional...*, pág. 55 y s. Autor que establece la distinción entre el elemento estático y dinámico de la Constitución, *ibídem*.



no determina con claridad cuál deba ser el modo de su tutela (rama del ordenamiento jurídico competente).

En conclusión, si nos olvidamos del problema que oculta todo proceso democrático, o sea, si de la comunidad que determina qué interés se va a proteger o es digno de tutela quedan excluidas minorías, si no se acaban arbitrariamente con los derechos de grupos minoritarios, y si partimos de que la presencia de un interés social puede justificar la medida punitiva del legislador, lo *único* que queda por precisar es lo siguiente: primero, si el Derecho penal es competente a la hora de proteger ese interés o hay otra rama del ordenamiento jurídico más adecuada (y sobre la base de qué criterios); segundo, en caso de conflicto penal entre individualidad y colectividad qué interés debe prevalecer y según qué criterios se tomará esa decisión; tercero, cuáles son los contornos de ese interés y el alcance de la protección penal; y por último qué exigencias determinan la legitimidad del amparo penal, a saber, si se han cumplido todos los requisitos formales y materiales que limitan la acción del legislador<sup>269</sup>.

Por otro lado, el bien jurídico no termina de ser un instrumento óptimo para establecer la legitimidad de la intervención penal porque aunque se afirmaba que la falta de un bien jurídico penal generaba la ilegitimidad de un precepto penal, en la práctica siempre ha existido un interés digno de tutela que justificaba el tipo penal creado por el legislador<sup>270</sup>. Incluso dentro del sistema de valores liberal-burgués no quedaba ningún interés de la clase dominante sin protección. El Derecho penal liberal respondía frente a conductas que atentaban contra bienes jurídicos colectivos (orden público) e incluso reprimía comportamientos que simplemente se oponían a la moral dominante (por ejemplo la homosexualidad; aunque muchos de estos tipos han desaparecido, en la actualidad todavía hay algunos supervivientes, p.e. la bigamia). Por consiguiente, no se puede afirmar con total rotundidad que el bien jurídico actuaba como un límite de tal firmeza al *ius puniendi* del Estado.

Por ello algunos autores defienden que mantener que todo interés puede encontrar acomodo en el Derecho penal implicaría reconocer que el problema no es realmente la determinación de un bien que pueda tener categoría penal y que justifique el tipo, sino establecer cuándo un *interés* puede ser protegido penalmente, esto es, fijar el alcance legítimo de su defensa<sup>271</sup>. Es decir, renuncian a un bien jurídico a priori y

<sup>269</sup> En ese sentido Silva insiste en que la problemática actual del bien jurídico, consiste en la construcción de una teoría del bien jurídico penal en donde se resuelva el conflicto existente entre necesidad de protección penal (consideraciones utilitaristas) y merecimiento de protección penal (consideraciones axiológicas), Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 277.

<sup>270</sup> Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", pág. 73 y s.

<sup>271</sup> Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", pág. 75. «...no es posible controlar norma penal alguna desde la perspectiva de una hipotética vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, sino sólo (y a lo sumo) desde el principio de proporcionalidad», Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 91.

parten de un concepto de bien jurídico de derecho positivo inmanente al sistema. El límite del *ius puniendi* reside entonces en lo que se entienda por pena legítima<sup>272</sup>. Lo importante deja de ser el debate sobre si hay un interés digno de tutela penal y se concentra en fijar el alcance legítimo de su defensa a través de una sanción punitiva<sup>273</sup>: este carácter legítimo se dará cuando se respeten los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio*<sup>274</sup>.

En la actualidad, se ha producido una mutación de esa función por difusa y limitada que fuera. El bien jurídico ha dejado de ser un límite negativo de la actividad estatal (prohibición de punición)<sup>275</sup> y se convierte en un criterio positivo que obliga al legislador a responder penalmente para proteger, especialmente de forma anticipada, un interés digno de amparo penal frente a cualquier ataque (mandato de punición)<sup>276</sup>.

Es decir, el bien jurídico ya no indica lo que puede ser legítimamente tutelado. Ya no es una condición de la capacidad de intervención punitiva del Estado que decía que sólo se puede acudir a la vía penal cuando haya un bien jurídico protegido de cierta importancia, que sea lesionado o puesto en peligro<sup>277</sup>. El bien jurídico se ha convertido, ahora, en la referencia del deber de protección que indica al Estado que tiene la obligación de actuar porque hay un interés digno de tutela, deber que justifica cualquier actuación, ya que el único límite de su intervención es conseguir la efectiva pervivencia social del bien amparado. Por consiguiente, el mandato de punición resultante obliga a castigar todo lo que sea necesario para proteger de

<sup>272</sup> Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 386.

<sup>273</sup> Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 378; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 27-30, que considera que no se puede establecer un catálogo constitucional de bienes jurídicos penales, pero si es posible limitar normativamente su protección respetando los principios básicos recogidos en la Constitución (criterio de delimitación negativo) por ejemplo el de necesidad, ofensividad, *ultima ratio*...

<sup>274</sup> En contra Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 51 y s, que considera que el debate sobre el *cómo* de la intervención penal, limitada por los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio*, no puede desplazar la discusión sobre el *si* de la intervención. Lo cual exige continuar con los esfuerzos orientados a la búsqueda de criterios de selección validos, op. cit., pág. 51 y s.

<sup>275</sup> Sobre la «vanificación» del concepto de "bien penal" como criterio axiológico de orientación o delimitación de la selección penal» Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 6; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 74; la misma, Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 696; Scheerer, S., "Die soziale Aufgabe des Strafrechts", pág. 82.

<sup>276</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380; el mismo, "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 34; Park, T., *Vermögensstrafe und modernes Strafrecht*, pág. 138; Kayßer M., "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho penal", pág. 149; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 43; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 155; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 15 y nota 6; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 77.

<sup>277</sup> Como señala Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*".

manera efectiva el bien jurídico<sup>278</sup>. Siempre que haya un interés que posea por su valor una categoría penal el Estado debe velar por su integridad, si es necesario mediante un adelantamiento de la intervención punitiva. La consecuencia es que ya no tiene que haber una lesión, sólo tiene que existir un bien jurídico y una amenaza.

En resumen, el «principio de protección absoluta del bien jurídico» afirma que toda conducta que contenga cualquier signo de peligro ya atenta de forma penalmente relevante contra el bien jurídico, lo que representa una superación del principio de fragmentariedad del Derecho penal<sup>279</sup>. No hay ninguna esfera exenta de control, pues como es posible encontrar en todo comportamiento un indicio de peligro, se puede anticipar, sin límite, el comienzo de la actuación penal. Incluso se puede alcanzar los pensamientos peligrosos y las fuentes de estos<sup>280</sup>: «... ahora la libertad es fragmentaria»<sup>281</sup>.

## 2. La reformulación del principio de ofensividad.

La anticipación de la tutela penal representa la creación de tipos en los que hay una renuncia a la existencia de un daño del interés tutelado, lo que se justifica por motivos preventivos<sup>282</sup>.

Se intenta detener por medio de la actuación penal la evolución de peligros en una fase muy temprana de su desarrollo: «no se quiere en absoluto dejar que desemboquen en un peligro concreto, así que se interceptan en un ámbito previo conductas que podrían originar un peligro»<sup>283</sup>. De ahí que se castiguen situaciones a partir de las cuales se puede cometer con posterioridad delitos, por lo menos con mayor facilidad <sup>284</sup>, se persigan acciones que aisladamente no tienen relevancia

<sup>278</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380; Park, T., *Vermögensstrafe und modernes Strafrecht*, pág. 138. De hecho, este mandato de criminalización se ha convertido en un elemento justificante de la creación de los delitos de peligro abstracto,; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 44.

<sup>279</sup> Que establece la exigencia de intervención punitiva sólo ante aquellas formas de ataque a un bien jurídico que resulten más peligrosas, vid. Mir Puig., S., *PG6*, 4/49, Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 79 y s; Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 206; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 86 y s; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 286, 290; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 83; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 99 y s.

<sup>280</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 295.

<sup>281</sup> Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 56.

<sup>282</sup> Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 53.

<sup>283</sup> Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 453.

<sup>284</sup> Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 99 y s.

objetiva pero que de forma cumulativa pueden lesionar un bien jurídico<sup>285</sup>, se punan manifestaciones que intranquilizan a la comunidad y crean un clima que favorece la realización de conductas delictivas<sup>286</sup>. El Derecho penal además de *reprimir* modos de acción u omisión lesivos se concentra en la *prevención* de acontecimientos que en el *futuro* podrían provocar una lesión o puesta en peligro del interés tutelado.

El Derecho penal, por tanto, es un *Derecho penal del riesgo* porque la presencia de un peligro o riesgo de peligro determina el contenido de la conducta típica<sup>287</sup>, es decir, se caracteriza por la tipificación de comportamientos que contienen un riesgo de lesión o de puesta en peligro<sup>288</sup>. Se deja de proteger la integridad del interés, y la puesta en peligro del bien jurídico se convierte en el paradigma del inicio de la respuesta penal<sup>289</sup>.

En la medida que los procesos de modernización generan riesgos<sup>290</sup> se puede afirmar que la modernidad es una cultura del riesgo<sup>291</sup>, dominada por la paradoja de que cualquier mejora de las condiciones de vida va acompañada de un incremento directamente proporcional de los riesgos, de los efectos colaterales<sup>292</sup>. En cualquier

<sup>285</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 108.

<sup>286</sup> Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 101; Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung...*, pág.112; Jakobs, "Criminalización...", pág. 319, 321 y s, 324; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 139 y s.

<sup>287</sup> Con el término *Derecho penal del riesgo* no me refiero al *Derecho penal de la sociedad del riesgo* sino a aquél que sitúa al riesgo de lesión como una forma de lesión penalmente relevante. Al respecto vid. Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 53; Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 101; Kratzsch, D., *Verhaltenssteuerung*, pág. 269; Kunz, K-L., *Kriminologie*, 9/22.

<sup>288</sup> Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 53; Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 103; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 227 y s. En los tipos penales existe por tanto un juicio de peligrosidad basado en una prognosis sobre la capacidad de la conducta para amenazar el bien jurídico, para superar el límite más allá del cual el "Zufallsgefahr" deja de ser tolerable, Kratzsch, D., *Verhaltenssteuerung*, pág. 270.

El Derecho penal del medio ambiente, por ejemplo, «no sanciona concretas conductas lesivas, sino que *construye* relaciones de peligro entre conductas "abstractamente" peligrosas y fuentes sociales de peligro», Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 511.

<sup>289</sup> Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 55. Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 99. Consideran que hay un progresivo abandono del modelo penal del hecho y una consolidación de otro basado en la peligrosidad, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 20; Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 25 y s.

<sup>290</sup> Beck, U., "Teoría de la sociedad del riesgo", pág. 202.

<sup>291</sup> Giddens, A., "Modernidad y autoidentidad", pág. 36 y s.

<sup>292</sup> Beriain, J., "El doble «sentido» de las consecuencias perversas de la modernidad", pág. 11.

«La sociedad industrial, el orden social burgués y, especialmente el estado benefactor y social pretenden convertir los contextos de vida humana en una estructura controlable, elaborable, disponible, atribuible (a nivel individual y jurídico). Por el contrario, estas pretensiones conducen en la sociedad del riesgo una y otra vez a imperceptibles efectos colaterales diferidos en el tiempo, con los cuales la exigencia de control es trascendida, desencadenando, a su vez, la aparición de lo incierto, de lo ambiguo. Dicho en pocas palabras: el regreso de lo desconocido», Beck, U., "Teoría de la sociedad del riesgo", pág. 216. «Modernidad quiere decir, por tanto, una

caso, la sociedad del riesgo no se estructura en torno a la producción y distribución de la riqueza, sino alrededor de la producción, distribución de los riesgos<sup>293</sup> y dentro de ese proceso se integra el Derecho penal. Se considera que la intervención penal es la única capaz de calmar la intranquilidad social, es la única vía para acabar con la sensación de inseguridad que nace de la imposible negación de las nuevas fuentes de peligro<sup>294</sup>.

¿De qué clase y grado de riesgo estamos hablando?

El primer problema que existe es conocer quién valora qué clase y qué grado de riesgo es penalmente relevante. El legislador, dotado de una legitimación representativa, responde a esta pregunta. Ahora bien, «¿qué ocurre cuando el contexto que orienta la estimación del riesgo es otro riesgo?»<sup>295</sup>, es decir, cuando quien decide se encuentra en una situación de presión electoral, de riesgo de no reelección. No dudo que la decisión adoptada sea racional, le mueve una racionalidad electoral. Sin embargo, quizá no sea la más adecuada porque puede llevar a decisiones populistas.

Fuera del ámbito penal, Luhman da un ejemplo de la incoherencia que preside el ámbito político que se puede desprender más fácilmente de peligros que de riesgos aunque tiene un mayor control y posibilidad de evitación de los segundos<sup>296</sup>. En Suecia «...fue políticamente oportuno evacuar con helicópteros a un buen número de lapones mientras en su territorio se realizaban pruebas técnicas con misiles. Y esto a pesar de que la probabilidad y la magnitud del daño de un accidente del helicóptero era mucho mayor que la posibilidad de que en una zona poco poblada un único hombre recibiera el impacto de un fragmento de un misil. No obstante desde el punto de vista político, lo uno fue estimado como riesgo, y lo otro únicamente como peligro (por lo demás muy injusto)»<sup>297</sup>.

(1) En lo concerniente a la clase de riesgo, se persiguen no sólo aquellas conductas que pudieran atentar contra la integridad de un interés tutelado, también se sancionan por un lado las que crean un estado de intranquilidad y miedo en la comunidad porque generan un clima presuntamente favorable a la comisión de futuras actividades delictivas; por otro, las que reflejan un modo de vida incongruente con el que es dominante en ese momento y que podría *poner en peligro la estructura ético moral vigente*, o que se quiere imponer a la comunidad mediante un proceso de sensibilización/insensibilización.

---

*síntesis colateral de innovación y revolución*», esto es, que «...desplaza y carcome sus fundamentos y coordenadas...», Beck, U., "Teoría de la modernización reflexiva", pág. 228 (cursiva original).

<sup>293</sup> Beriain, J., "El doble «sentido» de las consecuencias perversas de la modernidad", pág. 24.

<sup>294</sup> Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 453.

<sup>295</sup> Luhman, N., "El concepto de riesgo", pág. 152.

<sup>296</sup> Una conducta es arriesgada cuando los daños son la consecuencia de nuestra propia decisión y sólo afecta al que la ha tomado, la conducta es peligrosa cuando el daño hipotético se debe a decisiones ajenas y afectan al entorno, Luhman, N., "El concepto de riesgo", pág. 144; Beriain, J., "El doble «sentido» de las consecuencias perversas de la modernidad", pág. 18. Por ejemplo quien adelanta sin visibilidad realiza una conducta arriesgada que pone en peligro al resto de los conductores (ejemplo tomado de uno parecido de Beriain, op. cit., pág. 18).

<sup>297</sup> Luhman, N., "El concepto de riesgo", pág. 152 y s.

(2) A propósito del grado de riesgo, ya no se exige la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico. Hay una renuncia a la inmediatez de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y una extensión hasta conductas que suponen un peligro potencial de lesión o puesta en peligro del interés amparado<sup>298</sup>.

(a) La relevancia material de estos comportamientos reside en que contienen las mínimas condiciones que se consideran suficientes para producir un daño<sup>299</sup> (peligrosidad abstracta). Es decir porque poseen, desde una perspectiva global, las características mínimas que tendría toda acción peligrosa<sup>300</sup>. Teoría de la peligrosidad abstracta que no se basa «en la relación de frecuencia estadística entre dos sucesos (...) sino en la *concurrancia* en el caso de las *condiciones* que hacen de una conducta algo peligroso para el objeto de protección...»<sup>301</sup>. Se trata de presunciones legales de peligrosidad (*Gefährlichkeitvermutungen*<sup>302</sup>) que actúan como definiciones porque no admiten prueba en contra.

Aquí habría que plantear si es posible mantener que esas presunciones admitieran prueba en contra y no produjeran una subsunción automática en el tipo por parte del juez. Ésta es la línea seguida para racionalizar el uso de los delitos de peligro abstracto. Se considera que no se infringe el tipo cuando su autor ha excluido todas las opciones de lesión o puesta en peligro.

Así, **Brehm** mantiene que los delitos de peligro abstracto penan conductas que representan una infracción imprudente de la *prohibición de lesión* ya que en la mayoría de las ocasiones, tales acciones, y desde la perspectiva del autor, serían *adecuadas* para poner en peligro un bien jurídico<sup>303</sup>. El injusto de la acción se basa en que la posibilidad que tiene el autor de adaptar su acción al derecho permite considerar antijurídica el inicio de un comportamiento cuando *ex ante* se manifiesta adecuado para la lesión del bien jurídico<sup>304</sup>. Ahora bien, si el autor excluye la peligrosidad de su comportamiento porque sus conocimientos especiales le permiten saber que el bien jurídico no será lesionado no hay *prohibición de lesión* ya que no ha infringido la norma

<sup>298</sup> Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 99, 101; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 227; Hassemer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484.

<sup>299</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 75; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 117.

<sup>300</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 238 y s; vid. también pág. 85 y s.

<sup>301</sup> Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 69; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 377, 383.

<sup>302</sup> Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 137.

<sup>303</sup> Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 127.

<sup>304</sup> Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 90 y ss, 97.



de cuidado que fundamenta el injusto<sup>305</sup>. Compete al Juez determinar si hubo infracción de una norma de cuidado o no (*richterliche Typenkorrektur*)<sup>306</sup>.

Del mismo modo, **Berz** sostiene que los delitos de peligro abstracto son normas de cuidado generales, cuya lesión supone una infracción de la *exigencia de respeto* derivado del bien jurídico porque conmociona la confianza necesaria para la vida común<sup>307</sup>. Sin embargo, no existe una lesión de la *exigencia de respeto* cuando el autor según las circunstancias existentes, conocibles en el caso concreto, se asegura de que su conducta no producirá lesión alguna. No hay lesión del bien jurídico porque no se conmociona la confianza del resto de la sociedad. Por el contrario, sí se sacude esa confianza cuando no se comprueba la incapacidad lesiva del comportamiento o cuando se produce un resultado lesivo (con independencia de la existencia de una comprobación)<sup>308</sup>.

(b) Su relevancia material también puede consistir en que podrían ser peligrosas en determinadas circunstancias<sup>309</sup>, o que según la experiencia podrían ser peligrosas<sup>310</sup> (peligrosidad general)<sup>311</sup>. La conducta recogida por el tipo del delito de peligro abstracto pertenece a un grupo de comportamientos que ni ponen en peligro ni lesionan un bien jurídico sino que simplemente producen de vez en cuando una lesión del bien jurídico, es decir, que son relevantes desde un punto de vista causal-estadístico<sup>312</sup>. En este contexto lo decisivo es comprobar «la regularidad con la que determinadas acciones conllevan un peligro y no la confirmación de tal máxima de experiencia»<sup>313</sup>. Es decir, el grado de probabilidad de producción del resultado

<sup>305</sup> Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 131. En contra Kindhäuser, La simple comprobación de la ausencia de peligrosidad del comportamiento, excluye la posible punición de una conducta con respecto al bien jurídico afectado. Sin embargo, la acción no es desde ese momento lícita ya que puede perjudicar a otro bien jurídico distinto. Por ejemplo, el autor que verifica la ausencia de personas en la casa que pretende quemar no pone en peligro la vida humana. Ahora bien esa comprobación no permite convertir en habitual y lícito la quema de viviendas porque tal conducta tiene un injusto *sui generis*, Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 261 y s.

<sup>306</sup> Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 132.

<sup>307</sup> Berz, *Tatbestandsverwirklichung*, pág. 42, 44, 113 y s.

<sup>308</sup> Berz, *Tatbestandsverwirklichung*, pág. 114 y ss.

<sup>309</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 16.

<sup>310</sup> Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 454.

<sup>311</sup> Distingue entre peligrosidad abstracta y general, Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 75 y s; Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 68-79.

<sup>312</sup> Vid. Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", pág. 183 y s; Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 229 y ss.

<sup>313</sup> Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 77. Paredes Castañón insiste en que el recurso a leyes fenoménicas probabilísticas para enjuiciar el peligro «son de mucho más fácil elaboración y verificación (contrastabilidad empírica)» que las deterministas que establecen «una conexión *necesaria* entre dos especies de hechos» porque sólo «establecen una conexión *de frecuencia* entre dos especies de hechos», *El riesgo permitido*, pág. 172-74 (cursiva original). En estos casos la cuestión no radica en probar que son capaces de producir el resultado sino si la proposición efectuada es falsa, lo cual se efectúa mediante «muestreo estadístico, del grado de frecuencia con que se produce la conexión entre las dos especies de hechos recogidos en la ley. De acuerdo con esto, una ley fenoménica de



penalmente relevante se vincula a juicios de peligrosidad estadísticos o globales<sup>314</sup>. De nuevo aquí se plantea la cuestión sobre si basta la realización de la conducta que coincide con la descripción típica o si es necesario que el juez demuestre la capacidad lesiva del comportamiento en el caso concreto<sup>315</sup>.

De ahí que se afirme que la protección del bien jurídico es innecesaria si en el caso específico no hay una puesta en peligro concreta<sup>316</sup>, o que hay que quitar del derecho penal los delitos de peligro abstracto puro, esto es, aquellos que desde un juicio *ex ante* se determine que no son adecuados para la producción del resultado que quiere ser evitado<sup>317</sup>.

En cualquier caso, a través de estas técnicas se prohíben conductas que contienen una abstracción de aquellas circunstancias que generalmente son suficientes para causar un resultado y que además no pueden ser controladas por el individuo. Se justifica la persecución de comportamientos que no presentan una peligrosidad concreta, pero que aparecen vinculadas a una posterior actividad delictiva, que son formas anticipadas de expresión de la futura actividad lesiva. Se sancionan acciones que aunque aisladamente no tengan relevancia objetiva son supuestos de *daño acumulativo*, es decir, una sucesión de acciones semejantes puede originar un peligro concreto<sup>318</sup>.

Así surgen, los *delitos de acumulación* (*Kumulationsdelikte*), que pudieran suponer una infracción del principio de proporcionalidad (y de culpabilidad<sup>319</sup>) a la vista de la

---

carácter probabilístico será válida mientras no se compruebe que la inferencia inductiva del resultado realmente obtenido en un muestreo estadístico acerca de la realización del fenómeno que se pretende explicar (en nuestro caso, la creación del peligro) resulta –en virtud de otras leyes fenoménicas probabilísticas no recusadas- absolutamente improbable a partir de la hipótesis explicativa que la ley contiene (aquí, la acción que se califica como peligrosa)», op. cit., pág. 176 y s. Así, «puede suceder, y de hecho sucede, que en algunos casos existe una preocupante tendencia de los Tribunales a dejarse llevar por supuestas leyes fenoménicas que predicarían la peligrosidad de conductas o el peligro concreto creado por una acción, cuando en realidad lo que están haciendo es aplicar ilegítimas presunciones, no sustentadas en absoluto en datos empíricos. Así, por ejemplo, no es posible presumir sin más que de toda conducta administrativamente prohibida ha de derivarse necesariamente *ex ante* un peligro para bienes jurídico-penalmente protegidos», op. cit., pág. 177.

<sup>314</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 105; Alcácer Guirao, R., “La protección del futuro y los daños acumulativos”, pág. 11.

<sup>315</sup> Sobre la problemática vid. Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 80-89.

<sup>316</sup> Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 377, 383; Jesech/Weigend, *AT5*, pág. 264. Mendoza Buergo, sostiene que aunque hay una presunción de la peligrosidad de la conducta, no la hay de la producción de un resultado de peligro, que debe ser constatado, Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 74.

<sup>317</sup> Frisch, W., “An den Grenzen des Strafrechts”, pág. 93.

<sup>318</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 104-113.

<sup>319</sup> Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 158.

relación existente entre la pena y el riesgo mínimo que contiene la conducta<sup>320</sup>. Pero que igualmente podrían no representar esa infracción del principio de proporcionalidad si se tiene en cuenta la relevancia del interés protegido para el sistema social<sup>321</sup>.

De este modo se persiguen legítimamente comportamientos objetivamente irrelevantes con el amparo de una remota conexión con un bien jurídico<sup>322</sup>.

### **A. Consecuencias de la aparición del «Derecho penal del riesgo».**

La principal característica del fenómeno de la anticipación es la ruptura exponencialmente creciente entre autor y lesión o puesta en peligro concreto del interés protegido<sup>323</sup>.

Ahora bien, ello sólo implica que el Derecho penal del riesgo se ha desprendido del resultado natural. El legislador no espera a que se haya consumado la lesión del bien jurídico protegido sino que se adelanta y tipifica momentos anteriores, a saber, situaciones de puesta en peligro y de peligro de puesta en peligro, como formas de consumación. De este modo, sigue habiendo un resultado normativo o típico incluso en los tipos de peligro. Por consiguiente, no se ha elaborado, una teoría del delito que prescinda del resultado, sino que ha tenido lugar una ampliación normativa del concepto<sup>324</sup>.

La realidad normativa refleja una progresiva penalización de conductas que aunque puedan estremecer la estabilidad de la sociedad, ni lesionan ni ponen en peligro bien jurídico alguno. En la medida en que el Derecho penal quiere ordenar de modo general ámbitos de actividad sectorial deja de definir su ilícito por la lesión o puesta

<sup>320</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 112.

<sup>321</sup> Kuhlen, GA, 1986, pág. 404, nota 71; citado por Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 111.

<sup>322</sup> Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 138. No obstante, no se puede defender que se persigan conductas a las que les falte "dañosidad social". Una conducta que impresiona a la comunidad pero que no lesiona ni pone en peligro al bien jurídico se puede considerar socialmente dañosa aunque en relación con el objeto tutelado sea objetivamente irrelevante.

<sup>323</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 17, Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 456. El análisis de la causalidad no se puede limitar a la relación entre autor y resultado, se deben tener en cuenta otros factores, para lo cual es necesario ampliar el ámbito normativo, Kratzsch, D., *Verhaltenssteuerung*, pág. 270.

<sup>324</sup> Sobre los conceptos de resultado vid. Acale Sánchez, M., *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 77-158, especialmente pág. 141-9. En concreto la profesora Acale mantiene la existencia de dos resultados: natural (recogido por la norma), y normativo (creado por la norma) que pueden no coincidir porque operan en planos distintos. El resultado desvalorado en sede de injusto no es el natural sino el normativo. Por ello hay conductas que no tienen resultado natural pero sí jurídico, que sería de peligro y no de lesión. Distingue, igualmente, entre consumación formal (realización de todos los elementos del tipo) y material (terminación de la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico), Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 47, nota 114; del mismo modo Muñoz Conde/García Arán, *PG*, pág. 426 y s; próximo Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährungsdelikte", pág. 183.

en peligro concreta del bien jurídico, sino por la existencia de conductas que atentan como contra «el buen orden del sector de actividad determinado»<sup>325</sup>. Se trata de una respuesta natural del Derecho penal frente las estructuras sociales de la actualidad que exigen la introducción de normas de comportamiento anónimas y estandarizadas<sup>326</sup>.

El objetivo del adelantamiento de las barreras del derecho hasta comportamientos que todavía no conducen a una lesión es orientar mediante la creación de modelos de comportamiento socialmente correctos al destinatario de la norma que no puede hacerlo por sí mismo. El legislador asume en tal caso la defensa del bien jurídico ante la incapacidad del sujeto individual, al cual le indica típicamente lo que debe eludir. La competencia del sujeto se limita a evitar la realización de las conductas que el Estado le ha presentado como peligrosas<sup>327</sup> (que realmente lo sean es otra cuestión distinta). Por tanto, el requisito exigido para imputar tales conductas es una falta de cuidado subjetiva, o sea, que el sujeto realice la conducta típica sin tomar las medidas necesarias para la exclusión de la posible lesión, siempre que fueran objetivamente suficientes para evitar ese riesgo<sup>328</sup>.

Con todo ello ha tenido lugar una reducción de los requisitos para que exista un merecimiento de la pena<sup>329</sup>. Éste ya no se conecta con un daño, con una vulneración del interés protegido, ni siquiera con la capacidad *ex ante* para producir una lesión, sino con la realización de una conducta determinada<sup>330</sup>. Se castiga no por la capacidad lesiva de la conducta sino por su pertenencia a una clase de comportamientos sobre cuya relevancia penal se ha decidido previamente y no necesariamente en función de un criterio objetivo conexo a la idea de lesión material del bien jurídico tutelado. Simplemente se exige la realización de la conducta tipificada, sin que sea necesario constatar la relación entre ese comportamiento y la producción de una efectiva lesión o peligro para que se puedan imponer la consecuencia jurídica aparejada. No se pune, por consiguiente, la ejecución de un comportamiento objetivamente relevante, sino de un hecho socialmente inadecuado en cuanto no

<sup>325</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 104.

<sup>326</sup> Schünemann, B., "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", pág. 211; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 365 y s; Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 456.

<sup>327</sup> Vid. Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, pág. 114 y s.

<sup>328</sup> Schünemann, JA 1975, pág. 798; Martin, J., *Strafbarkeit...*, pág. 69.

<sup>329</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381; Park, T., *Vermögensstrafe und 'modernes' Strafrecht*, pág. 130; Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 454.

<sup>330</sup> Hassemer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 484.

respetar las normas organizativas<sup>331</sup>. De este modo se puede autorizar la represión de acciones que no son en absoluto peligrosas<sup>332</sup>, especialmente cuando la relevancia material de un comportamiento se realiza a través de presunciones legales, o se sancionan infracciones de preceptos administrativos o estándar de comportamiento. El alejamiento de los requisitos de relevancia objetiva de la conducta que contiene el fenómeno de anticipación de la tutela penal para proteger con mayor seguridad el bien jurídico parece consagrar un injusto formal<sup>333</sup> que convive con un injusto material definido por la prohibición y persecución de conductas que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico. Este formalismo consiste en definir el delito como infracción de una norma<sup>334</sup>. La concepción del injusto como la lesión de un deber<sup>335</sup>, la lesión del mandato o prohibición contenida en la norma, causa la aparición de ilícitos de mera desobediencia<sup>336</sup> que no requieren objeto alguno, conque desaparece la necesidad de definir materialmente el bien jurídico<sup>337</sup>. «La conducta se reduce al rango de un mero hecho –neutro, no valorado ni valorable en términos prejurídicos– que sirve de *mero presupuesto de imputación* de una consecuencia jurídica, esto es, de la pena»<sup>338</sup>. Lo importante deja de ser la presencia de una lesión de un

<sup>331</sup> Próximo Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 54; Beck, W., *Vorfelddkriminalisierung...*, pág. 19.

<sup>332</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 231.

<sup>333</sup> Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 93; Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 118, 123, autor que determina que la aparición de un injusto de mera trasgresión es el resultado de la aparición de un esquema de tutela de funciones.

<sup>334</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, pág. 53.

<sup>335</sup> Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 71. Sobre el desarrollo continuado que representa la evolución del concepto del delito como vulneración de un derecho, lesión de un bien, infracción de un deber vid. Günther, K., "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber", pág. 489. Autor que señala que en la actualidad domina la idea de delito conectado a la infracción del deber de observar la norma de conducta (op. cit., pág. 502). En las modernas sociedades industriales el riesgo anejo al uso de la libertad se reduce o soporta mediante el establecimiento del deber de evitar a través de un comportamiento positivo los peligros que la actividad (libre) inicial haya creado (op. cit., pág. 503): «ya no es la mera omisión de injerirse en esferas ajenas de libertad la que libera al ciudadano del Derecho penal, sino sólo el actuar positivo, que se ocupa de cumplir correctamente el propio deber de organizarse para un comportamiento minimizador del riesgo» (op. cit., pág. 504). Ello explica el aumento de la importancia de los delitos imprudente, y de comisión por omisión, y omisión imprudente.

<sup>336</sup> Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 137; Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pág. 80. Advierte que si se prescinde de la «verificación del peligro del peligro» se crean presunciones de Derecho que pueden representar una incriminación de simples desobediencias, Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 6. En contra de una «subjetivización de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber, Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 326.

<sup>337</sup> Beck, W., *Vorfelddkriminalisierung*, pág. 72; Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 74.

<sup>338</sup> Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 108.

objeto y para a ser la mera trasgresión de normas de organización «que guían el comportamiento hacia la realización de las finalidades prefijadas» y que carecen de un «propósito de efectiva tutela... (scil. en definitiva,) vedan acciones humanas no en cuanto lesivas de un bien, sino en cuanto elusivas de un objetivo»<sup>339</sup>.

Por ejemplo, se afirma que el injusto de la acción contenido en un delito de peligro consiste en la lesión del deber<sup>340</sup> que representa la introducción de un riesgo<sup>341</sup>. El hecho de que se provoque unas posibilidades reales de lesión, o el riesgo no se concretó por cualquier circunstancia es irrelevante para el injusto penal que consiste en la vulneración de un deber social<sup>342</sup>. En los delitos de peligro «...la ausencia de una perturbación efectiva de los intereses cuya tutela se propone... agota el contenido de su injusto en la mera desobediencia a la norma por lo que, a lo sumo, los bienes jurídicos cuya lesión se pretende evitar con la creación de estos tipos penales no pasarían de ser «motivo» o «presupuesto» de la prohibición contenida en ellos, pero parte integrante de la misma. De ese modo, la estructura típica de los delitos de peligro abstracto encontraría su mejor modo de expresión a través de una concepción normativa de signo puramente imperativista»<sup>343</sup>.

El Derecho penal se ha administrativizado<sup>344</sup>, ha asumido «...el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador...» e «...incluso se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales»<sup>345</sup>. De modo que se recurre a él como sanción aneja a la infracción de normas de una naturaleza (especialmente administrativa) distinta de la penal<sup>346</sup>. Esto ha originado una pérdida de autonomía<sup>347</sup>

<sup>339</sup> Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 68 y s. Insiste en que con la administrativización «ya no hay una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales de riesgo», Alcácer Guirao, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», pág. 15.

<sup>340</sup> El deber de evitar la realización de conductas que introduzcan riesgos innecesarios contra el bien jurídico, es decir la superación del riesgo permitido, que supone la creación de un riesgo típico o atípico, Volz, *Gefährdungsdelikte*, pág. 103, 147.

<sup>341</sup> Volz, *Gefährdungsdelikte*, pág. 143 y ss; en el mismo sentido Brehm, que entiende tales delitos como la infracción de un deber de comportamiento que fundamenta la punibilidad de la acción, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 123-127.

<sup>342</sup> Volz, *Gefährdungsdelikte*, pág. 147 y s.

<sup>343</sup> Maqueda Abreu, M.L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», pág. 487.

<sup>344</sup> Término tomado de Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 97-113; del mismo modo utilizado por Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 74.

Insisten en que el Derecho penal se ha convertido en un mecanismo administrativo Hassemer, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», pág 483; Köhler, *AT*, pág. 32 y s; Frehsee, D., «Fehlfunktionen des Strafrechts...», pág. 18; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 121.

<sup>345</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 107.

<sup>346</sup> Mir Puig, S., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», pág. 154 y s; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 121.

<sup>347</sup> Las cosas así, el principio de intervención mínima sólo se puede practicar si existe un Derecho penal autónomo en la formulación de sus normas primarias y secundarias, Mir Puig, S., «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», pág. 156 y s. No obstante, también hay que reconocer la relativa dependencia del Derecho penal de otras ramas

del Derecho penal especialmente en el establecimiento de sus normas primarias que dependen de remisiones a la normativa administrativa por medio de la técnica de las leyes penales en blanco<sup>348</sup>. En definitiva, con esta remisión se consigue que el que crea el peligro sea quien decida sobre la existencia del peligro penalmente relevante<sup>349</sup>. Esta confusión entre injusto penal e injusto administrativo<sup>350</sup> se manifiesta con claridad en ámbitos como la salud pública y el medio ambiente<sup>351</sup>. Por ejemplo **Müller-Tuckfeld** defiende que los delitos relativos al medio ambiente no protegen los recursos ambientales, sino que simplemente castigan una conducta administrativamente no autorizada, por tanto, «...estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa... cuya incorporación al Derecho penal sólo puede servir para magnificar tal desobediencia»<sup>352</sup>.

¿En los artículos 563 y 566 y ss no se está castigando penalmente un ilícito administrativo, especialmente cuando se hace constar de forma expresa que se penaliza la posesión careciendo de licencias o permisos reglamentarios? ¿No sería el derecho administrativo la rama del ordenamiento jurídico que podría resolver el conflicto? <sup>353</sup>

Esta tendencia (a prescindir del resultado, a la creación de un injusto formal, a la administrativización del Derecho penal) ha permitido la imputación a los ciudadanos de consecuencias que están muy alejadas de su hecho, situaciones en las que no se

---

del Derecho a la hora de fijar sus presupuestos (p.e. el concepto civil de posesión determina la distinción entre hurto y apropiación indebida), Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 77 y s; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 107. Tampoco se puede olvidar que esta pérdida de autonomía tendría un carácter relativo ya que es el propio Derecho penal el que decide que es necesario realizar una remisión a la normativa administrativa y, en otro momento, podría decidir que esa remisión ya no se necesita.

<sup>348</sup> Vid. sobre las leyes penales en blanco Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 212-34; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 110-113; Morales Prats, F., *QuinteroPG3*, pág. 63-67; Paredes Castañón, J.M., "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»", marg. 223, autor que insiste que esta técnica provoca un «efecto distorsionante sobre el proceso de determinación de lo que debe ser el riesgo permitido en este ámbito (scil. medioambiente), al vincularlo a normas que no siempre son legítimas ni adecuadas», op. cit., marg. 224.

<sup>349</sup> Pérez del Valle, C., "Sociedad de riesgos y reforma penal", pág. 70.

<sup>350</sup> Köhler, M., "Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht", pág. 38 con motivo de los delitos contra la salud pública.

<sup>351</sup> Ejemplos de punición de desobediencias administrativas en el Código son: art. 294 (obstaculización de la labor inspectora o supervisora de la administración), art. 319.2 (construcción no autorizable en suelo no urbanizable); art. 364. 2, 4 (despacho público de carne sin respetar los periodos de espera reglamentarios); art. 380 (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia); art. 468 (quebrantamiento de condena); art. 563 (tenencia de armas prohibidas); art. 564 (tenencia de armas reglamentadas sin licencia).

<sup>352</sup> Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 522 y s.

<sup>353</sup> ¿Es viable castigar penalmente la infracción de un precepto civil o administrativo? Se puede aceptar una excepcional represión penal de tales conductas, sin embargo, el Derecho penal propio de un estado de derecho rechaza la vía penal y se decanta preferentemente por la civil o administrativa, Köhler, *AT*, pág. 31 y s.



puede determinar una conexión entre la acción y el resultado que se quiere evitar mediante la punición<sup>354</sup>.

En definitiva en la actualidad «...se desdibuja el pensamiento de una genuina causalidad material, conforme a la cual se reclama que un hecho haya *determinado* incuestionablemente la producción de otro, y se afirma que una conexión probabilística es suficiente para la afirmación del nexo existente entre ellos»<sup>355</sup>. Así se puede defender que se ha superado un esquema de causalidad lineal que no tiene en cuenta que la producción del resultado es la consecuencia de la confluencia de una pluralidad de factores, que no siempre se pueden imputar al autor<sup>356</sup>. De este modo, ya no se exige que la conducta del autor se encuentre en una relación de causalidad (como mínimo potencial) con el interés tutelado, sino que autor haya creado una situación en la que ya no se puede garantizar la efectiva protección del interés protegido<sup>357</sup>.

La obtención de seguridad mediante una prevención mal entendida, aquélla que reacciona frente a cualquier tipo de conducta que represente un incremento del riesgo de puesta en peligro, conlleva un desprecio de la dimensión lesiva de la conducta intersubjetiva<sup>358</sup>. De esta manera, se convierte formalmente en delincuente a un sujeto que en un sentido material todavía no lo es, ya que no ha comenzado la lesión del interés tutelado. O sea, se parte de la presunción de que todos los ciudadanos son potenciales criminales. Y con ello, aunque se minimiza el riesgo de lesión se eleva el número de las posibles intervenciones penales amparadas en presunciones en contra del reo, que no son una base suficiente para fundamentar la imputación<sup>359</sup>. Se han integrado, entonces, en la norma penal conductas sin valorar si el contenido de dicho comportamiento justifica la penalización del mismo<sup>360</sup>.

La ruptura del binomio autor/resultado origina a su vez la quiebra del binomio autor/víctima. La anticipación de la tutela penal se caracteriza por prescindir de un sujeto concreto perjudicado. En el momento en que se incluyó el peligro como forma de lesión del bien jurídico se comenzó a prescindir de una víctima que pudiera ser determinada y conocida<sup>361</sup>.

<sup>354</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 117 y s.

<sup>355</sup> Torío López, A., "Acción peligrosa y dolo", pág. 376 y s.

<sup>356</sup> Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 428.

<sup>357</sup> Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 429.

<sup>358</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung...*, pág. 117.

<sup>359</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 106.

<sup>360</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 20.

<sup>361</sup> Hay una indeterminación subjetiva, Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 34.



Ahora bien, no tiene sentido sostener que hay una *difuminación* de la víctima cuando se tutelan bienes jurídicos colectivos<sup>362</sup>, porque al poseer una titularidad colectiva el sujeto pasivo es la comunidad aunque no haya un sujeto individual perjudicado.

La consecuencia de ello es que cada miembro de la sociedad se puede sentir víctima potencial perjudicada y protegida por el tipo creado. No sólo hay un proceso de empatía, de identificación social con la víctima cuando ésta existe<sup>363</sup>, sino que además el estado de inseguridad social genera que todo sujeto se vea como la potencial víctima de un delito todavía no concretado, y así se sienta al mismo tiempo directamente protegido por el tipo penal. Además, la ausencia de lesión presente en todos los delitos de peligro ya sea abstracto, ya concreto, y en delitos preparatorios muestra un Derecho penal que no da cabida a sanciones que pretendan reestablecer la situación anterior. Por lo tanto, cuando se solicita la sustitución del Derecho penal por mecanismos de intervención civil, especialmente mediante la reparación de la víctima, no se puede olvidar que esta salida sólo sería aplicable para aquellos supuestos en los que hay un/unos perjudicado/s, y que, por consiguiente, sería viable exclusivamente para los delitos de resultado.

Incluso cuando fuera posible identificar una víctima, el Derecho penal no dejaría de ser el reflejo de un proceso de despersonalización del conflicto<sup>364</sup>. Primero, porque el recurso al Estado, más preocupado en infligir un daño adicional que en reparar el daño, provoca un aumento de la distancia que separa al autor de la víctima: «el autor se ve como responsable únicamente ante la instancia superior estatal y la víctima se siente abandonada con el daño sufrido»<sup>365</sup>. Segundo, porque hay una «progresiva exaltación del bien jurídico en detrimento de la víctima», de modo que, el homicidio, por ejemplo, deja de ser una atentado contra la vida de una persona concreta y se convierte en un ataque contra la comunidad o el Estado<sup>366</sup>.

Por último, tampoco se puede olvidar que el recurso a figuras penales que anticipan el castigo de ciertas conductas que poseen sólo una cierta peligrosidad, simplifica y supera las dificultades probatorias del proceso causal<sup>367</sup>. Así, se habla de una

<sup>362</sup> Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 101 y s.

<sup>363</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 36 y s.

<sup>364</sup> Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 22.

<sup>365</sup> Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 22.

<sup>366</sup> Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 22 (cursiva original). Ante este estado de cosas, Eser, reclama una involución en esa tendencia despersonalizadora mediante la conversión de la reparación a la víctima en «presupuesto y parte de la sanción penal», op. cit., pág. 23 (en el original con cursiva), 24 y s.

<sup>367</sup> Kunz, K-L, *Kriminologie*, 9/24.

«inversión de argumento de la prueba» para referirse a la tendencia a no incluir en los tipos penales un resultado cuya presencia es difícil de probar<sup>368</sup>. Por ejemplo, parte de los tipos destinados a combatir la criminalidad económica representan una adelantamiento de la actividad penal que refleja el objetivo del legislador: eliminar las dificultades de prueba procesal<sup>369</sup>. En los delitos contra el medioambiente nos encontramos con cursos causales no verificables, así que la introducción de delitos de peligro abstracto en estos ámbitos supera la problemática causal<sup>370</sup>. Igualmente, la aparición de los delitos de peligro abstracto<sup>371</sup>, y en concreto los de tenencia facilitan la persecución penal al simplificar problemas de prueba<sup>372</sup>.

Se ha facilitado la actividad del juez que ya no tiene que demostrar la relación causal entre conducta y resultado, sino simplemente que el comportamiento realizado se corresponde con el descrito por el tipo<sup>373</sup>. Ya no tiene que dictaminar si la conducta era peligrosa y si el peligro se realizó en el resultado, porque el problema de imputación ha sido resuelto por el legislador en el momento en que creó el tipo por los motivos que consideraba pertinentes y su puesta en cuestión no parece estar incluida entre el catálogo de las competencias judiciales<sup>374</sup>.

Las dificultades probatorias de las complicadas relaciones causales que se entrecruzan en la sociedad actual no legitiman automáticamente la respuesta penal. Mantener lo contrario permitiría extender ilimitadamente el Derecho penal, lo cual representa una infracción insoportable del principio de fragmentariedad<sup>375</sup>.

<sup>368</sup> Lüderssen, K., "Die strafrechtsgestandende Kraft des Beweisrecht", pág. 295 y ss; Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 382;

<sup>369</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 327; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 70.

<sup>370</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381; Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 515; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 40 y s. Ahora bien, aunque pueda ser especialmente complejo demostrar la relación causal entre la conducta y el bien jurídico individual trascendente, que se defiende que pueda existir en los delitos económicos y contra el medio ambiente, no lo es tanto cuando se conectan los tipos al interés colectivo que en realidad protegen, vid. primera parte, pág. 42 y ss.

<sup>371</sup> Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 85, 101.

<sup>372</sup> Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, pág. 79 y s.

<sup>373</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 130; Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 116; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 110.

<sup>374</sup> De forma parecida Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381.

<sup>375</sup> Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 367 y s, 377.

### 3. Otras formas de prevención.

El fenómeno de la antelación de la intervención punitiva como medio para prevenir auténticas lesiones de bienes protegidos representa el abandono de una concepción del Derecho penal que miraba del presente al pasado y la consolidación de un enfoque orientado del presente al futuro.

La confirmación de la prevención como finalidad de la actividad penal obedece a una noción del Derecho penal centrado en el mañana, que quiere garantizar el futuro a través de la intervención penal, que quiere, en resumen, mantener incólumes ciertos bienes para la generación venidera<sup>376</sup>. La sustitución de la represión de hechos puntuales ya ocurridos, del acontecimiento pretérito en suma, a dado paso a «normas penales que deben traer soluciones "in futuro"», que, por consiguiente, tienen que perseguir exclusivamente fines preventivos porque quieren evitar la realización de un resultado todavía no producido<sup>377</sup>. Ahora bien, aunque considere loable este deseo, quizá la vía penal no sea la más adecuada para consecución efectiva.

Existe una tendencia a buscar el aseguramiento general a través de medios preventivos de carácter represivos<sup>378</sup> que ha originado el desplazamiento a un plano secundario del recurso a medidas preventivas de carácter no punitivo<sup>379</sup>. En lo que concierne a la prevención terciaria hay un relativo abandono de la búsqueda de medidas que tuvieran un efecto resocializador y un aumento paralelo de la intervención con fines inocuidadores<sup>380</sup>. Sin embargo, las disposiciones destinadas a obstaculizar y/o impedir una futura comisión de delitos no tienen que ser necesariamente punitivas (ni siquiera desde una perspectiva que persiga maximizar la eficacia de la prevención). Esto es, una política criminal preventiva puede alcanzar su objetivo a través de medidas primarias y secundarias que nada tienen que ver con el Derecho penal o a través de una prevención terciaria que puede exigir (pero que no necesariamente debe ser) una sanción punitiva.

<sup>376</sup> Stratenwerth, G., "Zukunftssicherung...", pág. 679-82.

<sup>377</sup> Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 197 y s.

<sup>378</sup> Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung", pág. 104; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 225 y s.

<sup>379</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 38; vid. a favor de medidas preventivas de carácter primario y secundario, Hassemmer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 488-90; Ostendorf, H., *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft*, pág. 19. Insiste en la necesidad de prescindir de la actuación penal cuando «a través de mejores medidas preventivas se podría evitar el estímulo a comportamientos ilícitos desde su origen...», Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 29.

<sup>380</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 14 y s, 18.

La prevención *primaria* tiene como objetivo (a medio y largo plazo) solventar el problema de la criminalidad en sus orígenes. Para ello se enfrenta a sus «causas»<sup>381</sup>, por ejemplo, mediante «estrategias de política cultural, económica y social, cuyo objetivo último es dotar a los ciudadanos (...) de capacidad social para superar de forma productiva eventuales conflictos»<sup>382</sup>. En concreto, a través de ofertas extraescolares a los jóvenes, rechazo del aprendizaje de la conducta delictiva (reducción de los programas televisivos violentos), mejora del arraigo social de los individuos, políticas sociales de redistribución de la renta<sup>383</sup>.

La prevención *secundaria* está destinada a proteger determinados grupos de riesgo o a la reducción de las posibilidades de producción de delitos<sup>384</sup>. Dentro de esta línea se desarrollarían, por ejemplo, los esfuerzos realizados por las políticas de actuación en barrios urbanos especialmente conflictivos, las políticas de *transformación de valores* dominantes en ciertas subculturas, políticas de prevención comunal<sup>385</sup>, los programas de prevención «victimal» (orientados a informar y ayudar a los grupos con mayor número de potenciales víctimas)<sup>386</sup>, los programas de prevención situacional<sup>387</sup>, dentro de los cuales se incluyen «programas de base ecológica, territorial o arquitectónica»<sup>388</sup>.

Interesantes son las propuestas de prevención situacional que desde la perspectiva de las teorías del crimen que se concentran en el análisis del cómo, cuándo y dónde del acto criminal pretenden modificar el ambiente del delito para reducir la probabilidad de producción del mismo. En concreto sus propuestas tienen como objetivo aumentar el esfuerzo que se tiene que emplear para cometer un delito, incrementar la percepción del riesgo, reducir los beneficios del delito y/o elevar los sentimientos de culpa o vergüenza<sup>389</sup>.

<sup>381</sup> García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 83 y s; Bock, *Kriminologie*, § 319.

<sup>382</sup> García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 85.

<sup>383</sup> Ejemplos tomados de Barberet, R., "La investigación criminológica y la política criminal", pág. 227 y s., y de Bock, *Kriminologie*, § 319, 326.

<sup>384</sup> Bock, *Kriminologie*, § 319; García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 84 y s.

<sup>385</sup> Al respecto vid. Bock, *Kriminologie*, § 321-328; Lütkes, A., "Sicherheit", pág. 14 y s; Ostendorf, H., *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft*, pág. 19 y s.

<sup>386</sup> García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 45.

<sup>387</sup> Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 281-319; Torrente Robles, D., *Desviación y delito*, pág. 225.

<sup>388</sup> García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 45.

<sup>389</sup> Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 291 y s; Torrente Robles, D., *Desviación y delito*, pág. 225-27.

Como ejemplo<sup>390</sup> de estas medidas podría citar la creación de barreras físicas como puertas blindadas (*endurecimiento de los objetivos*), el control de armas (*control de facilitadores*), supervisión por el dependiente (*vigilancia por empleados*), mayor presencia policial<sup>391</sup> (*vigilancia formal*), reducción del dinero disponible en comercios, taxis (*desplazamiento del objetivo*), etiquetas de tinta en la ropa (*eliminación del beneficio*), campañas de sensibilización (*fortalecimiento de la condena moral o estimulación de la conciencia*), control del acceso al alcohol (*control de desinhibidores*).

Existe igualmente una prevención *terciaria* dirigida por el contrario a las personas que ya han manifestado una conexión con el crimen, es decir, que tiene lugar una vez que se ha cometido un hecho delictivo. En este último supuesto se incluyen todas las medidas *preventivas especiales* destinadas a evitar una reproducción del fenómeno criminal<sup>392</sup>.

<sup>390</sup> Sigo en la exposición a Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 291-96.

<sup>391</sup> Acompañada de un cambio del rol de la policía en su actividad. Policía que debe estar dirigida tanto a la solución de problemas mediante la implementación de técnicas de prevención situacional (Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 318) como a la ayuda social, Torrente Robles, D., *Desviación y delito*, pág. 246-253. Este último autor defiende la necesidad de que la policía, que sigue aplicando la ley (objetivo primordial de un modelo racional-burocrático de policía, op. cit., pág. 243-46), asuma la prevención, y no la represión, como objetivo principal, en el sentido de que su actuación no impida otras iniciativas de prevención y que como expertos que analizan diariamente multitud de casos propongan al «ejecutivo iniciativas de actuación coordinada contra la delincuencia de diversas instituciones», op. cit., pág. 252. A favor de un buen control policial como mejor estrategia para prevenir delitos, Roxin, "Problemas actuales de la política criminal", pág. 96-97, que insiste en que con ello no se crea un estado-policial, especialmente porque la policía sólo puede controlar la criminalidad dentro de unos límites legales (por ejemplo, para vigilar no se puede introducir en ámbitos íntimos, privados, pág. 97) y además su principal misión es prestar servicios sociales (descripción detallada de los mismos en pág. 97). Vid. Barberet, R., "La investigación criminológica y la política criminal", pág. 231, que habla de la "policía de proximidad". De hecho, como pone de manifiesto Voß, la labor actual de la policía (según se deduce de los registros de las llamadas de urgencia y informes de las patrullas) se concentra esencialmente en las actividades de ayuda social y orden público. Así lo manifiesta un estudio realizado en Alemania, del cual resulta que sólo entre un 16 y 28% de las intervenciones policiales (30.000 diarias) se orientan a combatir las formas clásicas de criminalidad, Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein", pág. 146, que se apoya en un Estudio de Feltes ("Polizeiliches Alltagshandeln", en *Bürgerrechte und Polizei*, 3/1984, pág. 16). Sin embargo, en España aunque Thomé/Torrente sostengan que «las demandas de mantenimiento del orden cotidiano y prestación de servicios privan sobre las delictivas» (*La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 71) de la lectura de los resultados estadísticos que manejan se infiere que sólo el 14,1 % (la suma de las seis últimas) son demandas de prestaciones de servición y no delictivas. Así, se considera que la Policía de Proximidad tendría que tener como principales actividades la *protección frente a robos, hurtos o daños* (28%), *presencia de Policía uniformada en las calles* (25,7%), *erradicación de puntos negros de tráfico de drogas* (24,9%), *ayudas a mujeres maltratadas y violadas* (4,8%), *control de las zonas de diversión de jóvenes* (4,4%), *control de establecimientos que venden bebidas alcohólicas a menores* (3,7%), *ayuda a tramitar denuncias y realizar gestiones policiales* (3,1%), *control de las tribus urbanas* (1,8%), *control de conflictos relacionados como minorías y grupos marginales* (1,3%), *otros servicios* (0,8%). Fuente: Thomé/Torrente, *La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 74, que se apoyan en la Encuesta n.º 2315, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1999.

<sup>392</sup> Bock, *Kriminologie*, § 319; García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 85.

Estas disposiciones pueden consistir en el recurso a una pena que, insisto, en todo caso debe venir informada por fines preventivo-especiales.

**Streng** destaca cómo resulta chocante que para satisfacer esa necesidad de seguridad interna no se adopten medidas preventivo especiales que consiguen de manera incluso más eficaz satisfacer las necesidades de protección existentes, y que son formas de intervención menos agresivas y no plantean restricciones de derechos de legitimidad dudosa<sup>393</sup>. A modo de ejemplo propone una reducción del uso de la pena privativa de libertad y su sustitución por otras formas como puede ser la privación del permiso de conducción (incluso en aquellos delitos que no tienen que ver con la seguridad en el tráfico), o la introducción de métodos electrónicos que permitan controlar el cumplimiento de las penas de arresto domiciliario, eficacia que autorizaría una sustitución las penas privativas de libertad de corta duración<sup>394</sup>. Sin embargo, la población atribuye a la pena un fin preventivo general<sup>395</sup>, mientras que la prevención especial (vinculada a la idea de resocialización) cae progresivamente en el olvido<sup>396</sup>, lo cual es lógico dentro de una sociedad que ha perdido el interés en la reintegración del delincuente y que está casi exclusivamente obsesionada por un temor, no infundado pero si exagerado, al crimen.

Por otro lado, también se debe tener en cuenta que el fin preventivo especial no exige necesariamente la sanción penal. De hecho en numerosas ocasiones la ausencia de intervención penal, por ejemplo, será la respuesta más idónea (diversión, compensación entre autor y víctima)<sup>397</sup>.

Tampoco se puede olvidar que el control social no sólo opera a través de medidas que desincentivan la realización de conductas desviadas. También es posible recurrir al Derecho para favorecer la realización de comportamientos socialmente deseados, bien a través de políticas que favorezcan que la población lleve a cabo estas conductas (respuesta a priori), bien mediante la previsión de premios o recompensas para el caso que se realicen las mismas (respuesta a posteriori)<sup>398</sup>.

Por último, he de señalar que aunque el derecho no puede renunciar a su función preventiva ésta no tiene por qué ser llevada exclusivamente a cabo por el Derecho penal<sup>399</sup>, que interviene tarde (no en el momento en que tiene lugar el conflicto)

<sup>393</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 20.

<sup>394</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 24 y s.

<sup>395</sup> Sobre la vuelta a la prevención general vid. Morales Prats, F., *QuinteroPG3*, pág. 131-139.

<sup>396</sup> Silva mantiene que la pérdida de la confianza en la resocialización tiene lugar en un plano intelectual teórico en la década de los 80, Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 310 y s.

<sup>397</sup> Bock, *Kriminologie*, § 319.

<sup>398</sup> Sobre la posibilidad que el Derecho tiene de ejercer un control social a priori o a través de medidas positivas o negativas, o a posteriori por medio de sanciones positivas o negativas Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 155 y s.

<sup>399</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 26; Kunz, K.L., *Kriminologie3*, 29/9.



parcialmente (sólo sobre la persona del infractor) y mal (no da una respuesta que ataje las causas del problema)<sup>400</sup>. Así, «frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal»<sup>401</sup>. En suma, parece evidente que la satisfacción penal de necesidades sociales no puede ser ilimitada. Aunque exista un interés digno de amparo, no todo puede ser protegido penalmente. Posiblemente otras ramas del ordenamiento jurídico<sup>402</sup> (y no necesariamente el Derecho administrativo que en la práctica implica un traslado del problema a una rama del derecho sancionadora como la penal pero sin las garantías que ésta tiene<sup>403</sup>; pienso más bien en las opciones que da el derecho civil<sup>404</sup>) pueden alcanzar los objetivos preventivos perseguidos sin necesidad de reducir progresivamente los derechos que el ciudadano posee. Sin embargo, «Esto no implica una renuncia a una regulación legal sino la orientación hacia formas de regulación adecuadas y hacia medios de regulación legal oportunos, como representan el derecho civil y otras ramas del derecho público. Pero sobre todo, el Derecho penal no puede en ningún caso compensar el déficit de la estructura política»<sup>405</sup>.

<sup>400</sup> García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 43; el mismo, "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 85. Defiende que la actuación penal sólo actúa sobre los síntomas manifestados («ein Herumkorrigieren an den Symptomen»), Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", pág. 687.

<sup>401</sup> Bustos/Hormazábal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 29.

<sup>402</sup> Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 32, que indica que un bien jurídico no tiene necesariamente que ser protegido por el Derecho penal, también el Derecho civil y público es competente.

<sup>403</sup> Como propone García Rivas, que recuerda, no sin razón, que la protección punitiva del medio ambiente o la salud pública se puede desarrollar «por medio del arsenal de infracciones y sanciones administrativas», *Delito ecológico*, pág. 128. Hassemer opina que la sustitución de la pena por otras medidas no controladas por el Derecho penal conduce a sanciones que se imponen con menos garantías sobre el ciudadano, Hassemer, W., "Bilder vom Strafrecht", pág. 246, nota 30. No obstante, no se puede olvidar que la intervención administrativa sería una medida más eficaz para resolver ciertos conflictos, así por ejemplo, la mejor vía para evitar los fraudes fiscales es crear mecanismos eficaces de control administrativo, Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 199; Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 140.

<sup>404</sup> Vid. Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales*, tercera parte; Albrecht, P.A., "Formalisierung versus Flexibilisierung...", pág. 257 y s; Lüderssen, K., *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, pág. 37 y ss; Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 229; Scheerer, S., "Die soziale Aufgabe des Strafrechts", pág. 89.

<sup>405</sup> Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 273; el mismo, *Kriminologie*, 309 y s; de forma parecida Roxin, "Problemas actuales de la política criminal", pág. 94-99, y Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 383; Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 139-41.



**Excursus: los riesgos de las exigencias de desregulación penal.**

La política criminal propia de un Estado social y Democrático de derecho, orientada al respeto de las libertades ciudadanas, es aquella regida por el principio de proporcionalidad y *última ratio* (sólo se acudirá al Derecho penal como último recurso, siempre se utilizará el medio menos lesivo que obtenga el mismo resultado preventivo, lo cual exige la creación y desarrollo de medidas alternativas y un continuo contacto con la realidad empírica) y que da preferencia a la búsqueda de soluciones a través de medidas de política social<sup>406</sup>. Además, cuando se constate que el Derecho penal no ha conseguido sus objetivos preventivos, ello no tiene que conducir a una reducción de garantías para maximizar la eficacia preventiva sino a una reflexión político criminal sobre las actuales necesidades de criminalización y descriminalización<sup>407</sup> y la capacidad preventiva de otros medios de control (formal o informal).

Ahora bien, aunque se acepte de forma genérica la necesidad de una desregulación penal y el recurso a otras ramas del ordenamiento jurídico y otros medios de control no formales, conviene reparar en que la satisfacción de esta exigencia no está exenta de riesgos.

(1) Me parece interesante la reflexión de Albrecht que muestra como el abuso de la legislación penal conduce a una *sobre-regulación* del sistema político-administrativo (*Übersteuerung im politisch-administrative System*), mientras que al mismo tiempo existe un déficit regulativo en el ámbito técnico económico (*Untersteuerung im technichs-ökonomischen System*); precisamente el sistema que genera los mayores conflictos es el que se mantiene prácticamente libre de una intervención punitiva directa<sup>408</sup>. Tal circunstancia no es casual. El fenómeno de la criminalización/descriminalización, en definitiva, el proceso de selección penal responde a la idea de protección estatal de los valores del grupo o clase dominante<sup>409</sup>. De hecho, en la criminalización primaria «se reproduce el universo moral de la cultura burguesa individualista, protegiendo... el patrimonio privado y controlando formas de desviación

<sup>406</sup> Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 487 y ss; Roxin, C., *DP97*, 2/23e; el mismo, "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", pág. 91.

<sup>407</sup> Albrecht, P.A., "Formalisierung...", pág. 266 y ss; el mismo, *Kriminologie*, pág. 308; el mismo, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 269, 273; Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 489.

<sup>408</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 184-87.

<sup>409</sup> Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", pág. 13, 18-21; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 60; Morales Prats, F., *QuinteroPG3*, pág. 287; Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 132; Virgolini, J., "Estudio preliminar", pág. 33 y s; Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 50 y s, 88.

típicas de los grupos sociales más débiles y marginados, dejando al descubierto, o sin protección penal, determinadas áreas de gran repercusión social, tales como los delitos económicos (es difícil distinguir entre una colosal estafa y un gran negocio), o delitos ecológicos»<sup>410</sup>.

No se debe pasar por alto que la solicitud de desregulación penal no es ideológicamente neutral, sino que persigue beneficiar a sectores concretos de la comunidad. Por consiguiente, hay que prestar atención sobre quien sea el protegido realmente por esa medida descriminalizadora (o criminalizadora)<sup>411</sup>.

El mecanismo penal da cobertura a estados de opresión y oculta situaciones reales de dominio y sometimiento. Tanto porque fijan simbólicamente el estatus de un determinado grupo, como porque ocultan una realidad de auténtica desprotección jurídica en beneficio de un grupo dominante<sup>412</sup>. Así, la tipificación autónoma de ciertas formas de provocación y apología a la xenofobia representa la creación de tipos penales que muestran la preocupación del legislador por esta cuestión que, sin embargo, conviven en muchas ocasiones con una política social restrictiva de derechos (como sucede con las leyes de extranjería)<sup>413</sup>. De igual forma, la aparición de los delitos ecológicos, aunque sea en ciertas ocasiones un medio adecuado para la protección de ese bien que permite atribuir responsabilidad a grupos de poder económico, oculta así mismo que «*la mayor parte de la agresión ecológica es hasta ahora perfectamente lícita*»<sup>414</sup>.

<sup>410</sup> Ruidíaz, C., "Opinión pública y justicia penal", pág. 982; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 139; Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 50 y s, autor que no obstante considera que en los últimos años se ha producido una evolución legislativa que ha involucrado a todas las clases sociales, de modo que, en ciertos sectores, son los estratos privilegiados los que tienen un mayor riesgo de sufrir una sanción penal (op. cit., pág. 50 y s, 116-122).

<sup>411</sup> Naucke señala que los debates abolicionistas se centraban en el *concepto de Derecho penal* pero no en el Derecho penal como praxis. Esto es, no tenía en cuenta los intereses de las víctimas y los autores, de los grupos sociales beneficiados o perjudicados por tales medidas, Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 22.

<sup>412</sup> Capella considera que «el derecho penal es utilizado para reprimir (scil. de forma indirecta) la protesta social generada por la minoración del trabajo... a través de (scil. la criminalización) de ciertas conductas a que se ven abocados quienes padecen duraderamente la falta de trabajo. La ocupación de viviendas, ciertas modas juveniles o marginales, la propia inmigración ilegal, los alborotos expresivos de tensión social o la delincuencia menor...», Capella, J. R., *Fruta prohibida*, pág. 279 y s; Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 47.

<sup>413</sup> Así, «a pesar de que existe todo un entramado jurídico-institucional que excluye al inmigrante económico y que contribuye a generar actitudes de rechazo frente a él, la política penal vendría a desempeñar objetivamente la función de suscitar la impresión de que, por el contrario, los responsables políticos e institucionales luchan contra tal exclusión. La política penal jugaría el papel de cobertura ideológica para la política jurídica global de la inmigración «económica». La lógica excluyente de las políticas restrictivas para con el inmigrante «económico» quedaría así oscurecida ante la evidencia y contundencia de una amplia política criminal antixenófoba», Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 103. En ese sentido vid. Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 45.

<sup>414</sup> Capella, J. R., *Fruta prohibida*, pág. 282 (cursiva original).

Por otro lado, la desformalización del conflicto implica una pérdida de garantías<sup>415</sup>. Por este motivo la solicitud de desregulación penal exige demostrar que los mecanismos de control alternativo propuestos reducen los costes sociales de la intervención punitiva sin dejar de respetar las garantías que esta ofrece<sup>416</sup>. De ahí que se exija al creador del programa de control social (formal o informal) que se preocupe por el desarrollo de un diseño que sea lo más respetuoso posible con los derechos de los ciudadanos<sup>417</sup>. Además, esa pérdida de garantías no se manifiesta solamente en la relación entre individuo y Estado. También implica una supresión de los mecanismos que garantizan la igualdad formal en la solución de conflictos entre sujetos con diferente capacidad de poder. «... las políticas de desregulación de nuestros días crean la falsa impresión de que donde antes había imposición por parte del Estado pasa ahora a haber no otra cosa que sujetos que deciden con plena libertad sobre sus intereses. Lo que se oculta es que la desregulación no significa acabar con el poder sino sustituir un poder (el poder del Estado) por otro poder, el que cada parte tiene en un proceso de negociación; la desregulación suele tener por ello consecuencias favorables para los que están en una situación de mayor poder económico, que pueden ejercerlo sin tener que someterse a los límites establecidos por las normas estatales o al poder imparcial que representa la figura del juez»<sup>418</sup>. Así, la desregulación del ámbito económico permite que los detentadores del poder en ese sector actúen sin cortapisa alguna y se afiance un sistema de desigualdades sociales<sup>419</sup>. Esta desregulación provoca que el ámbito privado asuma la capacidad normativa, lo que a su vez genera una liberación de las obligaciones y deberes que tenían los capitales, obligaciones que se desplazan hacia las capas más débiles de la sociedad<sup>420</sup>.

En suma, hay ciertos ámbitos jurídicos en los que la autorregulación no puede venir presidida por relaciones entre partes a las cuales el Estado garantiza un ámbito de

<sup>415</sup> García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 58; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 251, 292.

<sup>416</sup> García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 58.

<sup>417</sup> Así, con motivo de las críticas sobre la legitimidad moral que se le han hecho a la prevención situacional Medina Ariza comenta que ello no debe plantear un debate sobre el uso o abandono de esta técnica preventiva sino que debe conducir a incluir ciertos factores éticos como una variable más a tener en cuenta en el diseño de estos programas, eligiendo conforme a ello «las alternativas menos intrusivas como preferentes», Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 313-317.

<sup>418</sup> Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 133 y s.

<sup>419</sup> Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 313, que defiende que la creación de sistemas extrajudiciales (mediación o conciliación) vulneran «el principio de igualdad entre las partes, así como entre unos casos y otros del mismo delito. Se impone la ley del más fuerte, que apenas podrá ser morigerada por la labor de un mediador».

<sup>420</sup> Capella, J. R., *Fruta prohibida*, pág. 268 y s; Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 169.

libertad y paz. La existencia de una igualdad formal unida a la falta de su plasmación material genera que la autorregulación agrave esa desigualdad material y privilegie a la parte con mayor poder socio-económico-mediático. La regulación privada resultante carecería de equidad, pues no hay un control superior que corrija la capacidad de acuerdo y negociación en función de las condiciones concretas de partida en las que se encuentra cada interviniente. Es por ese motivo por lo que en ciertos sectores la actividad del Estado no se puede limitar a dar un amplio margen de libertad, sino que tiene que actuar velando por el mantenimiento de la igualdad formal y material<sup>421</sup>.

(2) Por último, no se soluciona la pretendida crisis del Derecho penal mediante el traslado de todos los puntos de conflicto al Derecho administrativo o a través de la creación de una rama del ordenamiento jurídico sita a caballo entre el Derecho administrativo y el penal<sup>422</sup>.

Con estas propuestas no se resuelve un problema, simplemente se desplaza a otra rama del Derecho ya existente o de nueva creación que dispone de menores garantías, lo que permite perseguir aquello que en el ámbito penal atentaba contra principios básicos de esta rama del ordenamiento jurídico. Es decir, tampoco resulta adecuado un proceso de desformalización parcial del conflicto que a través de la creación de un derecho, a caballo entre el administrativo y el penal, flexibiliza, reduce la sujeción a principios de carácter formal y material, aumenta las posibilidades de intervención y limita, con ello, las garantías de los individuos.

Por ejemplo, **Hassemer** culmina su visión de la *política criminal orientada a la libertad* («freiheitsorientierte Kriminalpolitik») con la propuesta de creación de un *derecho de intervención*<sup>423</sup>. Se trataría de una nueva respuesta **cualitativamente** distinta a la dada por el Derecho administrativo y el Derecho penal, que sustituiría a éste último en los contextos en los que no *podía actuar legítimamente*<sup>424</sup>. Textualmente afirma que permitiría una «prevención anticipada de daños en vez de la tardía reacción a lesiones de bienes jurídicos», entre otras cosas. Además, esta intervención anticipada no generaría una reducción de derechos porque iría lógicamente acompañada por unos mecanismos de derecho material y procesal que garantizarían los derechos del ciudadano<sup>425</sup>. ¿De qué principios en concreto está hablando, cómo los articulamos, cómo

<sup>421</sup> Staechelin, G., «¿Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del Derecho penal?», pág. 294 y s.

<sup>422</sup> Critica este *derecho de intervención* Eser, A., «Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización», pág. 26 y s.

<sup>423</sup> Propuesta aceptada con ciertos límites por Silva Sánchez, a saber, que se precise cuál es su contenido y cuál es su configuración, y que no se impongan sanciones privativas de libertad, Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 118-123, especialmente pág. 119 y 120.

<sup>424</sup> Hassemer, «Perspectiven einer neuen Kriminalpolitik», pág. 490; el mismo, «Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts», pág. 383.

<sup>425</sup> Hassemer, «Perspectiven einer neuen Kriminalpolitik», pág. 490.

los aplicamos en la práctica y cómo los anclamos legalmente? Es curioso comprobar como es la misma problemática que tenemos con el Derecho penal actual, con la *diferencia cualitativa* de que éste ya posee ciertos principios y garantías consagradas. Sorprende que Hassemer después de realizar un análisis tan acertado de la situación actual se pronuncie a favor de esta medida incompatible con lo que ha defendido hasta este momento (por ejemplo que la actuación anticipada del Derecho penal atenta contra el Derecho penal del hecho y representa por tanto un recorte no justificado de los derechos ciudadanos) y que deja la problemática en la misma situación en la que se hallaba. No se puede criticar los delitos de peligro abstracto y el riesgo que contiene el recurso a los bienes jurídicos colectivos y al mismo tiempo proponer ese *Derecho intermedio* como solución.

Un planteamiento parecido sería el de **Silva Sánchez**, que defiende un «Derecho penal de dos velocidades». Por un lado, habría un Derecho penal amplio y flexible: más alejado del núcleo clásico de delitos, con sanciones próximas a las administrativas (en ningún caso penas privativas de libertad), con criterios de imputación y político criminales más laxos. Por otro lado, junto a éste existiría un Derecho penal mínimo y rígido previsto para todos los tipos a los que se les adose una pena privativa de libertad como consecuencia jurídica. Con ello podríamos disponer de un derecho administrativo sancionador que posee la capacidad simbólica-comunicativa y de estigmatización social propia del Derecho penal<sup>426</sup>.

La primera reflexión que plantea esta propuesta es la siguiente pregunta: ¿por qué crear una tercera vía si un Derecho Administrativo sancionador dotado de las mismas garantías mínimas que el Derecho penal permite la punición de conductas más leves que la sancionadas penalmente con una sanción que debe ser proporcional a la cuantía del ataque<sup>427</sup>? Parece pues, que la creación de un Derecho intermedio tendría como objetivo bien autorizar la represión de comportamientos que ni siquiera serían abarcados por el ámbito administrativo sancionador, bien permitir el castigo de ciertas conductas con una sanción más elevada de la prevista por el derecho administrativo<sup>428</sup>.

¿Se pueden reducir las garantías cuando se trata de penas que no privan la libertad? ¿Se puede afirmar que una pena privativa de libertad de un año, es una sanción mayor que la privación permanente del permiso de conducir o que una inhabilitación absoluta o especial? ¿Un aparcamiento en doble fila se puede sancionar con una multa de 120.000 ¿? ¿La clausura de una empresa no equivale a su muerte?<sup>429</sup> ¿Un menor control sobre la posibilidad de sancionar conductas mediante multas, no representa, en definitiva,

<sup>426</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, pág. 124-27.

<sup>427</sup> Se hace una pregunta parecida, Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 83.

<sup>428</sup> Habría que plantear qué sentido tiene una tercera vía cuando el derecho administrativo que se elabora actualmente ya prevé sanciones más graves que las penales. Las sanciones disciplinarias establecidas por la Administración pueden tener una entidad y un efecto superior al producido por las correspondientes penas, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 120; Capella, J. R., *Fruta prohibida*, pág. 216; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 21, que sostiene que en la legislación actual hay sanciones administrativas más graves que las penales.

Si el Derecho administrativo contiene sanciones más graves que las penales o se imponen con menores garantías se vaciaría el principio de subsidiaridad externa del Derecho penal, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 120 y s; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 21.

<sup>429</sup> Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 22.

un atentado contra los derechos ciudadanos? A Silva hay que reprocharle que aunque las penas privativas de libertad sean las sanciones más graves, las otras consecuencias jurídicas del delito tienen una relevancia, pues limitan derechos fundamentales constitucionalmente consagrados que en muchas ocasiones pueden ser equivalentes a las de privación de libertad<sup>430</sup>. Derecho intermedio (entre el penal y el administrativo) que no deja de ser Derecho penal porque en la medida que «no se conforma con la mera devolución de quien lesiona el derecho a sus límites originarios y con una compensación de los daños, sino que para la imposición de la norma inflige un daño añadido, entonces nos estamos refiriendo en mayor o menor medida a la *sanción en forma de derecho penal...*»<sup>431</sup>.

Ahora bien, la propuesta de Silva Sánchez también podría orientarse a descriminalizar parcialmente ciertos comportamientos a los que le corresponde en ese derecho intermedio una sanción inferior a la prevista en el Código penal. Dicho objetivo sería loable, pero no haría sino complicar innecesariamente el sistema sancionador. Si ya es difícil fijar un criterio que nos permita distinguir el ámbito que corresponde al Derecho penal del propio del Administrativo sancionador, todavía sería más complicada esta operación cuando se introduce una tercera variable<sup>432</sup>. De nuevo habría que reproducir toda la discusión sobre la relevancia de cada bien jurídico: ¿el medio ambiente se incluirá en el núcleo duro, o éste sólo se reducirá al patrimonio y la libertad? ¿El empresario que contamina sólo tendrá que pagar una multa, normalmente externalizada en el precio del producto, o soportará una pena privativa de libertad?

Además, la laxitud de las reglas de imputación y las garantías penales, aunque permite hacer frente a nuevas formas de criminalidad sigue siendo a costa del sacrificio de principios penales<sup>433</sup>. Acudir a la vía administrativa, civil o extrajurídica para resolver un conflicto implica una pérdida de garantías que se puede solucionar dotando «a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al Derecho penal, desarrollar su grado de formalización, de manera que una despenalización impuesta por falta de merecimiento y de necesidad de pena pueda llevarse a cabo como corresponde, sin acarrear mengua significativa de garantías para el sujeto»<sup>434</sup>.

Es evidente que la sanción administrativa debe gozar de las mismas garantías y límites que la sanción penal<sup>435</sup>. No tiene sentido levantar todo tipo de control al poder sancionador administrativo del Estado y mantenerlos, sin embargo, sólo para la imposición de penas y a continuación centrar todo el debate en una discusión sobre el qué se entienda por «pena»<sup>436</sup>. Si se admite la posibilidad de una tercera vía sancionadora

<sup>430</sup> Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 22.

<sup>431</sup> Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 19 y s; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 185.

<sup>432</sup> Insiste en la dificultad de establecer con precisión ese núcleo, Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 83 y s.

<sup>433</sup> Capella insiste en la presencia de un *derecho penal administrativo*, inmenso, con sanciones de gravedad, «surgido al margen del sistema de garantías del derecho penal ordinario», *Fruta prohibida*, pág. 215.

<sup>434</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 292 y s.

<sup>435</sup> Vid. en ese sentido Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 77; Zugaldía Espinar, M., *PG*, pág. 196, que se refiere a la necesidad de «penalización del Derecho Administrativo», que asume los modelos de imputación y sistema de garantías del Derecho penal.

<sup>436</sup> Sobre este debate vid. Tiedemann, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, pág. 18-22.



como opción más flexible en la recepción de los principios garantísticos comunes al sistema sancionador unitario (en su dimensión penal y administrativa)<sup>437</sup>, por esta rama del ordenamiento jurídico se autorizarían procesos sancionatorios que en la práctica no estarían sometidos a ningún límite material<sup>438</sup>. Habría que crearlos de cero.

Igualmente se tendría que fijar si para ese Derecho penal intermedio se abre la posibilidad de regular directamente a través de reglamentos y leyes de naturaleza ordinaria o sigue rigiendo la «absoluta reserva de ley orgánica» de la material penal, garantía de una representación del mayor número de grupos sociales en la adopción de decisiones legislativas fundamentales y no sólo de la mayoría representada por el gobierno<sup>439</sup>, y prevista (en el art. 81.1 CE) para la regulación y limitación de derechos fundamentales y libertades públicas. Con ello se trata de resolver el debate ya existente en materia penal sobre si sanciones no privativas de libertad, a saber, multa, inhabilitación absoluta y especial, privación del derecho a conducir vehículos, comisos... son abarcadas por la exigencia de ley orgánica del art. 81.

Por último, si bien se mantiene la función general preventiva del Derecho penal, el problema de fondo no se resuelve, incluso el recurso a ese Derecho penal laxo pudiera dificultar el acceso a otras medidas adecuadas de política social.

Que se concentren todos los tipos problemáticos en un grupo, se les dé un nombre que lo distinga del Derecho penal en sentido estricto, y se le indique al ciudadano que en ese ámbito sus expectativas, en relación con los principios garantísticos, son menores, no resuelve el problema. Desde luego el Derecho penal nuclear se mantiene intacto, desaparece cualquier atisbo de crisis, pero ¿qué pasa con la «cosa» intermedia? ¿Y con el sujeto que sufre su aplicación?

Por ello critico a la propuesta de Silva lo mismo que a Hassemmer: para evitar que la sustitución del Derecho penal provoque un descenso de las garantías jurídicas<sup>440</sup>, hay que fijar en ese Derecho intermedio qué garantías siguen vigentes, el grado de flexibilidad de las mismas e incluso establecer otros límites, lo cual conduce a crear un sistema tripartito todavía más complicado que el que ya existe.

El proceso de desregulación y la creación de otras vías jurídicas alternativas, es decir, la sustitución del Derecho penal por otros mecanismos de solución de conflictos obliga a plantear el problema de la legitimidad de los mismos, y en ese sentido no se debe olvidar que el Derecho penal no sólo es un instrumento de poder limitado en su uso sino que a su vez controla y limita el «poder intersubjetivo» con unas garantías ciertas<sup>441</sup>.

<sup>437</sup> Defiende una concepción unitaria del sistema sancionador, Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 27, 30. De modo que, ambos se deben someter a los mismos principios ordenadores en el sentido de poseer las mismas *garantías mínimas*, op. cit., pág. 30 y ss, 74, 79 y s.

<sup>438</sup> En esa línea crítica Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 30.

<sup>439</sup> Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, t. II, pág. 63 y s, 107-109.

<sup>440</sup> Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 26; Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, pág. 188.

<sup>441</sup> Jung, "Anmerkungen...", pág. 511, 516.



Por todo lo dicho, entiendo adecuada una perspectiva (dinámica) del principio de intervención mínima que conjuga intervención mínima con necesidad de actuación penal<sup>442</sup>. Dicho de otro modo, no se debe confundir intervención mínima con planteamientos abolicionistas de corte conservador que persiguen trasladar los conflictos a ambitos desformalizados o a otras ramas del ordenamiento jurídico dotadas de menores garantías, y todo ello «sin intentar ofrecer soluciones a los problemas estructurales que los originan y, al mismo tiempo, proponen la creación de estados policiales de control»<sup>443</sup>.

### III. LA DIMENSIÓN IDEOLÓGICA DE LA ANTICIPACIÓN PENAL.

La anticipación penal, especialmente cuando se persiguen ciertas tentativas de participación, posee un componente ideológico: consagra valores, reafirma los ya existentes y oculta situaciones de opresión. En definitiva, el Derecho penal ha asumido junto con las tradicionales instituciones encargadas socialmente de educar a la generalidad una función de control social de la acción<sup>444</sup>. Ha recabado, por consiguiente, una función de control social simbólica en cuanto no tiene como intención responder ante la realización de conductas desviadas, sino consolidar el sistema de valores del orden social, esto es, persigue la *construcción de la conformidad con el mundo social*<sup>445</sup>. Se convierte, junto con otras formas de intervención legal, en un medio de orientación social de una comunidad insegura<sup>446</sup> a la cual ofrece símbolos y modelos de solución de conflictos sociales<sup>447</sup>. A saber, es un mecanismo de pedagogía-político social, de socialización, de civilización<sup>448</sup>.

<sup>442</sup> Defiende esta perspectiva dinámica, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 138; próximo Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 207: «el principio de intervención mínima no puede utilizarse en absoluto como *coartada* para configurar al Derecho Penal de una forma clásica y obsoleta (digamos «liberal») orientándolo a la reproducción sistemática de relaciones de dominio injustas y vinculando casi exclusivamente a la delincuencia violenta o contra la propiedad, esto es, a una criminalidad propia de los sectores sociales básicamente marginales».

<sup>443</sup> Portilla Contreras, G., *PG*, pág. 53. Hay un relativo abandono de los planteamientos contrarios al uso de la pena motivado por la consideración de que los procesos de despenalización pueden provocar un perjuicio de los miembros más débiles del sistema. Observa esta tendencia Silva Sánchez, J.M., «Nuevas tendencias político criminales...», pág. 310 y s.

<sup>444</sup> Las formas de control social pueden ser preventivas, que actúan sobre el individuo para que interiorice el contenido de una norma (control social de acción), o reactivas que se activan ante la realización de un comportamiento, vid. Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 16.

<sup>445</sup> Término tomado de Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 16.

<sup>446</sup> Müller-Dietz, H., «Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung», pág. 103.

<sup>447</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 77.

<sup>448</sup> Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 45; Cuerda Arnau, M.L., «El denominado delito de apología del genocidio», pág. 1165 y s (en lo relativo al 607.2), que considera que esa labor de «pedagogía social» no es competencia del Derecho penal..

El Derecho penal lleva a cabo ese proceso de *construcción de la conformidad* a través de un doble procedimiento:

(1) El precepto penal recoge los valores sociales ya vigentes. Todos los intereses sociales que articulan el funcionamiento de la comunidad se elevan a la categoría de bienes jurídicos penales, y su presencia en un código demuestra su existencia. La norma penal recoge y fija el estándar moral de la sociedad<sup>449</sup>.

La vigencia de una norma penal que tutela un interés concreto determina lo que es socialmente valioso.

La norma penal contiene una decisión valorativa que refleja los criterios axiológicos e ideológicos dominantes: en el presente los procesos de internalización de valores vienen determinados por la fijación internacional de un mismo sistema axiológico, presididos por un neoliberalismo económico, que identifica libertad personal con libertad de mercado<sup>450</sup>.

El Derecho penal protege el sistema de valores<sup>451</sup>, función que realiza de tres maneras. Primero, transmite una sensación de seguridad y respeto de la forma de pensar de la mayoría<sup>452</sup>. Segundo, evita la degeneración del sistema en la medida en que recoge los valores de la comunidad, que dotados de un soporte físico tienen mayores opciones de inmutabilidad y pervivencia; para evitar esa degradación se llega incluso a la deificación de los valores e instituciones. Tercero, educa a los sujetos en el respeto a estos valores a través de la interiorización de la norma y de la concepción social que posee<sup>453</sup>. A cada miembro de la sociedad se le indica

<sup>449</sup> Voß, M., *Symbolische Gesetzgebung*, pág. 109; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 183 y s.

<sup>450</sup> Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 21.

<sup>451</sup> Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 463.

<sup>452</sup> Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 226.

<sup>453</sup> Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 61-65.

Teorías psicológicas, especialmente la del desarrollo moral de Piaget, insisten en la relevancia que tiene la internalización en los procesos de control social, vid. Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social*, pág. 39. Proceso de internalización que no puede ser llevado a cabo de forma exclusiva por el Derecho penal, Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 63 y s.

Se observa pues dos de las principales concepciones que existen dentro de la prevención general positiva: el fin ético social, que pretende «fortalecer los valores ético-sociales inscritos en las normas en el fuero interno de los ciudadanos», el fin de integración, «desde el cual la pena se postula como un mecanismo de cohesión social, canalizando los instintos de venganza generados por el delito y fortaleciendo los lazos sociales a través de la internalización de los valores del ordenamiento jurídico», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 330. La tercera concepción dentro de la prevención general positiva sería el fin de protección de la vigencia de la norma, que persigue la vigencia fáctica de las normas con independencia de su contenido axiológico, lo cual es considerado por el autor de forma positiva porque evita la confusión entre Derecho y moral y abre un marco de punición menos subjetivo, op. cit., pág. 331.

normativamente que no mantenga un determinado estilo de vida porque ha sido rechazado por la comunidad<sup>454</sup>. La organización de la vida contraria a este modelo es una forma de criminalidad<sup>455</sup>. A través, del Derecho penal se crea de forma progresiva un esquema normativo en la mente de cada individuo, esquema con el que el sujeto coteja con posterioridad cada situación concreta y que, por consiguiente, despliega el efecto de un control «desde dentro»<sup>456</sup>.

La pena y la medida de seguridad son elementos integradores de una «tecnología del poder sobre el cuerpo» que es ejercida por un Estado entendido como «cuerpo político»<sup>457</sup>. A ellas recurre el Estado para afianzar un sistema social concreto, para determinar el «alma»<sup>458</sup> de los hombres, «...que tiene una realidad, que está producida permanentemente en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se castiga, de una manera más general sobre aquellos a quienes se vigila, se educa y corrige, sobre los locos, los niños, los colegiales, los colonizados, sobre aquellos a quienes se sujeta a un aparato de producción y se controla a lo largo de toda su existencia»<sup>459</sup>.

(2) Además, sensibiliza hacia aquellos valores que están en formación. La norma penal establece lo que *debe* ser socialmente valioso, es decir, el Derecho penal sensibiliza a la población para que comience a respetar ciertos intereses<sup>460</sup>. Por consiguiente, se puede hablar de una *función promocional*<sup>461</sup> del Derecho penal en el sentido que favorece la consolidación social de ciertos valores y modos de comportamiento a través de la desincentivación (que provoca la sanción penal) de conductas contrarias a ese modelo que se quiere establecer. Así, los tipos que protegen el medio ambiente o los especialmente creados para la protección de las

<sup>454</sup> Señala que los procesos de construcción de la conformidad se desarrollan igualmente creando el rechazo hacia ciertas situaciones, Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 17.

<sup>455</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 202.

<sup>456</sup> Seelmann, K., "Risikostrafrecht", pág. 463; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 16; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 27.

<sup>457</sup> Foucault, M., *Vigilar y castigar*, pág. 31-37.

<sup>458</sup> Foucault entiende el alma no como la concepción cristiana, sino como la prisión del cuerpo determinada por «...procedimientos de castigo, de vigilancia, de pena y de coacción», de educación y de producción, *Vigilar y castigar*, pág. 36-37.

<sup>459</sup> Foucault, M., *Vigilar y castigar*, pág. 36.

<sup>460</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380; Voß, M., *Symbolische Gesetzgebung*, pág. 28; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 145; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, pág. 303; Tiedemann, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, pág. 54; Ruiz Landáburu considera que la justificación de la presencia de la agravante genérica del art. 22.4 CP (motivos racistas) radica en que «con esta agravante se pretenden erradicar ciertos pensamientos o ideas que se consideran indeseables para nuestra sociedad», Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 81.

<sup>461</sup> Sobre las funciones promocional y distributiva del Derecho vid. Bobbio, N., "La función promocional del Derecho", pág. 371 y ss; Atienza, M., *Introducción al Derecho*, pág. 54 y s.

mujeres maltratadas<sup>462</sup> muestran como el que contamina –de las formas socialmente insoportables recogidas en el Código–, o el que maltrata son criminales tanto para el Derecho como para la sociedad.

Sin entrar a resolver el problema que plantea los mecanismos de criminalización selectiva que se oculta tras los procesos de criminalización y si los criterios utilizados conducen a una discriminación social, cuestiones que creo que se deben resolver en cada tipo concreto, es evidente que la criminalización de algunas conductas responde en ocasiones a incipientes cambios en la conciencia de la sociedad (confirmar penalmente cambios en las estructuras de pensamiento social) y a la necesidad de acelerar una mutación en la mentalidad mediante la imposición de un *sanbenito*<sup>463</sup> al sujeto que responde a un modelo de comportamiento que se quiere superar. *Etiqueta* que es reconocible fácilmente tanto por el individuo que realiza la conducta tipificada como la comunidad en la que vive<sup>464</sup>.

Pero, así mismo, existe igualmente un proceso de insensibilización. La falta de tipificación de ciertos comportamientos o el carácter limitado de la persecución penal influye en la comunidad que cree que los delitos cometidos por ciertos grupos sociales (*Kavaliersdelikt*), en ámbitos concretos (especialmente en el ámbito medio ambiental, económico y tecnológico) son conductas irrelevantes o no tan *reprochables* como otras. Realmente parece que el empresario que se apropia de ciertas cantidades de dinero, o que priva a sus empleados de sus derechos es menos delincuente que un homicida. Error que olvida el hecho de que la capacidad lesiva de esas conductas es muy elevada, que el daño que causan tales comportamientos puede ser muy grave<sup>465</sup>.

Desde luego la conducta del ratero tiene unas menores consecuencias sobre la estabilidad económica y la pervivencia del Estado asistencial que la del sujeto que defrauda a Hacienda, sin embargo, socialmente se considera que el primero es un criminal y al segundo simplemente se le tacha de bribón o cara dura.

---

<sup>462</sup> Ejemplos tomados de Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380.

<sup>463</sup> El sanbenito era una forma de sanción prevista por la inquisición, por la cual, un sujeto llevaba una vestimenta que publicaba y perpetuaba su infamia. Una vez trascurrido el periodo de tiempo marcado se colgaban en las iglesias de su zona para mantener en la memoria de la comunidad la mancha del hereje y de su familia, vid. Kamen, H., *La inquisición española*, 3.ª Edición, Barcelona, 1988, pág. 167 y s.

<sup>464</sup> «...todo parece indicar que la pena no *resocializa*, sino que estigmatiza; no limpia, mancha... A menudo, incluso, no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena», García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 44.

<sup>465</sup> De forma parecida, Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 127; Ruidiaz, C., "El miedo al delito. Apuntes para la reflexión", pág. 935.

En suma, la parte especial del Derecho penal no sólo establece, sino que además crea el mínimo ético<sup>466</sup>. Los Códigos penales se han convertido en los nuevos catecismos de los Estados laicos, que resumen los valores dominantes en una sociedad y las formas de conducta despreciables para la misma<sup>467</sup>.

Dentro de esta doble tendencia (in/sensibilizadora), destaca la seducción que la vía penal ejerce sobre las organizaciones sociales que gestionan la moral colectiva (*gestores «atípicos» de la mora*<sup>468</sup>). Las organizaciones ecologistas, pacíficas, feministas, religiosas<sup>469</sup>, entre otras, utilizan el Derecho penal para la obtención de sus objetivos. Solicitan bien una ampliación de la actuación punitiva, que alcanza incluso las formas de disidencia ideológica; bien una reducción de la intervención penal, todo ello para confirmar sus valores y proteger sus intereses<sup>470</sup>.

<sup>466</sup> Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág. 45. Ya insistía en esa doble función del Derecho penal Welzel (*Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, pág. 3) como pone de manifiesto Alcálcer Girao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 57.

<sup>467</sup> Próximo Gómez Benítez, J.M., "La teoría del «bien jurídico»", pág. 16 y s: la tradicional concepción espiritual-cultural del bien jurídico permite concebir a los códigos penales como códigos morales pues «el punto central del interés penal no son... los efectos sociales del delito, sino la relación desvalorativa que supone con el mundo cultural del entorno social».

<sup>468</sup> Termino tomado de Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 46-50.

<sup>469</sup> Así el Vaticano, en „Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”, preparado por la Congregación para la Doctrina de la Fe (ex Santo Oficio) «ha pedido a los políticos católicos que se opongan a todas las leyes que reconozcan las uniones homosexuales, ya que éstas son „inmorales” y „nocivas” para la sociedad... «El matrimonio es santo mientras que las relaciones homosexuales contrastan con la ley moral natural. Los actos homosexuales cierran el acto sexual al don de la vida, no pueden ser aprobados de manera alguna», afirma la congregación. Además, subraya que la homosexualidad es un hecho «desordenado» y su práctica «un pecado grave contrario a la castidad». «También se ha mostrado contrario a las adopciones de niños por parte de estas parejas porque significa someterles a «violencias de distintos órdenes», algo «gravemente inmoral y en contradicción con los principios de la ONU para los niños»», *El Mundo*, viernes 1 de agosto, 2003. Como se ve la Iglesia se empeña en avanzar al ritmo de la sociedad moderna

<sup>470</sup> Vid. al respecto Ruidiaz, C., "Opinión pública y justicia penal", pág. 981; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 46-50. Herzog insiste en que el poder o la ausencia de poder de los grupos de presión ciudadana es uno de los factores que condicionan la criminalización de un comportamiento, Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 320;

De modo parecido Atienza afirma que «los “verdaderos” legisladores son muchas veces, no las autoridades políticas, sino los grupos de presión (el poder económico)», Atienza, M., *El sentido del derecho*, pág. 136. Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, pág.44, precisa que esos grupos de interés acuden al Derecho penal porque carecen de un poder suficiente como para imponer su ideología por sí mismos. Por último, Sgubbi, señala que la asignación de la ilegalidad penal es la consecuencia de un procedimiento negociado en el cual cada grupo social presiona al legislador para reducir el número de sus acciones típicas y para que aumente la cuota de responsabilidad penal de otros grupos, Sgubbi, F., *El delito como riesgo social*, pág. 77-85. «El derecho penal se convierte en un elemento interno en los conflictos sociales: se vuelve norma de sostén y de confirmación –y de la misma manera el lugar y el momento de verificación– del poder contractual-institucional de los sujetos sociales colectivos, de los grupos organizados de intereses», op. cit., pág. 81.

**Müller-Dietz** considera que el contenido de un tipo penal no debe venir determinado por la moral de un grupo social. Sólo se deben perseguir penalmente aquellas conductas socialmente dañinas, pues en caso contrario, el Derecho penal se convierte en un instrumento de la ética de un grupo dominante<sup>471</sup>. Estoy de acuerdo con la opinión de este autor a favor del *pluralismo*, a favor de la prohibición de imponer a través de la coacción un orden ético-social<sup>472</sup>, sin embargo, no se puede olvidar que el tipo penal obedece a una decisión de política criminal que encarna unos valores. La cuestión no radica por tanto en que la ética de un grupo social determine el contenido del tipo, pues siempre será así, sino en que esta decisión sea respetuosa con otras éticas que coexistan en ese concreto ámbito social, es decir, es una cuestión de *tolerancia*<sup>473</sup>.

Hay ciertos ámbitos en los que el aumento de la actuación estatal a través de la maquinaria penal tiene como objetivo proteger el ambiente social de aprobación fijado por el desarrollo de ciertos símbolos. Esto es, la confianza de la sociedad se enlaza con una serie de instituciones y símbolos. Dentro de esta mitología del Estado de Derecho se incorporan ciertas instituciones (constitución, justicia, administración pública, jefatura del Estado) cuya inmaculada existencia ofrece a la sociedad una muestra del perfecto funcionamiento del sistema. Cualquier ataque *verbal* contra estos símbolos representa ya un atentado contra la comunidad, pues aunque no se ha quebrado el sistema, se ha vulnerado la conciencia social vinculada a esos signos<sup>474</sup>. En este contexto se aprecia una persecución de opiniones y discusiones que contienen una posición crítica o contraria a la dominante.

Interesante es la elevación de los Códigos penales a la categoría de símbolo institucional. Según lo indicado anteriormente cualquier manifestación a favor de comportamientos contrarios a lo recogido en sus preceptos es considerada en sí misma como una forma de delito<sup>475</sup>. De conformidad con este esquema no sólo

<sup>471</sup> Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 23 y s.

<sup>472</sup> Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 51, 73.

<sup>473</sup> Lo cual es muy difícil, pues, como señala Müller-Dietz hay que determinar cuáles son las otras éticas minoritarias que deben ser respetadas (qué tamaño debe tener un grupo social para que sus opinión deban ser tenidas en cuenta) y qué criterios deben regir para obtener ese respeto mutuo, Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 28 y s.

<sup>474</sup> Beck, W. *Vorfelddriminalisierung...*, pág.121 y s; Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 163-77, especialmente pág. 169-71.

«El Estado se preocupa explícitamente del "clima psíquico" (!) y postula la predisposición del hombre hacia el mal como motivo del merecimiento de pena», Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 201 (interjección original). Critica esta tendencia porque supone la supresión de la libertad ideológica y de expresión, Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 55.

<sup>475</sup> «los comportamientos tipificados en el Código penal son modelos de conducta rechazables, rechazados por la sociedad y, por lo tanto, el elogio de los mismos también debe serlo», Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 79.



surge la provocación, la apología<sup>476</sup> (art. 18 CP), y otras variantes de estas figuras<sup>477</sup>, también la proposición<sup>478</sup> y la conspiración<sup>479</sup> (art. 17 CP), e igualmente la inducción (art. 28 CP) y cualquier forma de complicidad psicológica. Desde esta perspectiva no se puede negar que el Derecho penal también ejerce una función moral en la medida en que convierte en dogmas al conjunto de valores sociales penalmente amparados y al delito en una forma de blasfemia, ya que la divergencia axiológica manifestada deja de considerarse como una discrepancia propia de un estado plural. La conmoción de las creencias del resto, cuyas expectativas giran en torno al orden que otorga el binomio devoto/insurrecto (pecador), exige una expiación patibularia. En la persecución penal de estos comportamientos «... ya no hay más interés que el ideológico de reafirmar el más puro sentimiento de adhesión y fidelidad a la norma, y a través de ella, al Estado»<sup>480</sup>. Intenciones que son expresadas abiertamente por el TS con motivo del fundamento del castigo de la apología: «El delito de apología delictiva requiere que el autor apologice bien sea hechos delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado.

<sup>476</sup> La apología supone la criminalización de una opinión favorable al delito, es decir, de una manifestación que no coincide con los valores recogidos en el Código penal, porque al cuestionar éstos reduce la disposición a la obediencia y aumenta la posibilidad de que se cometa un delito, además, conmociona a la comunidad que ve como sus valores han sido puestos en duda y corre peligro la expectativa de que las leyes que los recogen sean respetadas en el futuro, vid. al respecto críticamente Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 73 y s; Maqueda Abreu, M.L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 25. Su punición, por tanto, «...evidencia la escasa sensibilidad democrática de nuestros legisladores penales y lo fácilmente que éstos se dejan arrastrar por la tentación (autoritaria) de instrumentalizar el Derecho penal en contra de la disidencia ideológica y a favor de la sobreprotección del Estado frente al ciudadano», Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 87.

<sup>477</sup> Por ejemplo el art. 510.1 CP que castiga la provocación a la discriminación, odio, violencia por motivos racistas... con el objetivo de crear una conciencia social de respecto a las etnias, culturas, religiones, orientación sexual, ideológica... deja una puerta abierta a una represión descontrolada. De igual forma aparecen los arts. 170.2, 607.2, 578 CP.

<sup>478</sup> Sobre la proposición Muñagorri señalaba que su punición genérica era un «...rasgo de una legislación penal de corte autoritario...», Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 995, 1004.

<sup>479</sup> Todas estas figuras «...históricamente, han estado vinculadas a cuestiones de índole política...», (Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 38), «...más dirigidas a la autoprotección de instituciones del Estado que a la protección de su condición democrática. Nos lleva, en todo caso, a un Derecho penal, que actúa en la esfera de la voluntad y la sospecha» (Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1006 y s). Vid. Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 492 y s. De forma general, Müller-Dietz defiende que la legislación del Estado, dentro de la que se incluye el código penal, es un reflejo del grado de libertad presente en ese Orden Estatal, Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 9.

<sup>480</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 74; Maqueda Abreu, M.L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 25, ambos con motivo de la punición de la apología.



Dicho de otra manera: la acción apologética presenta al comportamiento desviado del autor y a los daños por éste ocasionados como un valor superior a los del orden jurídico»<sup>481</sup>.

Consiguientemente, la consideración de algunas instituciones como «tabúes»<sup>482</sup>, es una forma extrema de educación mediante la norma penal que conduce al inmovilismo de ciertos valores ya que cierra cualquier discusión, o parte de la misma, que tenga por objeto estos símbolos. O sea, es una forma de ideología<sup>483</sup>. Además, todo ello responde a la inseguridad del Estado en sus bases constitutivas, que teme las críticas y otras formas de disidencia insertas en un ambiente de libertad política y de expresión<sup>484</sup>. Se penaliza al opositor para impedir que su crítica se consolide y pueda llegar a cambiar el sistema<sup>485</sup>: se prefiere un consenso por mandato a una disputa política que pueda consolidar una nueva cultura jurídica<sup>486</sup>. El Derecho en general y en concreto el penal se convierte en «una fuente indirecta de consenso, en cuanto produce comportamientos uniformes, pero se trata de un consenso que nace de la coerción»<sup>487</sup>. Y al respecto hay que afirmar con Mul que «...es tan perjudicial, o aún más, la coacción impuesta de acuerdo con la opinión pública que la que se ejerce en contra de ella»<sup>488</sup>. La ruptura del proceso de integración de mayorías y minorías<sup>489</sup> mediante la tendencia a la homogeneización implica una

<sup>481</sup> STS 4 de julio 2001 (f.d. 1.º); STS 4 de julio 1994; STS 9 de mayo 1996; 29 de noviembre 1997 (f.d. 30.º).

<sup>482</sup> La comprensión normativa de la sociedad revela la presencia de elementos mágicos en el código penal que protegen bien al Estado ("Tabú del soberano"), bien ciertos valores sociales ("Tabú del Tótem"), Hassemmer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 170, que a continuación da ejemplos de la presencia de ambos tabúes en el código penal alemán.

<sup>483</sup> En cuyo caso no se puede afirmar que se proteja realmente un bien jurídico, Roxin, C., *DP97*, 2/11.

<sup>484</sup> Por ejemplo, el grado de persecución penal de la apología ha sido considerado como un indicador del peso de los valores liberales en una sociedad (Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 268) que especialmente refleja un déficit democrático en la sociedad que reclama su persecución y en el legislativo que lo incluye en el Código penal. En definitiva, «...la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos de Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica» Roxin, C., *DP97*, 2/25.

<sup>485</sup> Beck, W. *Vorfelddkriminalisierung...*, pág. 114.

<sup>486</sup> Ostendorf, H., *AK*, 140/1.

<sup>487</sup> Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 162, con motivo de la explicación de la concepción conflictualista de Gumpowicz, L., *Compendio de sociología*, Milán, 1981.

<sup>488</sup> Mul, "Sobre la libertad", en *Sobre la libertad y otros escritos*, coordinado por J. Abellán, Madrid, 1991, pág. 109 y s; citado por Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 101.

<sup>489</sup> Segundo momento de la *reconstrucción del pluralismo político*: la Constitución normativa, que en el instante constituyente es un acto de la voluntad popular (primer momento), es el sistema jurídico que permite y genera una permante integración de mayorías y minorías, Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional...*, pág. 53.

quiebra del pluralismo social y político constitucionalmente ordenado y garantizado<sup>490</sup>. Ahora bien, en un contexto social determinado por la búsqueda del orden (frente al caos), por los intentos de definir y acabar con la ambivalencia<sup>491</sup>, no puede extrañar la institucionalización de algunas formas de intolerancia, pues ésta se ha convertido en una tendencia natural de la modernidad<sup>492</sup>. «La construcción del orden pone límites a la incorporación y a la admisión. Supone la negativa a derechos y fundamentos que no puedan ser asimilados – para deslegitimación del otro»<sup>493</sup>.

En resumen, la norma penal pretende provocar una reacción positiva hacia lo recogido en ella, obliga a una toma de conciencia de la sociedad y la induce al respeto de su contenido<sup>494</sup>. Ahora bien, un Derecho penal que ejerce una función pedagógica y de sensibilización social corre el riesgo de caer en una dictadura de valores<sup>495</sup>. Su función promocional representa una confusión entre derecho y moral<sup>496</sup>, implica una intromisión en la esfera valorativa de los individuos limitando su libertad de determinación moral<sup>497</sup>, olvida que la consecución de ese efecto exige instrumentalizar en ciertas ocasiones a sujetos que han realizado conductas objetivamente irrelevantes<sup>498</sup>, y por último oculta que ese papel (de promoción)

<sup>490</sup> Vid. Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional...*, pág. 51 y s.

<sup>491</sup> Bauman, Z., "Modernidad y ambivalencia", pág. 73.

<sup>492</sup> Bauman, Z., "Modernidad y ambivalencia", pág. 82.

<sup>493</sup> Bauman, Z., "Modernidad y ambivalencia", pág. 82.

<sup>494</sup> Voß, M., *Symbolische Gesetzgebung*, pág. 28; Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 77.

<sup>495</sup> De forma parecida Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 98; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 720. «El Estado no tiene la misión de realizar ideas y valores por las que cada uno tiene que decidirse por convicción propia, sin necesidad del imperativo legal, para así garantizar su éxito. La pretensión de imponer esas ideas mediante la violencia estatal acaba la mayoría de las veces en la dictadura», Roxin, C., "La evolución del Derecho penal y la política criminal...", pág. 24. «...resulta indudable que estimar como fin primario del Derecho penal el aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales de la acción y el fortalecimiento de actitudes fieles a Derecho, conlleva la introducción de criterios moralizantes, educacionales, manipuladores de las convicciones internas de los ciudadanos, y eso sí implica una rechazable interacción de la moral y el Derecho, además de un intervencionismo excesivo en la esfera de la autonomía privada de los ciudadanos», Alcácer Girao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 66.

<sup>496</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 66. En definitiva, hay una confusión entre Derecho y moral en la cual «en lo tocante a la desvaloración de conductas, se traducirá en una subjetivización de los criterios de desvalorización y, en consecuencia, en un adelantamiento de punición, puesto que ya una voluntad manifestada hostil a Derecho expresa el rechazo de los valores de la actitud jurídica y quebranta el «poder espiritual» del ordenamiento», Alcácer Guirao, R., op. cit., pág. 331.

<sup>497</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 302.

<sup>498</sup> Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 525. Igualmente crítico Alcácer Guirao que considera que un fin de ético-social o de integración atenta contra la autonomía privada del individuo en la medida en que quiere conformar su fuero interno. Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 331.

debe ser competencia de otras ramas del ordenamiento jurídico dentro de un Estado social<sup>499</sup>.

#### IV. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL.

El Estado está sometido a una continua presión social. Se enfrenta a una comunidad que exige soluciones<sup>500</sup>, que le critica por su incapacidad para resolver los problemas y garantizar la seguridad. En ese contexto político el instrumental penal es una medida demostrativa<sup>501</sup>, es una «cómoda almohada»<sup>502</sup> para el legislador que a través de ella, «... puede señalar que no se ha mantenido inactivo y su buena conciencia tiñe la conciencia social»<sup>503</sup>, procura una solución inmediata, encubre el problema y silencia las críticas (cada vez se habla menos del conflicto social que debe ser resuelto)<sup>504</sup>. El Derecho penal aparece como el *héroe* que soluciona el conflicto y que muestra la capacidad del gobierno que lo utilizó<sup>505</sup>.

(1) La intervención penal tiene como primer objetivo la provisión de una actividad estatal por medio de su instrumento más contundente que apacigüe los ánimos

<sup>499</sup> Mir Puig, S., "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", pág. 154.

<sup>500</sup> Vid. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 67.

<sup>501</sup> Kunz, K-L., *Kriminologie*, 35/14.

<sup>502</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat", pág. 200.

<sup>503</sup> Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 53.

<sup>504</sup> Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 267 que al respecto habla de la creación de "mecanismos de esfumación y encubrimiento" (*Ausblendungs- und Verschleierungsmechanismus*). Vid. Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 78; Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 720 (que habla de modificar la imagen de la realidad en vez de la realidad en sí misma); Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein", pág. 138-40, que expone con claridad como funcionan estos "mecanismos" en el ámbito económico. El autor describe los supuestos en los que los intereses económicos exigen la intervención penal que, de este modo, se convierte en un instrumento económico más que tiene como misión garantizar el beneficio del sector privilegiado (vid. enumeración en op. cit., pág. 141). En concreto analiza el supuesto en que se reclama una amenaza penal como único medio para combatir los casos de Ladendiebstahl (hurto en tienda), los cuales tienen que ser urgentemente reducidos, según defienden los propietarios, por las pérdidas patrimoniales que representan. Ahora bien, este perjuicio no es evidente. Se ha demostrado que la diferencia de inventario se debe sólo en un tercio a los hurtos de clientes, mientras que otro tercio se debe a los hurtos del personal empleado y un último tercio a otros factores. Esa continua obsesión con la importancia de los hurtos tiene como objetivo distraer la atención del ciudadano. Primero, porque amparándose en tal concepto el pequeño y mediano empresario pueden ocultar ciertas cantidades a la Hacienda pública de forma justificada. Segundo, porque el propietario de la empresa se exime de la responsabilidad por los daños producidos sobre su propio patrimonio como por aquellos que tengan lugar sobre otro ajeno. Y, por último, con ello se justifican las subidas de precios. Es decir, la externalización de los costes sobre el consumidor se ampara exclusivamente en esos "hurtos". Y así, se torna innecesario plantearse cuáles pueden ser las otras variables que pudieran haberlo determinado. Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein", pág. 141-143.

<sup>505</sup> Vid. Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 322.

aunque no solvente el conflicto y que además, consiga desviar el debate del núcleo del problema<sup>506</sup>. «Mientras que el agujero en la capa de ozono crece, los bosques mueren, la contaminación paraliza las ciudades, la justicia está ocupada con conductores que cambian el aceite, con agricultores que vierten estiércol en la canalización, con gente que almacena basura o coches para desguace»<sup>507</sup>. De forma más radical se expresa **Müller-Tuckfeld** al respecto: «En lugar de prohibir las plantas de producción de la química del cloro, muchas de ellas inútiles aunque extremadamente peligrosas, se magnifica escandalosamente ciertas catástrofes singulares (Sandoz, etc.). En vez de evitar de forma consecuente los residuos, se informa sobre las conexiones entre el "crimen organizado" y una "mafia de los residuos" y, por supuesto se reclama la introducción de nuevos métodos de investigación y de leyes penales más duras»<sup>508</sup>.

O sea, el Derecho penal como otros mecanismos de socialización (sistemas de educación, medios de información...) oculta lo relevante, se detiene en lo intrascendente, de tal forma que el individuo no puede conocer lo que realmente sucede<sup>509</sup>.

La política criminal ciega («Kriminalpolitik unter Nichtwissen»), consistente en el absoluto convencimiento de la necesidad de actuar penalmente contra una situación que no se conoce con exactitud<sup>510</sup>, condena al Derecho penal a una función simbólica en lo que atañe a la resolución de problema social que subyace, pues si desconoce su objeto no es posible que de alguna forma influya sobre él<sup>511</sup>. Esta negación de la realidad impide la adopción de una medida eficaz y evita, en definitiva, reconocer que otra instancia distinta a la penal (vías que se consideran mucho más costosas política y económicamente, pues no proporcionan normalmente una solución instantánea sino que implican un proyecto de futuro que normalmente no es barato

---

<sup>506</sup> Silva considera que la función meramente simbólica de la legislación penal consiste en producir «la satisfacción de haber hecho algo (scil. en los políticos);... la impresión de tener el problema bajo control (scil. en los electores)», Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 305.

<sup>507</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 19.

<sup>508</sup> Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 526.

<sup>509</sup> Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal I*, pág. 17.

<sup>510</sup> Insiste en la falta de investigación sobre la realidad social (análisis de la situación presente y evolución futura) o en la ausencia de un método de confianza, Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 36-38.

<sup>511</sup> Hassemmer, "Perspectiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 487. Habla de una política criminal en la cual el legislador se evita la "molestia" de tomar conciencia de la realidad a que se destina la norma penal, Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995", pág. 70.

ya que exige una importante inversión inicial<sup>512</sup>) puede ser la competente para resolver el conflicto o que otro mecanismo puede ser más oportuno para modificar las situaciones criminógenas. Por ejemplo la descriminalización del consumo de drogas y distribución controlada de éstas como decisión estatal para acabar con el crimen organizado<sup>513</sup>. Si se mantiene, pese a todo, esta política criminal ciega es para ocultar una situación de dominio, para negar el fracaso político o para no asumir los elevados costes<sup>514</sup> que tendrían tanto su investigación como la aplicación de medidas de política social oportunas. En vez de resolver el conflicto la intervención penal se integra en un complejo proceso de encubrimiento. Se ocultan las verdaderas causas de la criminalidad o por lo menos el legislador se niega a estudiarlas, lo cual manifiesta una evidente falta de solidaridad social<sup>515</sup>.

(2) En segundo lugar, el fenómeno de la antelación de la tutela penal se orienta, como toda la legislación penal en su conjunto, a reducir el sentimiento subjetivo de

<sup>512</sup> Sobre la tendencia a no poner en marcha proyectos sociales y políticos a largo plazo vid. Herzog, F., "Límites al control penal de los riesgos sociales", pág. 326. En lo concerniente al coste de estos proyectos a largo plazo, por un lado no se puede negar que la creación de leyes (dotadas simplemente de un valor simbólico) tiene un coste inferior a una medida eficaz que exige no sólo una investigación previa de la situación conflictiva sino que reclama además una medidas pertinentes y un desarrollo de los medios que permitan su aplicación. A propósito de esto último, es menos costoso crear un tipo, aunque no sea eficaz, que la realización práctica de una política de reintegración social mediante *terapia*, que exigiría entre otras cosas la creación de instituciones adecuadas, así como la formación y empleo del personal necesario para el cuidado y tratamiento de los reclusos, Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 23 y s, 31 y s. Ahora bien, la creación de una ley simbólica aun cuando apacigua las demandas sociales no es más barata. Primero, porque no se ha tenido en cuenta el elevado coste social de la actuación penal (García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 44). Segundo, porque no ha resuelto el problema que, por consiguiente, se mantiene latente y continua consumiendo los recursos del Estado: si los sujetos no son reintegrados siguen representado un peligro social y exigen "costosas" medidas de control policial, judicial, etc.; y si se adoptara la solución extrema, esto es, mantenerlos indefinidamente en la institución penitenciaria, como exigen algunos sectores radicales, tendría igualmente un coste de mantenimiento. Por lo tanto, considero que una política criminal *informada* es más "barata" porque la adopción de programas de intervención planificados y eficaces reduce a largo plazo los gastos públicos (una medida preventiva eficaz disminuye los gastos destinados a vigilar, detener, procesar y encarcelar) y los efectos nocivos que tiene la delincuencia («el sufrimiento de la víctima, el estrés experimentado por trabajadores del aparato represivo penal, y los efectos nocivos de la *prisionización* en los reclusos y el sufrimiento de sus familiares», Barberet, R., "La investigación criminológica y la política criminal", pág. 222, 229). Ahora bien, no sólo se requiere una política informada, ésta, además, debe ir acompañada de un desarrollo de los instrumentos necesarios para su realización práctica.

<sup>513</sup> Ejemplo tomado de Kniesel, "'Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 488; en el mismo sentido Díez Ripolles señala que la crisis de la política represiva conduce al desarrollo de «actuaciones de tipo preventivo y asistencial, que incidan sobre la demanda de drogas en lugar de sobre la oferta...», Díez Ripollés, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, pág. 129. Por último Bock indica que no se conoce realmente cómo reaccionarían las Mafias de la droga frente a una legalización de su consumo, *Kriminologie*, § 864.

<sup>514</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 33. No solo económicos, sino los que representan la pérdida de apoyo económico y mediático que prestan a la política ciertos sectores sociales.

<sup>515</sup> Kniesel, "'Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 488.

inseguridad presente en la ciudadanía que ha sido en parte provocada por la manipulación informativa los medios de comunicación a través de la selección de noticias, la omisión de otras y el modo de presentación de éstas.

No extraña la politización de la respuesta penal. Es la respuesta lógica a un estado social de temor frente al delito creado en buena parte por los medios de comunicación, que aprovechan la «fascinación que el delito» ejerce desde siempre en la comunidad para aumentar sus tasas de audiencia<sup>516</sup>, estado que ha sido fomentado por el ejecutivo<sup>517</sup>. Los medios de comunicación poseen una innegable capacidad para influir sobre la realidad, especialmente, mediante su capacidad de selección de noticias<sup>518</sup>. De este modo silencian ciertos hechos y destacan en exceso otros hasta el punto de crear «olas de criminalidad»<sup>519</sup> que producen la impresión en la comunidad de que hay un aumento irrefrenable de este tipo de delitos con independencia de su real evolución<sup>520</sup>. Los medios de comunicación generalizan estas creencias y mitos<sup>521</sup> sustentadas en la exageración y en la despreocupación por mostrar las causas del delito<sup>522</sup>, que provoca una apreciación de la gravedad de la situación criminal muy superior a la sensación de temor personal. Además, omiten mencionar que el problema, más allá de la auténtica gravedad del mismo, sigue latente, que la creación de tipos penales y la intervención de los mecanismos de control social sólo se muestra eficaz en algunos casos, y ello se oculta mediante la ausencia de

<sup>516</sup> Cuerda Riezu, A., "Los medios de comunicación y el Derecho penal", pág. 189. En lo relativo a la conexión existente entre criminalidad y medio de comunicación vid. Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 737 y ss.

<sup>517</sup> Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 30. ; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 27 y s; Hassemer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 30.

<sup>518</sup> Cuerda Riezu, A., "Los medios de comunicación y el Derecho penal", pág. 189-91; Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 740.

<sup>519</sup> Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 738-40.

<sup>520</sup> Cuerda Riezu, A., "Los medios de comunicación y el Derecho penal", pág. 192; Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 748: «La criminalidad directamente vivida es, en muchos aspectos, tan distinta de los delitos descritos en los medios de comunicación de masas que, con frecuencia, la experiencia real con la criminalidad ni siquiera se percibe y reconoce como tal».

<sup>521</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 367. El mito consiste en que «...la violencia es ubicua en la sociedad, que el mal, entendido como una encarnación mítica de la amenaza (criminal), puede alcanzar fatalmente al ciudadano en cualquier momento», Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 369.

<sup>522</sup> «Ni en el ámbito personal ni en el social abordan suficientemente los medios de comunicación de masas las causas del delito. No analizan ni el delito dentro del caso particular ni la criminalidad como fenómeno social de masas. En la presentación de los medios de comunicación, el suceso criminal es sacado de su contexto social y personal y encajado en procesos imaginativos prefabricados y alejados de la realidad. A través de este distanciamiento, la criminalidad se convierte en algo tan dramático, emocionante y sensacionalista como irreal e incomprensible», Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 744 y s.



comunicación de la cifra negra de la delincuencia<sup>523</sup>. Esto es, se perturba los cimientos de la seguridad general mediante una exageración informativa que se concentra en aquellos delitos espectaculares, violentos, sangrientos, a saber, los que conmueven a la comunidad y consiguen un aumento de las cuotas televisivas<sup>524</sup>. «La lucha por el voto, el porcentaje de audición, la tirada de periódicos, están determinados por escenarios de terror y el sensacionalismo»<sup>525</sup>.

Al servicio de esta sobre-comunicación o exageración informativa está la interpretación *intencionada* de las estadísticas<sup>526</sup>. A modo de ejemplo, es normal leer en los periódicos o en los informativos que cada X minutos tiene lugar un delito. Ahora bien, nos hallamos ante una generalización del *riesgo de victimación* que no esta empíricamente autorizada<sup>527</sup>. Así pues, si en vez de dividir la cantidad anual de delitos cometidos entre los minutos del año se hace entre el número total de habitantes de una determinada zona, el cociente resultante indica que la probabilidad que tiene cada individuo de ser víctima de un delito es inferior al 1%. O sea, según los datos manejados por Albrecht (186.000 delitos violentos registrados en 1997 en Alemania y una población de 82 millones de habitantes) un sujeto sufrirá uno de estos delitos con absoluta certeza cada 454 años (100%). Si se incluyen los delitos no registrados (2/3 más = 492.852 en total) el riesgo de ser víctima no supera todavía el 1% (0,60%) y el número de años necesarios para alcanzar el 100% se reduce a 167<sup>528</sup>. En resumidas cuentas *el miedo a la criminalidad no esta justificado por los datos oficiales, sino por su uso interesado, por la instrumentación de los mismos*.

La política criminal que nace dentro de este contexto mediatizado tiene que orientarse obligatoriamente a la realización de medidas que comunicativamente resulten cuanto menos tan espectaculares como los *crímenes* que se quieren impedir<sup>529</sup>. Cualquier intento dirigido al desarrollo de políticas racionales, especialmente los realizados por la criminología, está destinado al fracaso. Todo ello a causa de la resistencia insuperable que oponen *los intereses de comercialización en la política y en la industria de la cultura*<sup>530</sup>. Todo se ha convertido en definitiva en una batalla mediática cuya víctima es la percepción de la realidad de cada ciudadano<sup>531</sup>.

<sup>523</sup> Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 744.

<sup>524</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 17; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 28; Ruidiaz, C., "El miedo al delito. Apuntes para la reflexión", pág. 943.

<sup>525</sup> Herzog, F., "¿Una Europa de la liberalidad o de la seguridad? –cinco tesis-", pág. 111.

<sup>526</sup> No se puede sacralizar las fuentes estadísticas ya que ocultan errores, interferencias subjetivas, omisiones, ocultamientos o redundancias, Rodríguez Ibáñez, J.E., *La perspectiva sociológica*, pág. 20.

<sup>527</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 367.

<sup>528</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 363-365; igual pero con las estadísticas de 1992, el mismo, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 268.

<sup>529</sup> «...correlativamente los ciudadanos demandan la previsión legal de nuevas infracciones penales y penas más severas», Cuerda Riezu, A., "Los medios de comunicación y el Derecho penal", pág. 201; Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 750.

<sup>530</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 367.

<sup>531</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 17.



La *sobre*-comunicación del aumento de la criminalidad registrada y el escepticismo sobre la capacidad del Estado para resolver estos problemas *exagerados* por la connivencia entre Estado y actividad de los medios de comunicación ha provocado una sensación de amenaza en la sociedad que no siempre va acompañada por un descenso real equivalente en la seguridad interna<sup>532</sup>.

En ese sentido es curioso observar como la inseguridad ciudadana (subjetiva) está principalmente vinculada al terrorismo en Asturias (43,6%), Extremadura (32,8%) y Castilla y León (32,3%). Comunidades que sitúan en segundo lugar a *la venta de drogas en la calle* (26,7%; 20,8%; 21,7% respectivamente). Sin embargo, en el País Vasco que sufre de forma más directa y constante el terrorismo la inseguridad se vincula menos al factor terrorista y más otras situaciones (terrorismo -21,5%-, atracos o asaltos con armas -20,3%-, violaciones o abusos sexuales -19,2%). Además, esta comunidad es la tercera menos preocupada por los *actos de gamberrismo o vandalismo* (2,3%) sólo superada por su vecinas Cantabria (1,7%) y Asturias (1,4%), y es la que menos importancia atribuye a la *venta de drogas* (16,8%)<sup>533</sup>.

Por consiguiente, es la sensación de seguridad la que disminuye de una forma desproporcionada en relación con la realidad criminógena como resultado de esta combinación entre la toma conciencia parcial y condicionada de la criminalidad y la desconfianza en la capacidad del Estado para garantizar la seguridad<sup>534</sup>. Lo que sucede en numerosas ocasiones es que se instrumenta la inseguridad y el miedo al delito para poder introducir medidas punitivas que recortan los derechos de los ciudadanos pero que no actúan sobre las fuentes de esos temores<sup>535</sup>. Por tanto, hay un recorte de libertad que no va acompañado de un aumento real de seguridad sino que se crea una aparente sensación de seguridad basada en un mayor control social por parte del Estado<sup>536</sup>.

<sup>532</sup> Bock, *Kriminologie*, § 322-323; Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 16; Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 365. En suma, la sensación de inseguridad es un constructo subjetivo, Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 224; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 25 y s, que habla de una elevadísima «sensibilidad al riesgo». «La percepción de seguridad de los españoles es superior a la probabilidad de ser víctima de un delito», Thomé/Torrente, *La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 105. Esta sensación de inseguridad es lo que Thomé/Torrente (*La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 35) denominan *miedo abstracto*.

<sup>533</sup> Fuente: Thomé/Torrente, *La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 40, que a su vez se apoya en la Encuesta n.º 2315, Centro de Investigaciones Sociológicas.

<sup>534</sup> Vid. Albrecht, *Kriminologie*, pág. 364 y s. Dos de los principales factores que influyen en la percepción de inseguridad son «el grado de realismo en la información disponible sobre delitos y víctimas... (scil. y) la confianza en la Policía y en el sistema penal», Thomé/Torrente, *La cultura de la seguridad ciudadana*, pág. 11.

<sup>535</sup> Derechos como el de presunción de inocencia o principios como el de proporcionalidad, Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand...", pág. 226.

<sup>536</sup> Por ejemplo para luchar contra el crimen organizado, que provoca un temor en la población mucho menor que los delitos diarios y de bagatela, se reducen los requisitos necesarios para instalar una "escucha telefónica" y otros medios de control parecidos, Hassemer, "Perspectiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 488.

(3) En tercer lugar el Derecho penal (tanto la producción legislativa como su aplicación practica) es un mecanismo de consolidación política, que ha perdido todo su valor de uso y se ha convertido simplemente en el *criterio de cambio político*. Aquel partido político que transmite la impresión de haber resuelto un problema social *definitivamente*, a saber, a través de medidas penales, se mantiene en la cúspide del Estado<sup>537</sup>.

El Derecho penal tiene que estar al servicio de unas necesidades políticas. Eso es innegable. Luego, la utilización peyorativa del concepto politización del Derecho penal no se extrae del término *político*, sino de las consecuencias que se derivan de la sustitución de las reglas propias de esta rama del ordenamiento jurídico por las reglas ordenadoras del mercado político. En una palabra, el sometimiento a los fines de la política estatal no genera *per se* una degradación del Derecho penal<sup>538</sup>. Ésta tiene lugar únicamente cuando sus estructuras son suplantadas por las leyes de la demanda social y la oferta política<sup>539</sup>, es decir, por las leyes del mercado electoral: «...El contenido del Derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene así mismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del Derecho penal»<sup>540</sup>. En conclusión, las directrices de política criminal no pueden ser criterios populistas<sup>541</sup> que aseguren el triunfo electoral.

A este proceso de politización del Derecho penal hay que objetar así mismo que la presión social es parte del juego político; no es un motivo suficiente para justificar la respuesta penal<sup>542</sup>. Sin embargo, y por desgracia, tal crítica cae en el vacío cuando se enfrenta a una realidad presidida por el siguiente dilema: el triunfo electoral o la adopción de medidas que pudieran solucionar el problema social. El legislador tiene dos alternativas: bien dar una respuesta que resuelve en apariencia

<sup>537</sup> Vid. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 67; Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein", pág. 136 y s; Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 76-80.

<sup>538</sup> En contra de este sometimiento Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 66.

<sup>539</sup> Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 69. Así, Albrecht habla sobre la existencia de una diferencia entre la lógica de la *sociología jurídica penal* y la lógica de la *política*, y la necesidad de no confundir ambas pues «mientras que la actividad científica se ocupa de la obtención de conocimiento, el cual no tiene que estar todavía inmediatamente orientado a las consecuencias, a la política le sigue la lógica de la decisión, que está sometida a otras regularidades. Así a la política le corresponde una racionalidad que tiene poco en común con la ciencia, por ejemplo la búsqueda de la victoria electoral», *Kriminologie*, pág. 98.

<sup>540</sup> Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", pág. 322.

<sup>541</sup> Albrecht, P.A., "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 265 y ss; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 176.

<sup>542</sup> Vid. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 67.

pero automáticamente el problema o bien reconocer la complejidad del conflicto y la difícil solución que tiene, y a partir de ahí buscar una medida adecuada. Esto implica admitir que no puede resolver, que sólo difícilmente podría suavizar los problemas socio-económico a corto plazo y que todas las soluciones son a medio largo plazo. La segunda opción acarrea unas consecuencias políticas insostenibles: la muerte electoral<sup>543</sup>.

Las cosas así, la lógica de la supervivencia electoral elige la primera de las posibilidades. Más aún cuando «el mero inicio de un procedimiento de codificación es una acción política rápidamente aplicable, "sin costes" y que es fácilmente vendible por su valor simbólico. Ello incluso cuando no se aprueba una ley. También el fracaso de una iniciativa – posiblemente absurda – se puede convertir en una ganancia política cuando se hace responsable del fracaso a una presunta miopía del enemigo político, el cual por "insignificantes" dudas sobre su constitucionalidad no quiere colaborar, y con semejante conducta pone en peligro la "seguridad interna"»<sup>544</sup>.

La reducción de la sensación de inseguridad y la resolución aparente de un problema social mediante una medida de carácter penal exige una continua actividad legislativa en el ámbito penal. Hay que tipificar al mismo ritmo en que surgen los conflictos sociales u ocurre algún acontecimiento que le recuerda a la comunidad la pervivencia de problemas irresueltos. Esta obligación de legislar, esta frenética actividad legislativa penal provoca que llegué un momento en que no haya qué tipificar. Por tanto, aunque se comience con la tipificación de las formas de lesión de un bien jurídico, cuando transcurre un periodo de tiempo y a la vista del mantenimiento del problema se tiene que acudir a la modificación de los tipos ya existentes aumentando las penas<sup>545</sup> y ampliando el elenco de conductas punibles (extensión del tipo que

<sup>543</sup> «Mientras que la actividad penal legislativa produce inmediatamente resultados concretos y provoca efectos políticos, las intervenciones político-estructurales –o la confesión del carácter irresoluble del problema– pueden ser desplazadas sobre el horizonte de relevancia política (periodo de elecciones)», Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein", pág. 139; Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 78.

<sup>544</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 32.

<sup>545</sup> Sobre la tendencia a aumentar las sanciones como la medida adecuada en la lucha contra la criminalidad vid. Müller-Dietz, H., "Gibt es Fortschritt im Strafrecht?", pág. 690; Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 487; Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", pág. 519, donde señala como ha tenido lugar un aumento del marco punitivo en los delitos contra el medio ambiente. Aunque el modelo clásico de prevención considere que la eficacia del Derecho penal (disuasión) se subordina al rigor del castigo (intimidación) (vid. al respecto García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 89), la eficacia preventivo-general de una sanción depende de diversas variables (naturaleza de la sanción, grado de certeza de su aplicación, personalidad del sujeto a la que se dirige...), García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 48; el mismo, "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", pág. 91 y s; Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 409. En concreto el efecto disuasorio real de una pena depende más del grado de certeza de su imposición que de la severidad de la misma,

alcanza fases del *iter criminis* y de tentativas de participación), a la creación de nuevos tipos que persiguen nuevas formas de criminalidad o que adelantan la tutela penal hasta alcanzar fases previas a la lesión del bien jurídico protegido, a la reducción de garantías para facilitar la actividad de las fuerzas del orden público<sup>546</sup>.

La generalización de la respuesta punitiva manifiesta que no se hacen concesiones al delincuente: descriminalización es derrota, hay que aumentar las penas, aumentar el número de delitos, responder ante cualquier comportamiento por escaso que sea la peligrosidad que contenga. La exigencia de *Ley y Orden*, representa una perpetuación de la cultura de la emergencia<sup>547</sup>, vuelta a la retribución<sup>548</sup>, una conversión del Derecho penal en un arma contundente, adecuada para realizar la justicia, garantizar la seguridad y vencer al delincuente y para ello se justifica la supresión de garantías jurídicas que dificultan una actividad más rápida y eficiente del Estado. Esta actuación sin límites no debe atemorizar al *ciudadano*, que respeta la ley, sino sólo al *delincuente*<sup>549</sup>.

«El Derecho penal es la arma decisiva contra la criminalidad; si en algunos casos todavía no ha alcanzado todo el éxito se debe a que, por causa de la resistencia liberal, no es lo bastante intensa; *more of the same* es la solución; descriminalización es capitulación del Estado de Derecho frente a la criminalidad. En el punto de mira de la policía están sólo los criminales; quien no tenga nada que ocultar no tiene que temer del estado fuerte»<sup>550</sup>. «No hay que preocuparse por los derechos de la ciudadanía, pues, (por ejemplo), ¿qué buen ciudadano debería temer al "gran asalto de las escuchas telefónicas generalizadas"?»<sup>551</sup>.

Finalmente señalar que el uso tan espontáneo y automático de la vía penal origina la introducción en el código de tipos que no han pasado por un periodo de reflexión

---

Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 219; 243 y s; García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 46, nota 37; Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 409; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 33; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 166; Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", pág. 671, 675; Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 20; Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995", pág. 70.

<sup>546</sup> Observa esta tendencia Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 313 y s; Lütkes, A., "Sicherheit", pág. 13 y s.

<sup>547</sup> Próximo Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", pág. 11 (de quien tomo el término utilizado).

<sup>548</sup> García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 30. «...se dice que el ideal retribucionista ha desaparecido, pero aparecen por doquier demandas de cumplimiento "total" de las penas de prisión y de apaciguamiento de la "alarma social"- debidamente caldeada por intereses espurios-», op. cit., pág. 39.

<sup>549</sup> Baste como respuesta a esta aseveración la siguiente cita de Orwell: «todos los que sostienen esta postura no se dan cuenta de que, al apoyar los métodos totalitarios, llegará un momento en que estos métodos serán usados «contra» ellos y no «por» ellos. Haced una costumbre del encarcelamiento de fascistas sin juicio previo y tal vez este proceso no se limite sólo a los fascistas», Orwell, G., "La libertad de prensa", pág. 42 (el prólogo se estima escrito en 1945).

<sup>550</sup> Kniesel, "'Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 488 (cursiva no incluida en el original, autor que no defiende este planteamiento).

<sup>551</sup> Herzog, F., "¿Una Europa de la liberalidad o de la seguridad? -cinco tesis-", pág. 112. El tono irónico es evidente en el texto original.

crítica, que no presentan un claro merecimiento de pena y que no aparecen en leyes penales precisas<sup>552</sup>. Es decir, la prisa, la premura manifiesta en la elaboración de los tipos arroja dudas sobre el merecimiento de pena de la conducta recogida y sobre la precisión y corrección del tipo desde una perspectiva de técnica legislativa<sup>553</sup>.

## V. EL DERECHO PENAL COMO *PRIMA RATIO*<sup>554</sup>.

La anticipación de la intervención penal refleja en definitiva cómo ha habido una restricción de la idea de subsidiariedad. La realidad social y legislativa parece confirmar el carácter exclusivamente programático de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad<sup>555</sup>. El Derecho penal es la primera *ratio*<sup>556</sup> y quizá única para solucionar todos los conflictos sociales. A la intervención penal como mecanismo de orientación social se le atribuye una primacía absoluta y parece que sólo ella sea la adecuada para actuar con efectividad y eficacia. El Derecho penal preventivo, orientado a las consecuencias se ha convertido en el primer y único mecanismo de educación y control social<sup>557</sup>, en la medida de choque para actuar contra los conflictos y quiebras del sistema. Únicamente cuando aparece una norma penal cumple el legislador con la obligación contractual que le une al ciudadano y que exige de él una intervención inmediata. Cualquier otra respuesta es considerada como una evasiva<sup>558</sup>.

Ahora bien, aunque se constante esta tendencia lo realmente preocupante es que la comunidad crea que el Derecho penal pueda resolver conflictos sociales. ¿Por qué «(...) considera (scil. la sociedad) que el Derecho penal es el medio idóneo para resolver sus preocupaciones, y que las respuestas político criminales pueden calmar su intranquilidad»?<sup>559</sup>

<sup>552</sup> Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 222.

<sup>553</sup> Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 220.

<sup>554</sup> Término tomado de Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381.

<sup>555</sup> Prittwitz, C., "Das deutsche Strafrecht...", pág. 387.

<sup>556</sup> Jung, "Anmerkungen...", pág. 515; Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrechts", pág. 61; Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381; Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, pág. 140; Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 202; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 111.

Es el principal instrumento político «...sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado...», Hassemer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 30.

<sup>557</sup> Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 380.

<sup>558</sup> De forma parecida Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, 172.

<sup>559</sup> Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 68, el mismo, "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali...", pág. 105; Hassemer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 485. Herzog identifica aquí

Esta llamada al Derecho penal olvida que es un mecanismo que en ocasiones ciertos conflictos no son susceptibles de ser resueltos por esa vía<sup>560</sup>. De hecho, esa inidóneidad del mecanismo penal es reconocida en ciertos sectores. Así, la comunidad considera inimaginable la pena como respuesta a las infracciones contractuales o incumplimientos de los deberes públicos<sup>561</sup>.

De todas formas, se está produciendo una absorción de conductas que estaban en estos dos ámbitos por el Derecho penal. Especialmente en los supuestos de incumplimiento de obligaciones públicas. El motivo no reside en este caso en la exigencia pública, si no en la necesidad estatal de amenazar a la comunidad para que cumpla sus obligaciones.

Además, la intervención penal oculta situaciones en las que encontrar una solución al problema no es posible y/o no es deseada. Por ejemplo, pese a legislación medioambiental penal existen muchas formas de contaminación que no están prohibidas, entre otras cosas porque se considera utópico alcanzar un nivel de contaminación *ceró*<sup>562</sup>. Si las cosas se encuentran así, con más motivo, no debe ser el Derecho penal el encargado de intervenir: deberían mejorarse las regulaciones y los controles administrativos que fijen el nivel permitido, ya que en numerosas ocasiones la catástrofe natural se debe a un fallo de determinación de los límites de contaminación aceptable o a una falta de control de la administración.

Por último, la solicitud de intervención penal desvía la atención sobre el hecho de que la solución de conflictos no es una competencia exclusivamente estatal, le compete igualmente a cada ciudadano<sup>563</sup>. Aunque la prevención de la criminalidad

---

“político criminal” con sanción penal, lo cual no me parece del todo correcto máxime cuando los miembros de la “Escuela de Frankfurt” solicitan como medida político criminal adecuada para la protección de ciertos bienes jurídicos la despenalización de algunas conductas.

<sup>560</sup> «...Los problemas que tienen que ser solucionados no son de desviación sino sistemáticos; para los cuales el Derecho penal no es desde un principio adecuado», Prittwitz, C., “Risiken des Risikostrafrechts”, pág. 61; Albrecht, P.A., “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, pág. 205.

<sup>561</sup> Frisch, W., “An den Grenzen des Strafrechts”, pág. 99.

<sup>562</sup> Vid. Albrecht, P.A., “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, pág. 189

<sup>563</sup> Kniesel, “‘Innere Sicherheit’ und Grundgesetz”, pág. 489; Medina Ariza, J.J., “El control social del delito a través de la prevención situacional”, pág. 301 y s. Sobre la necesidad de acudir a métodos informales de solución de conflictos como mecanismo para evitar una extensión excesiva de los mecanismos de control y vigilancia estatales incompatible con los principios democráticos y liberales vid. Albrecht, *Kriminologie*, pág. 135. De forma parecida Baratta, A., “Integración-prevenición...”, que exige el desarrollo de un proyecto alternativo que permita la «...articulación autónoma de las necesidades de tutela por parte de los mismos interesados en todos los niveles de la escala social y particularmente en los inferiores...» pág. 550. Ahora bien, siempre sin perder de vista que los procesos de desregulación pueden ocultar un perjuicio de los sectores sociales con menor poder que no disponen de una capacidad suficiente para participar en un conflicto en una situación de igualdad con los otros contendientes.



es uno de los principales objetivos del Estado el Derecho penal no es el único instrumento competente, al contrario, es una *labor de toda la sociedad*. Es decir, evitar la criminalidad no sólo es una labor estatal y de los órganos penales sino una labor de toda la comunidad<sup>564</sup>. En definitiva, si nos inquieta la degradación del medio ambiente, por ejemplo, ¿por qué entendemos que la forma correcta de preservarlo es la creación y existencia de una norma penal, cuando no nos preocupamos por la adopción de una actitud respetuosa con el medio ambiente en nuestra vida diaria?<sup>565</sup>

No obstante, aunque la intervención penal no deba ser la primera y única medida para solucionar conflictos sociales, tampoco sería imaginable una sociedad sin Derecho penal. Es decir, hay situaciones en las que Derecho penal puede ser un mecanismo de intervención social necesario y adecuado<sup>566</sup>.

El auténtico problema reside en que el Derecho penal no puede ser la solución válida para todos los conflictos sociales<sup>567</sup>: primero, porque puede que haya otros medios más eficaces. Así, cuando se acusa al Derecho penal de ser ineficaz, ello no se debe a que intente resolver problemas en ámbitos que le son extraños en donde no puede desplegar ningún efecto<sup>568</sup>. Su ineficacia se deriva del hecho que no era la medida más adecuada a tenor de las circunstancias concretas. No es un problema de incapacidad del Derecho penal sino de mayor capacidad de otros medios. En una palabra, no se ha analizado cuál es el mecanismo más idóneo para conseguir el resultado que se desea. Hay que verificar<sup>569</sup> si existe otra rama del ordenamiento jurídico que resuelva de modo eficaz el conflicto de intereses<sup>570</sup>. Segundo, porque

<sup>564</sup> Bock, *Kriminologie*, § 318, 321; Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", pág. 688; Schneider, H.-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", pág. 750.

<sup>565</sup> Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, pág. 68 y s.

<sup>566</sup> Por ejemplo, Tiedemann considera que la norma penal es un mecanismo más adecuado que la administrativa para enfrentarse a la criminalidad económica, Tiedemann, K., "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber", pág. 866.

<sup>567</sup> «El error es entender y pretender que sólo el Derecho penal puede ofrecer y garantizar seguridad y que siempre es legítimo acudir a la sanción penal para ello», Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 175.

<sup>568</sup> No es un problema estructural en el sentido de que los nuevos interés protegidos por el Derecho penal sean ajenos a él, y que por ello no disponga de los instrumentos de intervención adecuada, como afirma Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 382.

<sup>569</sup> Cosa que no hace el Derecho penal actual, que se define como preventivo pero sin evaluar los efectos preventivos de sus medidas, Schumann, K.F., "Progressive Kriminalpolitik...", pág. 384.  
«La adecuación de la sanción no dependerá exclusivamente de las categorías de justicia. Hay que plantearse, además, si es correcta, según un análisis empírico, la medida adoptada en relación con el problema personal diagnosticado», Albrecht, *Kriminologie*, pág. 24.

<sup>570</sup> Hay otros mecanismos que puede alcanzar de forma más adecuada los efectos preventivos deseados, por ejemplo métodos de control intensivo de la economía o respeto del medio ambiente, Schumann, K.F., "Progressive Kriminalpolitik...", pág. 377.



puede que no sea la solución más eficiente, esto es, puede que exista otro modo de intervención que consiga un resultado tan satisfactorio como el alcanzado por la vía penal pero con menores costes sociales y/o económicos<sup>571</sup>. En los supuestos en que se compruebe que medidas de naturaleza penal y otras distintas obtienen un resultado satisfactorio sólo se acudirá de forma subsidiaria al Derecho penal.

Como la pena es la sanción estatal más grave, sólo se puede recurrir a ella cuando haya habido una lesión y cuando los demás medios hayan fracasado<sup>572</sup>. Esto es, para solucionar un conflicto no hay que recurrir necesariamente al Derecho penal. La existencia de una medida de Derecho público o privado que ofrezca una protección suficiente del bien jurídico priva automáticamente de justificación a la intervención penal<sup>573</sup>. Otros medios no-penales deben ser a los que se acuda primero<sup>574</sup>. Sólo cuando estos fracasen la criminación de un comportamiento será la forma legítima de resolver un conflicto social, y esto siempre que la medida penal sea eficiente, apta, necesaria y adecuada respecto al fin perseguido. Por consiguiente, «viene al caso la eliminación de tipos, donde no sean necesarios y donde el control social se pueda alcanzar con otras formas (scil. no penales) tan efectivas»<sup>575</sup>. Y ello porque, «una sociedad libre (no sólo) se caracteriza porque deja la esfera privada y el ámbito social del ciudadano libre de tutela e intromisión estatal. Al mismo tiempo viene conformada por la puesta a disposición de los afectados por un conflicto de ofertas de ayuda que no implican una inmediata estigmatización y limitación»<sup>576</sup>. Además, conviene reparar en que el principio de *última ratio* queda vaciado de contenido cuando no se dispone de un sistema de ayuda social paralelo destinado a resolver el conflicto social de que se trate<sup>577</sup>.

Aunque el Derecho penal sea el medio idóneo y competente no se puede sacrificar todo para la obtención de la máxima eficacia del fin preventivo. La respuesta penal

<sup>571</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 25; Paredes Castañón, J.M., "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»", marg. 224; Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito*, pág. 95; García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 43; García Rivas, N., *Delito ecológico*, pág. 130, que entiende la subsidiariedad como la valoración de la relación entre costes de aplicación y grado de eficacia de una sanción.

<sup>572</sup> Naucke, *Strafrecht*, 1/165; Albrecht, P-A/Beckmann, H./et al, *Strafrecht – ultima ratio*, pág. 15 y ss; Albrecht, P.A., "Formalisierung versus Flexibilisierung...", pág. 255; Lassak, K., "Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung", pág. 82; Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 33 y s, 56; Roxin, "Sentido y límites de la penal estatal", pág. 21 y s; García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 55; Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", pág. 166; Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 208 y s; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 73; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 117 (que la denomina subsidiariedad externa, op. cit., pág. 118-125).

<sup>573</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 218; Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", pág. 166.

<sup>574</sup> Prittwitz, C., "Das deutsche Strafrecht...", pág. 405; Roxin, "Sentido y límites de la penal estatal", pág. 21 y s; Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones", pág. 141; García Pablos, A., "Tendencias del actual Derecho penal", pág. 57; Mir Puig, S., *PG6*, 6/48; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 182.

<sup>575</sup> Albrecht, P.A., "Formalisierung versus Flexibilisierung...", pág. 255, 257; el mismo, *Kriminologie*, pág. 307; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 247.

<sup>576</sup> Albrecht, *Kriminologie*, pág. 120.

<sup>577</sup> Naucke, *Strafrecht*, 1/168; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 84.

útil no debe ser aquella que persiga la máxima protección y seguridad, sino que debe ser la mínima intervención necesaria para garantizar de forma eficaz la protección de un bien jurídico<sup>578</sup>. «Tanta libertad como posible, tanta seguridad como necesaria»<sup>579</sup>, es decir, sólo se puede justificar una limitación de la libertad que sea estrictamente necesaria para la seguridad<sup>580</sup>. En otras palabras, ciertos ámbitos de libertad no son sacrificables aunque a través de ello se consiga el fin perseguido. No todo se puede sacrificar para alcanzar la seguridad<sup>581</sup>. Por tanto, es determinante la relación entre el máximo grado de lesión permitida –proporcional al daño realizado– de un interés jurídico necesaria para satisfacer la exigencia mínima de protección del bien vulnerado<sup>582</sup>.

La actividad penal tiene unos límites (insisto desde la posición garantista que mantengo<sup>583</sup>): sólo se puede alcanzar la medida más eficaz de todas aquéllas que respeten los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho

<sup>578</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pag. 466. Única forma de compatibilizar los fines antagónicos del Estado de Derecho: «la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad..., la mayor protección posible de los derechos del autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas» (Roxin, C., «La evolución del Derecho penal y la política criminal...», pág. 31 y s); porque sólo así se garantiza que la afirmación y mantenimiento del Derecho este limitado por «la exigencia de libertad ciudadana» (propuesta de sometimiento de la prevención general a la libertad ciudadana realizada por Roxin, C., «La evolución del Derecho penal y la política criminal...», pág. 32, autor que considera que «La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho», op. cit., pág. 34).

<sup>579</sup> Kniesel, «'Innere Sicherheit' und Grundgesetz», pág. 487. También a favor de la mínima intervención posible del Derecho penal para conseguir el máximo de libertad Mir Puig, S., *PG6*, 4/47; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 114.

<sup>580</sup> La intervención punitiva del Estado debe tomar la perspectiva del que lesiona para fijar la gravedad máxima de la sanción y la perspectiva del lesionado para establecer la tutela mínima eficaz, Erichsen, H.U., «Gundrechtliche Schutzpflichten...», pág. 88.

<sup>581</sup> Kratzsch, D., «Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...», pág. 579 (cursiva original). «Quien quiera conservar su libertad, debe estar igualmente preparado para soportar ciertos riesgos; la absoluta seguridad tendría un precio muy alto: la pérdida de la libertad», Kniesel, «'Innere Sicherheit' und Grundgesetz», pág. 489; en el mismo sentido, Frisch, W., «Sicherheit durch Strafrecht?», pág. 686.

<sup>582</sup> Toda intervención estatal está sometida a los principios «Untermaßgebot» y la «prohibición de exceso» (*Übermaßverbot*), según los cuales la medida adoptada tiene que proporcionar una protección eficaz del bien jurídico puesto en peligro, pero no vale cualquier medida eficaz en relación con el fin perseguido. La protección del interés debe ser *apta, necesaria y adecuada*; además, debe ser *proporcionada*, Erichsen, «Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», pág. 88; Müller-Dietz, «Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten», pág. 127 y s.

<sup>583</sup> Y con esto no hago sino insistir en «...que el principio de *ultima ratio* depende del modelo teoría de uso sobre la pena (o el Derecho penal) y sólo cumple su función limitadora si dicha teoría está en condiciones por sí misma de ejercer tal función», Kayßer, M., «Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho penal», pág. 157 (cursiva original).

normalmente consagrados en la CE, especialmente los principios de proporcionalidad y culpabilidad<sup>584</sup>.

El Derecho penal puede adoptar la más eficaz de las medidas que sea admitida por el ámbito de libertad que deja el principio de proporcionalidad en el supuesto concreto. La proporcionalidad está condicionada por la importancia del bien jurídico (y lo que sería proporcional en relación con las sanciones previstas para otros bienes de igual, superior e inferior importancia) y la intensidad con que ha sido atacado. La relación entre el ataque y la relevancia del bien jurídico atacado determinará, entonces, qué derecho pueda perder el trasgresor de la norma y en qué cuantía tendrá lugar esa limitación. Además, el establecimiento de una sanción penal ejemplar y desproporcionada no estaría cubierto por el grado de culpabilidad personal del autor ya que no sería castigado por la gravedad de su conducta (sino por el efecto que la punición tendría sobre terceros)<sup>585</sup>.

<sup>584</sup> Principio de proporcionalidad que entiendo autónomo en contra de lo que piensan otros autores que consideran que el de proporcionalidad se incluye en el de culpabilidad (García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 60). Silva Sánchez, J.M., *Aproximación*, pág. 280 y s, sostiene que la proporcionalidad es el *contrapunto* de las tendencias preventivas. Igualmente en pro del principio de proporcionalidad, Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 21; Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 34 y s, el cual considera que en la penalización de conductas el legislador está sometido a tres principios de arraigo constitucional (art. 20.1 y 28.1 GG): prohibición de arbitrariedad (o exigencia de una razón objetiva para la punición de un comportamiento, es decir, que sea socialmente dañino), principio de *proporcionalidad* y principio de determinación. Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 179-192; Hirsch, H-J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", pág. 378 y s. Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 998 y s; «La declaración de la libertad como valor superior del ordenamiento español contenida en el artículo 1 Constitucional, lleva ... a plantear la vigencia del principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad, como principio general de Derecho público que debe actuar en el establecimiento y aplicación de toda clases de medidas restrictivas de libertad. Este principio se manifiesta en la exigencia de necesidad concretada como la menor ingerencia posible o intervención mínima del Derecho penal y tiene como consecuencia el carácter fragmentario o subsidiario que debe revestir. Esto es, tutela penal en cuanto sea necesaria, tutela penal que debe ser limitada en su extensión y en su intensidad en los bienes protegidos y en la forma de protección, y en todo caso, comprobación de si las técnicas, las medidas de tutela son proporcionadas a la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción (tipo penal), es decir, ponderación entre derecho fundamental y protección de bien jurídico que viene a limitar su ejercicio, ponderación que debe resolverse en que el ilícito penal solo puede concretarse, exclusivamente, en una significativa lesión de un bien relevante constitucionalmente, significación pues de valor constitucional pero, significación también de la lesión». Insiste en el respeto del principio de prohibición de exceso, y conforme a ello exige que la medida penal sea necesaria para proteger el derecho constitucional con el que entra en conflicto, sea adecuada para obtener ese fin y proporcionada, es decir, sea el menos gravoso de los mecanismos posibles Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 94 y s; la misma, "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1149. Se manifiesta también a favor de los de principios proporcionalidad y determinación del tipo, junto con el de subsidiariedad como límites de la actuación penal, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 44.

<sup>585</sup> Es evidente que la pena siempre tendrá un efecto en la comunidad, pero la cuestión es que la prevención general debe ser la consecuencia de una sanción que no supera –puede ser inferior, sin embargo (Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal", pág. 29 y s)–, el grado de culpabilidad de la víctima. Ahora bien, Roxin no sólo limita la pena por el principio de culpabilidad, también las necesidades preventivas van a determinar la aplicación de una sanción: «La pena nunca se puede imponer sin culpabilidad, ni superar su medida. Pero concurriendo la culpabilidad tampoco puede imponerse nunca si no hay necesidad de castigo por razones preventivas», Roxin, C., "Problemas básicos del sistema de Derecho penal", pág. 50. La confluencia de culpabilidad y necesidades preventivas generales y especiales conforman en Roxin una categoría distinta a la

Ahora bien, el recurso a estos principios no soluciona todo. El principio de culpabilidad exige que sólo se castigue a un sujeto culpable y por su culpabilidad, pero no dice nada sobre el alcance de la culpabilidad: se puede criminalizar planes o intenciones sin violar este principio. Igualmente, aunque se utilice el principio de proporcionalidad para limitar el papel del Derecho penal, no deja de ser un principio meramente formal que regula la adecuación de la medida penal con relación al hecho cometido pero no conforma cuándo se debe utilizar el Derecho penal. Es un principio necesario pero no suficiente que puntualiza si una sanción es correcta pero que no aporta nada sobre lo que debe ser el cometido y objeto del Derecho penal. Tampoco se puede olvidar que el resultado del uso del principio de proporcionalidad no será igual en cada sistema sino que variará en función del criterio de valoración de los intereses que se comparan (tanto el tutelado como el vulnerado)<sup>586</sup>.

## VI. CONCLUSIONES.

La actuación anticipada del Derecho penal es un mecanismo de intervención político-criminalmente legitimado en la medida en que pretende generar una serie de efectos en la comunidad a la que se dirige (preventivo, educador, de control social, de reformulación individual de la responsabilidad colectiva), dentro de un contexto social (evolución a la sociedad de la globalización, la caída del sistema keynesiano) marcado por la creencia en que los mecanismos coercitivos pueden modificar y reorientar la marcha de los procesos sociales. Esto es, se intenta cambiar el rumbo de la comunidad a través de la amenaza de una sanción punitiva. Pero en la realidad, el origen del recurso constante al instrumental penal se halla en la capacidad que esta intervención tiene para reducir la sensación, comunicativamente sobredimensionada, de inseguridad de una comunidad. La adopción de una medida penal resuelve en apariencia un conflicto, el cual es reformulado de forma distinta a como existe en la realidad y cuyos contornos realmente nadie llega a estudiar. Además, la intervención penal consolida la posición del ejecutivo que así se muestra continuamente activo en dos frentes, a saber, solventar conflictos sociales y aumentar la seguridad ciudadana. De este modo, los mecanismos penales asumen su papel

---

*culpabilidad* y que denomina *responsabilidad*, op. cit. 50. El efecto preventivo no se debe buscar mediante una norma que no respeta el principio de culpabilidad, límite y medida de la sanción penal, Detzner, M., *Rückkehr zum "klassischen Strafrecht"...*, pág. 190 y s. También reconoce la ruptura del principio de culpabilidad, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 111.

<sup>586</sup> Silva Sánchez, J.M., "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", pág. 215, que por ese motivo insiste en la *relativa vacuidad* del principio de proporcionalidad (junto al de necesidad, en el sentido de subsidiaridad), *ibídem*.

simbólico: son la fórmula mágica, el placebo social<sup>587</sup>, la *primera ratio* de la que el legislador se vale para solucionar, sólo aparentemente, conflictos sociales, cuando en numerosas ocasiones la salida no pasa por la sanción penal sino por el desarrollo de las «adecuadas estructuras políticas y correspondientes regulaciones del derecho económico, social, civil, financiero y administrativo (...)»<sup>588</sup>. El Derecho penal se aplica, entonces, como el sustituto de cualquier otra medida política destinada a solventar el conflicto social<sup>589</sup>, parece tener como función principal la reparación de las consecuencias que genera una inexistente o mala política social<sup>590</sup> y en la práctica sólo tiene un efecto positivo sobre la imagen del legislador<sup>591</sup>.

La creación de un Derecho penal que no resuelve el problema que calma a la sociedad y manifiesta la capacidad automática de reacción del legislador genera una sustitución del principio de *ultima ratio* por el de eficacia y *prima ratio*. Así mismo, provoca la conversión del ciudadano en enemigo<sup>592</sup> que se ve privado de parte de sus derechos en beneficio de un presunto aumento de la estabilidad (sensación de seguridad, interiorización de valores...) del resto de la sociedad.

El Derecho penal resultante disfruta de menores garantías, si bien esto no preocupa en principio a la comunidad porque se cree ajena a esa legislación represiva. La mayoría parece pensar que aunque ciertos derechos no sean respetados en ciertos casos y sobre todo ante «criminales» eso no implica una aceptación de su supresión, ni que en una situación parecida no sean aplicables a un ciudadano «modelo». Por ejemplo, la gente está a favor de reducir los requisitos para la instalación de escuchas, facilitar, en

<sup>587</sup> Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", pág. 36. Herzog, habla de la conversión del Derecho penal en «...una política de magia social», "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali...", pág. 106.

<sup>588</sup> Albrecht, P.A., "Formalisierung versus Flexibilisierung...", pág. 256.

Sobre la necesidad de encontrar soluciones fuera del Derecho penal Hassemmer, "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", pág. 485; Kniesel, "Innere Sicherheit' und Grundgesetz", pág. 489.

<sup>589</sup> Albrecht, A.K., *Kriminologie*, pág. 30, 69; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 98; Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", pág. 11.

<sup>590</sup> Albrecht, A.K., *Kriminologie*, pág. 71; Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 26; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 116. Crítico sobre esa tendencia Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", pág. 27; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 82 y s.

<sup>591</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 99.

<sup>592</sup> Sobre el derecho penal del «enemigo» vid. Jakobs, "Criminalización...", pág. 295; el mismo, *PG*, 25/1f; el mismo, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", pág. 51; Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo»", pág. 79-81. Autor que insistir en un cambio en el posicionamiento de Jakobs que en la actualidad parece pasar de admitir un recurso excepcional del Derecho del enemigo a la necesidad de la normalización de su uso (op. cit., pág. 79 y s). Además señala que un Derecho penal del enemigo (que anticipa la tutela sin reducir proporcionalmente las penas y que recorta garantías procesales, op. cit., pág. 80) tiene como objetivo «distinguir en la valoración entre las acciones de las *personas* y de las *no-personas* (enemigos)», op. cit., pág. 80 (cursiva original).



definitiva, la actividad del fiscal y de la policía. Ahora bien, siempre confían en que ellos nunca serán controlados (los más ilusos), o en que el Estado no se servirá de la información obtenida en ningún sentido, porque son ciudadanos «normales»<sup>593</sup>.

Ahora bien, aunque una política criminal dominada por los objetivos anteriormente señalados considere adecuado la erosión de garantías formales o el adelantamiento de la intervención penal, entre otros, en cambio, la justificación dogmática e intrasistemática de las formas de anticipación de la tutela penal es más compleja.

(1) Implica la aparición generalizada de excepciones a los principios generales de impunidad<sup>594</sup>. A saber, permite la punición de las tentativas de participación (generalmente impunes en virtud del principio de accesoriedad<sup>595,596</sup>), la punición de formas de participación imprudentes, la punición de formas de tentativas imprudentes, la punición de los actos preparatorios.

(2) Tiene lugar una confusión en un sistema dual o diferenciador entre las formas del *iter criminis*, las formas de autoría y participación y todas entre sí. La participación y la tentativa de participación son formas de autoría; la preparación y la tentativa de participación son conductas no distinguibles que tienen la misma pena que una tentativa y en algunas ocasiones idéntica a la autoría con la que se identifica. En la actualidad se puede apreciar como se han eliminado, o cuanto menos asimilado parcialmente, los grados existentes dentro de una teoría del delito que partía de la presencia de un *iter criminis* objetivamente estratificado en función de la proximidad a la efectiva lesión del bien jurídico y que igualmente ha acabado con las distinciones entre autoría y participación propias de un sistema dual<sup>597</sup>.

(3) Conlleva la redefinición del principio de ofensividad y la consagración de delitos con injusto formal que carecen de bien jurídico o que ha sido reducido a una abstracción y que, por consiguiente, se desprenden de la necesidad de probar tanto la capacidad lesiva del comportamiento (prueba de causalidad), como de la presencia de un elemento subjetivo referido a la lesión del bien jurídico tutelado porque el requisito subjetivo se limita a la descripción típica.

<sup>593</sup> Sólo en los círculos políticos y jurídicos se mantiene la desconfianza frente al legislador, tal y como afirma muy acertadamente Süß, F., "Vom Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", pág. 225, nota 124.

<sup>594</sup> Lo que representa una infracción de la subsidiariedad interna (tal y como la concibe Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 125 y s, entendida como la autolimitación que el derecho penal establece).

<sup>595</sup> En el art. 576 CP: El legislador ha elevado a «...la categoría de delito autónomo lo que no es más que una forma accesoria de participación en las asociaciones ilegales, estableciendo preceptos *ad hoc* que derogan las normas generales sobre participación, dando así satisfacción a la preocupación por la impunidad del fenómeno terrorista»<sup>596</sup>, Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 44.

<sup>597</sup> De forma parecida Hassemmer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", pág. 31; Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 383, que observa esta tendencia a la equiparación entre tentativa y consumación; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal de la sociedad del riesgo*, pág. 97.



---

El fenómeno de la anticipación, condicionado por la perenne tirantez entre el binomio regla/excepción, está sometido a una constante y estéril discusión doctrinal que al final, depende de una decisión axiológica previa sobre la misión del Derecho penal que justifique político-criminalmente a la media.

## Capitulo III

### Formas de aparición del fenómeno de la anticipación de la Tutela Penal

## **I. INTRODUCCIÓN.**

A partir del concepto de anticipación de la intervención penal que he defendido se puede considerar que este fenómeno concurre cuando se sanciona penalmente comportamientos que no lesionan o ponen en peligro de forma concreta el bien jurídico. Desde esta perspectiva se suelen nombrar como formas de la antelación a los delitos de peligro abstracto, delitos de tentativa y emprendimiento, los delitos de preparación. Ahora bien, esta enumeración de las técnicas de anticipación del *ius puniendi* es confusa.

Primero, porque en los delitos de tentativa y emprendimiento no tiene por qué haber una antelación pues el comportamiento recogido en el tipo puede representar una puesta en peligro concreta del bien jurídico tutelado. Segundo, porque olvida que igualmente sería una forma de adelantamiento la sanción general de la extensión no autónoma del alcance del tipo (que así abarca modos de preparación o de participación intentada).

Tercero, porque une dos criterios de clasificación distintos. Por un lado, la posición que la conducta tenga dentro del *iter criminis*, por otro lado, el juicio de peligrosidad utilizado. Por último, es incompleta, porque olvida que la anticipación tiene igualmente lugar cuando el comportamiento del partícipe no va acompañado de la conducta de un autor principal en la que concurren una serie de características normativas.

Si se tiene en cuenta estas precisiones resulta que los tipos que suponen una anticipación autónoma de la tutela penal se pueden ordenar en dos grupos. El que se organiza en función del emplazamiento de la conducta en el *iter criminis*, y el que lo hace según el juicio de peligro.

## **II. LA ANTELACIÓN EN FUNCIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DENTRO DEL *ITER CRIMINIS*.**

Este grupo utiliza como criterio organizador la posición dentro del *iter criminis* de la autoría o participación. En él se incluirían los delitos de tentativa, emprendimiento,

preparatorios y de tentativa de participación, aunque en un sentido estricto sólo en los dos últimos se podría entender que hay una antelación de la tutela penal<sup>597</sup>.

(1) *Delitos de tentativa* son aquellos en los que se castiga la mera ejecución de actos que tienden a producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente amparado<sup>598</sup> y que *per se* representa un inicio de la ejecución de un delito. Suponen, por tanto, el castigo autónomo de una tentativa del delito.

(2) Los *delitos de emprendimiento*, se caracterizan por el castigo autónomo de una tentativa que a efectos de pena se equipara a la consumación<sup>599</sup>. Al castigarse un inicio de ejecución de forma autónoma no hay un supuesto de anticipación de la tutela dentro del concepto que aquí manejo. Los problemas que plantean estos delitos giran en torno a la posible infracción del principio de proporcionalidad y culpabilidad.

También se utiliza el término *delitos de emprendimiento o preparación*, para referirse a «aquellos tipos que se caracterizan por que, en ellos, la realización de la conducta representa el inicio de un “iter criminis” global cuya fase ejecutiva tendría lugar con la realización de la conducta típica de otro tipo. O dicho de otro modo: la conducta típica de los delitos de preparación constituye materialmente un acto preparatorio de la ejecución del “ciclo total” en que consisten algunos atentados contra ciertos bienes jurídicos»<sup>600</sup>. Esta forma de entender los delitos de emprendimiento si representa una anticipación de la tutela penal, pues se pretenden sancionar conductas que todavía no serían ejecutivas.

(3) Los *delitos preparatorios* son aquellos en los que se sanciona la simple realización de una conducta mediante la cual un sujeto facilita o hace posible, crea las condiciones óptimas y/o se pertrecha de los instrumentos necesarios para la realización del delito planeado, con la cual el autor no ha comenzado todavía la ejecución del tipo, esto es, no ha alcanzado el grado de tentativa.

<sup>597</sup> Considera que en sentido estricto los delitos de tentativa y emprendimiento no son una anticipación de la tutela penal, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 51 y s; la misma, “La criminalización en el ámbito previo...”, pág. 700 y s.

<sup>598</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 47; la misma, “La criminalización en el ámbito previo...”, pág. 697.

<sup>599</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 48 y s; la misma, “La criminalización en el ámbito previo...”, pág. 698; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 435 (que los denominan delitos de empresa); Jakobs, G., *PG*, 25/5; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 53-58

<sup>600</sup> Gómez Martín, V., “Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento”, pág. 8.

Los *delitos de tentativa de participación* son aquellos en los que se castiga un comportamiento que es una forma imperfecta de realización de la participación.

Los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación se encuentran estrechamente vinculados, de modo que en un mismo tipo se pueden recoger ambas formas. Esa relación es tan estrecha que en ocasiones no existe acuerdo a la hora de interpretar si la forma de anticipación obedece a la preparación o la tentativa de participación.

El problema en estos supuestos reside en que no se puede distinguir en una fase tan temprana si se persigue una preparación del delito o una tentativa de participación, pues normalmente hay una evidente complejidad para determinar cuál sea el beneficiado de la acción. Aparte de eso, la descripción típica no se vincula con ese elemento (sujeto beneficiado) y el plano subjetivo se limita a la conducta típica lo que hace innecesario la presencia de cualquier otra intención trascendente.

La dificultad subsiguiente es determinar qué normativa se le va a aplicar a esos delitos: ¿se van a castigar como tentativas de participación o como preparaciones? Ejemplo de punición en un mismo precepto de preparación y tentativa de participación sería el art. 187.1 (inducción, promoción o favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces), el art. 400 CP en el que se castiga «la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas...» destinadas a la comisión de delitos de falsificación. Aunque parezca que con ello se persiguen formas de preparación relativas a esos delitos, en las que un sujeto se pertrecha de los instrumentos requeridos para efectuar su actividad delictiva posterior, en la práctica también se puede estar sancionando al sujeto que quiere facilitar la conducta delictiva de un tercero, o sea, formas imperfectas de la complicidad. A *sensu contrario* un tipo que parece que recoja una participación intentada puede incluir también formas de preparación. Así sucede con el art. 576 CP, que castiga la colaboración con banda armada. En este caso, puede ser que la actividad del colaborador facilite el acto terrorista realizado por un tercero, pero también es posible que pretenda con posterioridad cometer por sí mismo esa actividad terrorista.

Más compleja es la discusión en torno a la naturaleza de las conductas recogidas en los arts. 17 y s CP. Aunque la doctrina las ha denominado tradicionalmente *actos preparatorios punibles* el análisis de la naturaleza de cada comportamiento determina la configuración de los mismos como tentativas de inducción (sobre todo la provocación, apología y proposición). No obstante, esto no resuelve el problema pues sería igualmente posible interpretar estos preceptos como formas de preparación (especialmente la conspiración), e incluso como lesiones consumadas

cuando se les otorga un bien jurídico autónomo (lo que es una práctica común en la provocación y apología).

### **1. Formas de punición de las conductas preparatorias y participativas intentadas.**

Las conductas preparatorias (y participativas intentadas) en un sentido estricto pueden ser castigadas de dos formas<sup>601</sup>:

(1) Mediante el recurso a la extensión no autónoma del alcance del tipo penal<sup>602</sup>.

En estos casos los artículos que sancionan formas de preparación son causas de extensión del alcance del tipo<sup>603</sup>. En principio, los códigos penales no han previsto en la parte general un precepto que contemple la punición de la preparación de forma parecida a como se hace con la tentativa, con la excepción, del § 21 StGB de la extinta RDA, el artículo 21.1 de Código penal danés de 1930 (todavía vigente), o los artículos 29 y s del Código penal de la Federación rusa de 1996<sup>604</sup>. En el ámbito español lo más próximo a ello sería la punición no autónoma de las conductas recogidas en los arts. 17 y s CP, que son formas de extensión de la punición<sup>605</sup>. Estos a su vez se podían castigar de forma generalizada para todas las conductas o para unos delitos concretos mediante la previsión de tipos al final del capítulo correspondiente. No obstante, conviene reparar en el supuesto previsto en el art. 400 CP, que al vincularse con «los delitos descritos en los capítulos anteriores», al

<sup>601</sup> Zaczyk, *NK*, 22/4; el mismo, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 323; Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, pág. 11; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 43 y s; Rudolphi, *SK*, vor 22/3; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39II/22-28, que incluye además como tercer supuesto la *Gemeinschaftliche Verbrechensvorbereitung als vorweggenommene Teilnahme* (preparación conjunta del delito como participación anticipada); distingue estos tres grupos Jeschek/Weigend, *AT5*, pág. 523 y s. Otros autores como Neuhaus distingue entre actos preparatorios tipificados y no tipificados, Neuhaus, *Die strafbare Deliktshandlung*, pág. 23-25. En esta clasificación parece que el *no tipificado* se refiere a supuestos de extensión del tipo penal hasta la preparación, mientras que el *tipificado* está en relación con la creación de un tipo autónomo. El problema es que si bien la punición autónoma siempre se recoge en un tipo y siempre será *tipificada*, la punición no autónoma tiene que venir recogida en un tipo (bien en la parte general, bien como cláusula final de un capítulo) si no se quiere infringir el principio de legalidad, por lo tanto no existe ninguna preparación punible que no sea típica.

<sup>602</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 58; Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 68; Rudolphi, *SK*, vor 22/3.

<sup>603</sup> Baumann/Weber/Mitsch, *AT10*, pág. 110; Kühl, K., *AT2*, pág. 465 y s; Zaczyk, *NK*, 22/4.

<sup>604</sup> Vid. segunda parte, pág. 185.

<sup>605</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 195 y ss; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 30. Así lo entienden para § 30 StGB Schnarr, K. H., "Gehören Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB zum Deliktsbereich von Katalogtaten", pág. 257; Roxin, *LK11*, 30/2.



establecer que se «castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores», está llevando a cabo una extensión no autónoma del tipo, aunque sólo sea cuando se realice una preparación concreta<sup>606</sup>.

En el caso de que el autor lleve a cabo la forma intentada o consumada del delito principal, entonces sólo se le castigará por la mayor de ellas<sup>607</sup>. El carácter no autónomo del tipo impide además admitir la posibilidad de la aplicación de la teoría de la tentativa y de la participación<sup>608</sup>.

(2) A través de la tipificación autónoma<sup>609</sup> de una forma de preparación (o de una tentativa de participación).

(a) Prohibición genérica de la preparación: represión de toda forma de preparación relativa a un bien jurídico<sup>610</sup>. Por ejemplo, la sanción de todo acto de colaboración

<sup>606</sup> Sin embargo, su homólogo en Alemania (§ 149 StGB) prevé una sanción de una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa para todos los supuestos menos para la falsificación de moneda, en cuyo caso, se eleva hasta 5 años o multa.

<sup>607</sup> STS 4 de mayo 1994 (para la conspiración, f.d.5.º); Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 585; Rudolphi, *SK*, vor 22/3. Rudolphi (Rudolphi, *SK*, vor 22/3; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53II/44 y s; Cramer, *Sch/Sch*, 30/38) sostiene que habrá una excepción. Habrá un concurso de delitos cuando la preparación sea más amplia que el delito intentado o consumado, es decir, que pueda ser preparatoria de una pluralidad de delitos y en ese sentido afecte a diversos bienes jurídicos, tal y como sucede con las preparaciones recogidas en el § 30. Argumento que no comparto porque como toda conducta preparatoria, en principio, puede estar orientada a la preparación de diversos delitos, ello conduciría a la posibilidad de permitir la existencia de un concurso de delitos en todos los supuestos en los cuales no se conozca el plan del autor. Motivos dogmáticos (la consunción del comportamiento dentro de sus fases superiores del *iter criminis*) y político-criminales (la mayor seguridad jurídica, evitación de la arbitrariedad, así como el respeto del principio non bis in idem) aconsejan negar la posibilidad de concurrencia en concurso de tipos preparatorios y sus formas superiores del *iter criminis* del delito/s de referencia.

<sup>608</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/32; el mismo, "Los términos «delito» y «falta»", pág. 374 y s; Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 119 y s; Zaczkyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 323; Jesech/Weigend, *AT5*, pág. 524; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39/27; 40 II/82; Eser, *Sch/Sch26*, 22/29; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 42 (que considera que en estos casos la tentativa no es posible no porque sean tipos autónomos sino porque bien no es imaginable, bien se trata de una falta, op. cit., pág. 46); Rudolphi, *SK*, vor 22/3; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG2*, pág. 425 y s; Del Rosal Blasco, *La provocación*, pág. 160-65; Cuello Contreras, J., *La conspiración*, pág. 47-51; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1520; Brose considera que «...la pregunta sobre si y en qué medida pueden ser aplicadas las reglas generales de la participación y la tentativa (scil. a las conductas recogidas en el antiguo § 49a StGB), no tiene una naturaleza exclusivamente teórica sino que decide sobre los límites fundamentales de la punibilidad», Brose, R., *Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 7.

<sup>609</sup> Debo aclarar que no es lo mismo considerar que la tentativa de participación o una preparación puede ser una forma de autoría si se crea un bien jurídico que pueda lesionar (autonomía material) que defender que el tipo/s que regule supuestos de tentativas de participación sea o no autónomo en un sentido formal (vid. al respecto Cobo/Vives, *PG5*, pág. 438).

<sup>610</sup> Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 46; Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, pág. 3; Jakobs, G., *PG*, 25/9.

con banda armada (art. 576 CP). Dentro de este grupo incluyen algunos autores la persecución de la conspiración, proposición y provocación<sup>611</sup>. En cierta medida puede parecer correcto, pues se sanciona una forma genérica de preparar un delito, por ejemplo mediante la reunión de un grupo de sujetos con esa intención, en relación con un grupo de bienes jurídicos concretos determinados por el legislador. Sin embargo, tal consideración no casa con la clasificación que hago. Partiendo del hecho de que tales tipos no son materialmente autónomos, pues en tal caso, no habría un supuesto de delitos preparatorios, entonces, el carácter autónomo de la tipificación tiene que ser formal. Ello viene a significar que no se tiene que vincular el precepto con otro tipo para poder establecer la sanción que le corresponde. En el caso de las conductas recogidas en los artículos 17 y s es evidente que existe una unión necesaria con uno de los tipos de la parte especial incluido dentro del grupo cerrado fijado por el legislador en los arts. 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 578, 585 y 615 CP. Un indicio del carácter formalmente no autónomo sería igualmente que se prevea (en los arts. indicados anteriormente) una rebaja en la pena establecida para el delito consumado de referencia. Si hubieran sido un modo de preparación formalmente autónomo se habría establecido una pena específica para todos los supuestos. Además, si a pesar de todo se considera que dichos tipos son autónomos cabría la posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa y participación<sup>612</sup>, lo cual no es una solución político-criminalmente adecuada por la anticipación de intervención penal que representa.

(b) Persecución de una preparación concreta (técnica u organizativa) de entre todas las posibles. Se sanciona en un tipo una determinada acción preparatoria que contiene una especial peligrosidad y una fisonomía típica<sup>613</sup>. Por ejemplo la preparación de la falsificación de moneda o documentos (§ 149 StGB<sup>614</sup>) o programas de ordenador (art. 270.3 CP); la tenencia de productos para la fabricación de drogas (371 CP); la obtención y posesión de un arma de fuego (art. 563 CP) o la tenencia de explosivos

<sup>611</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 59 y s; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 703; Letzger, K., *Vorstufen*, pág. 121.

<sup>612</sup> Vid. Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 248 y ss; el mismo, *LK9*, 49a/37; Busch, J.D., "Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung", pág. 1119; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 18.

<sup>613</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 58 y s; Letzger, K., *Vorstufen*, pág. 121; Neuhaus, *Die strafbare Deliktsvorbereitung*, pág. 25; Rudolphi, *SK*, vor 22/4; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 46.

<sup>614</sup> «... la simple creación de los utensilios (por ejemplo máquinas de impresión) y materiales (por ejemplo papel) necesarios para la falsificación, todavía no se pueden considerar como su inicio sino como una conducta preparatoria típica...», Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 508 (cursiva no incluida en el original).

sin la pertinente licencia administrativa (art. 573 CP)<sup>615</sup>; procurar, falsear, inutilizar o revelar información reservada o secreta (art. 584 CP); la solicitud de favores de naturaleza sexual prevaleciendo de una situación de superioridad sexual, docente o análoga (art. 184 CP)<sup>616</sup>. También se incluirían en este grupo las concretas tentativas de participación previstas en el código, 143.1 (inducción al suicidio), 143.2 (cooperación necesaria al suicidio), 170.2 (reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por bandas armadas u organizaciones terroristas), 224 (inducción a un menor de edad o incapaz a abandonar el domicilio), 473 (inducción a la rebelión), 510.1 (provocación a la discriminación o al odio o violencia racial), 545 (inducción a la sedición), 581 (inducción a una potencia extranjera a declarar la guerra contra España), 582.2 (inducción a la desertión), 607.2 (apología del genocidio).

La consecuencia de una punición autónoma será la admisión de la posibilidad de la participación en tales delitos<sup>617</sup> o de sus formas imperfectas de ejecución<sup>618</sup>. Sin embargo, otros autores opinan que, aunque en algunas ocasiones sería admisible una tentativa punible, no se castigará porque al tener la punición de la preparación un carácter excepcional se tiene que llevar a cabo una interpretación restrictiva del tipo<sup>619</sup>, que alcanza por consiguiente sólo a la conducta consumada.

No obstante, una discusión sobre la posibilidad de punición de las formas imperfectas de preparación *sui generis* puede carecer de sentido pues en numerosas ocasiones el tipo autónomo incluye como auténtica consumación todas sus formas de preparación o de tentativa<sup>620</sup>.

En lo que respecta a los posibles concursos de delitos que surgen cuando se efectúan formas de preparación autónomamente tipificadas y luego se continúa con la actividad

<sup>615</sup> La posesión de armas sólo será una preparación o una tentativa de participación cuando no se considere que posee un bien jurídico autónomo colectivo (el orden público).

<sup>616</sup> Sobre esta última forma de preparación vid. Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 263.

<sup>617</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 161 y s; Jakobs, G., *PG*, 25/10; Sonnen, *AK*, 83/21 y s (que admite la participación pero no la tentativa)..

<sup>618</sup> Jeschek/Weigend, *AT5*, pág. 524; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39/27; Rudolphi, *SK*, vor 22/4; Eser, *Sch/Sch26*, vor 22/28; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 46; Gracia Martín, "El iter criminis", pág. 263; Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 119-22 que señala que un delito de tentativa –e incluso una preparación– respecto a la preparación es posible. En contra Schmidhäuser que defiende que cuando un delito de consumación formal abarca lo que materialmente es una preparación no se puede crear un delito de tentativa (concepto jurídico autónomo determinado por una conducta que no tiene que formar parte del delito acabado), *AT75*, 15/4-11.

<sup>619</sup> Sonnen/Hansen-Siedler, *JA* 1988, pág. 18; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 74-76; Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 83.

<sup>620</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39II/27. Igualmente, Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644: «en un tipo de peligro abstracto, la dificultad de apreciar una tentativa no deriva de una proposición axiomática, sino de la dificultad de separar actos de ejecución que no supongan ya probabilidad de un riesgo para el bien jurídico».

delictiva hasta alcanzar fases ejecutivas del mismo *iter criminis*, creo que hay que resolver los supuestos en que concurren de delitos relativos a idénticas formas de ataque a un mismo bien jurídico mediante un concurso de leyes<sup>621</sup>, en concreto a través del principio de consunción. Aunque el legislador haya decidido crear un delito de preparación o de tentativa de participación autónomo en un sentido formal ello no implica necesariamente que haya un hecho preparatorio punible totalmente independiente del delito consumado que le correspondería. Ambos están en la escala del *iter criminis* de un mismo bien jurídico protegido. Esa consunción no tendrá lugar, en cambio, cuando haya un delito autónomo material porque se estarían atacando diferentes bienes jurídicos. Por ejemplo, si se considera que la tenencia de armas prohibidas posee un bien jurídico autónomo, el orden público, y que por tanto no se sanciona esa tenencia por ser la preparación de otro posible delito, habrá un concurso de delitos cuando concorra con otra acción delictiva vinculada al uso de ese arma. Sin embargo, cuando hay simplemente una autonomía formal, aunque existan dos acciones distintas con dos resultados típicos diferentes ello no da lugar a la apreciación de un concurso real de delitos<sup>622</sup> porque la conducta consumada posterior sí absorbe el desvalor específico del acto preparatorio especialmente tipificado.

### III. LA ANTELACIÓN EN FUNCIÓN DEL JUICIO DE PELIGRO.

El segundo grupo en que se pueden ordenar las formas de anticipación de la tutela penal atiende al grado de peligro inherente al comportamiento en relación con el bien jurídico de referencia tutelado en el caso concreto. «Los delitos de peligro son aquellos que contienen comportamientos que no conducen directamente a una

---

<sup>621</sup> Sonnen, *AK*, 83/23; Gracia Martín, "El «*iter criminis*» en el código penal español de 1995", pág. 263; Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 11; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 314.

De todas formas Diez Ripolles distingue que habrá un concurso medial cuando se tipifique un comportamiento preparatorio que a tenor de sus circunstancias concretas posea una especial peligrosidad, de modo que, cuando se realiza el tipo de lesión éste «no puede absorber ni consumir el desvalor específico del acto preparatorio singular específicamente tipificado», Gracia Martín, "El «*iter criminis*» en el código penal español de 1995", pág. 264.

La segunda solución es errónea porque aun que sea un tipo autónomo de preparación por las razones específicas de que se trate, en el momento en que haya una lesión del bien jurídico principal se debe castigar por la mayor afectación del bien jurídico producida, y luego se podrá, si acaso, tener en cuenta las circunstancias acaecidas en la fase preparatoria como una circunstancia agravante.

<sup>622</sup> Como proponen Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, 39II/29 y s; Gracia Martín, "El *iter criminis*", pág. 263 y s.

lesión del bien jurídico protegido, sino que crean una situación a partir de la cual se puede desarrollar una lesión, pero que no se tiene que producir necesariamente»<sup>623</sup>.

Dentro de los delitos de peligro se distinguen tradicionalmente dos grupos<sup>624</sup>:

(1) Delitos de peligro concreto: no hay una lesión del bien jurídico, que sí es puesto en peligro en el supuesto concreto<sup>625</sup>.

(2) Delitos de peligro abstracto: capaces de crear una situación de peligro concreto. Su punibilidad se deduce de «la peligrosidad general para el bien jurídico protegido que posee la conducta típica»<sup>626</sup>.

En los delitos de peligro concreto la creación del peligro es un elemento típico; en los abstractos la peligrosidad no es ninguna característica del tipo, sólo el motivo que justifica su creación<sup>627</sup>. Es decir, entre ambos existe una diferencia en función del grado de determinación del peligro exigido. Así, los delitos de peligro abstracto no requieren la existencia de peligro concreto, o sea, el resultado de peligro no es

<sup>623</sup> Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 281. Vid. Lenckner, Sch/Sch, vor 13/129; Maurach/Zipf, AT8, 20/29; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 15; Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", pág.183.

<sup>624</sup> Lenckner, Sch/Sch, vor 13/129; Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, pág. 23 y s; Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 9; Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pág. 20; Schmidhäuser, E., AT75, 8/41 y s; Jakobs, G., PG, 6/78 y s, 86; Jeschek/Weigend, AT5, pág. 263 y s; Maurach/Zipf, AT8, 20/31; Köhler, AT, pág. 128; Schönemann, JA 1975, pág. 793; Stratenwerth, G., AT2000, 8/14; Schroeder, F.C., *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, pág. 308-312; Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 281; Wessels/Beukel, AT98, marg. 27.

<sup>625</sup> Berz, *Tatbestandsverwirklichung*, pág. 55; Fischer, T., GA, 1989, pág. 446; Geppert, K., "Die schwere Brandstiftung", pág. 418; Horn/Hoyer, JZ, 1987, pág. 965; Roxin, C., DP97, 2/23, 352; Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 15; Wessels/Beukel, AT98, marg. 28; Quintero Olivares, G., PG3, pág. 334; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 43, 108.

<sup>626</sup> Brehm, W., "Die ungefährliche Brandstiftung", pág. 22; Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 281; Wessels/Beukel, AT98, marg. 29; Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 52.

<sup>627</sup> Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pág. 20; Brehm, W., "Die ungefährliche Brandstiftung", pág. 22; el mismo, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, pág. 9; Jeschek/Weigend, AT5, pág. 264; Arthur Kaufmann, JZ 1963, pág. 432; Maurach/Zipf, AT8, 20/31; Roxin, C., DP97, 2/23; Geppert, K., "Die schwere Brandstiftung", pág. 418; Roxin, AT, 2/25, 10/123, 11/121, 127; Schmidhäuser, E., AT2, 8/103; Schönemann, JA 1975, pág. 793; Tröndle, StGB, vor 13/13a; Volz, *Gefährdungsdelikte...*, pág. 17 y s; Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 281 y s; Wolter, *Objektive...*, pág. 277; Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", pág. 182; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 39; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 693; Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 490; Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 71; Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 52 y s; Mir Puig, S., PG6, 9/61; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 79; Quintero Olivares, G., PG3, pág. 334; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 43, 108. En contra Martín, J., *Strafbarkeit...*, pág. 85, que considera que en los delitos de peligro abstracto tiene que haber un resultado de peligro; en ese sentido vid. Horn/Hoyer, JZ 1987, pág. 966 y s; Kratzsch, D., "Zum Erfolgsunrecht der schweren Brandstiftung", pág. 362; Wessels/Beukel, AT98, marg. 28 y s.



un elemento constitutivo del tipo sino que basta con la realización de la conducta descrita para consumarlo<sup>628</sup>.

A partir de esta clasificación de los delitos de peligro se puede sostener que sólo habría una anticipación de tutela penal en los delitos de peligro abstracto<sup>629</sup>, delitos de peligro abstracto que son el elemento característico de un Derecho penal moderno que persigue la maximización de la protección del bien jurídico<sup>630</sup>.

#### IV. LA RELACIÓN ENTRE LA PELIGROSIDAD Y EL *ITER CRIMINIS*.

En lo que respecta a la distinción entre delitos de tentativa/emprendimiento/preparación y de peligro concreto/abstracto, hay que indicar que en la práctica son la misma cosa.

En el primer grupo el legislador recoge en un precepto penal una conducta que se identifica con una forma imperfecta del *iter criminis* de un tipo de referencia y se castiga con la pena que le correspondería a una tentativa o se equipara a la consumación. En el segundo grupo, delitos de peligro son aquellos en los que se persiguen conductas que *per se* representan una puesta en peligro del bien jurídico. Según el grado de determinación del peligro exigido serán concretos o abstractos, es decir, exigirán un resultado de peligro en la situación determinada o no. Ahora bien, el análisis aislado de ambos criterios (peligrosidad y fase del *iter criminis*) no puede ocultar los vínculos existentes entre ellos. Las fases del *iter criminis* se castigan porque contienen una peligrosidad que se considera penalmente relevante<sup>631</sup>.

<sup>628</sup> Maurach/Zipf, *ATB*, 20/31; Baumann/Weber/Mitsch, *AT95*, 8/43; Arthur Kaufmann, *JZ* 1963, pág. 432; Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, pág. 20; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 79; Rodríguez Montañes, T., *Delitos de peligro*, pág. 14; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 108; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro*, pág. 211-14, autora que, no obstante, señala como la tendencia a exigir una prueba de peligro en los delitos de peligro abstracto ha generado que la auténtica diferencia entre ambos se halle en una mayor amplitud de la base de juicio de peligro concreto.

<sup>629</sup> Como considera Sánchez García, I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, pág. 19; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 693, considera que es la principal categoría de tutela penal anticipada.

<sup>630</sup> Müller-Dietz, H., "Gibt es Fortschritt im Strafrecht", pág. 677; Park, T., *Vermögensstrafe und modernes Strafrecht*, pág. 130, 132; Hassemmer, W., "Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts", pág. 381; Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts...", pág. 16; Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 74; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 35; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 111.

<sup>631</sup> Bustos/Hormazabal consideran que sería «sistemáticamente coherente exponer en este apartado (scil. delitos de peligro y principio de lesividad) el desarrollo del delito, el *iter criminis*, pues los actos preparatorios y las formas imperfectas de ejecución... son situaciones de puesta en peligro...», Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 110 (cursiva original). «Desde el punto de vista objetivo, los delitos de tentativa en sentido amplio son delitos de peligro», Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 50.



A su vez los delitos de peligro representan la punición de conductas que son fases del proceso que conduce a la lesión consumada del bien jurídico de referencia<sup>632</sup>. A partir de aquí se podría plantear un debate sobre si es conveniente seguir manteniendo esta pluralidad de términos. Se puede defender que es necesario conservar ambos términos porque existen unas diferencias fundamentales.

(1) Así, la diferencia puede hallarse en que en los delitos de tentativa/emprendimiento se podrían recoger conductas a las que luego se exige que sean idóneas para producir un resultado y a los delitos de peligro no. Sin embargo, con este planteamiento sólo se podría distinguir entre delitos de tentativa y de peligro abstracto, pero sin embargo, seguirían coincidiendo delitos de tentativa y de peligro concreto.

(2) La distinción entre ambas podría residir en que a cada figura le corresponde un juicio de peligro distinto. Así, la cuestión residiría en conocer qué criterio de enjuiciamiento de peligro ha sido el utilizado en cada caso para determinar la relevancia de un comportamiento. Sin embargo, aunque de este análisis se obtuviera la conclusión de que en los delitos de peligro el criterio de enjuiciamiento es distinto que el utilizado en los delitos de tentativa, ello no implicaría que la opción por un mismo criterio no fuera posible. Si ello ocurriera delitos de tentativa coincidirían con los de peligro.

Así, por ejemplo, Muñoz Lorente mantiene que «tanto en la tentativa inidónea como en los delitos de peligro abstracto es necesaria la realización de un juicio *ex ante* para la calificación jurídica de la punibilidad de la conducta»<sup>633</sup>. Del mismo modo, Mir afirma que «*la tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto*»<sup>634</sup>, «*el tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene, en cambio, la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto*»<sup>635</sup>, y que la diferencia entre ambas reside en que en el delito de peligro hay una descripción típica de una conducta específica de tentativa<sup>636</sup>. Por el contrario se puede defender que a los delitos de peligro abstracto

<sup>632</sup> Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", pág. 182. «... los delitos de peligro, que no serían sino «tentativas» o, si se prefiere, formas de imperfecta ejecución de los delitos imprudentes...», Rodríguez Montañes, T., *Delitos de peligro*, pág. 135.

Los delitos de emprendimiento, delitos de peligro concreto y abstracto, delitos de mera actividad y los delitos de intención son integrados dentro de los que Fincke considera *delitos de tentativa impropios* ("unechten Versuchsdelikte"), Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 40.

<sup>633</sup> *La tentativa inidónea*, pág. 122.

<sup>634</sup> Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 11 (cursiva original).

<sup>635</sup> Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 12 (cursiva original); el mismo, *PG6*, 13/83.

<sup>636</sup> Así en lo relativo a la relación entre delito de peligro abstracto y tentativa inidónea, Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", nota 43.

les corresponde un juicio de peligrosidad estadística mientras que a la tentativa un enjuiciamiento *ex ante*. Ambos no coinciden, pues en un caso (*ex ante*) se tienen en cuenta todas las circunstancias relevantes mientras en el juicio estadístico sólo se tienen en cuenta algunos factores genéricos<sup>637</sup>. De ello se deduciría la imposibilidad de identificar delitos de peligro y tentativa como causa de extensión del alcance del tipo como hace Mir ya que la tentativa idónea contiene un grado de peligrosidad mayor que el previsto para los delitos de peligro.

(3) Otros autores han defendido que esa distinción se explica porque los delitos de peligro abstracto se vinculan con un bien jurídico colectivo (ya sea con un referente intersubjetivo, ya sea como bien jurídico puramente abstracto, espiritualizado o intermedio<sup>638</sup>). El problema en estos casos es que si el tipo creado tiene un bien jurídico propio, de modo que se puede hablar de una auténtica autonomía porque no hay un tipo de referencia en la parte especial, el delito no tiene que ser necesariamente de peligro, en numerosas ocasiones será de lesión consumada. De todas formas, ello dependerá, como ya indique, de la manera como se interprete cuándo hay una lesión plena del objeto del bien jurídico colectivo<sup>639</sup>.

(4) También se sostiene que en los delitos de tentativa y emprendimiento el dolo no se limita al deseo de poner en peligro sino que, además, debe incluir una voluntad de lesión del bien jurídico tutelado<sup>640</sup>. Ahora bien, aunque sería dogmáticamente viable establecer esa distinción (tal y como la mayoría de la doctrina exige para la tentativa de participación) la redacción del tipo (salvo que incluya un requisito subjetivo) permite aceptar por correcta la contraria. Así, el art. 284 cuando castiga el intento de alterar los precios públicos no contiene ningún requisito subjetivo referido al *dolo de lesión*. Más bien, parece que es el término utilizado (*intentaren*) y no la intención trascendente el que determina que sea un delito de tentativa y no de peligro.

(5) Si se mantiene que la diferencia reside en el hecho de que en el delito de tentativa/emprendimiento/preparación se infringe un deber, mientras que el de peligro abstracto se fundamenta en la peligrosidad de la acción tipificada, comprobamos que cada figura se distingue de la otra por la posesión de una estructura de injusto diferente: en el primero sólo hay injusto de acción, el segundo, como pone en peligro en cierta medida el bien jurídico, contiene un desvalor del resultado por pequeño que sea. A ello hay que objetar que la opción por estructuras de injusto

<sup>637</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 235 y s.

<sup>638</sup> Al respecto Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 6 y s.

<sup>629</sup> Vid. primera parte, 42 y ss.

<sup>640</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 50; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 697; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 228.

distintas no se deriva de la naturaleza de cada delito, sino que es una mera decisión dogmática, una entre todas las que podrían utilizarse *correctamente*. En la medida que ambas figuras contienen un idéntico injusto de la acción, pues infringen el mismo mandato o prohibición normativa, se podría estructurar el injusto de las dos en torno a la infracción de un deber. Pero, además, se puede justificar igualmente en los dos casos un desvalor del resultado entendido como peligrosidad.

(6) Por último sería posible mantener que los delitos de tentativa reprimen de forma autónoma conductas peligrosas que representa un inicio de ejecución de un tipo mientras que los delitos de peligro no exigen tal hecho. Sin embargo, aunque diera por cierta tal afirmación, es decir, se evitara precisar si la exigencia de concreción del riesgo o resultado de peligro se pudiera identificar con un inicio de ejecución en un *iter criminis* distinto que no permitiera establecer esta diferencia, ello no impediría afirmar que la ausencia de esta exigencia de inicio de ejecución no implicaría que los delitos de peligro no pudieran coincidir con una fase del *iter criminis* ejecutiva (tentativa) o no ejecutiva (preparación). Circunstancia que, como se verá a continuación, es tenida en cuenta por parte de la doctrina que llega a considerar que los delitos preparatorios son una especie de los delitos de peligro abstracto

En conclusión, en el primer grupo la denominación hace hincapié en la fase del *iter criminis* castigada, en el segundo, en el grado de peligro del comportamiento, pero ambos grupos pueden estar en relación con las mismas conductas. Y en la práctica representan la posibilidad de perseguir fases previas a la lesión del bien jurídico con independencia de los requisitos subjetivos derivados la teoría general del *iter criminis*. Es decir, pueden castigar actos preparatorios y tentativas, con independencia de que con relación al tipo de referencia se llevaran a cabo de forma dolosa o imprudente<sup>641</sup>.

Aunque no sea este el lugar donde se deba abarcar la relación entre delitos de peligro y tentativa, principalmente por problemas de espacio, sí me parece interesante llevar a cabo una reflexión sobre la relación que existe entre delitos de peligro abstracto y delitos preparatorios<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> «...la falta de dolo de lesión hace imposible la aplicación de la tentativa y obliga a la creación de una categoría que abarque, también en el aspecto subjetivo, los momento previos a la lesión», Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 68, nota 137; Feijoo Sánchez, B., "Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?", pág. 2006; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 313 y s; Rodríguez Montañes, T., *Delitos de peligro*, pág. 7, 134 y s; Schünemann, JA 1975, pág. 798; Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, pág. 137.

<sup>642</sup> Considera que los delitos preparatorios y los de peligro están en una relación de proximidad, Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 68.

## 1. El parentesco entre los delitos de peligro abstracto y delitos preparatorios.

En la actualidad se observa una tendencia a redefinir las categorías tradicionales de delitos de peligro<sup>643</sup>, inclinación especialmente intensa en los delitos de peligro abstracto, dentro de los que se distinguen nuevas subcategorías, algunas de las cuales se denominan expresamente *actos preparatorios*<sup>644</sup>. Estos esfuerzos manifiestan un aumento de la preocupación por la extensión del delito de peligro abstracto, especialmente porque el concepto de peligrosidad ya de por sí indeterminado alcanza su grado máximo de abstracción en los supuestos de preparación<sup>645</sup>.

(1) Diversos autores señalan que una de las variantes del delito de peligro abstracto supone la criminalización de un comportamiento que no contiene una peligrosidad directa, sino que requiere la intervención posterior de un sujeto. Por lo tanto, supone la represión penal de actos preparatorios del delito.

<sup>643</sup> Por ejemplo, Zieschang introduce dos elementos nuevos dentro del sistema clásico, que queda configurado como describo a continuación, Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 159 y ss, 347:

*Konkrete Gefährdungsdelikte* (delitos de peligro concreto). Delitos de resultado que consiste en la puesta en peligro concreta del bien jurídico.

*Konkrete Gefährlichkeitsdelikte* (delitos de peligrosidad concreta). Realizar un comportamiento peligroso en concreto sin necesidad de que se produzca una puesta en peligro del bien jurídico.

*Potentielle Gefährdungsdelikte* (delitos de peligro potencial). Delitos de resultado consistente en crear un estado concretamente peligroso. Aquellos que generan un estado que conduce, en una progresión ininterrumpida, a la creación de un peligro concreto e incluso a la lesión del bien jurídico (op. cit., pág. 100, 158). Para saber cuando se puede incluir una acción en esta categoría hay que recurrir al grado de probabilidad (juicio de prognosis realizado desde la posición del ciudadano medio, op. cit., pág. 100) de que el bien jurídico quede expuesto a una lesión o puesta en peligro. El ciudadano medio en la situación del autor y dotado de sus conocimientos especiales debe determinar si en el momento de realizar la conducta no se podía excluir la producción de un daño al bien jurídico (op. cit., pág. 101, 159). Estos delitos son una fase previa de los delitos de peligro concreto (op. cit., pág. 100 y ss).

*Abstrakten Gefährlichkeitsdelikte* (delitos de peligrosidad abstracta).

<sup>644</sup> Tendencia que como indica Corcoy no es nueva (Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, pág. 282): la doctrina española estimaba que los tipos que sancionaban autónomamente actos preparatorios podían ser auténticos actos preparatorios o delitos de peligro abstracto (Quintano Ripolles, 1977, 349 y ss).

<sup>645</sup> Por ejemplo, Zieschang sostiene que los *abstrakte Gefährlichkeitsdelikte* incluyen situaciones que no conducen a una puesta en peligro del bien jurídico o sólo lo haría de forma improbable (en esa línea crítica Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 286), por ese motivo deben ser suprimidos del Código penal (Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte*, pág. 384, 391). Otra cuestión es si las conductas recogidas en esta última categoría se deben integrar dentro del derecho administrativo sancionador (op. cit., pág. 392). Al respecto indica que los comportamientos tradicionalmente castigados por los *abstrakte Gefährlichkeitsdelikte* pueden ser trasladadas al derecho administrativo. Como el injusto administrativo es menor que el penal, la simple desobediencia de un precepto administrativo puede ser castigada con multa, que tiene que ser proporcional a su injusto (op. cit., pág. 392 y s).

No obstante, en el derecho administrativo rige igualmente el principio de subsidiariedad. Hay que demostrar que no se puede utilizar otro medio más efectivo (op. cit., pág. 392 y s).

Para **Jakobs** los delitos según la peligrosidad que contienen se dividen en: (a) concretos, (b) abstractos, (c) abstracto-concretos. Y estos últimos se dividen a su vez en potencialmente concreto, concreto presunto, virtual concreto<sup>646</sup>.

En concreto, dentro de los delitos de peligro abstracto se distinguen tres grupos. Los dos primeros punen comportamientos externos y perturbadores<sup>647</sup> cuya sanción representa un adelantamiento del alcance del Derecho penal que se sitúa en una posición muy cercana a la de la tentativa acabada<sup>648</sup>. En tales casos no hay una «anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales»<sup>649</sup>, nos hallamos frente a una criminalización legítima. En el tercer grupo identificable en los delitos de peligro abstracto, se hacían conductas escasamente peligrosas o que requieren la intervención de un tercero para el desarrollo de su peligrosidad. Comportamientos que no son peligrosos en absoluto si no van asociados a una acción sucesiva y de carácter delictivo<sup>650</sup>. Son conductas no ejecutivas del delito porque puede confirmarse ese peligro o por el contrario que quede reducido a esa situación previa y equívoca. La sanción de estos comportamientos implica la extensión del Derecho penal a conductas preparatorias de un delito<sup>651</sup>. Esa anticipación de la tutela penal es en algunos supuestos ineludible: cuando el autor no sea capaz de desactivar el riesgo generado por su organización<sup>652</sup>. En concreto destaca los supuestos de creación y obtención de instrumentos delictivos. La extensión del alcance penal se justifica por la elevada peligrosidad que existe de que esos objetos se utilicen en un sentido delictivo (ya que normalmente no admiten otro). En estos casos debe prescindirse de la voluntad del autor, basta con que se haya creado una situación de peligro: facilitar la posterior ejecución de un delito<sup>653</sup>.

**Köhler** señala expresamente que hay dos tipos de peligro abstracto: bien la conducta peligrosa necesita una posterior actuación, del sujeto que lo realizó o de un tercero, para convertirse en una lesión; bien puede conducir a un resultado lesivo por sí sola, la intervención de otra persona está excluida o sería fruto de la casualidad. Las primeras son acciones penalmente irrelevantes porque todavía no lesionan la libertad del otro. Las otras, sin embargo, afectan de forma substancial la autodeterminación de la libertad del ciudadano<sup>654</sup>. Por lo tanto las dos son formas de peligro abstracto, pero uno mediato y otro inmediato en relación con una posible puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido. Finalmente, **Cuesta Pastor**<sup>655</sup> considera que los «delitos obstáculo» son aquellos que están en un estado previo a los delitos de peligro abstracto y que

<sup>646</sup> Jakobs, "Criminalización...", nota n. 20, pág. 307, pág. 308-10.

<sup>647</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 308-9: conductas definidas como perturbadoras *per se* (conducir borracho); conductas externas y perturbadoras: no son por sí mismas perturbadoras si no que se consideran así por generalización del peligro (falso testimonio, perjurio, incendio de edificio habitado).

<sup>648</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 309.

<sup>649</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 309.

<sup>650</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 309-10.

<sup>651</sup> Jakobs, G., *PG*, 6/86a.

<sup>652</sup> Cuando la conducta preparatoria sólo puede ser utilizada en un sentido delictivo (instrumentos delictivos); Jakobs, G., *PG*, 6/86a.

<sup>653</sup> Jakobs, *AT*, 6/86a.

<sup>654</sup> Köhler, *AT*, pág. 32.

<sup>655</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 40-46.

representan la punición de conductas que son la premisa idónea para la realización de otros delitos. «La doctrina está de acuerdo en que la utilización por el legislador del delito obstáculo equivale a la criminalización de los «actos preparatorios» para cometer ciertos delitos»<sup>656</sup>.

En suma, acto preparatorio y conducta peligrosa en abstracto van a ser aquellos comportamientos que pueden ser el origen de las circunstancias peligrosas a partir de las cuales se puede producir una posterior lesión de un bien jurídico<sup>657</sup>. La diferencia es que una puede conducir directamente a la generación de ese estado (peligro abstracto), mientras que la otra necesita una posterior intervención ya sea del propio autor o de otra persona (en este último caso se convierte en una forma de participación no consumada o una preparación del acto ajeno).

(2) Otros autores indican directamente que en ciertos casos los delitos de peligro abstracto suponen la penalización de fases preparatorias muy alejadas, que se castigan porque una acumulación de tales comportamientos provocaría la efectiva lesión del bien jurídico.

Así, **Martin**<sup>658</sup> distingue entre: Delitos de peligro abstracto (aquellos que *per se* contienen un peligro abstracto para el bien jurídico porque la conducta es adecuada para producir una lesión del bien jurídico) y delitos de actividad (*Tätigkeitsdelikten*) (comportamientos no adecuados para lesionar el bien jurídico -no se puede determinar su capacidad lesiva- pero que si se efectúan masivamente conducen a una lesión del bien jurídico). En la misma línea **Wolter** diferencia entre<sup>659</sup>:

«Uneigentlichen» abstrakten Gefährdungsdelikte (*delitos de peligro abstracto impropios*): poseen una vinculación con un bien jurídico protegido que ponen en peligro concreto o respecto al cual manifiestan una peligrosidad concreta. Por ejemplo el § 306 Abs. 2 StGB (incendio de edificio).

«Eigentlichen» abstrakten Gefährdungsdelikte (*delitos de peligro abstracto propios*): se sancionan comportamientos que representan una infracción de preceptos administrativos o las *Massenhandlungen* o conducta cuyo uso generalizado provocaría una lesión de bienes jurídicos. Se prohíben estas acciones evitando que el particular decida en cada caso si su comportamiento es adecuado. Además, no se exige que haya una relación con un bien jurídico puesto en peligro concreto. Estos delitos se justifican por su conexión mediata con el bien jurídico. Es decir, la protección del bien jurídico no es el contenido de la norma sino el motivo del legislador. La realización del comportamiento típico autoriza el castigo sin necesidad de que se produzca una puesta en peligro concreta del bien jurídico.

<sup>656</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 44.

<sup>657</sup> Müller-Dietz, "Aspekte und Konzepte der Strafbegrenzung", pág. 99, define de tal forma todas las conductas que se hallan incluidas dentro de la Vorfeldkriminalisierung.

<sup>658</sup> Martin, J., *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, pág. 56.

<sup>659</sup> Wolter, *Objektive...*, pág. 277-280. Critica la segunda teoría Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 269 y s: justificación insuficiente, no se tiene que proteger el bien jurídico de conductas que no lo lesionan.



## (3) Finalmente, hay autores que tienen en cuenta ambos criterios.

Los delitos de peligro abstracto no se caracterizan por la puesta en peligro de un bien jurídico sino por la «peligrosidad general» que les es inmanente. Ergo, no hay delitos de peligro abstracto sino «delitos de riesgo o peligrosidad»<sup>660</sup>. Si la creación de un riesgo general es lo que caracteriza a los delitos de peligro abstracto, ¿cuáles son los «tipos de riesgo» (tipos de creación de riesgo) y dentro de éstos cuáles pueden ser legítimamente penalizados<sup>661</sup>? En función del potencial de riesgo **Wohlers** sostiene que se pueden establecer tres categorías dentro de los «delitos de riesgo»<sup>662</sup>:

«Konkrete Gefährlichkeitsdelikte» (*delitos de peligrosidad concreta*): conducta que conduce directamente a una concreta puesta en peligro del bien jurídico sin intervención de ningún sujeto (*Trunkheitsfahrt* § 316 StGB, *schwere Brandstiftung* § 306a StGB). Se protegen intereses individuales.

«Kumulationsdelikte»<sup>663</sup> (*delitos de acumulación*): conductas que no pueden lesionar *per se* ningún interés pero que combinadas con otras acciones de la misma clase provocan una concreta puesta en peligro del bien jurídico (protección del medio ambiente §§ 324 y ss StGB, o de ciertas instituciones estatales §§ 264 y ss StGB). En este caso se protegen intereses colectivos.

«Vorbereitungsdelikte» (*delitos preparatorios*): comportamientos que contienen el riesgo de que su autor u otra persona distinta puede servirse de una conducta previa para realizar actividades delictivas. Se tutelan tanto intereses individuales como colectivos.

Los delitos preparatorios son impunes. No obstante, se admiten algunas excepciones a la impunidad que con carácter general se predica de la conducta preparatoria. En unas ocasiones se recurre a motivos de política criminal para justificar la sanción de formas de preparación. En otras la legitimación del castigo se limita a mostrar cómo la conducta en cuestión es objetivamente relevante. Cuando la justificación de la punición se quiere hallar en la relevancia objetiva del comportamiento la preparación responde al mismo conjunto de problemas que afecta a los delitos de peligro. Sin embargo, resulta curioso observar cómo en ocasiones el delito preparatorio queda fuera de una problemática en la que no sólo deben estar incluida la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto<sup>664</sup>: la determinación de un

<sup>660</sup> Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 305 y s. Esa terminología, «Risikodelikt», también es utilizada por Maurach/Schröder/Maiwald, *BT/2*, 94/3; Armin Kaufmann, «Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Cortergan-Verfahren», pág. 576.

<sup>661</sup> Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 296, 306.

<sup>662</sup> Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts...*, pág. 309 y s.

<sup>663</sup> Vid. Kuhlen, L., «Umweltstrafrecht», pág. 697 y ss, 716; Hefendehl, R., «¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?», pág. 10 y s; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 167-69; Alcácer Guirao, R., «La protección del futuro y los daños cumulativos», pág. 9 y s, 20 y s; Silva Sánchez, J-M., *La expansión del Derecho penal*, 1999, pág. 108-13.

<sup>664</sup> Cramer, por ejemplo, estudia esta problemática limitándose a las dos figuras señaladas, *Vollrauschtatbestand...* pág. 63 y ss.

juicio de peligrosidad que permita fijar cuándo una conducta conduce objetivamente a una lesión de intereses legalmente protegidos de modo penalmente relevante<sup>665</sup>.

Preparación y peligro abstracto son formas de extensión de la punición, abarcan conductas caracterizadas por la ausencia de lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico. Es decir, poseen un aparente déficit de injusto material, por lo que el trabajo del penalista se concentra en la prueba, en la demostración y justificación de una relevancia objetiva que permita su legítimo castigo. Lógicamente le son aplicables a las dos categorías todas las hipótesis que fundamentan la existencia de un injusto material, bien fundamentado su *peligrosidad*, bien construyendo un injusto basado exclusivamente en el injusto de la acción, bien definiendo un bien jurídico de contenido tan abstracto que nos permita hablar en esos supuestos de acciones *lesivas*.

Por consiguiente, aunque intentemos diferenciar estas figuras mediante el recurso a diferentes criterios de justificación, es innegable que la preferencia por una u otra teoría, si existe, no discrimina el delito preparatorio del delito de peligro abstracto, porque la cuestión que subyace sigue siendo idéntica: ¿cómo justificar el castigo autónomo de conductas que todavía no representan una lesión o puesta en peligro del bien jurídico?

Aunque de la respuesta resulte un nombre distinto, coincide en todos los demás aspectos con la problemática contenida por los delitos de peligro abstracto, con la agravante de que la única diferencia real reside en que quizá manifiesta una peligrosidad inferior. Esto es, desde este enfoque se puede considerar que la preparación es un delito de peligro abstracto o una especie del mismo que posee un grado de peligrosidad semejante e incluso inferior, situado por debajo del ocupado por éstos.

Los delitos de peligro abstracto se han extendido en sus capas inferiores hasta abarcar dentro de sus tipos a conductas preparatorias, pero con ello se amplía el conjunto de problemas que le afectan: no sólo se abarcan zonas con una peligrosidad mediata, también se resuelven problemas de la participación. Como ya he indicado, la peculiaridad de los delitos preparatorios es que en estos casos en numerosas ocasiones nos enfrentamos realmente a formas de participación intentada.

En resumen, lo interesante de esta reflexión es constatar, primero, que los delitos de peligro recogen la punición autónoma de tentativas de lesión respecto al delito principal, y actos preparatorios (dolosas, doloso eventuales, o imprudentes). Segundo, que al identificar plenamente la problemática de la preparación con la de

---

<sup>665</sup> Cramer, P., *Vollrauschatbestand...* pág. 66.

los delitos de peligro se utiliza el criterio de peligrosidad para justificar la sanción de conductas participativas que aunque tengan igualmente una peligrosidad condicional, mediata, dentro de algunos sistemas no deben ser castigadas porque no se han cumplido los requisitos del principio de accesoriedad.

## V. CONCLUSIONES.

Según el concepto de anticipación de la tutela penal utilizado con anterioridad sus formas de aparición se limitan a tres figuras: los delitos de peligro abstracto, los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación (ya se punan de forma autónoma o mediante la extensión del tipo de manera parecida a la prevista para la tentativa). Ello con la peculiaridad de que los dos últimos citados normalmente se suelen recoger dentro de una categoría única (delitos preparatorios). La dificultad que hay en orden a diferenciar en una fase tan temprana y a la vista del carácter equívoco de los comportamientos entre preparación y participación, la posibilidad de que una misma conducta pueda compartir ambas naturalezas, el deseo de solventar problemas de delimitación de figuras y de justificación dogmática reuniendo ambas en tipos *saco* son algunas de las razones que han ocasionado esta reducción del problema de la anticipación por la vía del *iter criminis* a una sola categoría: la preparación.

Por el contrario, la tentativa, los delitos de tentativa y emprendimiento<sup>666</sup> y los delitos de peligro concreto, por la puesta en peligro concreta del bien jurídico que representan, no son formas de anticipación.

Los tipos que suponen una anticipación autónoma de la tutela penal se pueden ordenar en dos grupos: en función de su posición dentro del *iter criminis* del delito principal o del *iter criminis* de la participación (delitos preparatorios y de tentativa de participación) y del grado de peligro inherente a la conducta en relación con el bien jurídico de referencia protegido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto). Ahora bien, aunque se utilicen dos criterios distintos no se puede obviar la conexión necesaria que existe entre ellos: las fases del *iter criminis* se sancionan a causa de la peligrosidad que contienen, que se considera penalmente relevante. De ahí que se pueda entender que la preparación sea un delito de peligro que posee un grado de peligrosidad semejante al abstracto e incluso inferior. Así mismo, los delitos de peligro abstracto castigan conductas que son fases no ejecutivas dentro del proceso que conduce a la lesión consumada del bien jurídico de referencia. Y de este modo

<sup>666</sup> Salvo que se identifique emprendimiento con preparación o se sancionen conductas preparatorias con la misma pena que la consumación.

se usa el criterio de peligrosidad tanto para justificar la sanción de fases del *iter criminis* de la conducta principal como de conductas participativas que no han satisfecho los requisitos de accesoriedad establecidos por el modelo diferenciador establecido por la doctrina penal.

En suma, aunque los delitos preparatorios reciban su nombre de la fase del *iter criminis* castigada y los delitos de peligro abstracto se centren en el grado de peligro del comportamiento ambos tipos de delitos pueden tener como extensión el mismo conjunto de conductas.

## Segunda Parte

# Los Actos Preparatorios del Delito

## Capitulo I

# La indeterminación del concepto de acto preparatorio



## I. INTRODUCCIÓN.

El acto preparatorio es, sin lugar a dudas, la figura del *iter criminis* menos tratada por la doctrina. Situada entre la tentativa y la fase interna del delito (ideación, deliberación, resolución), entre las esferas del *iter criminis* y de la participación delictiva, presenta unos contornos difusos, desdibujados, que impiden identificar con claridad los límites de su espacio natural, el cual se extiende o contrae según la situación política esté a merced de exigencias autoritarias o garantistas. Esta indeterminación es, principalmente, la consecuencia del recurso a definiciones de acto preparatorio en las cuales los elementos que integran el *definiens* eran ambiguos y carecían de claridad. De hecho, la mayor parte de los esfuerzos que han ido en esa dirección han sido imprecisos e insuficientes. Con suerte se ha dedicado a tan importante cuestión un par de páginas, en las que la reflexión no facilita el análisis del término definido o *definiendum*<sup>667</sup>, sino que simplemente eran la introducción a una problemática que se resolvía casi en su totalidad en torno al estudio de la figura de la tentativa o de los llamados *actos preparatorios punibles*. Es decir, se centraban, por un lado, en una nota intensional: preparatoria es toda conducta no ejecutiva. Por otro lado, se afirmaba que *actos preparatorios* eran un determinado grupo de conductas recogidas en unos preceptos concretos de los códigos penales y, especialmente, en los arts. 17 y s de código actual. Esto conducía a que, en la práctica, salvo en los supuestos en los que claramente se observaba que la conducta no era una tentativa o que podía integrarse dentro del catálogo establecido por la doctrina, era difícil saber con certeza si el comportamiento era preparatorio y por qué. ¿Está preparando una actividad delictiva el sujeto que incita a un tercero a colaborar en el delito que pretende ejecutar; que se reúne con un grupo de conocidos para preparar una conducta criminal; que recaba la información necesaria para cometer un delito que finalmente no va a ser efectuado por él sino por un tercero; que ofrece a otro pagarle por la comisión de un delito; que abona una cantidad con

<sup>667</sup> Sobre la distinción entre el *definiens* o término definiente que atribuye parte de la significación al *definiendum* (o término a definir) vid. Atienza, M., *Introducción al Derecho*, pág. 13-15.

ese propósito sin que todavía haya iniciado la ejecución; que coordina la realización de un robo en el que no toma directamente parte y cuya ejecución todavía no ha comenzado? Faltan criterios precisos a los que acudir en el ejercicio de esta tarea de clasificación de un comportamiento sito en una fase previa a la tentativa y vecino a la participación.

Ante semejante déficit, y con la conciencia de que no se pueden evitar los problemas de vaguedad inherentes a la naturaleza de la realidad que se quiere clasificar, que siempre habrá casos dudosos<sup>668</sup>, pienso, no obstante, que hay que hacer un esfuerzo analítico destinado a afinar la definición intensional de acto preparatorio. Habría que dar un concepto estipulativo<sup>669</sup> de acto preparatorio más preciso mediante la aportación de ciertas coordinadas intensionales recíprocamente interrelacionadas. Este concepto facilitaría la identificación de estos comportamientos y permitiría, al mismo tiempo, conocer esquema normativo que le es aplicable<sup>670</sup>.

## II. LA VAGUEDAD DE LAS ACTUALES DEFINICIONES DEL ACTO PREPARATORIO.

«El significado de un concepto se determina estableciendo su intensión y su extensión»<sup>671</sup>. Intensión es el conjunto de sus propiedades características, mientras que la extensión es su campo de aplicabilidad<sup>672</sup>. Existe una relación evidente entre intensión y extensión: cuanto mayor sea el número de las notas intensionales de un concepto así como la concreción de las mismas, más fácil será precisar su extensión y de este modo se facilitará la actividad del intérprete<sup>673</sup>. En cambio, una

<sup>668</sup> Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 49-52. «Los juristas, a menudo, suelen pensar que la determinación de la "naturaleza jurídica" de una institución permite acabar con la vaguedad. Pero la búsqueda de naturalezas jurídicas es, desgraciadamente, tan infructuosa como la búsqueda filosófica de "esencias" detrás de las palabras», Cid/Moreso, "Derecho penal y filosofía analítica", pág. 150.

<sup>669</sup> Sobre la distinción entre definiciones lexicográficas (uso habitual de una determinada expresión en un idioma concreto) y estipulativas vid. Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 42 y s, que señala una tercera definición, la redefinición. No obstante, yo he incluido dentro de estipulativo tanto lo estipulativo en un sentido estricto como la redefinición, tal y como hace Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales*, pág. 88, nota 222.

<sup>670</sup> «...el conocimiento de esas características... posibilita el conocimiento de la aplicación o la no aplicación con propiedad de ese término a cualquier cosa», Acero/Bustos/Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, pág. 111.

<sup>671</sup> Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 55.

<sup>672</sup> Atienza, M., *Introducción al Derecho*, pág. 18 y s; Acero/Bustos/Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, pág. 103. En el análisis de los problemas de vaguedad que son tratados a continuación sigo a Atienza, M., *Introducción al Derecho*, pág. 18-21; el mismo, *El sentido del Derecho*, pág. 52-56, 214-216; Röhl, K., *Allgemeine Rechtslehre*, pág. 22 y s; Alcácer Girao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 57.

<sup>673</sup> Acero/Bustos/Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, pág. 111, Alcácer Girao, R., *Tentativas y formas de autoría*, pág. 57.

mayor vaguedad de la intensión<sup>674</sup> tendrá por consecuencia que sea más complicada la labor de establecimiento de la extensión del término<sup>675</sup>.

En lo que respecta al acto preparatorio, su ámbito de significado vendrá, por tanto, determinado por la concreción de su intensión. El objetivo de una definición de acto preparatorio es fijar un marco de certeza que permita calificar un comportamiento como preparatorio (marco de certeza positivo) o excluirlo (negativo) reducir la zona de penumbra, es decir, de aquellos casos en los que no se sabe «si la expresión se refiere o no a esos objetos o a esos comportamientos»<sup>676</sup>. De esta manera, aunque se reconozca la imposibilidad que tiene el dogmático de eliminar totalmente la vaguedad del término «preparación»<sup>677</sup>, esta labor de distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra será más fácil cuanto de mayores notas intensionales se disponga y menos abstractas y valorativas sean las mismas<sup>678</sup>. Además, el aumento de la concreción en la intensión reduce la arbitrariedad en el establecimiento de lo que sea «acto preparatorio». Dicho de otro modo, la falta de notas intencionales o la vaguedad de las mismas no sólo dificulta la identificación de un comportamiento como preparatorio, sino que favorece la discrecionalidad del juzgador que puede negar u otorgar ese carácter preparatorio sin apenas límites. Por ejemplo, si sólo se afirma que preparatorio es un acto no-ejecutivo, se deja un margen de discrecionalidad que podría definir como preparatorio tanto lo que no sea una tentativa como todas las formas de participación no consumada.

La vaguedad intensional incide necesariamente sobre el número de los objetos de la extensión porque permite la inclusión de un mayor número de elementos dentro de su campo extensivo ya que los requisitos que tienen que satisfacer son menores o indeterminados y por ello son fácilmente identificables<sup>679</sup>.

<sup>674</sup> En el sentido de grado de generalización muy elevado. Si la vaguedad fuera distinta a la generalización o abstracción, establecer la extensión ya no sería complicado, sino incluso imposible, comentario realizado por la profesora López Serena en conversación privada.

<sup>675</sup> Alcácer Girao, R., *Tentativas y formas de autoría*, pág. 57.

<sup>676</sup> Cid/Moreso, "Derecho penal y filosofía analítica", pág. 150; Alcácer Girao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 58-60.

<sup>677</sup> Por una parte, porque el uso de un término general y abstracto como *preparación* dificulta la asignación de conductas que quedarían subsumidas bajo este concepto en la medida en que la subsunción requiere cierto nivel de generalización, de abstracción. Por otra parte, porque la realidad posee un tipo de vaguedad intrínseco que es irresoluble y que tiene que ver con que la realidad continua y de diferencias graduales que no se puede someter siempre a clasificaciones discretas de cortes tajantes como las que requiere la tradición aristotélica. La culpa de no poder eliminar completamente la vaguedad reside, por tanto, en la esencia misma del acto a definir, y en la imposibilidad de reducir a discreto lo gradual y continuo.

<sup>678</sup> Similar Alcácer Girao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 59 y s.

<sup>679</sup> Una afirmación contraria parece defender Alcacer Girao cuando sostiene que «la extensión de un término, de su significado, dependerá de su intensión, de forma que cuanto más elementos se

La preocupación por definir *acto preparatorio* no ha sido una prioridad en la labor de la doctrina. Tangencialmente se ha ocupado de los actos preparatorios cuando ha buscado un criterio que permita saber cuándo hay un inicio de la ejecución. Directamente ha tenido que ver con la preparación cuando ha intentado justificar la punición por preceptos del código de conductas que eran definidas como preparatorias. Sin embargo, los esfuerzos orientados a la fijación de algunas características de la preparación cuando ha existido han tenido un carácter residual, aislado, recurriendo a términos demasiado generales y abstractos.

(1) Así, en algunas ocasiones o no se ha intentado definir intensionalmente *actos preparatorios* o en todo caso las definiciones han tenido un **carácter residual**. De manera que se ha querido dotar de contenido al concepto «preparación» a través de una definición negativa del binomio tentativa-consumación y consideraba que la preparación es aquella conducta que *no es una tentativa* o una consumación del tipo<sup>680</sup>. También se observa este carácter residual de la especificación de qué sea preparación en aquellos planteamientos que definen este concepto mediante una teoría negativa de la accesoriedad. Se ha llegado a mantener que un comportamiento es preparatorio cuando no hay una satisfacción del principio de accesoriedad: «Por esta razón (scil. por la ausencia de un hecho principal que haya alcanzado el nivel de tentativa) la conspiración, proposición y provocación del art. 17 (scil. y 18) CP son, en realidad, tipos penales independientes, en los que se sancionan actos preparatorios de otros delitos»<sup>681</sup>. «Las fases previas de la intervención delictiva representan más bien actos preparatorios cuyo contenido de injusto no se puede aclarar por medio del principio de accesoriedad»<sup>682</sup>.

(2) En otras ocasiones estos esfuerzos han conducido a términos demasiado **generales, abstractos, indeterminados** en las definiciones de manera que no era posible reconocer con cierta certeza el objeto de referencia. Así se defiende, por ejemplo, que acto preparatorio es la primera de las manifestaciones de la voluntad que puede tener, y no necesariamente tiene, relevancia para el Derecho penal. «Son

---

incluyan en ésta, más objetos serán susceptibles de incluirse en el marco de significado del término en cuestión, y viceversa», *Tentativa y formas de autoría*, pág. 57. No estoy de acuerdo con el autor pues creo que un mayor número de notas intensionales reduce el número de objetos que pueden ser incluidos en el marco de significado. Idea ésta con la que parece estar de acuerdo el autor en paginas posteriores al sostener que una mayor vaguedad intensional conduce a una zona de penumbra más amplia, op. cit., pág. 59 y s.

<sup>680</sup> Vid. Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 115 y s; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 8 y s; Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 10.

<sup>681</sup> Bacigalupo, E., *Principios*<sup>97</sup>, pág. 379.

<sup>682</sup> Bloy, R., *Die Beteiligungsform*, pág. 185.

tenidos por los *primeros «actos externos»* que pueden determinar consecuencias jurídico penales»<sup>683</sup>. Ahora bien, con esta definición no se da un concepto preciso de acto preparatorio, solamente se abre un amplio marco que alcanza a los *primeros* comportamientos externos dentro de la vida del delito. Con ello sólo se puede afirmar con seguridad que el Derecho penal no perseguirá, aunque le interese, los meros pensamientos, sino su primera materialización, su inmediata manifestación por medio de actos que pueden ser aprehendidos por los sentidos. Es decir, el *non plus ultra* del *ius puniendi* se encuentra en la interioridad del sujeto, en el ámbito interno. Una concepción no totalitaria del derecho debe admitir la existencia de un ámbito interno privado, socialmente irrelevante<sup>684</sup>. La existencia de este ámbito penalmente intrascendente es una exigencia del sujeto como *ciudadano*<sup>685</sup>.

Además, hay otras dos razones que explican la excesiva amplitud que poseería una categoría que nace de esa definición. Al indicar que los actos preparatorios son la primera de las formas de manifestación de la voluntad delictiva que puede ser perseguida señala que cualquier manifestación de una voluntad, con independencia tanto de la intención como de su relevancia objetiva, puede ser competencia del Derecho penal, esto es, que cualquier acto externo podrá ser objeto de persecución penal y que el último que se puede castigar es la preparación. Con ello, simplemente se anota el hecho de que las conductas que se incluyan en ese grupo pueden tener relevancia penal. La pregunta sobre los comportamientos que integren la categoría no queda resuelta en esta definición, sino que se aplaza hasta que se fije en el Código penal lo que se considere como acto preparatorio punible.

Tampoco queda claro si las ideas no son punibles como consecuencia de la libertad de pensamiento consagrada constitucionalmente (incluso cuando el ciudadano se imagina mentalmente la comisión de un delito u otra manera de atentar contra el ordenamiento jurídico), o si por el contrario, su irrelevancia penal se fundamenta en un problema de prueba. Al no poder acceder al interior del individuo no le podemos castigar porque no conocemos sus oscuras maquinaciones. Esto último es lo que parece que sucede, pues la manifestación de esa intención es en no pocos casos penalmente relevante, lo cual muestra que no hay libertad de pensamiento, sólo y exclusivamente el dominio de una garantía procesal que tangencialmente protege nuestras ideas y confiere al Estado el ropaje de un mecenas que protege la libertad de pensamiento y de expresión, cuando únicamente muestra su impotencia procesal<sup>686</sup>. Y sin embargo, los pensamientos son libres, y no sólo porque ello responde a una exigencia del principio del «Derecho penal

<sup>683</sup> Quintero Olivares, G., PG3, pág. 581 (cursiva original); Maurach sostiene que los primeros actos externos penalmente relevantes son la preparación y la tentativa, Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 39 I/7.

<sup>684</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 295; el mismo, PG, pág. 853.

<sup>685</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 296. Cuando el Estado coarta la esfera de la privacidad despoja al sujeto de su condición de ciudadano Jakobs, "Criminalización...", pág. 297; el mismo, PG, pág. 853.

<sup>686</sup> Con motivo de la crítica de la teoría subjetiva de la fundamentación de la punición de la tentativa Alcácer considera que «la no punición del fuero interno no vendría dada por una exigencia garantística, sino por la mera imposibilidad de discernir la intenciones aún no exteriorizadas...», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 79.

del hecho»<sup>687</sup>, sobre todo porque la moral tiene que ser un ámbito en el que el Estado no debe inmiscuirse<sup>688</sup>.

(3) A todo lo anterior se suma el carácter **aislado** de las notas intensionales señaladas.

*Aislado* en la medida en que sólo se daban una o dos características y se esquivaba la mención y estudio de otras posibles, así como de las conexiones de todas entre sí.

*Aislado* porque no se situaba dentro de la teoría del delito el resultado de la aplicación de semejantes notas vagas, indeterminadas y escasas. Y ello porque un intento en ese sentido habría mostrado cómo el uso combinado de los mismos conducía a soluciones contradictorias, que hacían imposible la identificación de un coherente ámbito de significado de la preparación.

Este carácter aislado se observa en la definición de acto preparatorio como *conducta no ejecutiva*<sup>689</sup>. Tal definición es una fórmula inadecuada porque los actos preparatorios no son los únicos comportamientos no ejecutivos que hay en Derecho penal. Es, así mismo, una fórmula vacía pues exige determinar qué se entiende por ejecución, lo que genera una cierta recurrencia al infinito<sup>690</sup>. Lo primero que nos preguntamos al intentar localizar los comportamientos que resultan de esta definición es: ¿cuándo podemos entender que la conducta es ejecutiva? ¿Cuándo se ha comenzado con la ejecución? La ausencia de acuerdo en torno al inicio del comienzo de la ejecución no se puede solventar simplemente a través de una afirmación circular que sostenga que la tentativa y la consumación son ejecutivas porque con ellas comienza la realización del tipo. Es necesario determinar en qué momento empieza la tentativa, la ejecución, la realización de la conducta típica. Esto es, el problema reside en delimitar qué comportamientos del plan delictivo son ejecutivos y cuáles no, lo que traslada la cuestión a la interpretación del artículo del Código penal en el que se define la tentativa y al análisis de las teorías que establecen la distinción entre tentativa y acto preparatorio<sup>691</sup>, las cuales pueden entender de

<sup>687</sup> Hassemmer, W., *Einführung*2, pág. 208. «Si éstos (scil. los pensamientos) no pueden pensarse – ni prohibirse – no es porque sean internos, sino porque no forman parte de una conducta que trascienda al mundo exterior», Mir Puig, S., “Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto”, pág. 665.

<sup>688</sup> Hirsch, H.J., “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, pág. 722.

<sup>689</sup> Así lo define y, al mismo tiempo, reconoce la necesidad de precisar qué se puede entender por *comienzo de la ejecución*, Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 5. Similar Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 3. En España incluye toda la problemática sobre los actos preparatorios punibles en un capítulo titulado: «los actos pre-ejecutivos punibles», Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 419.

<sup>690</sup> Es decir, «sólo obliga a distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos sin ofrecer ningún criterio de distinción entre ellos», Farré Trepal, E., *La tentativa*, pág. 140.

<sup>691</sup> «Pero con la nueva redacción de la tentativa tampoco sea ha encontrado una fórmula mágica que pudiera responder de forma inequívoca y sin más ni más a todas las cuestiones del ámbito preparación / tentativa», Berz, U., “Grundlagen des Versuchsbeginns”, pág. 511.



forma que esa diferenciación no existe en la práctica. En segundo lugar, si la no-ejecutividad es una característica que pertenece a la preparación y a la participación, habrá que fijar un criterio adicional que permita distinguir ambas, como pudiera ser facilitar la propia acción posterior (preparación) o la de un tercero (participación)<sup>692</sup>.

Del mismo modo, cuando **Bacigalupo**<sup>693</sup> considera que los arts. 17 y s son tipos penales independientes en los que se sancionan actos preparatorios de otros delitos, surgen varias dudas. ¿Qué se entiende aquí por acto preparatorio, quizá conducta pre-ejecutiva? ¿Qué sentido tiene independiente? Si se sostiene que haya una auténtica independencia material, no habría preparación porque la conducta sería una consumación del tipo, sería ejecutiva *per se*<sup>694</sup>. Ahora bien, *independiente* puede significar desvinculada formalmente de una conducta principal. Esta interpretación implicaría suponer que el autor, que ha rechazado la teoría de la autonomía de la participación y defiende el principio de accesoriedad<sup>695</sup>, admite ahora la supresión de la vigencia de la accesoriedad estricta material. ¿Cómo se puede convertir una forma de participación en preparación porque no se satisfacen las exigencias del principio de accesoriedad? Además, si lo que se defiende con ello es que toda conducta preejecutiva es siempre una preparación ¿no habría, no obstante, una vinculación con un tipo de referencia?

En suma, aunque se pueda encontrar en la dogmática un ramillete de notas comunes a los actos preparatorios, éstas no poseen un grado de determinación suficiente ni existe una auténtica correlación entre ellas, ni se han estudiado las consecuencias que en la teoría del delito pueda tener esa definición. Mantener que el acto preparatorio es el primer «acto externo penalmente relevante», no ejecutivo, que facilita la posterior comisión del delito no permite establecer con claridad qué conductas son realmente preparatorias, ni su régimen jurídico, si previamente no se han especificado los conceptos y se han interrelacionado entre sí. Por consiguiente, hay una evidente vaguedad intensional, ya que sus características ni se han establecido de forma exhaustiva, ni pueden fijarse adecuadamente tal como se ha hecho hasta ahora, lo que dificulta la posterior identificación, a partir de esas notas, de los comportamientos que se integran en la categoría.

<sup>692</sup> Este es el problema que igualmente genera la definición de las conductas recogidas en los art. 17 y s como causas de extensión del tipo. Una definición que se limitará a ese hecho no tendría en cuenta que tanto la teoría de la tentativa como de la participación se orientan a extender el tipo y que, por tanto, esa afirmación no representaría *per se* ninguna toma de partido por una de las dos opciones posibles.

<sup>693</sup> Vid. segunda parte nota 15.

<sup>694</sup> Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 335.

<sup>695</sup> Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 378 y s.



Ahora bien, el ámbito de significado de la preparación puede vincularse a una definición estrictamente extensional, determinada por la enumeración de las conductas que desde una perspectiva penal van a ser consideradas preparatorias. De hecho la categoría «acto preparatorio» se define tradicionalmente de manera extensional: el concepto no está en relación con la concurrencia de una serie de características sino que es todo aquello que expresamente se incluye en la categoría<sup>696</sup>. El peligro que representa el recurso a una definición extensional de este tipo reside en que se recoge bajo la categoría penal «acto preparatorio» conductas que pueden responder a una problemática distinta (participación), o a la misma, pero con ciertas peculiaridades que son expresamente descuidadas (son comportamientos que se hallan en una fase diferente del *iter criminis* de la preparación<sup>697</sup>). Por ejemplo, cuando se considera que los «actos preparatorios son, por tanto, todos los tipos, en los cuales el Código penal castiga ataques contra determinados bienes jurídicos en la fase preparatoria»<sup>698</sup>, se está remitiendo en la práctica a una enumeración de las conductas que se estima que están en la fase preparatoria y con ello nada evita que en ese listado la *preparación típica* alcance tanto los tipos que castigan autónomamente la preparación de un delito, como los que recogen casos de participación intentada<sup>699</sup>. Del mismo modo, cuando se mantiene que las conductas consignadas en los artículos 17 y siguiente se consideran actos preparatorios no se tiene en cuenta que si la obtención de un sujeto para la ejecución del propio plan criminal es una forma de preparación, la incitación a ello es una tentativa de preparación.

### III. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE ESTA VAGUEDAD.

Si a pesar de la dificultad expuesta para identificar una preparación y, especialmente, para distinguirla de otras figuras próximas, el concepto «acto preparatorio» fuera una *saca* que hubiera servido simplemente para destacar que todas las acciones que están integradas en ese grupo son impunes, no habría habido mayor problema.

<sup>696</sup> Un ejemplo de definición extensional del acto preparatorio se encuentra en la propuesta *lege ferenda* de Thormann, que partiendo de un precepto general que reza que la conducta preparatoria sólo se castigará cuando esté de forma *clara y reconocible* orientada a la ejecución (scil. futura) de un delito, elabora un catálogo cerrado de delitos que admitirían la preparación (como tal reconocible), Thormann, P., "Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen", pág. 13-15.

<sup>697</sup> La cuestión no reside en que se pueda estar caracterizando como preparación supuestos que podrían ser tentativas (según el criterio que se utilice para determinar el inicio de la ejecución del tipo y del bien jurídico protegido) o consumaciones (en función del bien jurídico tutelado), sino que igualmente podrían ser tentativas de preparación.

<sup>698</sup> Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 87.

<sup>699</sup> Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 87.

Si todas las preparaciones, tentativas de preparación, tentativas de participación, etc., no son punibles, ni siquiera de forma excepcional, posiblemente sería innecesario solicitar mayores esfuerzos destinados a concretar la definición de *preparación*. Ahora bien, la situación deja de ser inofensiva cuando se persiguen penalmente conductas que se encuentran en una fase preejecutiva y que, sin entrar a distinguir cuál fuera su naturaleza, se ha sido incluidas en un grupo residual denominado *preparación*.

De hecho, la inclinación parece ser esta última. La conservación de una amplia zona de penumbra mediante la creación o el mantenimiento de un estado de vaguedad intensional puede haber sido buscada de forma intencionada. A través de ello se autoriza la inclusión de un mayor número de elementos en el ámbito extensional de la preparación, categoría en la que la justificación de la sanción de un comportamiento presenta menos dificultades que las que arroja la vía de la participación: hay que probar la peligrosidad de la conducta preparatoria enjuiciada, pero no es necesario construir una hipótesis que explique por qué se puede infringir excepcionalmente en tales supuestos el principio de accesoriedad o en qué medida no existe, a pesar de todo, una vulneración de tal principio. De ahí que, político-criminalmente se quiera reunir todos los modos de actuación situados en una fase previa a la tentativa de autoría o de participación en una sola categoría que reduzca tanto los problemas de justificación que plantearía el análisis aislado de cada una de ellas como las exigencias de la teoría del delito, a saber, el establecimiento de excepciones a la accesoriedad y la fijación de su alcance, posibilidades de admisión de formas imperfectas de realización de la participación y de la participación en la participación, cuantía de la sanción de una conducta preparatoria, etc.. Esta intención se observa en *la Motivación para el proyecto de un 3. StrÄndG (3.ª ley de reforma penal)*, que sostiene, cuando trata la punición de las formas de participación no consumadas, el interés de reunir ambas figuras (preparación y participación intentada) en una sola categoría que, por ejemplo, simplifica los problemas derivados del fundamento de la punición y justificación del desistimiento<sup>700</sup>. Sin embargo, «no se evitan los problemas de legitimidad penal con un forzado e injustificable cambio de etiquetas, ni se resuelven las contradicciones que presentan determinadas formas jurídicas con una fuga hacia sistematizaciones más contundentemente punitivas, con lo que se consigue una mayor contradicción, una mayor ocultación de los

<sup>700</sup> «dejar en un precepto esta diferentes formas de participación sin resultado junto con conductas preparatorias más próximas político-criminalmente que sistemáticamente, el cual permite una amenaza penal uniforme y un precepto relativo al desistimiento en esencia uniforme», Begründung zum Entwurf eines 3. StrÄG, en *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, I. Wahlperiode, 1949, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Drucksache, 3713, pág. 32; citado por Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme im geltenden und zukünftigen Recht*, pág. 57.

conflictos y un Derecho penal más ambicioso, no tanto de garantías para la coexistencia de libertades, sino de todo lo contrario»<sup>701</sup>.

No me puede parecer correcta la simplificación dominante en el estudio de esas fases preejecutivas en las que no se considera necesario establecer la naturaleza de los comportamientos en cuestión, en las que se tiende a efectuar una amalgama de naturalezas y reglas. Por ejemplo, se predica que las conductas a las que se refieren los arts. 17 y 18 son actos preparatorios del delito, pero luego se les aplica toda la normativa de la participación, con la excepción de la exigencia de la accesoriad estricta. Hay que establecer la naturaleza penal de un comportamiento porque ello determina la normativa que le será aplicable. Esta influye tanto en la fundamentación del castigo como en el marco punitivo que le corresponde. Así por ejemplo, desde la perspectiva de la preparación, la justificación de la sanción de una conducta que se encuentra sita en una fase del *iter criminis* se centra normalmente en probar que en esa fase existe una intención contraria a la norma de determinación manifiesta penalmente relevante y/o en la constatación de la presencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico igualmente relevante. Por consiguiente, la legitimación de la sanción de la preparación depende (I) ya de que la formulación de una teoría del injusto dependa del desvalor de la acción como infracción de la norma de determinación, (II) ya de la demostración de la presencia de un peligro objetivo relevante en ese comportamiento porque suponga una afectación del bien tutelado. En el primer supuesto se produce una asimilación de todas o parte de las conductas con la consumación, mientras que, en el segundo caso, se establece una diferencia cuantitativa en el injusto por la distinta relevancia objetiva de la conducta. Esta desigualdad cuantitativa debería plasmarse en el marco punitivo de la preparación, que tendría que ser inferior al previsto para la tentativa.

Por el contrario, desde el enfoque de la participación, el fundamento del castigo no puede ser simplemente la demostración de la relevancia objetiva del comportamiento. Hay que precisar si la responsabilidad es originaria (no hay diferencia cualitativa entre las formas de intervención) o derivada (hay una diferencia cualitativa), y si se mantiene una vinculación con una conducta principal y el tipo de conexión que se exige (accesoriad amplia o estricta). El marco punitivo variará según la decisión adoptada. Un sistema unitario prevé el mismo marco punitivo para todos los que intervienen en el delito que es corregido en sede de punibilidad. En cambio, en un sistema dual accesorio la sanción del partícipe depende de una conducta principal que satisfaga una serie de requisitos normativos, además, este sistema dual establece una distinción cualitativa que, en teoría, tendría que venir recogida en un

<sup>701</sup> Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1007.

marco punitivo para la participación inferior al de la autoría (aunque en la práctica no sea de este modo).

#### IV. CONCLUSIONES.

En la actualidad no hay una definición de acto preparatorio recogida en el Código penal; por ese motivo la definición de esta categoría ha sido practicada por la doctrina. Sin embargo, al ser la preparación aparentemente una categoría subsidiaria de la tentativa, no se han realizado esfuerzos dogmáticos relevantes a la hora de determinar las notas intensionales propias de la preparación sino que, por un lado, estos esfuerzos se han concentrado en el estudio de la fase superior del *iter criminis*, obviando con ello la complejidad de una categoría que estaba igualmente próxima a la participación y con la que compartía un mismo carácter preejecutivo. A partir de ahí la actividad doctrinal se ha concentrado en crear criterios que permitan establecer cuándo hay un inicio de la ejecución. De este modo la preocupación se ha concentrado en encontrar la forma de justificar la persecución penal de comportamientos tan alejados de una lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado. Por otro lado, estos esfuerzos se han limitado a indicar que ciertos preceptos del Código penal representan la punición de actos preparatorios.

La ausencia de notas que permitan reconocer intensionalmente un acto preparatorio ha engendrado, primero, la ausencia de una teoría de la preparación similar a la prevista para la intervención delictiva o la tentativa; segundo, ha otorgado a los juristas un amplio campo de acción, en el cual es posible apilar, hacinar todo tipo de conductas que, aunque responden al problema común de la anticipación de la tutela penal, no tienen necesariamente una naturaleza preparatoria, pero que facilitaba las exigencias de justificación de la intervención penal.

Por consiguiente, el establecimiento de las notas intensionales propias de la preparación coordinadas entre sí e integradas dentro de la teoría del delito es el único método para identificar qué comportamientos son preparatorios, reduciendo así la zona de penumbra. Además, ello me va a dar un punto de partida desde el que poder depurar con posterioridad la naturaleza de lo que tradicionalmente se ha denominado *actos preparatorios punibles* y establecer la normativa que le será aplicable.

El acto preparatorio puede ser definido desde una perspectiva estrictamente lexicográfica. Sin embargo, considerar preparatoria aquella conducta que previene y dispone un objeto para que sirva a un efecto, que pone algo de la manera adecuada para cierta cosa o acción<sup>702</sup>, si bien incide en su carácter mediato respecto a un fin

<sup>702</sup> Vid. *diccionario de la lengua española*, Espasa, voz *preparar*.

posterior, es un concepto insuficiente en el ámbito penal ya que no representa todavía la conformación de un término que se diferencie dentro de la teoría del delito de otras figuras limítrofes. De ahí que, para acotar la categoría dentro del ámbito jurídico normativo, sea necesario fijar una serie de características discriminatorias tanto en el plano subjetivo como en el objetivo.

## Capítulo II

### Características Subjetivas del acto Preparatorio

## I. INTRODUCCIÓN.

Hay ciertos actos que son realizados para producir un resultado mientras que otros son elegidos y llevados a cabo para hacer posible el comportamiento que conduce a la lesión del bien jurídico<sup>703</sup>. Dentro de este esquema el autor de la preparación aunque realiza una conducta que se integra dentro de un plan que persigue la lesión de un bien jurídico no tiende con ella a la obtención directa de ese objetivo sino que busca uno intermedio: la satisfacción de los requisitos necesarios para comenzar la ejecución. Por consiguiente, la vertiente subjetiva del acto preparatorio viene determinada por la voluntad de facilitar la posterior ejecución de un hecho delictivo propio o ajeno que posee el preparador. De este modo, la preparación es una aportación orientada a la creación de los requisitos necesarios para la realización del resultado dominada subjetivamente por un dolo limitado a la generación de estas condiciones<sup>704</sup>.

## II. EL DOLO DE LA CONDUCTA PREPARATORIA.

El acto preparatorio en tanto que está orientado a favorecer la perpetración del delito planeado puede ser la expresión de una voluntad contraria a la norma<sup>705</sup>, ahora bien, esto sólo será así en cuanto se ha decidido previamente que el mandato normativo alcance cualquier manifestación de una intención que tenga que ver con una futura actividad criminal<sup>706</sup>. Sin embargo, incluso en ese caso **el elemento**

<sup>703</sup> Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 71.

<sup>704</sup> Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 95, 109.

<sup>705</sup> Köhler, M., *AT*, pág. 452, señala que a pesar de la existencia de esa voluntad delictiva no hay todavía una lesión de la libertad externa de cualquier otro ciudadano.

<sup>706</sup> Insiste en la identidad del elemento espiritual de la voluntad criminal de los actos preparatorios con los que se hayan en fase de ejecución (tentativa o consumación), Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 26. Crítico Struensee que considera que el contenido del tipo subjetivo en cada fase del *iter criminis* es distinto, Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 538 y s. Vid. segunda parte, nota 43.



**volitivo propio de la preparación no tiene porque alcanzar el comienzo de la acción ejecutiva, sino que se limita al deseo de satisfacción de un elemento intelectual que consiste en el conocimiento de que su conducta es capaz de facilitar las condiciones necesarias para la realización de un futuro delito.** Esto es, aunque el individuo que prepara un delito siempre posee una intención delictiva, ésta es diferente a la que tiene el autor de la tentativa<sup>707</sup>. En esta última fase, la intención se dirige a la ejecución del delito, voluntad que no existe en otros estadios anteriores del *iter criminis*. En la planificación y preparación el dolo del autor se ciñe al conocimiento de la capacidad preparatoria de una conducta en relación con un plan concreto y el deseo de que se satisfagan los requisitos exigidos para comenzar la actividad delictiva<sup>708</sup>. Sin embargo, el autor de esa conducta preparatoria todavía no quiere, necesariamente, comenzar la ejecución. Por tanto, de conformidad con la línea doctrinal que distinguía entre dolo de consumación (el propio de la consumación y de la tentativa acabada) y dolo de tentativa (que corresponde a la tentativa inacabada que es inferior al primero)<sup>709</sup>,

<sup>707</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 169; Murmann, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, pág. 10 y s; Zaczyk, NK, 22/3, 13; Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 11; Köhler, AT, pág. 452; Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 109; Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 11; Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 534, que señala expresamente que en las conductas preparatorias no hay dolo alguno, claro está, entendido éste como el *dolo de consumación*. Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 493, que habla de una «superior resolución criminal» en la tentativa.

<sup>708</sup> En una línea parecida Alcacer considera que el contenido del injusto de la tentativa inacabada es diferente al de la acabada. En la primera «el dolo se ciñe al conocimiento de los actos que dan inicio a la realización delictiva, por cuanto sólo eso es lo realizado: el tipo objetivo, y, en la medida en que esa actividad realizada no es suficiente para producir el resultado, y el sujeto conoce ese hecho, en ese dolo no concurre la "decisión contra el bien jurídico"», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 458, pág. 454-56. Sancinetti sostiene que el dolo no viene determinado por el grado de deseo de realización del resultado sino por «...*qué grado de riesgo reprobado asume (scil. el autor) como posible*», de modo que «lo que fundamenta el ilícito es el conocimiento del autor de entrar en el ámbito de riesgo propio del delito respectivo», Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva del resultado*, pág. 65 (cursiva original).

<sup>709</sup> Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 529, 533; el mismo, "La punibilidad de la tentativa", pág. 21-24, que en contra de lo que el denomina como «dogma de la identidad» del tipo subjetivo de la consumación y tentativa ("La punibilidad de la tentativa", pág. 21) señala como en la tentativa inacabada todavía no se ha perfeccionado el tipo subjetivo, a diferencia de lo que sucede con la consumación y la tentativa acabada. En definitiva, «el tipo subjetivo no es, por tanto, un acontecimiento estático, sino un proceso psíquico que se realiza en pagos iguales con los actos de ejecución», Struensee, E., "La punibilidad de la tentativa", pág. 23. Kaufmann, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", pág. 403 y s; Rudolphi, SK, vor 22/5a; Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva del resultado*, pág. 67, 77: «el ilícito alcanza su mayor grado allí donde el autor asume la posibilidad de que ya sea inevitable la consumación: la tentativa acabada; el ilícito de la tentativa inacabada es de menor gravedad y no puede fundamentar una consumación dolosa», op. cit., pág. 77; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 141; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 69 y s (que defiende que el grado de voluntad delictiva manifestado en la tentativa no coincide con el de la consumación). Peculiar es la posición de Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 626-29. Aunque de la lectura de su artículo se deduce que el contenido de injusto de la tentativa acabada e inacabada es distinto, parece indicar una posible identidad entre el de la tentativa inacabada y ciertas formas

considero que existe un dolo de **preparación**, determinado por el deseo de efectuar los actos que se conoce que son capaces de preparar la futura ejecución de una actividad delictiva<sup>710</sup>: «los actos preparatorios lo son, precisamente, porque el autor que los realiza sabe (conforme a su plan) que todavía tiene que comenzar a realizar actos de auténtica ejecución principal»<sup>711</sup>. Dolo de preparación que, insisto, no incluye per se, el deseo de alcanzar la lesión del bien jurídico. Deseo que aunque puede estar presente en la conducta preparatoria en el sentido que ésta se orienta a facilitar la obtención de un fin criminal concreto, no coincide con el elemento volitivo de la conducta ejecutiva. Mientras que la primera quiere preparar un delito, la segunda quiere alcanzar directamente el resultado o comenzar la realización del mismo. Esto es, una vez preparada la acción, el autor tendrá que efectuar una nueva conducta dotada de su propia parte subjetiva (imprudente, dolosa eventual, dolosa). En suma, la preparación manifiesta una tendencia delictiva que no puede equipararse con la intención ejecutiva propia de la tentativa.

Para equiparar el dolo del preparador con el propio de la consumación se puede recurrir a una presunción. Únicamente se puede afirmar que el dolo del preparador contiene un deseo de consumación de la lesión cuando se considera que todo sujeto que prepara un delito posee, al mismo tiempo, una «resolución ejecutiva» respecto a ese delito. Es decir, que más allá de la voluntad de realizar un comportamiento que conoce que facilita una posterior ejecución, el preparador siempre tiene una intención ejecutiva definitiva, incondicionada, de pasar a una fase ejecutiva y consumir el delito. Ahora bien, es muy arriesgado sostener que el autor de una

---

de preparación punibles por la proximidad a ésta fase del *iter criminis*: «la punición de la tentativa inacabada se justifica de una manera más próxima a la de los actos preparatorios, con los que linda por un extremo, que a la de la tentativa acabada, cuya justificación, a su vez, es la prototípica del injusto penal», op. cit., pág. 628. En contra Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/4, 24; Kühl, K., *StGB*24, 22/1; Gropp, W., *AT*2, 9/17; Eser, *Sch/Sch*, 22/3; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1006; Zaczyck, *NK*, 22/13; Muñoz Conde/García Arán, *PG*5, pág. 430; Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 526, 545; Bacigalupo, E., *Principios*97, pág. 342 y s; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 215; la misma, *PG*, pág. 716; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 47, 58 (autor que de forma contradictoria luego señala, siguiendo a Jakobs, que la tentativa inacabada presenta *un déficit de voluntad de ejecución* en relación con la acabada y la consumación, op. cit., pág. 58); Cerezo Mir, J., *PG*2000, pág. 166. Malitz insiste en que en un plano subjetivo no existe diferencia entre tentativa y consumación, la única razón o elementos que los distingue es cuantitativa, Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 172; igual Hauf, C., *AT*2001, pág. 113. Mir Puig, S., *PG*6, 9/44, que mantiene «que los tipos de imperfecta realización (actos preparatorios y tentativa) se caracterizan porque el autor perseguía la consumación del delito y, sin embargo, no lo consigue... Son tipos incongruentes por exceso subjetivo...». Igualmente en contra la STS 12 de julio 1995 que sostiene que «el dolo en la tentativa es el mismo que en la frustración y en la consumación, incluso igual que en los actos preparatorios», (f.d. 3.º).

<sup>710</sup> A partir de este momento utilizo dolo de preparación, y me refiero con ello al deseo de facilitar una concreta actividad delictiva.

<sup>711</sup> Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 621.

preparación, que todavía no ha alcanzado una fase ejecutiva, desea llevar a cabo todos o parte de los actos ejecutivos necesarios para consumar el delito<sup>712</sup>. Por otro lado, incluso en el caso de que se admitiera que durante la preparación hay una resolución ejecutiva nos encontraríamos con la dificultad de probar que ésta es definitiva. Al subordinarse a la realización de una condición externa entraría en la discusión permanente que existe en torno al momento en que la resolución ejecutiva es definitiva. Sin embargo, ello tampoco sería correcto.

En lo relativo a la determinación de la presencia de una resolución definitiva de ejecución en los casos en los que ésta depende de una condición externa o se inicia la ejecución con reserva de desistimiento hay diferentes soluciones<sup>713</sup>.

(1) Se defiende que la resolución es incondicional cuando la continuación de la ejecución depende de una circunstancia externa, mientras que será condicional cuando el inicio de la ejecución se subordine a una circunstancia externa<sup>714</sup>.

(2) No habrá una resolución definitiva cuando la ejecución del hecho dependa de condiciones controladas por el autor. Sin embargo, la resolución tiene un carácter definitivo si la ejecución se subordina a una circunstancia que no está bajo control del autor (a no ser que simplemente haya creado la condición necesaria para el comienzo de la ejecución, p.e. búsqueda de información) o se realiza con reserva de desistimiento<sup>715</sup>.

(3) La resolución propia de la tentativa concurre cuando el autor comienza la ejecución pero su consumación depende de una condición externa (que la cosa que quiere robar se encuentre en la casa) o se reserva la posibilidad de desistir en el caso de que se cumpla una condición externa (cesar en la agresión sexual si la víctima grita); sin embargo la resolución no es definitiva cuando la realización de la conducta típica aparece como una posibilidad<sup>716</sup>.

(4) Más amplia es la solución que defiende que hay una resolución suficiente cuando ésta depende de un hecho que se conoce que su realización es insegura, e incluso cuando hay una reserva de desistimiento<sup>717</sup>.

(5) Una variante de esta última considera que hay una resolución definitiva o incondicional cuando la ejecución depende de la entrada de una determinada condición<sup>718</sup>. (6) Otros entienden que no hay que seguir planteándose si la resolución era condicionada o no cuando se ha comenzado con la ejecución del hecho delictivo<sup>719</sup>.

<sup>712</sup> Como parece indicar Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 620.

<sup>713</sup> Sobre las diferencias entre la resolución condicional (depende de una circunstancia objetiva externa no controlable por el autor) y la tendencia al hecho delictivo (presencia de un reparo interno) vid. Neidlinger, H.-J., *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, pág. 16-20.

<sup>714</sup> Zaczyk, *NK*, 22/15; Rudolphi, *SK*, 22/5.

<sup>715</sup> Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", pág. 1012.

<sup>716</sup> Ebert, U., *AT2000*, pág. 120.

<sup>717</sup> Joecks, W., *StGB*, 22/8, 10; Hauf, C., *AT2001*, pág. 115 y s; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 275; Vogler, *LK10*, 22/14-20.

<sup>718</sup> Schmidt, R., *AT*, pág. 228.

<sup>719</sup> Kindhäuser, U., *AT2000*, 41/3.

(7) En la literatura española Baldo Lavilla<sup>720</sup> defiende que no hay resolución definitiva cuando (a) existe una predisposición a la realización del delito, (b) cuando el sujeto se haya en una situación de titubeo<sup>721</sup>, o (c) cuando se hace depender la actuación posterior de una satisfacción económica.

Ahora bien, el autor de la preparación no posee intención ejecutiva alguna, ni definitiva ni condicional, porque al hallarse tan lejos del inicio de una ejecución no subordina directamente el comienzo de la misma a la concurrencia de una condición externa (cuando A pase por la esquina) sino que en el momento en que se obtengan los medios necesarios para la futura comisión entonces se planteará (a) si inicia la ejecución o (b) si a su vez se hace depender esa decisión de una circunstancia externa (tanto para el comienzo como para la finalización) o si (c) emprende la actividad ejecutiva con una reserva de desistimiento.

Únicamente hay una resolución de ejecución o intención ejecutiva cuando el autor cree que su conducta es capaz de iniciar la lesión típica del bien jurídico tutelado. Así mismo, esta resolución de ejecución sólo será definitiva cuando ha comenzado la tentativa<sup>722</sup>. Exclusivamente en el momento en que se ha iniciado la tentativa

<sup>720</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1103 y s.

<sup>721</sup> Vid. Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 422, según la cual «estar casi decidido» todavía no es estar decidido. En contra López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 464-66, que sostiene que «la duda es perfectamente compatible con la afirmación de la existencia de una resolución delictiva», pág. 464.

<sup>722</sup> La tentativa exige la presencia de una resolución definitiva, incondicionada o sin reservas según el caso Wessels/Beulke, *AT*98, marg. 590; Krey, V., *AT*2002, marg. 404, 410; Kindhäuser, U., *AT*2000, 40/1, 41/3; Gerke, J., *AT*2001, pág. 95; Otto, H., *AT*5, 18/16; Eser, *Sch/Sch*, 22/18; Hauf, C., *AT*2001, pág. 113; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 583. Al respecto Roxin sostiene que es muy difícil probar la existencia de una resolución definitiva, que, por ejemplo, no estaría presente cuando se comienza la ejecución con una reserva de desistimiento (en contra Krey, V., *AT*2002, Marg. 410 que tilda a esta reserva de irrelevante; de igual forma Hauf, C., *AT*2001, pág. 115). Para evitar los problemas de prueba y de exclusión de casos con una resolución penalmente relevante propone como criterio alternativo la presencia de una *intención delictiva que supere los reparos del autor*, que permita sostener el carácter *definitivo* aunque el autor siga poseyendo ciertas dudas, Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1-3. Aceptan la teoría de Roxin: Eser, *Sch/Sch*, 22/18; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 143 y s; Kühl, K., *AT*2000, 15/34, 36; Zaczyk, *NK*, 22/15; Rudolphi, *SK*, 22/5; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1012; Ebert, U., *AT*2000, pág. 120; Joecks, W., *StGB*3, 22/8, 10; Hauf, C., *AT*2001, pág. 115 y s; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 275; Vogler, *LK*10, 22/14-20; Schmidt, R., *AT*, pág. 228. Aunque me decanto a favor del planteamiento de Roxin, he de reconocer que la propuesta de Roxin no supera los problemas probatorios previos (cosa que también pone de manifiesto Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 583), sino que lo que se hace es identificar resolución penalmente relevante con inicio de la ejecución y se traslada el problema a esta segunda fase, pues lo importante será determinar cuándo se ha comenzado la ejecución y cuándo no. Es decir, el momento constituyente de la resolución se hallaría en el instante en que se inicia la ejecución, Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 117 y s. Autora que defiende que el comienzo de la realización del hecho es el elemento constitutivo de la resolución delictiva que, así, sólo en ese instante alcanza relevancia jurídica, ibidem. Baunack critica el planteamiento de Puppe porque el hecho delictivo, primero, no es constitutivo de la resolución sino de la punibilidad (Strafbarkeit). Segundo, no puede ser una condición de la resolución delictiva sino que, al revés, esta última es un requisito del hecho delictivo, Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 110.

posee el sujeto una resolución criminal de carácter definitivo<sup>723</sup> que, además, sea objetivamente comprobable. En la simple preparación para el delito, que pone al sujeto en posición de actuar, que manifiesta una simple disposición al hecho, en cambio, el problema no se encuentra en que todavía no haya una resolución *definitiva* de ejecución, sino en que realmente no hay resolución ejecutiva alguna. No es que «el autor puede tener preparada en gran medida la ejecución de un delito sin que haya tomado todavía una resolución definitiva sobre si quiere cometerlo»<sup>724</sup>, sino que con la simple conducta preparatoria no posee resolución ejecutiva de ningún tipo.

Por consiguiente, (1) *el autor de un acto preparatorio aún no ha tomado la última decisión de perpetrar el delito*<sup>725</sup>. Expresado de otro modo, el acto preparatorio no manifiesta todavía un deseo dirigido a la comisión del delito<sup>726</sup>. «La voluntad de cometer algún delito, aún no es una resolución (scil. ejecutiva) en el sentido del § 26 StGB. Por consiguiente, la resolución se puede generar todavía»<sup>727</sup>.

(2) Se podría plantear que el preparador posee una *decisión ejecutiva condicionada, en un sentido amplio, en relación con la lesión del bien jurídico principal*, en la medida en que sólo cuando se haya consumado la preparación planeada (condición previa) el autor puede plantear si realiza otra acción con intención de producir un resultado lesivo<sup>728</sup>.

(3) Ahora bien, *el carácter condicionado* de una futura resolución ejecutiva del preparador que reza «una vez satisfechos los medios necesarios para el delito decidiré si comienzo la ejecución», *determina así mismo la inexistencia de un dolo de lesión, de una intención ejecutiva*. Ello, no sólo porque el dolo de la tentativa y

<sup>723</sup> Fuchs, H., "Tatentschluß und Versuchsbeginn", pág. 78; Artz, Gunther, "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 56 y s; Kühl, K., AT2000, 15/30; Rath, J., "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", pág. 1012; Wessels/Beulke, AT28, Marg. 596; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 26/24; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1105. «La tentativa de delito constituye la materialización en un comportamiento de la voluntad dirigida a la realización de ese delito. Entonces, la correspondiente resolución de voluntad trasciende de la mente del sujeto a un comportamiento que pretendería realizar los elementos objetivos del tipo y alcanzar la consumación del delito», Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 128.

Incluso sobre esta afirmación surgen ciertas dudas y se llega a mantener que hay una diferencia en el plano subjetivo entre tentativa acabada e inacabada, de modo que, sólo la tentativa acabada estaría completa desde un punto de vista subjetivo, vid. segunda parte nota 43.

<sup>724</sup> Stratenwerth, G., SAT96, 12/2.

<sup>725</sup> Riklin, F., AT97, I, pág. 216.

<sup>726</sup> Kohler, M., AT, 1997, pág. 452.

<sup>727</sup> Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 11.

<sup>728</sup> En contra Artz: «también hay resolución y no sólo voluntad condicionada cuando se requiere un comportamiento adicional para la realización del tipo», "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 60.



de la consumación exija una voluntad de ejecución incondicionada<sup>729</sup>, sino porque en verdad no hay voluntad o resolución de ejecución alguna cuando el autor debe tomar una nueva decisión una vez satisfechos los medios necesarios para alcanzar la fase ejecutiva<sup>730</sup>. Por consiguiente, aunque es cierto que no hay una resolución definitiva de ejecución manifiesta cuando el autor aplaza su decisión hasta que una condición se cumpla<sup>731</sup>, en la preparación estamos en un momento anterior al establecimiento de esa condición. Así, no habrá resolución ejecutiva de ningún tipo cuando la satisfacción de un requisito concreto no condiciona el inicio de la ejecución sino la apertura de un nuevo proceso de reflexión sobre el emprendimiento de la fase ejecutiva.

Con un ejemplo, se podrá ver con mayor claridad. Si se mantiene que un sujeto que hace depender la ejecución de un robo al banco X de que dicho banco no le conceda el crédito que ha solicitado, todavía no posee una resolución de ejecución definitiva sino condicionada. Sin embargo, si solamente pretende satisfacer un *requisito* (p.e. comprar un arma) necesario para iniciar la ejecución, si la *condición* (la negativa del crédito) concurriera, sólo en un sentido amplio se puede afirmar que cuando adquiere el arma tiene una resolución ejecutiva condicionada. Es decir, si se sostiene que ello será un requisito previo para poder decir con posterioridad si realiza el robo en el caso de que no le concedan el crédito. En un sentido estricto, en cambio, no hay resolución ejecutiva alguna vinculada a la obtención del arma. Únicamente se puede constatar la presencia de una voluntad preparatoria.

El preparador todavía no está resuelto a comenzar el tipo pues, aunque quisiera la producción de la lesión, todavía tiene que decidir que va a realizar una conducta que depende de la satisfacción de otra intermedia, la preparatoria. Aun cuando el sujeto que lleva a cabo una conducta preparatoria esté totalmente decidido a comenzar seguidamente el delito no es posible afirmar desde un plano normativo la existencia de una resolución de ejecución, porque cada una de las actividades que se sitúan entre la preparación y el inicio de la ejecución exigen nuevas decisiones, nuevos periodos de reflexión. El preparador sólo ha resuelto la realización de la conducta preparatoria, decisión que es independiente de la de iniciar la ejecución de la conducta típica aunque ambas formen parte de un mismo plan delictivo ya que cada una exige un nuevo acto de la voluntad. De modo que al preparar un delito sólo hay una resolución definitiva de preparación, la determinación de cometerlo se retrasa hasta el instante en que las condiciones son idóneas o los instrumentos necesarios se poseen, en ese momento se decide pasar a una fase

<sup>729</sup> Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*11, 13/I 2, pág. 66.

<sup>730</sup> En contra Artz, G., "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 55 y s, que considera que siempre que se prepara el delito existe por lo menos un dolo eventual de lesión aunque la resolución definitiva se retrase a un momento posterior.

<sup>731</sup> Kindhäuser, U., *AT2000*, 41/3.

ejecutiva que conduce a la lesión del bien jurídico. En ese nivel preparatorio puede haber una tendencia latente a la ejecución pero ésta que tiene que ser confirmada en un segundo acto de la voluntad y, además, no se puede comprobar su existencia hasta que se ha iniciado la ejecución<sup>732</sup>. Por consiguiente, una hipotética «...sanción penal (scil. de la preparación) en todo caso alcanzaría a un autor que no (scil. no sólo no) debe haber tomado todavía una resolución definitiva sobre la comisión del delito...»<sup>733</sup>, sino que ni siquiera ha decidido, en un sentido normativo, ejecutarlo.

No obstante, hay quien entiende que en la preparación hay una resolución ejecutiva *provisional* manifiesta que permite afirmar la existencia de un dolo eventual en relación con el posible inicio de la ejecución del delito principal de referencia. La creación de una condición del resultado con conocimiento y voluntad, muestra que existe una resolución ejecutiva e incondicionada de cometer el delito aunque falte la absoluta certeza de que el preparador vaya a alcanzar la fase ejecutiva. Es decir, está resuelto a ejecutar quien efectúa una aportación causal a una futura comisión del delito con conocimiento y voluntad de que por medio de ello facilita la realización de un hecho delictivo propio o ajeno. Por consiguiente, cualquier aportación integrable dentro del marco de un delito realizado intencionalmente por el sujeto revela una resolución ejecutiva<sup>734</sup>. «Quien da una salchicha envenenada a un perro guardián, actúa con ello doloso eventualmente en relación con la sustracción del objeto vigilado, aun cuando no se haya decidido definitivamente a la ejecución del hecho si efectivamente se produce la muerte del perro»<sup>735</sup>. Partiendo del hecho de que el ejemplo de Artz no es el más adecuado pues se puede considerar que la supresión de los medios de protección (p.e. alarmas, perros) ya es un inicio de la ejecución de un robo con fuerza en las cosas (como indica expresamente art. 238.5 CP) y que, por consiguiente, no pueda hablarse de preparación<sup>736</sup>, no toda conducta preparatoria puede ser valorada como un indicio de la resolución ejecutiva<sup>737</sup>, especialmente, porque la realización de una conducta preparatoria todavía no indica necesariamente

<sup>732</sup> De forma parecida Fuchs, H., "Tatenschluß und Versuchsbeginn", pág. 74, 78-80.

<sup>733</sup> «...o a la cual puede renunciar en todo momento», Stratenwerth, G., SA796, 12/6.

<sup>734</sup> Artz, Gunther, "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 55 y s; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 275, autor que establece una excepción: no se podrá presuponer la existencia de la resolución cuando la conducta es equívoca, en el sentido de que puede orientarse a la comisión de diversos delitos, op. cit., pág. 275.

<sup>735</sup> Artz, Gunther, "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 55.

<sup>736</sup> Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24, que considera que la supresión de los obstáculos que dificultan la comisión de un delito, por ejemplo el perro guardián, todavía no representa una tentativa, salvo que inmediatamente pretenda aprovecharse de la circunstancia para cometer el delito.

<sup>737</sup> En el mismo sentido Hauf, C., A72001, pág. 114 y s.



que el sujeto quiera la lesión del bien jurídico con su conducta, o que hubiera previsto esa posibilidad y la hubiera aceptado<sup>738</sup>. Quien prepara su acción no tiene porqué querer comenzar la ejecución dolosa del tipo que requiere una acción posterior dotada de su propia relevancia subjetiva<sup>739</sup>.

Además, aunque esos casos de preparación muestren una intención delictiva no es evidente cuál. En el ejemplo propuesto el único elemento volitivo demostrado es que quería matar al perro y que con ello puede haber consumado una preparación, una tentativa o un delito. La vinculación con un tipo dependerá de la intención del autor: el que mata al perro puede desear robar en el domicilio, matar o secuestrar a todos a alguno de sus ocupantes, o simplemente puede que sólo quisiera vengarse de ellos a través de la muerte del can.

La ausencia de una resolución ejecutiva en la conducta del preparador hace que sea posible la inducción durante esa fase del delito<sup>740</sup>. Si por el contrario se considera que ya hay una resolución ejecutiva y que ésta es definitiva o que la existencia de una resolución provisional ya determina la presencia de un omnimodo facturus, se reduce el ámbito de la inducción que en estos supuestos sería impune.

También se ha llegado a considerar que el sujeto posee una resolución ejecutiva en el momento en que «ha aceptado la ejecución de un hecho delictivo como objetivo de su conducta y por ello ha tomado una pre-decisión a favor de un ataque contra el ordenamiento jurídico». Hay una resolución delictiva cuando un sujeto no resuelto definitivamente a iniciar la ejecución posee, no obstante, un deseo de obtención del resultado delictivo que motiva su plan, superior a una inclinación o disposición al delito (*Tatgeneigtheit*), que ha superado la barrera de consentimiento (*Zulassungsschranke*). En ese instante un mero motivo de comportamiento se transforma en una intención delictiva ejecutiva y definitiva porque con ello el autor inicia un proceso de control de su propia motivación orientado a proteger la resolución tomada frente a otras intenciones concurrentes y, con ello, a asegurar su realización<sup>741</sup>. Aparte de que este planteamiento se enfrente a la dificultad de llegar a conocer que un comportamiento habitual está orientado a la preparación de un delito y se sepa cuál, es criticable la identificación del sentido delictivo concreto de la preparación, por ejemplo preparar un homicidio, con intención ejecutiva. Sobre el error que significa confundir ambos abundaré en próximas páginas, pero debo

<sup>738</sup> Similar Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 140; Roxin, K., "Über den Tatentschluß", pág. 150-53.

<sup>739</sup> Critico con Artz porque en la fase preparatoria falta una resolución definitiva, ya que la realización del tipo depende de una conducta posterior lo cual impide que el sujeto posea una intención dirigida a la realización del tipo, Rudolphi, *SK*, 22/6.

<sup>740</sup> Vid. al respecto, Artz, Gunther, "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 57 y s.

<sup>741</sup> Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 122.

anticipar que la vinculación de una conducta preparatoria con un objetivo delictivo concreto, es un hecho necesario porque no se puede preparar en abstracto. Es decir, sólo se puede preparar algo determinado: un homicidio, un robo, un fraude, etc. Sin embargo, este objetivo del preparador no es se identifica con el dolo ejecutivo: que se quiera preparar un robo no quiere decir todavía que se quiere cometer el mismo, sino que, de entre todas las actividades delictivas posibles a las que se podría vincular una preparación, sólo será con un robo concreto. Tipo que a partir de ese momento nos servirá de referencia.

Así mismo, aunque un sujeto quiera cometer un robo y esté completamente decidido a hacerlo y sea posible probarlo, este hecho todavía no es una decisión ejecutiva en un sentido normativo ello sólo tendrá lugar cuando realice una conducta que conoce que es capaz de iniciar la ejecución de un delito. Aun cuando, un individuo quiera a toda costa conseguir un objetivo delictivo y rechace cualquier motivación contraria tal circunstancia ni se puede identificar con la decisión de realizar una preparación ni con la incondicional de iniciar la ejecución de un delito. En definitiva, ese estado del fuero interno sólo será penalmente relevante cuando tenga cabida dentro del elemento volitivo del dolo de preparación o de la tentativa.

A fin de cuentas, las diferencias entre el binomio tentativa/consumación y el acto preparatorio no se encuentran exclusivamente en el plano objetivo como se verá en posteriores páginas. Subjetivamente tampoco coinciden. Aunque todas representan una voluntad contraria a la norma de determinación, en la preparación el autor sólo quiere facilitar la realización de un delito futuro sobre cuya comisión no hay resolución de ejecución porque se conoce que la conducta preparatoria no puede iniciar la ejecución. Decisión que sí se presenta en las otras dos fases superiores del *iter criminis*. La resolución del sujeto, el elemento volitivo del dolo que en caso concreto concorra, es un criterio que nos permite discriminar los diferentes estadios en los que un delito se divide<sup>742</sup> porque es diferente para cada fase del *iter criminis*. En la preparación hay una voluntad de preparación o ejecución de una conducta preparatoria, en la tentativa y consumación hay una voluntad de inicio de ejecución o de consumación respectivamente.

<sup>742</sup> De forma parecida aunque más radical, Fuchs, H., "Tatenschluß und Versuchsbeginn", pág. 73 y s, defiende que la resolución delictiva está en la cúspide de la estructura del delito y es el criterio que distingue las fases del *iter criminis*. Artz considera que la tentativa inacabada y el acto preparatorio contienen una resolución no definitiva, Artz, Gunther, "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", pág. 56. No estoy de acuerdo porque la tentativa inacabada contiene una resolución definitiva aunque no se haya completado el tipo ni subjetiva ni objetivamente.

### III. EL FIN PERSEGUIDO POR LA PREPARACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL DOLO DEL PREPARADOR.

El dolo del preparador se manifiesta de dos formas según nos hallemos ante una forma de tipificación autónoma o no autónoma de los actos preparatorios.

(1) En el primer caso el dolo del preparador se limita a conocer y querer realizar los comportamientos preparatorios descritos en el tipo. En la medida en que la resolución delictiva se reduce a la voluntad de realizar la conducta típica<sup>743</sup>, el requisito subjetivo se satisface plenamente cuando se efectúa la conducta preparatoria de forma dolosa, de modo que, carece de relevancia cuál sea el fin delictivo concreto que se persiga con esa conducta preparatoria. El dolo del preparador, por tanto, queda reducido a los contornos de la conducta preparatoria típica y no alcanza, si quiera la necesaria vinculación con un fin delictivo concreto trascendente. Solución que supera la doble dificultad probatoria existente a la hora de mostrar la intención criminal, y la concreta dirección de esta. Es decir, vence la imposibilidad de probar si un sujeto prepara un delito con esa actuación y qué delito en concreto. En este punto, no parece que tenga si quiera sentido defender la necesidad de la presencia de una intención lesiva del bien jurídico principal como elemento subjetivo específico del dolo del preparador<sup>744</sup>, ni la exigencia de un dolo de consumación que se superponga al dolo de incitación o aportación<sup>745</sup> que recoja esta tendencia interna trascendente<sup>746</sup>, pues el delito autónomo de preparación de forma parecida a los delitos de peligro

<sup>743</sup> Reconoce que el dolo se limita al deseo de efectuar la conducta típica en los delitos de mera actividad Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 132. Igualmente para los delitos de tenencia Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, pág. 121 y s.

<sup>744</sup> Así, para la participación Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pág. 163 y s; Muñoz Sánchez que mantiene la existencia en la inducción de un dolo (en vez de un «doble dolo») que tiene que abarcar dos elementos: determinación y realización. Esto es, el dolo del inductor debe alcanzar la provocación del hecho y la realización completa del mismo por el sujeto inducido.

<sup>745</sup> Sobre el uso de la terminología doble dolo en la participación (término utilizado en un ejemplo reciente por Graul, E., "Zur Bestimmtheit des Anstifter- und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung", pág. 250 o por Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 764), me parece acertada la apreciación que el profesor Struensee me hizo en conversación privada, sobre la falta de sentido que tiene denominar segundo dolo al que se refiere al deseo de realización, pues también habría un tercero, cuarto, ... respecto a cada uno de los elementos del hecho efectuado por el autor principal que tuvieran que ser abarcados por el dolo del inductor. Por ello considero más adecuado recurrir al término dolo de consumación Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pág. 602-04. Defiende la incorrección terminológica que representa el uso de *dolo doble*, Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 315; Muñoz Sánchez, J., *El agente provocador*, pág. 56, nota 77; Samson, *SK90* vor 26/37; Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 90.

<sup>746</sup> Vid. Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung*, pág. 109. Hoyer con respecto a ciertos tipos del StGB (§§ 149.1 – preparación de la falsificación de dinero y timbres -, 275.1.1 – preparación de la falsificación de documentos oficiales) considera que son tipos subjetivamente incongruentes en la medida en que recogen como tendencia interna trascendente la intención de su autor de lesionar el bien jurídico principal protegido, Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 51.

abstracto<sup>747</sup>, no se caracteriza porque su autor quiera la lesión de un bien jurídico posterior sino porque realiza una conducta que por decisión del legislador representa una forma de lesión o puesta en peligro (en la mayoría de las ocasiones) de un bien jurídico concreto<sup>748</sup>. Los delitos preparatorios autónomos son delitos de mera actividad pues no requieren la presencia de un resultado de lesión que se puede separar espacio-temporalmente de la conducta preparatoria. Si no requieren ese resultado no puede formar parte de los requisitos subjetivos desear que éste tenga lugar. O sea, el dolo del sujeto se vincula a la simple realización de la conducta tipificada, y no tiene que incorporar la voluntad de producción de un resultado lesivo trascendente<sup>749</sup>. En consecuencia, «...si el resultado ha de ser abarcado por el dolo en los delitos de resultado de forma que la realización o consecución del mismo dirige la actuación del autor, en los delitos de mera actividad el dolo ha de abarcar la realización de la conducta típica»<sup>750</sup>.

No obstante, debo destacar que en las formas de tipificación autónoma de la preparación sí se puede incluir un elemento subjetivo del tipo<sup>751</sup>. Así, mientras que hay supuestos de preparación que no admiten ningún uso lícito (por ejemplo la posesión de armas sin licencia<sup>752</sup>) y en los que es innecesario cualquier mención a la intención del sujeto porque cualquiera que ésta fuere sería igualmente punible, hay otros en los que se persiguen comportamientos que poseen una vertiente delictiva pero así mismo pueden ser modos «neutrales», habituales, cotidianos de actuar. En este segundo caso habrá que establecer un criterio para determinar cuándo se realiza la conducta típica. Más allá de la polémica existente entre defensores de un enfoque objetivo o subjetivo para resolver este problema (en lo

<sup>747</sup> Vid. por todos Rodríguez Montañes, T., *Delitos de peligro*, pág. 45-48, 103, 136 y s.

<sup>748</sup> Incluso en los delitos de peligro concreto «se parte de que éste (scil. el autor) no quiere producir la lesión», Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 12.

<sup>749</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 132; Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pág. 68.

<sup>750</sup> Acale Sánchez, M., El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, pág. 286 y s. En un sentido parecido Rossi indica que la diferencia entre la tipificación entre delitos preparatorios autónomos y no autónomos reside en si el dolo se debe limitar a la realización de la propia conducta preparatoria típica o a la comisión de un hecho principal, Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 74 y s; próximo Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, pág. 10 y s.

<sup>751</sup> Eckstein considera que la intención del autor tiene cierta importancia, bien como una característica de la intención autónoma (Absichtmerkmale), bien porque el tipo subjetivo venga determinado por esa intención en un sentido positivo (necesidad de presencia de una intención) o negativo (especie de corrección negativa del tipo en el sentido de que el autor en el que concurra una intención valorada positivamente se beneficie de ello), Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, pág. 122.

<sup>752</sup> Otra discusión es si no son auténticas consumaciones en vez de actos preparatorios a la vista del aparente bien jurídico autónomo que se les otorga.

referente al alcance de la participación a través de actos neutrales), el legislador cuando crea tipo autónomo suele solventar esta cuestión mediante la introducción de un elemento subjetivo trascendente integrado en el tipo, a saber, la presencia de una intención delictiva general<sup>753</sup> o concreta<sup>754</sup> mediante la cual se intenta contrarrestar la anticipación punitiva que contiene el tipo<sup>755</sup>. Así, el art. 270.3 castiga la «tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador»<sup>756</sup>. El tipo recoge la necesaria vinculación de la tenencia con un fin delictivo concreto, lo que implica que la posesión de un instrumento semejante sin concurrir ese elemento subjetivo será lícita. Sin embargo, ello no debe confundirse con la exigencia de un dolo de consumación. Aunque el que posee el objeto lo debe tener para un fin concreto ello no obliga a exigir que quiera comenzar la ejecución del delito, ni que otro la inicie. Por último, la existencia de un elemento subjetivo en el tipo determina que sólo se puedan cometer de forma dolosa (también eventual)<sup>757</sup>.

(2) Ahora bien, en los comportamientos preparatorios tipificados de manera no autónoma, formas de realización imperfecta que se vinculan con un tipo de referencia de la parte especial, su autor tiene que querer llevar a cabo una acción que, según su representación, facilite las condiciones de una posterior ejecución delictiva<sup>758</sup>. En este caso la accesoriedad amplia que vincula la preparación como fase del *iter criminis* con un tipo de referencia exige que el sujeto que actúa oriente su conducta a la creación de las condiciones de realización de un *delito concreto*, aunque éste no se encuentre determinado en todos sus elementos. Dicho de otro modo, no se puede preparar algo en abstracto, se necesita tener en mente una finalidad, un delito que se quiere facilitar mediante esa conducta. Y esto es así, porque «...la finalidad del autor (matar, dañar, lesionar, etc.) es lo que otorga unidad a la pluralidad de comportamientos», en que se divide el proceso criminal<sup>759</sup>. De modo que si no se sabe este dato difícilmente se podrá entender que un comportamiento forme

<sup>753</sup> Vid. art. 515.1 CP: son punibles las asociaciones «que tengan por objeto cometer algún delito...».

<sup>754</sup> Vid. art. 400 CP: es punible la fabricación o tenencia de útiles destinados a la «comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores».

<sup>755</sup> Santana Vega, D.M., La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, pág. 129.

<sup>756</sup> Gómez Martín considera que en los delitos de preparación o emprendimiento se suele incluir una expresión que se refiera a la finalidad, "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 10.

<sup>757</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 238.

<sup>758</sup> De forma muy parecida Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 203.

<sup>759</sup> Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 76.

parte de un *iter criminis* determinado, que sea una fase del desarrollo de un plan delictivo. El conocimiento del sentido de la conducta preparatoria es un requisito fundamental para poder castigar el comportamiento, ya que su falta impide saber que esa acción neutral tiene un sentido delictivo (se podría estar preparando cualquier cosa) e incluso cuál es exactamente el delito que se prepara<sup>760</sup>. De ello se deduce, además, que una conducta preparatoria (que no es sancionada como un delito formalmente autónomo), que no viene acompañada de una intención delictiva concreta no puede ser castigada al faltar el elemento subjetivo.

Por otro lado, aunque la finalidad trascendente de la conducta inserta en el plan criminal, defina discriminatoriamente el acto preparatorio, no lo hace como dolo mediato que convive con otro inmediato<sup>761</sup>. Es decir, de ello no se deduce que en la preparación sea necesaria la presencia de un dolo de consumación parecido al que se exige en la participación<sup>762</sup>. Así, mientras que en la participación hay un dolo de consumación, el dolo de la preparación sólo tiene como objeto de referencia la facilitación de un *concreto* hecho delictivo propio o ajeno y no alcanza el deseo de inicio de ejecución y/o de consumación<sup>763</sup>. Conque, el preparador sólo debe saber que con su acción está preparando una conducta necesaria para la realización de un delito concreto, pero no tiene todavía que desear la lesión del bien jurídico protegido, ni el inicio de la misma<sup>764</sup>. Con un ejemplo, el preparador debe saber y querer que con la compra de un arma prepara un homicidio, pero no tiene que querer matar. La diferencia reside en que mientras que el autor de una tentativa realiza una conducta con la que quiere lesionar el bien jurídico, o el partícipe facilita una actividad criminal con el deseo de que ésta se consume, el preparador no quiere alcanzar el resultado a través de ese comportamiento, ni necesariamente desea que se consume la actividad delictiva con la que colabora, sino que sólo quiere facilitar la comisión de un posterior acto delictivo.

<sup>760</sup> El conocimiento de la voluntad del autor es lo que nos permite indicar que quiere efectuar una actividad delictiva y cuál sea ésta, Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 63.

<sup>761</sup> Exigen que la conducta preparatoria posea un dolo de consumación, Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 84; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 726 y s.

<sup>762</sup> La exigencia de un dolo de consumación en la preparación se explica por el estudio de esta figura de un modo estrictamente reducido al marco formado por los art. 17 y 18 CP que, aunque era inicialmente definidos como actos preparatorios, mantienen numerosas similitudes con formas imperfectas de realización de la participación.

<sup>763</sup> Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 82; Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 187.

<sup>764</sup> En ese sentido se mueve Schulsinger cuando indica que el preparador quiere, según el uso habitual del lenguaje, ejecutar un delito (o que otro lo lleve a cabo), pero no necesariamente quiere (en su sentido normativo) todavía que se inicie la ejecución del delito, Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 11. No obstante, el autor parece confundir dolo de consumación con la finalidad de la preparación.



No estoy planteando una cuestión meramente terminológica. De una u otra posición se derivan consecuencias importantes. Si se exige un dolo de preparación, con un solo objeto de referencia el preparador sólo tiene que querer facilitar la comisión de un delito propio o ajeno. Si por el contrario ese dolo poseyera dos objetos de referencia<sup>765</sup> se tendría que querer facilitar las condiciones que hacen posible la posterior comisión del delito y, además, se debería desear que se consuma la lesión (determinada) del bien jurídico (concreto) por él mismo (delito mutilado en dos actos<sup>766</sup>), o por un tercero (delito de resultado cortado<sup>767</sup>). La consecuencia de optar por la primera opción es que la posibilidad de sancionar la preparación se vincularía a menores requisitos subjetivos. El aumento de actos preparatorios del delito que podrían ser objeto de punición, sin embargo, sería compensado por una dificultad práctica para probar la intención preparatoria. Así mismo, la disminución de los requisitos subjetivos tendría que venir acompañada de una reducción del marco penal de la preparación. En una teoría del *iter criminis* que tenga en cuenta la inferior capacidad lesiva de la conducta preparatoria y la ausencia de una intención ejecutiva la pena que le corresponde al preparador debe ser necesariamente inferior a la tentativa.

Tampoco se debe olvidar que este planteamiento priva de cobertura legal al agente provocador, que deja de ser impune cuando prepara un delito sin el deseo de que se consuma el mismo<sup>768</sup>. Esto es, si el dolo se limita al deseo de realización del elemento intelectual propio de la preparación no se puede justificar la impunidad del agente en cubierto mediante la vía subjetiva: ausencia de deseo de consumación del tipo principal. Esta caída de la impunidad del agente provocador no me preocupa

<sup>765</sup> Doble objeto de referencia (el hecho propio y la consumación de un hecho posterior) que proponen Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 353; Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 71 y s.

<sup>766</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 251.

<sup>767</sup> Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 251.

<sup>768</sup> Es decir, se opondría a las teorías que (partiendo de una teoría de la causación –insiste en que la punición del agente provocador depende de la teoría de la participación utilizada, Herzberg, R-D., *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 130-) apoyan la impunidad del agente provocador en la falta del dolo de consumación de la lesión, Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 561, 565; Kühl, *StGB* 24 26/4; Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 267-69; Cerezo Mir, J., *PG* 2000, pág. 211; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG*, pág. 536-538; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 522; Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 56-7; STS de 14 de junio de 1993 (A. nº 5005). Muñoz Sánchez, J., *El agente provocador*, pág. 58 y s: «(...)en la medida que aceptamos la exigencia del dolo de consumación para el inductor, el agente provocador quedará impune cuando determine al provocado a la realización de un delito de resultado material en grado de tentativa, y ello por ausencia del tipo subjetivo. Sólo cuando aquel tenga dolo de consumación del hecho principal se sobrepasan los límites de la impunidad».



en absoluto<sup>769</sup>, pues si en alguna forma la preparación es una conducta penalmente relevante, no debe dejar de serlo cuando hay una reserva en la futura resolución ejecutiva del preparador. Que con posterioridad el delito no llegue a consumarse será relevante para determinar el acceso a otra fase, ejecutiva, del *iter criminis* y la aplicación de las consecuencias que de ello se derivan, pero no afecta para nada a la fase preparatoria en donde basta el dolo de preparación.

Finalmente, también se debe tener en cuenta que la exigencia de un dolo de consumación aumentaría el nivel de concreción del plan delictivo que es requerido a la conducta del partícipe tal y como sucede en la participación. Cuando al inductor se le exige la presencia de dolo de consumación y que, por ejemplo, desee crear la resolución homicida con su incitación y quiera a su vez que se consume el homicidio, se le obliga a concretar en su acción objetivamente la presencia de ambos dolos, para lo cual es necesario que su incitación posea un cierto grado de determinación que explicita el resultado final que quiere obtener. De ahí que, una inducción genérica al homicidio, si se exige un dolo de consumación, no fuera perseguida porque el dolo de consumación no está presente en la medida en que el comportamiento carece de la determinación del objetivo perseguido por el inductor. Concreción que en todo caso no coincide con la exigida en el dolo del preparador. Basta que se conozca que se quiere preparar un delito típico, pero no es necesario conocer con exactitud, ni todos ni parte de los elementos del plan delictivo. No se puede pedir que el autor de la preparación posea una representación del hecho posterior igual a la que exige al autor de una tentativa, porque cuando la conducta preparatoria se realiza es imposible conocer las circunstancias existentes durante la ejecución de la futura acción típica<sup>770</sup>. El autor del acto preparatorio no

<sup>769</sup> Que se recurra, por ejemplo, a una condición objetiva de punibilidad que restrinja la punibilidad del hecho delictivo para determinados tipos si se considera que por razones político criminales se requiere justificar la actuación de un agente provocador necesario en la lucha contra el crimen. En contra Seelmann, K., "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", pág. 391. Otra solución para justificar la impunidad del agente provocador es a través de la norma de comportamiento dirigida al partícipe. En concreto considera que el agente provocador no debe ser castigado porque no infringe el deber orientado al partícipe, su norma de comportamiento, al haber evitado desde el comienzo la producción de daños en el bien jurídico, Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 129. Semejante solución en Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 266. También se intenta legitimar la conducta del agente provocador buscándole acomodo dentro de una causa de justificación, sobre todo por la vía del estado de necesidad, descripción de la problemática y crítica en Seelmann, K., "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", pág. 387-91. Una última opción, de *lege ferenda*, sería la creación de una causa de justificación propia especialmente prevista para el supuesto del agente provocador. Aunque estoy en contra del recurso al agente en cubierto, si no hay más remedio que aceptar su práctica, que se establezca una regulación concreta de su utilización que controle la privación de derechos que representa, de forma parecida a como en el ámbito procesal penal alemán prevé el § 110a StPO (sólo se puede recurrir al verdeckte Ermittler para aclarar delitos de tráfico de drogas, de armas o falsificación, cuando sean cometidos por delincuentes habituales, organizaciones criminales, o exista un peligro de repetición de la actividad criminal y siempre que no se pueda obtener la información de otro modo – parecidas exigencias establece Dencker, F., "Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung", pág. 250 y s-). No obstante, el citado artículo no es perfecto ya que incluye una cláusula que deja la puerta abierta al uso del agente provocador en cualquier situación: «además se puede utilizar un agente provocador (en el original verdeckte Ermittler) para el esclarecimiento de delitos, cuando la especial importancia del hecho aconseja su aplicación y otras medidas fueran inútiles». En contra de la creación de una causa de justificación, Seelmann, K., "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", pág. 393.

<sup>770</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktstorbereitung...*, pág. 221.

comete el delito, ni se le va a imputar el cometido por otro, únicamente lo prepara, es por ello que sólo debe conocer las circunstancias que afectan a la fase de elaboración<sup>771</sup>, es decir, aquéllas que hacen posible la realización de la posterior conducta típica<sup>772</sup>. No obstante, esta menor exigencia de concreción del plan en la conducta del preparador debe ser relativizada. Si bien puede ser sostenida sin dificultad para los casos de sanción autónoma de la preparación, en cambio, en aquellos modos de punición no autónomos de la preparación la vinculación con una conducta delictiva puede subordinarse al nivel de desarrollo de la actividad preparatoria. Cuando se elija esa vía se requiere que la preparación muestre un grado de plasmación suficiente del plan del delictivo futuro como forma de evitar la equivocidad. En la práctica ello representa un aumento de las exigencias de concreción de la actividad preparatoria.

#### IV. LA CLASE DE DOLO DE PREPARACIÓN.

(1) En lo que respecta a la clase de dolo de preparación, éste debe ser un dolo directo de primer grado, es decir, el autor debe perseguir la preparación de un delito. Aunque algunos autores sostienen que basta con un dolo eventual a la vista de los elementos objetivos del tipo preparatorio<sup>773</sup>, considero que no es correcto porque no es posible concebir una situación en la cual la preparación del delito aparezca como un resultado posible (ni siquiera como inevitable, en lo que respecta al dolo directo de segundo grado). Parece evidente que un sujeto que va a comprar un arma no se plantea que con ello esté preparando una actividad delictiva porque conozca que hay una alta probabilidad de que ese objeto se pueda orientar a una futura comisión de un delito, o porque se plantee tal circunstancia como posible y la acepte. En la preparación no hay término medio, o bien persigue esa meta preparatoria o bien un fin distinto (colecciona armas, es cazador...).

Por tanto, la simple probabilidad o la aceptación de esa posibilidad no es suficiente, es necesario, un dolo directo, es decir, que se conozca y desee facilitar las condiciones que hacen posible un posterior hecho delictivo<sup>774</sup>. *En consecuencia, el preparador debe poseer un dolo directo, que no tiene necesariamente que alcanzar el deseo de consumación sino sólo la realización de un comportamiento que facilita la posterior ejecución de una concreta conducta típica<sup>775</sup> (propia o ajena).*

<sup>771</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 221.

<sup>772</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 222.

<sup>773</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 203.

<sup>774</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 203 y s, 208. No obstante, en páginas posteriores cae en ciertas contradicciones al afirmar que el dolo eventual es el dolo mínimo que se puede exigir a cada conducta preparatoria propia o ajena, op. cit., pág. 222.

<sup>775</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 207 y ss, 213, que insiste en el hecho de que la conducta además de preparar debe ser socialmente inadecuada, op. cit., pág. 209.

No obstante, esta última apreciación introduce una variable que puede ser relevante. Así, también se señala que si se admite la distinción entre actos preparatorios propios y ajenos, a los segundos se les puede exigir un grado volitivo menor (dolo eventual sería suficiente) para poder afirmar la existencia del dolo de preparación<sup>776</sup>. En verdad sería dogmáticamente correcto mantener la punición de una tentativa doloso eventual de preparación del hecho ajeno cuando un individuo presta a un amigo un arma, con conocimiento de su carácter violento y de las malas relaciones que tiene con su esposa que quiere abandonarlo. Sin embargo, como en muchas conductas preparatorias no se puede distinguir a simple vista si es preparación propia o ajena, sería incoherente, y peligroso para la seguridad jurídica considerar que en un caso basta el dolo eventual mientras que en otros se requiere un dolo directo.

La mera posesión de instrumentos para la falsificación no revela si ese sujeto va a realizar por sí mismo la falsificación o va a ayudar a un tercero a ello. En estos casos, con independencia del beneficiado de la preparación, no basta el dolo eventual.

En otros supuestos en los que es posible diferenciar objetivamente la conducta preparatoria propia de la ajena, mantengo igualmente que no debe bastar el dolo eventual. Si he decidido que sólo se puede perseguir penalmente al sujeto que dolosamente intenta preparar su propio delito creo que las exigencias subjetivas no deben ser menores para el mismo preparador cuando facilita el hecho de un tercero. En el caso de que castigemos la preparación habrá que exigir, por lo menos, un dolo de primer grado.

En lo que concierne a la admisión de una preparación del hecho propio o ajeno imprudente hay que comentar que, en un primer lugar, parece imposible imaginar un caso en el cual un sujeto prepara su propia acción delictiva imprudentemente. No obstante, se puede preparar un delito de forma imprudente. La simple exigencia de imprudencia en la preparación provocaría una extensión del ámbito de la norma penal a la vida diaria, permitiría castigar casi cualquier comportamiento cotidiano porque cualquier acción habitual puede ser integrada de forma imprudente en el desarrollo de un plan delictivo. De este modo, podríamos plantear ciertos supuestos no excepcionales en donde imprudentemente el sujeto prepara un posible plan criminal posterior. Por ejemplo un sujeto que tiene graves problemas con su esposa, que le engaña repetidamente, compra un cuchillo de gran tamaño. ¿El ámbito normativo se extiende hasta poder considerar que existe un deber de cuidado que exige que no se adquiera nada que pueda ser utilizado para una futura actividad delictiva que, a tenor de la circunstancias parece cada vez más próxima? En estos

<sup>776</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 205, 208, 213 y ss, especialmente pág. 218.

casos la neutralidad de la acción y la normalidad de la misma dentro de cualquier sistema social no impide admitir la posibilidad de que imprudentemente se haya podido crear las condiciones de un posterior curso delictivo. Sin embargo, la cotidianeidad de la acción unida a la dificultad que tiene conocer que una conducta habitual pueda estar vinculada imprudentemente a una futura actividad delictiva exige la impunidad de tales comportamientos aunque en ocasiones prepararen imprudentemente un delito. Cuando un sujeto prepara su propio hecho delictivo resulta lógico defender la imposibilidad de la admisión de la imprudencia. Si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos la preparación es una conducta neutral, cotidiana y que sólo en la medida en que va unida a una intención delictiva pudiera poseer cierta relevancia penal, sería incompatible con el Derecho penal de un Estado democrático de derecho perseguir aquellos comportamientos en los que imprudentemente un sujeto está preparando una futura actividad delictiva, es decir, sin desear realmente crear las condiciones que exige la comisión del delito, porque en ese caso no está preparando nada sino que simplemente realiza una conducta habitual que aunque pudiera poseer un cierto riesgo de conexión con una actividad delictiva el propio funcionamiento de la sociedad exige la aceptación de ese riesgo. Por otro lado si en la tentativa se tomó la decisión político-criminal de no perseguir penalmente su forma imprudente, es decir, se resolvió que sólo el comportamiento que imprudentemente produce un resultado y en los tipos que sólo así lo señalen será penalmente relevante, parece lógico extender esta decisión al ámbito preparatorio. Las cosas así habría que aceptar que un sujeto sólo puede preparar dolosamente su futura actividad criminal<sup>777</sup>.

La preparación del hecho ajeno también admite la comisión imprudente. A, que conoce los graves problemas económicos de B, el cual ha llegado a plantear que cometería un robo si tuviera un arma, deja a solo a B en la habitación en la que guarda su escopeta de caza, en un armario sin llave. B coge el arma y se va de la casa. Sobre la realización imprudente de la preparación del hecho ajeno hay que repetir lo comentado anteriormente con motivo de la preparación del hecho propio. Además, conviene reparar en que la preparación del hecho ajeno incorpora conductas que podrían ser formas de participación y tentativas de participación. Si existen dudas sobre la admisión de la participación imprudente y la tentativa de participación dolosa me parece que político-criminalmente tampoco sería recomendable la sanción de tentativas de participación imprudentes por la vía de la preparación.

(2) Ahora bien, cuando hay una tipificación autónoma del acto preparatorio es suficiente el dolo eventual siempre que el tipo no incorpore algún elemento subjetivo

<sup>777</sup> Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 11.

adicional<sup>778</sup>. Si se admite en estos supuestos el dolo eventual es porque el elemento subjetivo ya no se refiere a la voluntad de preparar sino a la realización de una conducta típica. Así, el art. 563 CP, la tenencia de un arma reglamentaria sin licencia, se satisface con la realización con dolo eventual de la conducta típica descrita, pues basta que se plantee como probable, no que con ello prepare un delito, sino que el arma adquirida no cumpla los requisitos administrativos<sup>779</sup>. Sin embargo, la presencia de un elemento subjetivo específico (que nos llevaría a hablar de la existencia de un delito de resultado cortado o mutilado en dos actos) como podría ser la intención de preparar un delito (ya sea de modo general o uno concreto) excluye la posibilidad de comisión doloso eventual e imprudente del tipo<sup>780</sup>. En cierto modo se reestablece la situación anterior. Ya no basta con plantearse como probable la infracción del precepto sino que además con ello debe querer preparar un delito, obtener un beneficio económico, etc.

## V. LA EQUIVOCIDAD DE LA ACCIÓN PREPARATORIA.

El elemento característico desde un punto de vista subjetivo de la preparación es que el sujeto quiere *preparar* un *delito*, por lo tanto, hay que llegar a conocer tanto que se quiere preparar una actividad delictiva como el delito de referencia. Las cosas así, dos son las dificultades fundamentales que en un plano subjetivo rodean el acto preparatorio, y que se resumen en la imposibilidad de conocer, (I) la intención delictiva del autor de la preparación y (II) el delito concreto que persigue preparar con esa conducta. Por consiguiente, el gran problema de las conductas preparatorias, cuando se las quiere perseguir penalmente, es su **equivocidad**<sup>781</sup>. En la mayoría de los casos la conducta preparatoria es un comportamiento neutro que se integra dentro de un margen de cotidianidad y adecuación social<sup>782</sup>. Si se sorprende a un individuo comprando un cuchillo no podemos saber si a través de esta actividad cotidiana está comprando lo que necesita para su cocina o si en verdad está adquiriendo un arma que va a utilizar para matar a su esposa. Los actos preparatorios son modos de actuar que no indican unívocamente cuál es la voluntad que les

<sup>778</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 292 y s.

<sup>779</sup> La admisión de la imprudencia, por ejemplo cuando existe un error de tipo vencible, plantea mayores dudas. En principio, es posible la punición de comisión imprudente siempre y cuando haya sido expresamente previsto por el legislador, Acale Sánchez, M., *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 292 y s, 297 y s.

<sup>780</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 289 (respecto a la imprudencia), 292 (indirectamente respecto al dolo eventual).

<sup>781</sup> Fuchs, H., "Tatenschluß und Versuchsbeginn", pág. 79; Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 53; Martínez Escamilla, *El desistimiento*, pág. 155; Puig Peña, F., *PG7*, pág. 517.

<sup>782</sup> De forma parecida Nestler sostiene que la posesión de un objeto es *per se* neutral, Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 65.

orienta. El comportamiento que objetivamente presenciamos no releva si quiera la intención preparatoria de su autor<sup>783</sup>. Es decir, en no pocas ocasiones la acción puede ser destinada a una actividad normal. «Observada de una forma aislada la preparación es en la mayoría de los casos indiferente para el Derecho penal: de la compra de matarratas no se deduce que éste se halle destinado a una persona. Por eso, es difícil probar la intención delictiva en la mayoría de las ocasiones»<sup>784</sup>.

La neutralidad de la acción preparatoria genera que la posibilidad de legitimar su punición pase por probar que la conducta estaba vinculada a un plan delictivo<sup>785</sup>. Esto es, «sólo cabrá (scil. por ejemplo) apreciar en la posesión un peligro para un determinado bien jurídico en aquellos casos en que el poseedor mismo conciba la posesión como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan sólo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de tenencia»<sup>786</sup>. El problema reside en que es casi imposible acceder o probar la intención del sujeto que realiza un acto preparatorio<sup>787</sup>. De hecho, en algunas ocasiones, lo único que se puede probar, si acaso, es que se *supone* que el sujeto está preparando un delito aunque no sea posible saber cuál. Por ejemplo, si bien se considera que la adquisición de un arma de fuego, sin los requisitos administrativos pertinentes, es indudablemente un acto preparatorio porque en la mayoría de las ocasiones son utilizadas para la comisión de delitos, el dato objetivo en sí, aunque pudiera revelar una intención criminal, no muestra *per se* qué delito en concreto se quiere llevar a cabo: ¿un robo, un homicidio, un asesinato, una amenaza...?<sup>788</sup> Además, a la dificultad probatoria se une la prohibición de intromisión estatal en la esfera privada del ciudadano. Todo intento dirigido a llegar a conocer la voluntad del autor de un comportamiento que pudiera ser preparatorio, y que, en principio,

<sup>783</sup> Riklin, F., *A797*, I, pág. 216.

<sup>784</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, 39 II/19. «... así no hay en absoluto conductas que admitan sacar una conclusión completamente segura sobre el dolo que a través de ellas se manifieste. También un comportamiento aparentemente unívoco resulta a menudo ser un hecho equívoco y finalmente inocuo», Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 471.

<sup>785</sup> Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 67.

<sup>786</sup> Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 66.

<sup>787</sup> Beck, W., *Vorfelddkriminalisierung*, pág. 89; Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 53 y s; Cohen, A., *Die Vorbereitung von strafbare Handlungen*, pág. 14, el cual considera que lo característico del acto preparatorio es que no se puede reconocer con total seguridad la intención de cometer un delito. Al igual que Cohen insisten en que el acto preparatorio y la tentativa se diferencia por la no existencia de una voluntad delictiva reconocible v. Bar, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen*, pág. 28; v. Buri, "Zur Lehre vom Versuche", en *Der Gerichtssaal*, pág. 61-63; Hälschner, H., *Das allgemeine Deutsche Strafrecht*, pág. 342 y s.

<sup>788</sup> Así Gerke sostiene que aunque la preparación tienda en cierta medida a la comisión de un delito, estas conductas todavía no pueden conectarse inmediatamente con un tipo concreto, Gerke, J., *A72001*, pág. 93.



es una conducta habitual, adecuada al orden social, supone una irrupción en el ámbito privado del ciudadano<sup>789</sup>.

Ante la imposibilidad de poder afirmar con plena seguridad que la conducta se dirija a la comisión de un delito<sup>790</sup>, ante la equivocidad del comportamiento, hay que acudir a presunciones: la que mantiene que el comportamiento no tiene un fin delictivo aunque pudiera tenerlo, y la que decide lo contrario. En ese sentido se trata de una decisión político-criminal.

### **1. Presunción de la inexistencia de voluntad preparatoria.**

Así pues, ante la equivocidad del comportamiento preparatorio la primera opción es presumir la inexistencia de un acto preparatorio penalmente relevante porque falta la voluntad preparatoria requerida.

La penalización de actos preparatorios no está justificada frente a conductas ambivalentes. Como en la preparación no hay «...un comienzo de la ejecución mediante actos exteriores...», puede resultar en extremo atrevido (y contrario a la presunción de inocencia) interpretar que los actos pre-ejecutivos están en todo caso encaminados a la puesta en práctica de la resolución criminal<sup>791</sup>. Así la impunidad general del acto preparatorio se fundamenta en su aspecto subjetivo en la imposibilidad de reconocer de forma clara la presencia de una voluntad delictiva en semejantes comportamientos<sup>792</sup>. La posible utilización delictiva no legitima la punición de conductas que no están conectadas necesariamente con un uso criminal<sup>793</sup>. Por consiguiente, la punición del acto preparatorio representa la persecución de conductas que objetivamente están en armonía con el orden social<sup>794</sup>. Ello sería expresión de una «sociedad desconfiada». Sería una limitación injustificada de la libertad ciudadana que atenta contra principios constitucionales básicos<sup>795</sup>. «Las conductas que se hayan en la fase preparatoria a menudo son todavía desde una perspectiva externa totalmente incoloras, neutral en lo relativo al injusto, por

<sup>789</sup> Riklin, F., *A797*, I, pág. 216.

<sup>790</sup> Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 471.

<sup>791</sup> Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 421.

<sup>792</sup> Vid. Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 44; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 23 y s. Autores que reconocen no obstante, que la dificultad de reconocer la voluntad delictiva es un problema de prueba (parecido al de cualquier otro delito) que no puede ser un obstáculo para la punición de ciertos actos preparatorios.

<sup>793</sup> Wohler, W., *Deliktstypen...*, pág. 335.

<sup>794</sup> Stratenwerth, *AT2000*, 11/8.

<sup>795</sup> Wohler, W., *Deliktstypen...*, pág. 335; Frisch, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pág. 269 y s.



causa de su amplia multifuncionalidad no es visible la referencia lesiva subjetiva, que se sitúa tras ellas, de su causante. La prohibición de semejante conducta, que no es socialmente relevante, que incluso desde un punto de vista general es socialmente necesario, representa de hecho efectuar una considerable reducción de la libertad... Como la tendencia delictiva del comportamiento... permanece totalmente en la esfera interna la punibilidad de tales conductas preparatorias superaría los límites del Derecho penal del hecho, se lesionaría el principio de determinación de tipo...»<sup>796</sup>.

Por consiguiente, siempre que una conducta pueda ser entendida como un modo de actuar inofensivo no es preparatoria de delito alguno<sup>797</sup>. Ni la ausencia de cotidianeidad del comportamiento, ni la mayor probabilidad de unión a una intención criminal puede justificar *per se* la atribución de una intención preparatoria a su autor porque falta una manifestación unívoca de una voluntad contraria a la norma que otorgue relevancia penal al comportamiento<sup>798</sup>.

Todo acto preparatorio se caracteriza por ser objetivamente un comportamiento lícito, socialmente adecuado, ya sea totalmente inofensivo (compra de una cuerda), ya contenga una peligrosidad superior (uso o adquisición de cuchillos, tijeras..., armas de fuego, explosivo, veneno...) que explica la regulación administrativa de su adquisición y uso. La relevancia penal de un acto que objetivamente no es relevante depende de su unión a una voluntad criminal probada. Resulta contradictorio intentar probar la presencia de esa intención mediante una conducta que carece de relevancia objetiva, o que contiene un riesgo de realización que es asumido por toda la sociedad en su propio beneficio (de lo contrario no se podría actuar porque todo estaría prohibido o recaería una sospecha sobre su autor).

<sup>796</sup> Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 53. No obstante, para este autor sería posible la punición del acto preparatorio cuando «esté funcionalmente de tal modo inequívocamente referido a hacer posible la conducta lesiva final que una prohibición de esta conducta preparatoria ya no representaría ningún excesivo recorte, socialmente considerable, de libertad», op. cit., pág. 54.

<sup>797</sup> Así, Beck considera que no se puede penalizar los planes *delictivos* porque no pueden ser reconocidos como tales (equivocidad de los actos preparatorios), Beck, *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 89.

<sup>798</sup> En cierta medida, lo expuesto recuerda a la teoría de Carrara sobre la distinción entre acto preparatorio y tentativa. Según Carrara, si la conducta es equívoca, es decir, si se puede orientar bien a un fin delictivo, bien a otro inofensivo, es un acto preparatorio impune. Sólo el comportamiento que con certeza está dirigido a la actividad criminal es una forma de tentativa, para lo cual hay que tener en cuenta tanto la intención como el contexto en que tiene lugar la acción. No obstante, el autor italiano distingue con ello lo penalmente relevante (tentativa) de lo impune (acto preparatorio), mientras que aquí se recurre a la equivocidad para señalar cuándo hay un acto preparatorio (punible o no), Carrara, *PG*, I, § 356 – 358; vid. en ese sentido Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 39-41, 55; Hälschner que entiende que en cada conducta en la cual la intención delictiva es reconocida es ya una tentativa, *Das allgemeine Deutsche Strafrecht*, pág. 342 y s.

No es lo mismo probar que A quiere matar a B con el arma blanca que ha comprado hace un par de horas, que suponer que como A ha adquirido un cuchillo quiere matar a B, o que como A ha obtenido el cuchillo infringiendo la reglamentación administrativa quiere matar a B o hacer algo *extraño* y delictivo. Incluso, la infracción de la regulación administrativa sobre el uso de ciertos objetos peligrosos no muestra de forma inequívoca la intención criminal del autor del ilícito administrativo. Un Derecho penal democrático regido entre otros principios por la presunción de inocencia exige probar esa intención y no considerarla presente porque el sujeto se haya hecho acreedor de una sanción administrativa.

Ahora bien, en todo caso, si se demuestra que una acción habitual, como buscar un cuchillo de la cocina, está dirigida a satisfacer el requisito necesario para la obtención del fin deseado, matar al marido, esta conducta cotidiana sería un acto preparatorio que puede ser penalmente relevante porque se conoce la intención preparatoria. Cuestión distinta es que efectivamente se le imponga una sanción penal.

En suma, esta postura que presume la inexistencia de una intención criminal origina una reducción del ámbito de la preparación punible a causa de la dificultad práctica de probar que hay una resolución delictiva. Este recorte, provocado, insisto, por el difícil acceso a la intención del individuo no me parece problemático, especialmente porque muestra como en los supuestos donde no hay certeza de la intención del autor aunque éste haya actuado no ha salido todavía de su esfera interna. Por consiguiente, la persecución penal de estos comportamientos implicaría la presunción del carácter criminal de acciones que no lo son, y el castigo de un sujeto que todavía tiene que concretar su resolución, y que por tanto aún puede desistir<sup>799</sup>.

## 2. Presunción de la existencia de una intención preparatoria.

La equivocidad de un comportamiento cotidiano y la falta conexión probada con un plan delictivo impide afirmar que exista, en tales casos, un acto preparatorio punible. Esta es una de las soluciones posibles. Ahora bien esta combinación de equivocidad y ausencia de prueba de la intención delictiva también se puede resolver mediante presunciones presunciones que dan por sentada la presencia de esa voluntad delictiva, aunque no se haya probado en el caso concreto, que permita defender que la conducta neutral en cuestión sea preparatoria de un delito<sup>800</sup>.

<sup>799</sup> Stratenwerth, *Strafrecht AT2000*, 11/8.

<sup>800</sup> Sobre las presunciones de culpabilidad y la posibilidad de deducir el dolo de las circunstancias Tiedemann exige una limitación en su uso y la posibilidad de que sean rebatibles: «...teniendo en cuenta especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la presunción de inocencia del artículo 6, párrafo 2 de la C.E.D.H., habrá que partir de que sólo podrán mantenerse presunciones de culpabilidad jurídico-materiales de manera limitada y, en todo caso, en supuestos excepcionales, y de que, sobre todo éstas, en virtud de la C.E.D.H., deben ser *rebatibles*», Tiedemann, K., "La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europea", pág. 95 (cursiva original).

### **A. Presunciones en función de la naturaleza del medio.**

En este grupo se incluyen aquellos planteamientos que defiende que «el medio empleado para la preparación puede ser de tal naturaleza que llegue a determinar, con una probabilidad rayana en certeza, la ejecución ulterior»<sup>801</sup>. Por tanto, se llega a afirmar que hay conductas que no son equívocas. Únicamente pueden estar vinculadas a una finalidad delictiva, por ejemplo, la tenencia de máquinas falsificadoras, la posesión de armas o de explosivos sin la respectiva licencia. La punición del aporte de objetos que, en su primera concepción, son utilizados para la ejecución de un delito («instrumentos del delito»), está justificada aunque puedan admitir un uso no delictivo.<sup>802</sup> Ahora bien, tienen que venir recogidas de forma expresa en el tipo, que hace depender la punibilidad de una conducta de la concurrencia de una determinada forma de aparición de la misma entre todas las posibles (p.e. establecer los supuestos en los que se considera injustificada una relación con armas de fuego)<sup>803</sup>.

A esta teoría que mantiene que hay actos preparatorios que en la mayoría de las ocasiones, sólo pueden ser utilizados en un sentido delictivo, hay que hacer algunas precisiones.

Primero, en ciertas ocasiones la conducta en sí misma es incapaz de señalar la intención del sujeto si no va acompañada de las formas consumadas o intentadas del delito. Así, cuando el art. 271 CP castiga «la tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador», olvida que casi cualquier ordenador personal dispone de esos medios y que por tanto sólo cuando se ha consumado la copia del programa, por ejemplo, se puede constatar que el instrumento fue utilizado con esa finalidad delictiva. Es decir, se persiguen comportamientos cuyo elemento subjetivo aunque presunto sigue manteniéndose oculto salvo en situaciones extremas.

Segundo, hay comportamientos que, al no poder ser utilizados para otra actividad distinta de la delictiva, no sólo reflejan la intención del autor, sino que además se podría considerar que ya son un inicio de la ejecución y como tal tentativas. La posesión de maquinaria, papel, tinta y otros enseres requeridos para completar la falsificación de moneda de curso legal (incluido en el art. 400 CP) más bien parece una tentativa inacabada que un acto preparatorio (sobre todo si se tiene en cuenta que la fabricación consume el tipo según prevé el art. 386 CP).

<sup>801</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 28.

<sup>802</sup> Wohler, W., *Deliktstypen...*, pág. 336 Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 421 y s.

<sup>803</sup> Wohler, W., *Deliktstypen...*, pág. 336.

Tercero, en otros casos se castigan acciones que no relevan la intención delictiva, pero que un criterio probabilístico informa que en la mayoría de las ocasiones son la antesala de una actividad criminal. Sin embargo, esta consideración obvia que son simples infracciones administrativas que no siempre representan una forma de preparación dolosa de un delito, y que en todo caso la probabilidad de que así sea existe igualmente cuando se satisface el requisito administrativo. En tales situaciones, sería más correcto optar simplemente por la sanción administrativa (multa y requisa). El paradigma de este caso sería la punición de la mera posesión de armas sin licencia administrativa (art. 564 CP), o sustancias o aparatos explosivos (art. 568 CP)<sup>804</sup>.

No obstante, la utilización de semejantes presunciones puede que no esté orientada a la demostración de la presencia de un dolo, que justifique la relevancia subjetiva del comportamiento. A veces, el legislador establece un injusto formal, satisfecho con la simple realización de la conducta típica sin importar la parte subjetiva. Con todo, estas presunciones permiten castigar al sujeto por algo que no ha hecho, sino que simplemente se le atribuye su realización como posible. Esto es, cataloga como criminales comportamientos que en numerosas ocasiones sólo son sospechosos de ello<sup>805</sup>.

### ***B. Presunciones en función del nivel de desarrollo de la actividad preparatoria.***

Tal y como vengo sosteniendo, siempre que se quiera perseguir penalmente una preparación es necesario que la intención del preparador quede suficientemente demostrada: la conducta debe hallarse claramente dirigida a la preparación de un delito<sup>806</sup>. El problema que plantea acceder a la intención del autor no se resuelve exclusivamente mediante presunciones que, amparadas en criterios estadísticos, sugieran cuándo hay una voluntad preparatoria delictiva. La voluntad delictiva debe

<sup>804</sup> Ejemplo de *prohibición represiva con reserva de permiso*: las conductas en cuestión están siempre prohibidas; sólo excepcionalmente (cuando cumple ciertos requisitos administrativos) el comportamiento está permitido. En ese caso la autorización administrativa actúa como causa de justificación, Segura García, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, pág. 127. Por otro lado se encuentra la *prohibición preventiva con reserva de permiso*: conductas en las que la autorización administrativa es un mecanismo de control preventivo (obligación de poseer el permiso de conducir para poder circular con un vehículo). Al respecto vid. Segura García, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, pág. 127.

<sup>805</sup> «...la prohibición da pie a una mera pena por la sospecha», Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 67, 69.

<sup>806</sup> Así lo expresa Steen, que parte de la impunidad general de la preparación, para después sostener que siempre que sea reconocible la intención criminal del autor (dirigida a la ejecución y consumación del delito) es jurídicamente posible y al mismo tiempo exigible (punto en el cual discrepo) su punición, Steen, H., *Die Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat*, pág. 153.

estar probada dentro de un cierto margen. Para ello se tendrá en cuenta el grado de realización de la actividad preparatoria. Esto es, sólo se podrá castigar la preparación cuando ha alcanzado tal nivel de desarrollo que sea posible identificar la clase de hecho que se prepara<sup>807</sup>. Por ejemplo, los miembros de una secta poseen una gran cantidad de chocolate envenenado que pretenden mandar a ciertas personalidades. Con el objetivo de secuestrar a un sujeto se toman fotos de él, de sus acompañantes, se anotan sus movimientos, se obtienen planos de su casa y las medidas de seguridad de que dispone<sup>808</sup>.

La presunción de la existencia de una intención delictiva en función del nivel del desarrollo objetivo de un comportamiento recuerda a la teoría del *dolus ex re* que consideraba que era una tentativa aquella conducta que manifestaba de forma inequívoca la presencia de una intención delictiva dirigida a la producción del resultado<sup>809</sup>. La diferencia es que ahora no se recurre al nivel de desarrollo objetivo para distinguir tentativa de preparación, sino para precisar cuando una preparación pueda ser penalmente relevante porque se muestre unívocamente vinculada a una actividad delictiva concreta.

<sup>807</sup> Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 79; Steen, H., *Die Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat*, pág. 149 y s; Thormann, P., "Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen", pág. 13. De forma parecida Hoyer, entiende que la conducta realizada documenta la tendencia interna del sujeto que la lleva a cabo, de tal forma que una adecuación del comportamiento con la lesión perseguida que no se halle sita dentro de los límites del riesgo permitido refleja el dolo o la imprudencia (siempre que conozca esa capacidad lesiva), Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 58-63, especialmente pág. 58, 62. No obstante, debo aclarar que este autor persigue con ello la justificación de la exigencia de una cláusula de «aptitud» del comportamiento en relación con la lesión pretendida, sobre todo para los delitos de peligro, que se concreta en la necesidad de la aptitud objetiva de la conducta para posibilitar un comportamiento lesivo y el requisito subjetivo de la imprudencia (*unerlaubte Verletzungsfahrlässigkeit*), vid. Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 33-63. Sin embargo, como la relevancia subjetiva la deduce, a su vez, del primer requisito (el desarrollo de la conducta con semejante aptitud con conocimiento de ello revela, más allá del riesgo permitido, el dolo o la imprudencia de su autor, Hoyer, A., *Die Eignungsdelikte*, pág. 58-63) todo queda reducido a una sola condición: comprobar la aptitud del comportamiento y verificar si queda incluido en el ámbito del riesgo permitido.

<sup>808</sup> Ejemplos tomados de Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 74. No obstante, en estos casos hay autores que sostienen que cuando se ha alcanzado ese grado de desarrollo no sólo se puede afirmar la presencia de una voluntad delictiva sino incluso que se ha alcanzado ya la fase ejecutiva. Por ejemplo, Kühl considera que hay un inicio de la ejecución del tipo (de falsificación de documentos § 267 StGB) cuando los «permisos de conducir están ya de tal forma preparados que sólo se tiene que introducir los datos personales e insertar las fotos», Kühl, K., *AT3*, 15/56. También en una línea que tiende a la fijación del inicio de la ejecución en función del grado del desarrollo de la actividad delictiva planeada se encuentran la *teoría de los indicios* según la cual existe una tentativa cuando la conducta realizada se muestra de tal forma que se puede considerar que ya existe una decisión en contra de la vigencia de la norma (Jakobs, G., *AT91*, 25/61 y ss; Kindhäuser, U., *AT2000*, 41.8; Rath señala que la actividad orientada a la producción de un resultado es un indicio de la presencia de un resolución definitiva, "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", pág. 1012) y la teoría de Kratzsch que sostenía que se había superado la fase preparatoria cuando el desarrollo de la acción manifestaba, no una intención delictiva, sino la alta probabilidad de que se realizara la totalidad del tipo (Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 581).

<sup>809</sup> Vid. por todos Delaquis, *Der untaugliche Versuch*, pág. 207-210; Kohler, *Studien aus den Strafrecht*, I, pág. 9.

Así, en la medida en que una conducta preparatoria dolosa depende de la situación concreta en que ésta se lleva a cabo, se puede afirmar que los conocimientos criminológicos sobre la génesis del delito van a suministrar una información fundamental a la hora de determinar cuándo puede ser penalmente relevante la acción realizada<sup>810</sup>. Especialmente, porque la criminología realiza un análisis objetivo de los elementos de la *situación de hecho*<sup>811</sup>: medio utilizado, lugar, tiempo, objeto de la acción, desarrollo de la acción... Todo ello –completado con el resultado del análisis de la personalidad del autor– suministra una información a partir de la cual se puede deducir la existencia de una intención delictiva, cuya presencia permite considerar que el comportamiento sometido a estudio es una forma de preparación punible.

Además, la confluencia de conductas preparatorias organizativas y técnicas<sup>812</sup> manifiestan con mayor claridad la intención delictiva que cuando concurren sólo unas de ellas. No obstante, no es necesario tener conocimiento de todos los detalles del delito, puede faltar alguno de ellos, mientras que se tenga la seguridad de que la intención del preparador es delictiva<sup>813</sup>.

Por ejemplo, la observación de una casa, la interceptación de una carta en donde A indica a B que vigile los movimientos de C, la simple posesión de un arma sin licencia, de forma aislada no han alcanzado un grado de desarrollo que muestre la voluntad delictiva que los mueve<sup>814</sup>. Si se disponen de todos los medios para realizar un atentado terrorista, pero no se conoce con certeza la persona, sólo se posee un listado de posibles víctimas de las cuales todavía no ha sido elegida ninguna.

Ahora bien, un problema diferente es que se puede conocer la intención preparatoria pero, al mismo tiempo, no se sabe qué delito en concreto se quiere preparar. Hay situaciones en las cuales aunque el desarrollo de la conducta del preparador muestra una intención delictiva, no se tiene claro cuál es el fin perseguido ya que la acción, en función de su nivel de desarrollo, es adecuada para preparar una pluralidad de comportamientos típicos. Cuando se detiene a una persona que posee armas de

<sup>810</sup> Walder, H., "Strafrechtsdogmatik und Kriminologie dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch»", pág. 539 y s. Establece una diferenciación entre preparación y tentativa en función de la resolución, *la conducta manifestada* y el plan, mientras que no considera necesario tener en cuenta el carácter del autor, op. cit., pág. 540.

<sup>811</sup> Un comportamiento delictivo (también el preparatorio) es una función entre dos grupos de factores, *la personalidad del autor*, y *la situación de hecho*, al respecto Walder, H., "Strafrechtsdogmatik und Kriminologie dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch»", pág. 539, 540 y s.

<sup>812</sup> Vid. segunda parte, pág. 274 y ss.

<sup>813</sup> Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 79 y s.

<sup>814</sup> Conductas que no deberían ser perseguidas especialmente cuando son realizadas por un preparador único, Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 81.



fuego, documentos de identidad y matrículas falsas, pasamontañas, éste muestra una intención delictiva, pero en principio, sin tener en cuenta declaraciones del detenido o documentos que tuviera en su poder, no podemos saber si con ello quería preparar un robo, un secuestro, un atentado, etc. Es detenido un terrorista en el momento en que termina la preparación de una bomba, aunque esta medida técnica en conexión con la pertenencia a banda armada, muestra como su intención es delictiva, sin embargo, no podemos saber si la voluntad posterior es causar daños en las cosas, o matar o lesionar a personas (salvo que se encuentren las fotos de su víctima, anotaciones sobre sus costumbres..., es decir, otras medidas organizativas)<sup>815</sup>. Esto nos traslada a la cuestión que aborda el siguiente apartado.

## VI. LA EXTENSIÓN MÁXIMA DEL INJUSTO DEL ACTO PREPARATORIO: ¿CUÁL ES EL DELITO DE REFERENCIA?

La equivocidad de la conducta preparatoria y la dificultad para probar la intención criminal y para llegar a conocer el delito concreto al que se tiende plantea ciertos contratiempos a la hora de castigar un acto preparatorio. El problema reside en que el adelantamiento de la punibilidad que supone la preparación debe hacerse «...en relación con un tipo legal específico (a un delito determinado, no puede haber acto preparatorio con relación a delito indeterminado)»<sup>816</sup>. De ello se deduce que siempre tiene que haber una vinculación de la acción preparatoria con un tipo de la parte especial a cuya facilitación se orienta el comportamiento y que va a determinar el contenido máximo de su injusto<sup>817</sup>.

Todas las normas de la parte general del Código penal ya estén dotadas de carácter procesal (prescripción de delitos), ya fijen las sanciones penales o sus reglas de cuantificación, ya determinen las características de las conductas típicas (exigencia de dolo o imprudencia) y especialmente establezcan el alcance de los tipos (reglas del *iter criminis* y la intervención en el delito) carecen de bien jurídico y de injusto propio<sup>818</sup>. Por ese motivo no se pueden aplicar sin la presencia de un tipo de la parte

<sup>815</sup> Otra cuestión es que esa conducta pueda ser castigada *per se* (vid. arts. 573, 576 CP).

<sup>816</sup> Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 415.

<sup>817</sup> Del mismo modo que el injusto de la tentativa tiene como punto de referencia el tipo del delito deseado (Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 290 y s; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 130), el acto preparatorio debe hallarse en relación con un tipo delictivo de la parte especial que permita determinar el contenido de su injusto.

<sup>818</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 22 y s, 27. Próximo Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 217.

especial que los complete<sup>819</sup>. Por tanto, en la tentativa y la preparación es la intención del autor la que define el tipo de referencia. En definitiva, y en la medida en que **la parte subjetiva del tipo determina el tipo aplicable**<sup>820</sup>, «sin el recurso al contenido de esta voluntad de realización es absolutamente imposible fundamentar el injusto típico de la tentativa porque sólo él da información sobre el tipo que pudiera ser realizado...»<sup>821</sup>. Supongamos que se llega a conocer que la conducta objetivamente neutra persigue una finalidad criminal. Sin embargo, a pesar de ello la conducta seguiría siendo subjetivamente equívoca ya que podría estar destinada a la preparación de una pluralidad de posibles delitos<sup>822</sup>. Al no tener conocimiento cierto de la actividad criminal concreta a la que tiende, surge una paleta de conductas delictivas que puede querer preparar. Por ejemplo, cuando un individuo saca ante otro una pistola puede con ello intentar matarle o simplemente amenazarlo<sup>823</sup>. Así pues, la acción preparatoria puede facilitar la comisión de delitos de distinta naturaleza o género (la compra de un arma de fuego puede ser la preparación de un homicidio, un robo, una amenaza...), preparar delitos del mismo género pero de diferente especie (la tenencia de instrumentos para la falsificación puede estar destinada a la falsificación de moneda –art. 386 CP– o la de efectos timbrados –art. 389 CP–), o preparar delitos del mismo género y especie pero con concurrencia de elementos típicos accidentales que pueden conducir a una pena inferior o superior en grado (fijan un marco penal distinto) o determinar la imposición de la pena en su grado mínimo o máximo (graduación de la misma pena básica)<sup>824</sup>. A su vez, es posible la combinación de dos de los grupos (distinto género y dentro de cada género con concurrencia o no de elementos típicos accidentales; distinto género y

<sup>819</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 27. Las normas de la parte general «son *per se* materialmente incompresibles y deben ser interpretadas sólo en relación con la norma de la parte especial pensada», op. cit., pág. 31, 35, 37. «Las reglas de la parte general se refieren siempre a tipos de la parte especial y sin la idea de un tipo concreto no se pueden entender», Vogler, T., “Der Beginn des Versuchs”, pág. 290.

<sup>820</sup> Beck, *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 89; similar Stratenwerth, G., *AT2000*, 11/24; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 68 y s; Eser, *Sch/Sch*, 22/3.

<sup>821</sup> Kühl, K., *AT2000*, § 15/39; el mismo, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, vollendung und Beendigung”, *JuS*, 1980, pág. 506 y s.

<sup>822</sup> Este problema, ya lo plantea Roxin, con motivo de la determinación de la resolución delictiva que tiene que concurrir en la tentativa. Resuelve la situación afirmando que cuando la conducta no refleja de forma objetivamente unívoca la intención es que todavía no ha comenzado objetivamente la ejecución del delito, Roxin, C., “Tatenschluß und anfang der Ausführung beim Versuch”, pág. 3.

<sup>823</sup> Ejemplo tomado de Roxin, C., “Tatenschluß und anfang der Ausführung beim Versuch”, pág. 3; ejemplo igualmente citado por Kühl, K., *AT2000*, 15/35; el mismo, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *JuS* 1980, pág. 275.

<sup>824</sup> Distinción dentro de los elementos típicos accidentales tomada de Mir Puig, S., *PG6*, 25/1-3.

en cada genero delitos de diferente especie; delitos de diferente especie y cada uno de ellos con distintos elementos típicos accidentales) o de todos entre sí. Con esto no sólo se abre una anecdótica lista de delitos que pudieran ser objeto de preparación, si el acto preparatorio debe tener una cuantía del injusto limitada por el injusto del delito principal que pretende preparar, en muchos casos, la pena máxima que se deriva de la vinculación de la preparación con cada uno de ellos diferente. El conocimiento del fin de la preparación es primordial a la hora de establecer a qué *iter criminis* de qué conducta típica corresponde. Si no se conoce el fin de preparación no se puede fijar la cuantía máxima de su injusto, porque no se puede conectar con un tipo principal del cual derivar el injusto de la preparación. Además, la estructura del tipo de la parte especial al que tienda la conducta, el bien jurídico que protege y el dibujo del objeto de protección resultante va a condicionar la presencia de una preparación. De modo que hay actos preparatorios que pueden ser conductas ejecutivas porque entran dentro del *marco de significado típico*. También hay conductas preparatorias respecto a un bien jurídico que serían auténticas lesiones de otro.

En lo que atañe a la primera cuestión, cuando un comportamiento es una posible preparación de un determinado grupo de delitos de la parte especial hay tres soluciones posibles. La primera de ellas consiste en reconocer que no se puede acceder al objetivo final de la preparación (o con dificultad y en pocas ocasiones), y a partir de ahí llegar a la conclusión de que esta imposibilidad de acceso impide la persecución de estos comportamientos. Aun cuando en ocasiones se pueda conocer esa intención posterior la persecución penal crearía situaciones de inseguridad y desigualdad jurídica. Las variantes segunda y tercera consisten en la creación de presunciones de intención. Una de ellas castiga la preparación en relación con el mayor de los delitos que se pueda cometer. La otra castiga la conducta preparatoria en función de la menos grave de las agresiones viables a un bien jurídico cualquiera<sup>825</sup>.

<sup>825</sup> De forma parecida Neuhaus defiende que el dolo del «preparador» se limita a las dimensiones del injusto final imaginado. Sin embargo, si alguien prepara un delito sin conocer la gravedad del ataque al bien jurídico, será castigado por la menor de las consecuencias posibles. Si un individuo ha comprado explosivos y no sabe cuál será la violencia de la explosión, será castigado por preparación de una pequeña explosión, Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 222. Roxin señala con motivo de la indeterminación del tipo al que tiende una tentativa de inducción que se tiene que elegir la más leve en virtud del principio in dubio pro reo, Roxin, C., *LK11*, 30/26. Hoyer en relación con la conspiración sostiene que cuando no existe una determinación del delito que los conspiradores querían realizar la conspiración se debe referir a la conducta amenazada con la menor pena, Hoyer, A., *SK2001*, 30/53. Schroeder mantiene que cuando exista duda respecto al tipo al que se refiere el § 111 StGB se optará por el tipo más leve de los posibles, Schroeder, F.-C., *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, pág. 32.

En cambio, Fischer, defiende (para los supuestos de tentativa) que si no se puede determinar con absoluta certeza el delito que el autor quería realizar se debe optar por el más grave de los posibles, Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 22/8.

Si hay que tomar partido por alguna opción, elijo la primera, aquélla que conduce a la imposibilidad de castigar las conductas preparatorias dentro del *iter criminis* del delito al no llegar a conocerse en todos los casos qué pretende realizar finalmente el preparador. Ahora bien, si hay que sufrir la extensión del injusto hasta estos comportamientos, entiendo que siempre será mejor hacer responsable a un sujeto por el menor de los destinos que pudiera haber alcanzado en el desarrollo de cualquier plan delictivo. El motivo de esta decisión no es otro que decantarme por la presunción a favor de reo que exija en este caso la menor de las sanciones posibles.

No obstante, otros autores han resuelto este problema mediante la conversión del tipo preparatorio en un tipo autónomo material con un bien jurídico omnicompreensivo de todas las posibles lesiones o puestas en peligro a las que se pueda orientar la preparación en cuestión. Por ejemplo, Díaz-Maroto, sostiene que el tipo relativo a la posesión de armas de fuego tiene por bien jurídico la *seguridad en general o seguridad interior del Estado*. Así, el tipo no pretende la persecución de conductas que vulneran el bien jurídico vida o patrimonio sino que protege la seguridad de los mismos<sup>826</sup>.

## VII. CONCLUSIONES.

Un acto preparatorio es una conducta dirigida subjetivamente a hacer posible la posterior comisión de un delito. La peculiaridad del dolo del preparador reside en que su elemento volitivo se limita al deseo de satisfacción de un elemento intelectual que consiste en tener conciencia de que su conducta es capaz de satisfacer las condiciones necesarias para la realización de una actividad delictiva futura. En definitiva, el dolo del preparador no es idéntico al de otras fases posteriores del *iter criminis* porque no posee una voluntad de inicio de la ejecución. En un sentido amplio se podría mantener que posee una resolución ejecutiva condicionada en la medida en que sólo cuando se haya satisfecho la preparación planeada (condición previa) el autor puede cuestionarse si lleva a cabo otra acción con intención de producir un resultado lesivo. Sin embargo en un sentido estricto su resolución no es ejecutiva, porque todavía no ha tomado ninguna decisión sobre si ejecuta la conducta o si somete esta ejecución a condiciones. En suma, no habrá resolución ejecutiva cuando la satisfacción de un requisito concreto no condiciona el inicio de la ejecución, sino la apertura de un nuevo proceso de reflexión sobre el comienzo de la ejecución.

El preparador no posee una resolución ejecutiva o voluntad de consumación o dolo de consumación que conviva con el dolo preparación. Es cierto que el dolo del partícipe está integrado por el fin trascendente o potencial de la preparación ya que no es posible dejar de preparar algo concreto. Se necesita un delito que se quiere

<sup>826</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 60 y s. Vid. otros ejemplos de bienes jurídicos secundarios en la primera parte, pág. 22 y ss.

facilitar mediante esa conducta. Sin embargo, esta vinculación con un delito de referencia, al que se orienta el plan criminal proyectado en el que se inserta la preparación efectuada, no coincide con una voluntad de consumación. El preparador sólo debe saber que está efectuando una conducta necesaria para la realización de un delito concreto, pero no tiene todavía que desear la lesión del bien jurídico protegido, ni el inicio de la misma.

Sólo cuando la preparación se tipifique de modo formalmente autónomo se puede afirmar que el preparador tiene una voluntad ejecutiva. Ahora bien, entendida como deseo de realización de los elementos descritos en el tipo preparatorio (formalmente autónomo) pero no como deseo de consumación de otro posible tipo de referencia de la parte especial. No obstante, es común, en los supuestos de punición autónoma de la preparación, la introducción de este deseo (intención delictiva general o concreta) como elemento subjetivo trascendente integrado en el tipo, que se establece como contrapeso subjetivo a la anticipación punitiva que contiene el precepto.

En lo que atañe a la clase de dolo de preparación no admito en principio el dolo eventual. Este debe ser directo de primer grado: el autor debe perseguir la preparación de un delito y no es suficiente que se plantee esa opción como posible y la acepte o que observe que existe una alta probabilidad de que su conducta satisfaga tal fin. Del mismo modo tampoco admito la preparación imprudente. El motivo de la exclusión del dolo eventual y la imprudencia no reside en una absoluta imposibilidad de que la preparación admita esa forma subjetiva de comisión (más difícil de encontrar un supuesto como forma de extensión del alcance del tipo, más sencillo cuando son tipos autónomos o se trata de una preparación de hecho ajeno). Es una decisión político criminal semejante a la tomada respecto a la tentativa imprudente o la vigencia del principio de accesoriedad. Si se van a perseguir penalmente supuestos de anticipación de la tutela penal, no sólo es necesario exigir una pena proporcional a la cuantía de su injusto, además, se debe negar la posibilidad de sanción cuando no se actúe con dolo directo.

Los actos preparatorios son comportamientos neutrales que no expresan de forma inequívoca la presencia de una tendencia delictiva, esto es, que no manifiesta que se pretenda preparar un delito. Incluso cuando la probabilidad de que tenga ese sentido delictivo sea elevada siempre podría ser orientada hacia una actividad no criminal. En estos casos, hay tres opciones. La primera de ellas consiste en excluir la posibilidad de persecución penal de la preparación por el desconocimiento de la intención y la prohibición de intromisión estatal en la esfera interna del ciudadano. Las otras dos opciones fundamentan la posibilidad de punición de la conducta preparatoria en presunciones de existencia de la voluntad delictiva, bien por la

vinculación estadística que existe entre la acción preparatoria y una futura actividad delictiva, bien por que el grado de desarrollo de la conducta revela inequívocamente que pertenece a un plan criminal.

En aquellos supuestos en los que la conducta preparatoria posea una intención criminal ya presunta, ya probada, surge un nuevo problema, consistente en el desconocimiento del delito concreto al que tiende la conducta preparatoria. Las cosas así, la posibilidad de punición pasa por una nueva presunción, ahora, en el sentido de elegir el delito de referencia. De nuevo hay tres posibilidades. La primera excluye la punición por faltar el delito de referencia. La segunda y la tercera presumen que se quiere preparar el delito más grave o más leve respectivamente. Si tengo que tomar posición al respecto me decanto, de *lege ferenda*, por las presunciones que optan por la impunidad de la punición. No obstante, *de lege lata*, cuando haya diferentes posibilidades prefiero elegir la que establece una vinculación con el delito sancionado con la menor pena.



## Capítulo III

### Característica objetivas del Acto Preparatorio

## I. INTRODUCCIÓN.

Conducta preparatoria es aquella mediante la cual un sujeto facilita o hace posible, crea las condiciones optimas y/o se pertrecha de los instrumentos necesarios para la realización del delito planeado<sup>827</sup>, con la cual el autor no ha comenzado todavía la ejecución del tipo, esto es, no ha alcanzado el grado de tentativa<sup>828</sup>. Definición que coincide con la prevista en el Código penal alemán de la extinta RDA, en donde la parte general recogía junto al precepto relativo al castigo de la tentativa otro referido a la preparación: «Hay preparación cuando el autor realiza los requisitos previos o las condiciones para la ejecución del hecho delictivo planeado sin haber comenzado la ejecución»<sup>829</sup>.

<sup>827</sup> Wessels/Beulke, *Strafrecht*. AT31, 14/602; Kindhäuser, U., AT2000, 41.5; Zaczyk, NK, 22/3; Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 68; Rudolphi, SK, vor 22/2; Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 108; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 84; Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 10; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 16; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 9; Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 39 II/18; Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1979, pág. 874; Kienapfel, AT84, pág. 342; Bacigalupo, E., *Principios 97*, pág. 335; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 57; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 702; Montes, P.J., DP2, pág. 38.

<sup>828</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 39 II/18. Consideran del mismo modo que el acto preparatorio no es una conducta ejecutiva, Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 84; Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 10; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 16; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 9; Stratenwerth, *Strafrecht AT2000*, 11/7; Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 108; Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 473; Bockelmann/Volks, AT4, pág. 208; Baumann/Weber/Mitsch, AT, pág. 110; Kienapfel, AT84, pág. 342; Ebert, U., AT2001, pág. 117; Tröndle/Fischer, T., StGB50, 22/5; Rudolphi, H.-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 31 (la no ejecutividad del acto preparatorio le lleva a exigir una interpretación restrictiva de los tipos que recojan esas conductas, con especial cuidado en la valoración de la intención del sujeto); Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal*, pág. 57; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 702..

<sup>829</sup> § 21 StGB RDA, vid. *Lehrbuch DDR*, 1970, 21/1-13; *Lehrbuch DDR*, 1988, pág. 303-05.

Del mismo modo, el vigente Código penal danés establece en su § 21.1: «Conductas que se orientan a promover o a conseguir la ejecución de un hecho delictivo serán sancionadas, cuando el hecho delictivo no se consume, como tentativas»<sup>830</sup>. También el código penal Ruso de 5 de junio de 1996 prevé la sanción de la preparación (art. 29) de hechos delictivos graves o especiales (art. 30.2) con una pena que no puede ser superior a la mitad prevista en la parte especial para cada delito (art. 66)<sup>831</sup>.

Una propuesta de definición de *preparación* para el código penal Suizo se encuentra en Rossi: «quien dolosamente efectúa una conducta que sea adecuada de forma manifiesta y cierta para facilitar o hacer posible la comisión de un delito planeado... será castigado por preparación de un delito con la pena de prisión»<sup>832</sup>.

Otra propuesta de definición de la preparación, ahora, para un "Derecho penal nacionalsocialista" reza: «será castigado quien directamente prepara un hecho delictivo mediante una conducta adecuada»<sup>833</sup>.

Por tanto, son tres los elementos que caracterizan la vertiente objetiva del acto preparatorio: es un comportamiento con escasa relevancia objetiva, el paso intermedio no ejecutivo que hace posible la ejecución. O sea, es una conducta no ejecutiva. No está dotada de una capacidad lesiva suficiente para poder lesionar o poner el peligro el bien jurídico tutelado directamente. Se limita a tener un carácter condicional con referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que ha sido planeada, la cual facilita.

## II. LA LEJANIA OBJETIVA DE LA PREPARACIÓN: EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS.

Cualquier reflexión sobre la distancia objetiva que separa la preparación de la conducta consumada incide en el hecho de que las fases del *iter criminis* aunque subjetivamente puedan contener una misma infracción de la norma de determinación (siempre que el desvalor de la acción se entienda como desvalor de la intención manifestada y en todo caso siempre que no se establezca una distinción en el plano subjetivo entre las distintas figuras que componen el *iter criminis*), materialmente pueden ser deslindadas unas de otras. El fundamento de esta delimitación entre las fases del *iter criminis* se halla en el hecho de que la relevancia objetiva de cada una

<sup>830</sup> *Das dänische Strafgesetz*, pág. 29.

<sup>831</sup> Vid. *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, pág. 53 y s, 74 y s.

<sup>832</sup> «Wer vorsätzlich eine Handlung vornimmt, die bestimmt und offenbar geeignet ist, die Begehung eines nach Täterschaft und gefährdetem Rechtsgut konkret in Aussicht genommenen Verbrechens (Art. 9) zu ermöglichen oder zu erleichtern, wird wegen Vorbereitung dieses Verbrechens mit Gefängnis bestraft», Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 103.

<sup>833</sup> «Wer eine Straftat durch eine dazu geeignete Handlung unmittelbar vorbereitet, wird bestraft», Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 44. Que como se observa es una puerta abierta a la punición de todo comportamiento.

de ellas (siempre que se parta de un Derecho penal centrado en la protección de bienes jurídicos y no en la vigencia del ordenamiento jurídico como decisión axiológica previa) es distinta, en función de su relación de cercanía a la lesión efectiva de un bien jurídico penalmente tutelado. La distinción entre tentativa y acto preparatorio es por ello en primer lugar **ontológica**, porque materialmente existe una diferencia en el contenido de peligro que encierra cada comportamiento, y en un segundo lugar **valorativa**, ya que sólo existe una distinción entre ambas figuras cuando se adopta una estructura objetiva del injusto, de hecho una postura subjetiva o no aprecia esa diferencia o no la tiene en cuenta<sup>834</sup>. Por consiguiente, la diferencia material entre acto preparatorio y tentativa sólo tiene sentido en el marco de una teoría objetiva que tenga en cuenta la peligrosidad de la conducta como fundamento del injusto.

No puede ser este el lugar donde se realice un análisis exhaustivo del fundamento de la punición de la tentativa y las consecuencias que de cada posicionamiento se derivan, para ello me remito a bibliografía más informada<sup>835</sup>. No obstante, sí es

<sup>834</sup> De forma parecida pero en lo que se refiere a la distinción entre tentativa idónea e inidónea, Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 8; Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 157 .

<sup>835</sup> Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", en *Stock-FS*, Würzburg, 1966; Zielinski, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973; Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", *Jus* 79; Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, Berlín, 1982; Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea", en *Estudios jurídicos en homenaje a Pérez Vitoria*, tomo I, 1983; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?", *JA*, 1983; Mir Puig, S., "Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto", *ADPCP*, 1988; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenzen zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, München, 1988; Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchstheorie", en Hirsch/Weigend (editores): *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, Berlín, 1989; Zaczyck, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlín, 1989; Adams/Schavell, "Zur Strafbarkeit des Versuchs", *GA* 1990; Vehling, K-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M., 1991; Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la reforma penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992; Lorenzo Copello, P., *El resultado en Derecho penal*, 1992; Mir Puig, S., "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal", en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994; Niepoth, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungdelikt*, Frankfurt a. M., 1994; Sancinetti, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desestimiento de la tentativa*, Bogotá, 1995; Radtke, H., "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs", *JuS*, 1996; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Granada, 1996; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del iter criminis", en Silva Sánchez (editor): *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997; Roxin, C., "Über den Strafgrund des Versuchs", *FS-Haruro Nishihara*, Baden-Baden, 1998; Cerezo Mir, J., "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", *RDPC*, 1998; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1006 y ss, 1106 y ss; *JuS* 1999, pág. 32; Malitz, K., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungdelikt: zum Strafgrund des Versuchs*, Berlín, 1998; Murmann, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración el injusto*, Granada, 2000; Hirsch, H-J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", en *Roxin-FS*, Berlín, 2001; Guhra, E., *Das vorsätzlich-tatbestandsmäßige Verhalten beim beendeten Versuch*, Berlín, 2002; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Valencia, 2003.

necesario que plantee cuál es mi posición en referencia a estas teorías y mi concepto del injusto como requisito para comprender el análisis posterior que realizo de la figura preparatoria desde una posición que aúna elementos subjetivos y objetivos, y que se caracteriza por exigir una mínima capacidad lesiva en toda conducta punible y una graduación del injusto en función de la afectación del bien jurídico protegido.

La discusión<sup>836</sup> sobre el fundamento del castigo de la tentativa se ha ordenado mayoritariamente en dos concepciones unitarias<sup>837</sup>: una perspectiva subjetiva, y otra objetiva. La primera de ellas se centraba en la voluntad manifestada, mientras que la segunda se preocupaba por el grado de afectación del interés jurídico protegido. De la adopción de una u otra teoría, así como de sus variantes, se derivaban una serie de consecuencias cuyo estudio se ha agotado tradicionalmente en el problema de la punición de la tentativa inidónea e irreal y sólo de forma tangencial planteó qué efectos tenían sobre la preparación. Por ello, me voy a centrar en las consecuencias que cada posicionamiento tiene sobre la primera fase del *iter criminis* del delito, en el sentido de destacar si la lógica de cada teoría legitima su punición y de qué forma.

### 1. Teorías subjetivas.

Una perspectiva subjetiva del fundamento del castigo de la tentativa y, en definitiva, del injusto penal se caracteriza porque es la *voluntad* manifestada el motivo que ampara la punición de un comportamiento<sup>838</sup>. No obstante, aunque se observe la exigencia de una exteriorización de la intención, ello no coincide con la nota característica propia de un injusto material que reclama la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Simplemente es la satisfacción del principio del hecho que consagra la impunidad de los pensamientos, que, en suma, exige una objetivación de la intención<sup>839</sup>. Esto es, el injusto no se vincula a la satisfacción de un requisito material, como es la presencia de un modo actuar que reúna una serie de

<sup>836</sup> No se discute que la legitimidad de la acción legislativa depende, en el Derecho penal, del sometimiento al *principio de la limitación de la punibilidad por el injusto* (Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 79), que el «comportamiento injusto es la condición necesaria y al mismo tiempo el límite de la coerción jurídica directa...» (Köhler, AT, pág. 22). La disputa se centra en el contenido de ese injusto.

<sup>837</sup> Torío López, A., "Acción peligrosa y dolo", pág. 373.

<sup>838</sup> Vid. por todos Kühl, K., *StGB24*, 22/11.

<sup>839</sup> Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 711; Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 96 y s; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 78 y s. En este caso sólo se puede hablar de la presencia de un resultado entendido como *hecho (acción u omisión) con relevancia en el mundo exterior*, Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 77-85.

características objetivas, sino que dicha conducta es el límite del ámbito de actuación del *ius puniendi*: hasta que no exista un comportamiento humano externo el Derecho penal no puede proceder, principalmente porque no puede acceder a la intención oculta del individuo. En verdad, no se castiga por lo objetivamente realizado sino por la subjetividad que el hecho efectuado pone de manifiesto<sup>840</sup>.

El enfoque subjetivo se divide a su vez en dos. La primera corriente (1) encuentra el fundamento de la punición en que la conducta del sujeto es la *expresión de una voluntad contraria a la norma de determinación*. La segunda (2), se ampara, sin embargo, en que esa intención manifestada *quebranta la vigencia del ordenamiento jurídico*<sup>841</sup>. Es decir, bien la voluntad contraria a la norma, bien la puesta en peligro de la vigencia del ordenamiento jurídico son los fundamentos de punición desde una perspectiva subjetiva.

Ahora bien, se afirma que cuando la conducta es punible porque atenta contra la vigencia del ordenamiento jurídico, vulnera la confianza en la vigencia, atenta contra la paz jurídica, conmociona a la sociedad, etc., con ello se está atribuyendo en cierta medida una base material al injusto penal.

El Derecho penal puede tener como fin la protección de bienes jurídicos o la protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. Dentro del primer fin, la base material coincide con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En el segundo caso, el fundamento material (un desvalor del resultado) se encontraría en la existencia de un comportamiento que rompe la vigencia del ordenamiento jurídico o que pone en peligro su vigencia y produce un efecto conmocionante sobre la sociedad. Este binomio *antinormatividad de la conducta/comoción de la sociedad* se convierte en el presunto resultado de la acción<sup>842</sup>. Sin embargo, el desvalor del resultado no sería idéntico para el Derecho penal que se deriva de cada uno de estos fines posibles. De hecho en el segundo supuesto, el desvalor del resultado deja de ser una realidad material y se convierte en una realidad simbólica (que en una posición extrema llega totalmente a desaparecer), en donde el desvalor de acción y el de resultado pasan a coincidir<sup>843</sup> (de modo que incluso se podría afirmar que en definitiva

<sup>840</sup> Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 96.

<sup>841</sup> Señala que hay una diferencia entre ambas Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 45 y s.

<sup>842</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 104.

<sup>843</sup> En el mismo sentido Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 336 y s; Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 370; Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 97 y s. Lo cual también puede suceder desde una perspectiva de protección de bienes jurídicos cuando se parte de una concepción inmaterial del bien jurídico. Vid. primera parte, pág. 21 y ss. Desde una concepción inmaterial del bien jurídico



Jakobs culmina en una concepción monista normativa del injusto<sup>844</sup>). Es cierto que podría afirmarse que hay un resultado (impresión) separable de la acción (antinormatividad)<sup>845</sup>, sin embargo, ambos se superponen porque en realidad se parte de la premisa de que toda conducta que infringe la norma impresiona a la comunidad, o es expresión de una vulneración de la vigencia de la norma. Las cosas así, «...lo que se sanciona y juzga es... la personalidad del autor. No estamos, por tanto, ante una culpabilidad por el hecho, sino ante una culpabilidad por el autor, la conducción de vida, el carácter o la personalidad»<sup>846</sup>.

Dentro de la segunda concepción (atentado contra la vigencia de la expectativa normativa) existen dos perspectivas diferentes: la teoría de la expresión (a), y la teoría de la impresión (b). Las cosas así, la teoría de la expresión insiste en que el injusto penal se concentra en (a.1) la voluntad manifestada contraria a los valores ético-sociales recogidos por la norma penal (posición de Welzel<sup>847</sup>), o en (a.2) la expresada ruptura de la vigencia de la norma (posición de Jakobs). La teoría de la impresión, en cambio, se concentra en la conmoción que esa ruptura provoca en la comunidad. Ahora bien, ambas son perspectivas diferentes pero de una misma concepción<sup>848</sup>.

---

como la mantenida por Schmidhäuser hay una separación entre el valor abstracto recogido por el bien jurídico y la realidad en que éste se encarna. Se crea una sistemática penal en donde cohabitan dos entes que pueden ser objeto de la conducta lesiva humana: objeto del bien jurídico (valor vida), objeto de la conducta (vida concreta de X) (Schmidhäuser, *AT*84, 5/25 y ss). En suma, para que haya una lesión penalmente relevante del objeto del bien jurídico basta con la existencia de una intención manifestada que infrinja el *mandato de respeto* de una realidad positivamente valorada. Sería suficiente el desvalor de la acción que no va acompañado de un desvalor del resultado, pues para lesionar el objeto del bien jurídico no es necesario lesionar el objeto de la conducta. Sobre el planteamiento de Schmidhäuser vid. primera parte, nota 94.

<sup>844</sup> Así lo entiende Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 535, nota 83.

<sup>845</sup> De hecho, y como señalaré a continuación, esta distinción teórica permite distinguir dos corrientes dentro de este fundamento del injusto de la tentativa.

<sup>846</sup> Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 99.

<sup>847</sup> Welzel, H., "Studien zum System des Strafrecht", nota 30; el mismo, *Das Deutsche Strafrecht*11, 1/ I, pág. 1-5, 24/I 2, pág. 187.

<sup>848</sup> Existe una indisoluble relación entre ambas: «La *expresión* de negación de vigencia de la norma/ordenamiento que conlleva la conducta del autor produce un «resultado», un efecto de *impresión* de quebrantamiento de dicha vigencia en la colectividad», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 312 (cursiva original). Insiste en la proximidad que hay entre la teoría de la impresión y la de Jakobs, Malitz, K., *Der untaugliche Versuch...*, pág. 150 y s; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 82; Hauf, C., *AT*2001, pág. 110, que define la teoría de la impresión como la voluntad delictiva manifestada a través de una conducta que conmociona la confianza de la comunidad en la validez del ordenamiento jurídico.

### **A. La voluntad manifestada contraria a la norma de determinación.**

Un enfoque subjetivo extremo (como el que defiende la escuela de Bonn) considera que el ilícito penal es la consecuencia de la desobediencia del *deber hacer* contenido en la norma, desobediencia que crea un estado de cosas desvalorado imputable a una conducta humana voluntaria-final. Este deber hacer se fundamenta así mismo en un juicio de valor positivo previo (que tiene el mismo objeto)<sup>849</sup>. Las cosas así, el injusto consiste en la infracción de la prohibición o mandato, que se concreta en un deber, por medio de la acción final del autor dirigida a la infracción de la norma<sup>850</sup>. Dentro de esta concepción, por tanto, lo relevante es la realización de una conducta final que vulnere el mandato normativo, mientras que la producción de un resultado, que no puede ser objeto del imperativo recogido por la norma por ser fruto de la casualidad, deviene en irrelevante<sup>851</sup>. El desvalor del resultado<sup>852</sup>, por consiguiente, no es un elemento constitutivo del injusto, pierde toda su significación a la hora de provocar un aumento del injusto o la culpabilidad<sup>853</sup>. Con ello se está despojando al injusto de cualquier referencia objetiva<sup>854</sup>. El desvalor de la acción queda totalmente subjetivado hasta el punto de convertirse en un desvalor de la intención, que se yergue como el único fundamento del injusto penal.

<sup>849</sup> Kauffman, Armin, *Teoría de las normas*, pág. 86-93.

<sup>850</sup> Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*<sup>11</sup>, pág. 1 y ss; Kauffman, Armin, *Teoría de las normas*, pág. 93; Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 130 y ss; Cuello Contreras, J., *PG2*, pág. 364.

<sup>851</sup> Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 142.

<sup>852</sup> Entendido tanto como *poder de resultado* como *capacidad de resultado* de la acción, Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 30. En concreto el poder de resultado *ex post* de la acción sirve para «en los delitos dolosos, para diferenciar la tentativa de la consumación; y, en los culposos, para motivar la pena», op. cit., pág. 30. La capacidad de resultado ya se ha incluido en el desvalor de acción, Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 31. Distinción importante porque la menor capacidad de resultado de una conducta es lo que va a determinar una menor necesidad de pena, Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 36 y s.

<sup>853</sup> Vid. Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 200-217. Insiste en ello Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 365; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 69.

<sup>854</sup> Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 130 y ss. En todo caso, el resultado sólo será relevante para determinar la necesidad de la pena, (Zielinski, *Unrechtsbegriff*, pág. 207), es decir actúa como condición objetiva de punibilidad; Horn, E., *Konkrete Gefährungsdelikte*, pág. 80-82; Cuello Contreras, J., *PG2*, pág. 357; el mismo, "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 297; Mir Puig, S., "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", pág. 672 y ss; el mismo, "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal", pág. 101 y s; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 167, 183-194, 340. Torío insiste en que al haberse convertido el desvalor objetivo material de la acción en el núcleo del injusto el resultado ha perdido importancia y se ha posicionado en «...un territorio que lo aproxima a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad», Torío López, A., "Acción peligrosa y dolo", pág. 377. Abunda en que la actual discusión sobre el papel del resultado se centra en si éste tiene un papel configurador del injusto o si más allá del injusto y la culpabilidad es una condición objetiva de punibilidad Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 375. Discusión que olvida y bloquea la pregunta sobre cuál es en definitiva la objetiva función del resultado, ibídem. Critica el establecimiento del resultado en sede de punibilidad Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 39 y s, 42-49.

La lógica de esta teoría llevaría a considerar que no habría anticipación de la actividad punitiva del Estado cuando se persigue penalmente una conducta preparatoria porque al entender la antijuricidad como la voluntad contraria a la norma de determinación manifestada, esto es, concebir la norma penal exclusivamente como un mandato o prohibición, lo único importante es que esa intención se encuentre exteriorizada y pasa a ser irrelevante cuál sea la peligrosidad de la conducta<sup>855</sup>. Cualquier voluntad contraria a la norma completa el tipo de injusto penal, por tanto, no sólo la tentativa inidónea e irreal sino también los actos preparatorios serían una forma de consumación en cuanto reflejan esa intención opuesta al mandato o prohibición normativo<sup>856</sup>. La manifestación de una voluntad contraria al derecho justifica una punición ilimitada de la misma<sup>857</sup>.

Esta tendencia a la eliminación del lado objetivo del injusto encierra el peligro de una extensión de la actividad punitiva del Estado que así se adentra en el ámbito del pensamiento y la moral<sup>858</sup>. En definitiva, licita el control policial del pensamiento y con ello una reducción del ámbito de libertad del ciudadano<sup>859</sup>. Así mismo, el Derecho penal no puede ejercer una misión inquisitorial, de búsqueda de motivos internos y «malas intenciones» (que no se aprecian de forma clara y unívoca), sin dañar gravemente la libertad de acción de los ciudadanos<sup>860</sup>.

<sup>855</sup> En esa línea crítica Eser, *Sch/Sch*, 22/63; Joecks, W., *StGB*3, vor 22/7. En definitiva tiene lugar una transformación del injusto en un acto de desobediencia desvinculado del fin de protección de bienes jurídicos, Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 73.

<sup>856</sup> Vid. Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/15; Eser, *Sch/Sch*, 22/65; Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 171; Mir Puig, S., *PG*6, 13/12; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 70 y s; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 40 y s; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 180, 194; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 69, 73; Köhler, *AT*, pág. 453 y ss; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1008; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 104; Rudolphi, *SK*, vor 22/12; Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 38, 61 y s; Jakobs, G., "Representación del autor e imputación objetiva", pág. 225; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 424; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 42.

Reconoce que un desvalor de la acción entendido como "Intentionsunwert" tiene dificultades para establecer una escala en el injusto (consumación/tentativa acabada, tentativa inacabada, preparación) Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 534.

<sup>857</sup> Malitz, K., *Der untaugliche Versuch...*, pág. 159; Gropp, W., *AT*2, 9/47; Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 55, notas 165 y ss.

<sup>858</sup> Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 97; el mismo, "Kritik der subjektiven Versuchstheorie", pág. 18; Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 722; Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 216; 83; Zaczyk, *NomosStGB*, 22/10; Hauf, C., *AT*2001, pág. 110; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 426 y s.

<sup>859</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 198; Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 94; el mismo, "Kritik der subjektiven Versuchstheorie", pág. 1887.

<sup>860</sup> Frisch, W., *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 71.

Además, al ser la voluntad manifestada el fundamento exclusivo del injusto, al no tener importancia para ello el resultado (porque depende la ausencia de producción de éste de circunstancias que son ajenas a la intención del autor) no hay diferencia punitiva entre consumación, tentativa y preparación porque la voluntad *manifestada* es contraria al derecho en todos estos casos que, por tanto, desde una perspectiva subjetiva se merecen igual punición<sup>861</sup> ya que son infracciones plenas de la norma de determinación. «Una atenuación de la pena en la tentativa (scil. y en la preparación) aparece desde el punto de vista subjetivo contrario a sus principios.

Por ejemplo, **Stienen**<sup>862</sup> solicita de *lege ferenda*, en 1925, que la tentativa y la preparación sean castigadas dentro del marco determinado por la consumación a la que tienden (pues todas contienen una resolución delictiva suficientemente objetivada, aunque sólo sea a través de una conducta dirigida a facilitar o posibilitar la ejecución, op. cit., pág. 366), siendo en todo caso posible una reducción de la pena si existe una culpabilidad disminuida.

Como consecuencia de lo dicho, primero, «tal concepción (scil. subjetiva), ateniéndonos a su aplicación estricta, impide encontrar un fundamento intrasistemático para justificar una delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos»<sup>863</sup>. Es decir, si toda voluntad manifestada representa una infracción plena del injusto, por un lado, qué sentido tiene distinguir entre las distintas fases del *iter criminis*, por otro, por qué tiene una distinta punición la tentativa y la consumación<sup>864</sup>. Segundo, si la preparación representa ya una intención contraria a la norma que ha sido manifestada tendría que ser castigada en todos los supuestos y no sólo en algunos casos, es decir, debería regir el principio de persecución penal de la preparación y la excepción sería la impunidad<sup>865</sup>. Sin embargo, la teoría subjetiva

<sup>861</sup> Crítica de Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 227 y s. En lo relativo a la tentativa y consumación Mir Puig, S., *PG6*, 13/13; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 247; Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 35-40; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 180, 195; Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 523; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 69 y s; Roxin, C., "Über den Strafgrund des Versuchs", pág. 165; el mismo, "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 168; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 70 y s; Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", pág. 365 y s; Stratenwerth, G., *AT2000*, 11/20; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/16; Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 94; el mismo, "Kritik der subjektiven Versuchstheorie", pág. 1887.

<sup>862</sup> Stienen, "Über die Deliktsform Vorbereitung", pág. 366-69.

<sup>863</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 78; Farré Trepal, E., *La tentativa*, pág. 211; Gropp, W., *AT2*, 9/47; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 60; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 425.

<sup>864</sup> Cuestión que se plantean Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 56; Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 531.

<sup>865</sup> Jakobs, G., *PG*, 25/17; Roxin, C., "Über den Strafgrund des Versuchs", pág. 165 y s; Otto, H., *AT5*, 18/5.

no llega a explicar coherentemente por qué no se incluye toda preparación dentro del ámbito de lo punible<sup>866</sup>. Como tampoco consigue aclarar, sin forzar la lógica de la teoría, la impunidad de la tentativa irreal ni la disminución facultativa de la pena en los supuestos de tentativa<sup>867</sup>.

Las teorías subjetivo-objetivas<sup>868</sup> exigen una manifestación cualificada de la voluntad delictiva que actúa como límite objetivo que equilibra el amplio margen de punibilidad derivado de la perspectiva subjetiva<sup>869</sup>. Dentro de éstas se pueden incluir: *teoría del plan*<sup>870</sup> (el fundamento de la punición de la tentativa se halla en la voluntad delictiva que se ha manifestado claramente en un hecho que según la representación del autor conduce inmediatamente a la puesta en peligro del bien jurídico), *Teoría del error nomológico u ontológico*<sup>871</sup> (la conducta debe contener una causalidad viable, de la cual carece el comportamiento cuando hay un error nomológico, es decir, cuando el autor construye su acción sobre la base de relaciones causales inexistentes)<sup>872</sup>, *Teorías duales* (que castigan según la conducta de que se trate por medio una teoría subjetiva pura –tentativa inidónea– o un criterio objetivo en función de la peligrosidad manifestada)<sup>873</sup>. Estas modificaciones de las teorías

<sup>866</sup> Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 196.

<sup>867</sup> Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 55.

<sup>868</sup> Sobre las teorías subjetivas-objetivas vid. Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 62-68 (con referencias bibliográficas en notas 214 y s, 218, 227); Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 82-85; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 83-107.

<sup>869</sup> *Sch/Sch*, vor 22/21.

<sup>870</sup> V. Bar, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen*, pág. 16 y s; Ralis, A., "Der Begriff und die Strafbarkeit des Versuches", pág. 48 y ss; Schröder, *StGB*17, 43/10; Busch, *LK*9, 43/ 14.

<sup>871</sup> Graf zu Dohna, *Der Mangel am Tatbestand*, pág. 54-61; Frank, *StGB*, pág. 89-91.

<sup>872</sup> En una línea similar se encuentra la *teoría de la causalidad putativa* de Struensee, E., ("dolo de causación y causalidad putativa", pág. 73-97), según la cual cuando el autor construye su plan según leyes causales inexistentes o erróneamente representadas hay una causalidad putativa, no típica. Distinta de la causalidad idónea, en donde el autor con un error sobre las circunstancias de hecho aplica de forma correcta lo que sería un curso causal válido (intentar matar utilizando una cantidad que se considera suficiente). En la doctrina española vid. Cuello Contreras, J., *PG*2, pág. 371, 383-85, 387 y s (que sigue el planteamiento de Struensee y exige que el dolo del autor abarque «un proceso causal adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo», op. cit., pág. 383, pero luego por motivos de política criminal –efectiva protección del bien jurídico– considera que la tentativa debe alcanzar los supuestos de «causalidad putativa conocidos de "inidoneidad relativa" más próximos a la causalidad legal o real», por ejemplo los casos de dosis insuficiente de veneno –supuesto que Struensee entendía que fundamentaba una causalidad idónea, como he señalado –, Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 295 ); Gracia Martín, L., "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 279 y s; Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pág. 157-59.

<sup>873</sup> Para la teoría dual el desvalor de la acción puede ser fundamentado de dos maneras, (Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 158-185; Schmidhäuser, *AT*84, 5/38 y ss; Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 169 y ss): (1) por un *injusto de peligro* («objektiv-gefährlich» o «Gefährdungsunwert»): una conducta crea o aumenta la posibilidad de producción de un desvalor de resultado (Unwertsachverhalt). (2) Por la *intención*



subjetivas son creadas para poder argumentar sin salir de un enfoque subjetivo la ausencia de punición de ciertos comportamientos<sup>874</sup>, sin embargo, como su modelo original subjetivo, fracasan en el plano preparatorio, porque el elemento objetivo que aportan se vincula de tal forma a la intención del sujeto que la referencia material se diluye y la voluntad delictiva se mantiene como auténtico fundamento del injusto. Así, las razones de este fracaso hay que buscarlas en el hecho de que una conducta preparatoria puede satisfacer siempre los requisitos objetivos exigidos para poder perseguir la intención delictiva, bien porque contengan una voluntad contraria a derecho exteriorizada a través de una acción adecuada según el plan del autor<sup>875</sup> (en donde lo importante no es lo que realmente ha realizado el autor sino lo representado<sup>876</sup>), o porque según la representación del autor puedan ser causalmente adecuadas para producir el resultado<sup>877</sup>, o posean una voluntad dirigida a la lesión<sup>878</sup>.

---

(«subjektiv-intentional» o «Zielunwert»): la constatación en un comportamiento de que el autor posee una voluntad dirigida a la creación de un desvalor de resultado. Consecuentemente el injusto no consiste en la lesión objetiva de la realidad sino tan solo en su puesta en peligro por una conducta bien peligrosa, bien que puede conducir ciertamente al resultado. Con ello Schmidhäuser y Alwart han elaborado un injusto de peligro que admite la posibilidad de castigar penalmente un comportamiento que carece de peligrosidad pero refleja una intención dirigida a la lesión, (Rehr-Zimmermann, M., *Die Struktur des Unrechts...*, pág. 38). En definitiva la tentativa inidónea se comienza a castigar como un delito *sui generis* que persigue conductas no peligrosas pero que por motivos de política criminal no pueden quedar exentas de pena, Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 170. Parece mantener en cierta medida un fundamento dual Roxin cuando considera que la *impresión que conmociona* ("rechtserschütternde Eindruck") se deriva tanto de la puesta en peligro objetiva del bien jurídico como de la tendencia delictiva manifestada, Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1. Sobre la teoría dual de la tentativa vid. las reflexiones de Rudolphi, SK, vor 22/14.

<sup>874</sup> Especialmente el problema que representa la punición de las tentativas irreales.

<sup>875</sup> Murmann, U., *Versuchsunrecht...*, pág. 3; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 145. En suma, «...aun "objetivando" en parte la representación del autor, no se hallan en disposición de diferenciar y excluir del ámbito de punición acciones calificables de tentativa irreal, sino que esto sólo puede llevarse a cabo cuando se abandonan sus postulados y se pasa a argumentar desde la base de las teorías objetivas, es decir, cuando frente a lo interno, frente a la acción *representada* por el autor se toma como objeto primordial de enjuiciamiento lo externo, la acción *realizada*», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 107 (cursiva original).

<sup>876</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 84.

<sup>877</sup> En todo caso a esta teoría se le critica que al no tener en cuenta la racionalidad o irracionalidad del conocimiento ontológico puede permitir el castigo de tentativas imposibles, por ejemplo, la mujer que se cree embarazada con un beso toma un abortivo, (vid. crítica y ejemplo en Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 98. Así mismo, en ciertas ocasiones es realmente difícil distinguir entre error nomológico y ontológico, por ejemplo, cuando se emplea una cantidad insignificante de veneno, (vid. crítica y ejemplo en Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 331; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 341) Por tanto, la distinción entre error ontológico y nomológico es muy imprecisa.

Silva considera, por último, que ciertas formas de error nomológico podrían tener relevancia penal: «así, por ejemplo, el error nomológico en que incurre una persona con coeficiente intelectual inferior al medio, pero que no es burdo, porque consiste, por ejemplo, en atribuirle capacidad



En suma, aunque se exija que la conducta que manifiesta la voluntad contraria a la norma tenga que poseer un mínimo de peligrosidad este requisito restringe de forma limitada el ámbito de lo punible en el sentido de exigir cierto grado de idoneidad de lesión a las conductas alcanzadas por el injusto, pero permite todavía el castigo de comportamientos que contienen una peligrosidad insignificante y mediata. El elemento objetivo que se incorpora, indeterminado y difuso, no es un auténtico factor que reduzca el ámbito de lo punible ya que siempre hay una vía que permite evitar ese requisito material y, así, autoriza volver a la extensión máxima original de la concepción subjetiva.

Mención aparte merece la *Tätertheorie*<sup>879</sup> según la cual el fundamento de la punición se basa en la peligrosidad demostrada por el autor: se debe castigar al sujeto que ha manifestado su peligrosidad a través de su comportamiento que bien es peligroso, bien refleja su intención delictiva<sup>880</sup>. Esta teoría puede ser objeto de crítica porque, en primer lugar, atenta con el concepto de derecho penal del hecho ya que el sujeto no es perseguido por su comportamiento peligroso si no por la peligrosidad que su conducta pueda reflejar<sup>881</sup>. En segundo lugar este esquema teórico da amparo a la extensión de la actividad punitiva hasta la conducta preparatoria porque estos modos de actuación (como pudiera ser la compra de un objeto que estadísticamente se utiliza en un elevado número casos para la comisión de delitos) manifiestan la peligrosidad del individuo<sup>882</sup>.

---

para matar a algo que sólo tiene capacidad para herir de consideración, pero no para causar la muerte», Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 127.

<sup>878</sup> De todas formas en un sentido estricto no se puede calificar la teoría dualista de subjetiva-objetiva, sino de alternativamente subjetiva-objetiva, de modo que, en lo que respecta a la tentativa inidónea y a la preparación aplica las premisas de una teoría subjetiva, y a ello se le pueden repetir las críticas realizadas. No obstante, reprochable a esta concepción es que no termina de explicar con claridad por qué el injusto se centra en la lesión del bien jurídico cuando hay una consumación y sin embargo acude a la intención manifestada en los supuestos de tentativa, Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", pág. 126. Crítico con esta teoría Kratzsch que considera que reproduce todos los problemas que planteaba un injusto basado en el desvalor de la intención manifestada, Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 427.

<sup>879</sup> Que algunos autores consideran que es un supuesto más de las teorías subjetivas objetivas, vid. Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 62-68.

<sup>880</sup> Von Liszt, "Zur Lehre vom Versuch", pág. 36; Engisch, *Unrechtstatbestand*, pág. 435; Kohlrausch/Lange, *StGB*, vor 43/III 3; Waiblinger, M., "Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch", pág. 219 y s.

<sup>881</sup> Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 66; Spindel, G., "Kritik der subjektiven Versuchstheorie", pág. 1884; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 123; Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 723; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 76; Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 470; Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 100.

<sup>882</sup> ¿Si lo determinante es un juicio sobre la peligrosidad del autor y no sobre el hecho realizado, qué comportamiento preparatorio no puede ser utilizado como argumento a favor de la presente y

## **B. La vulneración de la vigencia del ordenamiento jurídico.**

### a) TEORÍA DE LA EXPRESIÓN.

Una visión funcional sistémica de la sociedad<sup>883</sup> atribuye al Derecho penal la función de «...garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad»<sup>884</sup>.

Los sistemas sociales<sup>885</sup> son externamente complejos, es decir, presentan un conjunto de posibilidades que concurren dentro del «ambiente»<sup>886</sup> o medio en que éstos se desarrollan. La reducción de la complejidad es el objetivo del sistema social. Esta reducción opera mediante la elección de unas opciones concretas entre un conjunto de posibilidades de acción superiores a las que pueden ser realizadas socialmente. Formulada de otro modo, se puede decir que en la medida en que el sistema no puede realizar todas las expectativas selecciona aquéllas que serán satisfechas; crea unas estructuras de expectativas, donde se establece lo previsible, lo que se puede esperar del resto de los agentes sociales y, además, garantizan que no serán defraudadas en el futuro<sup>887</sup>, es decir, refuerzan la confianza, la «seguridad ontológica» de los individuos<sup>888</sup>.

---

futura peligrosidad de su autor? Toda conducta podría ser una excusa válida para desvalorar la personalidad del autor (así, se podría perseguir incluso la tentativa supersticiosa), vid. Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 123 y s, 126.

<sup>883</sup> Sobre el funcionalismo y la teoría de sistemas vid., Rodríguez Ibáñez, J.E., *La perspectiva sociológica*, Madrid, 1998, pág. 163-181, 241-255; Soriano, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1997, pág. 131-168; con un apéndice bibliográfico muy completo, Treibel, A., *Einführung in soziologische Theorien der Gegenwart*, Opladen, 2000, pág. 22-41, especialmente pág. 39 y s; Pawlowski, H.-M., *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 2000, Heidelberg, 10/303-362; Naucke, W., *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, Luchterhand, 2000, pág. 125-28.

<sup>884</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, pág. 15.

<sup>885</sup> Sigo en la exposición a Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 162-68; Marramao, G., "El orden desencantado", pág. 102-106.

<sup>886</sup> Aquí se utiliza la concepción luhmaniana de «ambiente», que se entiende como la complejidad que se opone al orden de cada sistema, y estos intentan reducir mediante ciertos mecanismos, Giddens, A., "Modernidad y autoidentidad", pág. 59, nota 16. Existe, por ejemplo, otra acepción de «ambiente»: sistema de relevancia que contextualiza la vida del individuo, es decir, el «... "hogar-mundo", "medio ambiente", horizonte de certezas y rutinas en el que el individuo no ve en peligro su confianza básica y su desarrollo personal», Giddens, A., "Modernidad y autoidentidad", pág. 59, nota 16. Sobre los diferentes conceptos de "ambiente", vid. López García, J.A., "El concepto de ambiente", pág. 109-117.

<sup>887</sup> Lesch, H., *Sukzessiven Beihilfe*, pág. 242 y s. Defiende que la función del Derecho penal es «aportar capacidad de resistencia, en caso de conflicto a un sistema de expectativas» y que «la plasmación de las expectativas en normas tiene, por tanto, el sentido de declarar que, pese a la defraudación, la expectativa se mantiene intacta», Kargl, W., "Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho", pág. 58. Por otro lado, Atienza considera que aunque en una visión como la defendida por Luhmann el Derecho, en general, deje de ser un instrumento de control social y que su principal contribución sea la reducción de la complejidad social mediante un código binario que clasifica toda conducta en lícita e ilícita, este planteamiento «... no sólo peca de un extremado conservadurismo (el único valor jurídico... es el del orden, el de la seguridad), sino que sitúa los problemas en un nivel de exasperante abstracción (el Derecho se define como "la estructura de un sistema social que reposa sobre la congruente generalización de expectativas normativas de comportamiento")...», Atienza, M., *El sentido del Derecho*, pág. 157.

<sup>888</sup> La *seguridad ontológica* «hace referencia a la confianza que la mayor parte de los seres humanos tenemos en la continuidad de nuestra identidad y en la continuidad de nuestros entornos sociales

Así mismo, un funcionalismo sistémico es contingente. En oposición al funcionalismo *estable* de Parsons la teoría de sistemas busca constantemente un punto de equilibrio dentro de un ambiente que no deja de cambiar<sup>889</sup>.

Una de las consecuencias que se derivan de este planteamiento es que el ilícito jurídico queda determinado por la quiebra de la estabilidad que representa la infracción del mandato normativo. La trasposición de este esquema al ámbito penal genera que lo característico de la concepción sistémica sea que el contenido del injusto no venga determinado por la lesión de un bien jurídico sino por el posicionamiento del autor frente a la norma, es decir, por la infracción de la vigencia de la norma por una conducta socialmente anormal (comportamiento socialmente perturbador)<sup>890</sup>. El comportamiento delictivo, por tanto, no es el ataque contra determinados intereses o bienes jurídicos sino que es la simbólica puesta en cuestión de una norma que representa una forma general de orientación de la conducta<sup>891</sup>. Consiste, por tanto, en la «defraudación de las expectativas normativas» jurídicamente institucionalizadas<sup>892</sup>.

Normativas son aquellas expectativas que son estabilizadas contrafácticamente, es decir, que serán mantenidas y restablecidas cuando la realidad muestre que han sido defraudadas<sup>893</sup>.

---

y naturales de acción. Es decir, el individuo tiene la experiencia del «sí mismo» en relación a un mundo de personas y de objetos organizados *simbólicamente*, a través de la *confianza básica* (*Trust, Vertrauen*)», Beriaín, J., "El doble «sentido» de las consecuencias perversas de la modernidad", pág. 26 (cursiva original)». O sea «la *confianza* está directamente referida a la consecución de un cierto sentido primario de seguridad ontológica... En su aspecto más específico, la confianza es un medio de interacción con los sistemas abstractos que vacían a la vida cotidiana de su contenido tradicional y establecen influencias globales», Giddens, A., "Modernidad y autoidentidad", pág. 36 (cursiva original).

<sup>889</sup> Vid. Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 162.

<sup>890</sup> Vid. Jakobs, G., "Representación del autor..", pág. 229; el mismo, *PG*, nota 7, 25/21; en el mismo sentido Vehling, K-H, *Die Abgrenzung...*, pág. 88; Kindhäuser, U., *AT2000*, 40/3; el mismo, *Gefährdungs als Straftat*, pág. 132 y ss. Así, tanto la consumación como la tentativa suponen un ataque contra la *vigencia de la norma*. Este es el contenido mínimo de un comportamiento punible. Jakobs, G., *PG*, pág. 25/21.

<sup>891</sup> Situación de peligro exterior que no actuará ni positiva (fundamentando la punibilidad de un comportamiento) ni negativamente (negando la punibilidad): «Así como no importa que *no* se haya producido un peligro para el objeto de bien jurídico *si es que hubo una voluntad de realización del tipo con un contenido racional* (ilícito culpable), tampoco importa que sí se haya producido un resultado si la representación del hecho *no era un proyecto comunicativamente relevante, racional* (impune)», Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 71 y s (cursiva original).

<sup>892</sup> El exclusivo «desvalor del resultado» que puede poseer una conducta penalmente relevante es la violación de la norma, consistente en la «defraudación de las expectativas normativas» jurídicamente institucionalizadas (Vehling, K-H, *Die Abgrenzung...*, pág. 87; Lesch, H., *Intervención delictiva*, pág. 38; Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 47-55; próximo Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 132 y s). Ello no quiere decir que no tenga importancia el resultado entendido como acontecimiento natural. El "no-reconocimiento" de la norma es un proceso comunicativo que exige una objetivización, Jakobs, G., *Fundamentos del derecho penal*, 1992, pág. 105 y s.

<sup>893</sup> Las expectativas pueden ser *normativas* o *cognitivas*. Las cognitivas pueden ser modificadas, esto es, la defraudación de la misma no conduce a un restablecimiento de la expectativa sino a

El delito, lógicamente, pasa ser una puesta en duda de la norma que orienta la conducta de todo agente social y sobre todo representa una negación de las condiciones de la comunidad<sup>894</sup>.

Un ejemplo de ello se puede encontrar en la justificación del castigo de la tentativa y la preparación en la extinta RDA «La **esencia** de la preparación y la tentativa reside en que el autor se esfuerza con perseverancia en la realización de su intención, en que a través de esa conducta continua manifestando con atrevimiento sus atrasados modos de vida y pensamiento, *en que él, en lo que en eso atañe, deja de respetar intencionadamente, irresponsablemente exigencias sociales, perturba el continuo desarrollo de las relaciones de la vida social y lesiona relaciones penales*»<sup>895</sup>. El autor de una tentativa o una preparación lesiona *relaciones sociales protegidas penalmente*<sup>896</sup>.

La duda arrojada sobre la vigencia de la norma debe ser rápidamente ahuyentada, disipada pues su mantenimiento podría conmocionar la confianza en el sistema<sup>897</sup>. El Derecho penal, lógicamente, no actúa como respuesta a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sino para proteger el sistema social amenazado por la conducta contraria a la norma<sup>898</sup>. El delito es «un fenómeno disfuncional para la pervivencia del sistema»<sup>899</sup>. De ahí que la pena tenga como objetivo calmar la angustia generada por la conducta que no coincide con el comportamiento o pensamiento habitual afirmado normativamente, es decir, persigue el

---

una modificación del contenido de lo esperado. Por ejemplo, se ha contratado una secretaria rubia y con dominio del alemán. Cuando se incorpora al trabajo quedan defraudadas ambas expectativas: era pelirroja y sólo sabía inglés. La expectativa cognitiva queda modificada; a partir de ese momento el color del pelo esperado será rojo. Sin embargo, a la otra defraudación se puede responder normativamente de tal forma que la secretaria no es contratada al no poder hablar alemán (ejemplo adaptado de uno muy parecido de Pawlowski, H.-M., *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 10/331). Sobre los tipos de expectativas en la construcción teórica de Luhmann y la relación entre ambas dentro del subsistema jurídico vid. Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 164; Vehling, K-H, *Die Abgrenzung...*, pág. 91-93; Pawlowski, H.-M., *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 10/331-332.

<sup>894</sup> Jakobs, G., *Norm, Person. Gesellschaft*, pág. 103 y ss; el mismo, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 18. En esta última obra se aprecia una evolución, pues la conducta del infractor ya no sólo es la negación de la norma, además, representa un atentado contra sí y los demás en cuanto *personas*, esto es, su infracción normativa niega la categoría de *persona* que le corresponde a él y al resto de los sujetos como miembros de la sociedad, ob. cit. pág. 104. Al respecto vid. los comentarios de Kargl, W., "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", pág. 64 y s; Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 534 y s.

<sup>895</sup> *Lehrbuch* DDR, 1970, 21/2 (negrita original, cursiva añadida); *Lehrbuch* DDR, 1988, pág. 301, 303. De hecho, ello explica porque la reducción de la pena de la preparación en relación con la tentativa era facultativa y no obligatoria, *Lehrbuch* DDR, 1988, pág. 304.

<sup>896</sup> Vid. *Lehrbuch* DDR, 1970, 21/13.

<sup>897</sup> Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 66.

<sup>898</sup> En definitiva se ha producido un cambio de objetivo en el Derecho penal: la tutela de intereses es sustituida por la protección de funciones, Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 540; vid. Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 67.

<sup>899</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 191.

reestablecimiento y consolidación de la confianza en el sistema jurídico<sup>900</sup>. «La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad»<sup>901</sup>. El Derecho penal reestablece en el plano comunicativo la vigencia de la norma perturbada por un delito que se entiende como una comunicación defectuosa imputada a su autor como culpa suya<sup>902</sup>. Es decir, las normas orientadoras de la vida social están garantizadas en la medida en que, primero, hay prevista una sanción punitiva y, segundo, se aplica cuando se vulnera la norma lo que reestablece su vigencia y la confianza en el orden jurídico como criterio que orienta las relaciones sociales<sup>903</sup>.

<sup>900</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 18; similar Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 55; Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 34-36; Derksen, R., "Tatentschluß und Versuchsbeginn bei der Förderung von nicht vom Täter veranlaßten unbewußten fremden Selbstgefährdungen", pág. 599; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 133. Vid. los comentarios al respecto de Albrecht, P.A., *Kriminologie*, pág. 66.

<sup>901</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 18. «(...) La pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito», Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 535.

<sup>902</sup> En ciertos casos se le puede criticar que para formar una conciencia de respeto de la norma se tendría que responder con una intensidad muy elevada, desproporcionada en relación con la conducta realizada mientras que en otros, donde existe una prolongada y consolidada conciencia de respeto, se tendría que reaccionar penalmente de manera leve, Kargl, W., "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?", pág. 65. De forma parecida insiste en la falta de baremo de la medida de la pena que tiene la prevención general positiva, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 94 y s. Así por ejemplo, para integrar la norma destinada a proteger a la mujer frente a los malos tratos sería más adecuado para una prevención general la muerte, cuanto más patibularia mejor («las penas más graves posibles son las que tienen una mayor eficacia intimidatoria en la colectividad», Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 95), de los que maltratan, mientras que un asesino no merecería pena, salvo la estrictamente necesaria, para garantizar que el sistema funciona y responde reestableciendo su vigencia, pero en ningún caso se tendría que intentar generar una conciencia mediante una sanción desproporcionada porque aquella ya existe. Crítica que reconoce el propio Hegel cuando considera que la intensidad de la pena como negación de la negación del derecho que es el delito es variable en función de la situación de la sociedad: «si la sociedad está todavía vacilante, se deben estatuir ejemplos mediante las penas, puesto que la pena es en sí misma un ejemplo frente al ejemplo del delito. En cambio, en la sociedad que está firme, la positivización del delito es tan débil que la eliminación de esa positivización debe medirse también según ella. Las penas severas no son por tanto injustas en y por sí, sino que están en relación con la situación de la época; un código penal no puede ser válido para toda época, y los delitos son existencias aparentes que pueden llevar consigo una mayor o menor desviación», Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Theorie Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 7, Frankfurt, 1976, § 218; citado por Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 31 y s.

<sup>903</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 18 y s. Ahora bien, al respecto hay que hacer dos observaciones. La intervención penal como mecanismo adecuado para restablecer la confianza en la norma «desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones», por ejemplo «...el *distanciamiento social* generado por la estigmatización penal», Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 546 (cursiva original). Además, de la ruptura de la norma no se deriva necesariamente la intervención penal; una respuesta civil, administrativa o de otra rama del ordenamiento jurídico podría ser suficiente, Schumann, K.F., "Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems", pág.



En un contexto donde el ilícito se define, en resumen, como la infracción de la norma que contiene un *modelo de contacto social*<sup>904</sup> (desobediencia que vulnera al mismo tiempo la expectativa normativa de su respeto) tanto la tentativa<sup>905</sup> como la consumación (términos que no olvidemos sólo tienen sentido dentro de un concepto de Derecho penal cuyo fin gira en torno a la protección de bienes jurídicos) poseen un mismo contenido *mínimo* de injusto: manifiestan una misma infracción de una norma<sup>906</sup> en la medida en que se ha arrogado una organización que no le compete<sup>907</sup>. El acto preparatorio (de igual forma que la tentativa supersticiosa, inidónea o el delito putativo<sup>908</sup>) dentro de este sistema quedaría impune según Jakobs porque no infringe la norma, porque no se arroga una organización ajena siempre que no

---

378. Se tiende a considerar que el derecho penal es un mecanismo preventivo adecuado sin evaluar realmente su eficacia preventiva, lo cual sobresee la presencia de otros mecanismos más eficaces en relación con ese fin, Schumann, K.F., "Progressive Kriminalpolitik...", pág. 377, 384. Autor que en el artículo citado se manifiesta a favor de posturas abolicionistas debido a la ineficacia revelada por el sistema penal. De forma parecida, Baratta sostiene que el recurso exclusivo al Derecho penal dificulta la comunicación entre autor y víctima del delito. El conflicto que surge entre ambos se podría resolver de forma mucho más funcional mediante el recurso al arreglo privado, Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 546. E incluso insiste en el hecho de que en la práctica una construcción sistémica sólo actúa penalmente ante «violaciones conocidas que ponen en peligro la validez». En los demás casos, la no intervención penal, por falta de manifestación de violaciones latentes, es la mejor forma de estabilizar funcionalmente la validez de las normas, lo cual conduce evidentemente a la estabilización de posiciones socialmente privilegiadas, y a la no solución de los auténticos problemas sociales, Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 547 y s. Es más, la prevención-integración conserva y justifica las formas tradicionales de solución de conflictos a través del Derecho penal, soluciones que desconocían el alcance del problema social. En definitiva «tal teoría ofrece un nuevo soporte a esa cultura (scil. del sistema penal) y reconfirma su principal función: la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes», Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 550. El esquema sistémico de Jakobs ofrece un sistema penalmente equilibrado, pero al no plantearse otros mecanismos de intervención distintos al penal impide, desde luego, que sea igual y justo.

<sup>904</sup> Término tomado de Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 55.

<sup>905</sup> La tentativa se caracteriza por el error jurídicamente insignificante que posee el autor sobre las posibilidades de realización de su resolución ejecutiva, cuya seriedad ha quedado suficientemente demostrada por su comportamiento. El déficit cognitivo que sufre el autor no le es imputable pues se sitúa en un plano fuera del ámbito alcanzado por su función social y que, por consiguiente, no tiene la obligación de controlar. Al autor sólo compete no ejecutar una acción capaz de conducir al resultado, no si éste efectivamente ha tenido lugar o si por el contrario no se ha producido, Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 125.

<sup>906</sup> Jakobs, G., *PG*, 25/21; la consumación y la tentativa suponen, desde un punto de vista **cualitativo** un mismo ataque a la norma, Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 124, porque ambas representan una defraudación idéntica de las expectativas normativas, op. cit., pág. 87 y s.

<sup>907</sup> Jakobs, G., *PG*, 25/1e; el mismo, "Criminalización...", pág. 304, 305, 316

<sup>908</sup> Jakobs, *PG*, 25/22 y s. Conductas impunes porque el autor no ha vulnerado una norma realmente existente: «No se infringe una norma realmente existente cuando el autor, al concebir su dolo, sobre todo al elegir los medios, parte de una situación no relevante desde el punto de vista comunicativo», Jakobs, G., *PG*, 25/22. Defiende la corrección del criterio de Jakobs, López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 43; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 338 y s.



haya salido de la esfera de lo privado. «La relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado»<sup>909</sup>. En un Estado social y democrático de derecho la esfera exenta de responsabilidad que cada ciudadano posee alcanza los pensamientos, el ámbito de lo privado y las conductas externas irrelevantes por sí mismas<sup>910</sup>. De modo que un Derecho penal que persigue la tentativa de participación y los actos preparatorios materiales sería un *derecho de enemigo* que priva al ciudadano de esta condición<sup>911</sup>. Sin embargo, esta primera postura a favor de la impunidad general de la preparación es matizada con posterioridad. Así, una conducta externa no sólo perturba por arrogación de una organización ajena, también lo hace cuando puede revelar una futura arrogación de organización: «Entonces se trata de un injusto de amenaza: se ve conmovida la seguridad de la validez fáctica de la norma»<sup>912</sup>. Es decir, el autor que da a entender que en un futuro realizará una acción perturbadora no lesiona ningún bien jurídico, pero sí atenta contra la *norma de flanqueo* protectora de la principal: la vigencia de la norma (confianza en la vigencia) desde la perspectiva del afectado («paz pública»)<sup>913</sup>. Por ello un **acto preparatorio material** (incluyendo así mismo las **amenazas**) puede ser castigado porque posee un injusto parcial: la perturbación de la «paz pública», el menoscabo de la vigencia de la norma desde la perspectiva del afectado<sup>914</sup>. *Los actos preparatorios materiales son punibles, aunque no contengan una peligrosidad suficiente para quebrantar la norma principal, en la medida en que lesionan (su conducta da a entender que tendrá lugar una futura perturbación externa) la norma de flanqueo, destinada a garantizar las condiciones de vigencia de la norma*<sup>915</sup>.

En consecuencia, en esta teoría no hay una reducción del ámbito de lo punible, sino una insoportable extensión del alcance de la norma penal<sup>916</sup>. La conducta preparatoria puede ser objeto de persecución cuando pertenezca al ámbito de lo

<sup>909</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 298. También considera que el ciudadano posee un marco legalmente reconocido dentro del cual puede actuar sin vulnerar las expectativas normativas, Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 98, vid. pág. 98-102.

<sup>910</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 295-303.

<sup>911</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 298.

<sup>912</sup> Jakobs, G. *PG*, 25/1e; el mismo, "Criminalización...", pág. 304 y s, 316.

<sup>913</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 315.

<sup>914</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 316, 318.

<sup>915</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 313-16, especialmente pág. 316.

<sup>916</sup> Malitz, K., *Der untaugliche Versuch...*, pág. 167, critica que el autor realiza sobre la teoría de Vehling.

comunicativamente relevante, y cuando esto ocurre, en la medida en que es un atentado contra la vigencia de la norma, exige dentro del contexto simbólico de los procesos de comunicación una respuesta penal<sup>917</sup>. El problema es que la determinación de lo comunicativamente relevante se vincula con la amenaza de que se ponga en peligro la vigencia, lo que depende a su vez de una decisión interpretativa que no está sometida por la teoría de Jakobs a ninguna barrera, salvo el del principio del hecho. Por tanto, no hay un límite fiable de la punibilidad que excluya a la preparación ya que «...la propia abstracción y maleabilidad de las bases descriptivas de dicha teoría permiten compatibilizarla con los márgenes de relevancia penal que el intérprete o defensor de la misma considere más adecuados... Y ello sin contradecir o forzar las formulaciones de las propias teorías», de modo que, entender el delito como *quebrantamiento de la vigencia de la norma*, «...si bien como fin legítimo del Derecho penal, no es, a efectos de determinación de los márgenes de lo punible más que una fórmula vacía, formal, un mero sinónimo del término «antijuricidad»»<sup>918</sup>. «Cuando el injusto penal reside en la rebelión activa contra el valor social penalmente protegido, no sólo faltan criterios teóricamente fundados para establecer una frontera entre preparación y tentativa, sino que igualmente se carece de ellos a la hora de aclarar el hecho de que actos preparatorios “inequívocos” generalmente sean excluidos de la punibilidad»<sup>919</sup>.

Además, desde la perspectiva de la infracción normativa el injusto de todas las figuras del *iter criminis* y de la participación delictiva es idéntico porque todas son un quebrantamiento perfecto de la norma, de modo que, en principio no se puede establecer una diferencia en la punición de cada una de estas figuras<sup>920</sup>. Con ello desaparece la posibilidad de realizar una graduación en el injusto: todas las acciones delictivas se convierten en delitos de mera actividad, el injusto se transforma en una lesión de deber<sup>921</sup>.

<sup>917</sup> Insiste en que la preparación se puede castigar como una “expressiver Normbruch” Roxin, C., “Über den Strafgrund des Versuchs”, pág. 168. En definitiva, una necesidad de confirmación simbólica de la norma puede permitir la punición de conductas que no puede conducir a la realización del tipo, Tröndle, H., *StGB*49, 22/40.

<sup>918</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 313 y s, 351.

<sup>919</sup> Weigend, T., “Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre”, pág. 125.

<sup>920</sup> Similar crítica en Roxin, C., “Über den Strafgrund des Versuchs”, pág. 158, 168; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 304.

<sup>921</sup> Alcácer Guirao, R., “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, nota 97; Serrano-Piedecasas, J. R., “Fundamento de punición de la tentativa”, pág. 542.

No obstante, la consumación y la tentativa son conductas socialmente inadecuadas que pueden ser discriminadas en su estrato **cuantitativo**<sup>922</sup>. «En suma, valorativamente, apenas existirán diferencias entre la tentativa y la consumación, salvo, en todo caso, una diferencia *cuantitativa*, caracterizada por el hecho de que la consumación, la lesión del bien jurídico, supondrá, por regla general, una mayor acentuación –una mayor «objetivación», afirma Jakobs-, de ese quebrantamiento de la vigencia de la norma...Desde un punto de vista material, apenas existirán diferencias entre el merecimiento de pena de la tentativa y el de la consumación, entre la lesión de un bien jurídico y el mero intento, incluso desprovisto de peligro, de lesionar un bien jurídico»<sup>923</sup>. Esto es, se recurre al nivel de afectación final del bien jurídico para establecer una gradación cuantitativa entre todas las figuras que cualitativamente son idénticas. No obstante, ello implica salir de la lógica de esta teoría e incorporar un criterio objetivo que pertenece a otra forma de concebir el fin del Derecho penal, en este caso como protección de bienes jurídicos<sup>924</sup>. Con todo, esta diferencia cuantitativa se establecería ciertamente entre las fases ejecutivas del delito, sin embargo, entre éstas y la preparación, que tiene una norma propia, de flaqueo, la distinción tendría que ser cualitativa pues no se basa en la mayor objetivación de la infracción de la vigencia de la norma sino en la vulneración de otra norma diferente.

Otros planteamientos pretenden discriminar cada fase del *iter criminis* utilizando como criterio el grado de pérdida del control del hecho. Aunque reconocen que todas las acciones contienen una voluntad contraria a la norma de conducta, el nivel del riesgo reprobado que asume como posible el sujeto que actúa determina la vulneración de una norma distinta en cada caso (consumación-tentativa acabada: ha perdido el control sobre la circunstancia de que el hecho se consume o fracase / tentativa inacabada: no hay pérdida de control) o incluso de ninguna (preparación)<sup>925</sup>. De este modo Sancinetti corrige la teoría de Jakobs y considera que no sólo hay una norma flaqueante (actos preparatorios punibles) y una principal (tentativa inacabada, acabada y consumación) en donde se establezca una diferencia cuantitativa como propone Jakobs, sino que la lógica de este planteamiento exige que haya, aparte de las dos indicadas, una tercera norma, intermedia, relativa a la

<sup>922</sup> Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 125; Jakobs, JZ, 1988, pág. 519; Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 49 y s; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 17; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 338 y s.

<sup>923</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 338 (cursiva original).

<sup>924</sup> Similar crítica en Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 62.

<sup>925</sup> Vid. cuarta parte, pág. 438 y ss.

tentativa inacabada<sup>926</sup>. De todas formas, este planteamiento tampoco excluye la sanción de la preparación. No sólo por lo ya expuesto con motivo de la *norma de flaqueo* de Jakobs, además, el problema se encuentra en que el preparador puede infringir cualquiera de las dos normas orientadas a la fase ejecutiva, basta con fundamentar la presencia de una pérdida de control. Así lo expone Sancinetti: «(...) Un acto preparatorio configura ya *todo* el ilícito posible (acabamiento del ilícito), si el preparador pierde la posibilidad segura de frustrar la realización del tipo»<sup>927</sup>. Con lo cual todo acto preparatorio irrevocable es en realidad un acto ejecutivo para el partícipe: «acto preparatorio *sin* posibilidad segura de revocación = acto ejecutivo»<sup>928</sup>. Términos de los cuales no sólo se deduce la viabilidad de la punición de los actos preparatorios, además, la preparación puede venir equiparada a la consumación porque se considere que el ilícito esté acabado.

Por último, conviene recordar que hay autores que critican que una concepción funcional sistémica del Derecho penal representa una instrumentalización del sujeto, la aparición de un Derecho penal del autor y una confusión del derecho y moral<sup>929</sup>.

Sin embargo, un concepto funcional-sistémico del Derecho penal no instrumentaliza al individuo. Sería incorrecto indentificar funcionalización con instrumentalización o anulación del individuo, porque una sociedad funcionalmente organizada no dice nada sobre su estructura política, que puede ser reaccionaria o liberal<sup>930</sup>. Tampoco se puede achacar a una concepción funcional-sistémica que confunda derecho y moral. Primero, porque esta confusión es inherente al Derecho, el cual manifiesta una innegable conexión con la moralidad de la cual es incluso condición: asegura la existencia y respeto de un *mínimo ético*<sup>931</sup>. Segundo, porque la introducción de la idea de justicia, representa «una aplicación de la moral al campo del Derecho»<sup>932</sup>. Una concepción funcional-sistémica del Derecho penal, como cualquier otra,

<sup>926</sup> Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 162-65.

<sup>927</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 84.

<sup>928</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 84.

<sup>929</sup> Beck, W., *Vorfelddriminalisierung*, pág. 68 y s; Portilla, que insiste en que el funcionalismo, en su fallido intento de fijación de un límite del *ius puniendi* que superase al bien jurídico clásico, ha provocado una ruptura de la tradicional separación entre Derecho y Moral al facilitar «(...) la profundización en la conciencia social del valor moral, mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema de reproducción de los valores vigentes», Portilla Contreras, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", pág. 734; el mismo, "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 139 y s.

<sup>930</sup> Silva Sánchez, J.M., "Política criminal en la dogmática...", pág. 21; de forma parecida Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 29 y s, 35 y s.

<sup>931</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, pág. 92.

<sup>932</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, pág. 173.

determina qué es justo, y con ello ya está respondiendo a la cuestión sobre cómo debe ser el Derecho, sin embargo, no impone *per se* un código moral concreto. De hecho, posee un concepto de justicia predominantemente *procedimental o formal*, preocupado la aplicación correcta de la norma y el mantenimiento de su vigencia. Norma que es *materialmente justa* porque su existencia y el reestablecimiento de su vigencia reducen la complejidad del sistema social y ayuda a la conservación de su estabilidad<sup>933</sup>.

El problema reside en que aunque «la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado» y suele haber una confusión entre «la perspectiva social-funcional y un modelo social de orientación colectivista o incluso autoritaria»<sup>934</sup>, tampoco se puede negar que, con independencia de lo que suceda en el caso concreto, si la racionalidad sistémica sólo persigue la optimización de la estabilidad social sin vincularse a principios garantísticos<sup>935</sup> puede darse siempre esa identificación entre funcionalismo y anulación del individuo como sujeto, o sea, es una de las opciones posibles, que no la única, al ser una forma vacía, neutra<sup>936</sup> que, precisamente por ello, permite lícitamente la supresión del sujeto siempre que la lógica de autoconservación del sistema así lo exija<sup>937</sup>. Y ello, porque como ya he indicado un planteamiento funcional sólo se preocupa por la «producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad»<sup>938</sup>, porque, además, acepta cualquiera clase de racionalidad valorativa, pero teniendo en cuenta que ésta es una comparsa plegada a las necesidades funcionales del sistema.

El punto crítico de una concepción funcional-sistémica no se halla en que impoga *per se* un código moral concreto, sino en que mantiene el dominante cualquiera que este sea. Como «el conflicto es visto simplemente como un supuesto de disfunción, de mal funcionamiento, que debe ser corregido desde dentro del sistema, sin alterar sustancialmente la estructura de la sociedad, sino más bien conservándola (como ocurre cuando se trata de recuperar el equilibrio de un organismo momentáneamente perdido como consecuencia de una enfermedad)»<sup>939</sup>, la teoría

---

<sup>933</sup> Por tanto, estos planteamientos no son contrarios a la idea de justicia (como plantea que puede ocurrir Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 139), porque lo justo desde su lógica es mantener la vigencia de una norma que garantiza la estabilidad del sistema.

<sup>934</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 36.

<sup>935</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 193 y s.

<sup>936</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 30.

<sup>937</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 201.

<sup>938</sup> Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 139.

<sup>939</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, pág. 150.

de sistemas contribuye «al desarrollo de un *proceso conservador de legitimación*»<sup>940</sup>. Esto es, «(...)sirve para cobijar dentro de ella a cualquier sistema de derecho, bueno o malo, en virtud de su indefinición o definición de plurales usos»<sup>941</sup>.

En consecuencia, en la medida que no tiene ningún límite valorativo deontológico<sup>942</sup>, que debe reaccionar frente a cualquier interacción disfuncional porque desestabilice la estructura social, que no persigue otro fin que el mantenimiento de la estabilidad social reflejado en el mantenimiento de y restablecimiento de los valores éticos dominantes<sup>943</sup>, que pretende evitar la aparición de intereses que atenten contra la estabilidad del sistema<sup>944</sup> y cualquier disidencia que represente una fuente de inestabilidad, la racionalidad sistémica deja de ser neutral ya que en la práctica desarrolla una función de mantenimiento del *status quo*<sup>945</sup> y una función promocional<sup>946</sup> de los valores dominantes cualesquiera que estos sean. Como señala Medina Ariza en otro contexto «no podemos olvidar que... la neutralidad no es sino una máscara del conservadurismo ideológico»<sup>947</sup>.

En un plano estrictamente penal la concepción funcionalista sistémica puede justificar cualquier política criminal que respete la lógica que le es propia, a saber, la conservación de la vigencia de la expectativa con independencia de su contenido<sup>948</sup>.

---

<sup>940</sup> Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 136; el mismo, *PG*, pág. 50.

<sup>941</sup> Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 167; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 136 y s, nota 417; Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 199.

<sup>942</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 193.

<sup>943</sup> Naucke, W., *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, pág. 125.

<sup>944</sup> Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", nota 1.

<sup>945</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 197, nota, 57.

<sup>946</sup> Sobre la pérdida del carácter neutral y la funcional promocional del Derecho penal propio de una perspectiva funcional-sistémica vid. Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 139.

<sup>947</sup> Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", pág. 319. García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, pág. 30, defiende que estas teorías "neutrales", con formas democráticas, justifican «cualquier política criminal por dura y antidemocrática que esta sea». Una dogmática penal vinculada a los valores incardinados en la Constitución no puede adoptar una posición neutral no puede reducir su actividad a describir la praxis, sino que tiene que corregirla, Roxin, C., "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", pág. 77.

<sup>948</sup> «De esta forma, su (scil. Jakobs) concepción del Derecho penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización del Derecho», Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 536. Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 20.



Esta teoría no pone ningún límite material al contenido de la norma penal<sup>949</sup> (salvo que la lógica de supervivencia y mantenimiento del sistema lo exija) y autoriza, por tanto, la aparición de lo que desde una perspectiva material del injusto vinculado al fin superior de protección de bienes jurídicos podría entenderse como un ilícito formal<sup>950</sup>, que se independiza de la necesidad de establecer una relación causal de lesividad con un bien jurídico concreto<sup>951</sup>. Esto es, representa una solución formal que no está vinculada con ningún contenido material concreto, teniendo como único límite satisfacer las exigencias de un sistema que ante todo quiere perpetuarse.

<sup>949</sup> Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad", pág. 221. Está sometido al principio del hecho y al principio de lesividad, que ya no se entiende como lesión de un interés, sino como infracción normativa manifestada.

<sup>950</sup> Y en ese sentido es acertada la crítica de Lorenzo Copello a Jakobs: «quien a través de la identificación de los bienes jurídico-penales con la norma penal llega a una formalización de los cauces de legitimación del Derecho penal incapaz de imponer restricciones internas a sus contenidos», Lorenzo Copello, P., "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito", nota 39.

<sup>951</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, pág. 11. Alcácer sostiene que el fin preventivo general de protección de la vigencia de la norma no es incompatible con la protección del bien jurídico, porque la expectativa garantizada por la norma puede ser la protección del bien jurídico, Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 331-332. Planteamiento que ya defendía Otto cuando sostiene que el injusto consiste en el «perjuicio de los fundamentos de la confianza social de la comunidad jurídica a través de la lesión de bienes jurídicos», Otto, H., "Straflose Teilnahme?", pág. 208 y s. También Sancinetti defiende que se puede mantener una conexión con un bien jurídico sin salir de un sistema normativo: «basta con aceptar que las expectativas normativas, al asegurar las condiciones fundamentales de una convivencia humana pacífica también protegen "bienes de intercambio"... se puede seguir confiando en la norma que prohíbe el homicidio, cuando la pena "cancela la culpabilidad", "reafirma la vigencia de la norma", "asegura la expectativa de conducta", pero, al mismo tiempo también se protege la vida del hombre...», Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 52, 50-53. Portilla Contreras sostiene, que en todo caso, «el interés jurídico adquiere la condición de bien jurídico-penal condicionado a su valoración social, puesto que en la teoría sistémica apenas importa la naturaleza del objeto y sí, por el contrario la estructura de dependencia existente entre el sistema social y sus subsistemas», Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal", pág. 136. Con todo, la conexión con un bien jurídico daría mayor grado de concreción a teorías como las de Jakobs: «el peligro a los objetos protegidos por las normas de conducta podría ser un criterio apropiado para determinar la presencia y grado de ese quebrantamiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, de esa «arrogación en un ámbito de organización ajeno», también para las acciones que no producen la consumación», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 364; Otto, H., "Straflose Teilnahme?", pág. 208. Desde este enfoque el fin fundamental del Derecho penal sería la tutela de bienes mientras que la protección de la vigencia de la norma sería un fin mediato y dependiente del primero, op. cit. pág. 332. Así, «La tentativa es punible porque hace peligrar el bien jurídico protegido y porque, *por ello*, pone en duda la vigencia de la norma, ya que el contenido de la expectativa plasmada en la norma no es otro que la seguridad de que los intereses de los ciudadanos (bienes jurídicos) no serán lesionados», op. cit., pág. 364 y s. Ahora bien, con ello lo que se observa es una confusión entre el sentido del Derecho penal y el bien jurídico individual, Paefgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 600; próximo Fischer, T., "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören", pág. 163. En definitiva todo hecho delictivo conmueve la confianza la comunidad en el carácter inquebrantable del derecho con independencia del bien jurídico concreto que se proteja en cada caso, Zielinski, D., *AK*, 111/4.

La concepción sistémica conduce a la superación de los principios liberales de ofensividad y culpabilidad<sup>952</sup>. «De esa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: *el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente* y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un "subsistema físico-síquico", al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel función en relación con la totalidad del sistema social»<sup>953</sup>. Ello se debe a que tanto las categorías del sistema como los valores político-criminales vienen determinados por el fin del Derecho penal, que no es otro que la búsqueda de una integración prevención sometida a la dictadura funcional-sistémica. Es decir, desde una lógica funcionalista de los valores, es valioso para el sistema lo que contribuye a su mantenimiento<sup>954</sup>. Por consiguiente, en la medida en que esta construcción normativa no tiene ningún límite externo («en todo caso los límites operan de modo inmanente y se hallan en la "constitución" o la "autocomprensión" del respectivo modelo social»<sup>955</sup>) no hay realmente infracción de esos principios sino una eterna actualización del elenco de principios vigentes según las necesidades del sistema. Conclusión ésta que coincide con los postulados de la «racionalidad sistémica», que no es teleológica o basada en fines: prescinde de valores preconcebidos y renuncia a perseguir la realización de unos determinados valores, que en la práctica concurren de forma desordenada; «tampoco hay fines predeterminados, sino que el sistema establece autónomamente sus fines contingentes en función de las necesidades reductivas de la complejidad»<sup>956</sup>.

Críticas parecidas se le pueden hacer a Welzel<sup>957</sup> que aunque sostiene el carácter impune del acto preparatorio ya que no lesiona todavía el *orden común* porque la

<sup>952</sup> Baratta, "Integración-prevención...", pág. 266; Albrecht, *Kriminologie*, pág. 4. Por ejemplo, «...la medida de la culpabilidad también viene determinada por la necesidad funcional de la sociedad, esto es, mantener la confianza en el Derecho». Albrecht, "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", pág. 266; el mismo, *Kriminologie*, pág. 4, 66; Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 535

<sup>953</sup> Baratta, A., "Integración-prevención...", pág. 537 (cursiva no incluida en el original).

<sup>954</sup> Silva Sánchez, J.M., "Política criminal en la dogmática...", pág. 21-25

<sup>955</sup> Silva Sánchez, J.M., "Política criminal en la dogmática...", pág. 24

<sup>956</sup> Soriano, R., *Sociología del Derecho*, pág. 163.

<sup>957</sup> Que como señale antes defendía una teoría de la expresión determinada por que la voluntad manifestada era contraria a los valores ético-sociales recogidos por la norma penal. A lo cual se le puede a su vez objetar que tal planteamiento exige que el legislador se apoye en las concepciones dominantes en la sociedad si quiere ser efectivo, Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 56 (con motivo de la crítica de la vinculación entre la orientación de la conducta y los valores sociales dominantes).

conducta todavía no manifiesta una voluntad delictiva<sup>958</sup>, nada impide considerar que un acto preparatorio sea punible (por ejemplo a tenor de la importancia del bien jurídico protegido, o del instrumento delictivo utilizado<sup>959</sup>), simplemente basta afirmar, siguiendo la lógica de la teoría welzeniana, que representan un atentado contra el orden común, esto es, que supone una voluntad individual contraria al valor ético social, expresada de tal forma que pone en peligro la vigencia de estos valores ético-sociales<sup>960</sup>. En definitiva, no hay comportamiento que no pueda ser considerado como un ataque contra el orden común, más allá de que manifieste o no una voluntad delictiva<sup>961</sup>. Por tanto, a la teoría de Welzel, y en relación con el acto preparatorio, se le puede reprochar que (1) la preparación, tentativa e inducción tendría el mismo injusto<sup>962</sup>, que (2) faltarían criterios que permitieran fundamentar la distinción entre tentativa y preparación<sup>963</sup>, y por último que (3) tampoco sería posible explicar porque la preparación sólo es castigada en unos casos, o sea, no podría justificar ciertos supuestos de impunidad en la preparación<sup>964</sup>.

## b) TEORÍA DE LA IMPRESIÓN.

La teoría de la impresión<sup>965</sup> es elaborada para evitar los problemas de la extensión del tipo que acompañaban a la teoría subjetiva. Con esa intención añade al elemento

<sup>958</sup> Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*11, 24/I 2, pág. 188.

<sup>959</sup> Excepciones a la impunidad de la preparación prevista por Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*11, 24/I 2, pág. 188.

<sup>960</sup> Si bien, para evitar la punición de la preparación también se afirma que son conductas conformes con el orden social, este criterio es demasiado impreciso: la tentativa inidónea puede ser también un comportamiento que externamente no se opone al orden social y sin embargo se persigue penalmente, Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", nota 65. Que una conducta en un momento concreto sea socialmente adecuada no quiere decir que no pueda dejar de serlo cuando el interprete de ese criterio así lo decida. Lo cual conduce a una situación de evidente arbitrariedad.

<sup>961</sup> En ese sentido acertada la crítica de Alcácer: «...puede ser cierto... que sólo a través del aseguramiento de la vigencia de los valores ético-sociales es posible llevarse a cabo una protección realmente eficaz de los bienes jurídicos, pero eso no implica que tal función haya de ser por ello legítima, en especial si dicha más eficaz protección se realiza a costa de adelantar el ámbito de punición a conductas que no suponen una mínima peligrosidad actual y concreta para los bienes jurídicos, como muestra el tratamiento de la tentativa inidónea –en tanto se considera que acciones no peligrosas para los bienes jurídicos pueden quebrantar la vigencia del valor ética-social–», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 67.

<sup>962</sup> Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", pág. 123 y s (autor que solo se refiere a la indentificación entre consumación y tentativa).

<sup>963</sup> Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", pág. 125.

<sup>964</sup> Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", pág. 125.

<sup>965</sup> Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1; Jescheck/Weigend, *AT5*, pág. 514; Wessels/Beulke, *AT98*, 594; Haft, F., *AT8*, pág. 223; Gropp, W., *AT2*, 9/48; Lackner, *StGB22*, 22/11; Meyer, J., "Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit", pág.

subjetivo característico (voluntad contraria a derecho manifestada) un elemento objetivo: la impresión que conmociona a la comunidad<sup>966</sup>. El fundamento de la punición de la tentativa se halla en la impresión que la conducta causa en la sociedad. Es decir, el comportamiento que exterioriza la voluntad delictiva ha de conmover a la sociedad: «conmocionar la confianza de la comunidad en la inviolabilidad del orden jurídico y mermar la paz jurídica»<sup>967</sup>. En consecuencia, la exigencia de una conducta capaz de impresionar a la comunidad<sup>968</sup> se incorpora al Derecho penal y lo hace bien como requisito de la punibilidad<sup>969</sup>, bien como elemento del injusto de la tentativa<sup>970</sup>, bien como teoría que determina la necesidad de protección penal<sup>971</sup>.

En todo caso, la teoría de la impresión pretende conceder a las teorías subjetivas un marco teórico que permita excluir, sin atentar contra la lógica que les es propia, la tentativa irreal del ámbito de lo punible. Ahora bien, también pueden producir el efecto inverso. Así, aunque parezca que la teoría de la impresión permite resolver el problema de la extensión del injusto que engendran las teorías subjetivas, y que así se pueda afirmar que los actos preparatorios no son punibles porque aunque contienen una voluntad opuesta al orden jurídico no conmueven la confianza en la validez del sistema<sup>972</sup>, en realidad y en la medida en que no existe un criterio que determine con absoluta certeza cómo se mide la impresión de la confianza<sup>973</sup> se

---

604; Eser, *Sch/Sch*, vor 22/23; Krey, V., AT2002, Marg. 403; Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 40/40; Gerke, J., AT2001, pág. 92 y s; Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuch", pág. 880 y s; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 209-27; Hauf, C., AT2001, pág. 110; Streng, Sreng, F., "Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?", pág. 865-68; Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 181 y s (para justificar la punición de la tentativa inidónea).

<sup>966</sup> Jescheck/Weigend, AT5, pág. 513 y s.

<sup>967</sup> «Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu erschüttern und der Rechtsfrieden zu beeinträchtigen», Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuch", pág. 880.

<sup>968</sup> Normalmente se entiende que el comportamiento debe tener *capacidad* para impresionar socialmente, Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs", pág. 880.

<sup>969</sup> Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuch", pág. 880; Murmann, U., *Versuchsunrecht...*, pág. 4.

<sup>970</sup> Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1; Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuch", pág. 880. Sobre la distinción entre la impresión que conmociona como *elemento del injusto* o como *condición objetiva de punibilidad* vid. Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 22.

<sup>971</sup> Murmann, U., *Versuchsunrecht...*, pág. 4.

<sup>972</sup> Tal y como sostiene Roxin, que considera que los actos preparatorios «no lesionan en general la paz jurídica, o no de tal forma que fuera necesaria una pena», Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1. Estima que la teoría de la impresión permite excluir del ámbito punitivo la tentativa irreal y la preparación Rudolphi, *SK*, vor 22/13.

<sup>973</sup> Parecida crítica en Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 159; Krey, V., AT2002, marg.. 404; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 106; Muñoz Lorente, J., *La tentativa*

podría justificar cualquier extensión del injusto, en definitiva, la punición de tales conductas preparatorias, simplemente afirmando que la conmoción exigida concurre en la conducta concreta: «precisamente aquellas **preparaciones**, que se manifiestan en inequívocos comportamientos, dejarán para muchos una **impresión que conmociona jurídicamente** y permiten un llamamiento a la pena»<sup>974</sup>.

Dentro de la lógica de la teoría de la impresión se podría igualmente justificar la punición de las tentativas de inducción porque provocan un aumento en la «impresión

---

*inidónea*, pág. 198; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 77 y s; Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 714 y s; Kühl, K., *AT2000*, 15/42; Herzberg, R., "Zur Strabbarkeit des untauglichen Versuchs", pág. 268; Otto, H., *AT5*, 18/5; Walder, H., "Strarechtdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch?»", pág. 538; Vehling, K-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 59; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 333 (este criterio cambia en función de la comunidad y el momento); Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", pág. 122, que insiste en la indeterminación de las formulas y conceptos utilizados por esta teoría y en la falta de decisión sobre el criterio para determinar la impresión provocada: ¿el punto de vista de un observador objetivo, o la demostración de una intención opuesta al ordenamiento que una conducta manifiesta?, op. cit. pág. 123. Stratenwerth, G., *AT2000*, 11/21 que considera que no se puede saber realmente cuándo una tentativa podría generar una impresión que conmocione. Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1008, indica que no se puede conocer cuándo hay semejante impresión. Ésta depende de factores difusos e irracionales. El grado de conmoción necesario para afirmar la presencia de una tentativa es indeterminado. Alcácer sostiene que la desvinculación de la afectación potencial del bien jurídico y la preferencia de sentimientos colectivos articulados con criterios vagos y laxos provoca dosis de irracionalización en la decisión, con la consecuencia de una pérdida de seguridad jurídica y una apertura al decisionismo, en donde la conmoción viene en gran medida determinada por lo sensacional del hecho, «así, acciones que sólo desde la representación del autor vayan dirigidas a la producción de la lesión del bien jurídico, incluso las más irracionales, generarán ya ese efecto socialmente desestabilizador», Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 343.

<sup>974</sup> Kühl, K., *AT2000*, 15/43 (negrita original); Roxin, C., "Über den Strafgrund des Versuchs", pág. 170. Vid. en ese sentido Jakobs, G., *AT91*, 25/20; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 200, nota 683, pág. 202; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 338; Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. 24; Krey, V., *AT2002*, Marg. 401, que aunque parte de la impunidad de la preparación reconoce que pueden representar «una manifestación de la voluntad criminal que intranquiliza». Lettman considera que el código prevé una punición del acto preparatorio cuando genera una gran intranquilidad (größere Unruhe), Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, pág. 2. Torío sostiene que el concepto de impresión o alarma permite «...captar cualquier forma de tentativa, salvo la tentativa supersticiosa o irreal», Torío López, A., "Acción peligrosa y dolo", pág. 373. No se puede defender, por tanto, que la teoría de la impresión reduzca la extensión de injusto que generaba un teoría subjetiva, muy al contrario, porque «...en cuanto a los actos preparatorios tiende sólo a castigar algunos determinados, aunque en más casos que las tesis objetivas, ya que basta con el criterio de conmoción del ordenamiento jurídico», Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 414. Kratzsch sostiene que esta teoría sólo puede ser válida en la medida en que muestre que la tentativa idónea e inidónea pueden producir esa conmoción, lo que no se puede probar en los supuestos de preparación, Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 424 y s. Con ello el autor parece estar sosteniendo que el problema de la teoría de la impresión es que al no poder probar la impresión producida por un delito (especialmente por que la comunidad no tiene conciencia de las actividades delitivas que se cometen o no le preocupa un hecho aislado) reduce en exceso el ámbito de lo punible, *ibídem*. Al respecto, sólo indicar que si no se puede probar que exista esa conmoción, en el sentido inverso, tampoco se puede probar que semejante perturbación no exista. Además, con ello parece indicar que la prueba empírica de la existencia de una conmoción legítima la punición de un comportamiento cualquiera.



que conmociona jurídicamente y con ello motivan un aumento en la puesta en peligro de la validez del bien jurídico»<sup>975</sup>. En resumidas cuentas, el merecimiento de pena o la necesidad de protección penal de un bien jurídico ante una determinada conducta dependería de lo que la sociedad considerara como comportamiento que conmociona<sup>976</sup>, que podría ser todo<sup>977</sup> ya que «un mismo hecho puede ser *sentido* de diversa manera»<sup>978</sup>. Las cosas así, el recurso aislado a criterios psico-sociales que atienden a la repercusión social que la conducta concreta haya tenido fomenta el decisionismo y la inseguridad jurídica<sup>979</sup>.

Entre los intentos para solventar los problemas de indeterminación e inseguridad jurídica que se derivan de la vaguedad de esta fórmula se encuentran el juicio sobre lo que una persona *sensata e imparcial* considera normal<sup>980</sup>, la incidencia en la esfera de la víctima junto a una vinculación temporal entre acción y resultado<sup>981</sup>, o se comience a quebrantar la vigencia de la norma<sup>982</sup>.

La teoría de la impresión, es una teoría subjetiva modificada<sup>983</sup>, que no depende necesariamente de la lesividad o capacidad lesiva de la acción, que se limita pues a acotar la relevancia subjetiva de un comportamiento a través de un criterio socio-

<sup>975</sup> Graul, E., "Zur Bestimmtheit des Anstifter- und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung", pág. 252.

<sup>976</sup> Murmann, U., *Versuchsunrecht...*, pág. 4. Insiste en que la teoría impresión no se pueden limitar objetivamente las conductas punibles de las impunes, Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 160.

<sup>977</sup> O ser nada. Así mismo, la idea de *conmoción de la confianza de la comunidad* implicaría una negación de el merecimiento de pena de aquellos comportamientos que sí lesionan un bien jurídico pero que no provocan tal conmoción (Kratzsch, JA 1983, pág. 424 y s; Schmidt, *Untersuchung...*, pág. 90), ora porque se interprete que si no hay conmoción no hay auténtica lesión del interés jurídico (en definitiva se esta elevando la conmoción social a la categoría de objeto de la protección penal), ora porque aunque se reconozca la lesión del objeto se aplique la ausencia de conmoción como criterio de oportunidad procesal.

<sup>978</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 106 (cursiva original). En definitiva, siempre que el ciudadano se sienta conmovido sería necesaria la represión penal.

<sup>979</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 428, el mismo, *Tentativas y formas de autoría*, pág. 28: «Ello (scil. la determinación de cuando se ha producido una conmoción de la paz jurídica), en realidad, dependerá de la «sensibilidad» del juzgador de turno...».

<sup>980</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 210-14.

<sup>981</sup> Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4.

<sup>982</sup> Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 121-23.

Una breve exposición de otros esfuerzos dogmáticos dirigidos a obtener un criterio objetivo aplicable a la teoría de la impresión en Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, vollendung und Beendigung", JuS, 1980, pág. 507.

<sup>983</sup> Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 169; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 75 y s. En contra Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenzen zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 201, que defiende que la teoría de la impresión se distancia desde un primer momento del subjetivismo. Autor que no obstante afirma con posterioridad la proximidad (en los resultados) de la teoría de la impresión con las teorías subjetivas que exigen una manifestación de la voluntad delictiva, op. cit., pág. 218.



psicológico<sup>984</sup>. Así, aunque posea una corrección objetiva ésta no se identifica con la lesión de un bien jurídico, de modo que, la socialpsicológica sensación de conmoción (sozialpsychologischen *Erschütterungsgefühls*) es realidad la tendencia delictiva al hecho manifestada, es decir, la intención contraria a la norma del sujeto que actúa<sup>985</sup> y sólo posee un sustrato material porque «el derecho a la confianza jurídica» se ha elevado a la categoría de bien jurídico<sup>986</sup>.

En realidad, tal y como Herzberg señala, la teoría de la impresión es una teoría circular en la que el fundamento de la punición de la tentativa consiste en que el autor ha realizado una tentativa punible<sup>987</sup>.

### **C. Ampliación del ámbito de punición desde planteamientos subjetivos.**

El denominador común de las teorías subjetivas es la inevitable extensión del ámbito de lo punible que alcanza a los actos preparatorios (extensión temporal) y a las tentativas inidóneas e irreales (extensión objetiva)<sup>988</sup>. Provoca que la preparación,

<sup>984</sup> Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 714; Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 211; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 22; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 76. Se manifiestan en contra del criterio socialpsicológico de la conmoción y abogan por la infracción de la norma como forma válida de imputación penal, Jakobs, G., *AT91*, 25/20 y ss; Vehling, K-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 59 y s; Rudolphi, SK, vor 22/14.

<sup>985</sup> Köhler, AT, pág. 453 y ss; Niepoth, B., (*Der untaugliche Versuch*, pág. 73-77, 83) insiste en que la teoría de la impresión se centra en realidad en la voluntad del autor y la impresión generada sirve sólo para constatar la presencia de esa intención de forma parecida a como sucedida con la teoría del *dolus ex re*: la conducta que conmociona a la comunidad refleja una intención delictiva punible. Serrano-Piedecabras, siguiendo a Hirsch ("Gefahr und Gefährlichkeit", *A.Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, pág. 560), defiende que «el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva y sólo se adopta un criterio objetivo en lo concerniente a la penalidad», es decir, la impresión se utiliza para la medición de la pena, Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 534.

<sup>986</sup> Murmann, U., *Versuchsunrecht...*, pág. 5. Critican la teoría de la impresión por la falta de una auténtica referencia a un bien jurídico protegido, Alwart, *Strafwürdiges Versuchen*, pág. 210 y s; Zaczyk, *Das Unrecht des versuchten Tat*, pág. 22, 29. En contra de estas críticas Radtke, que defiende que no hay una pérdida total de referencia con el bien jurídico en la medida en que la conducta que conmociona es aquella que de forma adecuada va dirigida a la lesión del interés protegido, Radtke, "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs", pág. 881. Sin embargo, el problema consiste en que la referencia a un bien jurídico es accidental porque ni toda conducta que pone en peligro o lesiona un bien conmociona a la sociedad, ni todo comportamiento que comocione posee siquiera una mínima capacidad lesiva directa. Por consiguiente, o no hay referencia material con un bien jurídico concreto o esa vinculación sólo se puede alcanzar mediante una abstracción del contenido del mismo.

<sup>987</sup> Herzberg, R., "Zur Strabarkeit des untauglichen Versuchs", pág. 267. Abundando en esta misma línea crítica, Zaczyk la impresión no puede ser el fundamento del injusto porque esta conmoción de la sociedad es la consecuencia de la realización de una conducta típica, similar Zaczyk, *NomosStGB*, 22/11.

<sup>988</sup> Haft, F., *AT8*, pág. 223 (del que tomo los términos *extensión objetiva y temporal*), en el mismo sentido que Haft pero utilizando los terminos *extensión cualitativa y temporal* Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 70. Vid. Malitz, K., *Der untaugliche Versuch*, pág. 158; Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 62; Hauf, C., *AT2001*, pág. 110; Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 523; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 259.

la tentativa y la consumación se encuentren equiparadas desde la perspectiva del merecimiento de pena. Y, además, no es capaz de justificar dentro de la lógica de su sistema por qué no se castiga, como regla general, la conducta preparatoria, ni por qué en ciertas ocasiones si se persigue la preparación.

No obstante, sería posible, dentro de la teoría subjetiva, dejar fuera del ámbito de lo punible a la preparación si consideramos (I) que no hay todavía una expresión de la intención, o bien que (II) aunque se reconozca la existencia de una intención delictiva en la preparación, la ausencia de resolución ejecutiva por parte del autor en la fase preparatoria priva de relevancia penal al comportamiento, porque impide afirmar la presencia de una intención contraria al derecho semejante a la de la tentativa o consumación.

La primera opción, negar que en la preparación exista una intención contraria a la norma manifestada, deja abierta teóricamente la punición de cualquier preparación. Sólo se requiere justificar la presencia de una intención delictiva normalmente a través de presunciones o del *dolus ex-re*. Por ejemplo, se podría afirmar desde esa posición, no compartida, que la simple posesión de armas sin licencia manifiesta una intención contraria a derecho porque estadísticamente esta conducta suele estar vinculada a posteriores actividades delictivas. Una interpretación restrictiva, sin salir todavía de esta opción, sostendría por el contrario que el posible sentido no delictivo que se le puede dar a la posesión del arma no dejaría espacio a la suposición, en contra de reo, de la presencia de una intención manifestada. La punición de la preparación desde esta última perspectiva exigiría conocer la intención oculta del autor. El acceso a la intención oculta, si se suprimen las presunciones, sólo será viable en función del grado de desarrollo alcanzado por el comportamiento. Solución que depende de un doble juicio interpretativo del juez encargado de determinar si la conducta en cuestión manifiesta una intención delictiva, que (tal y como vimos) a continuación precisa con qué tipo delictivo se identifica.

Una segunda posibilidad consiste en defender que la intención manifestada en la conducta preparatoria es distinta a la presente en la tentativa y la consumación. Struensee considera que puede haber dificultades para establecer una escala de injusto si se entiende que el objeto del *injusto de la intención* (*Intentionsunwert*) es el resultado final desvalorado, y así la referencia a esa intención final sería común a todas las fases del delito<sup>989</sup>. Sí es posible, en cambio, la gradación del tipo subjetivo siempre que el *Intentionsunwert* tenga por objeto los actos que según el plan son realizados<sup>990</sup>. Así pues, si el autor quiere llevar a cabo una conducta que

<sup>989</sup> Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 534.

<sup>990</sup> Struensee, op. cit, pág. 535.

sabe que según su plan es capaz de consumir la lesión su comportamiento posee un desvalor subjetivo pleno, mientras que si desea llevar a cabo una conducta que según su plan todavía no puede provocar la consumación a la que de forma general tiende el tipo subjetivo es incompleto, de forma que la tentativa inacabada se presenta según este esquema como una «subjektives Mängelwesen»<sup>991</sup>. De modo que, «los actos que son realizados conscientemente, por cierto como condición necesaria pero no suficiente para el resultado; los actos que, por tanto, representan a lo sumo una tentativa inacabada, no son contrarios a la norma en el mismo sentido, en todo caso, no infringen la misma norma que la tentativa acabada»<sup>992</sup>. Puestas las cosas así, no existiría una infracción de la norma de determinación propia de la tentativa acabada y la consumación ni en la tentativa inacabada, ni en la preparación.

Ahora bien, que exista una norma distinta para cada fase del *iter criminis*, no quiere decir que la infracción de la misma no pueda ser penalmente relevante sino sólo que no debe coincidir la sanción prevista para ese desvalor cualitativamente diferente. Con ello, este planteamiento permitiría justificar la impunidad de la preparación o la posibilidad de su punición pero siempre con una pena inferior a la prevista para las fases superiores del *iter criminis* proporcional al déficit subjetivo que posee<sup>993</sup>. Sin embargo, la distinción entre preparación y tentativa vendría exclusivamente determinada por la representación del autor para todos los supuestos. De modo que si en ciertos casos esta tarea de deslinde debe tener en cuenta el plan del autor, hay otros en que un criterio exclusivamente objetivo es el único que puede precisar la fase del *iter criminis* en que nos hallamos, lo cual no se tiene en cuenta por una perspectiva subjetiva.

En esta línea de solución también se sitúan las propuestas que recurren al grado de pérdida del control del hecho asumido por el autor: el grado del riesgo reprobado que asume como posible el sujeto que actúa determina la vulneración de una norma

---

<sup>991</sup> Struensee, op. cit., pág. 539. Streng considera que la parte subjetiva del tipo de tentativa está completa en el plano volitivo de modo que el hecho consumado y el intentado poseen un mismo objetivo (*Willensrichtung*), sin embargo, en el plano intelectual tentativa y consumación puede no coincidir. La falta de congruencia del elemento intelectual del dolo del autor de una tentativa con la realidad impide apreciar en un sentido estricto la presencia de dolo, Streng, F., "Der Irrtum bein Versuch – ein Irrtum?", pág. 870 y s. En esa línea Cerezo considera que en la tentativa con medios supersticiosos no hay realmente conocimiento. Por consiguiente, al faltar el elemento intelectual no hay dolo, ni desvalor de acción, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 175 y s.

<sup>992</sup> Struensee, E., "La punibilidad de la tentativa", pág. 28.

<sup>993</sup> «La tentativa inacabada se distingue de la tentativa acabada en el campo de los elementos subjetivos. Ella no lesiona la misma norma que la tentativa acabada. Por eso la prohibición y la punición de esta clases de acciones necesitan una legitimación adicional. Esa situación determina que es menor el ilícito y el reproche de la infracción de estas normas, y exige que sea menor la escala menor aplicable», Struensee, E., "La punibilidad de la tentativa", pág. 30.

distinta en cada caso o la ausencia de infracción: «cuando el autor ha dejado atrás el comienzo de ejecución, pero no *ha dado aún un paso de acción con el cual admita que puede perder el control sobre el hecho*, es decir, que el hecho podrá ya consumarse o fracasar, estará todavía en el marco de la tentativa *inacabada*, un ilícito de *menor gravedad*. Recién cuando él dé aquel paso de acción que *pueda* ser suficiente para la consumación infringirá la norma de la tentativa *acabada*, que es la misma norma que la del delito consumado... La tentativa *inacabada*, en cambio, infringe una norma distinta, el autor no tiene aún un dolo suficientemente desarrollado como para admitir la producción de un resultado»<sup>994</sup>. Obviamente la preparación se encuentra en un nivel inferior del desarrollo del dolo y no infringe ninguna de las dos normas. Sin embargo, desde este planteamiento tampoco se alcanzan soluciones que excluyan la preparación del ámbito de la punición ya que se puede perseguir penalmente la preparación si se fundamenta la existencia de una pérdida de control en esa fase, que por consiguientemente se transforma en ejecutiva y según el grado de pérdida de control asumida en *acabada* o *inacabada*. La voluntad contraria a derecho (aun cuando esté manifestada) no puede justificar *per se* un injusto punible. La acción realizada debe ser objeto de reproche penal, es decir, se requiere un momento de relevancia objetiva que limite el ámbito de lo punible<sup>995</sup>. Y en concreto no se debe prescindir de las referencias objetivas, primero, porque ello implicaría desligarse de la vinculación con el interés protegido, límite del alcance del *ius puniendi* cuando la misión del Derecho penal sea la protección de un bien jurídico. Es decir, «...la acción no puede hallarse prohibida si no es peligrosa, pues sólo un Derecho autoritario o inquisitorial podría propasarse a prohibir acciones inocuas»<sup>996</sup>. La exigencia de elementos objetivos es una garantía de la libertad personal: el derecho penal sólo puede actuar cuando existe una conducta objetivamente relevante<sup>997</sup>, normalmente porque por lo menos manifiesta una suficiente capacidad lesiva desde una perspectiva *ex ante*<sup>998</sup>. Segundo, porque una construcción del injusto que se desvincula de unas exigencias materiales infringe el

<sup>994</sup> Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 67 (cursiva original). También considera que una tentativa *acabada* es aquella en la cual el «autor, según su representación del hecho, pierde el control», Struensee, E., «La punibilidad de la tentativa», pág. 27.

<sup>995</sup> Malitz, K., *Der untaugliche Versuch...*, pág. 158 y s; Torío López, A., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», pág. 174 y s.

<sup>996</sup> Torío López, A., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», pág. 174.

<sup>997</sup> De forma parecida Malitz, *Der untaugliche Versuch...*, pág. 176; Mir Puig, S., «Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», pág. 662 y s.

<sup>998</sup> Malitz, *Der untaugliche Versuch...*, pág. 180 y s; Mir Puig, S., «Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», pág. 662 y s.

principio de culpabilidad, en la medida en que no se le reprocha al autor lo realizado sino lo deseado.

En todo caso, el principio de culpabilidad resultante de una concepción estrictamente subjetiva sería difícilmente compatible con los principios propios de un Estado de Derecho: «si la culpabilidad tuviera por referencia no un hecho, sino el ánimo del autor... se eliminaría... las posibilidades de determinabilidad legal y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, en otras palabras se atentaría contra el Estado de Derecho»<sup>999</sup>.

## 2. Enfoque material del injusto.

Un fundamento objetivo de la tentativa se centra en la relevancia material del ataque que el interés amparado ha sufrido<sup>1000</sup>. Desde esta perspectiva el injusto viene determinado por la existencia de una conducta que lesiona o pone el peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal<sup>1001</sup>. Con carácter general se puede afirmar que reduce la extensión del tipo penal a aquellas conductas que lesionen o sean peligrosas para el bien jurídico (el marco de punibilidad variará en función del juicio de prognosis o diagnosis que se utilice) y que en principio excluyen la punición de la preparación y la tentativa irreal<sup>1002</sup>. Las teorías objetivas, se pueden clasificar en función de la relevancia de los elementos subjetivos en la configuración del injusto en *teorías objetivas puras*<sup>1003</sup>

<sup>999</sup> Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", pág. 95.

<sup>1000</sup> Con ello me estoy refiriendo a una perspectiva *objetiva-material* del fundamento del castigo de la tentativa basada en la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Junto a ella existiría una teoría *formal-objetiva*, que recurre a un criterio formal como es la ausencia de un elemento típico esencial (Graf zu Dohna, *Der Mangel am Tatbestand*, pág. 49; Mezger, *AT*, pág. 214; Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, pág. 328-332; el mismo, *Grundzüge des Strafrechts*, pág. 20-33; Schmidhäuser, E., *AT75*, 15/41; v. Listz, *Lehrbuch*15, pág. 201 y s) o que haya un «comienzo de ejecución» (Mittermaier, GS 11, 1859, pág. 425) para excluir ciertos comportamientos, a los cuales se les niega que posean un carácter típico, del ámbito de lo punible. Clasificación tomada de Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 192. Sobre las teorías formales vid. la exposición de Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 143-161.

<sup>1001</sup> Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 93, 110 y s. Al respecto vid. Kindhäuser, U., *AT2000*, 40/3; Rudolphi, *SK*, vor 22/11.

<sup>1002</sup> E incluso el castigo de la tentativa inidónea tiene que verse como una excepción punitiva dentro de un injusto configurado objetivamente, Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 34; igual Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 175, 191. Autor que considera que un fundamento exclusivamente objetivo reduce en exceso el ámbito punitivo de la tentativa, op. cit., 62. Igualmente sostiene que una concepción rigurosa de la tentativa provoca la impunidad de la preparación y la tentativa inidónea, Serrano-Piedecasas, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 533.

<sup>1003</sup> También denominada concepción objetiva simple de lo injusto (o objetivo causal de lo injusto que no requiere ningún elemento subjetivo) que se opone a una concepción subjetiva simple de lo injusto (que prescinde de los elementos objetivos como criterio configurador), Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 176.

y *mixtas*<sup>1004</sup> (*objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas*<sup>1005</sup>).

En lo relativo a la relevancia de los elementos subjetivos en la configuración del injusto estoy en contra de una construcción de un injusto con un fundamento estrictamente objetivo donde lo único importante sea mostrar ora la existencia de una relación de causalidad potencial (como mínimo) entre acción y resultado, ora la capacidad lesiva del comportamiento. El juicio de reproche recogido en el injusto no se puede limitar a valorar un estado de cosas<sup>1006</sup>, porque con ello se reduce el injusto a un problema de determinación causal y se olvida que en todo caso el comportamiento penalmente relevante pertenece a un *sujeto*<sup>1007</sup>. En suma, el injusto debe estar formado por elementos subjetivos y objetivos a los que no se puede renunciar<sup>1008</sup>. Especialmente porque la intención del sujeto determina en unos casos la relevancia penal de la conducta<sup>1009</sup> y, además, nos permite vincular el comportamiento con un tipo penal concreto que nos da el injusto de referencia<sup>1010</sup>.

Las teorías objetivas, así mismo, se dividen en función de la perspectiva de enjuiciamiento del peligro en tres grupos<sup>1011</sup>. Las que realizan un enjuiciamiento *ex*

<sup>1004</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/15 (dentro de las cuales incluye la teoría de la impresión); Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 174-76. Sobre el tema Serrano-Piedecasas distingue entre mixtas integradoras (donde incluye a la teoría de la impresión, que yo considero subjetiva) y mixtas aditivas (que simplemente acumulan criterios objetivos y subjetivos), Serrano-Piedecasas, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 533.

<sup>1005</sup> Según sea el dolo o los elementos objetivos los que desempeñen un papel predominante dentro de la configuración del injusto, Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 176.

<sup>1006</sup> Cuello Contreras, J., *PG2*, pág. 364.

<sup>1007</sup> Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1008. «Para ser calificada de antijurídica la conducta peligrosa, debe ser manifestación de la voluntad del sujeto. De no ser así se castigarían comportamientos que mostrándose peligrosos no representan la voluntad infractora de su autor...», Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 176.

<sup>1008</sup> Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 292; Haft, F., *A78*, pág. 223; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 72; Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 41-43; Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 174 y s.

<sup>1009</sup> Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch*, pág. 52.

<sup>1010</sup> Beck, *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 89; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 46; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, vollendung und Beendigung", *JuS*, 1980, pág. 506 y s; el mismo, *A73*, 15/39.

<sup>1011</sup> La distinción clásica entre enjuiciamiento *ex ante* y *ex post* es corregida por Alcácer al incorporar otras variables. En un primer lugar distingue dos clases de juicio de peligro: de pronóstico (que no siempre implica una perspectiva *ex ante*) y de diagnóstico (que siempre implica una perspectiva *ex post*). En segundo lugar, para establecer un juicio de peligro fija tres criterios que se deben combinar entre sí. (1) La perspectiva o punto de vista del juicio, que puede ser *ex ante* o *ex post*. (2) El momento del hecho: al comienzo de la ejecución, al final de la misma, posterior a la ejecución pero antes de la producción del resultado, posterior a la producción del resultado. (3) Grado de conocimientos del observador: conocimientos del sujeto que actúa, de un "hombre medio", de especialista. Alcácer Guirao, R., "Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de



*post* (también conocidas como teorías antiguas de la peligrosidad), las que combinan el juicio *ex post* con el *ex ante*<sup>1012</sup>, y finalmente las que se valen de un juicio *ex ante*<sup>1013</sup>.

La doctrina objetiva antigua, que parte de un juicio de peligro *ex post*, considera que el injusto penal viene determinado por la lesión del objeto de la acción que es tutelado por el tipo penal<sup>1014</sup>. Con ello se deja de castigar los actos preparatorios y las tentativas irreales. Sin embargo, también quedarían impunes todas las tentativas inidóneas<sup>1015</sup>. Es decir, el ámbito de lo punible se reduce en exceso ya que en un sentido estricto el uso de una perspectiva *ex post* conduce a la inidoneidad de toda tentativa<sup>1016</sup>. Así, una concepción objetiva pura reduce la norma penal a su aspecto valorativo y con ello reduce el injusto a la efectiva lesión del bien jurídico o a la peligrosidad *ex post*, lo que genera una exclusión del ámbito normativo de los supuestos que contienen un peligro de lesión sólo verificable *ex ante*, pero que *ex post* se muestra irrelevante. Por consiguiente, los defensores de una posición objetiva extrema encuentran dificultades para justificar la punición de la tentativa porque desde una perspectiva que se centra en la comprobación *ex post* de la efectiva lesión tendría que afirmarse la relación de necesidad entre falta de lesión y ausencia de peligro<sup>1017</sup>. Para evitar esta restricción del ámbito de lo punible se abstraen ciertas circunstancias del juicio de peligro, siendo así que se exige, como alternativa,

---

peligro", 427-39; el mismo, *La tentativa inidónea*, 169-79. Aprecia la variable del momento en que se realiza el juicio sobre la peligrosidad y los conocimientos que debe tener en cuenta el juez, Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 489. De igual forma Silva Sánchez combina la perspectiva del juicio con el consenso sobre el grado de peligrosidad *ex ante* (sería apreciado por todos, por un hombre medio en la posición del autor, ni siquiera por el hombre medio en la posición del autor sólo por «sujetos con una configuración cognitivo-emocional inferior...» a la media, sólo por «el autor y quienes compartieran su visión aberrante de la causalidad»), Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 129 y s.

<sup>1012</sup> Spendel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 103-109, que utiliza una perspectiva *ex ante* para enjuiciar la tendencia lesiva de la acción y una perspectiva *ex post* para los otros elementos típicos, en concreto para el objeto de la acción.

<sup>1013</sup> Clasificación tomada de Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 132, 161, 192, que no obstante incluye el segundo grupo como variante del primero.

<sup>1014</sup> Feuerbach, *Lehrbuch*, pág. 71 y s; Spendel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 102-106.

<sup>1015</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 181.

<sup>1016</sup> Hirsch, H.J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", pág. 720; Cuello Contreras, J., *PG2*, pág. 378; el mismo, "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 296; Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", pág. 22; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 138; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 125; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 340; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 435.

<sup>1017</sup> Cuello Contreras, J., *PG2*, pág. 371 y s.

una «idoneidad en abstracto» del medio utilizado para poder fundamentar la punición de ciertas tentativas inidóneas<sup>1018</sup>. Entonces, si bien el uso de una cantidad insuficiente de veneno se revela inidónea desde una perspectiva *ex post*, no será así si se abstrae del juicio la cantidad, de forma que el recurso a un veneno sería relativamente adecuado para producir el resultado. El problema es que, primero, esta abstracción olvida que la idoneidad del medio depende de las circunstancias concretas de realización (características del objeto utilizado, la forma de su uso, y fin perseguido). De este modo, el uso de azúcar, que sería inidóneo en abstracto, podría ser un medio idóneo, en concreto, para matar si se quiere utilizar contra un diabético<sup>1019</sup>. Segundo, siempre se puede realizar tal abstracción de la base del juicio que permita según el caso afirmar la idoneidad o inidoneidad de la conducta<sup>1020</sup>. De nuevo con un ejemplo «...el dato «pistola cargada» nos llevaría a una tentativa idónea y punible, pero si ampliamos los datos del caso y juzgamos a partir de «pistola cargada con balas de fogeo» la tentativa será absolutamente inidónea. Pero si incluimos más datos del caso concreto y partimos del dato «pistola cargada con balas de fogeo disparada a dos centímetros del rostro del autor» la decisión puede ser muy distinta, llevándonos, seguramente a ver una tentativa relativamente inidónea, o incluso idónea»<sup>1021</sup>. En conclusión la falta de determinación de un criterio de abstracción del juicio de diagnóstico, permite, según el caso, sostener la idoneidad o inidoneidad de todo comportamiento lo que genera una gran inseguridad jurídica<sup>1022</sup>.

En cambio, la tendencia dominante en la doctrina penal moderna realiza un juicio de prognosis sobre la capacidad objetiva de una conducta desde una perspectiva *ex ante*<sup>1023</sup>, que permite excluir del injusto aquellos supuestos en los que un

<sup>1018</sup> Mittermaier que exige una idoneidad plena del objeto de la acción, distingue entre inidoneidad absoluta y relativa en relación con el medio utilizado GS 11, pág. 403 y ss, 439. No obstante, algunos autores (Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 134) consideran que la distinción entre absoluta y relativamente inidóneo se debe a Berner (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1857). Sobre el peso que esta teoría tuvo y tiene en la doctrina española vid. Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 135 y s.

<sup>1019</sup> Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 44; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 137; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 580.

<sup>1020</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 138; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 44-46; Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 44; Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 9.

<sup>1021</sup> Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 138.

<sup>1022</sup> Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 177.

<sup>1023</sup> También conocida como la *nueva teoría objetiva* (distinción terminológica entre teoría objetiva antigua y nueva tomada de Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht* 11, 24/IV 1, pág. 192). Teoría iniciada por v. Liszt, *Lehrbuch* 2, pág. 190 y s que desarrolla la *Gefährlichkeitstheorie*, en la cual la peligrosidad concreta de un comportamiento se afirma cuando a tenor de las circunstancias reconocibles o sólo conocidas por el autor existe la próxima posibilidad de que comience la lesión (sobre la teoría objetiva de v. Liszt vid. la exposición de Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 55-59). v. Hippel, ZStW 1921, pág. 526-29 y Henckel, *Gefährbegriff*, pág. 13-15,

comportamiento al comienzo de la ejecución no contuvieran capacidad lesiva suficiente (en el sentido poder lesionar el bien jurídico o ponerlo en peligro de forma relevante) para un ciudadano medio con los conocimientos del sujeto que actúa (método heurístico-hipotético)<sup>1024</sup>. Este planteamiento nos permitiría desterrar del ámbito de lo punible tanto la tentativa irreal<sup>1025</sup> como la preparación del delito y mantendría la posibilidad de punición de comportamientos que sólo *ex post* se muestran inidóneos<sup>1026</sup>.

---

continúan la teoría de v. Listz en la dirección propia de la teoría de la adecuación de la causación, de modo que defiende la existencia de una tentativa punible cuando un observador objetivo situado en la posición y momento del autor decide que hay una seria posibilidad de producción del resultado. Posiciones básicas que son desarrolladas y mantenidas en la actualidad por varios autores que realizan una vinculación entre imputación objetiva y el juicio de peligrosidad *ex ante*, de forma que, relevante es la acción adecuada para producir el resultado según un pronóstico objetivo posterior. Entre estos se puede destacar a Triffterer, AT, 15/26; Sola Reche, *La llamada tentativa inidónea*, pág. 71-92, 212 y ss; el mismo, "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 184; Mir Puig, S., "la perspectiva "ex ante" en Derecho penal", pág. 101-104; el mismo, "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 10; Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", pág. 21 y s; de igual forma que Cerezo, Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 272; Frisch, W., *Vorsatz und Risiko*, pág. 408. También mantienen una perspectiva *ex ante*, Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 487 y s; Paredes Castañón, *El riesgo permitido*, pág. 123 y s; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 335; Bacigalupo, E., *Principios*<sup>97</sup>, pág. 340 y s; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 336; la misma, *PG*, pág. 714; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 31-33; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 355-59.

<sup>1024</sup> En contra Torío que propone un juicio de peligrosidad *ex ante* pero a posteriori (suspender «prudencialmente el juicio y esperar el curso del acontecimiento retrotrayéndose al momento de la acción...») que determine la peligrosidad de la acción en virtud de sus características materiales y no por una presunción de apariencia (Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 178). «La presuposición de que toda arma está cargada o de que toda víctima vive es en el fondo un expediente para que la teoría subjetiva, disfrazada con veste objetiva, se establezca y asiente por vía indirecta en el sistema», op. cit., pág. 178 y s.

<sup>1025</sup> Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 524; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 336.

<sup>1026</sup> Sostiene que la regulación actual de la tentativa es incompatible con este enjuiciamiento *ex ante* porque el art. 16 CP conduce a una verificación del peligro *ex post* que deja impune a todas las tentativas que no poseen un peligro concreto y a una exclusión de un juicio *ex ante* de la peligrosidad de un comportamiento, Suárez Montes, R. F., "El injusto penal en el Código de 1995", pág. 558 y s. Autor que no obstante considera que ello es un error de política criminal pues deja impunes comportamientos que poseen una evidente trascendencia y repercusión social, op. cit., pág. 559 y s. Al respecto comentar que la exigencia de relevancia objetiva del comportamiento no implica necesariamente una fijación de la perspectiva del juicio de peligrosidad, es más, ello queda indeterminado en la redacción del precepto que en ningún modo es incompatible con una perspectiva *ex ante* (tal y como señala Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", pág. 21; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 271-80; Mir Puig, S., *PG*<sup>6</sup>, 13/85; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 122, que sostiene que el término «objetivamente» se debe entender como peligro *ex ante* de lesión), como sí lo es con un enjuiciamiento del peligro a partir de la mera representación del autor. En una línea similar, Silva, pero considerando que hay una determinación del juicio de peligro en el tipo pero no del grado de consenso intersubjetivo necesario. «Así pues, no es imposible sostener que el adverbio «objetivamente» sigue sin excluir de modo absoluto la punición de las tentativas inidóneas (en el sentido objetivista) e incluso,

La perspectiva *ex ante* es la más correcta de todas. Si el Estado de derecho sólo puede intervenir penalmente tratando de motivar a los ciudadanos para que no realicen conductas constitutivas de delito, el Derecho penal sólo puede prohibir la ejecución de comportamientos capaces desde una perspectiva *ex ante* de producir un resultado lesivo y siempre que sea posible para el destinatario de la norma reconocer esa aptitud objetiva lesiva en un momento anterior al comienzo de su realización<sup>1027</sup>.

La determinación de la relevancia de un comportamiento se llevará a cabo desde una contemplación **ex ante** y **objetiva** del mismo<sup>1028</sup>. Y es que, aparte del hecho de que la defensa de un injusto con un contenido material concede al ciudadano la garantía de que el Estado sólo podrá prohibir comportamientos en cuanto lesivos para un interés jurídico y que, en definitiva, se punirá al autor de una conducta no sólo por el desvalor de la actitud interna manifestada sino por el peligro objetivo (*ex ante*) que su actuar contiene (principio de ofensividad)<sup>1029</sup>, varios son los motivos que recomiendan la introducción de elementos objetivos en el injusto penal.

---

yendo más lejos, de algunas tentativas inidóneas (en el sentido subjetivista) próximas a aquéllas y que gozaran, por tanto, de un consenso relativamente amplio en cuanto al juicio de peligro *ex ante*. Pues, desde el momento en que la objetividad se define *ex ante* y, adicionalmente, no se indica qué grado de *intersubjetividad* se requiere para alcanzarla, en ambos casos puede seguir afirmándose que el sujeto realiza actos que, según una cierta visión intersubjetiva (y, por tanto, objetiva) van dirigidos a la producción del resultado. Tal visión intersubjetiva sería, en el primer caso, la que tendrían *todos* los sujetos de características medias que compartieran la perspectiva del autor; o, en el segundo caso la de *buen número* de sujetos (con nivel en muy poco inferior al del hombre medio por razones cognitiva o emocionales) quienes, así mismo, se situaran en al posición del autor», Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 133 y s (cursiva original), 138. En todo caso, insisten en que la aparición del término «objetivamente» excluye los supuestos de tentativa irreal, Silva Sánchez, op. cit., pág. 133; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito y delito irreal*, pág. 386 y s; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 115.

<sup>1027</sup> Mir Puig, S., "la perspectiva "ex ante" en Derecho penal", pág. 99-101; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 214; Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 175; Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 292 y s, que sostiene que sólo se «puede valorar negativamente ("ex post") situaciones de hecho en tanto causadas por quien pudo evitarlas ("ex ante")», op. cit., pág. 292.

<sup>1028</sup> Mir Puig, S., "la perspectiva "ex ante" en Derecho penal", pág. 101.

<sup>1029</sup> Principio de ofensividad que está definido por la existencia de un bien jurídico determinado en sus contornos y la presencia de una conducta que manifiesta una idoneidad para lesionar o poner en peligro el interés tutelado, Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 176. Sobre la exigencia de un cierto grado de relevancia externa de la conducta punible vid. Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/17; Hormazábal Malarée, H., "Imputación objetiva y principio de lesividad", pág. 418 y s; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 79; el mismo, "Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro", pág. 415 y s; el mismo, *Tentativa y formas de autoría*, pág. 19; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 427; Zaczyk, R., *Strafrechtliches Unrecht*, pág. 31 y s; el mismo, *NomosStGB*, 22/12. Autor que junto con Beck y Köhler, entiende que el aspecto material del injusto no coincide en un sentido estricto con la lesión del bien jurídico sino con la lesión de la libertad ajena que se concreta en un bien jurídico. Para los otros dos autores citados el bien jurídico es la posibilidad

(1) En primer lugar, la inclusión de un requisito objetivo permite establecer una diferencia cuantitativa entre las fases del *iter criminis* en función de su lejanía con la efectiva lesión del interés protegido. Desde esta posición teórica se explica que «...aun dirigidas por una misma finalidad *subjetiva*, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación. La razón sería la mayor o menor proximidad *objetiva* respecto de la lesión del bien jurídico»<sup>1030</sup>. Con ello se justifica una punición escalonada de cada una de las fases de *iter criminis*, pues la puesta en peligro del bien jurídico es distinta (tentativa inferior con respecto a la consumación y la preparación inferior en relación con la tentativa) en cada caso.

Así, **Silva Sánchez** defiende el carácter decreciente de la punición de la tentativa acabada e inacabada. Ello se deriva de la redacción del artículo 62 CP («en función del grado de ejecución alcanzado» y «del peligro inherente») <sup>1031</sup>. En cualquier caso, lo importante es que exige una punición de la preparación proporcional a su lejanía de la efectiva consumación del delito, inferior por tanto a la de la tentativa<sup>1032</sup>. Del mismo modo, **Thorman** propone un sistema de punición escalonado en el que la tentativa consumada tendría una reducción de la pena facultativa, la tentativa inacabada una reducción obligatoria, la preparación una «reducción obligatoria de la pena, que puede realizar facultativamente a discreción (scil. del juzgador)»<sup>1033</sup>.

Ahora bien, aunque es evidente que desde una perspectiva material del injusto *siempre* hay una diferencia cuantitativa (en función del grado de afectación del bien jurídico protegido) entre preparación, tentativa y consumación que hay que tener en cuenta si queremos poder establecer una distinción entre cada una de estas figuras, existe igualmente una diferencia en el plano subjetivo de cada una de

---

de actuación libre que un sujeto tiene en relación con un objeto concreto. Es decir, consiste en las posibilidades de ejercicio de una libertad intersubjetiva legalmente garantizada, Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 85; Köhler, AT, pág. 24 y s. Así, el mandato general de respeto al bien jurídico sólo es violado de forma relevante cuando la acción lesiona la libertad intersubjetiva, concretado en un ataque contra un bien jurídico, Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 83, nota 21; similar Köhler, AT, pág. 451-3. Un plan delictivo, por ejemplo, atenta contra ese mandato general pero no lesiona el bien jurídico, Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 89. En una línea próxima Rath, que habla del «recíproco respeto de la igualdad y poder de influencia», "Grundfälle zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, pág. 1008 y s, 1109-12.

<sup>1030</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/7 (cursiva original); Baumann/Weber/Mitsch, AT, 26/15 y s; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 258. «Sólo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (art. 62 CP)», Serrano-Piedecasas, J. R., "Fundamento de punición de la tentativa", pág. 547.

<sup>1031</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del *Iter criminis* (artículos 16-18)", pág. 136.

<sup>1032</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del *Iter criminis* (artículos 16-18)", pág. 150, 152 y s; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 64.

<sup>1033</sup> Thormann, P., "Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen", pág. 16. En esa dirección pero sólo respecto al carácter decreciente de la punición de la consumación y la tentativa, Mir Puig, S., *PG6*, 13/9; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 247; Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 1.



las fases del *iter criminis* (aunque *no siempre*: entre la tentativa acabada y la consumación sólo hay una discrepancia objetiva mientras que subjetivamente coinciden). O sea, hay una distinción subjetiva en cada figura porque el grado de peligro abarcado por la intención del sujeto es diferente en cada caso<sup>1034</sup>.

Las cosas así, debo insistir en que las fases del *iter criminis* no poseen el mismo contenido de injusto *ni en el plano objetivo ni en el subjetivo*, y sólo se puede hablar de la presencia de una misma finalidad subjetiva común **a todas** las fases del *iter criminis* bien en la medida en que se defiende que toda acción contiene con independencia de la fase del *iter criminis* en que se halle una intención contraria la norma de determinación. Bien si se entiende que cada nivel del *iter criminis* se relaciona con un tipo de la parte especial de referencia. Bien, cuando se mantenga que el deseo de producción del resultado es una presunta inclinación trascendente que se halla en toda conducta y que no coincide con el elemento volitivo de un dolo que se define en la fase de tentativa inacabada y preparación respectivamente como la voluntad de llevar a cabo un comportamiento que se conoce incapaz de producir todavía el resultado pero que inicia la ejecución o que se conoce incapaz de iniciar la ejecución (y obviamente de producir el resultado). Por consiguiente, la punición escalonada de cada una de las fases del *iter criminis* se basa en la diferencia subjetiva-objetiva que existe entre cada una de ellas: en un plano objetivo ha habido un menor grado de afectación del bien jurídico, en el subjetivo hay una voluntad de realización menor en cuanto está vinculada a una conducta que manifiesta diferente capacidad de afectación del interés tutelado<sup>1035</sup>. En suma, al autor de una tentativa inacabada o de una preparación se le castiga en función del grado de afectación del bien jurídico protegido conocido y abarcado por su dolo.

(2) En segundo lugar, una perspectiva material del injusto establece la impunidad de los comportamientos no peligrosos porque no satisfacen el requisito objetivo que fundamenta o cofundamenta el injusto penal. No es posible castigar legítimamente conductas que aunque contengan una intención delictiva no posean una lesividad suficiente. La presencia del elemento subjetivo es un escaso fundamento de la antijuricidad de una conducta que a causa de ese déficit de afectación del bien jurídico no puede ser objeto de la persecución penal. La intención del sujeto sólo es penalmente relevante cuando hay una conducta lesiva externa.

<sup>1034</sup> De forma parecida Acale sostiene que los delitos de mera actividad poseen un desvalor de acción distinto que los de resultado porque en la parte subjetiva el dolo no incorpora la intención de realizar el resultado ya que no es un elemento objetivo de la conducta típica de estos delitos, Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 168 y s.

<sup>1035</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 141 y s.



La exigencia de este grado de lesividad (verificado en dos momentos) excluye la posibilidad de tipificar meras desobediencias formales, caracterizadas por la realización de una mera conducta típica que en algunos casos consiste simplemente en una acción que no va acompañada de la satisfacción de la autorización administrativa requerida<sup>1036</sup>. En conclusión, desde una perspectiva objetiva del injusto determinada por el principio de protección de bienes jurídicos (que de forma bien intencionada consideramos característico del Estado democrático de derecho aunque ni sea ni fuera así) debe regir, «el *principio* de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva)»<sup>1037</sup>.

En definitiva, el análisis de la preparación que aquí desarrollo tiene como premisa inicial una perspectiva personal del injusto en donde están presentes tanto una norma de valoración como una norma de determinación que deben ser infringidas por el autor<sup>1038</sup>. Así, en el desvalor de la acción se estima tanto «el modo y la forma en la que se lleva a cabo la acción... (scil. como) su grado de realización»<sup>1039</sup> y su relevancia objetiva. Y en lo que concierne a este último punto, si se parte del hecho de que la norma no prohíbe resultados sino comportamientos que son capaces de producirlo, se tiene que exigir para poder desvalorar a la acción que ésta sea capaz, desde una perspectiva *ex ante*, de lesionar el bien jurídico. El desvalor del resultado, sin embargo, se entiende como el análisis *ex post* de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico

---

<sup>1036</sup> En realidad nos encontramos ante supuestos de infracción de un precepto administrativo, que no se debe castigar con una sanción penal, y ello, no porque falte un interés digno de tutela, sino porque el comportamiento no contiene un grado de afectación del bien jurídico penalmente relevante. Así cuando Roxin afirma que las contravenciones también lesionan bienes jurídicos, «puesto que causan daño al individuo o son perjudiciales para el bien común...» (Roxin, C., *DP97*, 2/14), me parece que el menoscabo de la integridad física que pueda provocar el ruido de la calle es tan insignificante que no puede justificar la creación de un tipo penal. A favor de la derogación de los preceptos que no contengan una conducta peligrosa («que ni siquiera en abstracto afecten al bien jurídico»), Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 209 y s.

<sup>1037</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/8 (cursiva original).

<sup>1038</sup> El injusto se ha convertido en una variable determinada por la combinación del binomio conceptual desvalor de acción y desvalor del resultado. No obstante, Rehr-Zimmermann señala que como consecuencia de la pérdida de vigencia en la actualidad penal de la clásica distinción entre acción y resultado, han aparecido en su lugar tres parejas conceptuales que se encuentran relacionadas entre sí. De este modo, distingue tres binomios conceptuales que van a influir en la configuración del injusto según se combinen: lesión del bien jurídico – lesión de un deber, desvalor del resultado – desvalor de la acción, injusto del resultado – injusto de la acción, Rehr-Zimmermann, M., *Die Struktur des Unrechts...*, pág. 13 y s.

<sup>1039</sup> Sola Reche, E., “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”, pág. 173; Bloy, R., “Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich”, nota 89. Factores que permite respectivamente apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y establecer una gradación del injusto, op. cit., pág. 173, notas 26 y s.

que sea imputable al comportamiento desvalorado *ex ante*<sup>1040</sup>. Este posicionamiento dualista<sup>1041</sup> permite primero excluir del ámbito punitivo aquellos comportamientos que según una perspectiva *ex ante* no contengan una peligrosidad mínima y además una graduación del injusto en función de un criterio igualmente objetivo, como es la mayor o menor proximidad *ex post* a la lesión del bien jurídico. En ese sentido el desvalor del resultado establece la medida del injusto. El injusto mínimo esta conformado por el desvalor de acción<sup>1042</sup> y se completa cuando se añade el desvalor del resultado<sup>1043</sup>, hasta llegar al delito consumado, prototipo de injusto<sup>1044</sup>.

Por último, vuelvo a insistir en que desde un enfoque objetivo del Derecho penal que tiene como fin la protección de bienes jurídicos existe una gradación decreciente del desvalor del resultado en la consumación, la tentativa y el acto preparatorio. Entre consumación y tentativa acabada sólo existe una diferencia cuantitativa (el

<sup>1040</sup> En el mismo sentido vid. Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 336; Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 176 y s; Hormazábal Malarée, H., "Imputación objetiva y principio de lesividad", pág. 417. Similar Hirsch que considera que el injusto penal es el desvalor de la acción formado por una intención manifestada y realizada y un desvalor del resultado, Hirsch, ZStW 1982, pág. 248-50; Sola Reche defiende que penalmente relevante es la conducta *ex ante* peligrosa, mientras que la perspectiva *ex post* sólo nos sirve para determinar si ha acaecido un resultado de peligro, Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" del delito*, pág. 215.

Mir Puig, S., "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", pág. 672, con la diferencia de que el desvalor del resultado no conforma el injusto pero sí lo tiene en cuenta a la hora de determinar la punibilidad del hecho, op. cit. pág. 672 y s, 680. No obstante, las últimas ediciones de su manual reflejan un cambio, y un posicionamiento a favor del desvalor del resultado como elemento configurador del injusto, *PG6*, 6/46 y ss.

<sup>1041</sup> Dual en la medida en que se considera la producción de un resultado como elemento del injusto. Término empleado por Gallas, W., "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", pág. 155 y ss (concepción dualista sería la de Gallas, W., op. cit., pág. 161-66; Jescheck/Weigend, *AT5*, pág. 238 y ss; Luzón Peña, D.M., *PG*, pág. 333; Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 60; Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 70-77, 144 y s, 162; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 289, 293-95). A ella se opondría una concepción *monista* que sólo tiene en cuenta la infracción del deber generado por la infracción de la voluntad manifestada, termino empleado por Gallas, W., "Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", pág. 155 y ss. Vid. sobre las concepciones monistas y dualistas Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, pág. 25-34; Morales Prats, F., *QuinteroPG3*, pág. 289-293.

Vid. la terminología utilizada en el mismo sentido por Mylonopoulos: unidimensional o bidimensional, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, pág. 18; Rehr-Zimmerman recurre a los terminos *eingliedrige* oder *zweigliedrigen* Theorien, *Die Struktur des Unrechts...*, pág. 22 y ss., 29 y ss.

<sup>1042</sup> Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 215, 218, que considera que el *injusto primigenio y básico* se halla en la tentativa inidónea.

<sup>1043</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 111-113: «lo injusto puede verse incrementado con la concurrencia de un resultado disvalioso», op. cit., pág. 111 y s; Gómez Benítez, J.M., "La teoría del «bien jurídico»", pág. 31 («el efectivo acaecimiento del resultado puede subsistir como un dato que aumente el injusto»); Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 219, 228.

<sup>1044</sup> Alcácer Guirao, R., "Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro", pág. 338, 460.

desvalor de la acción es idéntico en ambos)<sup>1045</sup>, sin embargo entre esas dos figuras y la tentativa inacabada y la preparación la distinción es cuantitativa y cualitativa ya que no sólo existe una diferencia en el resultado verificado *ex post*, el desvalor de la acción es distinto en ambos casos pues la capacidad lesiva *ex ante* es mucho menor (si acaso existe) en la preparación<sup>1046</sup>. La naturaleza del peligro de la conducta del preparador difiere de la del autor, ya que la del primero sólo puede preparar la acción delictiva posterior bien sea propia, bien ajena, mientras que el segundo lleva a cabo un comportamiento que lesiona, pone en peligro el bien jurídico, o es capaz de ello. La ausencia de peligro *ex ante* contenido en la conducta del preparador o su escasa relevancia determina que todavía no haya infringido ningún deber salvo que expresamente se cree una norma de determinación derivada de la principal que establezca una prohibición de facilitar la comisión de un determinado delito, lo cual se puede llevar a cabo mediante una redacción del tipo que incluya dentro su marco de significado conductas dotadas de semejante grado de peligrosidad<sup>1047</sup>.

En definitiva, la naturaleza del peligro establece una cesura dentro del *iter criminis*, de tal forma que independiza cualitativamente a los intervinientes que se encuentran en cada uno de los bordes.

### **3. La impunidad general de la preparación a la que conduce una teoría objetiva del injusto por su falta de peligrosidad. Los intentos para justificar su punición.**

A propósito de la relevancia objetiva de la conducta preparatoria, una acción destinada a preparar y facilitar la posterior comisión de un delito aunque es una

<sup>1045</sup> Considera que hay una diferencia cualitativa entre tentativa y consumación porque el prototipo de injusto es la lesión del bien jurídico, Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 338.

<sup>1046</sup> Aunque Jakobs defiende que existe una diferencia cualitativa entre preparación-tentativa y consumación porque «sólo después de la terminación de la tentativa... el peligro está sujeto a elementos objetivos», en realidad no sostiene un planteamiento próximo al que mantengo pues «entre la preparación y la tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero no peligros cualitativamente distintos», Jakobs, G., *PG*, 25/15. De hecho ya indiqué que la distinción entre tentativa y consumación en el sistema de Jakobs sólo es cuantitativa, pues todas poseen el mismo desvalor de acción (infracción de la vigencia de la norma), mientras que el desvalor del resultado, que en realidad coincide con el de acción que lo ha fagocitado, manifiesta únicamente la mayor o menor objetivación del quebrantamiento de la vigencia de la norma vid. segunda parte, pág. 202 y s.

<sup>1047</sup> No se debe olvidar tampoco que hay una relación entre injusto y el tipo penal concreto. El injusto vendrá determinado por lo previsto por el tipo: sólo acción o acción más resultado, Stratenwerth, "Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht", pág. 179-181. Así en la tentativa de un delito de resultado, su injusto es menor que el previsto para la realización de la lesión (aunque *ex ante* sean conductas igualmente peligrosas), porque ésta es el resultado máximo previsto (*ex post*). Sin embargo, la tentativa puede ser el resultado máximo previsto por un tipo, por lo tanto la producción de un resultado superior (*ex post*) no tendría relevancia penal (salvo que ello permita subsumir la conducta dentro de otro tipo penal).

conducta externa que presuntamente manifiesta una voluntad delictiva, se halla objetivamente muy alejada del bien jurídico tutelado. Con carácter general se puede afirmar desde este enfoque material del injusto que la acción preparatoria no contiene según una perspectiva *ex ante* un riesgo jurídicamente relevante<sup>1048</sup>. Y es que al Derecho penal no le puede bastar la voluntad delictiva de un sujeto, ésta tiene que exteriorizarse<sup>1049</sup>. Ahora bien, aunque la fase externa del delito comience con la exteriorización de la voluntad de delinquir, no toda manifestación de la intención será penalmente relevante<sup>1050</sup>. En otras palabras, tampoco es suficiente la presencia de cualquier manifestación externa de la intención, ésta debe ser relevante. La preparación, en cuanto acción destinada a satisfacer exclusivamente las condiciones necesarias para comenzar la ejecución del delito, y las resoluciones de delinquir manifestadas son impunes porque aunque exteriorizan la voluntad contraria a la norma todavía no son actos acreedores de merecimiento de pena. En suma, la preparación o expresión pública de una intención no motivan adecuadamente la intervención penal<sup>1051</sup>. Y ello porque no contienen una relación de ofensividad con los bienes jurídicos penalmente tutelados<sup>1052</sup>. De ahí que se afirme con carácter

<sup>1048</sup> Mir Puig, considera que un comportamiento no realiza la parte objetiva del tipo cuando desde una perspectiva *ex ante* no alcanza un determinado grado de riesgo, Mir Puig, S., *PG6*, 10/52.

<sup>1049</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 89; Ebert, U., *AT2001*, pág. 116; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 140 y s; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PG95*, pág. 778; Jakobs, G., *PG*, 6/86a; Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 202: «La punición de los actos preparatorios hay que basarla... en la concurrencia de dos momentos: uno subjetivo, consistente en la decisión de intervenir en la comisión de un delito, y otro objetivo, representado por el peligro objetivo que entraña para el bien jurídico afectado la conducta conspiradora, proponente o provocadora... En los actos preparatorios declarados punibles en el artículo 4 del Código penal es la objetiva peligrosidad del comportamiento realizado lo que determina fundamentalmente el castigo; por el contrario, los actos del partícipe, individualmente considerados, carecen de esa peligrosidad, y por ello deben ir referidos al hecho principal que efectúa otra persona. En definitiva, una y otra cuestión están en planos diferentes, por lo que no es equiparable el motivo del castigo»,

<sup>1050</sup> Sin embargo este autor sostiene que una conducta mínimamente peligrosa puede ser castigada cuando «*revela externamente* tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico», 10/55 (cursiva original). Desde esta perspectiva una preparación podría ser castigada si la intención del autor se ha manifestado en el desarrollo de la acción. No obstante, Alcácer afirma que este diferente trato de conductas igualmente peligrosas en función de la intención manifestada plantea el problema formal de la dificultad de prueba de la intención. Además, continua Alcácer, Mir no llega a dar razones para justificar esa discriminación valorativa entre ambas acciones ni por qué hay conductas dolosas y mínimamente peligrosas que no se punen, *La tentativa inidónea*, pág. 409.

<sup>1051</sup> Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/17.

<sup>1052</sup> Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 43; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 22 y s. Las cosas así, la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto representan el límite del adelantamiento de la actividad punitiva del Estado que posee un sistema penal basado en la protección de bien jurídicos y está limitado en su actuación por principios como el de ofensividad e intervención mínima, Alcácer Guirao, R., "Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro", pág. 455 y s.

general que los actos preparatorios, así como la ideación, deliberación y resolución para delinquir (fase interna del delito), son impunes<sup>1053</sup>.

El *iter criminis* es la «...serie de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su completa realización»<sup>1054</sup>, el «...proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación»<sup>1055</sup>. Este proceso tiene una parte interna y otra externa<sup>1056</sup>. Dentro de la fase interna se incluye la ideación, elaboración y resolución del delito<sup>1057</sup>. Mientras que la fase interna es penalmente irrelevante, la intervención penal comienza a partir de que haya tenido lugar una exteriorización de la voluntad. El problema es que no existe acuerdo sobre cuándo comienza lo externo, ni sobre cuándo lo externo es relevante. Cuestiones que casi siempre van unidas y que giran en torno a la determinación del grado de significación objetiva necesario para defender que la voluntad antijurídica se ha manifestado y el alcance de la relevancia penal de la intención delictiva expresada.

No obstante, se admiten algunas excepciones a la impunidad que con carácter general se predica de la conducta preparatoria:

- 
- <sup>1053</sup> Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 1; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547; Kühl, K., *AT2000*, 14/13, 15; Krey, V., *AT2002*, marg. 393; Otto, H., *AT5*, 18/2; Stratenwerth, *AT2000*, § 11/6; el mismo, *SA796*, 12/4; Schmidt, R., *AT*, pág. 224; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39 II/19; Riklin, F., *AT97*, I, pág. 216; Ebert, U., *AT2001*, pág. 116 y s; Letzgus, K., *Vorstufen...*, pág. 120; Eser, *Sch/Sch*, vor 22/13; Joecks, W., *StGB3*, vor 22/2; Sonnen/Hansen, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", pág. 18; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 3, 8, 40 y s; Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, pág. 1; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 21; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, PG95, pág. 784; Sainz Cantero, J.A., *Lecciones* 85, pág. 150; Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", pág. 13; el mismo, *PG2000*, pág. 158 y s; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 262; Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 702; Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 139; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 713 y s; Polaino Navarrete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 955; Silva Sánchez/Baldo Lavilla/Corcoy Bidasolo, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, pág. 380; Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 68; Orts Berenguer, "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 484-86; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 17, 19. Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 277. Una excepción a esta impunidad general representa los arts. 21 de Código penal danés, el art. 29 del Código penal ruso, o el art. 21 del Código penal de la extinta RDA, vid. segunda parte, pág. 185 y s. A favor de una punición general de la preparación; Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, pág. 347; Montes, P., *PG2*, pág. 43, que sostiene «la punibilidad de los actos preparatorios, sin que esto sea obstáculo para que, de hecho, pocas veces puedan penarse, ya por falta de pruebas para demostrar que se trata de actos preparatorios de un crimen, ya por la escasa gravedad del delito a que se refieren, lo que es asunto de política más que de ciencia penal»; Stienen, "Über die Deliktsform Vorbereitung", nota 6, pág. 368.
- <sup>1054</sup> Cobo/Vives, *PG5*, pág. 711; Antón Oneca, J., *PG2*, pág. 435; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PG95*, pág. 773; Montes, P., *PG2*, pág. 29 y s; Rudolphi, *SK*, vor 22/1.
- <sup>1055</sup> Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 579.
- <sup>1056</sup> Montes, P., *PG2*, pág. 32; Antón Oneca, J., *PG2*, pág. 435; Sainz Cantero, J.A., *Lecciones* 85, pág. 147; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 579; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 712; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 257; STS 28 de noviembre 1988 (f.d. único).
- <sup>1057</sup> Cobo/Vives, *PG5*, pág. 712; Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. 15.



(1) En primer lugar se buscan motivos de política criminal para legitimar la persecución de los actos preparatorios<sup>1058</sup>. De ese modo se afirma que la anticipación de la tutela hasta la fase preparatoria es la única forma de garantizar una protección efectiva del bien jurídico (art. 472 CP, delito de rebelión, § 83 StGB, delito de alta traición)<sup>1059</sup>, o que la relevancia del bien jurídico amenazado exige esa protección anticipada<sup>1060</sup>, o que la intervención pública es necesaria para garantizar que ciertos contactos sociales tendrán lugar sin concurrir un curso causal dañino<sup>1061</sup>.

En definitiva, la protección más efectiva del bien jurídico consiste en anticiparse a que una lesión tenga lugar: cuanto más se adelante la intervención penal, alcanzando en este casos comportamientos muy alejados de la puesta en peligro del bien jurídico pero que son la condición de un proceso criminal, menor será la posibilidad de que se lesione el bien tutelado.

(2) A continuación, la justificación del castigo pasa por la demostración de la relevancia objetiva de la conducta.

<sup>1058</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 555; Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 412; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 65; Kienapfel, *AT84*, pág. 342; Rudolphi, *SK*, vor 22/2; Hauf, C., *AT2001*, pág. 104. «sería insoportable querer dejar impune, por ejemplo, la preparación de una determinada conducta del alta traición o un atentado frustrado», Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39 II/17-20.

<sup>1059</sup> Sonnen/Hansen-Siedler, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", pág. 18; Vogler, *LK10*, vor 22/7; Eser, *Sch/Sch*, vor 22/14; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547, nota 4; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 434 y s. Criterios de política criminal a los que se recurre para justificar la creación de delitos de peligro abstracto (p.e. Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", pág. 486 que señala que «la misma existencia de los delitos de peligro y, en particular de peligro abstracto, encuentra su justificación en la necesidad de garantizar una tutela más acabada y eficaz a bienes jurídicos esenciales»).

<sup>1060</sup> Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 120 y s; Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, pág. 2; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 24; Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, pág. 2; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 58; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 28; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 105; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 219; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 39 II/20; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 721; Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 68 y s; Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 493; Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1624, que establece que se permitirá el castigo excepcional de los actos preparatorios (se refiere a la proposición, provocación y conspiración) cuando el bien jurídico tenga gran importancia, lo cual exige «...la determinación de cuáles sean esos bienes jurídicos respecto a los que resulte excepcionalmente justificada la incriminación de actos –preparatorios– que en principio deben permanecer impunes».

<sup>1061</sup> De forma que el sujeto renuncia a parte de su privacidad y somete esta esquila a la comprobación pública (comprobación de las condiciones higiénicas de los alimentos, examen de conducir, asistencia no armada a una reunión...), Jakobs, "Criminalización...", pág. 310. Díaz-Maroto determina que la ratio legis de la punición de la posesión de arma sin licencia administrativa «nos vendrá dada por la necesidad de evitar el peligro que supone para la propia sociedad la fabricación, comercio y circulación de las mismas...» sin un control administrativo previo, Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 57.



(a) Normalmente esta justificación se lleva a cabo a través de juicios diluidos de peligrosidad. Así se defiende por un lado (a.1) que la especial peligrosidad de las conductas por su relación con el bien jurídico (especialmente valioso), explica y legitima la punición de formas de preparación (art. 400 CP, fabricación o posesión de útiles para la falsificación; § 149 StGB, preparación de la falsificación de moneda)<sup>1062</sup>. Por otro, y con independencia del bien jurídico en cuestión, (a.2) que hay comportamientos que presentan una peligrosidad tal que deben ser castigados para todas las situaciones (p.e. *los actos preparatorios punibles* o el § 30 StGB en el ámbito alemán)<sup>1063</sup>:

- Parte de las teorías que pretenden fundamentar la peligrosidad de ciertos comportamientos preparatorios se basan en la reunión de varias personas en torno a un plan criminal<sup>1064</sup>. A partir de aquí se desarrollan diversas variantes:

(I) Las conductas recogidas en los arts. 17 y s CP son peligrosas porque la participación de varios sujetos en la planificación del delito aumenta la probabilidad de ejecución final (hay mayores garantías de éxito). Cuando el dominio del hecho está en manos de una pluralidad de individuos se dificulta la posibilidad de desistimiento y se incrementa el riesgo de que el delito se realice<sup>1065</sup>.

(II) La punición de esas conductas no se fundamenta en la objetiva peligrosidad del comportamiento realizado sino en que la comunicación de la intención criminal

<sup>1062</sup> Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, pág. 18; Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 121; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547, nota 4; Maurach/Gössel/Zipf, *AT*, 39 II/20; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 8/53 y s; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 28; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 58; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 263 en relación con el art. 184 CP.

<sup>1063</sup> Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 121; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 57; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 24; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, vollendung und Beendigung", *JuS*, 1979, pág. 874, que mantiene que aunque la extensión del alcance del injusto a conductas que están más allá de la tentativa sea necesario para garantizar una efectiva protección del bien jurídico esta extensión no debería hacerse de forma genérica tal y como prevé el § 30 StGB sino que debería limitarse a los tipos penales para los que realmente existe una necesidad político criminal.

<sup>1064</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 97; Mir Puig, S., *PG*6,13/30; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 28; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 60; la misma, "La criminalización en el ámbito previo...", pág. 703; Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 22; STS 1 de diciembre 1992; STS 12 de julio 1995 (f.d.4.º); Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 149, que insiste en que si la especial peligrosidad reside en el concierto de personas (conspiración), puede «resultar discutible la punición de los actos unilaterales, sobre todo si no van dirigidos a una pluralidad de personas y mediante medios de singular eficacia: es el caso, por ejemplo, de la proposición», op. cit., pág. 153.

<sup>1065</sup> Kühl, K., *JuS* 1979, pág. 874; Busch, R., *Maurach-FS*, pág. 248; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 236 y s; Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 17; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 27;.

ayuda a suprimir los reparos que cada sujeto posee y crea una vinculación y una obligación recíproca<sup>1066</sup>.

(III) La peligrosidad reside en la interdependencia funcional que surge entre todos los sujetos inmersos en el desarrollo de un proyecto criminal<sup>1067</sup>. Es decir, la capacidad lesiva se concentra en la mayor peligrosidad que representa para un bien jurídico la implicación de varias personas en un plan criminal, pues ello hace posible el desarrollo de un plan delictivo que no se podría realizar de forma individual<sup>1068</sup>.

- Otras insisten en que representa la puesta en marcha de un proceso causal autónomo e impredecible, que desarrolla su influencia desde el instante en que se comienza la instigación<sup>1069</sup>. Es decir, tales comportamientos suponen la *perdida de dominio de un hecho* que conduce normalmente al resultado sin ninguna otra intervención<sup>1070</sup>.

<sup>1066</sup> Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 289; Roxin, C., *LK11*, 30/3, 10 ; Hoyer, A., *SK2001*, 30/11 ; Kühl, K., *AT2000*, 20/245; Eser, *Sch/Sch*, vor 22/14; Bottke, W., *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung...*, pág. 16 y s; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 264; Farré Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", pág. 727.

<sup>1067</sup> Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 75-79, 86 y s: «...lo esencial es la dependencia funcional que origina el acuerdo tomado para la ejecución del delito, pues de esa dependencia surge el peligro objetivo para el bien jurídico en cuanto que el plan de realización sólo es factible y viable con el concurso de todos los concertados para proceder, en su momento, a realizar actos que entran ya en la fase ejecutiva en el sentido de la teoría de la tentativa...», op. cit, pág. 76.

<sup>1068</sup> Así, con motivo de la proposición, Ruiz Antón defiende que «con la invitación el plan ejecutivo abriga esperanzas de viabilidad. Sin la invitación el proponente deberá renunciar a llevar a cabo el delito proyectado», Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 87. Ahora bien, si la realización del delito se subordina a la aportaciones de todos y al «mantenimiento y solidez de la voluntad delictiva de todos y cada uno de los implicados» en la práctica hay una disminución del riesgo de lesión porque «la reuncia de cualquiera de ellos puede hacer fracasar la perpetración del delito», Martínez Escamilla, *El desistimiento*, pág. 154.

<sup>1069</sup> Decisión del BGH v. 29.19.97 zu § 30 Abs. 1 StGB.

<sup>1070</sup> Kühl, K., *JuS* 1979, pág. 875; el mismo, *AT2000*, 20/244; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 236; Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 17; Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 495; Roxin, C., *LK11*, 30/3, 10); Dreher, D., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 312 y s (que considera respecto a la provocación que su peligrosidad reside en que ha creado un proceso causal sobre el cual no puede intervenir con posterioridad porque no conoce a su destinatario; igual Zielinski, D., *AK*, 111/8); Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 246; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 264; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1521; Hoyer, A., *SK2001*, 30/11; Bottke, W., *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung...*, pág. 16. Crítico Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 297, que sostiene que en estos casos puede haber una pérdida del dominio del hecho, pero también puede que su autor conserve el dominio plenamente. No tiene sentido mantener este criterio de peligrosidad y al mismo tiempo admitir una posibilidad de desistimiento voluntario, que no es imaginable sin un cierto dominio de los hechos. «Si el instigador puede apartar "voluntariamente" el peligro de que el instigado cometa el hecho, es porque se admite que el acontecimiento no se ha sustraído aún a su control», op. cit., pág. 298; crítica en esa línea Martínez Escamilla, *El desistimiento*, pág. 153 y s.

- También se afirma que su peligrosidad reside en que son medios de captación de voluntades destinados a conseguir implicar a otros sujetos en planes orientados a la ejecución de comportamientos delictivos<sup>1071</sup>.

(a.3) Finalmente, se sostiene que la conducta preparatoria recogida por el tipo pertenece a un grupo de comportamientos que ni ponen en peligro ni lesionan un bien jurídico, sino que simplemente pueden producir una lesión del bien jurídico. Es decir, en estos casos, la determinación de la peligrosidad de la conducta se basa en una relación estadística: la probabilidad de que la conducta cause un daño<sup>1072</sup>. Así, se afirma que hay objetos que no pueden ser utilizados privadamente con fines legales —salvo en contadas situaciones y cumpliendo unos requisitos legalmente dados— ya que normalmente son modelos de instrumentos delictivos cuyo uso y consecuencias son impredecibles<sup>1073</sup>.

En concreto, **Jakobs** sostiene que la extensión del alcance penal a las conductas preparatorias que implican la creación y obtención de instrumentos delictivos se justifica por la elevada peligrosidad que existe de que esos objetos se utilicen en un sentido delictivo (ya que normalmente no admiten otro)<sup>1074</sup>. **Neuhaus** mantiene que es punible la preparación realizada con un «prototipo de instrumento delictivo» que sirva para la creación de una condición necesaria de la ejecución o de otra preparación<sup>1075</sup> porque «quien actúa con tales instrumentos abandona el ámbito de lo habitual y demuestra su peligrosidad de tal modo que la confianza de la sociedad en la norma puede ser vulnerada»<sup>1076</sup>. Sin embargo, no es necesario que el instrumento sea peligroso, basta con que así lo crea el que lo utiliza<sup>1077</sup>. En la misma línea **Wohler** considera peligrosas aquellas conductas preparatorias que inequívocamente están vinculadas a un posterior uso delictivo. En tal caso el castigo de esos comportamientos es lícito. Ahora bien,

<sup>1071</sup> Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 266.

<sup>1072</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 231. La cuestión es si la capacidad lesiva de un 1% o incluso 10% que un comportamiento contenga puede justificar su prohibición. ¿La persecución penal de la conducta no dejaría de considerar que el 99 o 90% de los casos no conducen a una lesión? Si sólo se castiga al autor por la realización de una acción que pertenece a una clase de conducta relevante por su peligrosidad estadística, hay que tener también en cuenta que esta acción también pertenece a un grupo que estadísticamente, en casi todos los supuestos, no conduce a un resultado penalmente relevante. ¿En que grupo es preferible integrar el comportamiento? En el segundo en aplicación del principio *in dubio pro reo*, Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 234 y s.

<sup>1073</sup> Jakobs, G., "Criminalización...", pág. 310-11.

<sup>1074</sup> Jakobs, G., *AT91*, 6/86a, pág. 705; de forma parecida Stratenwerth, *AT2000*, 11/9 que considera que en tales casos el castigo de esos comportamientos es lícito. Crítico Roxin, C., "Observaciones sobre la prohibición de regreso", 1989, pág. 170.

<sup>1075</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 145. No obstante, hay que advertir que el autor considera que el uso de un instrumento delictivo supone en todo caso una acción socialmente inadecuada porque con ella el autor supera los límites de lo socialmente permitido en relación con el hecho que se prepara, vid. segunda parte, pág. 234 y s.

<sup>1076</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 144 y s.

<sup>1077</sup> Servirse de una pistola de juguete creyendo que es de verdad, Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 145.

tienen que venir recogidas de forma expresa en el tipo, que hace depender la punibilidad de una acción de la concurrencia de una determinada forma de aparición de la misma entre todas las posibles (p.e. establecer los supuestos en los que se considera injustificada una relación con armas de fuego)<sup>1078</sup>. En el ámbito español sigue una línea próxima a Wohler **Cuello Contreras**, que reconoce la posibilidad de punición de los actos preparatorios que «no admiten «lectura» distinta a la delictiva» y siempre que se respete el principio de taxatividad penal<sup>1079</sup>. Autor que luego justifica la punición de los actos preparatorios sumando a este criterio otros que ya se han señalado con anterioridad. Así, aclara que con la punición (excepcional) del acto preparatorio se castigaría «un acto externo muy próximo a la ejecución del delito y que precisamente se pena porque es difícil diferenciarlo de la ejecución (con lo que, de no hacerlo, existiría el peligro de la ejecución que el Derecho penal está legitimado para impedir), bien sea porque causalmente (por ejemplo, fabricación de moneda falsa) el acto hace muy fácil el paso a la fase siguiente (por su utilización a cargo del propio fabricante o un tercero), bien sea porque el acto crea una sugestión al delito (actos preparatorios de la participación: conspiración proposición provocación), bien sea porque las libertades democráticas fundamentales se ven claramente perturbadas por actos sólo «legibles» como invitación a vulnerarlas incluso delictivamente (por ejemplo, apología del delito, difusión de doctrinas y materiales de contenido racista, xenófobo o sexista, etc.)»<sup>1080</sup>.

(b) Un comportamiento sito en la fase preparatoria puede ser, así mismo *típicamente peligroso*. Es decir, es peligroso (o supera el riesgo permitido, o es socialmente inadecuado) en la medida en que ha sido considerado como tal por el legislador y por ello recogido en un tipo. Por ejemplo, **Fincke**, prescinde expresamente de la demostración de la presencia de una peligrosidad suficiente u otros motivos de carácter material. Considera que la preparación no se puede castigar porque no se satisface el concepto formal de tentativa<sup>1081</sup>. Es decir, la preparación, desde la perspectiva de la teoría de la tentativa prevista en la parte general, nunca podrá ser castigada penalmente<sup>1082</sup>. Ahora bien, la conducta preparatoria se podrá perseguir penalmente siempre que aparezca recogida en un tipo de la parte especial en donde se fije tanto el bien jurídico protegido como el peso del injusto<sup>1083</sup>. La preparación no es punible «porque “excepcionalmente” haya una lesión real del bien jurídico o porque éste tenga un gran valor sino porque el legislador haya visto ya en esa conducta un centro de injusto punible y por ello lo haya configurado como una consumación»<sup>1084</sup>.

<sup>1078</sup> Wohler, W., *Deliktstypen...*, pág. 335 y s.

<sup>1079</sup> Cuello Contreras, J., “Iter criminis”, pág. 624 y s.

<sup>1080</sup> Cuello Contreras, J., “Iter criminis”, pág. 626 y s.

<sup>1081</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 43.

<sup>1082</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 52.

<sup>1083</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 52.

<sup>1084</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 43.

Además, tales conductas son castigadas con independencia de que haya una probabilidad de que se produzca la puesta en peligro concreta del bien jurídico<sup>1085</sup>. Es decir, no hay una puesta en peligro ni concreta, ni abstracta o hipotética del bien jurídico sino que se parte del hecho de que *ex lege* ha sido definida la conducta como peligrosa para prescindir de una posterior comprobación del grado de afectación del bien jurídico. El injusto se basa en la realización de esa conducta típica con independencia de que en el caso concreto puedan lesionar o no<sup>1086</sup>.

(c) También se llega a fundamentar la punición de la conducta preparatoria en la especial peligrosidad del preparador cuya conducta refleja que actuará en un sentido delictivo con posterioridad<sup>1087</sup>.

(d) De igual forma se puede justificar la punición de la preparación mediante creación de un bien jurídico propio<sup>1088</sup>, el recurso a bienes jurídicos indeterminados en su objeto, o bienes jurídicos secundarios o abstracciones del objeto material del bien jurídico<sup>1089</sup>.

(e) Por último, la conducta preparatoria puede ser objeto de punición porque sea una conducta socialmente inadecuada. Así, **Neuhaus** afirma que un acto preparatorio sólo puede ser castigado cuando sirva para la creación de una condición de la ejecución y cuando sea una conducta socialmente inadecuada según la representación del que actúa y a la vista del hecho preparado<sup>1090</sup>. No obstante, la inadecuación social no es suficiente. No basta la simple realización de un comportamiento socialmente inadecuado, es necesario, además, que la acción supere los límites de lo socialmente permitido en relación con el hecho que se prepara<sup>1091</sup>. La alteración del uso de una conducta socialmente adecuada puede convertirla en una acción penalmente relevante. Por ejemplo, la persona que repara un reloj deja de realizar una conducta socialmente adecuada, en relación con el hecho planeado, cuando lo convierte en un detonador<sup>1092</sup>. Ahora bien, este segundo criterio no sólo

<sup>1085</sup> Zieschang, para los delitos de peligro abstracto, *Die Gefährungsdelikte*, pág. 25 y ss.

<sup>1086</sup> Kindhäuser, *Gefährdung*, pág. 234.

<sup>1087</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT*, 39 II/20.

<sup>1088</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 42.

<sup>1089</sup> Vid. primera parte, pág. 20 y ss, 38 y ss.

<sup>1090</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 141, 171. En una línea próxima se situaría una teoría que considerase que una conducta preparatoria puede ser castigada porque provoque una conmoción social (al respecto vid. con motivo de la teoría de la impresión, segunda parte, pág. 210 y ss), lo que, en todo caso, parece que una conducta socialmente inadecuada generaría.

<sup>1091</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 137, 144.

<sup>1092</sup> Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 142 y s. Autor que considera que la acción supera los límites de lo socialmente permitido en relación con el hecho que prepara cuando se utiliza un prototipo de instrumento delictivo, op. cit., pág. 144. Ahora bien, ¿no será que una conducta preparatoria es socialmente inadecuada en cuanto está tipificada? La mayor probabilidad de posterior uso delictivo del instrumento adquirido no convierte la conducta en socialmente inadecuada. Es su tipificación la que otorga esta característica al comportamiento

determina la relevancia penal de una conducta inadecuada, también establece la relevancia de una adecuada. Es decir, un comportamiento socialmente adecuado se convierte, de forma automática, en penalmente relevante en el momento que supera los límites de su uso socialmente permitido. Con ello, si pretende utilizar los dos requisitos de manera copulativa el segundo hace superfluo el criterio inicial: es irrelevante si la conducta era socialmente inadecuada, lo importante es comprobar si se han superado los límites de su uso. En la práctica, esto conduce a que sólo haya un criterio de determinación: a tenor las circunstancias concretas se decide que se le va a dar un uso criminal a la actividad<sup>1093</sup>.

No puede ser el propósito de ese trabajo un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos presentados, ni tampoco la crítica de los mismos. No obstante, debo insistir en que todos estos motivos de excepcional punición de la preparación se integran en un proceso que ha sido utilizado para justificar la relevancia objetiva de conductas previas a la lesión del bien jurídico que, por los motivos político-criminales expuestos, se estimaba que debían ser perseguidos penalmente. Objetivo lícito pero perseguido por medios penales no adecuados<sup>1094</sup> porque se castigan conductas situadas fuera del campo de lesión mensurable del bien jurídico<sup>1095</sup>, y con ello se infringe el principio de ofensividad que resulta de una concepción material del injusto propio de un derecho penal que tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos.

### III. EL CARÁCTER CONDICIONAL Y MEDIATO DE LA PREPARACIÓN.

(1) El acto preparatorio es la medida adoptada para facilitar o hacer posible la comisión de un delito<sup>1096</sup>. Un análisis funcional del plan delictivo o *proceso de selección*

---

preparatorio. Hecho que el propio autor reconoce al mantener que en los actos preparatorios tipificados se recogen conductas que son valoradas por el legislador como social-inadecuadas, Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 136.

<sup>1093</sup> El allanamiento de morada es una conducta socialmente inadecuada *per se*, pero ello no es motivo suficiente para castigarla como acto preparatorio de una «detención ilegal». Ahora bien, mantenerse un periodo de tiempo relevante en el jardín de un extraño con prismáticos, ya puede ser considerado como una conducta de espionaje que prepara esa detención ilegal, Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 137 y s. Sin embargo, el hecho de que se espíe a alguien no revela el fin de esa actividad socialmente inadecuada. El espionaje como tal no muestra de forma unívoca la intención de una persona, como tampoco lo hacía el allanamiento.

<sup>1094</sup> El legislador debe intervenir previniendo la comisión de futuros delitos, pero su medida debe estar informada sobre la probabilidad de lesión del bien jurídico que encierra ese comportamiento, las cosas así, cuanto menores dudas tenga sobre la lesividad de la conducta mayor será la legitimidad de la medida adoptada, Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, pág. 46-55.

<sup>1095</sup> Beck, *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 98.

<sup>1096</sup> Cobo/Vives, *PG5*, pág. 714; Cohen, A., *Die Vorbereitung von strafbare Handlungen*, pág. 14; Kindhäuser, U., *AT2000*, 41/1. En todo caso aclarar que comisión de un delito se entiende como el inicio de la ejecución del hecho típico.



*de medios* muestra como hay actos que conducen directamente al fin lesivo perseguido (*actos productores de la finalidad*), mientras que otros posibilitan los primeros comportamientos (*actos posibilitadores del productor de la finalidad*), es decir son **condiciones** del objetivo delictivo perseguido<sup>1097</sup>. «...Serán actos preparatorios aquellos que, funcionalmente visto, tienen el rol de operar como condiciones posibilitadoras del acto que fue seleccionado por el autor para producir el resultado típico»<sup>1098</sup>. Por ejemplo, la obtención de un instrumento, la búsqueda del lugar del delito, recabar información, etc., son actividades que hacen posible la producción del resultado, y como tales, condiciones que determinan su viabilidad<sup>1099</sup>.

(2) Así mismo, la preparación tiene, según se deriva de un concepto material de Derecho penal centrado en la protección de bienes jurídicos, un carácter **mediato** con respecto a la lesión del interés tutelado y ello, en la medida en que no puede lesionar por sí misma el bien jurídico tutelado<sup>1100</sup>. La preparación no posee capacidad autónoma para afectar al bien jurídico, ni siquiera para ponerlo en peligro abstracto. Su peligrosidad es *mediata* porque son comportamientos que no pueden conseguir la lesión planeada por sí solos. Su amenaza al bien jurídico se limita a facilitar el desarrollo de un plan criminal que exige otra/s conducta/s posteriores. O sea, el inicio de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico depende de un comportamiento que sólo puede ser efectuado cuando en la fase preparatoria se ha aportado o conseguido lo que estaba planeado.

Hay acciones que ni de forma hipotética pueden poner en peligro de forma directa el interés protegido. Son conductas que no son peligrosas en absoluto si no van asociadas a un comportamiento sucesivo y de carácter delictivo<sup>1101</sup>. Su capacidad

<sup>1097</sup> Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 71-75, terminología en cursiva tomada del mismo autor, ibídem. Otorga también este carácter mediato a la conducta preparatoria, Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 16.

<sup>1098</sup> Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 134.

<sup>1099</sup> Otto, H., *AT5*, pág. 266.

<sup>1100</sup> Próximo Thormann, P., "Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen", pág. 12; Schmidhäuser, *AT84*, 11/13; Hauf, *AT*, 1996, pág. 133; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 22/5; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, pág. 110 (son conductas que no conducen directamente al comienzo de la ejecución); Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 311. Capacidad lesiva mediata que puede ser igualmente una cualidad predicable de la participación. Considera que la *participación* representa una puesta en peligro del bien jurídico mediata y dependiente de la realización de la voluntad del autor, Otto, H., "Straflose Teilnahme?", pág. 210; el mismo, "Anstiftung und Beihilfe", pág. 559. Ahora bien, con ello Otto defiende que la conducta del partícipe es penalmente relevante porque hay una puesta en peligro mediata del bien jurídico (ibídem), y no lleva a la conclusión, que yo mantengo, de que el carácter condicional y mediato del peligro contenido en la preparación determina la falta de necesidad de perseguir penalmente el acto preparatorio porque no hay todavía ninguna puesta en peligro del interés tutelado.

<sup>1101</sup> Jakobs, "Criminalización...", pág. 309-10.

lesiva depende, por tanto, de su utilización posterior para la satisfacción de un fin criminal. Esto es, su peligrosidad es mediata porque sólo podemos sostener que el bien jurídico protegido ha sido puesto en peligro de forma penalmente relevante cuando las condiciones favorables creadas o los objetos aportados al efecto son usados en un segundo momento para la consecución del delito planeado. Por consiguiente, la situación anterior sólo puede ser definida como peligrosa en la medida en que crea las condiciones que exige el posterior desarrollo de un plan criminal, sin embargo, autónomamente (sin tener en cuenta esa futura actividad delictiva) no crean si quiera una situación de peligro. Así, un delito de tenencia<sup>1102</sup>, la obtención de un arma sin licencia administrativa, aunque sea una acción que se asocia con formas delictivas de todo tipo, no puede conducir directamente a la lesión del bien jurídico sin una actuación posterior. De este modo, «...la posesión de un objeto no presenta, en sí misma, peligro alguno. Dicha posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que puede conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto. V. Gr.: ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o de un coche afectan por sí mismas a los bienes jurídicos, sino, a lo sumo el uso que de estos objetos se haga. Así, la utilización de automóviles se torna (especialmente) peligrosa cuando se la acompaña de la embriaguez del conductor (§ 316 StGB, (scil. Art. 379 CP), al igual que la gasolina cuando se emplea como medio para un incendio»<sup>1103</sup>.

Cuestión distinta es que se mantenga que haya una necesidad de sancionar penalmente esa conducta preparatoria porque, en un número de ocasiones muy elevado, un cuchillo de X cm, adquirido sin autorización administrativa, ha sido utilizado para la realización de una actividad delictiva. En tal caso conviene reparar en que el enjuiciamiento estadístico del peligro no determina que la simple adquisición del instrumento sea penalmente relevante porque con ello ya se pueda matar a una persona, sino que su peligrosidad reside en el hipotético uso delictivo del mismo que se le pueda dar a posteriori.

<sup>1102</sup> Terminología tomada de Struensee, E., "Los delitos de tenencia". Al respecto vid. Struensee, E., "Los delitos de tenencia", pág. 107 y ss; Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, Berlín, 2001.

<sup>1103</sup> Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos...", pág. 65; Maatsch, A., "Das gefährliche Werkzeug im neuen § 244 StGB", pág. 77 y s; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 107. Eckstein señala que en estos casos el legislador tipifica semejantes comportamientos para proteger al bien jurídico potencialmente amenazado. Así, los delitos de tenencia pretenden evitar el uso de un objeto potencialmente peligroso (Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, pág. 75-79) como representa la posesión de armas; evitar la ayuda al desarrollo de actividades criminales que representa la tenencia de determinados objetos como ocurre con la pornografía infantil (op. cit., pág. 67-70; Schröder, F-C., NJW, 1993, pág. 2582); evitar la presencia de un objeto por su especial peligrosidad física (trasporte ilegal de virus, sustancias químicas...) o psíquica (portar armas a la vista en una reunión pública) (op. cit., pág. 70-3). No obstante, en el último supuesto las conductas perseguidas no responden a la crítica aquí expuesta, pues realmente pueden provocar una lesión, un menoscabo en un bien jurídico sin intervención posterior alguna.

En resumen, esta subordinación de la conducta preparatoria a una plan criminal, que facilita pero que no puede culminar por sí sola, determina el grado máximo de capacidad lesiva que puede poseer una conducta preparatoria, así como la posición que debe ocupar dentro de la escala del *iter criminis*.

(3) Ahora bien, aunque toda preparación sea condicional y tenga una peligrosidad mediata este carácter está **subordinado al bien jurídico protegido**. Así, hay comportamientos que pueden ser una preparación o una tentativa en función del bien jurídico que se pretenda lesionar. El grado de peligrosidad de una conducta viene fijado por el interés protegido: el bien jurídico tutelado de referencia determina si un comportamiento es condicional respecto a una lesión o puesta en peligro del mismo o no. Como el contenido del bien jurídico fija el alcance del injusto, de tal modo que «un mismo hecho puede ser calificado de daño o peligro según el posible objeto de la tutela»<sup>1104</sup>, una misma conducta, preparatoria en relación con un bien jurídico, puede ser una tentativa e incluso una consumación si se vincula a otro interés distinto<sup>1105</sup>. Es decir, el bien jurídico de referencia modifica el grado de peligro de un comportamiento que, sin dejar de ser mediato para un bien jurídico X, se convierte en directo para Y. De ahí que no se pueda hablar en un sentido estricto de acto preparatorios absolutos para todos los casos pues casi siempre se pueda hallar un interés penalmente amparado o amparable que admita ese comportamiento como forma de lesión típica.

Así, la *seguridad colectiva* o la *paz pública*, que parece ser el bien jurídico que preside el Capítulo V del CP95, permite convertir, comportamientos que no ponen directamente en peligro la vida o la integridad física de las personas, a saber, la mera la posesión sin licencia administrativa de armas (art. 563 y s CP)<sup>1106</sup>, de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes (art. 568 CP), de drogas (art. 368 CP), de sustancias o materiales para la producción o fabricación ilícita de drogas tóxicas (art. 371 CP), en conductas típicas que no sólo representan una puesta en peligro, sino que incluso puede ser una forma consumada de lesión del interés colectivo protegido y que, en todo caso, serán ejecutivas<sup>1107</sup>.

<sup>1104</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, pág. 185.

<sup>1105</sup> Vid. primera parte, pág. 42 y ss.

<sup>1106</sup> La «...seguridad general queda evidentemente lesionada cuando se poseen o portan armas de fuego sin haberse conseguido previamente las habilitaciones necesarias establecidas por la Administración pública», Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, pág. 63 y s.

<sup>1107</sup> No obstante, también se defiende que en estos supuestos el bien jurídico *universal* (*abstracto* en palabras de Zaczyk) no es en realidad el bien jurídico atacado sino un bien jurídico individual (vida, patrimonio...) que es puesto en peligro concreto o abstracto por la conducta típica, Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 322 y s. Aparte de los problemas que se derivan de la negación del carácter colectivo de los intereses supraindividuales, especialmente en el ámbito

De nuevo, insistir en que la creación de bienes jurídicos colectivos no autoriza en un sentido estricto la transformación del grado de peligrosidad del comportamiento preparatorio. Es la abstracción y/o falta de determinación de su objeto material y no el proceso de inclusión en el código penal de nuevos intereses colectivos dignos de tutela la que causa esa metamorfosis<sup>1108</sup>.

#### **IV. EL CARÁCTER PREEJECUTIVO DE LA PREPARACIÓN.**

##### **1. El carácter relativo de la naturaleza preejecutiva de la preparación.**

En lo referente a su carácter no ejecutivo, debo afirmar, en parte como consecuencia lógica del carácter condicional y mediato de la conducta preparatoria, que evidentemente semejantes acciones no pueden dar comienzo a la ejecución del tipo. Se limitan a posibilitar, facilitar o asegurar una ejecución posterior.

El acto preparatorio, por consiguiente, es la conducta no ejecutiva que se encuentra situada entre la mera planificación interna y la tentativa. Por tanto, tiene como límite mínimo haber superado la fase interna y como límite máximo no haber comenzado la inmediata ejecución típica de la resolución delictiva<sup>1109</sup>. La fase preparatoria es una fase preejecutiva, previa a la tentativa, que, además, incluye conductas que en la mayoría de los casos no desembocan con posterioridad en una tentativa (es decir, no alcanzan la fase ejecutiva), ya sea porque (1) el autor ha reconsiderado la situación y decide no continuar, ya porque hay algunas dificultades objetivas (2.a) que impiden que se llegue a la tentativa o (2.2) conducen a nuevas reflexiones del autor que finalmente opta por abandonar su plan<sup>1110</sup>. Ahora bien, aunque se parta de la aceptación genérica del carácter preejecutivo de la preparación conviene reparar en que los actos preparatorios no son las únicas conductas preejecutivas y en que ese carácter preejecutivo es relativo ya que depende de la forma de tipificación de la preparación y de la estructura del tipo de referencia de la parte especial.

---

de la capacidad de disposición de los mismos y validez del consentimiento, difícilmente se puede justificar que la preparación (condición de una conducta posterior, por tanto, dotada de una peligrosidad condicional, condicionada o subordinada) represente un inicio inmediato de ejecución en lo que se refiere a los intereses individuales subyacentes. Lógicamente estos delitos tipifican conductas que, en relación con la integridad de los bienes individuales, estarían escasamente justificadas por su lejanía al objeto de protección.

<sup>1108</sup> Vid. primera parte, pág. 28 y ss.

<sup>1109</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 57; Stratenwerth, *AT2000*, 11/7; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 37 y s; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 712 y s; Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág. 94.

<sup>1110</sup> Parecido Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, § 39 II/19.

(1) No se puede defender que toda conducta no ejecutiva sea necesariamente un acto preparatorio<sup>1111</sup>. La identificación de la falta de inicio de la ejecución exclusivamente con la preparación es incorrecta porque este enfoque pasa por alto que la no-ejecutividad en su sentido técnico también es una nota intensional propia de la participación. Un sistema que distingue entre autoría y participación no puede concluir que todos los comportamientos no ejecutivos son actos preparatorios pues muchos de ellos serán en realidad formas de participación que, *en todos sus modos de realización*, comparten la nota intensional de la no-ejecutividad<sup>1112</sup>. En la participación no hay ninguna conducta ejecutiva del partícipe en sentido estricto, ésta sólo es realizada por el autor principal. Por lo tanto, la participación (consumada o no) será siempre una forma de comportamiento no ejecutivo<sup>1113</sup>.

(2) Tampoco se puede olvidar que si ejecutiva es la conducta que realiza o comienza la realización del modo de actuar descrito en un tipo penal y si *realización del tipo* y lesión plena o simple puesta en peligro del bien jurídico protegido no coinciden<sup>1114</sup>, entonces, una conducta preparatoria puede ser ejecutiva, con independencia de su escasa afectación objetiva del interés tutelado, por ejemplo, cuando se recoja en un tipo de forma autónoma. Es decir, un acto preparatorio puede ser como tal una conducta ejecutiva en los supuestos en que no se castiga mediante la técnica de la extensión del injusto sino a través de la creación de un tipo que recoge como resultado del mismo un modo de preparación delictiva. En ese caso ya no se puede hablar de conducta preparatoria ni de tentativa sino sólo de consumación<sup>1115</sup>. Esto es, el tipo autónomo se consuma con la realización de una conducta que coincide con lo que sería un acto preparatorio dentro del *iter criminis* del hipotético delito

<sup>1111</sup> Como, por ejemplo, señala Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 513: «En realidad, las formas imperfectas de ejecución de la participación... no son más que actos preparatorios del delito, al faltar en todas ellas por definición el principio de ejecución que es propio de la tentativa y que marca, con carácter general, el momento del comienzo de intervención del Derecho Penal». «La conspiración, recogida en el párrafo primero del art. 4 del Código Penal, pertenece a una fase del iter criminis anterior a la ejecución, por lo que tiene -hasta cierto punto- naturaleza de acto preparatorio...», STS 24 de octubre 1989 (f.d. 2.º).

<sup>1112</sup> Y no es una excepción la complicidad ejecutiva porque aunque sea una aportación hecha durante la fase ejecutiva, la conducta del cómplice propiamente dicha nunca podrá ser ejecutiva ya que no coincide con la conducta típica, si esto fuera así no sería posible hablar de complicidad sino de coautoría.

<sup>1113</sup> Insiste en que la conducta ejecutiva es lo opuesto tanto de la preparación como de la participación Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 94. Olmedo sostiene que «los partícipes, por definición, no ejecutan en modo alguno», Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 811.

<sup>1114</sup> Strantenwerth, G., *AT2000*, 11/33.

<sup>1115</sup> Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, § 22 Rdnr. 5

final. Si se mantiene esta perspectiva «... no hay «actos preparatorios» en sí, ni «actos de ejecución» en sí. La tenencia de instrumentos para falsificar, incriminada en el art. 400 CP no representa un acto preparatorio «excepcionalmente» penado, sino un acto auténtico de ejecución, porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente»<sup>1116</sup>.

Además, no se debe pasar por alto que, como ya he indicado antes, el bien jurídico tutelado tendrá una influencia determinante. Este permitirá convertir preparaciones en tentativas y formas de consumación<sup>1117</sup>.

Incluso se ha llegado a defender que la preparación es una ejecución indirecta. A partir de la descripción que el CP hace de la tentativa (una *ejecución directa del delito*) se concluye que la preparación será una ejecución *indirecta*<sup>1118</sup>. Esta distinción no es acertada, pues como pone de manifiesto Cobo/Vives, «la expresión, "directamente", se refiere, pues, a la *orientación del acto hacia su meta* y no determinan la existencia de dos especies de ejecución, propia e impropia, estricta y amplia, que permitan, de algún modo, considerar que la preparación es ejecución. Y no podría ser de otra manera, pues admitir que la preparación es ejecución, implica una contradicción semántica: ejecutar es, conceptualmente, *poner por obra* el tipo y el que lleva a cabo un acto preparatorio todavía no ha comenzado a poner por obra el tipo»<sup>1119</sup>.

Por otro lado, si los códigos incluyen preceptos que extienden el alcance de los tipos recogidos en la parte especial hasta la preparación, tampoco se podría negar que dichos comportamientos comenzaran formalmente a ejecutar el tipo de modo penalmente relevante por mucho que su peligrosidad fuera mediata.

(3) Por último, también se debe tener en cuenta que hay conductas preparatorias que pueden ser formas de ejecución cuando de la interpretación del tipo se deduzca que alguna conducta preparatoria se puede incluir dentro de su *marco de significado típico*.

Abundando en este punto, ya he señalado que la preparación es condicional porque siempre facilita la realización de una futura lesión o puesta en peligro del bien

<sup>1116</sup> Bacigalupo, E., *Principios*97, pág. 335; Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 9. Bacigalupo considera que como los conceptos de preparación y ejecución son relativos y dependen del momento en que «en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico» nunca habría un castigo excepcional de la preparación pues la tipificación de la conducta la convierte en una auténtica ejecución, op. cit., pág. 335. Ahora bien, aunque se pueda afirmar que formalmente la conducta sea ejecutiva e incluso represente un *resultado*, en estos casos se mantendría siempre presente el problema de si más allá de la consumación del tipo preparatorio hay materialmente un inicio de ejecución de la lesión de un bien jurídico. En todo caso, hay que tener en cuenta que este comentario no sería del todo adecuado a la vista de lo mantenido en el presente trabajo: el art. 400 es una forma de punición no autónoma de la participación.

<sup>1117</sup> Tiene en cuenta ambas variables (bien jurídico y tipo penal) para determinar si ha habido una afectación de la libertad de la víctima (en relación con un elemento esencial del interés protegido), Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 311-317, 320.

<sup>1118</sup> Sobre esta opción vid. Cobo/Vives, *PG5*, pág. 719.

<sup>1119</sup> Cobo/Vives, *PG5*, pág. 719 y s.



jurídico y mediata porque no puede, directamente, poner en peligro de lesión o puesta en peligro concreto al bien tutelado. Esas dos características determinan el carácter preejecutivo de la preparación. También he indicado que esta afirmación inicial debe ser en cierta medida corregida ya que aunque un comportamiento preparatorio pueda ser mediato en relación con la lesión del bien jurídico protegido, puede ser una conducta ejecutiva en consideración a la descripción típica. Es decir, en la medida en que el comienzo de la ejecución y la puesta en peligro directa del bien jurídico no coinciden necesariamente el criterio del carácter mediato de la peligrosidad, aunque sea una característica propia de toda preparación, no nos permite distinguir preparación de tentativa porque en la fase ejecutiva pueden incluirse comportamientos que, en relación con el bien jurídico tutelado, serían mediatos y sin embargo son abarcados por la descripción típica<sup>1120</sup>.

Por consiguiente, (a) qué se entienda por inicio de ejecución y por conducta típica dependerá tanto de la teoría utilizada para deslindar preparación de tentativa, como del tipo concreto de referencia, y del plan del autor<sup>1121</sup>.

Así, cuando A realiza un hoyo y lo cubre de modo que no se puede apreciar a simple vista su existencia, si se recurre al criterio de la proximidad a la esfera de víctima no habrá un inicio de la tentativa hasta que la víctima se encuentra en el camino que conduce a la celada. Sin embargo, desde la teoría de la inmediatez del acto será determinante conocer a partir del tipo de referencia si el comportamiento, en función del plan del autor, conduce sin actos esenciales a una lesión típica del bien jurídico. Por tanto, en el caso de que con esa trampa pretenda robar con posterioridad a A la conducta será preparatoria porque existen otros actos intermedios esenciales, pero si lo que se desea es matar a A por inanición simplemente abandonándolo a su suerte se puede considerar la presencia de un inicio de ejecución por la falta de esos actos esenciales<sup>1122</sup>.

<sup>1120</sup> En ese sentido Alcácer considera que «lo que distingue los actos ejecutivos, lo que es privativo de ellos y no de los preparatorios, es que sólo ellos entran en el marco de significado de la descripción típica...», Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 44. Es decir, hay que «determinar si la conducta del autor puede ser ya considerada un comienzo de ejecución, en el sentido de ser una «acción inmediatamente dirigida a la realización de la conducta descrita en el tipo»», op. cit., pág. 41.

<sup>1121</sup> Sobre la relación entre tentativa y descripción típica como criterio para determinar el injusto de la tentativa y criterio de diferenciación con la preparación vid. Vogler, T., "Beginn des Versuchs", pág. 291-303; el mismo, *LK10*, 22/58-67 (que en definitiva considera que la determinación de la inmediatez, en su caso de la *específica inmediatez* –vid. realización parcial-, es un problema de interpretación del tipo, op. cit., 22/60); Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 378-84. Insiste en que la delimitación entre preparación y tentativa depende de la redacción del tipo, de la interpretación de este y de la representación subjetiva de los hechos por parte del autor, Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 626.

<sup>1122</sup> «Quien tiende una trampa en el bosque para atrapar en ella a su enemigo puede pretender su muerte bien dejándole que perezca por inanición (scil. tentativa), bien disparando sobre él una vez cogido en la trampa (scil. preparación)», Mir Puig, S., *PG6*, 13/56. En relación con este ejemplo, Alcácer Guirao considera que no hay una distinción entre tentativa y preparación sino entre tentativa acabada e inacabada. Así, en el segundo caso, cuando pretende disparar sobre el enemigo hay una tentativa inacabada, Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 488 y s.

En efecto, si el bien jurídico protegido podía modificar el grado de peligrosidad de una conducta, el tipo de referencia, en cambio, permite (cuando se recurre a criterios de delimitación centrados en la interpretación amplia del *marco de significado típico*) integrar comportamientos con una peligrosidad mediata (y que en un sentido estricto serían preparaciones) como formas de tentativa.

Además, (b) y como consecuencia de lo anteriormente afirmado, la amplitud de la descripción de la conducta típica, es decir, el grado de ambigüedad o indeterminación que posea, determinará a su vez el ámbito de la preparación. Cuanto mayor sea la amplitud del objeto material tutelado en ese tipo (lo cual depende no sólo del nivel de abstracción del interés protegido en sí, sino igualmente del grado de vaguedad presente en la definición de sus contornos materiales) mayor será el espectro de conductas que caben en el mandato normativo de respeto o en la prohibición normativa de lesión<sup>1123</sup>. De modo que, el recurso a términos ambiguos en el tipo posibilita la integración en el marco ejecutivo de cualquier comportamiento. Cuando el art. 368 CP incluye «o de otro modo promueva» está autorizando al juez para que sea el encargado de precisarse la conducta es típica, de forma que podría quedar espacio para la preparación pues todo comportamiento relacionado con el tráfico de drogas podría ser incluida en su *marco de significado típico*.

De igual forma, cuando el art. 510.1 castiga con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses a «los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias...», crea un tipo abierto que gracias a la vaguedad de los conceptos utilizados puede dar cobertura a la punición de cualquier comportamiento<sup>1124</sup>.

Un concepto de discriminación extensivo<sup>1125</sup> daría al precepto un carácter excesivamente amplio (más un teniendo en cuenta la mención al odio<sup>1126</sup>) e impreciso<sup>1127</sup>, más aún

<sup>1123</sup> La dificultad en la delimitación entre tentativa y preparación es directamente proporcional a la indeterminación de la conducta típica.

<sup>1124</sup> Insiste en la «altísima cota de indeterminación y grave falta de taxatividad que caracteriza al tenor de las distintas figuras penales (scil. relativas a la protección frente a la xenofobia y discriminación)», Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 249.

<sup>1125</sup> Como el que mantiene el art. 1 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 la define como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública», citado por Portilla Contreras, G., «Delitos contra la constitución IV. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria (I)», pág. 687.

<sup>1126</sup> «... Difícilmente puede ser provocación la incitación directa al odio, ya que éste no es más que un estado de ánimo. Se define el odio como 'antipatía y aversión hacia alguna cosa o persona cuyo mal se desea'. Por tanto, si la provocación es la incitación a un delito y el odio no es, que se sepa por el momento, un delito, no estamos ante una provocación en el sentido del art. 18, sino

cuando el tipo exige una motivación que va más allá de etnia, religión o nacionalidad, introduciendo otros ámbitos de la vida social. No quedan claras cuales son las conductas concretas que pueden ser consideradas típicas. No se conoce, pues, el alcance objetivo del tipo, el cual queda tan abierto que, además de crear una situación de inseguridad jurídica e infringir el principio de legalidad, deja una puerta abierta a una represión descontrolada<sup>1128</sup>.

La conclusión que se deriva de todo lo dicho hasta el momento es que, en relación con un mismo bien jurídico y un mismo tipo penal, hay dos conceptos de preparación. Una preparación en un sentido estrictamente material, a saber, aquella que incluye comportamientos que son condicionales y mediatos (a propósito del bien jurídico protegido en el tipo en cuestión) porque *sólo* pueden crear las condiciones que facilitan una posterior puesta en peligro y que no puede conducir de forma directa a la lesión del bien jurídico. En este punto el criterio de distinción entre tentativa y preparación se halla en el grado de peligrosidad de cada una. En cambio, una preparación en un sentido formal integra todas las conductas que con independencia de su grado de peligro (mediato o directo) no son abarcadas por el *marco de significado típico*. Ahora el criterio de diferenciación entre tentativa y preparación se encuentra en el inicio de la ejecución del tipo. Si ese criterio se vinculara a la idea de peligrosidad entendida como capacidad de afectación directa del bien jurídico la preparación en un sentido formal coincidiría con la material. Sin embargo, ello no sucede así cuando el carácter ejecutivo o no de una conducta está sometido a una interpretación del precepto penal<sup>1129</sup> en el sentido de precisar su *marco de significado típico*. Ello puede conducir de *facto* a la inclusión dentro de la fase

---

simplemente ante la sanción de la generación de un estado de antipatía y aversión por móviles discriminatorios», Portilla Contreras, op. cit., pág. 688. Critica también el concepto provocación al odio porque supone una punición de las ideas que contradice el principio del hecho, Gómez Navajas, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995", pág. 1842.

<sup>1127</sup> Muñoz Conde, *PE11*, pág. 707.

<sup>1128</sup> Por ello Landa Gorostiza propone una interpretación restrictiva en el sentido de exigir un comportamiento de tal importancia, a tenor de las circunstancias, que se pueda entender que ponga en peligro la «seguridad existencial del colectivo» protegido, Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 134-36; el mismo, "La llamada «mentira de Auschwitz»...", marg. 710 y s.

<sup>1129</sup> Es decir, «el punto de partida para una delimitación (scil. entre tentativa y preparación) es la conducta típica del correspondiente tipo de la parte especial...», Rudolphi, *SK*, 22/9; el mismo, "Zur Abgrenzung...", pág. 22; Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 291; el mismo, *LK10*, 22/58; Kühl, K., *StGB24*, 22/4; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 300, 313-317; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/43; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 431 y s. Ahora bien, ello no quiere decir que se practique una interpretación aislada de cada tipo para determinar cuando hay una tentativa, sino que la fijación de la tipicidad de la tentativa se subordina a una «interpretación conjunta del art. 16 y el respectivo tipo legal de la Parte Especial», Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 64; similar Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 378.

ejecutiva de formas preparación que aunque contienen un grado de peligrosidad mínimo y mediato (con respecto al bien jurídico de referencia) se hallan en una relación de proximidad con la conducta típica en un sentido formal estricto.

En consecuencia, habrá preparaciones materiales que desde una perspectiva formal sean actos ejecutivos<sup>1130</sup>. Incluso sería posible hablar de tentativas que fueran preparaciones formales (especialmente cuándo se utiliza una teoría formal estricta)<sup>1131</sup>. En concreto, según el criterio que se utilice para interpretar el tipo a la hora de determinar cuándo hay un inicio de la ejecución se incluirán mayor o menor número de conductas preparatorias en la fase ejecutiva<sup>1132</sup>. En definitiva, el establecimiento de una frontera entre tentativa y preparación no es un problema de fijación del grado de peligrosidad de un comportamiento sino que se trata de una decisión normativa sobre el inicio de la ejecución formal del tipo de referencia. Por tanto, la diferenciación de las dos figuras sólo se puede efectuar mediante la interpretación del tipo penal concreto. El plan del autor, el grado de determinación de la conducta típica y el criterio de interpretación utilizado serán los factores que influyan en la exégesis del tipo y en la fijación de su marco de significado, los cuales incidirán en la extensión del concepto formal de ejecución.

El recurso a criterios de interpretación objetivos para determinar ese marco formal de significado típico puede conducir a la equívoca creencia de que con ello se ha satisfecho unos criterios objetivos para fijar un límite entre ambas figuras. Empero, ello no es así, porque estos criterios de interpretación sólo permiten paliar las dificultades que arroja una estricta teoría formal, es decir, que permiten extender ese marco formal, y todavía no dicen nada sobre la relevancia objetiva del comportamiento enjuiciado<sup>1133</sup>. Por tanto,

<sup>1130</sup> Murmann defiende la presencia de actos preparatorios próximos al tipo que la tentativa incluye aunque no lo sean en sentido estricto. Ello porque crean un peligro que en su evolución alcanza el plano típico, porque lesionan las expectativas de otro sujeto y además revelan que el autor tenía la intención de que la conducta preparatoria se convirtiera en ejecutiva (por eso exige la presencia de una resolución delictiva definitiva entendida como voluntad de querer realizar una conducta preparatoria sabiendo que conduce necesariamente a la ejecución del tipo), Murmann, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, pág. 10-12.

<sup>1131</sup> Y en ese sentido tendría razón Alcácer Guirao cuando sostiene (*tentativa y formas de autoría*, pág. 44) que los actos preparatorios pueden ser también peligrosos.

<sup>1132</sup> Existe un cierto desacuerdo a la hora de establecer cuando se da comienzo a la ejecución del tipo, esto es, cuándo comienza la tentativa, Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 144; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 11. De modo que, hay algunos actos que pueden situarse, según la teoría esgrimida, en el lado de la ejecución o en el de la preparación. Así pues, la decisión sobre el carácter preparatorio de la conducta implica que ha habido una dictamen previo que no lo ha considerado como ejecutivo, pero que en otras circunstancias, podría haber mantenido lo contrario.

En resumen, según la teoría que se utilice se ampliará el número de conductas preparatorias abarcadas por la fase ejecutiva.

<sup>1133</sup> Berz señala el carácter formal que poseen criterios de delimitación de la tentativa como la teoría de los actos intermedios o la relación temporal y de proximidad con el objeto del delito, Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 513-17.

hay que tener cuidado en el uso del término *criterios objetivos de delimitación*, pues en unos casos se hace referencia a una regla de interpretación formal, mientras que en otros se vincula con la exigencia de una afectación del bien jurídico protegido.

## 2. Los esfuerzos teóricos orientados a la delimitación de la tentativa y la preparación<sup>1134</sup>.

El establecimiento de una frontera entre la fase preparatoria y la ejecutiva depende de la teoría que se utilice para fundamentar la punición de la tentativa<sup>1135</sup>. Desde esta perspectiva, los criterios utilizados para fijar la distinción entre tentativa y preparación se dividen en subjetivos, objetivos. Ahora bien, difícilmente se puede establecer, con el recurso exclusivo a estos criterios, una divisoria válida para todos los casos entre tentativa y preparación. Con carácter general se puede defender que las teorías subjetivas extienden el ámbito de la tentativa punible al reclamar simplemente la presencia de una voluntad delictiva manifestada. Así, la opción subjetiva permite prácticamente castigar cualquier preparación como tentativa pues la voluntad delictiva, en teoría, también puede concurrir en la fase preparatoria. En cambio, las teorías objetivas reducen la franja ejecutiva al exigir una lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>1136</sup>. El uso estricto del planteamiento objetivo ora reduce en exceso el ámbito de la tentativa, ya que aunque es la regla más respetuosa con el principio de ofensividad es incompatible con la descripción de ciertos tipos; ora lo amplía al poder justificarse en todo comportamiento un relevante grado de afectación de interés protegido penalmente.

El problema reside, por tanto, en que el establecimiento de la franja ejecutiva no depende exclusivamente de la teoría de justificación de la punición de la tentativa

<sup>1134</sup> Sobre las teorías acerca de la distinción entre tentativa y preparación vid. Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 506 y ss, 650 y ss, 811 y ss; Walder, H., "Strarechtdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch?»", 1983, pág. 537 y ss; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", JA, 1983, pág. 420 y ss, 578 y ss; Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", Jura, 1984, pág. 511 y ss; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1987, pág. 299-325; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, 1988, pag. 37-87; Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; Vogler, LK10, 22/23 y ss; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, pág. 142-150; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, pág. 1106 y ss, JuS 1999, pág. 32 y ss, 140 y ss; Kühl, K., *AT*, 15/38-85d, 2000; Alcácer Guirao, R., *La tentativa y formas de autoría*, 2001, especialmente pág. 17-82; Eser, *Sch/Sch* 22/24-42, 2001; Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", GA, 2002, pág. 367 y ss; Guhra, E., *Das vorsätzlich-tatbestandsmäßige Verhalten beim beendeten Versuch*, 2002.

<sup>1135</sup> Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 506.

<sup>1136</sup> Vid. Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 506.

sino que se subordina a la redacción de un tipo y a la interpretación del mismo. Por ese motivo se recurre a criterios objetivos y subjetivos de interpretación del tipo permiten superar en cierta medida las limitaciones que cada uno de estos enfoques poseía de forma aislada<sup>1137</sup>.

### **A. Intentos subjetivos de diferenciación entre tentativa y preparación.**

Las **teorías subjetivas** son aquellas que establecen una separación entre tentativa y fase preparatoria en función de la voluntad del autor. Así, de conformidad con el criterio subjetivo utilizado para justificar la tentativa sostienen que la delimitación entre tentativa y preparación se encuentra en constatar la presencia de una voluntad dirigida a la producción de un resultado delictivo. Ahora bien, el problema reside, primero, en que en un sentido subjetivo estricto no existe diferencia entre consumación, tentativa y preparación<sup>1138</sup>, es decir, se puede mantener que todas las fases del *iter criminis* poseen un mismo tipo de injusto subjetivo consumado. Segundo, en que no se puede conocer en numerosas ocasiones si la intención del autor es criminal, e incluso si se supera esta primera barrera tampoco se puede llegar siempre a tener conocimiento del delito que quiere realizar el sujeto<sup>1139</sup>. Para evitar esta dificultad se defendía que la intención debía ser reconocible por su objetivación en la conducta realizada<sup>1140</sup> (lo que se enfrenta al problema del carácter equívoco de la mayoría de los modos de actuar<sup>1141</sup>), porque a tenor de su comportamiento se pueda deducir que estaba en «gran medida irrevocablemente» resuelto<sup>1142</sup>. Soluciones que generan una evidente inseguridad jurídica y dejan la puerta abierta al decisionismo.

Variantes de la perspectiva subjetiva pero con un presunto referente objetivo son las reglas aportadas por la teoría de la impresión y la expresión. La primera de ellas afirma que la impresión generada en la sociedad por la conducta efectuada será el criterio que, aparte de justificar la punición de la tentativa, nos permita distinguir

<sup>1137</sup> Pero en todo caso sin perder de vista que se subordinan a un criterio de delimitación formal, es decir, no será ni la intención del sujeto, ni la peligrosidad del comportamiento los motivos que justifiquen la distinción entre ambas figuras.

<sup>1138</sup> Sobre los intentos realizados para justificar, no obstante, una diferencia entre las figuras del *iter criminis* vid. segunda parte, pág. 213 y ss.

<sup>1139</sup> Vid. segunda parte, pág. 167 y ss.

<sup>1140</sup> Vid. segunda parte, pág. 174 y ss.

<sup>1141</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 62.

<sup>1142</sup> Waiblinger, M., "Subjektivismus und Objektivismus in der neuen Lehre und Rechtsprechung vom Versuch", pág. 202-210. Para determinar esa irrevocable resolución tiene en cuenta el carácter del autor y las circunstancias del hecho, op. cit., pág. 207.



entre tentativa y preparación<sup>1143</sup>. De ese modo, habrá tentativa cuando la acción realizada fuera capaz de conmocionar a la comunidad de modo que pueda perder la confianza en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico. La vaguedad del concepto utilizado, como se señaló en páginas anteriores, permite que la determinación de la relevancia penal de una conducta y, en concreto, la fijación de su carácter preparatorio o ejecutivo, dependa de una decisión discrecional del juzgador ocasional que actuará en función de la coyuntura social dominante. Para salvar esta objeción se puede acudir a un criterio objetivo (interpretativo) para precisar cuándo el comportamiento conmociona a la sociedad y, por consiguiente, es una tentativa. En los casos en que esto tenga lugar, el criterio de la impresión deviene en inoperante porque en realidad se utiliza el criterio correspondiente a la regla objetiva-formal. Las cosas así, la divisoria entre tentativa y preparación no se fundamentará en el simple hecho de que la conducta conmocione socialmente o no, sino en que haya una relación con la esfera de la víctima y una estrecha relación temporal con la producción del resultado, por ejemplo<sup>1144</sup>.

La segunda, la teoría de la expresión, vincula la aparición de una tentativa a la presencia de una infracción de la vigencia de la norma, que tendrá lugar cuando el autor según su plan haya alcanzado una fase de realización que *per se* represente una infracción de la expectativa normativa<sup>1145</sup>.

Un intento de delimitación entre tentativa y preparación desde esta teoría es el trabajo de **Vehling**. Según este autor la tentativa es una completa violación de la vigencia de la norma<sup>1146</sup>. ¿Cuándo se atenta contra la vigencia de la norma? En el instante en que se ha realizado *un comportamiento que pueda ser entendido como un ataque serio a la norma*<sup>1147</sup>. Hay un ataque serio a la norma cuando se crea un riesgo socialmente inadecuado que infringe una expectativa social. El único resultado reprochable es la infracción de las expectativas normativas que cada ciudadano

---

<sup>1143</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pág. 78. En la extinta RDA entre los criterios que se utilizaban para establecer una diferenciación en la responsabilidad por tentativa y preparación se encontraban *la importancia de las relaciones sociales atacadas* (además se recurría a *las raíces sociales del hecho*, a *la personalidad del autor*, y al *hecho objetivo realizado*), *Lehrbuch DDR*, 1970, 21/12.

<sup>1144</sup> Roxin defiende que hay una impresión que conmociona cuando la acción del autor está en relación con la esfera de la víctima y hay una estrecha relación temporal entre la acción y la producción del resultado, Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4 y s.

<sup>1145</sup> Joecks, W., *StGB*, vor 22/13. Jakobs, G., "Representación del autor e imputación objetiva", pág. 231-33, que prescinde de la representación del autor y considera que un comportamiento es comunicativamente relevante cuando un juicio objetivo y racional determine que la conducta puede ser entendida como una acción ejecutiva.

<sup>1146</sup> Vehling, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, pág. 87.

<sup>1147</sup> «Die Ernshaftigkeit des Normangriffs», op. cit. pág. 121-3.

posee derivadas de su función social y de la situación concreta<sup>1148</sup>. De todas las acciones socialmente esperadas el tipo solo reprocha, en función de la situación y del rol del individuo, la ejecución de un particular comportamiento dentro del espectro de conductas cuya realización es teóricamente no esperable. Las cosas así, el exclusivo «desvalor del resultado» que puede poseer una conducta penalmente relevante es la violación de la norma consistente en la «defraudación de las expectativas normativas». *Este desvalor del resultado entendido como defraudación de expectativas permite diferenciar penalmente el acto preparatorio de la tentativa, pues las conductas incluidas en el primer grupo no defraudan expectativas normativa alguna*<sup>1149</sup>.

Ahora bien, como el tipo se realiza tanto cuando se infringen las expectativas como antes de que esto ocurra, cuando exista una suposición fundada legalmente de que tal acción vulnerará la expectativa típica (socialmente ha dejado de esperarse, en función de esa conducta, que la vigencia de la norma sea respetada)<sup>1150</sup>, en la práctica no hay distinción formal entre preparación y tentativa. Si la preparación puede ser ejecutiva porque conmueve la confianza en la vigencia de la expectativa normativa desaparece la distinción formal entre tentativa y preparación quedando sólo una diferencia cuantitativa, en su desvalor del resultado.

De hecho, la distinción entre ambas figuras que, por otro lado, no tiene razón de ser dentro de la estricta lógica de un Derecho penal preocupado por la protección de la confianza en el ordenamiento jurídico porque cualquier conducta contraria a la norma es una plena violación de la vigencia de la misma, de modo que la distinción sólo se puede hacer, cuando sea posible, de forma cuantitativa<sup>1151</sup>.

Además, aunque se mantenga que no se puede prescindir del lado subjetivo<sup>1152</sup> en la práctica hay un intento de fijación del significado de una acción sin tener en

<sup>1148</sup> Vehling, op. cit. pág., 113-116.

<sup>1149</sup> Vehling, op. cit., pág. 87 y s.

<sup>1150</sup> Vehling, op. cit., pág. 112.

<sup>1151</sup> Vid. segunda parte, pág. 202 y ss.

<sup>1152</sup> La determinación de la relevancia social de una conducta debe tener en cuenta el lado subjetivo de la misma (en su sentido general y no individual). Por ejemplo, las conductas neutras sólo son penalmente relevantes cuando vienen acompañadas de una determinada intención. Vehling, K-H, *Die Abgrenzung...*, pág. 83.

<sup>1153</sup> Crítica de Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 35-37. Neuhaus sostiene que la adecuación social sólo puede ser observada objetivamente: es un problema de determinación de la normalidad social. Un comportamiento es socialmente adecuado con independencia de la intención que le mueve, Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 135, 138, 141 y s. Críticos con este planteamiento Zaczek, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 35 y s, el cual mantiene que los ámbitos externo e interno no se pueden separar y en concreto afirma que la relación entre lo interno y externo no puede ser aclarado suficientemente en el concepto de norma manejado por Jakobs; Mir Puig, S., *PG6*, 10/56, que defiende que la imputación objetiva se tiene que condicionar a datos subjetivos; el mismo, "Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto", pág. 665, «...la finalidad que guía una conducta lesiva no sólo manifiesta una determinada

cuenta el aspecto interno porque lo relevante es el establecimiento de la existencia de una conmoción de la comunidad subordinada a la normalidad social del comportamiento<sup>1153</sup>. Al prescindir de los conocimientos y del plan del autor se está concediendo una mayor arbitrariedad a la decisión de un juzgador que dispone de menos datos. Con ello se vuelve a una teoría del *dolus ex re* más genérica y difusa porque no hace falta vincular objetivamente el comportamiento a un fin delictivo, sino que basta comprobar su inadecuación social<sup>1154</sup>. En definitiva, la teoría de la expresión condiciona el inicio de la ejecución a una decisión arbitraria sobre lo que se considere vulneración de la vigencia de la norma y con ello impide defender la existencia de un auténtico criterio de fijación de las fronteras entre preparación y tentativa. Por este motivo se incorporan criterios normativos reguladores de la determinación de cuándo hay un inicio de la ejecución<sup>1155</sup>.

### **B. La idea de peligro como criterio de delimitación.**

**Teorías objetivas** son las que prescindiendo de la intención del autor intentan establecer una divisoria entre tentativa y preparación en función de la peligrosidad de la conducta.

---

actitud interna del sujeto sino que es *causa* de aquella conducta, tiende a influir en su forma de realización y contribuye a conferir a la misma conducta un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico a que afecta». Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", que considera que el juicio de antijuricidad de una conducta peligrosa depende tanto de la voluntad infractora del autor como de sus conocimientos especiales, pág. 176, 180 y s. Struensee, E., "Versuch und Vorsatz", pág. 530, Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 622 La voluntad de un sujeto es la que da a su comportamiento un sentido delictivo. No sólo el conocimiento, también el elemento volitivo..., Larrauri, E., "Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva", pág. 760, nota 171. Lüderssen señala que en la determinación del rol social no se puede prescindir, como Jakobs hace, de la estructura psíquica, "El derecho penal entre el funcionalismo...", pág. 69. Hoyer indica muy acertadamente que la intención del sujeto que conoce las circunstancias concretas del hecho es lo que va a determinar la existencia de un riesgo permitido, por ejemplo intentar envenenar con azúcar es un riesgo jurídicamente relevante si con esa conducta cotidiana y objetivamente relevante se quiere matar a un diabético, *Die Eignungsdelikte*, pág. 62.

<sup>1154</sup> Crítica de Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 35-40. Igualmente parece llegar a un mismo reproche de arbitrariedad Rudolphi que considera que el carácter indeterminado de los conceptos normativos utilizados permiten diversas interpretaciones que dificultan la aplicación del planteamiento al caso concreto, Rudolphi, *SK*, 22/12b.

<sup>1155</sup> Así Jakobs distingue entre directrices negativas forzosas y positivas mutables. Las primeras determinan ausencia obligada de la tentativa cuando «la situación según la representación del autor (scil. no) *se aproxima a la consumación*», o representa un comportamiento socialmente usual (salvo que «según la representación del autor, ya ha de ser la propia acción ejecutiva»), *PG*, 25/63-65 (cursiva original). Las segundas son aquellas que hablan a favor de la presencia de una tentativa: la proximidad temporal, «la (supuesta) *irrupción del autor en la esfera de protección del atacado*», 25/66-69 (cursiva original). Vid. al respecto la exposición de Bacigalupo, E., *Principios*<sup>97</sup>, pág. 344 y s.

La **teoría del peligro**<sup>1156</sup>, de conformidad con los presupuestos de la teoría objetiva de la justificación de la punición de la tentativa, subordina el comienzo de la ejecución al inicio de la puesta en peligro del bien jurídico protegido<sup>1157</sup>. La consecuencia directa de la aplicación de esta teoría es la reducción del ámbito de la franja ejecutiva, porque aquellos comportamientos que (por lo menos) no ponen en peligro de forma directa el bien jurídico serían simples actos preparatorios<sup>1158</sup>. De este modo, se podría defender acomodando esta teoría al planteamiento que aquí se defiende, que la teoría del peligro permite establecer una distinción entre tentativa y preparación en función del grado de peligro que es característico de cada uno de ellos. Peligro mediato sería propio de la preparación, mientras que la puesta en peligro directa del bien jurídico correspondería a la tentativa. Sin embargo, a esta teoría se le critica que, como no se puede establecer una graduación en el peligro, que crece de una manera continua desde la preparación a la consumación<sup>1159</sup>, no es posible distinguir cuándo la conducta en función del peligro que contiene es penalmente relevante. A ello tengo que objetar que existe un planteamiento erróneo del problema. Aunque el peligro sea un proceso continuo ello no impide que se pueda, teóricamente, distinguir distintas fases (tanto cualitativa como cuantitativamente<sup>1160</sup>) dentro del mismo. Puede existir una franja en el desarrollo de la actividad criminal que incluya comportamientos que contengan un incremento

<sup>1156</sup> En sentido estricto, pues como criterio de interpretación del tipo la inmediatez del peligro se incluye dentro de las teorías individual-objetivas.

<sup>1157</sup> Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 104, 106 y s; v. Listz, *Lehrbuch*15, pág. 201 y s; v. Hippel, R., *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pág. 26 y ss, según el cual una conducta no será peligrosa (y no habrá inicio de ejecución) cuando la posibilidad de producción del resultado se pueda excluir o sea muy pequeña. En el mismo sentido Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", pág. 103.

<sup>1158</sup> Al respecto vid. Küper, W., "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", pág. 340 y s; el mismo, "Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch", pág. 778.

<sup>1159</sup> Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, pág. 1108; Rudolphi, H.J., "Zur Abgrenzung...", pág. 23; Vogler, LK10, 22/55; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 423; Farré Trepas, *La tentativa*, pág. 189, 211; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 52; Rudolphi, SK, 22/10; Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 376; Hauf, C., AT2001, pág. 116; Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 525; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 64. De una forma más radical niega la posibilidad de distinguir en un plano ontológico las fases del *iter criminis* Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 622: «Desde el punto de vista ontológico ... el comienzo de la ejecución de la acción, que puede ser muy remoto, forma un continuum con los actos posteriores difícil de discernir» (cursiva original). En la teoría de la participación, se llega a mantener de forma similar que el inductor origina una resolución delictiva, «que es la conditio sine qua non para que en suma se origine un peligro para el bien jurídico, que crece de forma continua desde el momento en que se forma la resolución por el autor», Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 45.

<sup>1160</sup> En contra Hauf que defiende que la teoría del peligro sólo puede distinguir grados de peligro pero no cualidades de peligro, Hauf, C., AT2001, pág. 109 y s.

del riesgo de lesión del bien jurídico superior a 0 pero que no sean penalmente relevantes<sup>1161</sup>: «... lo que *matemáticamente*, en un cálculo si se quiere infinitesimal, puede probar un incremento probabilístico, puede que no resulte *jurídico-penalmente relevante*»<sup>1162</sup>. Por tanto, la cuestión reside en que la fijación de la frontera entre tentativa y preparación será una decisión de carácter normativo<sup>1163</sup> (del mismo modo que la determinación del autor es una cuestión normativa<sup>1164</sup>), lo cual exige, si se quiere llevar a cabo esta delimitación desde una perspectiva objetiva, recurrir a un concepto normativo del peligro para poder establecer una separación entre las dos figuras<sup>1165</sup>. En este trabajo he propuesto una diferenciación entre peligro directo y mediato, definido por la simple creación de las condiciones delictivas que no conducen *per se* a la lesión del bien jurídico de referencia. Esta diferenciación tenía como objetivo establecer una divisoria material entre preparación y tentativa en función del grado de afectación del bien tutelado. Así mismo, me he apoyado en este concepto de peligro para solicitar la renuncia a la persecución de conductas con esta peligrosidad mediata o, en todo caso, con una pena proporcional a su contenido material de injusto. Ahora bien, ésta sería una de las respuestas normativas posibles. Es decir, tampoco un concepto normativo del peligro nos sirve como criterio único para diferenciar la tentativa de la preparación porque aunque en principio «no compete a las normas jurídicos-penales prohibir u ordenar comportamientos que objetivamente no sean peligrosos»<sup>1166</sup>, en la práctica ello no es un límite auténtico. Primero, porque siempre hay un modo de justificación de la relevancia objetiva de una conducta por muy alejada que se encuentre de la efectiva lesión del bien jurídico<sup>1167</sup>. Esto es, incluso partiendo de una distinción entre peligro mediato

<sup>1161</sup> Toda conducta orientada a una futura producción del resultado provoca un incremento de la probabilidad de su acaecimiento superior a 0 (« $p > 0$ »), salvo en los casos de tentativas irreales donde no existe semejante incremento (« $p = 0$ »), Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 183.

<sup>1162</sup> «...-en ello se fundamenta también la idea correctora del riesgo permitido-», Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 183.

<sup>1163</sup> Similar Serrano-Piedecabras, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", pág. 525; Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 618 y s (que considera que esta cuestión es un problema axiológico).

<sup>1164</sup> De conformidad con ello «el autor es quien "comete" el hecho, y no quien causa el resultado», Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 15.

<sup>1165</sup> Vid. Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 64. Sobre la normativización del concepto de peligro vid. Küpper, G., *Grenzen der normativierende Strafrechtsdogmatik*, pág. 128-136.

<sup>1166</sup> Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", pág. 179.

<sup>1167</sup> De forma parecida Bockelmann objeta a las teorías del peligro que o bien conducen a la imposibilidad de punición de la tentativa inidónea en el objeto o en el medio o bien diluyen tanto el concepto de peligro que terminan en un subjetivismo que fundamenta la punición en la peligrosidad del autor, Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 471.

y directo, siempre hay una forma de legitimar una conversión de la peligrosidad mediata de la acción preparatoria en directa. Siempre existe un modo de justificación de la relevancia objetiva del comportamiento preparatorio, por ejemplo, recurriendo al criterio de la peligrosidad estadística<sup>1168</sup>. Segundo, porque se puede construir un concepto normativo de peligro que, en función de los requisitos que establecen para otorgar relevancia penal a un comportamiento (inmediato, que sea el primer ataque, que se coloca en una posición de superioridad sobre la libertad de otro...<sup>1169</sup>), permita sancionar conductas que facilitan una posterior ejecución, o dejar de punir actos que representa una lesión el bien jurídico<sup>1170</sup>. Tercero, porque el establecimiento de la fase ejecutiva no se vincula exclusivamente a la puesta en peligro del bien jurídico<sup>1171</sup>. Esto es, la imposibilidad de acudir exclusivamente al criterio del peligro se halla igualmente en la circunstancia de que si bien la determinación del carácter medio o directo de la peligrosidad está vinculada al interés jurídico protegido, el establecimiento de la fase ejecutiva es un problema condicionado por el tipo creado por el legislador (que por desgracia no siempre incluye conductas que contengan

<sup>1168</sup> Así, Kratzsch considera que el primer comportamiento típicamente relevante podrá ser aquél que según un juicio de probabilidad estadística (pero siempre que la probabilidad sea alta), pueda poner en peligro el bien jurídico, Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 580 y s. Para este autor el grado de probabilidad estadística es lo que permite, de hecho distinguir tentativa de preparación pues en el primer supuesto se ha superado el *umbral del peligro* que la efectiva protección del bien jurídico puede soportar.

<sup>1169</sup> Zacyk defiende que existe una tentativa cuando el autor ha realizado un comportamiento que somete de tal forma al bien jurídico que representa una limitación de la esfera de acción autónoma de la víctima (Zacyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 321), una lesión de la libertad ajena (en relación con la disposición sobre un elemento esencial del interés jurídico) que finalmente queda en una posición de inferioridad. De ello se deduce lógicamente, que la preparación es aquella conducta que todavía no se ha colocado en una posición de superioridad sobre la libertad del otro, que no acaba con el reconocimiento recíproco de libertad en beneficio de una de las partes, sino que **exige otros comportamientos adicionales para alcanzar esa posición de superioridad** (op. cit. pág. 311). El problema es que con ello todavía no ha determinado realmente un criterio de distinción entre tentativa y preparación. El autor considera que la diferencia se halla en la existencia de una realización inmediata del tipo por la conducta llevada a cabo. Esto tiene lugar cuando se efectúa el comportamiento típico o cuando se pone la libertad ajena en una posición de inferioridad. Se halla en esa situación de inferioridad en el momento en que el bien jurídico atacado está de tal forma bajo control (en su aspecto esencial) que hay un sometimiento de la libertad ajena (op. cit., pág. 311; proximo Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, pág. 1109 y s). El carácter circular de esta afirmación y la oscuridad de los términos, impide conocer cuándo hay un inicio inmediato de ejecución, que en todo caso, parece ser la consecuencia del recurso a los criterios clásicos del peligro e inmediatez del acto en relación con el tipo descrito. No obstante, sigue sin precisarse como se concreta cada uno de ellos, salvo de modo causístico.

<sup>1170</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 25; Rudolphi, SK, 22/10 (especialmente respecto a la posibilidad de punir preparaciones como formas de tentativa). ¿Qué cantidad de peligro debe contener una conducta para que pueda defenderse la presencia de una tentativa?, Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 51 y s. Insiste en el carácter indeterminado de la «puesta en peligro» como criterio de delimitación entre preparación y tentativa, Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho*, pág. 334.

<sup>1171</sup> Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 470.



una relación de lesividad con el bien jurídico de referencia) y por su interpretación. Por tanto, la divisoria entre preparación y tentativa no se subordina exclusivamente al grado de peligro realmente manifestado en el comportamiento<sup>1172</sup>. De ahí que para poder realizar esta separación se ha de tener en cuenta otros criterios basados en la descripción típica y, si acaso, recurrir al peligro como criterio subsidiario<sup>1173</sup>. Ahora bien, al incorporar estos elementos formales, el peligro en un sentido estricto deja de ser el auténtico criterio de referencia de la separación entre tentativa y preparación. Será una regla formal, a saber, la inmediatez de la acción, la proximidad temporal-espacial, etc., la que se encargue realmente de establecer en qué momento el comportamiento efectuado ha alcanzado la fase ejecutiva.

Un concepto de peligro que tiene en cuenta la construcción del tipo para distinguir tentativa y preparación es una **concepción típica del peligro**, que **identifica conducta típica y puesta en peligro del bien jurídico**<sup>1174</sup>. Es decir, la puesta en peligro del interés tutelado comienza con el inicio de la ejecución, que no viene determinado por la existencia de un determinado grado de afectación del bien jurídico sino por la presencia de un comportamiento que conduce directamente (inmediatamente en el código alemán) a la realización formal de la conducta típica<sup>1175</sup>. Ahora bien, ello, deja sin despejar la situación, pues sigue siendo necesario fijar un criterio que establezca cuándo hay un inicio directo o inmediato de la ejecución del tipo, lo que, en la práctica, genera que se tengan que utilizar criterios formales de interpretación del tipo, que son los que realmente deciden cuándo hay una tentativa.

En suma, no se puede realizar una distinción entre tentativa y preparación en función del grado de afectación del bien jurídico. Esta imposibilidad no tiene su

<sup>1172</sup> Considera que la peligrosidad objetiva no es un criterio válido de deslinde entre tentativa y preparación Kühl, K., *ATJ*, 15/80; Cuello Contreras, J., "Iter criminis", pág. 627.

<sup>1173</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 25 y s; Kühl, K., *ATJ*, 15/83; Vogler, *LK10*, 22/55.

<sup>1174</sup> Y en ese sentido es cierto que solamente se reclama la presencia de una peligrosidad nominal o formal que sustituye a la auténtica peligrosidad material (Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", pág. 180).

<sup>1175</sup> Desde este planteamiento todo comportamiento que se determina como ejecutivo será típicamente peligroso. O sea, toda conducta ejecutiva pone en peligro el bien jurídico de forma penalmente relevante, aunque no toda conducta ejecutiva represente una puesta en peligro directa del interés tutelado, porque «el comportamiento típico es ya peligroso. Sólo el comportamiento peligroso... realiza el tipo delictivo», Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 291. De forma que, la conducta ejecutiva será típicamente peligrosa aunque de hecho no represente una ataque contra el bien jurídico. Las cosas así, la tentativa irreal nunca puede ser una ejecución, pero no por el hecho de que no sea peligrosa sino porque se considera que no puede comenzar con la ejecución del tipo, ya que «No puede ser un inicio "inmediato" (scil. de la ejecución), lo que en absoluto puede ser un medio para la realización del tipo», Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 470. Esto permite la punición de conductas que tienen un grado de afectación del bien jurídico muy reducido. De hecho, los tipos creados por el legislador pueden recoger comportamientos que todavía están muy alejados del bien jurídico protegido. Similar crítica en Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 508. Lo cual no sucedería si como afirma Vogler (*LK10*, 22/59) los tipos penales tipificaran lesiones del bien jurídico tutelado, afirmación que no deja de ser un buen deseo que suscribo.

origen en la dificultad que existe a la hora de establecer fases dentro del peligro como continuo. El problema reside en que, cuando se decide qué cantidad o clase de peligro va a ser típico, hay una multitud de teorías y de modos de interpretar sus requisitos, que permiten considerar incluida o relegada de la fase ejecutiva cualquier tipo y grado de afectación del bien jurídico. Además, la mayoría de los planteamientos teóricos al respecto, salvo una descripción laxa o típica del peligro del peligro relevante, no se adaptan a la redacción de los tipos, de modo que al final tienen que aceptar que será una tentativa no sólo aquella conducta que satisfaga el requisito exigido al peligro, también la que no cumpliendo el requisito exigido al peligro para ser relevante represente, *per se*, un inicio de ejecución del tipo.

Al respecto **Alcácer** señala acertadamente que la determinación del carácter preparatorio o ejecutivo se puede realizar con independencia de la capacidad lesiva del comportamiento en cuestión<sup>1176</sup>. Hasta aquí estoy de acuerdo con él porque la delimitación entre ambas fases es normalmente un problema de interpretación del tipo. De hecho, el tipo se consuma cuando se realiza la totalidad de sus elementos, lo cual es independiente del grado de afectación del bien jurídico protegido que represente esa consumación, de modo que puede haber delitos de lesión, de peligro concreto y abstracto, preparatorios<sup>1177</sup>. El autor continúa con su exposición y sostiene que como consecuencia de lo dicho sólo cuando se haya confirmado la presencia de un inicio de la ejecución se podrá comprobar como segundo paso si la conducta es típica, o sea, si «posee además la cualidad que la hace merecedora de pena, y la convierte en un injusto penal: el peligro para el bien jurídico...»<sup>1178</sup>. Ahora bien, este segundo juicio ya se realiza en el ámbito de la tentativa. No convence esta última afirmación<sup>1179</sup>. Aunque no toda conducta ejecutiva sea típica<sup>1180</sup>, esa exclusión no se debe normalmente a la falta de relevancia objetiva del comportamiento ejecutivo (que si se utiliza un criterio de peligrosidad típica se afirmará en todo caso), sino a una decisión política criminal que la separa del ámbito de protección de la norma. Si una tentativa imprudente no se considera típica no es porque no represente un inicio de la ejecución del tipo que posea un grado de peligrosidad penalmente relevante, sino porque se ha tomado la resolución de no castigar las tentativas imprudentes<sup>1181</sup>. También, será una decisión político criminal

<sup>1176</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 41 y s. En contra, Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 235-38.

<sup>1177</sup> Así lo expone Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 261, pero sin referencia a los delitos preparatorios.

<sup>1178</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 42, 69.

<sup>1179</sup> Que sería perfectamente admisible si se defiende una teoría de los elementos negativos del tipo, de modo que una conducta ejecutiva justificada no sería típica. Lo cual no sucede cuando se distingue entre tipicidad y antijuricidad, pues la existencia de la causa de justificación excluye la existencia de un injusto penal, pero no puede evitar que la conducta ejecutiva fuera en un sentido estricto típica.

<sup>1180</sup> En contra Díez Ripollés, que defiende la identidad entre actos ejecutivos y actos típicos, en la medida en que sostiene que «el autor que, según el art. 28.1, realiza el hecho es aquel que lleva a cabo *actos ejecutivos*, lo que supone efectuar *actos típicos*», Díez Ripollés, J.L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", pág. 32.

<sup>1181</sup> Considera que es un criterio político criminal el que condiciona la impunidad de la tentativa imprudente, Zaczyk, *NM*, 22/21 (con referencias bibliográficas sobre autores a favor de la

la que incluya determinados comportamientos con escasa relevancia objetiva dentro de un tipo. Por ejemplo, cuando se incluye dentro del art. 368 CP los actos de cultivo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De este modo, si una preparación viene recogida en un tipo que tiene exigida la presencia de la puesta en peligro del bien jurídico cuando ello será siempre imposible (o por lo menos no más allá de su carácter mediato). Otra cosa distinta es que dentro de la fase ejecutiva se gradúe la sanción punitiva en función del grado de afectación del bien jurídico (conforme a lo previsto en el art. 62 CP).

### **C. La interpretación del tipo como único criterio válido de distinción entre las fases del *iter criminis* compatible con la actual regulación penal.**

Las **teorías vinculadas al tipo legal** son aquellas que no establecen la distinción entre tentativa y preparación en función del criterio subsidiario que se deriva de la teoría general de justificación de la punición de la tentativa utilizada al efecto, sino que para practicar esa incisión en el proceso del *iter criminis* se apoyan en la definición legal, que se interpreta en un sentido estricto o mediante criterios que permiten fijar un *marco de significado típico* más amplio<sup>1182</sup>. Las cosas así, estas teorías se dividen en tres grupos: las que consideran que ejecutiva es la realización de la conducta típica en sentido estricto; las que defienden que se comienza la ejecución del tipo cuando así lo crea el autor; las que incluyen dentro de la ejecución los comportamientos próximos a la conducta típica y que se encuentran vinculadas con ella por un nexo de inmediatez.

(1) La teoría **objetiva-formal** reduce la fase ejecutiva a la realización del comportamiento típico en sentido estricto<sup>1183</sup>: ya sea la realización de la conducta

---

punibilidad de la tentativa imprudente). Del mismo modo se podría haber decidido limitar la responsabilidad a la conducta consumada y no punir la tentativa, Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 293; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 211 (que sostiene que la impunidad de los actos preparatorios es una decisión político-criminal).

Entiende la punición de la tentativa imprudente como una opción imaginable aunque incompatible con la regulación actual, Kühl, K., *AT3*, 15/23; Vogler, *LK10*, 22/6; Feijoo Sánchez, B., "Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?", pág. 2005.

<sup>1182</sup> Interpretación del tipo que hace posible determinar que comportamiento se puede integrar tanto en un sentido formal como objetivo en el correspondiente tipo penal, es decir, que la acción se integra dentro del ámbito material de la prohibición normativa, Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 292; el mismo, *LK10*, 22/60, 62; Kühl, K., *AT3*, 15/57. En el mismo sentido Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 370, que plantea, no obstante, la dificultad que existe en ciertos casos para determinar mediante una interpretación literal de los tipos (en función del uso del lenguaje) cuándo hay una tentativa. Insiste en la inseguridad que contiene el recurso al uso del lenguaje, como criterio de interpretación Stratenwerth, G., *AT2000*, 11/30 y s; Burkhardt, B., "Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug", pág. 427 y s.

<sup>1183</sup> En términos similares la describe Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 146; Alcácer Guirao, R., *La tentativa y formas de autoría*, pág. 51; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 253.

típica en su totalidad<sup>1184</sup>, ya sea uno de los elementos del tipo objetivo<sup>1185</sup>.

La consecuencia del uso de esta teoría es que aunque se identifica perfectamente con el principio de legalidad<sup>1186</sup>, genera una reducción de la franja ejecutiva, pues no sería posible admitir la presencia de una tentativa en aquellos casos en los que el comportamiento está en una fase inicial de ejecución que todavía no coincide con el verbo típico<sup>1187</sup>. El modo de soslayar esta dificultad consiste en la inclusión de esa fase inicial dentro de la descripción típica, como sucedería con la *violencia o intimidación* en la violación (art. 178 CP), la *violencia o intimidación* o la *fuerza en las cosas* en el robo (art. 237) o el *engaño* en la estafa (art. 248 CP), de modo que en el instante en que se efectúe ese elemento típico se consideraría iniciada la ejecución. Entonces, el problema quedaría reducido a aquellos delitos que simplemente describen un resultado<sup>1188</sup>. Sirva de ejemplo el Art. 138 CP: «el que matare a otro...».

Es por ello, por lo que en la actualidad se considera superada la teoría formal en un sentido estricto y se defiende la teoría de la *realización parcial del tipo*. Planteamiento

<sup>1184</sup> Defensores de esta teoría serían Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, pág. 25; v. Listz, *Lehrbuch*15, pág. 201 y s; Blei, *AT*17, pág. 199; Bockelmann, *AT*3, pág. 206 y s.

<sup>1185</sup> Sobre la realización de un elemento del tipo como criterio para fundamentar la presencia de una tentativa v. Listz, *Lehrbuch*15, pág. 201 (que lo combina como el criterio de la peligrosidad); Tröndle/Fischer, T., *StGB*50, 22/9 y s; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/50 (autores que para distinguir tentativa de preparación recurren tanto a la realización de un elemento del tipo como al resto de los criterios de interpretación objetivos materiales); Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 3; Ebert, U., *AT*3, pág. 121 (criterio que combina alternativamente con el de la inmediatez del acto, temporal y espacial); Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 311 (que lo completa con un criterio objetivo en un sentido estricto); Krey, V., *AT*2002, marg. 417 (con ejemplos, y en todo caso indicando que la tentativa también se inicia cuando conduce inmediatamente a un inicio de la ejecución; para determinar esto último se apoya en la inmediatez del acto y la espacio-temporal, marg. 418-20); Jescheck/Weigend, *AT*5, pág. 520. Especialmente vinculada con la teoría objetiva formal sería la teoría de la *falta de tipo* que considera que hay una tentativa cuando se llevan a cabo algunos de los elementos del tipo distintos a la consumación, mientras que no habría conducta típica si el comportamiento todavía no realiza ninguna característica del tipo. A al respecto con bibliografía vid. Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 44 y s.

<sup>1186</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 40 y s; Walder, H., "Strafrechtdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch?»", pág. 537; Vogler, *LK*10, 22/24.

<sup>1187</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 146; Alcácer Guirao, R., *La tentativa y formas de autoría*, pág. 52; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 231; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG*, pág. 446; Burkhardt, B., "Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug", pág. 427; Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 300; Eser, *Sch/Sch*, 22/26; Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 41; Hauf, C., *AT*2001, pág. 116; Vogler, *LK*10, 22/24; v. Hippel, *Lehrbuch*, pág. 153.

<sup>1188</sup> Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 471; Gropp, W., *AT*2, 9/31.

teórico que, no obstante, ha sido objeto de numerosas correcciones que giran en torno a la idea de que no toda realización de un elemento de la descripción típica va a poder ser considerado como una tentativa.

Se ha intentado limitar la fórmula de la realización parcial del tipo mediante criterios internos y externos<sup>1189</sup>. Los *internos* tienen como objetivo precisar lo que se entiende por realización de un elemento del tipo. Así, se considera que la realización parcial del tipo no implica con absoluta certeza que haya un comienzo de la tentativa<sup>1190</sup>. Por ese motivo se exige que el autor quiera iniciar con ello la ejecución de la totalidad del tipo<sup>1191</sup>, lo cual tendrá lugar cuando haya una relación de proximidad temporal con el resultado<sup>1192</sup>, vaya acompañado de un inicio inmediato de la ejecución del delito<sup>1193</sup>, o de una inmediata puesta en peligro del bien jurídico<sup>1194</sup>.

De modo similar, otros autores defienden que la realización de una característica del tipo permite afirmar la presencia de una tentativa, pero sin embargo esto será así siempre que el elemento del tipo que se lleva a cabo sea *específicamente típico*. Es decir, tiene que estar orientado a la realización de la conducta ejecutiva principal<sup>1195</sup>. Dentro de este esquema teórico el engaño no sería suficiente si no se dirige a provocar una disposición patrimonial del engañado.

También se defiende que aunque la ejecución de una característica del tipo implique un inicio de ejecución, no será así cuando se efectúe un elemento que cualifique el tipo. Así, **Kühl** indica que llevar a cabo un elemento típico propio de un delito compuesto como pudiera ser el inicio de la intimidación en un robo (con independencia de que finalmente no se pueda disponer del objeto) representa una tentativa, mientras que la realización de una causa de agravación en un tipo cualificado (portar arma en la fase preparatoria del hurto) sólo será una tentativa cuando se pueda considerar que es un inicio inmediato de la ejecución del tipo *básico*<sup>1196</sup>.

Hay planteamientos que no pretenden determinar que se entiende por realizar un elemento típico sino que se vinculan exclusivamente a un criterio *externo*. Esto es,

<sup>1189</sup> Vid. Küper, W., "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", pág. 344.

<sup>1190</sup> Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 512; Eser, *Sch/Sch*, 22/37 y s; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 584.

<sup>1191</sup> Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 512; Eser, *Sch/Sch*, 22/37 y s; Kühl, K., *StGB24*, 22/10; parecido Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 582

<sup>1192</sup> Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 7.

<sup>1193</sup> Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; el mismo, *SK*, 22/7a, 17; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/48; Krey, V., *AT2002*, marg. 428 y s.

<sup>1194</sup> Küper, de forma parecida a Berz y Eser, determina que lo importante es que la acción realizada se dirija a la consumación del tipo, lo cual tiene lugar cuando se produce una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", pág. 344 y s.

<sup>1195</sup> Otto, H., *AT6*, 18/32; Vogler, *LK10*, 22/65 (para este último autor la fijación de una frontera entre preparación y tentativa depende, para todos los casos, de la comprobación de que la conducta efectuada sea específicamente típica, lo cual se determina mediante una interpretación del tipo, op. cit., 22/58-62); Kühl, K., *AT3*, 15/55 (autor que sin embargo luego critica el planteamiento de Vogler por su *estrechez*, *StGB24*, 22/4).

<sup>1196</sup> Kühl, K., *AT3*, 15/50; el mismo, *StGB24*, 22/10; Wessels/Beulke, *AT31*, Rdnr. 607; próximo Gerke, J., *AT2001*, pág. 95.



recurren a otro criterio adicional, p.e. sostienen que la realización parcial del tipo debe ir unida a una puesta en peligro inmediata del bien jurídico<sup>1197</sup>.

Con estas correcciones se ha conseguido que en la práctica la fórmula de realización parcial del tipo haya perdido su valor como criterio de orientación para determinar la presencia de la tentativa<sup>1198</sup>.

Con todo, es evidente que la teoría formal (también la que sólo reclama la presencia de una realización parcial del tipo) tiene dificultades para reconocer formas imperfectas punibles en los delitos de mera actividad, o para establecer el comienzo de la ejecución cuando «se trata de delitos cuyos tipos no especifican una determinada forma de la acción diferenciable del propio resultado típico»<sup>1199</sup>. En definitiva, «la distinción (scil. entre tentativa y preparación) será más problemática cuanto más indeterminada sea la delimitación legal de la conducta típica»<sup>1200</sup>.

Para lo que aquí interesa está teoría imposibilita del mismo modo identificar la clase del peligro (mediato o directo) con la distinción entre fases preparatorias y ejecutivas del *iter criminis* porque la reducción del ámbito de la ejecución genera una expansión de la fase preparatoria formal que pasa a abarcar comportamientos que tanto tienen una peligrosidad mediata como directa.

(2) Igualmente subjetivas son las teorías que acuden exclusivamente a la representación del autor como criterio de *interpretación del tipo (subjetivo-formales)*. Así, determinan el comienzo de la ejecución en atención al momento en que el autor cree que ha comenzado la realización del delito<sup>1201</sup>. O expresado de otra forma, «tentativa es, lo que puede ser una consumación según la opinión del autor, y es punible porque con ello se explicita la culpa y la disposición para la comisión de delitos»<sup>1202</sup>.

<sup>1197</sup> Schmidt, R., *AT*, pág. 233; similar Gropp, W., *AT*, 9/37b.

<sup>1198</sup> Küper, W., «Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?, pág. 344. Autor que describe perfectamente todo el planteamiento teórico (autores a favor y críticos) de la teoría de la realización parcial del tipo, vid., op. cit., pág. 342-344.

<sup>1199</sup> Gómez Benitez, J.M., *PG*, pág. 254 y s; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 158 y s; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 58 y s; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 716. Observa esta dificultad, pero especialmente por la extensión de la punibilidad que podría provocar, es decir, porque toda conducta que tienda a ese fin (matar) puede ser penalmente relevante, Vogler, *LK10*, 22/65. Ahora bien, el recurso a un criterio formal en sentido estricto no puede producir esa expansión de la actividad penal, son los criterios anejos utilizados para determinar el *marco de significado típico* los que son capaces de incluir en el tipo todo comportamiento orientado a su realización.

<sup>1200</sup> Burkhardt, B., «Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug», pág. 427; Vogler, *LK10*, 22/64.

<sup>1201</sup> V. Buri, «Zur Lehre vom Versuche», 60-72; el mismo, «Versuch und Kausalität», 322-24. No obstante, todas las teorías subjetivas exigen una manifestación externa de la voluntad, Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 59.

<sup>1202</sup> Bockelmann, P., «Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch», pág. 470, con motivo del análisis de las teorías subjetivas. De igual forma Cuello Contreras entiende que «una *teoría*



En esta corriente se sitúa **Bockelmann** que considera que hay un inicio de ejecución cuando se haya tomado «la última decisión decisiva» sobre el inicio de la comisión del delito. De esta forma hay tentativa cuando el dolo del autor «ha superado la prueba de fuego de la situación crítica»<sup>1203</sup>. Lo cual tiene lugar cuando el autor «efectúa la conducta que por lo menos según su representación conducirá a la realización del tipo o presta contribución a su hecho. Es el momento en que se toma la última decisión relevante sobre la realización del hecho», lo que se produce cuando no es necesario un nuevo impulso de la voluntad<sup>1204</sup>.

El problema que tiene esta teoría es que como la decisión sobre el comienzo de la tentativa recae en la representación del autor<sup>1205</sup>, ello provoca la imposibilidad de establecer una limitación seria entre preparación y tentativa<sup>1206</sup> porque cualquier acto preparatorio sería punible siempre que el autor considere que ya posee un carácter ejecutivo<sup>1207</sup>; y, al contrario, conductas ejecutivas quedarían impunes cuando el sujeto entendiera que con ellas no comienza la ejecución del delito<sup>1208</sup>.

(3) Las teorías **objetivo-materiales**<sup>1209</sup> son aquellas que amplían el marco de significado formal del tipo mediante una interpretación teleológica del mismo, de manera que permite considerar ejecutivos aquellos comportamientos que están vinculados de tal forma a la conducta típica en un sentido estricto que no se pueden separar de ella<sup>1210</sup>.

---

*subjetiva* de la tentativa es aquella que da por válida cualquier representación por parte del autor mediante la cual cree posible causar el resultado», Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 291 (cursiva original).

<sup>1203</sup> Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 473.

<sup>1204</sup> *Ibidem*. No obstante, aunque se suele citar a Bockelmann como ejemplo de teoría subjetiva de delimitación entre tentativa y preparación, el autor sólo afirma que se debe partir de criterios subjetivos (la representación del autor), pero no llega a sostener que no se deban acudir a objetivos -interpretativos- (vid. Rudolphi, H.J., "Zur Abgrenzung...", pág. 23; Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4). En realidad, se limita a fijar cuándo hay una resolución definitiva, Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 516.

<sup>1205</sup> Advierte sobre el peligro que en ese sentido contiene un criterio subjetivo Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 302.

<sup>1206</sup> Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 302 y s; Hauf, C., *AT2001*, pág. 118.

<sup>1207</sup> Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 64. Abunda en que hay una extensión de la tentativa en perjuicio de la preparación Zaczyk, *NM*, 22/24; Eser, *Sch/Sch*, 22/29-30; Bockelmann, "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 473; Hauf, C., *AT2001*, pág. 118; Wessels/Beulke, *AT31*, marg. 599.

<sup>1208</sup> Por lo tanto no tiene que conducir siempre a una *extensión de la tentativa a costa de preparación*, tal como exponen los autores de la cita anterior, sino que puede producir igualmente una absorción de la tentativa por la *impune preparación*. Insiste en que esta perspectiva puede producir una reducción o expansión del ámbito de la tentativa, Gropp, W., *AT2*, 9/35; Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 153, 220; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 73. En definitiva la distinción entre tentativa y preparación dependería de la opinión del sujeto Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 229.

<sup>1209</sup> Así llamadas porque incorporan un criterio de corrección material a la teoría objetiva-formal. Insiste en el carácter complementario de la teoría objetivo-material en relación con la formal, Rudolphi, *SK*, 22/9.

<sup>1210</sup> Una definición similar en Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 54 y s, 69; Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 147 y s; Stratenwerth, G., *AT*, 11/32;

A la inicial propuesta de Frank, que basaba esta (necesaria) vinculación en una concepción natural (*natürliche Einheitstheorie* o *teoría de la unidad natural*)<sup>1211</sup>, siguen las teorías de la **inmediatez**<sup>1212</sup>, (*inmediatez de la puesta en peligro del bien jurídico, inmediatez espacio temporal, inmediatez del acto*). Estas sostienen que ejecutivo (de conformidad con la regulación de la tentativa recogida en el § 22 StGB) es el comportamiento que *inicia de forma inmediata* la realización del tipo, es decir, que desemboca inmediatamente en el resultado típico.

Ahora bien, el criterio de la inmediatez siempre aparece vinculado al plan del autor. Así, surgen las teorías **individual-objetivas**, que determinan la existencia de una tentativa, primero, mediante el establecimiento de la situación de hecho desde la perspectiva del autor (*criterio individual*). A continuación se recurre a un criterio objetivo-formal para fijar cuándo ha habido un inicio inmediato de la realización del tipo<sup>1213</sup>. Por lo tanto, todas las teorías individual-objetivas se vinculan de igual forma al plan de un autor como punto de partida para realizar un posterior análisis objetivo. La única diferencia entre ellas reside en el criterio objetivo de interpretación utilizado para determinar la presencia de un inmediato inicio de la realización del tipo. Según ello, habría tres opciones, ya citadas: la inmediatez del peligro, la inmediatez espacio-temporal, y la inmediatez de la acción. Criterios que pueden aparecer de una forma copulativa, disyuntiva o independiente<sup>1214</sup>.

---

Gómez Benitez, J.M., *PG*, pág. 263, que indica que ello da lugar a la aparición de una zona intermedia conocida como "actos ejecutivos".

<sup>1211</sup> Frank, *StGB*, pág. 87. Planteamiento al que se adhiere la STS 12 de julio 1995 (f.d.5.º): «Partiendo del plan del autor, que suele aparecer manifestado en la conducta objetiva observada, y del tipo de delito concreto de que se trate, si se ha iniciado un comportamiento que naturalmente (cuando no haya un elemento extraño interruptor) ha de llevar a la consumación, podemos considerar iniciada la ejecución, aunque ningún elemento típico se haya producido». La abstracción del criterio de Frank ("notwendige Zusammengehörigkeit" y "natürliche Auffassung", Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 46 y s; Rudolphi, *SK*, 22/9) permite incluir en la fase ejecutiva comportamientos preparatorios que poseen una peligrosidad mediata, pues, por qué no se puede considerar que por ejemplo la adquisición de un instrumento tenga una *vinculación necesaria* con la ejecución, es decir, que no sea necesario para la ejecución (Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, pag. 46 y s; también se refiere a la inseguridad del criterio de Frank, Walder, H., "Strafrechtdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem «Vorbereitung oder Versuch?»", pág. 537; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1109).

<sup>1212</sup> Iniciada por la corrección de la fórmula de Frank por v. Hippel que comienza a hablar de *vinculación inmediata* ("unmittelbarer Zusammengehörigkeit"), *Lehrbuch*, pág. 153, y confirmada por Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*11, 24/ III, , pág. 190.

<sup>1213</sup> Kindhäuser, U., *AT2000*, 41.10.

<sup>1214</sup> Normalmente aparecen de forma cumulativa, Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 303. Utiliza de forma combinada todos los criterios objetivos materiales de interpretación del tipo la jurisprudencia del Tribunal supremo alemán, BGH, *NJW*, 2002, pág. 1057 (con referencia a otras sentencias). En la doctrina se observa esa combinación de elementos en Krey, V., *AT2002*, marg. 417-20; Wessels/Beulke, *AT31*, Rdnr. 601; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 585 y s. En la jurisprudencia española se observa del mismo modo una tendencia al uso combinado de todos los criterios aportados por todas las teorías de delimitación entre tentativa y preparación, STS de 12 de Julio de 1995 (f.d. 5º).

Antes de continuar con la exposición debo posicionar la discusión doctrinal dentro del ámbito legislativo español. En el Código Penal de 1995 la nueva regulación de la tentativa, recogida en el art. 16, es articulada en función de tres criterios<sup>1215</sup>: (I) dar principio a la ejecución del delito *directamente* por medio de hechos exteriores, (II) practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado que, (III) empero, no han desembocado en la producción del mismo. Con ello el nuevo Código penal ha tomado partido por una teoría individual-objetiva de delimitación de la tentativa y preparación basada en la presencia de un inicio directo de la ejecución.

La regulación del artículo 16 mantiene el término *directo* (que se asemeja al *inmediatamente* que se utiliza en el ámbito alemán) y con ello, el problema relativo a la determinación de en qué momento hay un principio directo de la ejecución. Se podría considerar que el precepto resuelve esta cuestión y, así, defender que esto sólo tendrá lugar cuando se efectúe un acto que objetivamente pueda producir el resultado<sup>1216</sup>. Sin embargo, en realidad este segundo elemento del art. 16 no incide sobre el momento del inicio de la ejecución, sino que consagra el principio del hecho<sup>1217</sup>, la existencia de dos formas de tentativa y la imposibilidad de sancionar conductas incapaces de producir el resultado, es decir, establece la impunidad de la tentativa inidónea<sup>1218</sup>.

<sup>1215</sup> Vid. Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 285 y s.

<sup>1216</sup> Considera que el Código penal actual se inspira en un criterio objetivo, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 178; el mismo, "Actos preparatorios y tentativa", pág. 46; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 5. No obstante, Silva Sánchez sostiene que con la redacción actual «pueden seguir sosteniéndose desde las tesis más formalistas, hasta las que optan por una base sustancialmente material», Silva Sánchez, J.M., "La regulación del iter criminis (artículos 16-18)", pág. 121.

<sup>1217</sup> Como sostiene Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 285 y s.

<sup>1218</sup> Vid. al respecto Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 270 y ss; Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 285 y s; Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 1 y ss; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 461-508; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 76-83, Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea"*, pág. 222-232; Moreno-Torres Herrera, M.R., *La tentativa de delito y delito irreal*, pág. 381-395. En concreto, Cerezo defiende la exclusión de la tentativa irreal, e inidónea, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 178 y s. Mir Puig excluye la irreal y la supersticiosa, «mientras que sí son punibles las demás tentativas inidóneas», "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 8; el mismo, Mir Puig, S., *PG6*, 13/88; próximos Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 473 y s, 477-508; Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 105-135. Sin embargo, en la práctica no hay gran diferencia en las soluciones (Gracia considera que son coincidentes en la fijación del ámbito de la tentativa punible, Gracia Martín, L., "El «iter criminis» en el código penal español de 1995" pág. 273 y s). La mayor discusión gira en torno al concepto de tentativa inidónea.

En España hay principalmente dos modos de definir la tentativa inidónea<sup>1219</sup>. Por un lado está el *sentido subjetivo*, que considera que la tentativa inidónea es la que *ex ante* y desde una posición que tenga en cuenta todos los elementos que concurren, sean conocidos o no por el autor, no es peligrosa<sup>1220</sup>. Por otro lado, el *sentido objetivo*, que sostiene que toda conducta no peligrosa *ex ante* (cualquier persona normal habría considerado que la producción del resultado no era posible) es una tentativa irreal<sup>1221</sup> y las peligrosas *ex ante* serán idóneas o inidóneas según una perspectiva *ex post*<sup>1222</sup>. En cualquier caso, como el Código penal «no indica *qué grado de intersubjetividad es preciso para lograr la objetividad* a la que alude el nuevo art. 16» no excluye de forma absoluta la punición de lo que serían tentativas inidóneas en un sentido objetivo ni la de ciertas tentativas inidóneas en el sentido subjetivista<sup>1223</sup>.

Es cierto que esta precisión podría interpretarse de modo que permitiera delimitar objetivamente tentativa y preparación, no obstante, esta exégesis sería incoherente con la construcción de algunos tipos e imposibilitaría la sanción de ciertas preparaciones muy próximas al inicio de la ejecución. En concreto, si fuera un criterio objetivo de separación de tentativa y preparación no sería ejecutivo un comportamiento que no pudiera producir directamente el resultado. En un sentido material esto es correcto, sin embargo, en un sentido formal los tipos se han construido de tal modo que incluyen conductas que *per se* no pueden producir objetivamente el resultado (acceso con fuerza en las cosas, art. 237). Además, al excluir los criterios formales de interpretación del tipo no daría salida dogmática a la necesidad de sancionar conductas preparatorias muy próximas a la tentativa que, por razones de política criminal, se entiende que deben ser abarcadas por el *marco de significado típico* (convencer a un menor para ir a un lugar solitario donde se quiere llevar a cabo una agresión sexual, arts. 178 y ss).

<sup>1219</sup> Sobre el problema de determinación conceptual de la tentativa inidónea vid. Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea*, pág. 24-74; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 6-14; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 252-79; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del iter criminis (artículos 16-18)", pág. 124; el mismo, "Teoría de la infracción penal", pág. 173 y s; Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 2 y s, 8 y s; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 271.

<sup>1220</sup> Cerezo Mir, *PG5*, II, pág. 99 y s; citado por Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 275.

<sup>1221</sup> Paredes Castañón, *El riesgo permitido*, pág. 123 y s; Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 276 y s.

<sup>1222</sup> Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 3-9; el mismo, *PG6*, 13/81-89; Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea*, pág. 11-14. Dentro de esta última corriente Moreno-Torres Herrera (*Tentativa de delito*, pág. 277) considera que *ex post* todas las tentativas son inidóneas, así que sólo se puede graduar las conductas en función del peligro causado pero no se pueden crear dos categorías (idónea/inidónea). De este modo, considera que sólo se puede distinguir (desde una perspectiva *ex ante*) entre tentativa irreal y tentativa, op. cit., pág. 278 y s.

<sup>1223</sup> Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 174 y s. Insiste en que a la vista de la redacción del art. 16 CP las dos interpretaciones son posibles, Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", pág. 5.

Así mismo, la falta de referencia a la representación del autor implica la exclusión de teorías que establecían el comienzo de la ejecución apoyándose únicamente en el animo manifestado por el autor<sup>1224</sup>. No obstante, es evidente que se tendrá que tener en cuenta la representación del autor para efectuar una interpretación objetiva de su acción, es decir, para conocer el tipo de referencia y para poder analizar la actividad efectuada en relación con ese tipo al que tiende<sup>1225</sup>.

Ahora bien, la afirmación que sostiene que hay una tentativa en el momento en que la conducta en función del plan del autor (con las precisiones que haré al respecto) representa un inicio directo de la ejecución del tipo todavía no precisa de forma satisfactoria un límite entre ambas figuras. Para ello habrá que establecer cuándo hay un inicio directo, lo cual exige el recurso a otros criterios adicionales como pueden ser la inmediatez espacio-temporal de la acción o la inmediatez del acto. Sobre ello me voy a extender a continuación.

(a) La teoría de la **inmediatez del peligro** defiende que la conducta practicada será un inmediato comienzo de la ejecución del tipo siempre que se pueda constatar que existe una puesta en peligro del bien jurídico, para lo cual se tiene en cuenta, como presupuesto inicial, la representación del autor: hay una tentativa cuando según el plan del autor la conducta conduce de forma inmediata a la puesta en peligro del bien jurídico protegido<sup>1226</sup>.

El problema que tiene la teoría de la inmediatez del peligro reside en que realmente todavía no se ha fijado un criterio de distinción entre tentativa y preparación<sup>1227</sup>. «El concepto del peligro es tan poco aclaratorio como el del comienzo de la ejecución»<sup>1228</sup>. ¿Cuándo hay una inmediata puesta en peligro del bien jurídico? Para evitar un argumento circular que establezca el inicio de la puesta en peligro cuando la conducta pueda poner en peligro el bien jurídico, hay que recurrir a un criterio

<sup>1224</sup> Alcacer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 22 y s; Serrano-Piedecasas, J.R., "Fundamento de la punición en la tentativa", 523. Se entiende así de la lectura de Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 276 y s.

<sup>1225</sup> Alcacer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 76.

<sup>1226</sup> Otto, *AT6*, 18/28-33 y s; el mismo, "Zum Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch", pág. 579; Küper, W., "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", pág. 345; Gropp, W., *AT2*, 9/36 (que sostiene que la puesta en peligro concreta del objeto del ataque es un indicio de la inmediatez del comienzo de la ejecución); Eser, *Sch/Sch*, 22/42.

<sup>1227</sup> Rudolphi, H.J., "Zur Abgrenzung...", pág. 23. Igualmente crítico pero por el hecho de que no permitiría la punición de conductas en las que no existe una relación de proximidad a la esfera de la víctima (ya que no hay puesta en peligro alguna) o por su falta de vinculación con el § 22 StGB que no exige que haya peligro real alguno para el bien jurídico para afirmar la presencia de la tentativa (de igual forma Krey, V., *AT2002*, marg. 424). Última crítica que no sería conciliable con la legislación española (art. 16 CP), en donde si se exige una cierta capacidad lesiva de la conducta.

<sup>1228</sup> Hauf, C., *AT2001*, pág. 117; Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 3.



subjetivo, la representación del autor, o al desarrollo de una regla objetiva que permita fijar en qué momento se comienza de forma directa o inmediata a poner en peligro el interés tutelado. Según el tenor literal de la teoría se podría pensar que ello tiene lugar cuando así lo crea el autor. Ahora bien, si el criterio de la inmediatez de la puesta en peligro se subordina completamente al plan del autor se produce una subjetivización de esta regla de determinación porque únicamente lo representado por el autor es lo que decide sobre el inicio de la ejecución<sup>1229</sup>. La absoluta dependencia de la representación del autor genera una evidente inseguridad jurídica. Si el grado de peligrosidad de una acción viene fijado por lo imaginado por el autor, en la práctica tendrá lugar una extensión del ámbito de la tentativa a costa de la preparación y viceversa, de modo que, en realidad es un criterio subjetivo corregido y no uno objetivo-formal el que establece la distinción entre ambas figuras<sup>1230</sup>. Si el elemento subjetivo sólo es el punto de partida del análisis objetivo posterior, será necesario establecer criterios interpretativos de naturaleza objetiva que permitan establecer en qué instante se puede considerar que existe una inmediata puesta en peligro del bien jurídico.

(b) Por tanto, ya como complemento del criterio de la peligrosidad<sup>1231</sup>, ya como criterio autónomo se recurre a la presencia de una relación **espacio-temporal** (*Sphärentheorie*<sup>1232</sup>) inmediata entre acción e inicio de la ejecución<sup>1233</sup>. Ahora bien,

<sup>1229</sup> Esto le sucede a Schröder, *Sch/Sch*17, 43/10; Busch, *LK9*, 43/14. Por ello, Otto, defensor de esta teoría, entiende que el plan sólo puede ser la base del juicio de delimitación que será realizado de forma objetiva, Otto, H., *AT6*, 18/23, 30. De igual forma Eser, *Sch/Sch*, 22/34 y s, 42. Plantea como la jurisprudencia alemana utilizó de forma contradictoria un criterio subjetivo para justificar la punición de la tentativa inidónea al mismo tiempo que se servía de criterios objetivos para establecer la diferencia entre tentativa y preparación, Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", pág. 470 y s.

<sup>1230</sup> Exige el recurso a criterios materiales para determinar cuándo hay una puesta en peligro del bien jurídico, Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, pág. 308.

<sup>1231</sup> Un claro ejemplo del uso de la relación espacio-temporal como complemento del de peligrosidad se observa en Otto, H., *AT6*, 18/31; Hauf, C., *AT2001*, pág. 118, que habla de «nahe konkrete Gefahr» (peligro concreto próximo). De igual forma en Roxin, C., "Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme in neuen Strafgesetzbuch", pág. 330. Criterio de la peligrosidad que, a veces, viene conectado con el criterio de la inmediatez del acto, Küper, W., "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", nota 6; Gerke, J., *AT2001*, pág. 96.

<sup>1232</sup> Termino tomado de Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1108.

<sup>1233</sup> Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4-9 (relación temporal y con la esfera de la víctima que deben concurrir de forma copulativa para la tentativa inacabada); el mismo, "Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme in neuen Strafgesetzbuch", pág. 329 y s (entrada en la esfera de la víctima); Jakobs, G., *PG*, 25/66 (proximidad temporal) y 68 (esfera de la víctima); Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginns", pág. 518 y s (proximidad temporal y esfera de la víctima); Joecks, W., *StGB3*, 22/29 (proximidad espacial y temporal); Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/54 (proximidad espacial y temporal, unido de forma disyuntiva al criterio de la inmediatez del acto, op. cit., 26/55); Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 811-13; el mismo, *AT3*,



esta regla de determinación (sobre todo si se tiene en cuenta la ambigüedad del concepto *esfera de la víctima*, o la indeterminación de la medida temporal utilizada para establecer la inmediatez de la acción<sup>1234</sup>) amplía la franja (propia de la preparación) abarcada por la fase ejecutiva pues permite considerar como ejecutivos comportamientos que no representan una directa puesta en peligro del bien jurídico<sup>1235</sup>. En este sentido se puede defender que la proximidad espacio-temporal con el inicio de la ejecución es una característica que se puede predicar tanto de la tentativa como de la preparación<sup>1236</sup>, siempre que definamos previamente estos conceptos en función del grado de peligro de los mismos (mediato/directo) y no por medio de su proximidad espacio temporal al inicio de la ejecución, es decir, siempre que hablemos de actos preparatorios en un sentido material. De hecho cualquier conducta preparatoria que se lleve a cabo con una proximidad espacial (entrada en la esfera de la víctima o cercanía al objeto del delito) o temporal (momentos antes de comenzar la ejecución) podría ser redefinida formalmente como un acto ejecutivo y ser castigada como una tentativa (inacabada). De igual manera, un uso no combinado de estos criterios (se utiliza únicamente uno de ellos) conduciría a la reducción del ámbito de la tentativa, especialmente en los casos en los que hay una distancia<sup>1237</sup> (espacial y/o temporal) entre la conducta del autor y la realización del resultado previsto. Por ejemplo, cuando se dispara desde una ventana a la

---

15/68-76 (que utiliza el criterio de la proximidad temporal como complemento del criterio de la inmediatez del acto, y el criterio de la entrada en la esfera de la víctima como complemento de los dos primeros); Farre Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", pág. 713 (inmediatez temporal).

Sobre el uso del criterio de la relación temporal y espacial tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana vid. Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 372-75.

<sup>1234</sup> Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 373 y s; Burkhardt, B., se pregunta en el supuesto de la estafa en qué instante hay una inmediata relación espacio temporal, ¿cuándo se ha ganado la confianza de A, cuándo se va camino del domicilio de la víctima que va a realizar una disposición patrimonial?, "Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug", pág. 430 (autor que sostiene que ello obliga a determinar el criterio para cada caso concreto). Critica la teoría de Roxin por la vaguedad del concepto normativo utilizado (esfera de la víctima) que otorga al juzgador un amplio ámbito de discrecionalidad, Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 30. De forma más extensa con otras críticas vid. op. cit. 29-32.

<sup>1235</sup> Insiste en que la inmediatez del peligro y la proximidad espacial o temporal, no son por tanto sinónimos Mezger, NJW, 1952, pág. 514 y ss. Como tampoco es lo mismo inmediatez de acción e inmediatez temporal, Alcácer Guirao, *Tentativas y formas de autoría*, pág. 78. En contra Kühl cuando sostiene que la proximidad temporal como criterio corrector de la inmediatez del acto no tiene tanta importancia porque normalmente la ejecución del último acto esencial va unida temporalmente al comienzo de la ejecución, Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 811.

<sup>1236</sup> Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 424.

<sup>1237</sup> Denominados por Gössel delitos de distancia (*Distanzdelikte*), JR, 1976, pág. 250.

víctima que está situada a 30 metros, no se puede decir en un sentido estricto que se haya entrado en la esfera de la víctima, o por lo menos ello dependerá de cómo se defina este concepto<sup>1238</sup>. De igual forma, Tampoco se podría sostener la presencia de una tentativa en los supuestos en los que hay una separación temporal con el suceso que se practicará con posterioridad. ¿Qué sucedería con los supuestos en los que el autor ha dejado una bomba activada que hará explosión en un mes?

(c) Por último, la teoría del **acto intermedio esencial** o de la inmediatez del acto (también conocida como *la teoría de los actos intermedios*<sup>1239</sup>) sostiene que un comportamiento se puede considerar típico cuando entre éste y el comienzo de la realización de la conducta típica no haya actos intermedios esenciales<sup>1240</sup>.

Desde este planteamiento, ejecutiva es aquélla conducta que a partir de una interpretación objetiva del plan del autor conduce sin actos esenciales a una lesión típica del bien jurídico protegido. Además, no se debe tener en cuenta para determinar la inmediatez del acto ni la proximidad temporal, en el sentido de negar el carácter ejecutivo de la conducta cuando exista «un considerable lapso de tiempo entre el acto y la realización parcial»<sup>1241</sup>, ni la proximidad espacial al objeto del delito<sup>1242</sup>. El carácter inmediato de la acción depende de la presencia de actos intermedios

<sup>1238</sup> Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 373.

<sup>1239</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT*, 40/48 y s; Vogler, *LK*10, 22/39; Rudolphi, *SK*, 22/13; el mismo, "Zur Abgrenzung...", pág. 23; Gerke, J., *AT*2001, pág. 96; Gössel, *JR*, 1976, pág. 250 y s; Schmidt, R., *AT*, pág. 232 (vinculado de forma alternativa al de la inmediatez espacio-temporal, op. cit., pág. 236); Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 651 y s; el mismo, *AT*3, 15/55 y ss; Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginns", pág. 517 (que no obstante recurre a un criterio de proximidad temporal-espacial para determinar el inicio de la ejecución); Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 70-82.

<sup>1240</sup> Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 650 y s; Wessel/Beulke, *AT*31, marg. 600; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 78-80.

<sup>1241</sup> En la literatura española, Alcácer utiliza como criterio principal la *inmediatez de acción*, al que aneja como criterio corrector la *inmediatez temporal* «en ciertos supuestos en los que, a pesar de que pueda afirmarse que no quedan actos intermedios esenciales previos a la propia realización parcial del tipo delictivo, mediará, a tenor de la contemplación del plan del autor, todavía un considerable lapso de tiempo entre el acto y la realización parcial», Alcácer Guirao, *Tentativas y formas de autoría*, pág. 78 y s (en el mismo sentido utiliza la inmediatez temporal como criterio corrector de la teoría de la inmediatez del acto Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 812; el mismo, *AT*3, 15/71). De modo que, serían conductas preparatorias por el lapso temporal transcurrido «...casos, por ejemplo, en los que el autor, después de haberlo dejado todo dispuesto para realizar la acción descrita por el verbo típico, detiene su ejecución para descansar o recobrar fuerzas, o bien espera a un momento más seguro para realizar la acción típica. Ejemplos: A, con intención de violar a su víctima, la ata desnuda a la cama, y en vez de tener acceso carnal inmediatamente después, decide primero salir a la calle a comer algo. B fuerza la cerradura de la ventana de una casa vacía, con la intención de volver al día siguiente con un vehículo y realizar el robo. C deja listo un dispositivo explosivo para accionarlo a distancia al cabo de dos días», Alcácer Guirao, op. cit., pág. 79 y s.

<sup>1242</sup> Eber, U., *AT*3, pág. 121, 132 que considera que la unidad de acción viene determinada por la presencia de una estrecha relación espacial y temporal.

esenciales, es decir, viene determinada por la vinculación existente entre los diversos microactos que conforman la acción, lo cual no se subordina ni a la inmediatez temporal ni a la proximidad espacial, sino a la posición del comportamiento llevado a cabo dentro del proceso causal que se orienta a la consumación de la lesión recogida en el tipo de referencia. Que el objeto esté presente, o que tenga que transcurrir cierto tiempo para que la lesión o puesta en peligro se haga efectiva no dice nada sobre la cuestión de si faltan actos intermedios esenciales o no.

La esposa que ha dejado preparada una comida envenenada en el congelador para que su marido en las próximas semanas se la sirva es autora de una tentativa de homicidio a pesar del lapso temporal que media entre acción y resultado.

Estos factores espacio temporales sólo van a influir a la hora de determinar cuando se puede considerar que la tentativa está acabada<sup>1243</sup> (por ejemplo entender que la tentativa sólo queda acabada desde un criterio objetivo cuando hay una relación con la esfera de la víctima y existe una pérdida del dominio del hecho<sup>1244</sup>) y para delimitar la posibilidad de admisión de un desistimiento (posible en aquellos casos en los que incluso hay una tentativa acabada pero todavía falta un periodo de tiempo para que desarrolle sus efectos, en los que sería necesario un comportamiento activo del autor dirigido a evitar la producción del resultado<sup>1245</sup>).

Esta teoría, parece ser la que permite identificar la conducta ejecutiva en función del tipo de referencia de modo más respetuoso con los ámbitos naturales de la preparación que se derivan del carácter mediato de la peligrosidad que contiene. Esto es, hay una reducción de la zona dotada con una peligrosidad mediata abarcada por la ejecución, hasta el punto que se puede predicar que la preparación en un sentido formal casi coincide con la preparación material<sup>1246</sup>.

No obstante, **Meyer** afirma que esta teoría es imprecisa porque en algunas ocasiones se pueden castigar conductas preparatorias como tentativas. Por ejemplo, la simple creación de un instrumento representará un inicio de ejecución cuando según el plan del autor conduzca de forma inmediata a la realización del tipo<sup>1247</sup>. Al respecto insistir en que si una acción conduce sin actos esenciales, según el plan del autor, a la realización de la conducta típica no hay preparación sino tentativa. Segundo, en contra de lo que

<sup>1243</sup> Hay tentativa acabada cuando el autor ha realizado todo lo que según su representación era necesario para consumir el tipo, o por lo menos se plantea que posiblemente puede consumarlo, Eber, U., *A73*, pág. 130 y s; Schmidt, R., *A7*, pág. 233; Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4; Altvater, *NStZ*, 2002, pág. 25.

<sup>1244</sup> En todo caso es obvio que el autor no puede acabar una tentativa hasta que por ejemplo la víctima se halle a tiro.

<sup>1245</sup> Vid. Eber, U., *A73*, pág. 130, 137-39; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 270.

<sup>1246</sup> Critican que la estrechez de la teoría de los actos intermedios deja sin punir conducta merecedoras de pena, Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4.

opina la autora algunos comportamientos preparatorios nunca cumplirían ese requisito a propósito de ciertos bienes jurídicos. La compra de un arma nunca conducirá objetivamente sin un acto intermedio esencial al homicidio, como tampoco lo hará la obtención de información sobre las costumbres que posee la futura víctima del secuestro.

Ahora bien, esta teoría no nos permite alcanzar soluciones válidas en cada caso. Reconozco las dificultades que existen en algunos supuestos. Así, sobre la crítica que se le realiza a este planteamiento respecto a la posibilidad de seccionar las conductas en unidades de acto infinitas<sup>1248</sup> (*Zeitlupestrafrecht*<sup>1249</sup>), hay que admitir que efectivamente dentro de un proceso causal es muy difícil determinar en qué instante no se necesita ningún acto intermedio esencial entre el comportamiento y la producción del resultado típico. Primero, porque en realidad únicamente hay un ámbito de certeza en los extremos del proceso causal, es decir, comprar un arma es una preparación, como disparar la misma es un inicio de ejecución. Sin embargo, hay una zona de penumbra en la que ciertamente cada uno de los microactos orientados al resultado pueden ser tanto una preparación como una tentativa. Segundo, porque el proceso de selección del último acto esencial dentro de esa franja de penumbra viene determinado por los contornos del término *esencial*<sup>1250</sup>. Lo relevante no es constatar que un proceso causal se puede dividir en un número de pasos infinitos, sino que al Derecho penal sólo le interesa fijar cuál de esos pasos marca la frontera entre preparación y tentativa, y que para ello tiene que recurrir a un criterio normativo<sup>1251</sup>. ¿Por qué no se incluye cargar el arma dentro de la secuencia temporal de disparar? ¿Por qué es un acto intermedio *no esencial* apuntar con el arma<sup>1252</sup>?

La cuestión, en lo que concierne a la teoría del acto intermedio, reside en diferenciar dentro de una misma unidad de acción la fase ejecutiva de la preparatoria lo cual es una decisión normativa, esto es, hay que fijar qué comportamiento dentro de cada

<sup>1247</sup> Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 372; 378. Igualmente crítico en este sentido Otto, H., *AT*, 18/28.

<sup>1248</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 149 y s; Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1107 y s; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 582.

<sup>1249</sup> Geilen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> edición, 1980, pág. pág. 164; citado por Kühl, *AT*, 15/60, nota 91.

<sup>1250</sup> En ese sentido es cierto que el término inmediatez de la acción es un criterio todavía difuso que no conduce a soluciones claras para todos los casos, Roxin, C., "Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 4; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 423.

<sup>1251</sup> «Los acontecimientos no conocen en la realidad ninguna cesura "natural", sin embargo, son estructurados y clasificados por cada contemplación humana», Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1979, pág. 718.

<sup>1252</sup> Como propone Kühl, K., *AT*, 15/60.

forma de realización de acción conduce al inicio de la ejecución sin actos intermedios esenciales. Por consiguiente, la solución consiste en el establecimiento de secuencias temporales<sup>1253</sup> dentro de cada unidad de acción. Será una decisión normativa la que construya, para cada modo de acción y cada grupo de tipos penales, cada una de las secuencias de acciones penalmente relevantes. Por ejemplo, la secuencia que comienza con sacar el arma y acaba con el disparo.

En el caso del proceso que empieza con la carga del arma de fuego y termina cuando se comienza a disparar, el conjunto de comportamientos causalmente encadenado representa una unidad de acción que desde una perspectiva naturalística alcanza su último acto esencial en el instante en que se aprieta el gatillo<sup>1254</sup>. Sin embargo, una interpretación normativa nos conduce a afirmar que el primer acto ejecutivo es la acción de sacar el arma, porque no hay ningún acto penalmente irrelevante a partir de ese instante. Es decir, todo comportamiento que sigue a la acción de sacar el arma representa una parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Por consiguiente el que saca el arma comienza a matar aunque medien otros actos esenciales desde un enfoque naturalístico<sup>1255</sup>. Las conductas que a continuación se realicen (apuntar y disparar) son del mismo modo ejecutivas.

Además, una vez determinadas estas secuencias no influye para nada la relación temporal, porque aparte del alto contenido de indeterminación del concepto<sup>1256</sup>, qué relevancia tiene el periodo de tiempo a la hora de precisar si un comportamiento será seguido por otro. Si sacar el arma es el inicio de su secuencia temporal por qué se va a considerar que es una preparación cuando transcurre un periodo de tiempo. ¿Acaso no se castigará como autor de una tentativa de homicidio al que saca el arma y amenaza a la víctima para que le acompañe y tres minutos, tres horas, tres días después pretende llegar a un descampado donde la quiere matar? Igualmente autor de una tentativa de homicidio será el sujeto que con un arma con mira telescópica espera a que la víctima aparezca. Esta independencia del lapso temporal aconseja reformular el concepto y utilizar a partir de ahora el de *secuencias de acción*<sup>1257</sup>, en vez de secuencias temporales.

<sup>1253</sup> Alcacer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 79.

<sup>1254</sup> La identificación de la ausencia de acto intermedio esencial exclusivamente con la última acción que conduzca causalmente a la lesión del bien jurídico protegido provoca una reducción de la franja ejecutiva que conduce a situaciones de evidente injusticia material. Y es que, ¿cómo se podría castigar al sujeto que es detenido en un momento anterior a poder apretar el gatillo, que realmente sería la última acción sin acto intermedio esencial? ¿Cómo se justificaría la punición del sujeto que ejerce violencia sobre una chica con intención de violarla que es detenido en ese preciso instante?

<sup>1255</sup> Considera que empieza en ese momento la tentativa de homicidio, Wessels/Beulke, A731, Rdnr. 603.

<sup>1256</sup> ¿Cuándo se puede considerar que el lapso de tiempo es considerable?

<sup>1257</sup> Prescinde igualmente del criterio temporal Kratzsch, que exige que todos los actos se orienten a la realización de todos los elementos del tipo (*Wirkungseinheit o unidad de efecto*), que entre los actos intermedios haya una vinculación (*Handlungseinheit o unidad de acción*), Kratzsch, D.,

En todo caso, la determinación de estas secuencias viene fijada por la descripción típica. Por consiguiente, el delito de robo comienza con la fuerza en las cosas o la violencia o intimidación, la violación con el ejercicio de la fuerza o intimidación, o la estafa con la obtención del engaño<sup>1258</sup>.

Para fijar la primera conducta ejecutiva aunque sea necesario la presencia de cierta peligrosidad en el comportamiento realizado como exigencia del principio de ofensividad que aquí se defiende, no se tiene que acudir a una interpretación naturalística del concepto «dar principio a la ejecución del delito directamente» sino a una redefinición normativa que determine en función del tipo en cuestión y del bien jurídico protegido **cuándo para el Derecho penal no hay actos intermedios penalmente irrelevantes**. Y para ello, no se puede crear una regla general que funcione en todas las ocasiones<sup>1259</sup>. Así, la existencia de un acto intermedio esencial entendido como inicio de la relevancia penal de un comportamiento es un punto de partida (como otros) que tiene que ser concretado en cada caso. En otras palabras, la delimitación de la conducta que se considera inmediata o un principio de ejecución directo no se puede hacer de forma general sino que hay que llevarlo a cabo para cada tipo penal y para cada forma de comisión. Para lo cual es fundamental la información que el tipo penal nos da.

---

“Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...”, pág. 582. Krey, V., *A72002*, marg. 422 considera que hay una vinculación de todas estas microacciones cuando no se requiere un nuevo impulso de la voluntad –*neuens Willensimpulses des Täters*–).

<sup>1258</sup> Reconoce que hay un inicio de ejecución en estos supuestos Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 225. No obstante, la STS 12 de julio 1995 afirma que si bien es posible afirmar el inicio de la ejecución de la violación cuando se ejerce fuerza sobre la víctima o se la lleva a un descampado, no es tan fácil determinar ese comienzo si sólo ha habido una intimidación. Así, mantiene que no habrá inicio de ejecución cuando entre la intimidación y la víctima no haya una proximidad espacio temporal (f.d.6.º) «Y esto es lo ocurrido en el caso presente, en el que la joven víctima de la grosera imprecación y de la subsiguiente amenaza con la navaja no tuvo nunca próximo el peligro de que pudiera realizarse el mal que significaba la muestra de tal arma blanca, como lo prueba el hecho de que, simplemente echándose a correr y aprovechando que el agresor iba montado en una moto de la que no llegó a bajarse, con relativa facilidad pudiera guarecerse en un portal, quedando así libre sin mayor esfuerzo de la agresión de que fue objeto, que no pasó de ser simplemente verbal aunque acompañada de un hecho constitutivo de amenazas, pero que, por faltar proximidad física y por existir una posibilidad de evasión de forma sencilla, consideramos que no ha de valorarse como acto de ejecución de la violación, sino como simple acción preparatoria, por lo que debió absolverse de la tentativa de este delito.

Ahora bien, este hecho no ha de quedar impune, sino que debe ser castigado como delito de amenazas de carácter condicional», *ibídem*.

<sup>1259</sup> Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 233. Lettman insistía en los intentos de distinción entre tentativa y preparación no se pueden practicar mediante «una fórmula abstracta, tal como hacen las palabras “inicio de la ejecución”, sin provocar (scil. al mismo tiempo) una interpretación individual de la ley, **porque todas las formas de aparición de la actividad criminal no pueden ser recogidas en una fórmula abstracta**», Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, pág. 26 (negrita añadida).



En consecuencia, el criterio de la inmediatez (en todas sus variantes aunque sólo defienda una de ellas) sólo sirve para tener un referente que nos permita fijar el inicio de ejecución, que siempre está sometido a una interpretación con ciertas dosis de arbitrariedad<sup>1260</sup>. Aunque sea posible crear una teoría general que discrimine la tentativa de la preparación no deja de ser más que un criterio de referencia que marca una línea de determinación, claramente distinta a la ofrecida por la teoría subjetiva por ejemplo, pero que luego debe ser precisado en la práctica. Es decir, hay que *establecer en cada caso dónde comienza la secuencia de acción que conduce inmediatamente a la realización de la conducta típica*.

#### **D. El papel de la representación del autor.**

La conclusión que se obtiene de lo expuesto es que la delimitación entre tentativa y preparación no se puede practicar a través del recurso a las reglas que se derivan de cada una de las teorías de justificación del castigo de la tentativa, sino que en realidad es un problema de interpretación del tipo. Ello conduce a la necesidad de acudir para deslindar la preparación de la tentativa a un tipo de referencia, medida del grado de desarrollo del comportamiento delictivo<sup>1261</sup>. Además, esta exégesis no se puede llevar a cabo mediante un criterio exclusivamente formal sino que requiere otras reglas de interpretación materiales que ayuden a fijar el *marco de significado típico*. Ahora bien, al principio de la exposición de este apartado he indicado que también se tendrán en cuenta en este proceso interpretativo elementos subjetivos, sobre los que todavía no se ha dicho nada, o en todo caso se ha criticado que la representación del autor no puede decidir por sí sola cuándo el comportamiento se halla sito en la franja ejecutiva típica. ¿Cuál es, por consiguiente, el papel que el plan del autor va a desempeñar en el proceso de delimitación de la tentativa y la preparación? Dos van a ser las funciones que ejerza: la determinación del tipo de referencia y la interpretación de la conducta del autor en relación con el plan criminal que se conecta con un tipo concreto.

Ya he señalado en páginas anteriores como la fijación de un límite entre preparación y tentativa depende tanto del bien jurídico tutelado, como de la interpretación del tipo penal concreto, las dos variables necesarias (en diferentes momentos) para fijar la posición de una conducta dentro del *iter criminis*<sup>1262</sup>. Ahora bien, la concreción

<sup>1260</sup> Las reglas para determinar el inicio de la ejecución no sirven para todas las ocasiones, pero por lo menos ayudan a la hora de establecer esa divisoria, Sonnen/Hansen-Siedler, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", pág. 19.

<sup>1261</sup> Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 154.

de estas dos variables de referencia está subordinada al conocimiento del plan del autor, que es el que determina a qué tiende la conducta que ha realizado<sup>1263</sup>.

Con todo, no es la representación del autor, en un sentido estrictamente subjetivo, la que precisa cuándo la conducta es preparatoria o ejecutiva<sup>1264</sup>. Es decir, no es el autor el que decide cuándo su conducta puede ser una tentativa, sino que el plan delictivo, primero, nos permite identificar el tipo penal que nos va a servir de referencia a la hora de fijar la fase del *iter criminis* en que se halla la conducta realizada<sup>1265</sup>. Y, segundo, el plan del autor nos va a indicar qué acción es la que se dirige a la realización del tipo<sup>1266</sup>. En este sentido, «sólo el plan concreto posibilita la valoración de la conducta del autor como tentativa o preparación porque únicamente a través de él se hace visible cómo puede desarrollarse el hecho planeado en concreto y qué significado se le atribuye a la acción del autor dentro de la evolución planeada de los hechos»<sup>1267</sup>. Ahora bien, tener en cuenta el plan del autor no implica acudir a un criterio subjetivo, sino que, «a partir del mismo, serán criterios objetivos los que establecerán esa diferencia cualitativa (scil. entre actos ejecutivos y preparatorios), criterios vinculados a la realización típica»<sup>1268</sup>. Esto es, cuándo se considere iniciada

<sup>1262</sup> Vid. segunda parte, pág. 238, 255 y ss.

<sup>1263</sup> Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/47; Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 223.

<sup>1264</sup> «...el objeto de la norma no puede quedar a expensas de la interpretación del sujeto», Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, pág. 150; Eser, *Sch/Sch*, 22/34; Strantenwerth, G., *AT*2000, 11/36; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1107; Kühn, K., *AT*3, 15/77; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 278 y s. Insiste en la importancia del plan del autor junto a otros datos objetivos para determinar si la ejecución ha comenzado la STS 12 de julio 1995 (f.j.5.º). En esa línea pero desde una perspectiva sistémica Jakobs, G., "Representación del autor e imputación objetiva", pág. 231. Así, Jakobs en relación con la relevancia del punto de vista del autor a la hora de fijar la presencia de una errónea planificación de la organización interna, afirma que «El injusto de una tentativa se presenta, por tanto, únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que no sólo de acuerdo con su punto de vista debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa», Jakobs, G., "Representación del autor e imputación objetiva", pág. 231. De ahí resulta que el injusto de la tentativa se presenta cuando el autor se dispone a «(...) iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho», op. cit., pág. 231. La incorrección de la planificación se determina por un juicio objetivo y racional, y no exclusivamente personal (op. cit., pág. 231). «Si el relato completo y verídico de un comportamiento nada dice sobre la proximidad de la realización del tipo, el comportamiento relatado no puede constituir el comienzo de la ejecución del hecho», op. cit., pág. 232.

<sup>1265</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 48 y s; Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 223.

<sup>1266</sup> Kühn, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 814; Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", *JuS* 1998, pág. 1107, Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 223; Demetrio Crespo, E., *La tentativa*, pág. 72 y s; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 267.

<sup>1267</sup> Vogler, *LK*10, 22/32; Rudolphi, H.J., "Zur Abgrenzung...", pág. 23.

<sup>1268</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 48; Eser, *Sch/Sch*, 22/34.

la ejecución «... no dependerá exclusivamente del plan del autor, sino que serán pautas objetivas las que determinarán esta circunstancia, *a partir*, del plan del autor»<sup>1269</sup>. En resumen, el plan del autor nos indica el tipo de referencia y en relación con éste señala igualmente, mediante un análisis estrictamente objetivo, qué conducta ha superado el umbral de la ejecutividad<sup>1270</sup>. En el ejemplo clásico de la esposa que quiere matar a su marido con una sopa envenenada<sup>1271</sup>, el conocimiento de su plan nos permite determinar el tipo de referencia, (asesinato), y además su plan también nos indica si hay una acción esencial pendiente de realización o no. Así pues, si pretende servir la sopa que ya ha preparado no hay tentativa hasta el momento en que la pone en la mesa (porque faltan actos intermedios esenciales – servir la sopa–), sin embargo, si quiere que su marido disponga de ella hay una tentativa cuando termina su elaboración<sup>1272</sup>. Otra cuestión distinta es fijar en este último caso cuándo se considera que la tentativa se ha acabado.

<sup>1269</sup> Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 76 (cursiva original); Burkhardt, B., "Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug", pág. 430 y s; Otto, H., *AT6*, 18/23; el mismo, "Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch", pág. 579; Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 3; el mismo, *JZ*, 1998, pág. 212; Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 813 y s; el mismo, *AT3*, 15/45, 77; el mismo, *StGB24*, 22/4; Vogler, *LK10*, 22/31; Gerke, J., *AT2001*, pág. 96; Sonnen/Hansen-Siedler, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", pág. 18; Eser, *Sch/Sch*, 22/34, que sostiene que el plan es la base de un juicio de determinación del inicio de ejecución pero, en cambio, no es el criterio de delimitación. En definitiva, (Eser, *Sch/Sch*, 22/34 y s, 42) mantiene una teoría *individual-objetiva* en la cual el plan del autor es un punto de partida desde el cual realizar el posterior deslinde entre tentativa y preparación en función del criterio de la peligrosidad. De igual forma Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 511 y s., aunque este autor recurre al criterio de la proximidad temporal y la relación con el objeto del delito.

<sup>1270</sup> Considero que esta interpretación objetiva del plan del autor es el criterio adecuado para distinguir la tentativa acabada de la inacabada. Me adhiero, por tanto, a la línea marcada por Farré Trepát, E., *La tentativa*, pág. 269; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 263 (ambos para distinguir la tentativa de la frustración); Moreno-Torres Herrera, M.R., *Tentativa de delito*, pág. 244 y s.

<sup>1271</sup> Vid. por todos Rudolphi, *SK*, 22/11.

<sup>1272</sup> Strantenwerth, G., *AT2000*, 11/37; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 22/8; Pessoa, N., *La tentativa*, pág. 81. Partiendo del hecho de que si la víctima cae en la trampa (y no se produce el resultado deseado o por el contrario éste tiene lugar) habría un supuesto de autoría mediata (intentada o consumada) con error del *instrumento* (al respecto vid. Heckler, A., "Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle", pág. 79 y s), no existe unanimidad a la hora de fijar cuando hay un inicio de la tentativa en estos supuestos. Por ejemplo, Jakobs tiene ciertas dudas a la hora de considerar la presencia de una tentativa cuando, aunque el sujeto ha realizado todo lo planeado, el inicio de la ejecución depende de la propia acción de la víctima (ella se sirve la bebida envenenada) y de una omisión del autor, que está presente y no hace nada para evitar que aquélla ingiera el veneno. Duda que no tiene (no hay tentativa) cuando el autor pretende servir el mismo la bebida envenenada, Jakobs, G., *AT81*, 25/72.

En cualquier caso nos encontramos aquí con el problema de determinar en qué instante hay una tentativa en aquellos casos en los que el inicio de la ejecución depende de la intervención de la víctima que cae en la trampa creada por el autor. Al respecto se han propuesto como soluciones:

(1) Hay una tentativa cuando no existen actos intermedios esenciales. Criterio que se puede utilizar de forma aislada o vinculada a otros (inmediatez del peligro, temporal-espacial).

Además, el plan siempre está supeditado a las características del tipo de referencia, de modo que habrá casos en los que aunque el autor crea que ha comenzado una ejecución ésta todavía no ha tenido lugar porque objetivamente su representación no alcanza la fase ejecutiva del tipo concreto. En otras palabras, no hay inicio de ejecución porque la conducta imaginada por el autor como ejecutiva todavía no presenta correspondencia con alguna de las formas de ataque típicas<sup>1273</sup>. Así, la pareja que localiza una persona dispuesta a realizar una práctica abortiva sólo prepara el posible aborto cuya ejecución todavía no ha comenzado, y ello aunque piensen que la búsqueda de información representa ya una conducta típica<sup>1274</sup>. El

(2) El recurso alternativo a la pérdida del dominio del hecho o a la teoría de la inmediatez (espacio temporal para Roxin, C., JZ, 1998, pág. 211 y s; o que según la representación del autor la conducta se dirija al inicio de la ejecución sin ningún acto intermedio esencial, Schmidt, R., *AT*, pág. 235). Así, Roxin señala que en este supuesto la terminación de la preparación de la bebida envenenada no es suficiente, se requiere además una relación de proximidad con la esfera de la víctima, Roxin, C., "Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme in neuen Strafgesetzbuch", pág. 329, o que con independencia de la proximidad espacio-temporal haya una pérdida del dominio del hecho sobre la sustancia envenenada (Roxin, C., JZ, 1998, pág. 211 y s) que puede conducir al inicio de la ejecución.

(3) Un uso conjunto de la pérdida del dominio del hecho y la inmediatez del acto (Trüg, G., "Versuch", pág. 105).

(4) Entrada en la esfera de acción de la trampa e inmediatez del acto (Heckler, A., "Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle", pág. 79)

(5) Hacer depender la presencia de una tentativa de la intensidad del dolo del autor (habrá un inicio de la ejecución si el autor considera segura la aparición del víctima, al respecto vid. la crítica de Gropp, W., *ATZ*, 9/37e). En esa línea, Kratzsch determina que hay una tentativa cuando el autor ha realizado todo lo necesario para que el proceso criminal (Gesamtat) tenga lugar, lo cual exige que éste se represente un control sobre los diversos factores causales que pudieran concurrir, Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 586.

(6) También se fija la cesura entre ejecución y preparación en función de la proximidad temporal.

(7) El criterio de la inmediatez de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado (Gropp, W., *ATZ*, 9/37e).

(8) Por último, Dornis considera que hay una tentativa cuando la víctima y la trampa se encuentran ya de tal forma conectadas que el inicio de la ejecución no requiere ninguna intervención posterior. Ello tiene lugar cuando el autor ha puesto la trampa y se ha situado en una posición que impida hacer sospechar a la víctima de la existencia de misma, Dornis, T., "Der Versuchsbeginn in Selbstschädigungsfällen", pág. 666, 668.

Una exposición del problema y de las diversas soluciones en, Kühl, K., *ATZ*, 15/85a-d. No obstante, creo que la solución se halla por la teoría de los actos intermedios. La pérdida del dominio del hecho así como la relación temporal espacial sólo nos puede ayudar a determinar cuándo hay una tentativa acabada o inacabada. La intensidad del dolo del autor servirá en todo caso para fijar si la tentativa fue cometida con dolo directo o dolo eventual, y para plantearse eventualmente el problema de la existencia de un supuesto de conducta imprudente.

<sup>1273</sup> De forma parecida Eser, *Sch/Sch*, 22/35; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 276 y s; respecto a la exigencia de una forma de ataque típicamente relevante Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 291; el mismo, Vogler, *LK10*, 22/59.

<sup>1274</sup> Defiende, no obstante, que la obtención de información sería un inicio de ejecución cuando el autor, según su representación, considere que conduce inmediatamente a un comienzo de realización del tipo, Joecks, W., *StGB3*, 22/28.

que compra un cuchillo de ciertas dimensiones más allá de la representación que tenga de la posición que en el *iter criminis* posea la conducta que se inserta en su plan delictivo (matar a X), o sea, aunque en un caso extremo crea que con ello ha comenzado a matar, efectúa una preparación, porque su comportamiento sólo puede crear la condición necesaria para la realización de esa intención y quedan pendientes numerosos actos intermedios esenciales<sup>1275</sup>.

En estos dos casos, la ausencia de una relación entre la conducta llevada a cabo y el comienzo de ejecución del tipo concreto de la parte especial impide afirmar la existencia de una tentativa y su punición representaría una lesión del principio del hecho<sup>1276</sup>.

De igual forma, en otras ocasiones la conducta posee tal grado de peligrosidad que en ese caso sólo se puede afirmar la presencia de un inicio de ejecución, incluso cuando el autor crea que simplemente prepara el delito. En la mayoría de los casos se constata de *facto* la presencia de un inicio de la ejecución. De este modo, la discusión se centra en determinar si hay una tentativa acabada o inacabada, si había o no error y la relevancia penal de este último (vencible o invencible). Así, cuando A deja una bomba activada en un coche y cree que la ejecución sólo comienza cuando el artefacto explosivo estalla, con independencia de su representación, se puede afirmar que ya hay un inicio de ejecución de diferentes tipos (daños, homicidio) -tentativa acabada doloso eventual-.

### **E. Clases de preparación.**

Son tres los tipos de medidas que posibilitan la realización de una posterior actividad delictiva:

(1) **Técnicas:** consisten en la obtención de los medios necesarios para la posterior ejecución<sup>1277</sup>. Se debe entender en un sentido amplio que actos preparatorios técnicos son:

---

<sup>1275</sup> Otra cosa es que la preparación en el caso concreto se pueda penar autónomamente como forma de lesión de la seguridad interior o la paz pública.

<sup>1276</sup> Al respecto vid. Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 292, que entiende que si de la interpretación del tipo se deduce que la conducta representa un inicio de ejecución no hay una infracción del principio de legalidad, en cambio, si falta esa relación y hay una punición se atenta contra el principio del hecho, contra el principio de legalidad y determinación, Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", pág. 292 y s. El art. 16 CP establece, cuando exige que se *realicen los hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente*, la imposibilidad de castigar resoluciones delictivas no exteriorizadas. De igual modo no se perseguirán como formas de tentativa los comportamientos que «sólo aparezcan remotamente conectados con la *genuina realización del hecho típico*», Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", pág. 285 (cursiva original).

<sup>1277</sup> Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 78; Montes, P., *PG2*, pág. 31, 38.

- (a) La obtención o creación de los instrumentos necesarios para cometer el delito (armas, materiales explosivos, medios de falsificación)<sup>1278</sup>. En estos casos la tentativa comienza cuando el instrumento se utiliza para la comisión del delito<sup>1279</sup>. Por el contrario se sigue estando en la fase preparatoria cuando el utensilio en cuestión se use para formar otro instrumento, objeto o satisfaga otro requisito intermedio necesario para iniciar la comisión<sup>1280</sup>.
- (b) La búsqueda del lugar del crimen o la permanencia en ese sitio (localización de una clínica abortiva, o la entrada en la tienda que se pretende robar)<sup>1281</sup>.

La relación de inmediatez temporal con el comienzo de la actividad delictiva no puede convertir en tentativa esta forma de preparación<sup>1282</sup>, pues en tal caso, por ejemplo, siempre que un sujeto sospechoso entrara en una tienda se le podría detener, y por tentativa de robo (!). Es decir, el acceso al lugar donde se pretende cometer un delito no será un inicio de la tentativa cuando con ello no haya una disminución de la protección del objeto del delito<sup>1283</sup>. Por ejemplo,

<sup>1278</sup> Ebert, U., *AT2001*, pág. 117; Kindhäuser, U., *AT2000*, 41.5; Zaczyk, *NK*, 22/3; Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginns", pág. 518; Joecks, W., *StGB3*, 22/28; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 22/5; Vogler, *LK10*, 22/68; Wessels/Beulke, *AT31*, marg. 602; Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1979, pág. 874, *JuS* 1980, pág. 650; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 16; Höser, J., *Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht*, pág. 50 y s, 103-105; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 7; Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 369; Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel...", pág. 582; Hauf, C., *AT2001*, pág. 104; Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; el mismo, *SK*, 22/14. Vid. enumeración de conductas preparatorias con breve reseña jurisprudencial en Wessels/Beukel, *AT98*, Marg. 100..

<sup>1279</sup> Vogler, *LK10*, 22/36; Rudolphi, H-J., *SK*, 22/14 con jurisprudencia del BGH al respecto.

<sup>1280</sup> Similar Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24. Meyer sostiene que, no obstante, se pueden castigar como tentativas estos comportamientos si conducen sin interrupción a la inmediata realización del tipo, Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 378, nota 106.

<sup>1281</sup> Ebert, U., *AT2001*, pág. 117; Kindhäuser, U., *AT2000*, 41.5; Eser, *Sch/Sch*, 22/45; Zaczyk, *NK*, 22/3; Vogler, *LK10*, 22/69; Wessels/Beulke, *AT31*, Marg. 602; Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1979, pág. 874; *JuS* 1980, pág. 653; Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", pág. 517; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 22/5; Joecks, W., *StGB3*, 22/28; Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 369; Hauf, C., *AT2001*, pág. 118; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 16; Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; el mismo, *SK*, 22/15.

<sup>1282</sup> Kühl considera que dirigirse al lugar donde se quiere cometer el delito será, en principio, una preparación (Kühl, K., *AT3*, 15/62; tiene ciertas dudas al respecto Joecks, W., *StGB3*, 22/30), pero que, no obstante, es una tentativa si inmediatamente (criterio del acto intermedio esencial completado por la proximidad temporal) se quiere comenzar con ello la ejecución (llevar un niño al un sitio aislado donde realizar la agresión sexual), Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 811 y s; el mismo, *AT3*, 15/63-67, 70.

<sup>1283</sup> E incluso cuando ello tenga lugar tampoco se apreciará automáticamente la presencia de una tentativa.



entrar en un lugar forzando la cerradura provoca una reducción de la protección, lo que no genera entrar en un establecimiento público durante su periodo de apertura aunque seguidamente se quiera robar<sup>1284</sup>. El problema en este caso reside en que la conducta preparatoria seguida de inicio de ejecución se integra por tanto en un proceso de actuación penalmente relevante en la última fase alcanzada. De nuevo con el ejemplo del sujeto que entra en la tienda e inmediatamente saca el arma y amenaza al dependiente para que entregue el contenido de la caja, se aprecia como la acción de entrar y amenazar están necesariamente vinculadas en este supuesto, pero no siempre es así, es decir, no siempre que se entra en una tienda (más allá de la intención) se puede afirmar la presencia de una tentativa de robo, y en todo caso lo penalmente relevante, en el sentido de iniciar la ejecución del delito, es la intimidación con el arma.

Insisto en que esta unidad de las acciones permite subsumir el injusto de la preparación dentro de la última fase ejecutiva alcanzada. O sea, todos los actos preparatorios están necesariamente vinculados con la acción ejecutiva finalmente realizada. Afirmación que no debe llevar a concluir que la ejecución de una conducta preparatoria sea suficiente para establecer la responsabilidad penal del autor (lo penalmente relevante es apuntar con un arma y no dirigirse al domicilio de la víctima), sino a la imposibilidad de castigar doblemente por la conducta preparatoria y ejecutiva que forma parte de un mismo proceso criminal, en el cual se debe punir por la fase superior del injusto alcanzada.

- (c) Informarse, crear la posibilidad de actuar de manera delictiva (obtener los planos de una sucursal bancaria, comprobar si la víctima tiene la cartera que se quiere robar)<sup>1285</sup>.
- (d) La obtención de elementos necesarios para la supresión de obstáculos (obtener la clave de la alarma o copiar la llave de acceso a la casa). Esto es, en los casos de comportamientos destinados a facilitar acciones dirigidas a la «disminución de la protección» serán siempre modos de preparación. Ahora bien, la supresión

<sup>1284</sup> Una clara diferencia entre ambos supuestos relacionado a su vez con la teoría del acto intermedio esencial en Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 653 y s.

<sup>1285</sup> Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; el mismo, *SK*, 22/16; Vogler, *LK10*, 22/69; Wessels/Beulke, *AT31*, marg. 602; Eser, *Sch/Sch*, 22/45. Sobre la relevancia de la creación de la posibilidad de actuar de manera delictiva Roxin sostiene que la afirmación de una tentativa dependerá en todo caso de la existencia de una resolución delictiva y la proximidad temporal y espacial con la esfera de la víctima, Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 6. Al respecto debo objetar, aparte del hecho de que dudo que en estos casos haya algo más que una mera inclinación al hecho (Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1980, pág. 275; también tiene dudas sobre la existencia de una resolución delictiva Roxin, *ibidem*), que aunque la teoría de la inmediatez temporal-espacial permita afirmar un inicio de la ejecución, la teoría de la inmediatez del acto que definiendo la niega porque la creación de la posibilidad de actuación no forma parte de ninguna secuencia de acción que conduzca directamente a la realización del tipo.

efectiva de obstáculos (desactivación de una alarma) representaría una preparación o un inicio de la ejecución en función del plan del autor y de la conducta típica de referencia<sup>1286</sup>, y todo ello con independencia del periodo de tiempo que trascurra entre la eliminación del obstáculo y el acceso a la fase siguiente del delito<sup>1287</sup>.

Retomando el ejemplo de Artz, la muerte del perro que guarda la casa, puede ser una preparación si su autor quiere con posterioridad entrar en la casa para secuestrar o matar a sus ocupantes, una tentativa cuando pretende llevar a cabo un robo<sup>1288</sup>, o una falta del art. 632 CP o por daños en las cosas (art. 264 CP) cuando quiere vengarse con la muerte del perro de su propietario.

<sup>1286</sup> Es decir, si el tipo representado por el autor incluye la supresión del obstáculo en su descripción, la eliminación efectiva del mismo será una tentativa, y serán preparatorias las conductas orientadas a conseguir la eliminación del obstáculo. En contra, los planteamientos que consideran que la realización de un elemento de tipo no basta, porque, por ejemplo, sea necesaria una relación de proximidad temporal.. Así, con respecto a la comisión de un *Wohnungseinbruchsdiebstahls* será castigado por tentativa quien, para la ejecución de ese fin, fuerce la puerta, escale, use llaves falsas o cualquier otro instrumento, o se mantenga oculto en la vivienda, Trüg, G., "Wohnungseinbruch", pág. 193 (y todo ello con independencia de que se trate de una tentativa inidónea porque lo que se pretendía robar se encuentre en otro lugar distinto al que se entró).

<sup>1287</sup> Sostiene que la afirmación de una tentativa tiene que ser independiente del periodo de tiempo que falte para la consecución del resultado, Kindhäuser, U., *AT*2000, 41.5; próximo Vogler, *LK*10, 22/49, 51-53.

Igualmente crítico con esta referencia temporal como criterio de delimitación Meyer, que defiende que será la proximidad al objeto del delito y las características del tipo, especialmente la *Gewahrsamsstörung* o *perturbación en la posesión*, las que establezcan una estrecha relación entre la acción y comienzo de la ejecución, de forma que la eliminación de medidas de protección del patrimonio pueden tener una directa relación con el injusto del hecho, Meyer, M-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", pág. 383. En contra Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginns", pág. 518; Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", pág. 6 (que sostiene que como la reducción de la protección ya representa una relación con la esfera de la víctima la existencia de una tentativa dependerá de la relación de proximidad temporal); Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *JuS* 1980, pág. 812 (que defiende que no habrá tentativa cuando haya un periodo de tiempo entre la conducta realiza, p.e. sacar al perro de la casa, y el inicio de la ejecución lo que implica aceptar la tentativa cuando ese retardo -*retardierende Zwischenphase* original de Roxin, *JuS* 1979, pág. 5- no concurra -al respecto sostengo que nunca habrá tentativa aunque haya una proximidad temporal-); Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/52; Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung...", pág. 24; el mismo, *SK*, 22/ 17, que considera que la supresión de un obstáculo es una forma de preparación, siempre que no vaya acompañado de un inicio inmediato de la ejecución del delito, en cuyo caso ya habría un inicio de ejecución (de igual forma, Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/48; Krey, V., *AT*2002, marg. 428 y s; Wessels/Beulke, *AT*31, marg. 604 -para los supuestos de Diebstahls § 242 StGB-; de manera similar corrige su teoría de la inmediatez de la acción con un criterio de lejanía temporal Alcácer Guirao, *Tentativas y formas de autoría*, pág. 79-81).

<sup>1288</sup> De otra opinión Vogler, *LK*10, 22/50; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 75 porque el autor debe realizar otros actos esenciales. Ahora bien, en el caso de Alcacer no deja haber un inicio de ejecución porque utilice un criterio muy restrictivo del tipo de robo en donde la fuerza en las cosas o la violencia no sean un acto típico (en páginas posteriores se refiere a la fuerza en las cosas como una parte del tipo, op. cit., pág. 80). De hecho, considera que el tipo de robo está formalmente iniciado con el acceso, salvo que haya un lapso temporal. Del mismo modo en contra de la presencia de una tentativa en el supuesto del envenenamiento del perro (Eser, *Sch/Sch*, 22/45). Considera que que en los delitos de varios actos comienza la tentativa con la realización del primero de ellos, siempre que éste se dirija a la realización de todos los elementos del tipo, Eser, *Sch/Sch*, 22/37 y s.

(2) **Organizativas:** relativas a la coordinación de las diferentes partes del plan delictivo<sup>1289</sup>. Se pueden realizar de forma aislada o en el seno de una comunidad de voluntades delictivas. En este segundo caso se incluyen normalmente las discusiones, debates o comunicaciones destinadas a dividir y organizar la preparación o incluso el posterior comportamiento ejecutivo entre los diferentes sujetos que van a intervenir en la actividad criminal. Las medidas preparatorias organizativas dentro de comunidad de voluntades delictiva pueden realizarse de forma individual o de forma conjunta. Esto es, en el seno de ese grupo la preparación no tiene que ser necesariamente efectuada por todos. Uno de ellos o varios, pueden ser los que lleven a cabo la actividad preparatoria organizativa.

A, B y C pretenden matar a X. A observa a X y diseña un plan. Con posterioridad se pone en contacto con B y le informa que tiene que obtener un arma. Seguidamente informa a C que consiga un coche para un día concreto. Por último se reúnen los tres. A comunica todos los detalles del plan que a B y C les parece adecuado.

A su vez a la preparación organizativa puede seguir otra conducta preparatoria del tipo que sea o una ejecución.

A y B acuerdan robar un banco, en una primera reunión B se encarga de obtener los planos, A de anotar los movimientos de los guardias de seguridad. Ello conduce a una segunda reunión en donde se observa que hace falta un tercero que conduzca el coche. B se asume la función de incitar a C, mientras se ocupa del robo de un coche. En una tercera reunión los tres acuerdan la hora y día y el reparto de roles: C conduce el coche, A coge el dinero, B amenaza con un arma de fuego. Igualmente se acuerda que B obtendrá dicha arma y que A hablará con D que podría facilitar una casa donde poder ocultarse durante un par de meses, etc.

(3) **De desarrollo:** son aquellas conductas preparatorias que no consisten en la obtención de los medios necesarios para la actividad criminal, ni en la organización del desarrollo de la misma, sino que crean otras condiciones que en función del plan del autor son necesarias para la satisfacción de actividad criminal y que según el tipo de referencia con el que se vincula la actividad delictiva planeada no representan todavía un inicio de la ejecución.

Por ejemplo, el acceso a vivienda de la futura víctima de una violación sería un acto preparatorio, sin embargo, habría una tentativa de violación cuando se ejerce cualquier acto de violencia sobre la víctima<sup>1290</sup>. Sin embargo, el simple acceso a la vivienda que se quiere robar sí sería, en relación con ese tipo una conducta ejecutiva, como no lo sería la acción de dirigirse al domicilio.

<sup>1289</sup> Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 78; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 129 y s, en donde se refiere al jefe de la banda como el «organizador-preparador».

<sup>1290</sup> Ejemplo tomado de Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 77. Considera que hay una ejecución con el ejercicio de violencia sobre la víctima de una futura agresión sexual, Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 26/50.

## V. CONCLUSIONES.

(1) Preparatoria es una conducta con escasa relevancia objetiva que no puede lesionar por sí misma el bien jurídico protegido (carácter mediato). Mediante ella un sujeto facilita o hace posible, crea las condiciones optimas y/o se pertrecha de los instrumentos necesarios para la realización del delito planeado (carácter condicional). La dependencia de otra acción posterior se erige así como el elemento que caracteriza objetivamente a la preparación. Más allá de la misma hay un salto, pues todo comportamiento que se encuentra tras ese abismo es, en principio (y con independencia de posible errores nomológicos u ontológicos), capaz de producir directamente el resultado.

El carácter mediato de la peligrosidad de la preparación genera una dificultad evidente a la hora de justificar su persecución penal mediante una teoría del fundamento de la punición del *iter criminis* que tenga en cuenta elementos objetivos. Desde estos planteamientos se tiene que declarar la impunidad general de los actos preparatorios. De este modo, existe la necesidad de hallar una razón dogmática que apoye de forma satisfactoria la necesidad político criminal de sancionar excepcionalmente una conducta que *ex ante* no tiene una capacidad lesiva directa del bien jurídico. Además, esa sanción debe ser proporcional a su lejanía de la efectiva consumación del delito de referencia. Consiguientemente inferior a la de la tentativa. Por el contrario, las teorías subjetivas justifican la extensión del ámbito de lo punible hasta los actos preparatorios, que quedan equiparados con la tentativa y la consumación desde la perspectiva del merecimiento de pena. De ahí que, un enfoque subjetivo establezca como regla general la punición genérica de la conducta preparatoria y se encuentre con la dificultad de explicar por qué en algunos casos no se sanciona.

(2) Ahora bien, como una misma conducta preparatoria puede ser ejecutiva en relación con otro bien jurídico y como la fase ejecutiva del delito puede integrar, formalmente, conductas preparatorias materiales (en cuanto que definidas como tales por una peligrosidad mediata) cuando se considere que son abarcadas por su *marco de significado típico*, no puede utilizarse el criterio del peligro para fijar la cesura entre tentativa y preparación. En suma, no se puede recurrir al grado de peligro para establecer una divisoria entre preparación y ejecución. Aunque los actos preparatorios en un sentido material poseen siempre una peligrosidad mediata, se pueden incluir dentro del «marco de significado de la descripción típica» tanto comportamientos que tienen una peligrosidad inmediata o directa como los que tiene un carácter mediato. E igualmente la preparación formal puede abarcar comportamientos con una peligrosidad directa. Por consiguiente, aunque el acto preparatorio deba ser objetivamente mediato respecto a la lesión del bien jurídico

tutelado, el carácter directo del peligro no es una nota característica de la fase ejecutiva del delito que puede incluir conductas con una peligrosidad mediata o directa porque la fijación de la franja ejecutiva es un problema de determinación del alcance formal del tipo.. Todo ello vendrá condicionado por la teoría de delimitación de la tentativa y preparación que se use.

En conclusión, **la diferencia entre tentativa y preparación es formal en el sentido de que depende de la interpretación de la descripción típica.** El recurso a un criterio formal o formal-objetivo de interpretación del tipo determina que **entre acto preparatorio y acto ejecutivo no haya una diferencia en función del peligro que es propio de cada uno de ellos.**

(3) La delimitación entre tentativa y preparación es un problema de interpretación del tipo. De ello se infiere la necesidad de recurrir, para deslindar, la preparación de la tentativa, a un tipo de referencia. La extensión de su marco de significado fijará formalmente la distinción entre ambas figuras. Además, si bien esta labor interpretativa se debe llevar a cabo mediante un criterio formal tiene que ser completado por otras reglas materiales que ayuden a determinar el *marco de significado típico*. De entre todas las opciones posibles me he decantado por la teoría de la inmediatez del acto que, en su aplicación a la legislación española, establece que hay un inicio directo de la ejecución cuando entre la conducta realizada y la afectación típica del interés protegido no hay actos intermedios esenciales, en el sentido de que forman parte de una misma secuencia de acción. Secuencia que será establecida para cada tipo concreto. Del mismo modo se tendrán en cuenta en este proceso exegético elementos subjetivos aunque no venga recogida esta exigencia en la regulación de la tentativa (art. 16). Criterios subjetivos que no se identifican con un planteamiento que considere que la representación del autor pueda decidir *per se* cuándo la conducta se encuentra en la franja ejecutiva típica, sino que va a ser la base a partir de la cual se realice una interpretación del tipo. Así, el plan del autor va a aportar dos informaciones básicas: determina el tipo de referencia y, a su vez, prevé el desarrollo de la conducta del autor en relación con el plan criminal que se conecta con un tipo concreto. En suma, es un elemento subjetivo el criterio que nos permite identificar las variables necesarias para determinar la presencia de una tentativa o una preparación en el caso concreto. No obstante, esta dependencia del plan del autor crea una situación de inseguridad jurídica, sobre todo si tenemos en cuenta que la intención delictiva no siempre es comprobable y que, incluso cuando se sabe que hay una intención delictiva surge la necesidad de conocer el delito concreto con el que se conecta. Ambas dificultades impiden distinguir cuándo esos comportamientos se encuentran en ámbito preparatorio o ejecutivo.

(4) Como consecuencia de todo lo dicho, desde una posición en donde bien jurídico tutelado y la conducta descrita en el tipo determinan respectivamente la clase de peligro que posee la conducta (bien jurídico) y la pertenencia de la misma a la fase ejecutiva del delito (tipo de referencia), no se puede afirmar que haya una distinción tan clara entre preparación y tentativa. Al contrario, la preparación es un concepto absoluta y relativo.

Relativo, porque casi todo comportamiento puede ser preparatorio o ejecutivo según cómo se concreten las variables antes descritas. Así, en un sentido material, el bien jurídico protegido condicionará que una misma conducta sea preparatoria o ejecutiva. Así mismo, la interpretación formal del tipo provocará que comportamientos que en lo que atañe al bien jurídico eran preparatorios se incluyan, sin embargo, en la franja ejecutiva. Relativo, por tanto, porque todo modo de actuación que en función de la primera variable sea una preparación (material) podrá ser en un plano formal un modo de inicio de ejecución penalmente relevante. Absoluto, porque toda conducta que en función de esas variables se afirme como preparatoria no podrá ser, por exclusión lógica, una ejecución al mismo tiempo.

**(5) *El acto preparatorio es aquel comportamiento incapaz de lesionar o poner en peligro de forma directa o inmediata el bien jurídico tutelado, que contiene una peligrosidad mínima y si acaso relativa, a través del cual un sujeto únicamente tiene la intención de facilitar, posibilitar o asegurar una posterior actividad delictiva, conducta con la que no puede considerarse que se haya iniciado formalmente la ejecución de la conducta descrita en el tipo.***

Aunque esta definición fija ciertos elementos fundamentales del acto preparatorio, todavía no recoge el estudio de otras cuestiones básicas como son cuál sea el beneficiado por la preparación y cuál sea el número de preparadores. Las decisiones que se tomen en lo relativo al carácter propio o ajeno, individual o colectivo de la preparación van a ser el punto de inflexión a partir del cual se pueda distinguir la conducta preparatoria de otras semejantes, cuya catalogación ha sido objeto de un continuo debate que aún no ha sido resuelto. Me refiero, con esto, a la polémica sobre la naturaleza de los actos preparatorios punibles recogidos en los arts. 17 y 18 CP. Si bien, más adelante, se estudiará en concreto la naturaleza de las conductas en cuestión, a saber, la proposición, conspiración, provocación y apología, en las reflexiones que a continuación expongo ya se esboza parte de la problemática y se desarrollan los argumentos que serán la base de la solución que aquí defiendo.



Tercera Parte

Los Actos Preparatorios  
del Hecho Ajeno

## Capítulo I

Concepto de preparación del Hecho Ajeno:  
su compatibilidad con un sistema dual de  
responsabilidad del interviniente secundario

## I. LA PREPARACIÓN DEL HECHO PROPIO O AJENO.

Si en el estudio de los actos preparatorios se incorpora la variable *beneficiado por la preparación* se puede distinguir entre:

(1) *Preparación del hecho propio*. Son los actos preparatorios en un sentido estricto, en los cuales un sujeto aislado efectúa las conductas necesarias para la comisión del delito que tiene planeado llevar a cabo bien solo o bien con otras personas en coautoría. «El autor quiere aquí realizar el hecho por sí mismo y comienza a efectuar lo que según su proyecto sólo lo posibilita, facilita o en todo caso lo favorece»<sup>1291</sup>.

(2) *Preparación del hecho ajeno*<sup>1292</sup>. En este caso, un individuo pretende mediante su acción favorecer, facilitar la posterior actividad criminal de un tercero, que va a ser el autor del hecho delictivo<sup>1293</sup>.

A adquiere el arma con la que va a matar a B (preparación del hecho propio). A consigue el arma que C va a utilizar para matar a C (del hecho ajeno). A fabrica la droga que más tarde será vendida por B (del hecho ajeno, si A vendiera la droga que él produce sería un acto preparatorio del hecho propio). A obtiene las armas que van a ser utilizadas por A, B y C en el atraco al Banco X que tienen planeado

<sup>1291</sup> Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 47.

<sup>1292</sup> Distinguen entre actos preparatorios del hecho propio y ajeno Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 85; Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 92-95; Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung...*, pág. 23; Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 16; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 13; Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, pág. 3; Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 47 y ss (que incluye una tercera categoría, la "preparación mixta"); de igual modo Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 25, 29. En contra Schulsinger que indica que la preparación sólo es la preparación del hecho propio, Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 13 nota 28. De forma coherente con esta idea sólo la tentativa de inducción a la coautoría o a la complicidad serían formas de preparación (op. cit., pág. 21) porque en ellas el preparador intenta facilitar con ello su conducta posterior típica. Las preparaciones del hecho ajeno (tentativa de inducción a la autoría, o el complot) estarían incluidas en un grupo general, *Gefährdungshandlungen*, que abarcaría igualmente la preparación del hecho propio, op. cit., pág. 13.

<sup>1293</sup> Una definición parecida en Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 59.

(del hecho propio, en la medida en que A va a ser coautor del delito prepara su propio hecho).

También nos hallaríamos ante una preparación del hecho propio cuando son varios los sujetos que realizan los actos requeridos para la ejecución de un delito que todos piensan cometer en coautoría. A y B obtienen el veneno que van a usar para matar a C. Tanto A como B preparan su propio hecho. Sin embargo, si alguno de ellos no piensa cometer el delito como autor sería un preparador del hecho ajeno: A y B obtienen las armas y C la munición necesaria, ahora bien, C no va a esgrimir el arma en cuestión, se va a limitar a vigilar. A y B vigilan la actividad del empresario X, después suministran la información a C que (solo o junto con D) pretende secuestrar a X (conducta que aunque no es castigada dentro del libro II título VI, sí es punible cuando la información recabada se pone a disposición de terroristas, art. 576 CP).

La preparación, por tanto, puede ser del hecho propio o del ajeno. En ambas se incluyen supuestos de tentativa de inducción y de complicidad así como, aunque se deban hacer ciertas apreciaciones al respecto, los *actos preparatorios punibles* (conspiración, proposición, provocación).

## II. LA PREPARACIÓN INDIVIDUAL O COLECTIVA.

En lo que respecta al número de sujetos que intervienen en el proceso preparatorio, los actos preparatorios del delito se dividen en:

(1) *Preparación individual* (del hecho propio o ajeno). Un único individuo es el que realiza todas las actividades preparatorias requeridas.

(2) *Preparación colectiva* (del hecho propio o ajeno). Varios sujetos llevan a cabo, de común acuerdo, las actividades preparatorias necesarias para ejecutar el delito planeado<sup>1294</sup>.

(a) Esta clasificación es nítida si hay una sola acción preparatoria efectuada por una o por varias personas que se han puesto de acuerdo. Las posibles variantes residen simplemente en determinar si cada uno de los miembros del colectivo prepara su propio hecho o el de un tercero.

<sup>1294</sup> Distingue ambas, Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", pág. 81. De igual forma Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 66, que denomina a la preparación colectiva como *preparación mixta* (die "gemischte" Vorbereitung); idéntico Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 32. Díaz Roca distingue entre actos preparatorios innominados (que «pueden ser realizados por un solo individuo desconectado de cualquier otro») y nominados que coinciden con las conductas de los artículos 17 y 18 CP («...que extraen la decisión de delinquir del ámbito de un único sujeto»), Díaz Roca, R., *PG*, pág. 230 y s.

A compra un arma con la que piensa cometer un delito (preparación individual del hecho propio). A y B compran un arma (I) con la que C va a cometer el delito (preparación colectiva del hecho ajeno), (II) con la que pretenden cometer conjuntamente un delito (preparación colectiva del hecho propio), o (III) que sólo A (C no interviene) va utilizar para matar a su padre y poder heredar (preparación colectiva del hecho propio [A] y ajeno [B]).

(b) Sin embargo, cuando confluyen diversas conductas que están destinadas a preparar el delito, la distinción no es tan evidente. (I) Si un sujeto lleva a cabo todas las acciones preparatorias, nos hallamos de nuevo ante una preparación individual si no hay un acuerdo entre las partes, y una preparación colectiva si el acuerdo existe. (II) Si varias personas realizan conjuntamente cada una de las conductas preparatorias hay una preparación colectiva. A y B compran el arma, consiguen el plano, alquilan el coche que necesitan ellos (preparación colectiva del hecho propio), que requiere C (preparación colectiva del hecho ajeno).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando varias acciones preparatorias necesarias para el comienzo de la ejecución son realizadas individualmente por una persona distinta en cada caso? A compra el arma, B consigue el plano... (III.a) Cuando hay un acuerdo entre todos, es decir, forman parte de un plan común determinado por la unión de todas esas aportaciones individuales estamos ante una preparación colectiva, que en la mayoría de las ocasiones será del hecho ajeno, salvo que todos hayan decidido ser coautores.

Si uno (o varios) pretenden cometer el delito siguen realizando una preparación colectiva, porque existe un acuerdo, que en el sujeto concreto dispuesto a ejecutar el delito será del hecho propio mientras que para el resto será del ajeno.

A, B y C pretenden robar un banco. A obtiene los planos de la entidad, B la información sobre la seguridad, C consigue las armas. Como existe un acuerdo entre ellos hay una preparación conjunta, si los tres pretenden cometer el robo, todos serán preparadores colectivos del hecho propio. Si D y E son los encargados de ello, serán preparadores colectivos del hecho ajeno. Si sólo C va a cometer el robo, A y B serán preparadores colectivos del hecho ajeno y C del propio. En todo caso, insisto en el hecho de que si el robo tiene lugar y la aportaciones se consuman, la responsabilidad de A, B y C se resolverá como una forma de autoría (preparación del hecho propio), o como una forma de participación (preparación del hecho ajeno).

Si no hay acuerdo (III.b) son formas de preparación individual, no obstante, este último caso es difícilmente imaginable (salvo que un sujeto obtenga aportaciones de individuos que no conocen la contribución del otro).

¿Qué ocurre si unas acciones son desarrolladas por una pluralidad de personas y otras por uno o varios sujetos aislados? (IV) En lo que se refiere al grupo de sujetos, cometen una preparación colectiva porque basta con su intervención conjunta en cualquiera de las preparaciones para afirmar el carácter colectivo de ésta. Con relación a los individuos aislados se resuelve tal y como se ha planteado con

anterioridad. La posibilidad de afirmar la presencia de una preparación individual o colectiva dependerá de la existencia de un acuerdo.

### III. ¿ES COMPATIBLE LA PRESENCIA DE LA CATEGORÍA ACTO PREPARATORIO DEL HECHO AJENO CON UN SISTEMA DUAL?

#### 1. La actual tendencia a la conversión de las categorías participación y preparación en formas de autoría.

El delito puede ser el resultado de la actuación de una sola persona o de la concurrencia de una pluralidad de conductas que provienen de distintos actores. El ejecutor individual es el autor del tipo penal, pero si intervienen varias personas en el proceso criminal ¿hablamos de la presencia de una pluralidad de autores o por el contrario existe una diferencia penal (cualitativa-cuantitativa) entre ellas? El concepto unitario del autor y la teoría de la participación (sistema de intervención dual o sistema de diferenciación), en principio, son los dos sistemas de intervención delictiva vigentes en el Derecho penal<sup>1295</sup>. El legislador toma partido por una de estas dos opciones, de modo que el mantenimiento de la distinción entre autoría y participación no es una exigencia lógica de la estructura del delito<sup>1296</sup> sino la consecuencia de una elección disyuntiva, en atención a la tendencia política-criminal dominante, entre sistemas opuestos<sup>1297</sup>. Nada impide, pues, que en España, tras la correspondiente modificación del Código penal<sup>1298</sup>, se adoptara un sistema unitario

<sup>1295</sup> Cada uno de ellos decide sobre *quién* se va a considerar autor, y *qué* marco penal corresponde a cada interviniente. Ambos aspectos conforman la doble naturaleza de la intervención delictiva (Doppelnatur der Beteiligung), Kienapfel, D., *AT3*, E2/3.

<sup>1296</sup> Insiste en la «relatividad de las «verdades» a las que puede aspirar la Ciencia jurídica penal» y en la «posible coexistencia de soluciones distintas y no por ello incorrectas para un mismo problema jurídico» propia de un sistema del delito abierto, Lorenzo Copello, P., «El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito», pág. 439.

<sup>1297</sup> Una opinión parecida es la que defiende Herzberg, R-D., *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 1 y s; Díaz y García de Conledo, M., *La autoría*, pág. 81; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 110. Autora que, no obstante, se decanta por un sistema diferenciador, op. cit., pág. 110. Igualmente a favor del sistema diferenciador Díaz y García de Conledo, M., *La autoría*, pág. 124, 131 y s, 200-203; el mismo, «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva», pág. 305; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, pág. 198; Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 134-36; el mismo, *PG*, pág. 727; Juanes Peces, A., «La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho», pág. 1675 y s; Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 306-308; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 46.

<sup>1298</sup> Consideran que en el actual Código penal se consagra un concepto restrictivo de autor Díez Ripollés, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», pág. 28-30; Feijoo Sánchez, B., «Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?», nota 10; Juanes Peces, A., «La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho», pág. 1676 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación*



del autor (como ocurre en Italia o Austria<sup>1299</sup>), o incluso uno mixto como el vigente en Alemania, donde la participación rige en los delitos dolosos, mientras que en los imprudentes domina el concepto unitario<sup>1300</sup>.

En Alemania el sistema unitario (funcional según Renzikowski<sup>1301</sup>) del autor rige igualmente en el derecho administrativo sancionador (ley de contravenciones

---

*accesoria*, pág. 190; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 48, 540; Pérez Manzano, M., *Autoría y participación imprudentes en el Código penal de 1995*, pág. 64-69; Octavio de Toledo y Ubieta, E., "La autoría conforme al Código Penal", pág. 580-83; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 281 y s.

No obstante, algunos autores sostienen que la ausencia del término participación en la redacción del CP y la equiparación en los marcos punitivos de autor, cooperador necesario e inductor permite confirmar tanto la presencia de un sistema unitario con ciertas peculiaridades (que excluye únicamente de la forma de autoría al cómplice al que asigna un marco penal inferior) como la de un sistema diferenciador. Mantienen que a partir de la redacción del Código tendría cabida un sistema unitario, Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 44, 251 (para el código antiguo); el mismo, "«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva", pág. 304; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 107; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 43 y s; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 197 y s; Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 135, 144; Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 279-83, 305 (que considera «que en el CP el legislador no se ha decantado por uno ni por otro (scil. concepto unitario o restrictivo de autor)... Por tanto, creo que el CP ha dejado sin resolver esta cuestión, o mejor dicho la ha dejado en tablas o abierta, dejando la decisión de elegir uno u otro concepto a la dogmática jurídico-penal», op. cit., pág. 305 y s, de este modo, «con nuestro CP se podría mantener un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos y un concepto unitario de autor para los imprudentes, como sucede en Alemania, y también se podría dar la situación inversa», op. cit., 308); Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 118 (respecto al código antiguo).

<sup>1299</sup> Schmoller admite la posibilidad de determinar el alcance de un tipo de la parte especial utilizando un criterio extensivo o restrictivo del autor. Que en Austria se utilice uno extensivo fue una decisión del legislador recogida en el § 12 öStGB, Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 343 y s; Fabrizy, E., *WK*, 12/3.

<sup>1300</sup> Vid. por todos Schmidhäuser, E., *AT84*, 10/40-42; Kühl, K., *AT2000*, 20/10 y las reflexiones al respecto de Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 34-77. A favor de un sistema restrictivo tanto para los delitos dolosos como los imprudentes en Alemania Diel, *Regreßverbot*, pág. 315-336; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 301.

En España defienden un concepto unitario del autor en la imprudencia vid. Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 793 y s; López Barja de Quiroga, J., "La accesoriadad", pág. 409; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 630 y s; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 204. En cambio, mantienen un concepto restrictivo también en los delitos imprudentes Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 307 y s; Díez Ripollés, J.L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", pág. 39; Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, pág. 324-326; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 756; Mir Puig, S., *PG6*, 15/37-39; Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1602 y s; el mismo, *Límites de la participación criminal*, pág. 9, 77; Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 283, nota 94, 691; Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 294 y s; Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 315 y s; Pérez Manzano, M., *Autoría y participación imprudentes en el Código penal de 1995*, pág. 78 y s; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 54 y nota 44, 540.

<sup>1301</sup> Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 12.

administrativas u *Ordnungswidrigkeitengesetz*). Sin embargo, el establecimiento de este sistema ha sido compensado con un mecanismo de control penal (§ 14 OWiG): sólo puede ser autor aquél que pudiera ser penalmente castigado como partícipe o autor (concepto unitario de autor penalmente accesorio o strafrechtakzessorische Einheitstäterschaft), lo cual permite excluir a las figuras de la participación que no son alcanzadas por el Derecho penal<sup>1302</sup>.

Si bien es cierto que existen dos grandes modelos de enjuiciamiento de la responsabilidad del partícipe y que lo normal es optar por una de las dos vías, en la actualidad se aprecia una tendencia (que por otra parte no es nueva<sup>1303</sup>) a la confusión de ambos sistemas. Esto es, se crean códigos que combinan los elementos propios del sistema unitario y del dual. Así, en los códigos penales presuntamente regidos por un sistema de diferenciación se incorporan tipos penales de corte unitario o extensivo que abarcan todas las formas de intervención y/o se castigan como autoría ciertas figuras de participación, etc.

(1) En concreto, lo primero que debo destacar es la aparición de tipos basados en una concepción unitaria del autor que permiten el castigo de formas de participación como autoría, en las que la distinción entre autor y partícipe se difumina<sup>1304</sup>. La creación de tipos en la parte especial en cuya redacción se incluyan todas las formas de intervención delictiva es uno de los modos de crear un sistema unitario de autor<sup>1305</sup>. Preceptos del actual Código penal que responden a esta tendencia serían los arts. 176, 221.2, 270, 273, 359, 368, 386, 389, 432, 470, 471, 545 CP.

<sup>1302</sup> Al respecto vid. Seier, J., "Der Einheitstäter im Strafrecht...", pág. 343.

<sup>1303</sup> Y por ello habría que plantearse si es una constante en la regulación de la intervención delictiva el recurso, según consideraciones político-criminales, a sistemas que combinan las ideas rectoras de los dos modelos globales de referencia, que en ningún momento se desarrollan de manera pura, sin elementos extraños. Basta pensar en el concepto de autoría mediata que aunque responde a una idea unitaria ha sido siempre una figura imprescindible del modelo dual dominante.

<sup>1304</sup> Observa esta tendencia Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 565-73; Quintero Olivares, G., "Los confines de la inducción", pág. 920 y s (especialmente en los delitos de drogas y terrorismo); el mismo, *PG3*, pág. 613; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 111; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pág. 109; Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 228 (para el tratamiento jurídico penal del tráfico ilegal de drogas tóxicas); De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1218 y s., 1227 (aunque no coincido plenamente con el autor en la sistematización de los artículos del Código penal, pues en función del criterio de la cuantía de la pena en relación con el delito base, considero que, por ejemplo, el art. 415 no eleva el partícipe a la categoría de autor, simplemente representa una punición autónoma de una participación, que incluyo en el siguiente grupo).

<sup>1305</sup> El otro mecanismo de establecimiento de un sistema unitario en un Código penal sería mediante la creación de preceptos en la parte general con la función constitutiva de extender el alcance del tipo de la parte Especial a todos los intervinientes, Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 36, nota 8 (que se apoya en Detzer *Einheitstäterlösung*, 1972, pág. 68-72, 85 y s, 160).

Ello se observa con claridad en los artículos 359, 368<sup>1306</sup> CP en donde las formas de participación, en concreto la complicidad y cooperación necesaria se confunden con la autoría<sup>1307</sup> (así como la tentativa y el acto preparatorio se asimilan a la consumación<sup>1308</sup>). Por ejemplo, en el art. 359 CP se castiga por igual al que elabora una sustancia nociva para la salud, la despacha, suministra o comercia con ella.

Tipos que no son de reciente aparición si no que mantienen la línea ya señalada en el ACP, como demuestra su correspondencia con los arts. 341 y 344.

Esta idea unitaria o extensiva del tipo todavía es más evidente en el art. 270, que castiga con la misma sanción punitiva todas las conductas de autoría y participación / preparación relativas a la lesión del derecho a la propiedad intelectual: la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, importación, exportación, almacenaje de obras literarias, etc., no autorizada, así como la fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a eliminar los mecanismos de protección de programas de ordenador. A la vista de esta detallada descripción, difícilmente se puede imaginar un supuesto de intervención delictiva que no fuera propiamente dicho autoría. Además, a él se une la discusión sobre la posibilidad de sancionar supuestos de tentativa o participación en de dichos comportamientos. Cuando, por ejemplo, «la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de una tentativa de tenencia de droga... cuando el autor ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva»<sup>1309</sup> se produce anticipación tal de la tutela penal que ya no sólo alcanza preparaciones o tentativas de participación, sino más allá, tentativas de preparación o tentativas de tentativas de complicidad<sup>1310</sup>. E incluso se

<sup>1306</sup> «Una reiterada doctrina de esta Sala —SS 4 Abr. 1997, 17 Feb. y 15 Oct. 1998, entre otras— ha declarado que la redacción del anterior art. 344 CP derogado y el art. 368 del vigente, ha pretendido que todo favorecimiento del tráfico con **drogas** prohibidas constituya autoría —en su caso coautoría— del delito establecido en dicha disposición, sin distinguir diversos niveles de participación. Se trata indudablemente de un concepto extensivo de autor», STS 28 de enero 2000 (f.d. 2.º). Sostienen que en tales casos nos hallamos antes preceptos inspirados en una concepción unitaria o extensiva que permite el castigo de comportamientos que serían en estricto sensu formas de participación, López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, pág. 51; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 49 y s; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 156.

<sup>1307</sup> Insiste en esa confusión entre autoría y participación, ejecución y preparación, Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 314 (en relación con el antiguo 344 CP).

<sup>1308</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 49

<sup>1309</sup> «... en numerosos precedentes la Sala ha hecho referencia a la posibilidad, aunque restringida, de admitir formas imperfectas de ejecución en este delito. Es decir, que, en principio, la jurisprudencia no ha excluido la posibilidad de tentativa en este delito en forma absoluta (confr. TS SS ya citadas y, además TS S núm. 1462/1999, de 20 Oct. 1999, con numerosas citas de los precedentes)», STS 13 de marzo 2000 (f.d.1.º5)

<sup>1310</sup> En contra, STS 28 de enero 2000 (f.d. 2.º) que mantiene respecto al art. 268 CP «que se trata indudablemente de un concepto extensivo de autor, previsto en forma específica en el delito de tráfico de **drogas**, que excluye la aplicación —al menos en principio— del art. 16 CP derogado y 29 del vigente».

podría sancionar lo que en realidad son modos de participación en la participación (colaboración en la fabricación de los citados medios, por ejemplo).

El art. 270 que coincide con el 534 bis a) CPA, con la diferencia de que no se incluía el párrafo tercero referente a los medios orientados a la desprotección de programas informáticos.

También el art. 30.2 CP. Este precepto establece la responsabilidad «escalonada, excluyente y subsidiaria» de los intervinientes en delitos y faltas cometidos a través de medios y soportes de difusión mecánica. El problema es que en el orden prelación previsto se recogen formas de participación. Es decir, cuando el autor el texto no pueda ser sancionado (o su inductor) se castigará a los cómplices y cooperadores necesarios. Esta circunstancia se puede interpretar en el sentido de que representa una excepción al principio de accesoriidad y así se asienta la posibilidad de punir formas de participación sin la presencia de una acción principal típica y antijurídica. Una segunda opción exegética sería defender que se están transformando formas de participación en auténticas formas de autoría desvinculadas del principio de accesoriidad<sup>1311</sup>. En la practica ello no tiene importancia, pues tanto en la primera opción interpretativa como en la segunda, se castigarán a los intervinientes con la misma pena que un autor.

Incluso en un plano político-criminal se defienden planteamientos próximos al concepto unitario de autor para ciertos tipos de delito. Esto se observa claramente con el terrorismo. En este contexto se quiere que la definición de *acto terrorista* incluyera cualquier modo de participación en las actividades de un grupo terrorista (ejecución de delitos contra las personas, patrimonio..., colaboración, pertenencia, pertenencia al entorno) dentro de la<sup>1312</sup>.

---

«Finalmente, la S 219/1998, de 17 Feb., ha recogido que «una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que son exponente, entre otras muchas, las SS 30 May. 1991, 14 Abr. 1992, 632/1993, de 15 Mar., 967/1993, de 28 Abr., 2313/1993, de 20 Oct., 2899/1993, de 23 Dic., 32/1995, de 19 Ene., 210/1995, de 14 Feb., 435/1995, de 21 Ene., 762/1995, de 16 Jun., 768/1995, de 14 Jun., 986/1995, de 10 Oct., 1049/1995, de 26 Oct., 38/1996, de 26 Ene., 438/1996, de 24 Jun., 1176/1997, de 30 Sep. y 1226/1997, de 10 Oct., viene manteniendo que la figura de la complicidad en estos delitos, es muy difícil, dada la amplitud de los términos en que se pronuncia el art. 344 CP, siendo sólo posible su aplicación en supuestos de mínima colaboración, en cuanto caben conductas auxiliares en beneficio del verdadero traficante —S 15 Ene. 1991— o en supuestos de mero acompañamiento a los compradores e indicación del domicilio de los vendedores —S de 9 Jul. 1987— u ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña parte de la **droga** que otro poseía —S 30 May. 1991— pues la autoría del delito de tráfico de **droga** resulta perfecta con la tenencia de la sustancia y el legislador ha adoptado en la redacción del tipo un concepto extensivo de autor que excluye, en principio, las formas accesorias de la participación, resultando obvio que cuando la acción consiste en la tenencia de la **droga** tal comportamiento da lugar a la autoría, pues la realización personal de la acción típica es autoría en todos los casos»» (f.d.2.º).

<sup>1311</sup> Sobre las dos opciones interpretativas vid. Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 132-36, 201 y s, 482.

<sup>1312</sup> Así lo expone Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 61.

En el ámbito alemán serían del mismo modo ejemplos de esta tendencia los parágrafos §§ 129 StGB (-creación de sociedades criminales- que castiga una inducción a la complicidad e incluso una tentativa de inducción a la complicidad en la medida en que el tipo admite expresamente la punición de la tentativa<sup>1313</sup>), 265 StGB (-*Versicherungsmißbrauch*-, pena como autoría la complicidad en el fraude de seguros)<sup>1314</sup>.

(2) Por otro lado, también hay tipos que pretenden ser una forma autónoma de punición de la participación. En estos casos al no ir necesariamente acompañados de una acción principal se está castigando con ello tentativas de participación que, en principio, deberían poseer una impunidad penal amparada en la vigencia del principio de accesoriedad limitada<sup>1315</sup>. En el código penal actual existen numerosos ejemplos: arts. 143.1, 170, 187.1-2, 188.1-3, 224, 270.3, 313, 318bis, 320, 322, 329, 400, 414.1, 415, 416, 473.1-2, 510.1, 515.1, 518, 545.1, 568, 573, 576, 578, 607.2.

Algunos de estos preceptos no sólo representan la introducción de tipos de participación autónomos, sino que incluso hacen posible la intervención de un extraño en el delito cometido por un sujeto personalmente cualificado<sup>1316</sup>. Así, el art. 320 castiga un supuesto específico de prevaricación, intentada en su apartado primero y consumada en el 2, que en el caso concreto son formas de colaboración en el delito sobre la ordenación del territorio<sup>1317</sup>. De este modo, si se entiende que el art. 319 se ha configurado como un delito especial propio, limitado en su autoría a los promotores, técnicos directores o constructores, el art. 320 posibilita la participación del extraneus en el delito.

Igualmente se plantea la posibilidad de admitir el uso de las teorías de la participación y la tentativa en estos tipos formalmente autónomos. Con ello surge la cuestión sobre la punición de preparaciones y tentativa de tentativas de participación o de preparación; o sobre la sanción de la participación en preparaciones o tentativas de participación<sup>1318</sup>.

<sup>1313</sup> Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 565.

<sup>1314</sup> Sigo en la exposición a Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 565-68, con más ejemplos.

<sup>1315</sup> Observa esta tendencia De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1218.

<sup>1316</sup> Insiste en este hecho con relación a los delitos cometidos por funcionarios, De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1227.

<sup>1317</sup> Vid. al respecto De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1232-48.

<sup>1318</sup> Al respecto vid. la STS 16 de diciembre 1992 que absuelve al procesado de un delito *colaboración en grado de conspiración* dictado por la Audiencia nacional en sentencia de 19 de junio 1990. Ahora bien, la sentencia no dejar de admitir, en abstracto, la viabilidad de la conspiración en la colaboración. Simplemente afirma la dificultad para probar la presencia de los requisitos de esta categoría. De este modo, no aprecia la conspiración al no estar probada la *resolución firme de ejecución* (f.d. 3.º).



Finalmente, tampoco se debe olvidar que en estos dos supuestos (creación de tipos unitarios y tipos de participación independientes) los preceptos en cuestión recogen comportamientos que pueden ser tanto formas de participación como de *preparación* del hecho propio (que pertenecen a una fase del iter criminis del autor inmediato), ya que puede que el sujeto que realiza la conducta típica contribuya al desarrollo del comportamiento delictivo de un tercero o la oriente a su propia actividad criminal. Por tanto, estos tipos recogen como formas de autoría lo que tanto en un sistema dual como uno unitario sería preparaciones impunes. Además, se castigan fases tan alejadas del iter criminis como auténticas consumaciones. En otras palabras, «la conversión de todo partícipe en autor convierte actos preparatorios en ejecuciones del tipo»<sup>1319</sup>.

Por ejemplo, el art. 576.1 CP castiga la colaboración con banda armada, y permite, por ejemplo, castigar al terrorista que vigila los movimientos del empresario que él mismo u otro miembro de la organización tiene como misión secuestrar. En el primer caso se castigaría un acto preparatorio<sup>1320</sup>.

(3) La equiparación punitiva del inductor y el cooperador necesario representa la consagración de un sistema unitario de *facto*, pero con ausencia de los mecanismos correctivos propios de este último. Así, «basta, pues, que se reconozca la imposibilidad de atenuar la pena al inductor para que la esencia del concepto unitario de autor esté parcialmente presente, aunque no se afirme que el inductor sea idéntico al autor desde el punto de vista de la tipicidad»<sup>1321</sup>.

**Díaz y García de Conlledo y Feijoo Sánchez** defienden que la igualdad punitiva entre autor e inductor no implica la introducción de ideas propias del concepto unitario, pues la cuantía de la pena es una decisión político criminal que no incide necesariamente sobre la concepción de autoría dominante<sup>1322</sup>. No puedo estar de acuerdo con ambos autores. Y es que, aunque esta equiparación se intente justificar a través de razones poco convincentes de política criminal<sup>1323</sup>, olvida que si un sistema dual se basa en la diferencia en el injusto que hay entre el autor y el partícipe es incoherente mantener que un sujeto que tiene un injusto cualitativamente distinto al autor y efectúa una aportación cualitativamente distinta a la del autor principal pueda ser castigado con la misma pena que éste. Las cosas así, bien se está infringiendo el principio de proporcionalidad, bien se parte de una idea de injusto cualitativamente idéntico. De este modo, si se puede encontrar una forma de justificar esa equiparación es que en

<sup>1319</sup> Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1603.

<sup>1320</sup> Reconoce que el art. 576 eleva a la categoría de conducta típica lo que en principio serían actos preparatorios, Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 50.

<sup>1321</sup> Gómez Benítez, J.M., PG, pág. 119. En contra Vives Antón, T., Libertad de prensa, pág. 111;

<sup>1322</sup> Díaz y García de Conlledo, M., La autoría, pág. 85 y s, 189-193; Feijoo Sánchez, B., Límites de la participación criminal, pág. 64, nota 10.

<sup>1323</sup> Vid. López Barja de Quiroga, J., PG, III, pág. 438.



realidad no hay ninguna diferencia cualitativa. Esta segunda opción implica introducir la lógica del sistema unitario pero sin los mecanismos que prevén una rebaja de la pena por la diferencia cuantitativa que existe entre los comportamientos en cuestión. Por estos motivos sería recomendable recoger, por lo menos, la posibilidad de atenuación de la pena del inductor<sup>1324</sup>.

(4) También conviene reparar en que la vaguedad e indeterminación de los términos utilizados en la descripción típica permite que el ámbito normativo alcance a todo comportamiento sito en la escala de iter criminis y a participaciones consumadas o imperfectas. Así mismo, puede convertir a estas conductas en formas de autoría. Sin embargo, no tendría lugar la introducción elementos característicos del sistema unitario-extensivo, ni una infracción excepcional del principio de accesoriadad estricto cuando una conducta preparatoria o participativa en relación con un bien jurídico se convierte en una forma de autoría cuando se le otorga un bien jurídico propio.

(5) Finalmente no se debe ignorar que conceptos como el de *autoría mediata* o el *autor detrás del autor*, esconden principios propios del sistema unitario<sup>1325</sup>. También hay una influencia de principios unitarios en ciertas concepciones de la coautoría: si toda aportación en la fase preparatoria fundamenta la existencia de una coautoría no queda espacio para la participación, o se tiene que medir según un criterio cuantitativo<sup>1326</sup>.

Antes de continuar con el análisis de las consecuencias que se derivan de este proceso de creación de modelos mixtos con elementos propios de un sistema dual y unitario debo recordar que ambos sistemas no son excluyentes<sup>1327</sup>. Es cierto que la aplicación estricta de ambos es en principio excluyente pero solo en cuanto son soluciones diferentes al idéntico problema de la intervención delictiva. Por ello, se afirma que, como regla general, no puede presidir en el mismo código ambas opciones de regulación de la intervención penal. Sin embargo, de la presencia de estos dos modelos ideales no resulta que sea imposible crear un modelo mixto que compatibilice elementos de ambos (por ejemplo un sistema unitario funcional vinculado a una accesoriadad formal o un sistema unitario reducido<sup>1328</sup>). También

<sup>1324</sup> Insisten en la conveniencia de esa atenuación López Barja de Quiroga, J., PG, III, pág. 438; Cerezo Mir, J., PG2000, pág. 209, nota 1.

<sup>1325</sup> Kienapfel, D., *öAT3*, E2/23.

<sup>1326</sup> Pérez Alonso considera que se redundaría en un concepto extensivo de autor si se defiende que toda intervención en el hecho constituye una coautoría, Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 220.

<sup>1327</sup> En contra de lo que defiende Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 2; el mismo, "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 24.

<sup>1328</sup> Que se llega a confundir en muchos aspectos con el sistema de participación, vid. cuarta parte, pág. 451 y ss. De hecho, la discusión doctrinal en Austria se centra en determinar en qué medida viene determinado el sistema unitario por elementos propios de la participación, o sea, si rige un sistema unitario funcional o uno reducido. Plantea este conflicto (con referencias bibliográficas) Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 48.

sería viable la coexistencia de un sistema unitario con uno diferenciador dentro de un mismo código, siempre que se haya fijado previamente sus ámbitos de aplicación<sup>1329</sup>. De hecho, en la práctica no hay ningún sistema (unitario o dual) que aparezca en un estado puro, sino que todos recogen excepciones y modificaciones que tiene su razón de ser en el deseo de satisfacer unas necesidades político-criminales concretas<sup>1330</sup>.

Un ejemplo de la tendencia a la creación de un modelo mixto sería la tesis de **Schönenborn**, que propone un sistema que combine la participación con el concepto unitario de autor<sup>1331</sup>. El sistema diferenciador sería el predominante mientras que el unitario se utilizaría para solventar los problemas que la participación tiene en los delitos especiales propios y los delitos de propia mano (de ahí que proponga *lege ferenda* una reforma en la redacción del § 28 StGB, que permita consagrar un sistema unitario en los delitos especiales). Las cosas así, todos los intervinientes en un delito especial serían castigados como autores siempre que al menos uno de ellos reuniera las características personales exigidas por el tipo. Aquellos en los que semejantes características no concurren se le atenuaría la pena según lo previsto en el § 49 I StGB. De conformidad con lo expuesto este planteamiento prevé un reparto del ámbito de cada sistema que hace viable coexistencia. Es decir, cuando se reconoce excepcionalmente el sistema unitario para los delitos especiales se cierra la posibilidad de la participación en los mismos, por lo cual aunque en el conjunto del sistema penal conviven (tal y como pasa con los delitos dolosos y los imprudentes en Alemania) no se aplican para una misma situación (esto es, el delito especial no es resuelto disyuntivamente por un sistema de participación o uno unitario).

No obstante, conviene reparar en lo referente a esa convivencia de modelos de responsabilidad penal de los que intervienen en un delito, que sí se debe evitar la aplicación discrecional de uno u otro a un mismo comportamiento y, en todo caso, no se debe obviar que el uso de ambos modelos (aun cuando se haya precisado sus ámbitos de actuación) puede engendrar conflictos en el sistema vigente e infracciones de principios rectores del Derecho penal.

(a) Estos conflictos comenzarían con la posible ruptura del **principio de proporcionalidad** que supone asimilar la penalidad de comportamientos que aunque posean cualitativamente un mismo injusto, desde una perspectiva unitaria presentan

<sup>1329</sup> Por ejemplo, la creación de tipos donde se recogen un concepto unitario insertos en un sistema general de participación, o la previsión de un modelo dual para los delitos dolosos y uno unitario para los imprudentes como existe en Alemania.

<sup>1330</sup> Fabrizy, E., *WK*, 12/5; Díaz y García de Conledo, M., *La autoría*, pág. 138-40, 200. Según Triffterer no se puede encontrar un sistema de participación o unitario realmente puro, sino que existen formas mixtas, modificaciones, excepciones que permiten la entrada de elementos de un sistema en el otro, Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 33 y s; el mismo, *öATZ*, 16/12. Considera que la búsqueda de un sistema mixto no ha provocado una expansión del sistema unitario sino quiebras que pueden provocar su caída, Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 55.

<sup>1331</sup> Schönenborg, "Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht", pág. 918, 923 y s. Crítico Maiwald, "Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung", pág. 363-65.

una diferencia en el grado de afectación del bien jurídico<sup>1332</sup>, que en un sistema unitario se tiene en cuenta en sede de punibilidad<sup>1333</sup>. Esta infracción se produce, por tanto, en aquellas situaciones en las se incluyen excepcionalmente, en el sistema dual dominante, tipos de autoría unitaria que no vienen acompañados de los mecanismos correctores de la responsabilidad en el ámbito de la medición de la pena propia del sistema unitario. De este modo se sancionan como autoría comportamientos a los que la lógica de un sistema diferenciador del código atribuye una pena menor (especialmente para la complicidad<sup>1334</sup>) y a los que, en un sistema unitario, correspondería igualmente una pena inferior a la prevista en ese tipo.

Además, si no se establecen unas reglas adecuadas de medición de la pena no se está castigando realmente a cada autor según su responsabilidad, lo cual infringe el **principio de culpabilidad**<sup>1335</sup>.

«El propio elenco de las conductas recogidas en el art. 174 bis a) (scil. art. 576 NCP) como ejemplos de colaboración acoge ya comportamientos de distinta gravedad, lo que resulta objetable desde las exigencias de proporcionalidad. Precisamente esta generalidad ha llevado en algún caso al propio Tribunal Supremo a proponer la petición de indulto parcial de la pena impuesta por colaboración con banda armada, a fin de ajustar la respuesta punitiva a los dictados del principio de proporcionalidad y de la exigencia de diferenciación de los injustos de entidad desigual (scil. STS de 27 de febrero de 1992). En los últimos años el propio Tribunal Supremo ha dado muestras de su preocupación por atender a esta exigencia en esta materia. Además de la vía de indulto parcial, en algún caso se ha admitido la calificación como frustración (scil. STS de 25 de noviembre de 1995), o en otros la tipificación como encubrimiento, respecto a la ayuda prestada con posterioridad a un atentado terrorista frustrado (scil. STS de 15 de febrero de 1994) con el consiguiente reflejo en la rebaja de la sanción impuesta»<sup>1336</sup>. Tranquiliza comprobar como el TS advierte

<sup>1332</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 61; Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo*, pág. 238 y s., 255; Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 191.

<sup>1333</sup> En esa línea crítica pero en relación con la introducción del sistema unitario en la imprudencia, Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1603; Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 265.

<sup>1334</sup> No tiene sentido que se oponga a esta crítica el hecho de que un sistema dual se castigue la inducción y cooperador necesario con la misma pena que al autor pues tal circunstancia representa igualmente una infracción del principio de proporcionalidad.

<sup>1335</sup> Así por ejemplo, Dencker sostiene que cuando la creación de organizaciones ilícitas (una forma de participación o preparación) se castiga con una pena superior a los delitos que se pretende evitar que puedan efectuar estas organizaciones, se puede estar infringiendo con ello el principio de culpabilidad, Dencker, F., "Das »Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus«", pág. 121.

<sup>1336</sup> Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1643 y s. Sobre la actuación del TS en salvaguarda del principio de proporcionalidad vid. también Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 318 y s.

esta fractura del principio de proporcionalidad, sin embargo, ante estado de cosas el juez debería abstenerse de aplicar la ley y plantear una cuestión de inconstitucionalidad<sup>1337</sup>. Con todo, es curioso comprobar como es el *juez* y no el legislador él que intenta salvar mediante su actuación la vigencia de ciertos principios materiales (exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización) derivados de una política criminal que intenta compatibilizar prevención y garantismo<sup>1338</sup>.

Esta desproporcionalidad se hace todavía más evidente cuando se observa como el Código penal sanciona participaciones intentadas con una pena superior a la prevista para las formas de autoría del delito principal de referencia. Un ejemplo de ello sería la relación entre los marcos punitivos previstos en el art. 510 CP (se castiga con una pena de prisión de uno a tres años y multa de 6 a doce meses a los que provocaren a la discriminación) y el 314 CP (se castiga con una pena de prisión de 6 meses a dos años o multa de seis a 12 meses a «los que produzcan una grave discriminación en el empleo...»). De este modo, para una tentativa de inducción (o un acto preparatorio según se aprecie) a la realización de una conducta discriminatoria se prevé un marco punitivo superior al recogido para su forma de autoría consumada<sup>1339</sup>.

La repuesta no sólo es desproporcionada, además, se consolida la impunidad penal de discriminaciones efectivas, sobre todo si se tiene en cuenta que el 314 sólo será de aplicación cuando sea una discriminación *grave* y «cuando no se restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado», y la confirmación de que el art. 510 persigue un efecto simbólico, en el sentido de dar «una coartada ideológica encubridora y favorecedora de la lógica de exclusión que subyace a las políticas restrictivas frente al inmigrante y extranjero»<sup>1340</sup>.

<sup>1337</sup> Cuerda Riezu plantea que el juez tiene tres opciones cuando considera que la conducta debería estar castigada con una pena inferior: a saber, propuesta de indulto al gobierno, propuesta de derogación o modificación legislativa al gobierno, cuestión de inconstitucionalidad al TC, Cuerda Riezu, A., "Proporcionalidad, efecto desaliento...", pág. 247 y nota 36.

<sup>1338</sup> Vid. Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político criminales...", pág. 315-321, 323.

<sup>1339</sup> Semejante crítica, pero entre la relación existente entre el art. 510 y 512 donde se observa una mayor desproporción a la vista de la pena prevista en el segundo precepto (inhabilitación especial), en Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 133 y s. De igual forma Gómez Navajas sostiene que «los actuales art. 511 y 512 del código Penal – que contemplan casos de discriminación efectiva- prevén penas más leves que el art. 510 del Código penal (scil. que persigue la provocación al odio o la violencia racial), en el que, sin embargo, sólo se incluyen actos preparatorios (scil. punibles) de tales conductas. Paradójicamente, la pena prevista para la provocación a la discriminación es mayor que la señalada a los actos directos de discriminación, que pueden consistir en la denegación de un servicio público, lo cual no deja de constituir un **atentado al principio de proporcionalidad**», Gómez Navajas, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995", pág. 1842 (negrita incluida en el original).

<sup>1340</sup> Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 251.

De igual forma los arts. 320.1, 322.1 o 329 recogen como formas de colaboración autónomas fases previas a la consumación del delito de prevaricación que todavía no se pueden castigar por el 404<sup>1341</sup>, pero sin embargo no sólo se le impone la pena prevista en ese artículo, como si hubiera una consumación del mismo, sino que a ello se añade una sanción privativa de libertad o multa.

Esta desproporción en la pena, representa en su exceso una vulneración del derecho fundamental en cuestión y «produce un efecto disuasorio o de desaliento respecto al futuro *ejercicio de derechos fundamentales*», lo cual atenta contra la propia intención de la Constitución: garantizar y fomentar el ejercicio de los derechos y libertades<sup>1342</sup>. Con ello no pretendo criticar el efecto preventivo aparejado a toda pena, sino recalcar que el exceso en la cantidad desalentará al ciudadano a la hora de ejercer ese derecho en el futuro porque teme esa sanción excesiva, inadecuada, innecesaria<sup>1343</sup>.

(b) Por otro lado, la aparición de tipos penales donde domina excepcionalmente el concepto unitario de autor podría generar una cierta **incoherencia intrasistemática**. Cuando el legislador resuelve establecer una excepción al sistema que previamente adoptó corre el peligro de adulterar esa decisión inicial<sup>1344</sup>. Ante este estado de cosas la legitimación del Derecho penal se vuelve inconsistente porque un comportamiento recogido en un tipo de la parte especial sería al mismo tiempo impune según las reglas de la parte general<sup>1345</sup>. Es evidente que el legislador puede prever la creación de semejantes excepciones pero siempre debe ser consciente de que con ello pueden convivir dos políticas criminales opuestas en un mismo Código. ¿Qué coherencia valorativa, qué seguridad jurídica al fin y al cabo, puede ofrecer un sistema cuyos principios rectores son distintos según el supuesto concreto, cuando no se respetan los criterios esgrimidos para encontrar otras soluciones?<sup>1346</sup>

<sup>1341</sup> De hecho la emisión de un informe ilegal, según el artículo 7.1 h) del reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado de 1986, se sanciona sólo como falta grave y cuando perjudiquen a la Administración o a los ciudadanos. Vid. De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1244.

<sup>1342</sup> Sigo en la exposición a Cuerda Riezu, A., "Proporcionalidad, efecto desaliento...", pág. 253.

<sup>1343</sup> Cuerda Riezu, A., "Proporcionalidad, efecto desaliento...", pág. 253.

<sup>1344</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 29; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 301. Samson sostiene que si la independencia de un hecho principal a la hora de castigar un partícipe que recoge el § 30 StGB se establece como un principio general con ello se acaba con el concepto restrictivo del autor y se consagra un sistema unitario de autor, Samson, E., *SK90*, 30/26.

<sup>1345</sup> Y no sólo en el sentido de poder punir una tentativa de participación, por ejemplo, sino porque posibilita la aplicación de la teoría de la tentativa y la participación a esos tipos (al respecto vid. Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 65), y además, hace posible su concurrencia ideal o real con otros delitos en los que, si se aplicara las reglas generales, quedarían subsumidos (sobre el tema vid. Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 67 y s).

<sup>1346</sup> Insiste en que una vez elegido un concepto restrictivo de autor se debe ser lo más coherente posible con este modelo si no se quiere atentar contra la seguridad jurídica, Díaz y García de Conlledo, M., "«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva", pág. 305.

Así podría plantearse la contradicción intrasistemática a la que la coexistencia de criterios contradictorios de determinación de la responsabilidad del interviniente conduce cuando, por ejemplo, convive un criterio dual para los delitos dolosos y el unitario para los imprudentes. Primero, porque una misma conducta en un sentido objetivo de incitación sería en un supuesto una participación y en otro una forma de autoría<sup>1347</sup>: «no se entiende por qué lo que es realizado dolosamente precisa de la accesoriedad con el ejecutante para adquirir relevancia penal, mientras en los supuestos imprudentes la misma conducta se entiende sin más como un hecho típico»<sup>1348</sup>.

Segundo, porque mientras que en el primer caso las tentativas de participación serían en principio impunes, salvo excepciones, en el segundo la tentativas de participación serían punibles como tentativas de autoría, salvo excepciones. Es decir, con la introducción del sistema unitario en la imprudencia permitiría la punición de las participación imprudentes, que se considera que son impunes e incluso atípicas en el Derecho penal español<sup>1349</sup>.

Por último, tampoco se puede olvidar que se combinan en la imprudencia un sistema de *numerus clausus* con un sistema unitario de autoría. Con ello, «por un lado se estaría restringiendo la punibilidad en los delitos imprudentes –sistema de *numerus clausus*- y por otro lado se estaría ensanchando o extendiendo –si se opta por el concepto unitario de autor- la responsabilidad por imprudencia»<sup>1350</sup>.

Por último, hay que señalar que la ausencia de fijación del sistema dominante en el Código penal otorga un margen de discrecionalidad importante a los tribunales. Aunque se considere que en el Código penal domina el principio de accesoriedad en su sentido estricto, vinculado en su injusto a la conducta del autor principal, esta postura no es una constante inamovible en la doctrina del TS. De este modo los tribunales pueden aplicar soluciones opuestas para supuestos de hecho idénticos lo que, aparte de generar inseguridad jurídica, provoca una quiebra del principio de igualdad. Por ejemplo, cuando en unos casos se exige que tenga que haber una conducta típica y antijurídica para castigar la participación y en otros se establece que ese requisito es innecesario para ciertas formas de participación<sup>1351</sup>.

En definitiva, «nos encontramos con una jurisprudencia contradictoria, que produce en consecuencia tratos desiguales y diversidades, con resultados heterogéneos

<sup>1347</sup> Vid. al respecto Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 244 y s.

<sup>1348</sup> Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1603; Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 264.

<sup>1349</sup> Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1603; Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 796.

<sup>1350</sup> Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 309 (cursiva original).

<sup>1351</sup> STS 15 de abril de 1997, donde el ponente considera «que el principio de accesoriedad de la participación es únicamente aplicable y propio de la complicidad prevista en el artículo 16 del CP»,. Vid. Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, en lo relativo a la aplicación (op. cit., 230-34) o rechazo (op. cit., pág. 225-29) del principio de accesoriedad por la jurisprudencia.



que en ocasiones evidencia el poco dominio por parte del tribunal de las más recientes corrientes de la dogmática actual. En otras resoluciones da la impresión de la aplicación de estas teorías como dogmas»<sup>1352</sup>.

## 2. La vía alternativa de la preparación.

Los mecanismos de hibridación descritos permiten justificar la punición formalmente autónoma de tentativas de participación que se independizan de la necesidad de satisfacción del principio de accesoriedad. La idea de accesoriedad, que preside el modelo dual o diferenciador, es sustituida excepcionalmente por la lógica de un concepto unitario o extensivo de autor, medida que puede vulnerar el principio de proporcionalidad y culpabilidad si no se ajustan los marcos penales de manera que la pena de un mismo interviniente secundario sea igual por el sistema dual general y por lo previsto excepcionalmente con relación a la tutela de un mismo bien jurídico<sup>1353</sup>. Ello exige la introducción de los métodos de modulación de la responsabilidad propios del modelo unitario (especialmente en sede de punibilidad). Por consiguiente, la búsqueda de la justificación de la punición de estos comportamientos por esta vía no está exenta de dificultades.

No obstante, la cuestión referente a la punibilidad de las tentativas de participación puede ser objeto de análisis desde una perspectiva que todavía no tenga que tomar partido por un sistema dual, unitario o mixto. Es decir, desde un enfoque aparentemente ajeno al problema de la intervención en el delito en sentido estricto, pero que permita encontrar una vía coherente de punición conjunta de formas de preparación y participación y deje, así mismo, un ámbito para la participación.

La idea consiste en mantenerse en un sistema dual y al mismo tiempo trasladar toda la problemática de la punición de las tentativas de participación al ámbito del *iter criminis*, y a partir de ahí plantear qué conductas se incluirían dentro de esa categoría y en qué medida se puede acudir a la teoría de la tentativa para justificar su punición. Propuesta alternativa que por otro lado no es novedosa. Primero, porque me limito a recuperar un concepto, *preparación del hecho ajeno*, que era utilizado habitualmente hasta la década de los 40. Segundo, porque en esa línea se mueve el concepto unitario de autor. Tomar partido por un sistema unitario de autoría implica renunciar a la participación, solucionar todos los problemas de intervención delictiva por la vía del *iter criminis*.

<sup>1352</sup> Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 234.

<sup>1353</sup> Con el problema que representa que en principio muchas conductas son tentativas de participación impunes y que además hay que ajustar el marco punitivo también teniendo en cuenta que se pueden estar castigando preparaciones como autorías.

Con todo, ello sería viable porque la cuestión sobre la naturaleza de estas conductas se podría depurar exclusivamente desde la perspectiva de la preparación. Se ha mantenido que un comportamiento que objetivamente facilita una actuación delictiva posterior puede ser una preparación o una participación (por ejemplo la elaboración de una sustancia psicotrópica) en función de que coincida o no en una misma persona quién realice esa conducta condicional y quién efectúe la conducta típica principal. Si hay una coincidencia hablaremos de preparación, si no habrá una participación. Lo que propongo ahora es posible estimar que hay una preparación tanto en aquellos supuestos en los que ambos sujetos coinciden como en las ocasiones en que esto no es así. Se trata, en definitiva, de concentrarse en el hecho objetivo de que ambas conductas favorecen una actividad delictiva posterior para afirmar la presencia de una preparación, siendo indiferente cuál sea el beneficiado de la misma. Las cosas así, tendríamos una preparación del hecho propio, que es el concepto de preparación que históricamente se ha manejado, y una preparación del hecho ajeno que parece que concurre, coincide y se superpone con lo que tradicionalmente han sido las formas de participación propias de un sistema de diferenciación. Este sistema intermedio permite la punición a través de la preparación de lo que serían tentativas de participación sin infringir el principio de accesoriedad, dejando un espacio a un sistema diferenciador, y todo ello con una pena que tiene que ser inferior a la prevista para los supuestos de tentativa y sin necesidad de introducir un criterio de modificación de la responsabilidad propio del sistema unitario (en sede de punibilidad).

En este enfoque se aprecia como la preparación (especialmente la del hecho ajeno) asume ámbitos que tradicionalmente han sido competencia de la teoría de la participación en un sistema dual. Este traspaso de poderes a favor de la preparación resulta un poco insólito. A primera vista parece haber una disonancia, un desacuerdo o desarmonía notable con la clásica distribución de la teoría del delito. Por ese motivo la respuesta inicial sea apostar por la incorrección de este planteamiento.

Cierto es, insisto, que la primera reacción que provoca el uso de esta categoría es rechazo. Dos son las razones de esta repudia. Se rechaza porque se considera que su utilización es errónea, ya que es excluyente con un sistema diferenciador. En el plano estrictamente dogmático, la existencia de la categoría acto preparatorio del hecho ajeno representa un atentado contra el sistema de participación consagrado en el Código penal. En una teoría del delito presidida por la teoría de la participación, los actos preparatorios del delito sólo pueden ser los del hecho propio, por el contrario las conductas que pudieran ser catalogadas como preparación ajena deben seguir siendo consideradas como impunes formas imperfectas de participación, cuya sanción exige hallar una vía que permita dogmáticamente la excepcional supresión del

principio de accesoriedad. Desde la posición que defiendo no puedo aceptar esta crítica porque creo que es posible solucionar el problema de la participación intentada a través de la vía del iter criminis y que, además, se puede compatibilizar este sistema con el diferenciador simplemente con que éste renuncie a las tentativas de participación, con lo cual gana en coherencia porque no tiene que levantar la vigencia del principio de accesoriedad estricta. En segundo lugar, y desde una perspectiva político criminal, se le puede acusar de ser un subterfugio para legitimar la punición de formas imperfectas de participación. La reunión de todos los comportamientos que se hallan en una fase previa a la tentativa y los que representan una forma imperfecta de preparación en una sola categoría, tiene un objetivo político criminal evidente: reduce los problemas de legitimación de la punición del castigo de las formas de participación ya que no hay que justificar la excepcional supresión del principio de accesoriedad<sup>1354</sup>. Todos los esfuerzos justificadores, tras la superación del límite de la accesoriedad, se van a limitar dentro de la lógica del iter criminis a mostrar la capacidad lesiva del comportamiento.

En resumidas cuentas la creación de esta vía intermedia acarrea la legitimación del castigo de conductas objetivamente muy alejadas del bien jurídico de modo más fácil que a través de la participación. Esto es, permitiría sancionar con menos dificultades lo que sería una tentativa de participación, cuya punición es considerada por muchos injustificable, no sólo en lo que se refiere al ámbito de la complicidad<sup>1355</sup>

<sup>1354</sup> En ese sentido se puede afirmar que la catalogación de un comportamiento como acto preparatorio representa un cambio de nombre que enmascara la ruptura excepcional del principio de accesoriedad. Así, Olmedo señala que «los esfuerzos destinados a tratar de justificar la punición de los estadios iniciales de la participación, van precisamente encaminados a tratar de demostrar la naturaleza de éstos como verdaderos actos preparatorios incardinables en el «iter criminis», y a negar que deban ser comportamientos enjuiciables desde el ámbito de la participación y la accesoriedad. ¿Por qué?, pues sencillamente para evitar la conclusión acerca de su necesaria impunidad si son sometidos al radio de acción del principio de accesoriedad», Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 204.

<sup>1355</sup> Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 290, 293, 295; Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53II/11; Wessels/Beulke, *AT28*, Rdnr. 585; Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 97 y s; Class, W., "Die Kausalität der Beihilfe", pág. 115; Neidlinger, H.-J., *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, pág. 4; Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 245, 252-6; el mismo, "Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung", pág. 1120 (donde también está en contra de la punición de la complicidad a la tentativa de inducción; ahora bien, aunque parece decantarse por la punición de la participación en la tentativa de inducción igualmente reconoce que ésta sería posible porque en el código no hay nada que expresamente lo niegue); Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág. 209 y s; Roxin, C., *LK11*, 30/48; Stratenwerth, G., *SAT96*, 13/127; Samson, E., *SK90*, 30/1; Köhl, K., *AT2000*, 20/217, 246; Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 304; Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 9; Vogler, T., "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", pág. 343; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 17, que admite, no obstante, la punición de la complicidad a la tentativa de inducción, pág. 17 y s; igual Schulz, J., "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 933. Hoyer sostiene que la tentativa de inducción y complicidad serían en principio punibles por aplicación de los §§ 22 y 26 StGB, si a pesar de ello no se persiguen penalmente es por la existencia del § 30 StGB que limita la punibilidad a la tentativa de inducción, Hoyer, A., *SK2001*,

también en relación con la inducción, porque provocaría una ampliación del ámbito de lo punible incompatible con los principios de un Estado democrático de Derecho.

Al respecto debo reconocer que este temor no es infundado. No obstante, a ello hay que oponer que las tentativas de participación ya son perseguidas, por una decisión política criminal, en el actual modelo dual<sup>1356</sup>.

Por la vía de la participación, mientras se mantenga vigente el principio de accesoriadad<sup>1357</sup>, factor de limitación de la responsabilidad, las tentativas de participación no podrían ser nunca objeto de persecución penal. Y cuando se justifica excepcionalmente una punición de estas tentativas habría quizá que preguntarse si «la participación es, en todo caso, dependiente en su esencia de un hecho principal o (scil. si, en cambio) la accesoriadad es una categoría creada arbitrariamente por el legislador la cual puede ser manipulada a voluntad»<sup>1358</sup>.

Además, aunque la preparación del hecho ajeno facilita la justificación de la extensión del marco punitivo, este fenómeno, como ya he indicado, es contrario a la lógica de los actos preparatorios por su lejanía a la lesión al bien jurídico, por la equivocidad de su contenido subjetivo, etc. Por último, su punición será excepcional y por los mismos motivos de política criminal esgrimidos hasta ahora, con la diferencia que dentro de la lógica de un iter criminis vinculado a una concepción objetiva del injusto deben castigarse con una pena inferior a la prevista para la tentativa.

### 3. ¿Distintos términos, soluciones idénticas?

La creación de la categoría *acto preparatorio del hecho ajeno* no se limita simplemente a suscitar un cambio de etiquetas que deje intacto el status quo propio de la tentativa de la participación. Al contrario representa una auténtica revolución: se recurre a la

---

30/2, 57. Tiedemann ("La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europea", pág. 94 y 98) defiende la impunidad de la complicidad intentada que debería declararse de forma expresa, pero se decanta por la posibilidad de punir la inducción intentada «cuando la tentativa del hecho al que se pretende inducir sea punible», op. cit., pág. 98. «...desde un sistema diferenciador, el castigo de la participación intentada es la excepción, y no la regla y que, *cuando se acepta, lo es en lo referente a la inducción, pero nunca a la complicidad intentada*», López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 67 (cursiva original). En contra de posibilidad de incluir la punición de tentativas de complicidad en los art. 17 y 18 CP que se refieren a supuestos de tentativas de inducción (proposición), incitaciones colectivas asimiladas a la inducción (provocación) y formas de coautoría anticipadas, López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 480-86.

<sup>1356</sup> Ya insistía en ese hecho en 1970 Brose, R., *Die versuchte Verbrechenbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 107-110. «Al margen de lo que ocurra en la práctica, en la que se pueden prever excepciones, en principio se deriva de la accesoriadad cuantitativa la impunidad del partícipe cuando el autor no da comienzo a la tentativa», López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 63.

<sup>1357</sup> A no ser que se quiera establecer una excepción del principio que, por lo menos, afecta al 50% de los casos: las tentativas de inducción.

<sup>1358</sup> Brose, R., *Die versuchte Verbrechenbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 9.

lógica de la teoría de la tentativa de autoría, la cual no puede justificar ni la punición de toda tentativa de participación, ni con el mismo injusto (cualitativo y cuantitativo) que resultaba de la aplicación de la teoría de la participación. Es decir, la introducción de la categoría acto preparatorio del hecho ajeno va necesariamente acompañada de una adaptación de la tentativa de participación a las peculiaridades y normativa propia de la preparación.

¿Empero, a la vista de la aparente coextensión de los términos en cuestión realmente hay un cambio relevante cuando se crea la categoría acto preparatorio del hecho ajeno? ¿Qué es la participación sino el intento de facilitar la posterior ejecución del delito mediante la creación de una resolución, el desarrollo de la misma; o la aportación de un medio o soporte psicológico? Si no hay diferencia en el enunciado de la participación y la preparación, salvo en el hecho de que se describen los medios que van a ser utilizados y que el beneficiado va a ser un tercero, la distinción entre ambas figuras va a ser en principio semántica. Parece, por consiguiente, que hablar de preparación o participación simplemente representa un cambio de nombre que no tendría porque tener mayores consecuencias y que no puede tener otra finalidad que la de justificar la punición de comportamientos libre de los engorrosos requisitos de la participación. Sin embargo, tras esa primera toma de contacto se descubre que hay una falta de identidad entre la preparación y la participación a pesar del evidente parentesco que existe entre ambos. Primero, porque el ámbito de la preparación del hecho ajeno no coincide siempre con la participación, ni el de la participación con el de la preparación. La falta de referencia a una misma realidad impide considerar a ambos como conceptos coextensivos. Cómo se verá a continuación hay formas de inducción que no se identifican con la preparación; del mismo modo no toda preparación (la del hecho propio que no es realizada a través una incitación) se puede incluir en el espectro propio de la participación. Segundo, porque el iter criminis de la participación no coincide con el de la preparación, que recoge formas imperfectas de participación como preparaciones consumadas. Es decir, en la preparación el ámbito de la consumación es más extenso, de hecho comienza con la creación del resultado intermedio de la participación. Tercero, el fundamento de la punición es distinto en ambos sistemas, en la preparación se aplica la teoría de la tentativa y por tanto es independiente de una accesoriadad estricta que rige en la participación como criterio dominante, aunque no único, de justificación y fundamento de la punibilidad. Puntos segundo y tercero, que unidos a todas las características expuestas sobre la preparación, muchas de ellas no coincidentes con las de la participación, muestra como ambos conceptos tampoco son cointensivos, esto es, no poseen las mismas características definitorias.

De lo expuesto resulta que, en teoría, la preparación no incorpora todas las conductas que la participación abarca y que tanto las soluciones aportadas por la preparación como su fundamento son distintas a las previstas por la participación.

Por consiguiente, la preparación aporta una solución al problema de la intervención delictiva diferente al previsto por la teoría de la participación. Ahora bien, ello no quiere decir necesariamente que sea una opción incompatible con el modelo dual. Si bien es cierto, que se puede optar por un sistema diferenciador no construido desde la idea de la participación sino de la preparación, también sería posible dar cabida a la figura de la preparación del hecho propio y ajeno dentro del sistema diferenciador vigente. En otras palabras, habría que comprobar si los modos de preparación (categorías que incluyen algunas de las formas imperfectas de realización de la participación) se pueden incorporar al sistema diferenciador como factor de corrección.

#### **4. La sustitución de la participación por la preparación.**

Una de las opciones, por tanto, es mantener un sistema de diferenciación en el cual la distinción entre los intervinientes en el delito no se desarrolla mediante la participación sino que se sitúa en una fase del iter criminis. Esto es, los problemas de intervención en el delito se solventan a través de la autoría y preparación, mientras que desaparece el concepto participación. Si la preparación se caracteriza por la realización de una conducta que *per se* no es capaz de provocar ni una lesión ni una puesta en peligro si quiera en abstracto del bien jurídico es posible llevar a cabo una distinción entre los comportamientos de los intervinientes. Formas de autoría son aquéllas capaces de producir la lesión del bien jurídico (o que son abarcadas por el marco de significado típico), y formas de preparación son los comportamientos que sólo están destinados a favorecer una posterior ejecución ya sea propia o ajena. Ello permite castigar las formas clásicas de participación sin necesidad de que haya una conducta principal. A partir de la creación del resultado intermedio y con independencia de lo realizado por el autor principal hay una preparación consumada. Todas las formas imperfectas de la participación que no han creado el resultado intermedio son tentativas o actos preparatorios de la preparación que, en principio, no serían punibles.

Además, el grado máximo de su injusto va a ser inferior al previsto para la participación y no se castigarían necesariamente todas las formas de participación pues las exigencias (especialmente subjetivas para su sanción son diferentes en la preparación).

(1) Dentro de la continuidad cuantitativa del injusto principal se extrae el injusto máximo que a la preparación le corresponde y se analizan todas las conductas que se integran en su iter criminis.

A la preparación le corresponderá siempre una pena inferior en un grado a la tentativa. O sea inferior en tres grados a la del marco de referencia. Si el injusto principal está entre 8 y 6 a la preparación le correspondería un marco punitivo entre 1,5 y 0,75,



marco que se toma como límite máximo del injusto de la preparación partir del cual se podría determinar la cuantía del injusto de las formas imperfectas de realización de la preparación. Ahora bien, que se reconozca que la preparación pudiera tener su propio iter criminis no implica que con ello se autorice la punición de tales conductas. Más bien al contrario se desaconseja la sanción penal de comportamientos con tan escasa relevancia objetiva y en todo caso si se persiguieran la pena a imponer sería menor a la prevista por la vía de la participación. Imaginemos una inducción imposible a la coautoría. Al no crear una resolución, o resultado intermedio, sería un supuesto de tentativa de preparación que no podría ser castigado con la pena propia de un tentativa (rebajar dos grados la pena, ni la que le corresponde a una preparación consumada, digamos tres grados) sino con una inferior a la prevista para ésta (rebajar por ejemplo en uno o dos grados la prevista para la preparación consumada, lo cual exige una pena de cierta cuantía).

(2) No se podrán sancionar como preparaciones aquellas formas de participación en las que no se pueda probar que la intención del sujeto era facilitar el desarrollo de un plan delictivo propio o ajeno. Esta exigencia no reduciría el ámbito de las conductas punibles en relación con la complicidad o la cooperación necesaria, pues el dolo que se exige a estas figuras, para su resultado intermedio es querer facilitar una actividad delictiva posterior. Sin embargo, podría dejar ocasionalmente sin sanción supuestos de creación de una resolución delictiva, que aun siendo dolosa y penalmente relevante en un sistema dual, no lo fuera para la participación porque ese dolo del incitador no venga acompañado de una auténtica intención preparatoria.

Así mismo, se justifica plenamente que la preparación del hecho propio no se castigue cuando va acompañada por una conducta principal realizada por el preparador, la cual absorbe el desvalor de la acción destinada a facilitar el delito, queda absorbida por la conducta principal. En cambio, explica que sí se mantenga la sanción del preparador del hecho ajeno en la que su injusto, aunque haya una conducta principal, no ha ido más allá de la actividad de favorecimiento.

Esta medida no representaría una vuelta al sistema unitario porque, mientras que en este modelo todas las participaciones son formas de autoría y todas las tentativas de participación son tentativas de autoría, mediante la preparación la participación se convierte en preparación y las tentativas de participación se transforman parcialmente en preparación o en tentativas de preparación pero en ningún caso en formas de autoría o tentativas de autoría.

Las cosas así, se puede sostener que un sistema en donde desaparezca la participación y sea sustituido por la preparación (hecho propio y ajeno) tendría una desventaja, podría dejar ocasionalmente algunos supuestos de inducción fuera del sistema<sup>1359</sup>. Sin embargo, sería más ventajosa en la medida en que la punición (o no persecución) de ciertos comportamientos (tentativas de participación) encontraría una justificación más coherente, y con un marco punitivo menor, en el ámbito de la preparación que el que ofrece actualmente la participación.

<sup>1359</sup> Conductas que sólo se podrían perseguir penalmente una vez que haya concurrido el resultado y a través de una reformulación y expansión del concepto de autoría mediata.

## 5. La convivencia entre la preparación y la participación.

Más allá de este intento de justificar la posibilidad de establecer un sistema de depuración de la responsabilidad del partícipe que no se apoye ni en la participación, ni en un concepto unitario funcional del autor, ¿resultaría viable defender la convivencia entre la participación y la preparación? La respuesta a esta pregunta tiene que ser afirmativa. Primero, porque esta convivencia es habitual en la práctica penal. No tiene sentido seguir negando una situación consagrada en el Código penal vigente; la solución pasa por encontrar acomodo dogmático a este estado de cosas. Además, se debe evitar el abuso de la categoría preparación. El uso no riguroso de la misma permite castigar todo tipo de comportamiento sin plantearse cuáles son las consecuencias dogmáticas del recurso a esta figura (cómo va a ser, en aplicación de la teoría del *iter criminis*, la presencia de un injusto inferior al previsto para la tentativa), y con ello sólo habría un cambio de nombre que oculta la ruptura excepcional del principio de accesoriedad. Sin embargo, aunque el espectro de comportamientos que forman la preparación coincida en buena parte con la participación son categorías distintas con fundamentos de punición distintos y cuyo uso arroja consecuencias diferentes dentro de la teoría del delito. Por tanto, se puede.

Segundo, porque se pueden crear dos niveles, uno para la preparación y otro para la participación. El desarrollo de un sistema en donde están presentes ambas categorías permite satisfacer necesidades político criminales de punición sin dejar de respetar la normativa propia de cada una de ellas. El establecimiento de un sistema de diferenciación en donde conviven la preparación y la participación exige, en primer lugar, establecer cuáles son los ámbitos y los comportamientos que pudieran ser abarcados por ambas categorías. De forma simplificada el proceso de fijación del **ámbito de la preparación propia y ajena** sería el siguiente:

- La preparación podría englobar todo el *iter criminis* de las formas de participación, desde la tentativa a su consumación.
- Sin embargo, para dejar un marco de actuación a la participación voy a estimar que la preparación comprende las formas imperfectas de realización de la participación. Así pues, considero, de forma genérica, que todas las tentativas de participación son actos preparatorios.
- Luego habrá que determinar, dentro del campo de actuación otorgado a la preparación (del hecho propio y ajeno), cuál es su *iter criminis*, a saber, cuáles son conductas preparatorias consumadas y cuáles serán formas imperfectas de realización. Esto es, no toda tentativa de participación va a ser una preparación consumada.

Se puede defender, entonces, la presencia de dos niveles. En el primero pervive la participación con vigencia del principio de accesoriedad que no tiene que ser vulnerado ni siquiera excepcionalmente. En un segundo nivel se castigan todas las tentativas de participación que no van acompañada de una conducta que no cumpla los requisitos del principio de accesoriedad que esté vigente pero a la que se le exige que haya creado una resolución delictiva o haya realizado una aportación que facilite la comisión de un delito que ha sido aceptada por el autor principal. Por último, aparece un tercer nivel, o un segundo nivel dentro de la preparación, en donde se recogen otras tentativas de participación que no han logrado crear ese resultado intermedio, y que se han transformado en tentativas o actos preparatorios de la preparación del hecho propio o ajeno.

El mantenimiento de la participación tiene sentido porque permite la persecución de la inducción y una punición más elevada de los comportamientos participativos que la que les correspondería como formas de preparación consumada, pero a cambio se encuentra sometida a los estrictos requisitos del principio de accesoriedad. En los otros dos niveles las exigencias se trasladan a un plano distinto. Esto es, aunque se justifique de manera más adecuada la punición de la tentativa de participación y ello cause una anticipación de la tutela penal, este adelanto aparece racionalizado y dotado de unos límites. Hay que probar que el sujeto quiere facilitar mediante su conducta (bien creando una resolución o mediante una aportación) la realización del comportamiento delictivo posterior. Se tienen que superar los problemas que con motivo del análisis subjetivo del tipo he planteado. Es decir, hay que probar la presencia de una resolución delictiva preparatoria, lo cual se debe realizar a partir del grado de desarrollo alcanzado por la conducta preparatoria o bien a través de otras presunciones. Además, hay que decidir en un plano político criminal si en función del bien jurídico principal va a ser perseguida la preparación (comportamiento que sigue estando objetivamente muy alejado de la lesión o puesta en peligro del interés tutelado). Y si es así qué forma de ellas: propia o ajena, sólo propia, sólo ajeno. Finalmente habrá que determinar si se van a castigar las tentativas de preparación (de nuevo se tiene que decidir si sólo del propio, del ajeno, de ambas, o situaciones muy concretas). Una vez resueltas estas cuestiones, la punición resultante tiene como límite la cuantía máxima del injusto de la preparación, que desde luego no tiene que coincidir con la de un comportamiento consumado ni con la de una tentativa, si no se quiere infringir el principio de proporcionalidad, culpabilidad e incluso de igualdad.

Por ejemplo, la pena prevista, tanto en el CPA como en el CP para los actos preparatorios punibles (sin entrar todavía en el análisis de la naturaleza de las conductas en cuestión) se homologa con la tentativa (expresamente en el CPA -art. 52.3- e indirectamente en el NCP -la pena asignada a los supuestos de provocación es uno o dos grados inferior a la del delito consumado, igual que la prevista en art. 62 para los supuestos de

tentativa-). Dicha equiparación rompe con el principio de proporcionalidad en función de la gravedad del delito<sup>1360</sup>, lo cual permite declarar abiertamente su inconstitucionalidad<sup>1361</sup>. Crítica que extendiendo a los delitos de emprendimiento en donde se equiparan punitivamente tentativas y actos preparatorios a la consumación.

También, rompe con el principio de igualdad porque atribuye una misma pena a conductas estructuralmente muy diferentes. Una es un acto ejecutivo, y la otra preejecutivo<sup>1362</sup>. Preparación y tentativa responden a situaciones que no poseen una identidad de supuesto, por tanto las consecuencias jurídicas de ambas no pueden ser las mismas<sup>1363</sup>.

Por último, esta equiparación «plantea el problema de que la proposición o provocación se sancionen igual tanto si no tienen éxito (como tales proposición y provocación), como si tienen éxito, pero luego la ejecución no alcanza la consumación (como inducción a un delito intentado –art. 61 y art. 62-). Ello implica una contradicción valorativa y desde luego una inconsistencia en el seno del sistema de punición de actos previos a la consumación»<sup>1364</sup>. En definitiva, esta equiparación valorativa y de penalidad «representa una ruptura de criterios valorativos propios de un derecho penal de acto»<sup>1365</sup>.

El recurso a la preparación permite justificar el castigo de estas conductas, muy alejadas de la lesión del bien jurídico, pero igualmente logra una reducción de la cuantía de su injusto lo que permite la punición exclusiva de actos preparatorios que están en relación con bienes jurídicos de gran importancia y con una pena que guarda una relación proporcional con el resto de figuras del iter criminis (tentativa y consumación) de los delitos conexos con este bien jurídico. «De este modo, la punición de actividades preparatorias de un delito en concreto debe atender a la importancia del bien jurídico protegido, y limitarse a conductas especialmente peligrosas en el ámbito previo de la tentativa, además de, como advertimos, siempre con una pena inferior a la señalada a ésta»<sup>1366</sup>.

<sup>1360</sup> Del Rosal B., *La provocación...* pág. 273-4; Rebollo Vargas, R., *La provocación...* pág. 103; Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 61; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 216 y s. Diferencia todavía más agravada si se observa que lo que se quiere sancionar es una tentativa de preparación (como podrían ser los supuestos de proposición, provocación o apología).

<sup>1361</sup> En este sentido crítico Del Rosal B., *La provocación...* pág. 273-4; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 103.

<sup>1362</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 103.

<sup>1363</sup> Del Rosal B., *La provocación...* pág. 273-4; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 103. Vid., Muñagorri Laguía, "Punición o ..." pág. 999.

<sup>1364</sup> Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 181.

<sup>1365</sup> Rodríguez Mourullo, "La punición..." pág. 296; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 103; Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 181, donde señala que esa equiparación «no tiene sentido alguno desde perspectivas valorativas y de lesividad».

<sup>1366</sup> Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 64; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del iter criminis (artículos 16-18)", pág. 150, 152 y s.

#### IV. CONCLUSIONES.

Antes de continuar con el análisis de los actos preparatorios del hecho ajeno, hay que realizar una recapitulación sobre como queda encuadrado en un modelo diferenciador el sistema de la preparación cuando se combina la perspectiva propia-ajena.

Como he indicado existen ciertos comportamientos que se sitúan en una fase preejecutiva que con el posterior desarrollo de la actividad criminal pueden culminar en una forma de autoría o de participación. Es lo que en el ámbito alemán se denominan *Vorstufen der Beteiligung*, o fases previas de la intervención, término que engloba esta doble salida de la conducta preejecutiva. Sin embargo, la intervención es un concepto que, fuera del estricto marco de la teoría unitaria del autor, es difícil de posicionar dentro de un sistema que establece una distinción entre las aportaciones de los intervinientes, porque la lógica de este modelo consiste en aplicar una normativa distinta en virtud de la diferencia cualitativa existente entre cada forma intervención. Así, se sostiene que el autor lesiona directamente el bien jurídico, mientras que el partícipe lo hace de modo mediato (salvo opinión en contra de los defensores de la teoría de la causación pura) y su injusto es accesorio, e inferior, al del autor principal. En consecuencia, cuando se defiende que una conducta es una fase previa de la intervención primero, no se está teniendo en cuenta que con ello todavía no se ha precisado de qué intervención se trata, es decir, ¿se está pensando en formas previas de la autoría o de la participación?; segundo, al no establecer la clase de intervención está dejando sin determinar la normativa que se le va a aplicar de las dos posibles.

A ello se une el proceso de hibridación de modelos de responsabilidad de la intervención delictiva que genera una confusión de categorías penales: fases de iter criminis y de participación se van a considerar formas de autoría (confusión entre participación y autoría, entre acto preparatorio y autoría). Este proceso, al carecer de los mecanismos de control y regulación de la responsabilidad, conduce a situaciones de desproporcionalidad e infracción del principio de culpabilidad en la respuesta penal y a incoherencias dentro del sistema penal que se vuelve inestable.

La presencia de estas dificultades me llevó a plantearme, por un lado, si no existía un sustrato común a todos los comportamientos situados en una fase preejecutiva. Por otro lado, si no era posible regularizar ese proceso de hibridación, mediante la determinación de ámbitos de acción de cada sistema y de la normativa que se le aplicaría. La solución la encontré, o quiero hacerlo, a través de la preparación, que propongo que asuma con ciertos límites las formas imperfectas de participación, y que resuelva los problemas de justificación, merecimiento y cuantía de pena a través de la teoría de la tentativa.

Si se consigue defender que las conductas recogidas como formas de participación tiene cabida dentro de la preparación sería posible aplicar a ambas conductas una normativa común. Para ello he tenido que considerar que el cómplice y el inductor pueden facilitar con sus comportamientos la realización de una actividad delictiva y, además, he recurrido a la variable preparación del hecho propio y ajeno para poder integrar en la preparación los supuestos en los que el partícipe no pretende ejecutar el hecho por sí mismo. De este modo, La preparación del hecho propio abarcaría todos los actos preparatorios del delito realizados por el autor principal que todavía no han alcanzado la fase de tentativa. En cambio, la preparación del hecho ajeno recogería las formas de favorecer de la actividad delictiva de un tercero. Esta figura integraría a toda la complicidad, sin embargo, la inducción se repartiría entre ambas categorías.

No obstante, mi intención no es suprimir el sistema diferenciador o dual. Por ese motivo, he construido un modelo en el que la categoría preparación complementa a la participación, y que, por tanto, otorga una continuidad al sistema dual. Esto es, aun cuando sería imaginable la construcción de un sistema que depurara la responsabilidad del partícipe por la vía de la preparación, opto por la convivencia entre ambas categorías. Por tanto, las formas de participación consumada (según un criterio de accesoriedad estricta material) se sancionaran por la vía de la participación. Las tentativas de participación se trasladan a un segundo nivel, propio de la preparación. Sin embargo, aquí sólo se sancionarán como formas de preparación del hecho ajeno o propio aquellas tentativas de participación con resultado intermedio, y el resto, tentativas de participación sin resultado intermedio, quedarán impunes. La ventaja de este sistema es que se podrán perseguir penalmente ciertos comportamientos como actos preparatorios según las reglas generales del iter criminis y, por consiguiente, con una pena menor que la prevista para la tentativa, y sin tener que infringir el principio de accesoriedad. Además, en el momento en que comience el inicio de la tentativa (preparación del hecho propio) o la consumación de la participación las conductas serán sancionadas como formas de autoría o de participación y con un marco punitivo superior.



## Capítulo II

### Las formas de participación como Actos Preparatorios del Hecho Ajeno

## I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión consiste en decidir si se puede considerar que un partícipe puede ser un preparador. Esto es, si es posible releer la inducción y la complicidad desde la perspectiva de la preparación. La respuesta es afirmativa. Ahora bien, hay que aclarar que, primero, mientras que la complicidad dolosa es englobada completamente por la preparación, la inducción dolosa sólo lo será parcialmente pues no siempre se puede probar que la intención del inductor era integrar al incitado en un plan criminal. Segundo, la complicidad siempre será una preparación del hecho ajeno, sin embargo, la inducción podrá serlo tanto del hecho propio como del ajeno. Tercero, las formas consumadas e imperfectas de la participación no se trasladan tal cual al ámbito preparatorio, si no que se transforman en formas consumadas e imperfectas dentro del iter criminis propio de preparación. Por ejemplo, las tentativas de participación pueden ser preparaciones consumadas o imperfectas.

## II. LA COMPLICIDAD Y LA INDUCCIÓN COMO FORMAS DE PREPARACIÓN.

Comienzo afirmando que las conductas típicas de la complicidad y la inducción, a saber, colaborar en una actividad ajena o crear una resolución delictiva pueden ser formas de preparar una actividad criminal.

(1) Esto se observa claramente en lo que respecta a la complicidad. No hay ningún problema a la hora de reformular la actividad del cómplice que facilita la actividad delictiva a desarrollar por otro sujeto, como una preparación del hecho ajeno<sup>1367</sup>. El

<sup>1367</sup> Considera expresamente que la complicidad tanto preejecutiva como ejecutiva es un acto preparatorio Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 100 y s. En lo que respecta a los ejecutivos porque aunque sean realizados durante la fase ejecutiva del delito facilitan y aseguran la ejecución que se está efectuando, pág. 101.

En contra, Rossi porque considera que el mandato legislativo impide considerar a la complicidad como una preparación del hecho ajeno, Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 69; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 33 y s. Explicación que contradice el sistema de preparación del hecho propio o ajeno expuesto por el autor. No es que la complicidad (al igual que la inducción) no pueda ser una preparación del hecho ajeno, sino que la complicidad consumada (es decir unida a una conducta típica y antijurídica vinculable causalmente con la complicidad) se castiga por mandato legal como una forma de participación. Esta última reflexión se atisba en el texto de Rossi aunque no queda expuesta con claridad suficiente, vid., op. cit., pág. 65 y s, 69.

que aporta un objeto o un consejo técnico satisface las necesidades de un tercero que quiere cometer un delito (respecto a la complicidad psicológica se hablará más adelante con la inducción). El que compra el arma que va a utilizar C para atracar un banco, es un cómplice, que en todo caso, está aportando el requisito que hace posible la entrada en la fase ejecutiva del delito por parte de C. A fin de cuentas, objetivamente no existe ninguna diferencia entre estas conductas (complicidad y preparación del hecho ajeno) en cuanto ambas consisten en promover, favorecer, facilitar la conducta de un tercero. La disparidad objetiva se encuentra en el iter criminis de cada una de ellas. Como indicaré en próximas páginas, la complicidad consumada puede ser una preparación consumada del hecho ajeno, pero la tentativa de complicidad se puede convertir tanto en una tentativa de preparación como en una preparación consumada. No obstante, puedo adelantar, que la complicidad hasta que no ha alcanzado su resultado intermedio no es una forma consumada de preparación.

Se podría pensar que, la distinción entre ambas reside en el plano subjetivo. Tal afirmación es correcta en la medida en que el cómplice tiene un dolo de consumación que no tiene porque concurrir en el preparador. Sin embargo, en todo lo demás esa distinción no existe<sup>1368</sup> pues el dolo de la complicidad respecto al resultado intermedio coincide con el de la preparación: la complicidad al igual que la preparación del hecho ajeno tienen como objetivo facilitar la acción de un tercero, esto es, desean que un tercero sea el beneficiado de su acción. En otras palabras, esta pretendida distinción subjetiva debe ser matizada, porque la diferencia entre *preparar* y *participar* no reside en la voluntad de facilitar, común a la complicidad y a la preparación, sino en el sujeto que se beneficia de esa acción. O mejor dicho, la distinción reside en el deseo de facilitar lo propio o lo ajeno que mueva al autor de la conducta. Esta intención de favorecer un hecho propio o ajeno se pueden integrar sistemáticamente de forma unitaria dentro de la preparación (querer preparar el hecho propio querer preparar un hecho ajeno) o de forma binaria distinguiendo entre preparación (del hecho propio) y participación en función del sujeto beneficiado por la medida preparatoria.

(2) La demostración de que a través de la creación de una resolución se puede preparar el delito arroja mayores dificultades. ¿Mediante la inducción se está preparando realmente el delito ajeno? ¿Se puede mantener, por tanto, que la creación de una resolución delictiva puede de alguna forma preparar un delito planeado? La cuestión radica, pues, en establecer si mediante el influjo psíquico ejercido sobre

<sup>1368</sup> Salvo en el caso de la complicidad psicológica que, al igual que la inducción, puede contener una semejanza subjetiva con la preparación.

un sujeto se puede estar preparando algo. La respuesta va a ser afirmativa pero no en toda la extensión de la inducción.

Un análisis de esta cuestión conduce inicialmente a superar el prejuicio que mantiene que verbalmente no se puede facilitar una actividad posterior. Ello es falso. La preparación de un hecho se puede realizar por actos materiales o verbales<sup>1369</sup>. La comunicación entre las partes puede ser una forma válida de preparación, en el sentido, de que puede crear una situación que sea una condición de posibilidad de una actuación ejecutiva posterior. Pensemos, por ejemplo en los actos preparatorios organizativos por medio de los cuales se estructura y se organiza la preparación y la ejecución (o ambas) del delito. Así, el reparto de roles dentro de la actividad criminal, las discusiones sobre el plan delictivo, o la solicitud de entrega de una arma se hacen de forma oral. Por tanto, no se puede excluir sin más la preparación mediante un acto del habla, como no se puede excluir la posibilidad de cometer delitos a través de actos del lenguaje<sup>1370</sup>.

Una vez que ha quedado claro, que la preparación puede realizarse mediante una expresión oral, el problema siguiente es precisar si la creación de la resolución delictiva puede preparar de alguna forma el delito posterior.

No es este el lugar donde deba tratarse si existe una relación de causalidad entre la acción del inductor y el nacimiento de la resolución delictiva en el inducido<sup>1371</sup>, primero, porque la complejidad del tema excede el ámbito del trabajo, segundo, porque aunque no sea posible defender la presencia de regularidades en la relación entre la acción del inductor y la resolución del inducido esto «...no conlleva la negación de una relación *causa-efecto*» en la situación concreta<sup>1372</sup>.

<sup>1369</sup> Orts Berenguer, "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 487.

<sup>1370</sup> Vid. Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 483 y ss: «... numerosos delitos se cometen al emitir un determinado enunciado lingüístico (injurias, calumnias, amenazas), o el enunciado forma parte del conjunto de la actuación delictiva (acusación y denuncia falsas, estafa, falso testimonio, bigamia, acoso sexual), o se manifiesta en una forma de intervención criminal (determinados supuestos de autoría mediata, de inducción a delinquir, o de cooperación necesaria o complicidad prestada mediante un acto verbal, o en la conspiración, proposición o provocación a delinquir)», op. cit., pág. 495.

<sup>1371</sup> Por ejemplo, Del Rosal Blasco entiende que «...el inductor no *causa* la resolución criminal sino que la *motiva*... Por ello, la relación que existe entre acción de incitación y resolución de cometer el hecho delictivo, no se puede definir en términos de relación de causación... o relación de causalidad, sino en términos de *conexión o relación ideal* (como perteneciente al mundo interno de los sujetos) *de motivación-intención* o, si se prefiere, en términos más sencillos, de *conexión o relación de motivación*», Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 121 y s (cursiva original).

<sup>1372</sup> «Se tratará en estos casos... de apreciar una causalidad que escapa a la formulación de leyes de validez general para todos los casos, lo que, sin duda, planteará en la práctica mayores problemas en orden a demostrar cuándo se da esa relación causal al intervenir algo tan complejo como la psique humana. Por entonces estaremos ante un problema distinto: el de su prueba en el caso concreto, labor probatoria en la que el juez deberá formar su convicción recurriendo tanto a juicios estadísticos y de pronóstico sobre la potencialidad que tenía la incitación para haberse

Es posible imaginar una forma de preparación mediante una inducción<sup>1373</sup> porque a través de la incitación se puede obtener el instrumento humano necesario para la satisfacción de la fase ejecutiva del incitador o de un tercero. Así, es posible defender que hay una preparación cuando el inductor quiere, a través de la creación de una resolución, atraer al inducido hacia un plan delictivo propio o ajeno. A induce a su amante B para que participe en el asesinato de su mujer X que está resuelto a realizar. Mediante su acción, A pretende obtener un instrumento que considera necesario para el desarrollo de su plan, lo cual es una forma de preparar su actividad criminal<sup>1374</sup>.

El acto objetivo de la incitación es una preparación en un sentido amplio. Esta afirmación debe ser no obstante matizada. Dos cuestiones deben tenerse en cuenta.

---

convertido en el caso concreto en factor causal de la resolución del autor, como a la valoración indiciaria de una serie de factores concurrentes en el mismo, entre los que podrían citarse el comportamiento anterior del sujeto, la influencia que en el destinatario ejercía el inductor, el grado de incentivación que la ventaja ofrecida...pudo suponer en el inducido, los obstáculos que el inductor tuvo que salvar...», Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", pág. 272 y s (cursiva original). Hilgendorf sostiene que hay una regularidad estadística «según la cual la inducción ha aumentado el riesgo del hecho principal. Así que puede decir que la oferta de recompensar un hurto determinado y fácil de realizar con 10.000 DM ha aumentado en todo caso de forma no inesencial la probabilidad de que ese hurto efectivamente se realice», Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 11. En contra Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 122: un principio de vinculación entre causa y efecto no se puede aplicar a la inducción, ya sea porque es un principio falso (para los indeterministas), ya sea porque es inaplicable (para los deterministas). Sobre la problemática de la causalidad en la inducción vid. Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", GA 1984, pág. 101 y ss; Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. Jura, 1996, pág. 9 y ss.

<sup>1373</sup> «...la conocida tentativa de inducción..., la conducta de motivación del inductor como tal... es una pura conducta preparatoria », Coester, B., *Die Vorbereitungshandlung...*, pág. 98. Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 25. Herzberg indica que un supuesto de autoría mediata, la inducción sobre la persona interpuesta, representa la creación de un instrumento que es «con total claridad una simple conducta preparatoria», Herzberg, R-D., "Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme", pág. 66 y s. Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen*, pág. 21, donde señala que la inducción a la coautoría y a la complicidad son formas de acto preparatorio. Höser, J., *Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht*, pág. 51 que integra dentro de su catálogo de actos preparatorios no punibles el reclutamiento de partícipes. Rossi señala dentro de su catálogo de conductas preparatorias: «la comunicación simbólica, oral o escrita de la intención o el deseo de cometer un delito... La busqueda de partícipes», Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 45. Así, este autor por un lado considera que la provocación al delito está incluida dentro de la preparación al hecho ajeno, por otro, entiende que la inducción, en función de una interpretación extensiva, puede ser considerada incluida dentro del concepto de conducta preparatoria. Interpretación que, no obstante, es incompatible con la ley, op. cit., pág. 59, 66. Muy próximo al planteamiento de Rossi, Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 31 y s. En definitiva ambos autores resuelven el problema de la naturaleza de la inducción acudiendo al Código penal: por mandato legal ésta será siempre una inducción salvo que la ley castigue ciertas formas de manifestación de modo autónomo como preparaciones del hecho ajeno.

<sup>1374</sup> Así lo reconoce Roxin cuando con motivo del análisis de la *aceptación de una inducción* defiende que la figura en cuestión «...se muestra como una conducta preparatoria del futuro autor ocasionada por un tercero», Roxin, C., *LK11*, 30/86.

Primero, no toda creación dolosa de una resolución delictiva será una preparación. Segundo, la inducción se puede convertir tanto en una preparación del hecho propio como en una del hecho ajeno.

(a) En la preparación no está presente de forma necesaria el requisito subjetivo propio de la participación, a saber, el deseo de consumación del delito de referencia por un autor principal. Aparte de eso, y a diferencia de lo que mantuve con la complicidad, entre la inducción y la preparación existe una desemejanza en el plano subjetivo. Es evidente que cualquier tipo de colaboración, ya sea la entrega de un objeto o la consecución de un instrumento-humano, debe poseer una intención delictiva para que pueda ser sancionada como un acto preparatorio punible, circunstancia que puede ser difícil de probar en la fase preparatoria. Ahora bien, ésta no es la cuestión que aquí quiero tratar. El problema que ahora planteo no reside en que toda conducta penalmente relevante deba poseer una intención delictiva, sino en que, partiendo de la existencia de esa intención delictiva, si bien todo sujeto que es un cómplice doloso será un preparador doloso (porque el dolo del cómplice respecto al resultado intermedio es idéntico al dolo del preparador), no todo inductor doloso será un preparador doloso. Dicho de otro modo, el preparador doloso siempre quiere hacer posible la acción propia o de un tercero, mientras que el inductor doloso que quiere crear una resolución y a través de ello quiere que se produzca un resultado delictivo no tiene porque desear facilitar una actividad posterior propia o ajena. De este modo, la creación dolosa de una resolución que no va acompañada de una intención preparatoria no se podrá considerar, por un déficit subjetivo, como una forma de preparación. No obstante, resulta evidente que el inductor privado que se dirige a un sujeto concreto y desea que se produzca un resultado delictivo casi siempre tiene en mente favorecer con esa incitación un plan propio o ajeno. De hecho se podría partir de la presunción de que la presencia de un dolo de consumación incluye al de preparación. Empero, no queda tan claro esa intención preparatoria en los casos de incitación pública. En estas situaciones puede ser que el provocador asuma doloso eventualmente que con su acción incita a la comisión de delitos pero, a causa de la indeterminación del sujeto y de la falta de seguridad en la capacidad que tiene para crear una resolución delictiva que incorpore al sujeto al plan previsto, difícilmente es posible afirmar que con ello alguien quiera preparar de modo idóneo un plan delictivo, o en todo caso, si esa incapacidad es desconocida o no apreciada por el incitador habría que afirmar la presencia de una tentativa de preparación imposible.

(b) Ahora bien, no es suficiente afirmar que es posible convertir la inducción en preparación, además, hay que señalar, en función del criterio sujeto beneficiado por la acción preparatoria, si esa incitación se convierte sólo en una preparación del hecho ajeno, como en la complicidad, o es posible igualmente admitir la presencia



de una preparación del hecho propio. Las cosas así, si el inductor pretende ganar un sujeto para la realización de su propio plan, está preparando su propio hecho, si, por el contrario desea obtener un instrumento para el plan delictivo de otros en el cual no pretende actuar como coautor<sup>1375</sup>, está preparando un hecho ajeno. Por tanto, el autor que quiere cometer el delito y convence a otra persona para que intervenga en el proceso delictivo (como coautor, cómplice, cooperador e incluso inductor) se facilita la *propia* comisión del delito planeado mediante la obtención de un instrumento, que en este caso es una persona, necesaria para tal fin. Se facilita el hecho ajeno cuando el incitador obtiene un instrumento (autor, cómplice, cooperador e inductor) requerido por la futura actividad de un tercero. Entre ambas se sitúa un supuesto especial de preparación del hecho propio cuando el incitador que no quiere ser autor del delito pero que no quiere facilitar la futura conducta de un tercero obtiene el instrumento necesario para la satisfacción de su propio plan.

Así, el que entrega una cantidad de dinero («quiero que mates a X a cambio de la cantidad Y») desea resultado pero no quiere realizarlo de propia mano. La cuestión en los casos en que se encarga a un sicario la muerte de un tercero reside en que considerar que hay una preparación del hecho propio, porque el sicario se incorpora al plan de inductor que es el directamente beneficiado. Esto es posible porque según la lógica de la preparación, el incitador está preparando su hecho propio con independencia de que con posterioridad su deseo de no ejecutarlo de propia mano pueda ser considerado una forma de autoría (autoría mediata con instrumento doloso y culpable, coautoría por la aportación decisiva en la fase preparatoria) o una forma de participación (inducción o cooperación necesaria). En suma, hay una preparación del hecho propio cuando se facilita la actividad que con posterioridad quiere ejecutar el incitador, o cuando se integra (o se hace el intento) un instrumento dentro de un plan criminal.

Además, en la inducción la expresión utilizada indica si la creación de una resolución puede ser una forma de preparación o no, y a continuación si es una preparación del hecho propio o ajeno. El discurso esgrimido para intentar convencer a una persona contiene normalmente una serie de datos sin los cuales el inducido no tomará la decisión favorable, salvo que esté engañado, coaccionado, posea una capacidad intelectual disminuida (tentativas de autoría mediata); o que estuviera previamente convencido (con lo que nos encontraríamos con una tentativa imposible de inducción o preparación)<sup>1376</sup>. De ahí que, la expresión nos indique (en un plano objetivo) si la incitación era adecuada para preparar algo en función de su grado de determinación (o de la concurrencia de estos datos que capacitan el discurso para

<sup>1375</sup> Si pretendiera ser coautor del delito, aunque existieran otros autores, sería una preparación del hecho propio.

<sup>1376</sup> «...la única prueba evidente para el juzgador de esa firme voluntad (scil. dirigida a crear una resolución criminal y a la posterior ejecución del delito) estriba, precisamente en la inequívocidad del mensaje incitador», Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 114.

crear una resolución), si el inductor sólo quería crear una resolución delictiva, si quería preparar un delito, y si este era propio o ajeno.

Cuando el inductor dice «voy a dar un golpe en el banco X y necesito ayuda», o que «A, B y C van a dar un golpe y necesitan un conductor», está preparando el delito propio (primer caso) o ajeno mediante la recluta del conductor requerido.

De lo dicho se desprende que si bien participación, en lo que respecta a la complicidad y cooperación necesaria, se identifica con las formas de preparación del hecho ajeno, en la inducción no sucede lo mismo. El complejo de grupo de conductas que se conocen como formas de inducción (dentro de las cuales se debe incluir la cuestión de la complicidad psicológica) se puede reconducir a la figura de la preparación, pero tanto del hecho ajeno como del propio.

En resumen, ni toda inducción dolosa va a ser una preparación dolosa, ni toda inducción se va a corresponde automáticamente con la vertiente *ajena* de la preparación.

Por último, el intento de creación de la resolución, no va a coincidir necesariamente con una forma de preparación consumada. Sólo cuando B acepta participar ha obtenido A el instrumento necesario para su actividad, todas las fases anteriores a la aceptación son formas imperfectas de preparación. No se puede olvidar, por tanto, que hasta que no se ha creado la resolución delictiva, el resultado intermedio de la inducción, la preparación se encuentra en un grado de tentativa porque el autor de la incitación todavía no ha adherido a su causa el objeto que requiere él o un tercero, es decir, todavía no ha adquirido el *instrumento-humano*.

Estas tentativas no pueden ser formas consumadas de la preparación, porque todavía no se posee el objeto requerido, la posición contraria, que entiende la tentativa como una preparación consumada equivaldría a considerar acto preparatorio dirigirse a la tienda en la que se va a comprar el instrumento, o de una forma más restrictiva, entender que coincide con la petición de compra al propietario del establecimiento.

### **III. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA PREPARACIÓN DEL HECHO AJENO.**

Si bien he defendido que la categoría acto preparatorio del hecho propio y ajeno incluye tentativas de participación (e igualmente podía incluir formas de participación consumada), en cambio, no he determinado cuáles de todas las conductas que pueden resultar de la aplicación de la teoría de la tentativa en la participación son preparaciones del hecho propio o ajeno. Es decir, no he precisado el elenco de comportamientos que pueden ser una preparación. Con esa intención, la fijación del ámbito de la preparación, hay que aclarar que la peculiar construcción de la participación, caracterizada por la presencia de tres resultados (resultado intermedio, resultado de la participación, y consumación del delito), determina un complejo sistema de realizaciones imperfectas que impiden identificar directamente la tentativa de participación con la preparación.

Intentar inducir a la persona ya resuelta (participación imposible), mandar por correo un objeto que no llega al poder del autor (participación fracasada), aportar un objeto que luego no es utilizado por el autor principal (participación sin efecto o ineficaz), crear una resolución que no va acompañada de un inicio de la ejecución (participación sin resultado). Todas son formas de participación intentada. Ahora bien, ¿con qué fase del iter criminis de la preparación se identifican?

Por ese motivo es necesario realizar un análisis de la teoría de la tentativa en la participación que permita establecer una simetría entre el iter criminis de la participación y la correspondiente forma de la preparación. Esto es, hay que fijar cuáles de las tentativas de la participación, que son formas imperfectas de realización porque no han alcanzado el resultado intermedio, porque no van acompañadas del inicio de la ejecución o porque no se puede conectar causalmente con ellas la conducta realizada por el autor principal, serán formas consumadas y cuáles serán formas imperfectas de la preparación.

### **1. La conversión de las conductas de participación en su correspondiente acto preparatorio intentado o consumado.**

En primer lugar debo puntualizar que hay autores que sostienen que desde la estricta perspectiva de la participación no se puede hablar de formas imperfectas de realización, ni de participación en la participación<sup>1377</sup>. La inducción, la complicidad, la cooperación necesaria no son tipos autónomos sino dependientes o abstractos. Es decir, se tienen que poner en relación con un delito concreto de la parte especial<sup>1378</sup> y no se les puede aplicar la teoría de la tentativa o la participación. De este modo, en la participación sólo puede utilizar el término *tentativa* como instrumento orientado a la aclaración de diferentes supuestos y relaciones entre figuras que se plantean en la teoría del delito. En otras palabras, es lícito «...recurrir a la «ficción técnica» de considerar a la inducción como una figura penal autónoma, a la que se le aplican los criterios generales vigentes para la tentativa..., puede resultar enormemente útil para explicar determinados fenómenos jurídicos relativos a dicha figura de participación criminal»<sup>1379</sup>, y en el caso que aquí me ocupa, será especialmente valioso para explicar la relación que existe entre preparación y participación.

<sup>1377</sup> En contra del uso de los términos «tentativa de inducción» o «inducción intentada», Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 787. Sobre lo incorrecto de la confusión entre tentativa de participación y tentativa ejecutiva, porque en la primera se utiliza un término propio de la ejecución para actuaciones preejecutivas, Rodríguez Mourullo, G., «La punición de los actos preparatorios», pág. 279; Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 67.

<sup>1378</sup> Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 61.

<sup>1379</sup> Del Rosal Blasco, B., «Sobre los elementos del hecho típico de la inducción», nota 21; de modo parecido Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 73 y s. En todo caso Del Rosal Blasco avisa de que el uso de la terminología propia de la tentativa en la participación podría crear confusión

Con todo, debo afirmar que no estoy de acuerdo con la premisa inicial. La participación tiene su propio *iter criminis*. El partícipe puede intentar realizar el injusto que le es propio (ya sea completamente autónomo, ya sea accesorio estricto) y fracasar. Así, el partícipe intenta crear una resolución o aportar el objeto necesario, y cuando lo consigue ha consumado su injusto. Ahora bien, la consumación de la participación se puede hacer depender de que un tercero comience a realizar congruentemente una conducta con la satisfacción de una serie de requisitos normativos. En ese caso, el injusto no se consuma hasta ese instante. Todo lo que haya antes de ese momento va a ser el esfuerzo objetivo del partícipe orientado a ese fin, es decir, su *iter criminis*. Que sólo se castiguen los supuestos en los que, desde una perspectiva accesorio estricta material, hay una consumación es una decisión de política criminal, de carácter doctrinal, no siempre consagrada en un tipo, y que como se observa a lo largo del Código no impide que en ciertas ocasiones se castiguen tentativas de participación. Si A fabrica los instrumentos que B necesita para la falsificación de un documento y B no inicia la actividad criminal prevista ¿no se castiga al primero por una tentativa de complicidad?

Otra cosa es que en un sistema dual no sea lo mismo una tentativa de participación que una tentativa de autoría. La divergencia cualitativa que existe entre ambas tendría que impedir identificar los marcos punitivos previstos para ambas «tentativas». Sin embargo, en lo restante, insisto, la lógica de teoría de la tentativa se puede aplicar a todas las formas de intervención en el delito.

Una vez efectuado este inciso he de continuar con la exposición sosteniendo que el *iter criminis* de la participación (accesorio estricta material limitada) abarca el ámbito que se extiende entre el inicio de la influencia sobre un sujeto o el comienzo de la realización de las actividades necesarias para facilitar el hecho ajeno. Pasa por la consecución de la resolución y la aportación de lo requerido. Continúa con la realización de un hecho principal típico y antijurídico, momento en que la inducción o la complicidad se consuman plenamente. Termina con la lesión consumada del bien jurídico<sup>1380</sup>.

Por consiguiente, la tentativa de participación abarca todas las fases anteriores al comienzo de la ejecución del hecho delictivo. Se consuma mediante la creación de la resolución o la aportación que *facilita* la realización de una conducta delictiva por

---

y llevar a pensar que en estos comportamientos hubieran actos ejecutivos del delito. Por eso insiste en que el recurso a términos propios del *iter criminis* será sólo «...para explicar mejor determinados fenómenos que se producen y problemas que se plantean en el seno de la teoría de la participación...», Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 201.

<sup>1380</sup> Vid. de forma parecida pero sólo para el *iter criminis* de la inducción Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 289.

parte de un tercero, el cual ya ha comenzado con la ejecución de un comportamiento típico y antijurídico. En resumen, una tentativa de participación es aquella conducta que, destinada a favorecer la actividad criminal (a través de la creación de una resolución o a través de una colaboración directa física o psíquica) de un tercero, no desarrolla su efecto, bien porque no influye en el autor principal, bien porque no viene acompañada de una conducta delictiva principal que satisface una serie de requisitos normativos.

Sin embargo, el proceso delictivo de la participación es demasiado complejo como para contentarse con esta simplificación. Especialmente porque el iter criminis del partícipe abarca dos resultados, como consecuencia de la confluencia de dos conductas, la de participación en sentido estricto y la de autoría a la que está subordinada, que pueden ser cada uno de ellos realizados de forma imperfecta. Es decir, a cada resultado se le puede aplicar la teoría de la tentativa. El primero de los resultados es la creación de la resolución delictiva o el fomento de la acción del autor, denominado *resultado intermedio* («Zwischenerfolg»). Ahora bien, como la responsabilidad del partícipe es accesoria a la realización de una conducta principal, hasta que ésta no ha tenido lugar no se puede sostener que la participación se haya consumado. De este modo, ya he anticipado cuál tiene que ser el segundo resultado: la puesta en práctica por el inducido de la resolución creada por el inductor o la ejecución del delito principal por parte de un autor que ha recibido el apoyo del cómplice. Conducta que, además, debe ser típica y antijurídica. A este segundo resultado se le denomina *resultado de la participación* («Teilnahmeerfolg»)<sup>1381</sup>. Con esta distinción, hemos separado los dos momentos característicos de la participación: como conducta autónoma debe crear una resolución o facilitar una futura comisión y como comportamiento accesorio en sentido estricto debe ir acompañada de una acción principal que sea típica y antijurídica.

Hay una tercera fase, la consumación de los actos ejecutivos por parte del autor principal, que se conoce como el *resultado final de la acción del autor* («Enderfolg»), y que sólo se tendrá en cuenta para conocer cuándo responderá el partícipe por la forma consumada del delito en que intervino<sup>1382</sup>. La complejidad del iter criminis de

<sup>1381</sup> Letzguis Distingue ambos resultados en la inducción y la complicidad,, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 22 y s, 65. No obstante, mantiene que cuando la complicidad se efectúa en la fase ejecutiva del delito principal no existe una diferencia tan clara entre ambos resultados, op. cit., pág. 65 y s. Sobre la presencia de estos resultados en la inducción vid. Gómez Rivero, C., *La inducción a cometer el delito*, pág. 170 y s. Distinción que también está presente en Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 103 y s; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1093-96; Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 847.

<sup>1382</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción a cometer el delito*, pág. 171, de la que tomo el término en cursiva, traducción del original de Letzguis, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 23.

la participación reside en que sus formas imperfectas no sólo vienen determinadas por el grado del iter criminis que cada consumación debe alcanzar sucesivamente, también está condicionado por la relación entre los dos resultados. Esta vinculación se manifiesta de dos formas. Primero, si uno de ellos no está consumado, cualquiera, existe una tentativa. Esto es, la consumación aislada de cualquiera de ellos no implica automáticamente que la participación se haya consumado.

La creación de la resolución o la aportación de un objeto no va acompañada necesariamente de un inicio de la ejecución, de un resultado: puede que el sujeto cambie de opinión y no actúe, no se sirva de lo aportado o no supere la fase preparatoria. No siempre que se inicia la ejecución se produce un resultado imputable a la resolución creada o a la aportación realizada, porque puede que no se consiguiera crear una resolución, que ésta ya existiera o que la aportación no tuviera efecto.

Pero, además, la confluencia de dos consumaciones tampoco implica que se pueda afirmar que haya sin más una relación entre ambas. Debe existir una conexión entre el primer y el segundo resultado<sup>1383</sup>.

Así, puede haber un resultado intermedio que vaya acompañado de un inicio de la ejecución y sin embargo no se pueda afirmar la conexión entre ambas. A induce a B mediante la entrega de una cantidad de dinero para que mate a C, B acepta matar a C pero en el último momento cambia de opinión y mata a D. En el mismo supuesto, B cambia de opinión, pero un año más tarde y a causa de las numerosas deudas que posee mata a C sin haber consultado previamente a A y con el arma que éste le había suministrado para la originaria comisión del delito.

En resumen, el iter criminis de la participación está compuesto (I) por las formas imperfectas de consumación del resultado intermedio (tentativa de creación de la resolución o aportación de lo pactado); (II) por la obtención de un resultado intermedio que no va acompañado de ejecución, es decir, por el resultado intermedio unido a un desistimiento, a una falta de utilización del objeto aportado, o a un inicio de la ejecución por parte del autor que no alcanza el grado de tentativa; (III) por la relación causal defectuosa<sup>1384</sup> entre el resultado intermedio si existe y el de la participación.

Con lo cual, cuando se dice que hay una tentativa de inducción, por ejemplo, no se sabe realmente que ha sucedido, pues puede que haya un resultado delictivo que no sea imputable al inductor porque no coincida con la resolución que ha provocado, que la inducción fuese efectiva porque había creado la resolución pero que no haya comenzado la ejecución, o que ni siquiera se haya creado una resolución delictiva.

Ante la pluralidad de comportamientos que conforman el iter criminis de la participación no se puede determinar automáticamente qué conductas se transformarían en una preparación consumada y cuáles serían sus formas

<sup>1383</sup> Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 24, 65.

<sup>1384</sup> Ya sea objetiva o por una incongruencia en el plano subjetivo entre lo deseado por el partícipe y lo realizado por el autor principal.



imperfectas. Esto requiere una labor previa de análisis y esquematización de todos los comportamientos en cuestión.

Cuando uno se acerca al estudio de las tentativas de participación normalmente nos encontramos ante una enumeración de las tres o cuatro formas de realización imperfecta que son más habituales. Así, es común la mención de la participación *sin resultado, ineficaz, fracasada, e imposible*. Sin embargo, un simple listado de las clases de tentativa de participación, aunque van acompañadas de una descripción de su contenido y ejemplos, no sirve para el objetivo buscado (identificar qué formas imperfectas de participación son formas consumadas de la preparación) si no se sitúa dentro de un esquema que conjugue la presencia de los dos resultados a los que anteriormente me he referido. El motivo que justifica la necesidad de identificar la posición que tienen con respecto a los dos resultados de la participación reside en que la presencia de uno de estos resultados se va a identificar con la preparación consumada, mientras que la existencia de ambos va a corresponder con las formas consumadas de participación. Las cosas así, siempre que haya un comienzo de la ejecución (accesoriedad cuantitativa), la conducta sea típica y antijurídica (accesoriedad cualitativa) y exista una relación causal entre resultado primero y segundo, se podrá afirmar que la participación se ha consumado. La preparación, por otro lado, estará consumada en todos los casos en los que el resultado intermedio esté presente y, todo ello, con independencia de que tenga lugar el segundo resultado o no. No obstante, la forma consumada de la preparación, dentro de un sistema que deja un lugar a la participación, abarcará sólo el espacio que en la participación se haya entre el primer resultado (una vez se haya alcanzado) y el segundo resultado y el resultado final. Tras la determinación de este ámbito parece que no tiene sentido seguir abundando en el tema. Sin embargo, considero necesario precisar cuáles de las tentativas de participación, a las que al principio, me he referido son formas consumadas y cuáles tentativas de preparación. No puede bastar el planteamiento de una solución en abstracto que señale que la obtención del resultado intermedio consuma la preparación, se requiere, además, la elaboración de un esquema de las formas imperfectas de participación que se pueda trasladar sin dificultad al ámbito de la preparación.

Si tradicionalmente se ha elaborado una ordenación de la tentativa de participación en función del segundo resultado<sup>1385</sup>, perfectamente válido desde perspectiva de la participación, éste no puede ser utilizado cuando se quiere establecer una clasificación relativa a la preparación, porque, como he indicado, su iter criminis se vincula

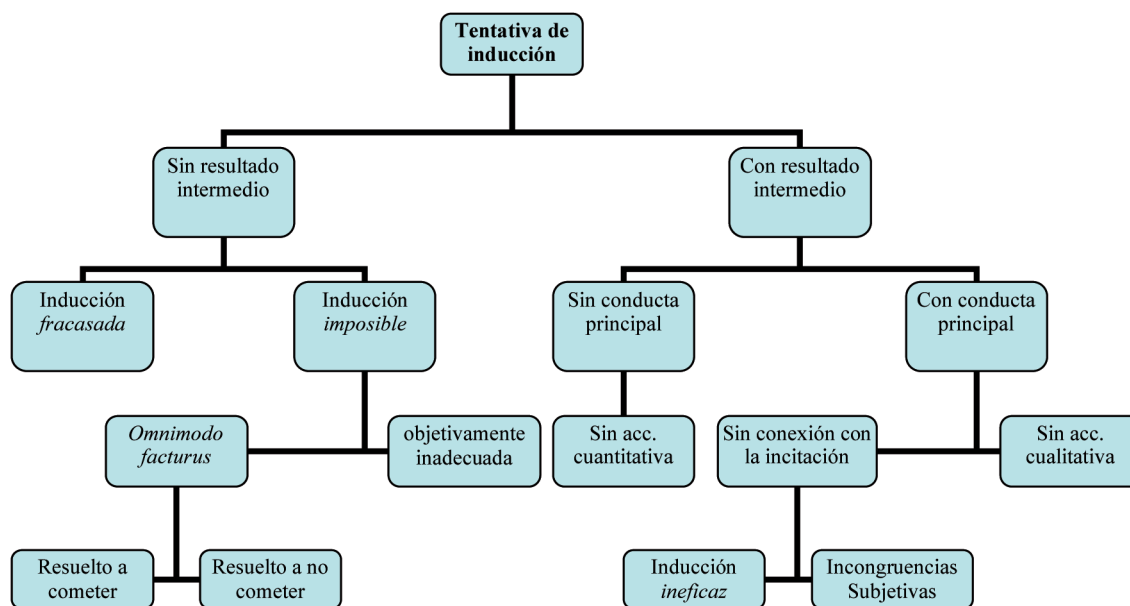
<sup>1385</sup> Vid. por ejemplo la clasificación que hace Letzguis, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 24-85.

directamente a la consumación del resultado intermedio. Por consiguiente, voy a reelaborar la clasificación de la tentativa de la participación utilizando como criterio de ordenación el nexo que une a cada tentativa de participación con el resultado primero o intermedio.

## 2. La relación entre formas imperfectas de la inducción y la preparación del hecho propio o ajeno.

En función de la consumación del resultado intermedio la tentativa de inducción se ordena tal y como sigue<sup>1386</sup>:

Figura 1. Clases de Tentativa de inducción



<sup>1386</sup> En España Mira Benevent recoge supuestos de inducción sin resultado primero y segundo dentro de un concepto genérico de «inducción frustrada o intentada», Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", 511 y s.

(1) Todas las realizaciones imperfectas que quedan en el segundo grupo (sin resultado intermedio) son formas imperfectas de la preparación (tentativa o actos preparatorios) porque sólo en el momento en que se crea la resolución delictiva se ha obtenido el instrumento (humano) requerido por el plan propio o ajeno. Dentro de este grupo destacan la inducción fracasada y la inducción imposible.

(a) En la *inducción fracasada (mißlungene Anstiftung)* la incitación es rechazada por el inducido<sup>1387</sup>. A intenta convencer a B para que conduzca el coche, que servirá a A, C y D, como medio de escape del robo que pretenden cometer en el Banco X. B rechaza expresamente la propuesta.

(b) En los casos de *inducción imposible (untaugliche Anstiftung)* el problema consiste en que el autor ya se encuentra resuelto (*omnimodo facturus*)<sup>1388</sup>. La imposibilidad tiene su origen en la presencia de un autor principal que ya posee la resolución delictiva que el inductor pretende crear, de tal forma que su acción, si acaso, refuerza la ya existente<sup>1389</sup>. En este caso, con independencia de que haya un resultado segundo, no se puede afirmar que exista un resultado intermedio porque, aunque el inducido posee una resolución delictiva, que coincide con la deseada por el inductor, ésta no ha sido causada por su incitación<sup>1390</sup>. De este modo, habría una inducción imposible cuando A intenta convencer a B para que robe junto a C el banco X, pero B ya había acordado con C que participaría en esa actividad delictiva.

<sup>1387</sup> Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 40-43; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 13; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547; Gropp, AT, 9/101; Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 2 y s; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 235; Haeger, W., *Die Stellung des § 49a im system des Reichsstrafgesetzbuchs*, pág. 337; Noll/Trechsel, AT3, pág. 177; Roxin, C., LK11, 30/12.

<sup>1388</sup> Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, pág. 32 y s; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 13; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547; Roxin, C., LK11 30/12; Gropp, AT2, 9/101; Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 2 y s; Noll/Trechsel, AT3, pág. 177; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 561.

<sup>1389</sup> Como regla general sólo se podrá castigar como tentativa de inducción cuando el código penal correspondiente recoja como punible tal comportamiento (en Alemania por la vía del § 30 I, Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 561), o como forma de complicidad psicológica (De la Mata Barranco, "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1224 y s sostiene que en el caso de una incitación al ya resuelto sólo se podrá hablar de complicidad moral). En contra de la figura del *omnimodo facturus*, Puppe, que sostiene que el inductor, de forma parecida a lo que sucede en la coautoría, debe cerrar una especie de pacto con el autor. Este pacto vincula al incitador con la actividad del autor principal de tal forma que reduce sus posibilidades de desistimiento (Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 112). Por tanto, lo realmente importante es que el autor, en el momento que comienza la ejecución del hecho, tenga como motivo de su resolución de actuar de forma delictiva satisfacer el acuerdo existente con el inductor (Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 119).

<sup>1390</sup> Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 32.

No obstante, debo indicar que el concepto de inducción imposible no se puede limitar a los supuestos de incitación a un *ominodo facturus*. La inducción es imposible porque no se puede crear una resolución delictiva en aquel sujeto que ya tiene esa resolución o en aquel otro que no quería bajo ningún concepto llevar a cabo el delito al que se induce<sup>1391</sup>. En estos dos casos, el inductor, que se ha dirigido a un *omnimodo facturus*, realiza una conducta que ex ante posee una capacidad suficiente para producir la resolución buscada<sup>1392</sup>. Esto es, el motivo de la imposibilidad se encuentra en el objeto de la inducción. También habrá una tentativa imposible de inducción cuando el motivo de la imposibilidad de crear una resolución delictiva se halle en la conducta del inductor. Me refiero a aquellas situaciones en las que, aunque el objeto de la inducción es adecuado, la incitación era inidónea desde una perspectiva ex ante (porque no poseía capacidad sugestiva suficiente o se utilizó un medio de transmisión que no era adecuado), para generar la resolución delictiva deseada.

Para poder afirmar que existe una tentativa de inducción imposible se debe analizar la importancia del conocimiento de la resolución del *omnimodo facturus*, así como las consecuencias que ha tenido la actividad del inductor sobre el alcance de esta resolución, es decir, sobre el plan del inducido ya resuelto.

En lo referente al primer punto, no tiene sentido defender que hay una tentativa imposible de inducción cuando el inductor conoce que el inducido está ya firmemente resuelto o sabe que rechazará la propuesta. En el caso de que el inductor sepa tal circunstancia la intención que le mueve no puede ser crear una resolución delictiva que conoce que existe, más bien, pretende reforzar esa voluntad delictiva para asegurarse de que concurra el resultado final deseado. Así, con la intención de evitar una absoluta identificación entre inducción imposible y complicidad psicológica, se considera que cuando el inductor intenta inducir a un *omnimodo facturus*, sin conocimiento de la resolución delictiva firme del inducido, hay un supuesto de tentativa de inducción. Sin embargo, si conoce la existencia de esa voluntad criminal entonces la inducción tiene como objetivo potenciar conscientemente esta resolución y, por consiguiente, es una forma de complicidad psíquica<sup>1393</sup>. Ahora bien, el problema es que esta situación difícilmente concurrirá en la práctica, pues normalmente el inductor desconoce que el inducido se encuentra ya resuelto a realizar el plan

<sup>1391</sup> El *omnimodo facturus* no puede ser objeto de una inducción bien porque ya haya resuelto cometer ese delito, bien porque «esté firmemente decidido a no realizar ningún comportamiento delictivo», Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 313. En cierta medida, esta afirmación equivale a sostener que la inducción fracasada puede ser una especie de la inducción imposible.

<sup>1392</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 314-16.

<sup>1393</sup> Noll/Trechsel, *AT3*, pág. 177.

pretendido.

Por otro lado, y en lo que atañe al alcance de la resolución del *omnimodo facturus*, se puede concluir que tras la incitación puede que la resolución se mantenga idéntica, o que la actividad del inductor haya completado la resolución ya existente o que la haya modificado. Por consiguiente, ahora ya no se pretende determinar como distinguir la tentativa de inducción imposible de los supuestos de complicidad psicológica, sino de establecer cuando una incitación (adecuada ex ante para crear una resolución delictiva) ha obtenido su resultado intermedio aunque inicialmente actuara sobre un sujeto que ya poseía una resolución delictiva.

(b.1) En los supuestos de modificación del plan original del inductor, nos encontramos con diversas situaciones que resolveré en función del criterio utilizado para determinar la identidad de la resolución del presunto *omnimodo facturus*. La intervención de un inductor sobre un sujeto ya resuelto puede provocar una alteración de uno de los elementos del plan original del incitado. Esta modificación puede ser fenomenológica o normativa<sup>1394</sup>. La variación fenomenológica existe cuando no hay una coincidencia en los aspectos externos (tiempo, lugar de realización, objeto...) entre la resolución originaria y la modificada por la intervención del inductor. La variación normativa, en cambio, consiste en la alteración de un elemento de la resolución original que genera un cambio en la calificación jurídica de la conducta practicada<sup>1395</sup>.

La determinación de la identidad de la resolución no se puede fijar mediante el recurso aislado a uno de estos criterios para todos los supuestos, sino que será el uso combinado de ambos el que nos permitirá encontrar una solución<sup>1396</sup>. Ello se debe a que ambos son cambios fenomenológicos en sentido amplio. Así, toda variación normativa es fenomenológica porque se parte de la alteración de un elemento externo que provoca una calificación jurídica distinta del hecho finalmente realizado. Por consiguiente, un cambio normativo es una especie del fenomenológico: aquella variación en el plan que afecta a características del tipo o a categorías dogmáticas. Ahora bien, desde esta perspectiva toda variación fenomenológica no será normativa<sup>1397</sup>, porque una alteración en un elemento externo del plan no siempre produce una variación en la calificación jurídica del nuevo plan resultante.

<sup>1394</sup> Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 57-61.

<sup>1395</sup> Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 12-14, 57-61, especialmente pág. 58; el mismo, "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 934 y s. Ejemplos de variación normativa serían la modificación de un elemento del tipo o del tipo en su conjunto, la inclusión del comportamiento dentro de un tipo agravado o privilegiado...

<sup>1396</sup> Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 57; el mismo, "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 935.

<sup>1397</sup> Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 58.

Una vez que he enunciado las clases de modificaciones, lo importante consiste en decidir cuando esas alteraciones (fenomenológicas o fenomenológicas normativas) representan un cambio en la identidad de la resolución. Las cosas así, será posible reconocer, primero, ciertos cambios fenomenológicos que no afectan a la identidad del plan original (por ejemplo convencer que debe usar un arma de una marca distinta). Junto a ellos tendremos otros cambios fenomenológicos que generan una modificación en la identidad de la resolución. En concreto, según el planteamiento que defiende la modificación fenomenológica, para poder hablar de un *aliud*, debe ser esencial. De modo que, el problema se traslada a la fijación de lo que se entienda por *esencial*. Así, por un lado, se suele mantener que hay una forma de inducción consumada porque la incitación genera una variación en la *identidad* de la resolución del autor principal (y por consiguiente existe un *aliud o Umstiftung*) cuando el inductor provoca una modificación en uno de los elementos externos del plan original al que estaba resuelto el inducido (I) en el titular del bien jurídico (II) en el objeto del delito (siempre y cuando no sean fungibles)<sup>1398</sup> (III) o en el bien jurídico afectado<sup>1399</sup>. Por ejemplo, sería una inducción (posible) convencer al *omnimodo facturus* para realizar un delito de la misma naturaleza que éste pensaba cometer pero con un objeto distinto. A convence a B, que quería matar a C, para que asesine a D. La inducción es posible al introducir una causa modificativa de la resolución criminal ya presente. En cambio la modificación de circunstancias no esenciales, como el medio de comisión, el lugar o el tiempo de comisión del hecho, no permite afirmar la presencia de una inducción<sup>1400</sup>.

<sup>1398</sup> Noll/Trechsel, *ATZ*, pág. 177; Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 305; Küpper sostiene que sólo habrá inducción cuando la alteración en el objeto provoque un cambio en el sujeto perjudicado, Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 24. Ahora bien, para apreciar la existencia de una inducción, la determinación del objeto material del delito no debe ser fungible «en la configuración del riesgo contenido en la incitación. Y ello porque, si al sujeto le era indiferente la identidad del objeto, no puede entenderse que el cambio en la identidad de éste haya provocado una modificación esencial del plan delictivo, sino que constituirá sólo la concreción de un propósito delictivo más amplio, abarcado por el dolo del autor», López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 476; Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 449-51; de forma parecida Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 305.

<sup>1399</sup> Existe igualmente una discusión sobre la posibilidad de apreciar una inducción cuando se modifica la forma de comisión de la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, cuando se produce una misma lesión en el patrimonio pero no a través de una estafa (como inicialmente tenía previsto el autor) –art. 248-, sino mediante un hurto. A favor de observar la presencia de una inducción relevante Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 23; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 561.

<sup>1400</sup> Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 23; Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 114 (respecto al medio de comisión). Aquí estoy aceptando una solución sintética del problema. Este planteamiento defiende que hay un aliud en el momento en el que tiene lugar una variación esencial del plan del autor pues en ese instante la resolución del autor ya no se mantiene idéntica, vid. al respecto Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 56.



Además, hay otros cambios fenomenológicos que se refieren a características del tipo o categorías dogmáticas (denominados normativos) que se ha decidido que representan un cambio total en la identidad de la resolución (solución sintética) o un cambio parcial de la misma (solución analítica)<sup>1401</sup>. Cuando se defiende que hay un cambio pleno de identidad el inductor ha alcanzado el resultado intermedio porque esa modificación en una característica del tipo provoca un cambio en la calificación jurídica, conduce a un nuevo injusto, y por ello, se puede afirmar, en la observación conjunta de la alteración que se ha creado una resolución totalmente distinta en el inducido. El planteamiento analítico, en contra, sostiene que una parte de la resolución no ha sufrido variación (sobre la que habría una tentativa de inducción) y otra parte sí ha perdido su identidad sobre la cual sería posible una inducción.

Por tanto, puede acontecer esa modificación de la identidad cuando la intervención del autor provoca una variación en la calificación jurídica del delito resultante, que es distinta a la prevista en la resolución original del objeto de la inducción. Dentro de esta modificación normativa jurídicamente relevante del plan del autor hay dos supuestos<sup>1402</sup>. El primero de ellos se refiere a aquellas situaciones en las que la intervención del inductor está orientada a conseguir que el inducido efectúe un hecho distinto con una calificación jurídica más grave (*Aufstiftung*). Esto es lo que ocurre cuando se convence para perpetrar un delito de la misma naturaleza pero con distinta catalogación penal<sup>1403</sup>. A convence a B para que realice un robo en vez del hurto que tenía previsto<sup>1404</sup>.

Los planteamientos analíticos proponen que en estos casos que hay que responder por inducción de lo añadido (fuerza en las cosas o la violencia o intimidación en las personas) y por complicidad psicológica en lo que se mantiene igual (apoderamiento de cosa mueble ajena)<sup>1405</sup>. También, hay quien sostiene que debería depurarse la

<sup>1401</sup> Vid. Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 57; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1107.

<sup>1402</sup> Sobre la problemática y todas las diversas soluciones vid. Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, pág. 16-122; el mismo, "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 935-37; Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 305; Kühl, K., *AT2000*, 20/181-83; Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 23 y s; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1106-13; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 473 y s.

<sup>1403</sup> Noll/Trechsel, *AT3*, pág. 177.

<sup>1404</sup> A favor de la existencia de un resultado intermedio imputable al inductor Letzguß, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 33.

<sup>1405</sup> Cramer, Sch/Sch, 26/8; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 473 y s, que se decanta por considerar la presencia de una inducción por el injusto añadido, «al margen de que pudiera existir también complicidad psíquica en el hecho total, si con su conducta produjo un refuerzo de la decisión delictiva del autor», op. cit., pág. 474. Solución normativa analítica que en todo caso exige para hacer responsable al inductor por el plus que éste sea «aprehensible de

responsabilidad mediante una inducción al robo en concurso ideal con la complicidad psicológica al hurto<sup>1406</sup>. De igual manera, se establece una distinción entre inducción a la realización de un delito *sui generis* de mayor gravedad o la simple incorporación de una circunstancia agravante. En el primer supuesto habría siempre una inducción mientras que en el segundo no sería posible apreciarla<sup>1407</sup>. La solución normativa sintética, sin embargo, considera que la cuestión reside en precisar si esa alteración en la clasificación jurídica del comportamiento se va a entender como un cambio total en la identidad del plan. Si se defiende que, pese a todo, no hay una variación en la identidad de la resolución, se tendrá que concluir que el inductor habrá incurrido en una complicidad psicológica (o una tentativa de inducción). Si por el contrario se mantiene que la alteración en la clasificación jurídica del comportamiento motiva que haya una resolución distinta habrá, por tanto, una inducción<sup>1408</sup>.

El segundo de los supuestos es aquel en el que el inductor convence al inducido para la realización de un delito de menor gravedad (*Abstiftung*<sup>1409</sup>). Lo importante es comprobar si la modificación que el plan del autor sufre se puede considerar como una variación en la identidad de su resolución o si a pesar de ello se mantiene idéntica. Así, si se sostiene que la modificación del plan en un sentido descendente representa (o puede serlo) un cambio sustancial del proyecto original, como muestra la variación en la relevancia jurídica del comportamiento realizado, entonces el inductor habrá alcanzado con su comportamiento el resultado intermedio porque la resolución del inducido no se mantiene *idéntica*. Si, en cambio, se opta por considerar que en esos casos se mantiene la identidad de la resolución, el inductor habrá incurrido en una tentativa de inducción o en una complicidad psicológica. Para llegar a ésta última solución se recurre al principio *quien puede lo más puede lo*

---

*forma independiente* por algún tipo de la parte especial», Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1109 y s; Schulz, J., "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 935.

<sup>1406</sup> Solución propuesta igualmente dentro de una línea analítica por Baldo Lavilla: «Imaginemos que un sujeto le propone a otro que esta resuelto al apoderamiento de un objeto que emplee medios intimidatorios... De consumir el autor tal delito, respondería el proponente como inductor a coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica respecto al robo. Pero como en este caso el autor no ejecuta el «plus» propuesto aprehensible autónomamente, respondería únicamente por complicidad psíquica respecto al hecho efectivamente ejecutado (!), estructuralmente en concurso con la tentativa de inducción respecto al complemento en caso de que sea punible», Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", nota 88, pág. 1111 (subrayado original). En todo caso la solución que Baldo Lavilla propone para estos casos no se reduce a está afirmación, vid. op. cit., pág. 1112 y s.

<sup>1407</sup> Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 24.

<sup>1408</sup> Esta es la solución propuesta por los defensores de un concepto de identidad normativo sintético, vid. Schulz, J., "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 936; Schmidhäuser, E., *AT*, 14/113; Roxin, C., *LK11*, 26/39; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 30/34; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 561; Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 113.

<sup>1409</sup> Terminos (um-, auf-, ab-, stiftung) tomados de Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 23 y s. Utiliza la misma terminología Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 112 y s.

*menos*. Este principio permite confirmar que el inducido sigue siendo un *omnimodo facturus* en relación con los delitos de menor gravedad<sup>1410</sup>, de modo que el inductor sería castigado por la vía de la tentativa de inducción o por la complicidad psicológica<sup>1411</sup>.

No obstante, no creo que en estos casos lo relevante sea precisar que una persona resuelta para un delito pudiera abarcar con su dolo otro menor. Aparte de que no vea claro que el que quiera lesionar un bien del modo más grave quiera necesariamente hacerlo del modo menos grave, el alcance del dolo sólo se tendrá que tener en cuenta en aquellas situaciones en las que haya una incongruencia cualitativa por defecto entre el dolo del inductor y lo efectuado por el inducido. Ahora, En estos supuestos, sin embargo, lo relevante no es llegar a saber si el dolo del inductor abarca lo realizado por el inducido, sino comprobar si la variación en el plan (modo de lesión), que genera una variación en la calificación jurídica de la futura acción, se puede considerar como una alteración de la identidad de la resolución. Si la respuesta es afirmativa no habrá un *omnimodo facturus* para el supuesto concreto. Por ejemplo, si A quiere hurtar a B y C le convence para que le quite el pretendido objeto *con uso de la fuerza* hay una modificación en los elementos que causa un cambio en la valoración jurídica del hecho y, como conduce a otro injusto diferente, provoca que la resolución resultante no sea idéntica a la principal. Por ese motivo se afirma que hay una inducción. ¿Por qué en el supuesto contrario (B quiere cometer un robo), cuando C convence a B de que sería más fácil sustraer el objeto a A, que es un tipo fuerte y violento, en el momento en que abandona durante breves momentos su lugar de trabajo, aumentando así las posibilidades de obtención del resultado buscado, se considera que la resolución se mantiene idéntica?

(b.2) En lo que respecta a los supuestos en los que se completa el plan delictivo si ello representa una simple precisión de ciertos detalles, entonces, la inducción será imposible y se tendrá que acudir a la tentativa de inducción o a la complicidad. Sin embargo, esa concreción pudiera ser de tal importancia que fuera posible considerar que hay un cambio en la identidad de la resolución. Supuesto que se resolverá de la manera prevista para los cambios fenomenológicos. Así, **López Peregrín** defiende que la introducción de nuevos elementos en el plan será una inducción idónea siempre que concrete la voluntad delictiva existente en los aspectos esenciales del delito, en cambio, será complicidad psíquica cuando «se limite a añadir detalles a la ejecución que sean idóneos para acelerar, asegurar o facilitar la ejecución o intensificar el resultado de un delito cuyos elementos esenciales ya había determinado el autor (u otra persona)»<sup>1412</sup>.

Por último, conviene reparar en que la existencia de una tentativa de inducción inidónea dependerá de la firmeza de la resolución de éste. De modo que, cuando la

<sup>1410</sup> Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 304; Roxin, *LK11*, 26/33; Cramer, *Sch/Sch*, 26/8.

<sup>1411</sup> Última solución propuesta por Kühl, K., *AT2000*, 20/177 y s; Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 112.

<sup>1412</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 471.

inducción reafirme una tendencia existente o consiga superar las últimas dudas se podrá afirmar la existencia de una inducción idónea porque el sujeto todavía no era un *omnimodo facturus*.

**Baldo Lavilla** señala que, en esta situación de superación de reparos y concreción de tendencias, la existencia de una inducción o una complicidad psíquica dependerá de si el autor había tomado «preponderantemente» la resolución de cometer el hecho. Si la respuesta es afirmativa habrá una inducción, si fuera negativa una complicidad psicológica<sup>1413</sup>. Prescindo de esta distinción, que Baldo Lavilla considera necesaria para dejar un espacio a la complicidad psíquica (cosa que podría haber hecho sosteniendo que en estas situaciones nunca hay inducción, siempre son una complicidad psíquica). Me decanto por mantener la existencia de una inducción en estos casos con independencia de la «preponderancia» de la resolución porque opino que no es posible precisar con un grado de certeza, acorde con la exigencia del principio de seguridad jurídica, cuándo el individuo está *preponderantemente* resuelto. Por lo tanto, el debate debe centrarse en fijar si, en todos estos supuestos, hay una inducción o una complicidad psicológica. Creo que en aquellos casos de *dudas o tendencias al delito* no hay una resolución definitiva y, por tanto, el sujeto puede ser todavía objeto de inducción. No obstante, quizá la solución político-criminalmente más correcta habría sido optar por la complicidad psicológica en virtud del principio *in dubio pro reo*, pues por la vía de la complicidad se obtiene una solución que, en la cuantía de la pena, es mucho más beneficiosa para el que incita.

(2) Las figuras incluidas en el grupo primero, con resultado intermedio (resultado de participación), son formas consumadas de preparación ya que el objeto perseguido ha sido integrado dentro del plan delictivo.

*De un modo que resulte más fácil de comprender se podría sostener que las tentativas acabadas de participación, las que alcanzan su resultado intermedio, serían una preparación consumada, mientras que las tentativas inacabadas, el resto, son formas imperfectas de la preparación<sup>1414</sup>.*

Si se parte del hecho de que la consumación del resultado segundo da entrada a la teoría de la participación (al cumplirse los requisitos de la accesoriedad) sólo voy a considerar como formas consumadas de la preparación aquéllas que no van acompañadas de este resultado, por un problema de accesoriedad cualitativa, cuantitativa o de falta de conexión causal. Ahora bien, como ya he dicho, esta restricción del ámbito de la preparación, que asume las formas imperfectas de realización de la participación pero no la participación consumada en sí misma, es la única manera de compatibilizar la presencia de la preparación con un sistema diferenciador.

(a) La *inducción sin resultado (Erfolglose Anstiftung)* parece que sólo engloba aquellos supuestos en los que se ha creado una resolución delictiva, pero no ha

<sup>1413</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1106.

<sup>1414</sup> Distinción entre tentativa acabada e inacabada de inducción que ya utiliza en 1903, aunque de un modo un poco confuso, Haeger, W., *Die Stellung des § 49a im system des Reichsstrafgesetzbuchs*, pág. 337 y s.

comenzado la ejecución por parte del autor principal<sup>1415</sup>. A convence a B para matar a C. B todavía no ha iniciado la ejecución del delito.

Ahora bien, aunque la frontera entre la inducción consumada y la sin resultado parece que se encuentra en el inicio de la tentativa por parte del autor principal<sup>1416</sup>, ésta última también incorpora las situaciones en las que se ha iniciado la ejecución pero la conducta resultante no es típica y antijurídica<sup>1417</sup>, o no existe una conexión causal entre la resolución creada y la conducta que ha sido ejecutada. En este último caso estoy hablando de la *inducción sin efecto o ineficaz (unwirksame Anstiftung)*. Es un supuesto de inducción sin resultado en el cual un inductor crea la resolución delictiva en un sujeto que con posterioridad (I) abandona esa idea y toma otra resolución<sup>1418</sup>, que puede ser delictiva o no, o (II) retoma el plan trascurrido un periodo de tiempo sin que el inductor conozca la intención que posee el inducido de continuar con el plan<sup>1419</sup>. A convence a B para que robe un banco. B acepta la propuesta y realiza todas las actividades preparatorias necesarias. Un día antes del asalto B recibe una herencia y desiste en la continuación del delito. Sin embargo, un año después B, sin ponerse en contacto con A, comete el robo tal y como tenían planeado<sup>1420</sup>.

Faltaría igualmente esta conexión entre el resultado primero y segundo de la inducción en los casos de excesos por parte del inducido<sup>1421</sup>.

### **Excursus: la incongruencia entre el dolo del inductor y la conducta realizada por el autor principal.**

La primera cuestión que se debe tratar al abordar esta problemática es la constatación de que se recurre a términos confusos en el estudio de este grupo de casos,

<sup>1415</sup> Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 13; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547; vid. Roxin, C., *LK11* 30/12; Gropp, *AT2*, 9/101; Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 2 y s; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 235; Noll/Trechsel, *AT3*, pág. 177.

<sup>1416</sup> «Es decir, la totalidad de las conductas preparatorias del autor pertenecen, desde la perspectiva del inductor, al ámbito de la inducción *sin resultado*», Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 37 (cursiva original).

<sup>1417</sup> Puede ser que no haya comenzado la ejecución o que cumpliendo este requisito el autor realice el tipo de forma, por ejemplo, no dolosa. Este último supuesto es definido por Roxin como *inducción defectuosa (die unvollkommene Anstiftung)* y punible por la vía del § 30.1 StGB, siempre que el inductor desconozca el error que se produce en el destinatario de la inducción, Roxin, C., *LK11*, 30/12, 22.

<sup>1418</sup> Kretzschmar, *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 2 y s; Roxin, C., *LK11*, 30/12; Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 36 y s, que cataloga este supuesto como un caso de *inducción sin resultado* y no lo integra dentro de la *inducción sin efecto*.

<sup>1419</sup> Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 34 y s.

<sup>1420</sup> Tomado de un ejemplo de Letzgus, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 34.

<sup>1421</sup> Excesos cualitativos que Roxin considera expresamente como una forma de tentativa de inducción,

circunstancia que dificulta la fijación de una solución general. Es incorrecto mantener que el exceso del autor en relación con el dolo del inductor pueda ser cuantitativo o cualitativo<sup>1422</sup>. El error de este planteamiento reside en el uso del término *exceso*. La falta de conexión entre el dolo del autor y del partícipe no sólo se produce en aquellos casos en los que el injusto de la conducta realizada por el autor principal *excede* al imaginado por el partícipe, también tiene lugar cuando el injusto representado por el partícipe es mayor que el que se ha llevado a cabo, o *distinto* al realizado<sup>1423</sup>. Por consiguiente, en vez de recurrir al término *exceso* utilizaré *incongruencia*<sup>1424</sup>, la cual puede ser cualitativa y cuantitativa, y ésta última a su vez por exceso o por defecto. No obstante, antes de analizar cada uno de los elementos de esta clasificación, creo que es necesario plantear cuál va a ser el criterio que propongo para solucionar todos los casos de incongruencia en la participación (y no sólo en el ámbito de la inducción, también se puede trasladar a la complicidad).

Las cosas así, en todas las situaciones en las que se constata una incongruencia entre el dolo del partícipe y lo realmente efectuado por el autor principal se depurará la responsabilidad del cómplice o del inductor en función de **la medida del dolo del partícipe realizado por el autor principal**<sup>1425</sup>. Es decir, creo que la solución está en el ámbito del tipo subjetivo: hay que limitarse a comprobar si la conducta típica y antijurídica efectuada por el autor ha sido abarcada por el dolo del inductor. Ahora bien, la mera formulación de este principio no deja de ser una afirmación

---

Roxin, C., *LK11*, 30/12; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1116.

<sup>1422</sup> Como propone Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 18-30; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 382, 387.

<sup>1423</sup> Montenbruck distingue estos tres supuestos de desviaciones, "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat", pág. 326. Para evitar esta crítica Olmedo distingue entre exceso cuantitativo/cualitativo y defecto cuantitativo/cualitativo, Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 757 y s, 776 y s; vid. López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 435.

<sup>1424</sup> De modo parecido en la doctrina alemana se recurre al término «Abweichung» (desviación, divergencia).

<sup>1425</sup> Próximo, Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 121; Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik", pág. 347 y s., 350 y s. Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 512 y s, 523; Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, pág. 859 y s; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 382, 384; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 434; Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 759 y s; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 632. Weßlau sostiene, para resolver los supuestos de *excesos*, tener en cuenta el contenido de la «propuesta de conducta» realizada por el inductor. Si el autor se desvía de lo determinado por el inductor en esta *propuesta* (donde, por ejemplo, existe una clara individualización del objeto) no se puede afirmar que el peligro creado por la *propuesta* del inductor se realice en la acción practicada por el autor principal, Weßlau, E., "Der Exzeß des Angestifteten", pág. 130 y s. Propone una solución enmarcada en el tipo objetivo mediante la teoría de la imputación objetiva, Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 845-58, especialmente pág. 850-57.



vacía de contenido si no se concreta la relación que existe entre el dolo del partícipe y la conducta practicada por el autor principal. Para ello habrá que considerar tres factores. Primero, la intención del partícipe y el grado de determinación de su dolo presente en el caso concreto (o sea el número de elementos típicos ya fijados en la incitación). Segundo, el alcance de dicho dolo, es decir, si, en función del grado de previsibilidad de la desviación acaecida, ésta es abarcada doloso eventualmente por el inductor. Tercero, la voluntariedad en la incongruencia por parte del inducido, o sea, que relevancia tiene que esa desviación sea consecuencia de un error o haya sido buscada dolosamente por el autor principal.

### **a) La importancia del grado de determinación del dolo del partícipe.**

#### **a.1. EL INDUCTOR HA CONCRETADO EN SU DOLO EL ELEMENTO SOBRE EL CUAL EXISTE UNA INCONGRUENCIA.**

En aquellos supuestos en los que el dolo del inductor está determinado en lo referente al elemento sobre el cual existe una incongruencia, se tiene que negar la posibilidad imputar el resultado doloso producido al incitador<sup>1426</sup>. Ahora bien, ello no implica necesariamente una irresponsabilidad automática del inductor sino la necesidad de precisar con qué fase del iter criminis y con relación a qué tipo penal se puede identificar lo practicado con el dolo del partícipe<sup>1427</sup>. Así, en la mayoría de los supuestos de incongruencia cualitativa porque el inducido afectó a un bien jurídico distinto del previsto por el inductor no se podrá afirmar la presencia de un inicio de ejecución de aquello que se representó el inductor, de forma que éste sólo sería punible por una tentativa de inducción. Sin embargo, cuando hay un error en el objeto o persona, o una aberratio ictus relevantes para el inductor, sí se puede apreciar un inicio de ejecución de la actividad principal (representada por el inductor) por parte del autor<sup>1428</sup> que satisfaría el requisito objetivo de la accesoriedad y haría posible la punición del inductor por inducción a la tentativa<sup>1429</sup>.

<sup>1426</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 497.

<sup>1427</sup> Es decir, determinar si hay una tentativa de inducción o una inducción a la tentativa, Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik", pág. 348 y s.

<sup>1428</sup> Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 124.

<sup>1429</sup> Así, Letzguß reconoce que en los supuestos de error in objeto se puede apreciar según el caso un tentativa de inducción o una inducción a la tentativa, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 59 y s. Las posturas críticas con este planteamiento consideran que en estos casos nunca hay una inducción a la tentativa porque un inicio de ejecución en un objeto distinto nunca representa un inicio de ejecución en el objeto representado. No admiten la presencia de un inicio de la ejecución cuando hay una confusión en el objeto, Rudolphi, *SK*, 16/30; Wessels/Beulke, *A798*, 13/578; Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik", pág. 349-351; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 527.

En definitiva, los supuestos de incongruencias vienen determinados por el «...*grado de «correspondencia» que tanto «objetiva» como «subjetivamente» debe existir entre la representación del inductor y el hecho ejecutado por el autor»*<sup>1430</sup>.

#### a.2. EL INDUCTOR NO HA PRECISADO EL ELEMENTO SOBRE EL QUE RECAE EL SUPUESTO DE INCONGRUENCIA.

Si el inductor no ha determinado el contenido de su inducción no habría dificultad para considerar que la incongruencia o desviación producida es abarcada por su dolo. El problema es que posiblemente tampoco existiría una inducción penalmente relevante porque falta el tipo subjetivo de la misma. «A causa del principio de culpabilidad y también del mandato de determinación constitucionalmente previsto se debe exigir un necesario *grado mínimo* de concreción del dolo del inductor»<sup>1431</sup>. A este planteamiento se oponen otros que admiten cierto grado de indeterminación en la representación del incitador, lo cual autoriza la presencia de una inducción en un mayor número de casos<sup>1432</sup>.

La reducción de los requisitos del principio de determinación puede consistir<sup>1433</sup>, bien en una simple limitación de lo que tenga que ser concretado en el dolo del inductor. De este modo, se excluyen ciertos elementos como puedan ser el tiempo, lugar y modo de realización (según el caso concreto)<sup>1434</sup>. Bien en la exigencia de un dolo genérico del inductor en relación con un tipo básico extralegal<sup>1435</sup>. Bien en la simple exigencia de la creación de un riesgo relevante de realización de la conducta típica, independiente del grado de determinación del dolo<sup>1436</sup>.

<sup>1430</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1096 (cursiva original).

<sup>1431</sup> Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 100. Requiere que el dolo del inductor se halle determinado en su relación con un hecho delictivo, así como en los elementos esenciales de la actividad delictiva, Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 51. Grado mínimo que para Roxin se encuentra en la determinación de las *dimensiones esenciales del injusto*, lo cual exige la fijación de la dimensión del daño (un marco o 10.000 marcos p.e.) y el tipo, el modo y clase del ataque (arrebatar un monedero o robar un banco), Roxin, C., "Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters", pág. 908 y s (ejemplos tomadas del mismo autor).

<sup>1432</sup> Así, cuando este mandato de determinación es menor, como en el supuesto de la provocación, «sólo en casos extremos» será posible admitir la presencia de una desviación o incongruencia, Zielinski, D., *AK*, 111/14.

<sup>1433</sup> Al respecto vid. (con referencia bibliográficas) los comentarios de Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 89-105; Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 401 y s.

<sup>1434</sup> Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 402; Roxin, C., "Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters", pág. 908 y s, que se refiere al lugar, tiempo y objeto del hecho, pero no al modo de realización.

<sup>1435</sup> Vid. tercera parte, nota 279.

<sup>1436</sup> Herzberg, R., "Anstiftung zur unbestimmten Haupttat", pág. 620 y s (a no ser que la relevancia del riesgo dependa de un grado de concreción suficiente, como propone Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 403.

En lo que respecta a la complicidad no se puede olvidar que el grado de determinación exigido es menor que el previsto para la inducción. Conque puede ser suficiente que el cómplice acepte que lo aportado puede conducir a la comisión de un delito *concreto* del Código penal, aunque no tenga conocimiento de los datos de realización del mismo<sup>1437</sup>.

Ahora bien, ello no significa cargar la inducción con un mandato de determinación tal que de hecho fuera imposible perseguir numerosas formas de incitación que dejan ciertos aspectos abiertos. El inductor no puede tener una representación del hecho concretada en todos sus detalles<sup>1438</sup>. De manera que, aunque se requiera un determinado grado de concreción a la conducta incitadora del incitador este mandato debe tener, así mismo, cierta holgura. Por tanto, aunque sea necesario que el comportamiento representado esté determinado de tal modo que se pueda subsumir en un tipo (o en varios) admite la presencia de ciertos elementos abiertos, en los que el inductor concede cierta libertad al autor para su concreción (y acepte las consecuencias de esta discreción), de modo que se amplíe el elenco de variaciones fenomenológicas y/o normativas abarcadas por el dolo del inductor.

Así, **Ingelfinger** acepta la relajación del mandato de determinación cuando los tipos incluidos en el marco de representación del inductor (a) presentan una relación de proximidad en la ejecución del hecho<sup>1439</sup>, o cuando (b) se puede sostener que las

<sup>1437</sup> El grado de determinación que se exige para la complicidad es menor que el previsto para la inducción. Así, puede bastar que el cómplice acepte que lo aportado puede conducir a la comisión de un delito *concreto* del código penal, aunque no tenga conocimiento de los datos de realización del mismo, Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 599; Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 403; Büscher, P., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes", pág. 384; próximo Kindhäuser, U., "Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes", pág. 274 y s; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 565. Vid. al respecto Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 66-68. Sin embargo, ello no implica un menor grado de exigencia al dolo del cómplice en comparación con el inductor, Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 599. Lo que sucede es que entre ambas figuras existe una diferencia en su tipo objetivo (Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 599 y s), de modo que crear la resolución delictiva requiere una conducta que sea capaz de ello, lo que requiere un cierto grado de determinación en la incitación realizada. En contra, exigen conocer las características esenciales del hecho delictivo, Eber, U., *AT3*, pág. 215. Sostiene que hay que reclamar el mismo grado de determinación a la autoría y a la participación (en conjunto), Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 265 y s.

<sup>1438</sup> Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 101; Roxin, C., "Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters", pág. 908 y s; Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 166 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 740; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 428. En este sentido, como ya he indicado, la cuestión reside en establecer que elementos son esenciales y cuáles pueden quedar abiertos a criterio del autor principal.

<sup>1439</sup> Sin embargo, sólo admite supuestos casi coincidentes en la gravedad y clase de su injusto (así que los casos de *Wahlfestellung* quedaría excluidos). Dentro del ámbito alemán admitiría esta relajación cuando la alternativa reside entre Raub o räuberische Erpressung, pero no entre Diebstahl y Hehlerei. Todo en Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 101-105.

posibles formas u objetos del ataque pertenecen a un mismo grupo de casos (por ejemplo la precisión en el ámbito alemán sobre si el allanamiento de morada [Hausfriedensbruch] contenida en la incitación se refiere a una casa [Wohnung] o a un comercio [Geschäftsräume])<sup>1440</sup>.

Sin embargo, esta apreciación sigue sin resolver los problemas que se plantean en las formas cotidianas de incitación. ¿Hay inducción cuando se incita a obtener una determinada cantidad de dinero de X pero no se indica cómo? ¿Hay inducción al robo con violencia cuando A incita a B para que robe un banco cueste lo que cueste? Realmente creo que es muy difícil fijar a priori cuáles son los elementos típicos esenciales que deban estar concretados siempre. Pero la dificultad no reside en la imposibilidad de establecer un listado de elementos que tengan que aparecer en la incitación, sino que semejante filigrana de dogmática en rara ocasión podrá ser conocida por el destinatario de la norma. De este modo, la inclusión en el tipo de inducción será cuestión de azar y no tendrá en cuenta que en muchas ocasiones la situación concreta (contexto de la conversación, personalidad de las partes, conocimiento de la personalidad y las condiciones socio-económicas del inducido por el incitador...) no sólo determina la capacidad de motivación suficiente de la incitación, también condicionará el mayor o menor número de elementos que el inductor se vea obligado a recoger en su incitación.

Realmente aunque defienda la posibilidad de limitar el alcance de la inducción también en su tipo subjetivo (sin exigir una concreción de todos los detalles) creo que en la práctica lo esencial va a ser simplemente constatar que el incitador *quiera* crear una resolución *delictiva*, que *quiera* que se consume un delito reconocible como tal, y que su conducta posea una *capacidad de motivación* suficiente. La suficiencia y seriedad de la inducción punible exige un grado de determinación de la inducción pero no en todos sus elementos típicos. Es decir, la concreción de uno de ellos quizá pudiera permitir reconocer la presencia de una inducción *seria y suficiente*.

En consecuencia, habrá situaciones de presuntas incongruencias entre el dolo del inductor y la conducta del autor que en realidad no lo son. Primero, porque quizá no haya inducción al no satisfacerse de modo suficiente el grado de determinación exigido. Segundo, porque si a pesar de ello se admite la presencia de una inducción, no habrá contradicción entre lo deseado por el inductor y lo realizado por el inducido ya que el inductor dejó la determinación de ese aspecto al arbitrio del autor principal<sup>1441</sup>. En suma, no hay incongruencia cuando el inducido actuó dentro del

<sup>1440</sup> Ingelfinger, R., *Anstiftungsvoratz und Tatbestimmtheit*, pág. Pág. 102 y s. Pertenecen a un mismo grupo de casos cuando «...el Legislador sin infracción del principio de determinación habría podido crear un tipo uniforme, el cual abarcará el grupo de casos referidos a los tipos en cuestión», op. cit., pág. 105.

<sup>1441</sup> Por ejemplo cuando se encarga a un sicario que mate a una persona concreta cuándo el quiera y del modo que desee (ejemplo tomado de Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 402). Próximo Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 387; Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal

marco señalado por el inductor<sup>1442</sup>. Cuanto mayor sea ese margen de discrecionalidad menor serán los supuestos de incongruencias apreciables.

### **b) El alcance del dolo del inductor.**

En segundo lugar se debe estudiar cuál sea el alcance del dolo del inductor. Las cosas así, tampoco habrá una incongruencia cuando se pueda aceptar la presencia de un dolo eventual del inductor en relación con la desviación producida<sup>1443</sup>, ya que se considera que éste se plantea la probabilidad de ciertas variaciones previsibles en el transcurso de los hechos. Esto es, no hay incongruencia cuando el inductor, a tenor de las circunstancias concretas, el conocimiento de la personalidad del autor principal, etc.<sup>1444</sup>, se planteó la desviación producida como probable<sup>1445</sup>, es decir, incluida dentro de la normal evolución del curso causal de la actividad criminal planeada.

Así, **Toepel** sostiene el carácter irrelevante del error en persona del autor principal para el hombre de atrás cuando la variación es por lo menos abarcada doloso eventualmente<sup>1446</sup>. **Geppert** defiende que al inductor se le puede imputar el cambio en el objeto previsto por la aberratio ictus del autor principal cuando no hay una variación en la valoración típica de la conducta, ya que el incitador *sabía* que en caso de error en la ejecución del hecho por el autor principal su conducta afectaría a un objeto que posee una misma valoración típica<sup>1447</sup>. **Gómez Benítez** considera que el dolo eventual

---

del inductor”, pág. 854 y s. De igual forma Maurach considera, para la conspiración, que cuanto mayor grado de generalidad posea el acuerdo conspiratorio más fácil será establecer la identidad del hecho realizado con el plan establecido, Maurach, R., “Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)”, pág. 144.

<sup>1442</sup> Roxin, AT, 26/109; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 747, que considera que entrarían dentro de ese marco y por tanto sería desviaciones no esenciales las que no provocan una variación del tipo penal aplicable o en los motivos de actuación que pasan a ser distinto a los aportados por el inductor.

<sup>1443</sup> Así Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 500 y s; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 527; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 434 y s. En contra Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 860 y s.

<sup>1444</sup> Sobre los elementos que hay que tener en cuenta para práctica el juicio de previsibilidad vid. Blanco Cordero, I., “El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor”, pág. 853.

<sup>1445</sup> Y en ese sentido hay que insistir en que el juicio de previsibilidad se ha de practicar desde la posición del inductor, Blanco Cordero, I., “El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor”, pág. 854.

Sobre este criterio y su aplicación a los supuestos de *aberratio ictus* por parte del autor principal, vid. Janiszewski, U., “Zur Problematik der *aberratio ictus*”, pág. 534 y s; Geppert, K., “Zum «error in persona vel obieto» und zur «aberratio ictus»...”, pág. 164 y s. Este autor mantiene una postura crítica por la inseguridad del criterio a la hora de determinar cuando ese curso causal era previsible según la experiencia general, op. cit., pág. 165.

<sup>1446</sup> Toepel, F., “Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik”, pág. 350.

<sup>1447</sup> Geppert, K., “Zum «error in persona vel obieto» und zur «aberratio ictus»...”, pág. 166, 168.

es suficiente para negar la existencia de una incongruencia, pero exige al mismo tiempo una aceptación del inductor<sup>1448</sup>. **Olmedo Cardenete**<sup>1449</sup> mantiene que los hechos delictivos que ex ante se puedan considerar necesarios para la comisión de un delito son abarcados por el inductor, que «responderá de lo realizado por la existencia de un dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias»<sup>1450</sup>. Desde la teoría de la imputación objetiva **Blanco Cordero** plantea que «en cualquier caso, si se concluye que el cambio de víctima era previsible, la muerte de la víctima incorrecta sería objetivamente imputable al inductor, por lo que respondería como inductor a un homicidio (o asesinato) doloso consumado»<sup>1451</sup>.

Si A induce a B a matar con una pistola a X en una fiesta, A se plantea como probable que acontezca la muerte de cualquiera de los otros presentes por una aberratio ictus, lo cual no es probable cuando induce a matarlo en una calle desierta<sup>1452</sup>. En sentido contrario, una desviación del curso causal previsto puede «...ser tan rara que ya impida la imputación objetiva del resultado concreto»<sup>1453</sup>.

En suma, de la combinación de lo expuesto hasta ahora resulta que ya sea por una falta de concreción del dolo o por la presencia de un dolo eventual que abarca la desviación producida existirá una inducción consumada en relación con el delito cometido por el autor principal<sup>1454</sup>.

### **c) La relevancia de la voluntariedad en la incongruencia por parte del inducido.**

Una vez que se ha planteado el papel que desempeña el grado de determinación y el alcance del dolo del partícipe es el momento en el que se debe tener en cuenta

<sup>1448</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 527;

<sup>1449</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 767 y ss.

<sup>1450</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 770 y s.

<sup>1451</sup> Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 852.

<sup>1452</sup> En un sentido parecido, pero por la teoría mixta del dolo eventual, el BGH alemán unifica los dos puntos que aquí he tratado (concreción y alcance del dolo) cuando sostiene que no hay una falta de concreción en el delito de la conspiración cuando el conspirador se plantea varias posibilidades de lesión del bien jurídico y las acepta, decisión del BGH, 3.12.96 – 1 StR 677/96, vid. en StV, 1997, pág. 243 y s.

<sup>1453</sup> Kuhlen, L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, pág. 493 (aunque respecto a la posibilidad de imputar el hecho al autor).

<sup>1454</sup> Próxima Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 496, 500: «Prioritario será determinar, por tanto, si, por el contenido de la incitación, la identidad del objetivo tenía un papel delimitador del dolo del inductor, de tal modo que, aunque la producción del resultado en otro distinto al que se refirió expresamente la incitación también pudiera contemplarse como realización del riesgo en ella contenido, sólo le sería imputable subjetivamente al inductor cuando quedase comprendida por su dolo, o si, por el contrario, su identidad, ni era en modo alguno relevante para la puesta en práctica de la peligrosidad de la incitación, ni consiguiente, formaba parte del contenido del dolo del inductor que, respecto al objeto, se acotaba simplemente por la referencia al género de los comprendidos en el tipo», op. cit., pág. 496.



qué importancia tiene la voluntariedad del autor en la incongruencia producida. El tratamiento de estos problemas obliga a reparar en que puede haber una desviación del resultado que se representó el inductor ora cuando el autor principal haya sufrido un error (del tipo que fuera), ora porque de manera dolosa se hubiera desviado de lo previsto en la incitación del inductor. A diferencia de otros autores<sup>1455</sup> considero que no es correcto resolver el complejo problema de las incongruencias cualitativas o cuantitativas según este esquema. Ahora bien, esto no quiere decir, que no vaya a tener en cuenta la variable voluntariedad del autor principal, sino que tal circunstancia no tiene porque generar un grupo de casos independiente. Esta cuestión se tiene que tratar con motivo del grado de determinación exigido al inductor, y del alcance de su dolo. Ello implica, por tanto, que en principio no se pueden resolver estos supuestos de forma aislada en función de la voluntariedad del autor principal en la generación de la incongruencia con el dolo del inductor y así concluir que toda desviación subjetiva dolosa del autor no será imputable al partícipe<sup>1456</sup>. Esto es, lo relevante no será comprobar si el autor dolosamente se desvió (cuantitativa o cualitativamente) de la resolución generada por el inductor<sup>1457</sup> sino fijar qué parte de la conducta practicada se puede imputar al dolo del inductor y determinar si se le puede atribuir alguna responsabilidad penal por ello<sup>1458</sup>.

De ahí que, si el inductor dejó ciertos elementos del hecho al arbitrio del inducido (I) sea lógico que la conducta dolosa de éste le sea imputable sin ningún problema. Ahora bien, cuando el hecho está determinado y el autor se desvía dolosamente (II) se podría mantener que el inductor no se ha planteado como probable esa variación dolosa del inducido. Por consiguiente, no le sería imputable su modificación

<sup>1455</sup> Althein practica una clasificación de los excesos en función del conocimiento de la discrepancia con el dolo del inductor por parte del inducido. Así existiría una desviación desconocida (*unbewußte Abweichung*), que incluiría todos los casos de error, y una desviación conocida (*bewußte Abweichung*), que recogería todos los supuestos en los que el autor sabe que se está separando de lo acordado con el inductor, Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 139- 154 (especialmente pág. 139, 142). De igual forma plantea esta problemática (pero dentro de los términos más usuales, error del autor y exceso del autor), Weßlau, E., "Der Exzeß des Angestiften", pág. 115-17. En España, Gómez Rivero clasifica los supuestos de desviación entre el resultado y el dolo del inductor en «variaciones conscientes por el inducido» y «desviaciones no queridas por el autor» en donde recoge los supuestos de error in persona y *aberratio ictus* por parte del inducido, Gómez Rivero, *La inducción a cometer el delito*, pág. 472.

<sup>1456</sup> Mientras que la que tiene su origen en un error sería irrelevante para el inductor, que responderá por el delito doloso consumado.

<sup>1457</sup> Como señala Weßlau, que en los supuestos de desviación cualitativa o cuantitativa dolosa niega la posibilidad de vincular la acción del autor con la «propuesta de conducta» del inductor, Weßlau, E., "Der Exzeß des Angestiften", pág. 131.

<sup>1458</sup> Toepel defiende que no habrá necesariamente un exceso del inducido en los supuestos de desviación dolosa del autor (salvo en la coautoría que siempre registrará un exceso en estos casos), Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik", pág. 345 y s.

y respondería en función de la medida de su dolo realmente realizado por el autor principal. No obstante, dentro de la lógica anteriormente esgrimida, pudiera ser que a tenor de las circunstancias personales del autor fuera probable esta modificación dolosa. A, con conocimiento de que B había sido condenado en varias ocasiones por agresión sexual, induce a B para que vaya a su casa y le dé una paliza a X (esposa de A), finalmente B le da una paliza a X y después la viola. Por tanto, cuando exista una alta probabilidad, conocida por el inductor, de esa variación dolosa se le debe considerar responsable de una inducción consumada al hecho efectuado por el inducido. O lo que es lo mismo, al inductor sólo le serán imputables aquellas incongruencias cometidas dolosamente por el autor principal que sean abarcadas por la amplitud de su dolo porque por lógica dejan de ser desviaciones cualitativas o cuantitativas, bien porque no viene determinado en esos elementos (si A induce a B para que mate a cualquier persona que se encuentre en el banco da igual que B mate a X o a Z<sup>1459</sup>), bien porque se plantea como probables esas desviaciones dolosas.

En resumen, la combinación de estas tres variables es la que realmente nos van a permitir resolver todas las formas de incongruencia que a continuación voy a enumerar.

#### **d) Formas de incongruencia.**

(1) La **incongruencia cualitativa**<sup>1460</sup> tiene lugar cuando el autor efectúa una conducta que no se identifica con lo representado por el inductor<sup>1461</sup>, porque ora se practica un ataque a un bien jurídico distinto al que la incitación original estaba orientada (así en vez de lesionar el patrimonio se atenta contra la vida de una persona), ora se ataca el mismo bien jurídico pero el modo de comisión es diferente (se lesiona el patrimonio en la cuantía querida pero no mediante un hurto sino a través de un fraude), ora existe una variación en el objeto del ataque (sin modificación del bien jurídico afectado pero con variación de la calificación jurídica del comportamiento, o con una modificación del objeto material del bien jurídico que

<sup>1459</sup> Hillenkamp considera que en estos casos de desviación dolosa del autor principal de lo propuesto por el inductor hay una *aberratio ictus* del inductor, causado no por una desviación imprevista del curso causal, sino del autor que actúa dolosamente, Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 60-66.

<sup>1460</sup> Insisto en que utilizo *incongruencia* en lugar de *exceso* porque la diferencia cualitativa que existe en el injusto del autor y el partícipe por causa de la falta de coincidencia de sus dolos no conduce necesariamente a un injusto de mayor cuantía para el autor.

<sup>1461</sup> Que del Rosal Blasco expresa como realizar «un *hecho diferente* al que había sido incitado por el inductor», Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 382.

no coincide con el expresamente deseado por el autor)<sup>1462</sup>. En consecuencia, dentro de las incongruencias cualitativas podríamos distinguir tres supuestos.

(a) La primera se refiere a las situaciones en que se produce una alteración del hecho hasta que queda totalmente transfigurado (el autor es un «alias facturus et alias fascines»). En estos casos la incongruencia cualitativa por exceso del inducido no es imputable a la incitación del inductor ya que no coincide con la resolución que éste ha creado, es decir, «porque no puede ser considerado (scil. el hecho principal ejecutado) como una ejecución *objetivamente «congruente»* de la resolución que le provocó el inductor»<sup>1463</sup>. El inductor responderá por una tentativa de inducción<sup>1464</sup> o por la fase del iter criminis alcanzada por el delito abarcado por su resolución (inducción a la tentativa o inducción consumada).

A induce a B para que robe a C. B, sin embargo, viola a C. Existe una incongruencia cualitativa que no es imputable al inductor que será castigado por la tentativa de inducción al robo (o inducción si el robo a pesar de todo tuvo lugar)<sup>1465</sup>. A convence a B para que robe a C, sin embargo, B no roba a C sino que lo mata. En este supuesto A es autor de una inducción al robo sin efecto. Si B mata a C pero al mismo tiempo le roba, A respondería por una inducción al robo pero no por la muerte que B causa a C<sup>1466</sup>.

Si se tratara de una incongruencia cualitativa por defecto del inducido, el inductor respondería por la medida de su dolo realizado. Lo cual implica la impunidad del inductor en aquellos casos en los que los tipos protegen distintos bienes jurídicos o tutelando un interés idéntico no se encuentran dentro de una misma escala de injusto. Es decir, el inductor no será responsable por el tipo inferior que el autor ha llevado a cabo y sólo sería posible apreciar una tentativa de inducción, a no ser que el inducido haya comenzado la ejecución e incluso consumado el tipo deseado por

<sup>1462</sup> Vid. Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 24 y s; Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 52.

<sup>1463</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1116; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 758 y s; Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 93 y s.

<sup>1464</sup> Proponen que se castigue al inductor por la vía de la provocación Gómez Rivero, *La inducción a cometer el delito*, pág. 478; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 527; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 384 (salvo que sea una inducción inidónea porque desde un primer momento el autor quisiera desviarse). No creo que la inducción privada quepa in genere dentro del art. 18, ni siquiera del 17, por lo cual debería quedar impune. Igual Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 761.

<sup>1465</sup> Ejemplo y solución en Roxin, C., *LK11*, 30/27.

<sup>1466</sup> Aunque estos supuestos los catalogue como casos de inducción sin resultado, también podrían incluirse dentro de la inducción fracasada, cuando el inducido, por ejemplo, desde el primer momento no quiere robar sino violar a C, Roxin, C., *LK11*, 30/27; Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 52; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 384.

el inductor, en cuyo caso habría una inducción a la tentativa o una inducción consumada<sup>1467</sup>.

A induce a B para que mate a X. B da una paliza a Z (que estaba junto a X) y mata a X: A es autor de una inducción consumada al homicidio pero no responde por la paliza a Z. A induce a B para que viole a X, B entra en el domicilio de X a la que finalmente no viola pero a la que, sin embargo, roba: A es inductor a la tentativa de violación (sólo si se considera que ha comenzado al entrar en el domicilio) e impune por el robo que se ha cometido.

Ahora bien, sería posible imputarlo al inductor cuando esta desviación dolosa le fuera previsible<sup>1468</sup>, como se observa en el ejemplo citado con anterioridad (lesión/violación) o cuando fuera abarcada por el grado de concreción alcanzado por su dolo.

Si A induce a B para que robe a X «cueste lo que cueste», el homicidio finalmente producido será imputable a la incitación de A<sup>1469</sup>.

(b) En el segundo grupo se incluyen las situaciones en las que hay un ataque al mismo bien jurídico previsto por el inductor pero mediante un modo de comisión distinto al inicialmente imaginado (y no existe un tipo básico de referencia)<sup>1470</sup>.

A quiere provocar un perjuicio patrimonial en B por un montante de 300.000 €, con esa intención (I) induce a C para que simplemente provoque esa lesión del bien jurídico, (II) incita a C para que robe a B el cual finalmente realiza una estafa por esa cantidad.

Para solucionar este grupo de problemas se puede:

(b.1) Considerar que no hay una incongruencia cualitativa por parte del autor. Ahora bien, la negación de esta incongruencia cualitativa exige bien (b.1.1) que el inductor, siempre que satisfaga el mandato de determinación, sólo quiera la lesión del bien jurídico y deje en manos del autor el modo de comisión<sup>1471</sup>. En consecuencia, se punirá al inductor por el delito efectivamente realizado por el autor principal, porque se le podrán imputar todos los delitos que abarca el grado de concreción alcanzado por su dolo. Ahora bien, una teoría que exija una estricta determinación

<sup>1467</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 779.

<sup>1468</sup> Próximo Gómez Rivero, *La inducción a cometer el delito*, pág. 475 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 760.

<sup>1469</sup> Ejemplo tomado de Hillenkamp, que sostiene que en estos supuestos la inducción está suficientemente determinada, pues ésta no requiere que se concrete el «cómo, dónde y con qué medio debe alcanzar el autor el fin señalado», Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 51.

<sup>1470</sup> Aunque hay un mismo bien jurídico de referencia los tipos en cuestión son autónomos entre sí en la medida en que no se sitúan dentro de una misma escala de injusto. De este modo, no se puede sostener que un tipo (base) esté incluido en el otro (especial) según un criterio lógico formal.

<sup>1471</sup> Ingelfinger, *Anstiftervorsatz*, pág. 91, 100 y s; Hillekamp, T., *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 54.

del dolo del inductor en relación con el tipo principal, negará la presencia de una inducción en estos casos por faltar en el tipo subjetivo el grado de determinación necesario.

Así cuando la mujer A induce a su marido a que *obtenga objetos*, es tal el número de conductas típicas (y atípicas) realizables que no se considera satisfecho el requisito de la determinación de la incitación<sup>1472</sup>.

(b.1.2) Bien que los tipos penales se encuentren en tal situación de proximidad que sea posible afirmar una punición alternativa del inductor por uno o por otro ya que existe una identidad en el contenido del injusto de ambos modos de lesión del bien jurídico<sup>1473</sup>. Esto es lo que en Alemania se conoce como la vía de la *Wahlfeststellung*<sup>1474</sup> o *determinación alternativa de los hechos*<sup>1475</sup>.

Aunque es cierto que se ha recurrido a un principio de Derecho penal formal, éste no se utiliza para el partícipe de igual forma que la prevista para el autor principal. La figura de la *Wahlfeststellung* se aplica en Alemania cuando no se sabe qué tipo, siendo posibles varios, ha vulnerado realmente el autor con su conducta. Por ejemplo, se tiene la certeza de que un sujeto se halla en posesión de un objeto que ha sido sustraído de forma ilícita a su propietario y no se sabe si ha cometido un hurto o una receptación. En esta situación, en la que se sabe que el autor ha cometido de forma dolosa uno de los dos delitos pero no se sabe cuál se reprende al autor por el delito castigado de forma más leve.

Ahora bien, las conductas típicas en cuestión deben estar en una relación de proximidad<sup>1476</sup>. Así, se exige una semejanza ética y psicológica, una identidad en el núcleo del injusto, igualdad en los bienes jurídicos atacados, semejanza en el contenido del injusto típico. En esa relación se encontrarían el robo y la receptación, el perjurio (*Meineid*) y el falso testimonio (*Falschaussage*)<sup>1477</sup>.

<sup>1472</sup> Ejemplo tomado de Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 92 y s, que a su vez lo toma de Montenbruck, A. "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwicklichten Tat", pág. 339.

<sup>1473</sup> Montenbruck, A. "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwicklichten Tat", pág. 336. Crítico, Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 96-99, que propone en estos casos acudir a la tentativa de inducción prevista en el § 30 StGB.

<sup>1474</sup> Considera que no es solucionable por la vía de la *Wahlfeststellung* Montenbruck, A. "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwicklichten Tat", pág. 338.

<sup>1475</sup> Traducción del término tomada de Gómez Rivero, *La inducción a cometer el delito*, pág. 477.

<sup>1476</sup> Pero no en una relación escalonada o *Stufenverhältnis*, como están p.e. el robo, hurto. Es decir, no puede haber un tipo base de referencia.

<sup>1477</sup> Sobre el principio de elección alternativa en Alemania, vid. Creifelds, *Rechtswörterbuch*, pág. 1538; Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 27; Wolter, J., *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, 1981.

Para el partícipe, sin embargo, el recurso a este principio significa la afirmación de una expansión del alcance de su dolo, de manera que, éste abarca todos los tipos que se hallan en tal situación de proximidad<sup>1478</sup>. Ello implica que el inductor será castigado por el delito finalmente realizado por el autor principal<sup>1479</sup>..

(b.2) Si se defiende, no obstante, que hay una incongruencia cualitativa, entonces, como en el supuesto anterior, no podrá ser imputable al inductor. La conducta de éste será punible en función de la medida de su dolo realizado, que en los supuestos de incongruencia en el modo de comisión conducen a la responsabilidad del inductor por una simple tentativa de inducción.

Otros autores solucionan el problema distinguiendo entre desviación esencial (no imputable) y no esencial de la representación original del inductor (imputable a éste)<sup>1480</sup>. De esta forma, serían desviaciones no esenciales las que afectan al modo de comisión del hecho, siempre que no modifique el carácter del delito, o si esto tiene lugar sea posible sostener la presencia de una relación de proximidad entre los tipos alternativos<sup>1481</sup>. Ahora bien, ¿qué pasa cuando el dolo del inductor viene determinado en su modo de comisión? ¿La variación en el modo de comisión seguirá siendo una desviación no esencial?

(c) Por último, están los supuestos de modificación en el objeto material, que es distinto al previsto por el inductor. Los casos de errores en la persona o en el objeto, así como la *aberratio ictus* permiten negar la presencia de una inducción consumada cuando la variación del objeto o en la persona o el cambio en la valoración jurídica del hecho (que el error provoca) no sea abarcada por el dolo del inductor<sup>1482</sup>.

<sup>1478</sup> La diferencia entre tipos con un injusto esencialmente idéntico no puede beneficiar al inductor, Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 54.

<sup>1479</sup> Crítico con la solución del Wahlfeststellung Peñaranda porque considera que no se puede probar que el dolo del partícipe se extienda hasta alcanzar al tipo objetivo realizado que se encuentra en una relación de parentesco, Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 170 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 756 (porque «supone presumir en el dolo del inductor elementos que no existen»).

No tienen sentido críticas que afirman que esta teoría fracasa cuando el autor no ha realizado finalmente una de las dos conductas principales alternativas pues en esa situación no hay una incongruencia al faltar una acción principal. Si en tal caso no se puede castigar al inductor es por la ausencia de una acción principal, de modo que, sólo queda la vía de la tentativa de inducción.

Otras soluciones proponen punir al inductor por el tipo más leve (solución que recoge Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 100-6 para semejantes supuestos pero en el ámbito de la complicidad) o por el más grave de los posibles.

<sup>1480</sup> Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 52.

<sup>1481</sup> Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 53 y s.

<sup>1482</sup> Sobre la discusión doctrinal al respecto con una descripción de las soluciones existentes vid. Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 823 y ss.



(c.1) El error del autor sería *irrelevante*<sup>1483</sup> para el inductor porque es abarcado por su dolo en aquellas situaciones en

(c.1.1) las que el objeto material pertenece a la misma especie (es decir, es fungible o intercambiable) que él determinado por el inductor<sup>1484</sup>; cuando no se individualiza el objeto «por su concreta identidad, sino en cuanto especie de un género más amplio»<sup>1485</sup>; o cuando existe una aberratio ictus del autor principal, es decir, cuando el inducido dispara a X y mata a Z por culpa de su mala puntería. En los dos primeros supuestos la variación en el objeto es abarcada por el dolo del inductor que prevé la lesión de objetos fungibles, del mismo género o colectivo. En lo relativo al tercer supuesto, lo importante es que el error en el curso causal aparece como probable dentro del trascurso de la actividad delictiva. La desviación no dolosa del autor es irrelevante para el inductor pues semejantes *errores* son imaginables en el desarrollo de la conducta típica por él planeada<sup>1486</sup>, y por tanto, se le castiga en relación con el delito consumado dolosamente<sup>1487</sup>.

<sup>1483</sup> Término que tal como sostiene Peñaranda evita la confusión que contiene *inesencial*, Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 166-68.

<sup>1484</sup> Porque considero que la equivalencia o la identidad en la valoración jurídica de los objetos afectados permite entender incluido el segundo objeto en el dolo de realización del inductor. Con ello estoy aplicando la *teoría de la equivalencia* o Gleichwertigkeit prevista para los supuestos de error en objeto o *aberratio ictus* para el autor a los problemas de incongruencia (Puppe, I., "Zur Revisión der Lehre von «konkreten» Vorstatz», pág. 1-4; Kuhlen, L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, pág. 492 y s). A ésta se le opondría la *teoría de la concreción* que, en una posible trasposición a la figura de la inducción, sostendría que la determinación del objeto del ataque en el dolo del inductor impide considerar abarcada la variación en el objeto por su dolo, aunque éste sea de la misma especie. Gómez Benítez propone para los casos de error en el objeto en los que «salvo si éste es fungible o intercambiable, no supone siquiera un posible «exceso cualitativo» del inducido, sino la realización de otro delito distinto por el inducido, del que no puede responder, en consecuencia, el inductor», Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 526 (cursiva añadida).

Sobre ambas teorías en lo relativo al error del autor vid. Janiszewski, U., "Zur Problematik der aberratio ictus", pág. 533 y s; Kuhlen, L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, pág. 479-94; Geppert, K., "Zum «error in persona vel obieto» und zur «aberratio ictus»...", pág. 163-68; Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 502-12; Silva Sánchez, J.M., "Aberratio ictus e imputación objetiva", ADPCP, 1984, pág. 347 y ss.

<sup>1485</sup> «Por ejemplo, cuando se induce a un recluso para que provoque una situación de tensión en la prisión, proponiéndole para ello, previa entrega de un arma, que dispare mortalmente al funcionario que tiene turno de noche, por ser el momento más adecuado», Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 498 (en relación con el error in persona). Próximo Blanco Cordero, I., "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 854 y s.

<sup>1486</sup> Solución prevista por Montenbruck para los supuestos de «representación general del partícipe» (Allgemeinere Vorstellung des Teilnehmers), Montenbruck, A. "Abweichung der Teilnehmergevorstellung von der verwicklichten Tat", pág. 326. Para Gómez Rivero el error del inducido no impedirá afirmar la imputación objetiva-subjetiva del resultado al inductor cuando el primero lleva a cabo el proceso de identificación de la víctima de conformidad con las instrucciones del inductor, Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 523-25. Igual pero desde un planteamiento exclusivamente objetivo Blanco Cordero, I., "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 851-58.

<sup>1487</sup> «...si el cambio de objeto era previsible al menos con dolo eventual responderá el sujeto como inductor a un hecho doloso consumado...», Silva Sánchez/Baldo Lavilla/Corcoy Bidasolo, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, pág. 444 y s.

(c.1.2) El error sería del mismo modo irrelevante en aquellos supuestos en los que hay una incitación no determinada en su objeto porque realmente no hay incongruencia alguna, pues el resultado es abarcado por el grado de determinación del dolo del inductor. De nuevo insisto en que el problema consiste en precisar si no hay una ausencia de inducción típica por un defecto en el tipo subjetivo.

Cuando el error es irrelevante para el partícipe se le imputará el delito realizado por el autor principal<sup>1488</sup>. Llegados a este punto tengo que detenerme un momento para reflexionar sobre la importancia que tiene la posible relevancia del error para el autor principal. ¿Qué sucede cuando el error en el objeto es relevante para el inducido porque origine, por ejemplo, una valoración jurídica distinta de la conducta practicada no abarcada por su dolo<sup>1489</sup>? Al respecto debo indicar que la coherencia entre el dolo del inductor y del autor principal no depende de la presencia de una valoración jurídica distinta de la conducta del autor principal, lo importante consiste en precisar si el error del autor, con independencia de las consecuencias que tenga para él, se encuentra abarcado por el dolo del inductor. Ahora bien, las consecuencias que el error tenga para el autor ejercerá cierta influencia sobre el inductor, pues, con ello se fijará la conducta típica y antijurídica (si la hay) que satisface las exigencias de la accesoriedad y que establece el marco punitivo de la participación<sup>1490</sup>. En consecuencia, si el autor lleva a cabo una conducta con un error de tipo invencible, entonces, la impunidad del autor implicará igualmente la impunidad del partícipe que sólo podría ser castigado por la vía de la tentativa de inducción cuando su punición venga recogida en el código. Igualmente si se plantea un concurso ideal para el autor, el partícipe sólo podrá serlo para el mayor de los delitos (consumados o imperfectos) abarcados por su dolo.

(c.2) No obstante, el error en la persona o en el objeto será *relevante para el inductor* en aquellos casos en los que objeto material del delito está perfectamente determinado en el dolo del inductor<sup>1491</sup>, o cuando semejante error no era abarcado por el grado de concreción de su dolo.

<sup>1488</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 786.

<sup>1489</sup> Sobre la relevancia que el error en el objeto, o una *aberratio ictus* posea para el autor principal vid. Kuhlen, L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a. M., 1987, pág. 479-517; Janiszewski, U., "Zur Problematik der aberratio ictus", MDR, 1985, pág. 533 y ss; Puppe, I., "Zur Revisión der lehre vom "konkreten" Vorsatz", GA, 1981, pág. 1 y ss; Herzberg, R., "Aberratio ictus und error in objeto", JA, 1981, pág. 369 y ss; 470 y ss; Prittwitz, C., "Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung", GA, 1983, pág. 110 y ss; Silva Sánchez, J.M., "«Aberratio ictus» e imputación objetiva", ADPCP, 1984, pág. 347 y ss.

<sup>1490</sup> De forma parecida Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 126.

<sup>1491</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 497.

A induce a B para que mate a X. B mata finalmente a Z. La posibilidad de imputación de la conducta al inductor exigiría en definitiva probar que el objeto sustituido era abarcado, no obstante, por el dolo de A<sup>1492</sup>.

El inductor responderá en la mayoría de los supuestos de error in persona, en objeto, o aberratio ictus relevantes para el incitador, por el comienzo de ejecución por parte del autor de la actividad principal representada por el partícipe. O sea, por una inducción a la tentativa<sup>1493</sup>.

En resumen, lo importante no será comprobar si ha habido un cambio en la valoración jurídica del hecho, sino concretar si la desviación por error del autor, con independencia de las consecuencias que tenga para él, podía ser incluida dentro del grado de determinación del dolo del inductor o si, en todo caso, era alcanzado, doloso eventualmente, por éste. Las cosas así, el error será relevante para el inductor según la medida de su dolo: si el dolo no está determinado de forma que el incitador aceptaba diversos modos de comisión y ataques a todos (o varios) los objetos materiales posibles, el error del autor será irrelevante para el inductor. Si el dolo del inductor, en cambio, estaba determinado en su objeto «...el inductor responderá por lo que tanto él como el inducido pretendieron, y no por lo que, en realidad, aconteció por error del autor»<sup>1494</sup>, salvo que el error pudiera considerarse asumido por el dolo del inductor<sup>1495</sup> porque era admisible dentro del proceso de normal desarrollo de la actividad delictiva planeada (es decir, cuando el error sea abarcado doloso eventualmente por el incitador).

A induce a B para matar a X y B mata por error al Rey de España, si la responsabilidad del autor principal se resuelve por un concurso entre tentativa dolosa y homicidio imprudente mientras que al inductor (considerando que el error es relevante para el inductor) se le imputaría una inducción a la tentativa dolosa de homicidio, porque es aquello que ha sido efectuado realmente abarcado por su dolo, que no prevé que derive en la muerte del jefe del Estado español.

En aquella situación en la cual el autor se confunde en varios objetos<sup>1496</sup>, el inductor sólo responderá por la medida de su dolo realizado<sup>1497</sup>, esto es, por la totalidad de

<sup>1492</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 497.

<sup>1493</sup> Samson, SK90, 26/40. No obstante, en estos casos Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 526 y s, considera que hay una tentativa de inducción punible por la vía de la provocación.

<sup>1494</sup> Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 139 y s.

<sup>1495</sup> Próximo Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 124.

<sup>1496</sup> A induce a B para que mate a X. B erróneamente mata a Y, tras darse cuenta de su equivocación lo intenta de nuevo produciendo ahora la muerte de Z, finalmente en un nuevo intento mata a X. Ejemplo tomado de Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 125.

<sup>1497</sup> Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 125; Roxin, C., "Rose-Rosahl redivivus", pág. 300. Próximo Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 786.

lo practicado (si estaba abarcado por su dolo<sup>1498</sup>), por una inducción a la tentativa a uno de ellos<sup>1499</sup> (si el error fuera relevante para el incitador) o por una inducción consumada, si existe, en virtud del principio de accesoriedad, junto a las conductas erróneas un comportamiento que satisfaga el contenido de lo planeado<sup>1500</sup>.

Otros autores consideran que los supuestos de error in persona del autor deben ser resueltos como una aberratio ictus del inductor ya que éste último no sufre un error en la identidad de la víctima, sino que hay una modificación en el curso causal previsto que no es abarcado por su dolo<sup>1501</sup>. La responsabilidad del partícipe se depura de dos modos.

1. A través de un concurso ideal entre tentativa dolosa de inducción y autoría imprudente<sup>1502</sup>. Ahora bien, este es el concurso que se plantearía en el marco alemán donde se defiende un concepto unitario de autor en la imprudencia<sup>1503</sup>. En cambio, no se puede trasladar sin más esta solución al ámbito jurídico penal español donde no rige la solución unitaria para los delitos imprudentes y, además, generaría graves contradicciones dentro del sistema<sup>1504</sup>. En España se tendría que construir entre tentativa dolosa de inducción e inducción imprudente<sup>1505</sup>, lo cual representa en la práctica la impunidad de la inducción realizada. Como la inducción imprudente es

<sup>1498</sup> En ese sentido se acerca a la propuesta de Binding (*Blutbadargument*), *Normen*, Bd. III, pág. 213 y s, notas 8 y 9.

<sup>1499</sup> Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 125.

<sup>1500</sup> Roxin, C., "Rose-Rosahl redivivus", pág. 300. También es posible considerar que sólo una de las lesiones era abarcada por su dolo y el resto atribuirlo por imprudencia, Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik", pág. 347. El problema es que ello daría lugar a un concurso ideal entre inducción dolosa al homicidio e inducción imprudente al homicidio, que a causa de la impunidad del segundo supuesto se castigará siempre como una inducción al homicidio.

<sup>1501</sup> A favor de recurrir a la figura de la *aberratio ictus* del inductor para los supuestos en los que existe un error in persona del autor principal, Roxin, que afirma que, «si... la inducción se entiende como causación, consecuentemente las reglas de la desviación causal tiene que ser de aplicación», Roxin, C., "Rose-Rosahl redivivus", pág. 296; Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 65; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 386; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 437. En contra Puppe que considera que al inductor no se le puede aplicar la figura del error in objeto o de la *aberratio ictus*, Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 120 y s; la misma, "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", pág. 125 y s.

<sup>1502</sup> Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 58-60, que prevé igualmente considerar irrelevante el error y apreciar una inducción al hecho finalmente realizado. Propone la solución concursal para todos los supuestos de *excesos* López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 436 y s, que considera que hay un Concurso ideal entre una inducción intentada al delito pretendido y una autoría imprudente del delito realizado, *ibidem*.

<sup>1503</sup> «Desde la posición de quienes defienden el concepto unitario de autor en los delitos culposos no existirían problemas para que cualquiera de los incluidos en la escala del artículo 30 (scil. por ejemplo,) respondieran como autores a título de mera imprudencia», Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, pág. 483.

<sup>1504</sup> Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 244 y s; Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1603. Sobre la incoherencia sistemática que puede provocar esta solución vid. tercera parte, pág. 300 y ss.

<sup>1505</sup> Construye así el concurso ideal que resultaría en España como del uso de la solución de la *aberratio ictus* Blanco Cordero, I., "El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 856.

impune<sup>1506</sup>, sólo queda la opción de la inducción en grado de tentativa<sup>1507</sup> (siempre que sea punible por medio de su inclusión en alguno de los supuestos descritos en los arts. 17 y 18 CP).

2. De ahí que se plantee la posibilidad de depurar la responsabilidad del partícipe desde la perspectiva de la inducción a la tentativa<sup>1508</sup> que eventualmente puede entrar en concurso ideal con el delito imprudente cuando el error fuese previsible<sup>1509</sup>. Esta opción hace viable la punición de la inducción en el ámbito español ya que a los efectos de la teoría de la participación está consumada (en su segundo resultado) con la presencia de una tentativa del delito principal, pero sigue desvirtuando la solución del concurso ideal a causa de la impunidad de la participación imprudente.

Al respecto debo señalar que no se puede hablar de error de inductor cuando otro ha sido el que ha sufrido el mismo, la discusión, como ya he señalado se centra en determinar el grado de concreción del dolo del inductor en el supuesto concreto y la previsibilidad de la desviación por error del autor principal. Además, si se admite que el error en persona del autor principal es una aberratio ictus para el inductor, nos encontramos con una solución rígida que no permite tener en cuenta las circunstancias subjetivas y objetivas del hecho realizado. Así, cuando el error sea irrelevante para el autor y relevante para el inductor, al primero se le castigaría por un homicidio consumado y al segundo por una tentativa de inducción al homicidio. Y todo ello sin plantearse el hecho de que ya existe un inicio de ejecución que tendría que originar como mínimo la presencia de una inducción a la tentativa, ni la posibilidad de que dicho error pueda ser incluido dentro del trascurso lógico de esa actividad delictiva y que, por tanto, sea imputable al incitador como inducción consumada.

No obstante, sí es posible que el inductor sufra un error pero éste sólo se conectará con el primer resultado de la inducción o resultado intermedio que es el que depende directamente de su actuación. Por ejemplo, porque crea una resolución delictiva en un sujeto distinto del que pretendía, bien porque se confunde en el sujeto de la inducción, bien porque la inducción se desvía casualmente y llega a un sujeto distinto del previsto.

(2) Hay una **incongruencia cuantitativa (a) por exceso** cuando el autor principal, «en el marco de “un ataque al bien jurídico idéntico en esencia”»<sup>1510</sup>, esto es,

<sup>1506</sup> Una vez que se ha reconocido la posibilidad de existencia de una participación imprudente, el debate doctrinal se traslada a la fijación de si esta figura es punible o no (Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 55, nota 45). Es posible posicionarse a favor de la impunidad, bien porque se exija que la inducción sea siempre dolosa o bien porque se defienda que es impune la participación imprudente, Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 245. Sobre las posiciones dominantes en la doctrina española a favor de la punibilidad o impunidad de la participación imprudente, vid. pág. 457 y ss.

<sup>1507</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 386 (que admite la posibilidad de un eventual concurso ideal con una autoría o participación imprudente). Considera que la impunidad de ambas (tentativa de inducción e inducción imprudente) acarrea la impunidad de la inducción, Blanco Cordero, I., “El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor”, pág. 857.

<sup>1508</sup> Stratenwerth, G., “Objektsirrtum und Tatbeteiligung”, pág. 68 y s. En España ven como posible la inducción al delito doloso intentado Silva Sánchez/Baldo Lavilla/Corcoy Bidasolo, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, pág. 444 y s.

<sup>1509</sup> Schmidhäuser, E., *AT74*, 14/123.

<sup>1510</sup> Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 18.



«dentro de un injusto básicamente idéntico»<sup>1511</sup>, va más allá de lo representado por el inductor añadiendo un elemento adicional. En los supuestos en que el autor lleva a cabo una conducta que incluye ciertos elementos adicionales no previstos en la resolución original el inductor será responsable por la medida de su dolo, esto es, por aquello a lo que efectivamente había inducido y sin abarcar los elementos añadidos<sup>1512</sup>. Lo que implica en la práctica una responsabilidad por el delito base<sup>1513</sup>.

A induce a B para que realice un hurto pero finalmente lo lleva a cabo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación<sup>1514</sup>. A será responsable por inducción consumada al hurto.

El inductor, sí responderá por lo añadido cuando esto entrara en el marco de determinación de su dolo, o cuando contara a tenor de las circunstancias concretas y de la personalidad del inducido con que ese exceso era probable<sup>1515</sup>.

No obstante, esta solución puede ser problemática si se considera que el autor nunca ha realizado el tipo base<sup>1516</sup>. Desde esta perspectiva ello implicaría que todos los supuestos de incongruencias cuantitativas se convirtieran en incongruencias cualitativas pues se tendría que hablar de la relación existente entre dos tipos que, aunque afecten a un mismo bien jurídico, no están dentro de una escala de injusto<sup>1517</sup>. Así se puede entender que cuando el legislador lleva a cabo una tipificación independiente de los tipos agravados impide considerar a éstos como la suma del

<sup>1511</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 387.

<sup>1512</sup> Letzgu, K., *Vorstufen der Beteiligun*, pág. 44 y s; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 562; Cramer, Sch/Sch, 26/22; Ingelfinger, R., *Anstiftervorsatz*, pág. 91 y s; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1117 y s; Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes*, pág. 178 y s); Gimbernat Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", pág. 843; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 758 (aunque considera que en todo caso es posible un concurso ideal con una autoría accesoria imprudente del delito más grave).

<sup>1513</sup> Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*: como las especies abarcan a su tipo genérico (relación de especialidad en un sentido lógico-formal o de inclusión) se puede afirmar que el autor de alguna de estas especies, en la medida en que «ha realizado un hecho que cumple todos los presupuestos típicos de varias figuras delictivas» (op. cit., pág. 190, lo que implica un concurso de leyes entre el tipo base y el agravado), efectúa siempre el tipo genérico que, de esta manera, puede ser imputado al partícipe, op. cit., 35-39, 149, 178 y s.

<sup>1514</sup> Ejemplo tomado de Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1117.

<sup>1515</sup> En este caso Ingelfinger, R. (*Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, pág. 92 y s) defiende que el inductor será responsable pero sólo por el delito base.

<sup>1516</sup> Gimbernat Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", pág. 838 y s.

<sup>1517</sup> Olmedo considera que aunque se traten de delitos que formal y sistemáticamente son independientes se puede afirmar la presencia de un exceso cuantitativo y no cualitativo porque el bien jurídico es el mismo y la conducta de una forma parte de la infracción ejecutada, Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 755. El problema es que con ello Olmedo no está manteniendo la premisa de partida: el autor no ha realizado el delito base. Al contrario, existe un mismo hecho desvalorado que ha sido realizado por el autor principal, aunque la valoración concreta es distinta para el partícipe y el autor, op. cit., pág. 754 y s.



injusto de ciertos delitos base, lo que «que impide la apreciación individualizada de los comportamientos que lo integran»<sup>1518</sup>. Así, el delito de robo no sería igual a la adición del injusto del delito de hurto y del de daños. La cosa se complica aún más si se defiende la vigencia del principio de *unidad del título de imputación*. La unión de ambas cuestiones establece que el tipo base no ha sido realizado, y que el partícipe y autor deben responder en función del mismo tipo penal.

Para evitar estas consecuencias se propone un excepcional quebrantamiento del principio de unidad del título de imputación, que permita justificar la responsabilidad del autor y partícipe por títulos diversos<sup>1519</sup>. Además, y partiendo de una imputación por diversos títulos, se quiere fundamentar la presencia de una inducción consumada en relación con el tipo base mediante una doble ficción destinada a respetar el principio de accesoriedad cuantitativa: *como si no se hubiera realizado* el tipo agravado y *como si*, por ello, *se hubiera realizado el tipo base*.

En esta línea se mueve la propuesta de **Gimbernát**: el partícipe no ha contribuido objetivamente al tipo base, pero es posible castigarle como inductor al mismo, ««como si únicamente hubiera colaborado en el tipo residual»<sup>1520</sup>. Como subjetivamente desconocía que la intención del autor principal era realizar un tipo agravado es posible imputarle el tipo base (que no es genérico sino residual<sup>1521</sup>) si se considera el elemento de agravación no ha. Así que, la ausencia de la agravante permitiría mantener que sólo se dan las circunstancias típicas propias del tipo residual<sup>1522</sup>. Y todo ello mediante la aplicación de la regla del error de tipo prevista en el art. 6 bis a) ACP (art. 14 CP). Regla de aplicación de la pena que permite la imposición de la pena del tipo residual aunque no haya sido realizado: un «error sobre el elemento que agrava la pena en el tipo daría lugar a la aplicación del tipo residual que fue el que se representó. De este modo, al igual que sucede en los supuestos de error del autor individual, no se trata de decir que lo que el autor creía cometer (una conducta atípica o un tipo de menor gravedad) se haya realizado realmente, sino sólo que se va a convertir en la medida de su responsabilidad»<sup>1523</sup>. El problema de este planteamiento reside en que la presunción de que no se han realizado las circunstancias agravantes, de acuerdo con esa autonomía del tipo base y agravado, no puede conducir automáticamente a presumir que se ha realizado del delito base, sino a la necesidad de practicar una segunda presunción: presumir que la ausencia de realización de la circunstancia agravante permite presumir que se ha efectuado el tipo residual. Demasiadas presunciones para llegar a una solución igual a la prevista por **Peñaranda**<sup>1524</sup>. Además, no comprendo qué sentido tiene aplicar

<sup>1518</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 484.

<sup>1519</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 488 y s, que insiste en que con ello se supera el error de técnica legislativa por parte del legislador al crear dos tipos autónomos y no prever un solo tipo al que luego se sumase una serie de cualificaciones del tipo.

<sup>1520</sup> Gimbernát Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", pág. 843.

<sup>1521</sup> Gimbernát Ordeig, op. cit., pág. 838.

<sup>1522</sup> Gimbernát Ordeig, op. cit., pág. 841; Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 485 y s.

<sup>1523</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 486; Gimbernát Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", pág. 841, 843.

<sup>1524</sup> Vid. tercera parte, pág. 356.

la teoría del error de tipo al inductor cuando no hay una falsa representación de la realidad. En todo caso habría que plantearse si la desviación del autor es previsible y si se puede imputar a título de imprudencia o doloso eventual el tipo agravado realizado, pero en ningún caso establecer la responsabilidad por un tipo base que en ningún momento ha sido realizado (según estos planteamientos). En definitiva, la única solución compatible con esta definición del tipo base como tipo residual es la afirmación de la existencia de una tentativa de inducción en los supuestos de incongruencia subjetiva en relación con un tipo agravado.

(b) En último lugar aparecen, los casos en los que hay **una incongruencia cuantitativa por defecto**. Supuestos en los que el inducido no ha llegado a realizar alguno de los elementos contenidos en la incitación, de modo que en la práctica comete un delito de menor gravedad que el previsto por el inductor. En estas situaciones, «el inductor sólo responderá hasta el límite de lo efectivamente ejecutado»<sup>1525</sup>, ya que el delito más leve queda contenido en el dolo del que incita al delito más grave<sup>1526</sup>.

Lo cual no conduce necesariamente a una «inducción consumada al delito menos grave efectivamente cometido en unidad de hecho con tentativa de inducción respecto al delito más grave»<sup>1527</sup>, porque el inductor no sufre ningún error que se deba resolver por la vía de un concurso ideal de delitos, sino que, en virtud del principio de accesoriadad, sólo responderá por el delito efectivamente cometido abarcado por su dolo.

En suma, los supuestos de incongruencia cualitativa y cuantitativa entre la representación del inductor y lo efectuado finalmente por el autor, se resuelven en función de un criterio fenomenológico-normativo, según el cual hay una incongruencia

<sup>1525</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1117; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG*, pág. 528; Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, pág. 53, que, además, considera que el inductor sería punible por tentativa de inducción respecto al plus de su dolo no realizado por el autor principal. Solución que puede ser defendible siempre que la tentativa de inducción sea punible y por la vía del concurso ideal de delitos. Como ello no es así en el nuevo Código penal en la práctica al inductor sólo se le imputa su intervención en el hecho cometido, Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 779.

<sup>1526</sup> Peñaranda Ramos, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 179: «quien induce a cometer un hecho que cae bajo un tipo cualificado de delito sabe que su realización comporta necesariamente la de todos los requisitos exigidos por el correspondiente tipo básico, del mismo modo que quien induce a consumir un hecho constitutivo de delito es consciente de que su consumación exige en todo caso, como paso previo, que el autor comience a ejecutarlo». Llegan a la misma solución pero no desde la relación «lógica de quien quiere el género quiere también la especie (plus-minus lógico), sino la normativa de quien quiere lo más, también quiere, implícitamente, lo menos grave», Gimbernat Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", pág. 850 (cursiva original); Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 492. No obstante, surgirían dificultades si se plantea que el que quiere incitar al delito más grave no necesariamente debe querer hacerlo al más leve. En ese caso, como el límite es el dolo del inductor realizado y éste no se considera efectuado con el delito más leve que se ha llevado a cabo habrá que concluir que hay una tentativa de inducción al delito más grave.

<sup>1527</sup> Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1117 (cursiva original); Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 492; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4781; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 562.

no imputable al inductor (y, por tanto, una tentativa de inducción o una inducción a la tentativa según el grado de realización del dolo alcanzado) cuando al efectuar el autor la conducta principal hay una variación alguno de los elementos de la conducta propuesta planeada (dolosamente o por error), y además, tales cambios no eran previsibles o no son abarcados por el marco de determinación fijado por el dolo del inductor<sup>1528</sup>.

La solución de estas situaciones a través de la imputación al inductor de un delito que no coincide con el realmente practicado por el autor principal representa aparentemente la ruptura del principio de unidad del título de imputación y con ello se plantea la cuestión relativa a la posible infracción del principio de accesoriadad. Abundaré en el estudio de este principio en próximas páginas. De momento baste señalar que voy a denominar accesoriadad estricta material a la exigencia de vincular algunos elementos de la configuración del injusto del partícipe a un comportamiento efectuado por un autor principal en el que están presentes unas determinadas características. Dentro de esta concepción de la accesoriadad se mantiene que acontece una erosión o distensión de este principio cuando hay una falta de identificación entre la acción principal y la realmente imputada al inductor<sup>1529</sup>, cuando la vinculación del inductor con la acción principal se reduce a lo representado por el partícipe con independencia de lo realmente realizado<sup>1530</sup>. Ello es cierto, sin embargo el problema en estos casos de incongruencia reside en que lo que se le imputa al partícipe puede que sí haya sido llevado a cabo por el autor principal.

Según el principio de accesoriadad estricto material el injusto de la participación se deriva, en sus presupuestos y límites, de la conducta realizada por el autor principal, y por consiguiente el injusto del hecho principal (bien jurídico atacado y fase del iter criminis que se alcanza) determina el alcance máximo del injusto de la participación. Desde esta perspectiva habrá una infracción del principio de accesoriadad cuando la responsabilidad del partícipe se independiza de la conducta del autor principal, cuando se imputa al partícipe algo que no ha sido practicado por el autor o más de lo que éste ha llevado a cabo. Sin embargo, no hay una ruptura de la accesoriadad cuando se le imputa al partícipe una parte de lo practicado por el autor principal, que es la única abarcada por el dolo del partícipe.

La accesoriadad estricta material exige de depurar la responsabilidad del autor y participe por el mismo tipo penal. Empero, ello no impide que haya ocasiones en las que el autor responda por un título y el partícipe por otro. En estos casos no hay realmente una ruptura del título de imputación porque el partícipe responde por un tipo que ha sido

<sup>1528</sup> Propone acudir a un criterio mixto fenomenológico-normativo para resolver la problemática de los *excesos*, Schulz, J., "Anstiftung oder Beihilfe", pág. 935.

<sup>1529</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 486: «la apreciación de un tipo diferente al que realiza el autor vendría incompatible con el principio de accesoriadad, entendiéndose por tal, también, el de unidad del título de imputación». Se plantea este problema en relación con la complicidad Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 100-102. Meyer, K-M., "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", pág. 267 y s. Lo cual confirma para Meyer la independencia de hecho del injusto del partícipe en relación con el del autor principal, op. cit., pág. 267. Autora que sólo exige de la accesoriadad que se haya cometido un delito principal que corresponda con la lesión del bien jurídico pretendida por el partícipe, op. cit., 267.

<sup>1530</sup> Así, Meyer se refiere a este fenómeno con el término *Relativierung des Tatbegriffs*, Meyer, K-M., "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", pág. 267.

efectuado por el autor, que finalmente ha ido más allá de lo acordado y ha terminado realizando algo más que es depurado penalmente por otro tipo. Por ello, en los supuestos en los que hay un tipo base, que está en una relación lógico formal de inclusión con el agravado y siempre que se haga responder al inductor por la medida de su dolo realizado<sup>1531</sup>, no hay una ruptura del principio de accesoriadad. Ahora bien, no porque la accesoriadad no se encuentre vinculada al principio de unidad del título de imputación<sup>1532</sup>, sino porque esta unidad en un sentido amplio se mantiene cuando al inductor se le imputa un tipo que se considera que ha sido realizado por el autor y que es el realmente abarcado por el dolo del inductor. Por consiguiente, lo relevante es comprobar que, aunque haya una doble valoración por un hecho distinto al autor y al partícipe, lo que se imputa al partícipe ha sido realizado<sup>1533</sup> de alguna forma por el autor principal. Si a pesar de todo se mantiene que el autor no ha llevado a cabo ese tipo base general, al partícipe sólo se le podrá imputar una tentativa de inducción. La posibilidad de admitir una inducción a la tentativa pasaría por resolver si en estos supuestos aunque no se consideren plenamente realizados se puede mantener que el sujeto que cambia de opinión durante la ejecución y decide realizar un delito superior ha comenzado, no obstante, la ejecución del delito base.

Finalmente, y de vuelta al origen de este excursus sobre el problema de los excesos, debo recordar que la relevancia de estos supuestos de incongruencia para la preparación del hecho ajeno reside en que si se puede afirmar que el incitador es responsable en alguna medida de la realización una inducción consumada o una inducción a la tentativa no habrá espacio para la preparación, que sí concurrirá en cambio cuando exista una incongruencia que genere una tentativa de inducción con resultado intermedio (es decir, no se pueda defender, si quiera, la presencia de una inducción a la tentativa).

### **3. Las formas imperfectas de la complicitad y su equivalencia con la preparación del hecho ajeno.**

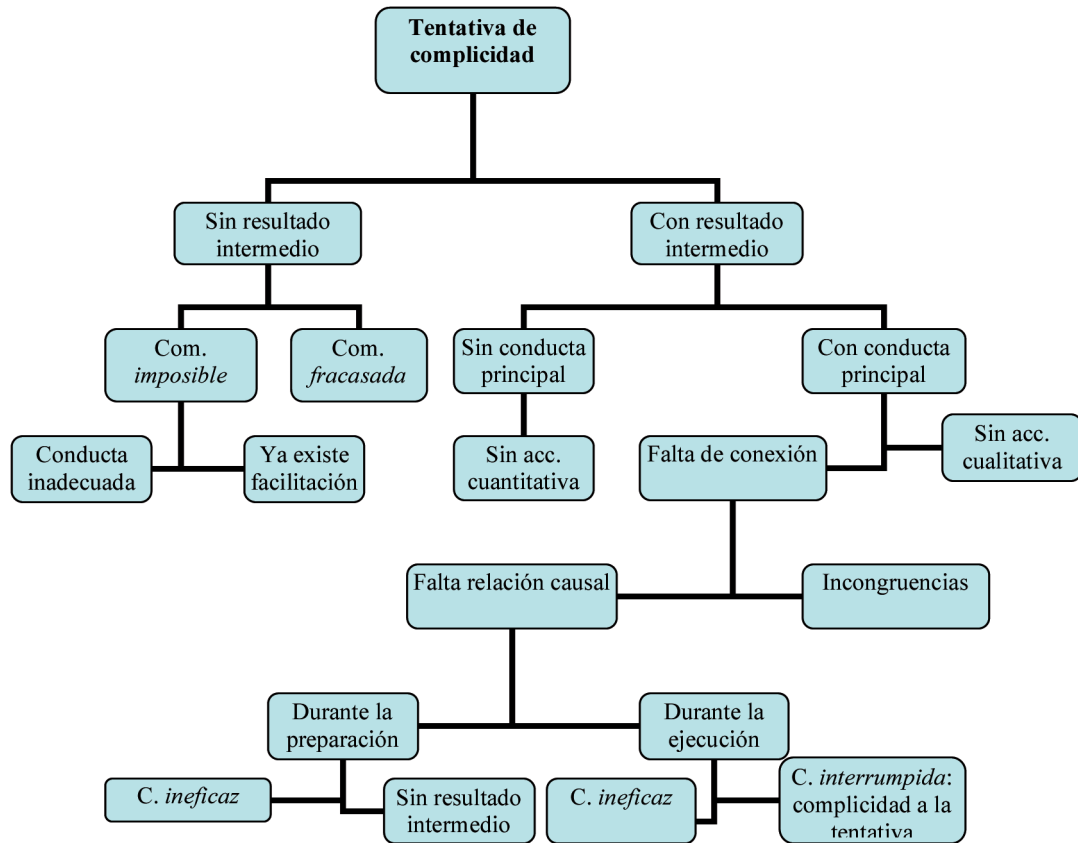
En lo que respecta a la complicitad se puede realizar una clasificación de ésta en función del resultado intermedio siguiendo el siguiente esquema:

<sup>1531</sup> De tal forma que no sería sostenible la imputación al inductor del delito agravado que no ha sido efectuado por el autor principal (Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 189) en el que se presenta desde el planteamiento que yo definiendo una incongruencia cualitativa por defecto.

<sup>1532</sup> Como proponen Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 190. «Si, a pesar de todo, se quiere seguir hablando de un principio de la unidad del título de imputación, habrá que hacerlo con la conciencia de que se trata, a lo sumo, de una regla general que consiente la existencia de un mayor número de excepciones», op. cit., pág. 190. Próxima Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 488 y s. En contra de la exigencia de la unidad de título de imputación *subjetiva* Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1602. Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 487, se mantiene a favor del mantenimiento del principio de unidad del título de imputación.

<sup>1533</sup> Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 35-39, 174 y s.

Figura 2. Clases de Complicidad



La complicidad presenta dos peculiaridades que no se apreciaban en el estudio de la inducción. La complicidad puede ser preparatoria y ejecutiva, técnica y psíquica. En principio, la presencia de estos dos binomios no va a afectar al estudio que aquí realizo, porque las modalidades de complicidad resultantes se integran sin problemas en el diagrama. No obstante, en otro apartado estudiaré la complicidad psicológica que integra diversas formas de tentativas de complicidad e inducción.

(1) Al igual que sucedía con la inducción, todas las tentativas de complicidad recogidas en el segundo grupo (sin resultado intermedio) se corresponden con formas imperfectas de la preparación (tentativa o preparación). La preparación no está consumada porque, aunque existe un comportamiento destinado a la preparación del hecho ajeno, realmente no hay una aportación del cómplice que facilite efectivamente la actividad delictiva posterior, bien porque no alcanza el ámbito del autor principal, bien porque no es posible preparar el hecho ajeno. Por consiguiente, serán formas imperfectas de preparación (del hecho ajeno) la complicidad fracasada y la complicidad imposible.

(a) En la *complicidad fracasada* (*mißlungene Beihilfe*)<sup>1534</sup> lo aportado por el cómplice (conducta u objeto) no alcanza el ámbito de domino del autor. A ha obtenido las armas que va a utilizar B en un atraco, sin embargo, el tren en el que viene A sufre un retraso de horas de tal forma que B localiza otras armas para cometer el delito planeado.

(b) La *complicidad imposible*<sup>1535</sup> (*untaugliche Beihilfe*) se caracteriza por que el contenido de la aportación no puede desplegar su efecto porque éste ya ha sido obtenido de otra manera por el autor. Esto es, el autor principal ya ha decidido utilizar otro medio (con independencia de que esté en su poder o no) y rechaza el propuesto por un tercero. A entrega a B un juego de ganzúas cuando B ya poseía la llave de la casa que se pretende robar. A da a B la pistola necesaria para cometer el homicidio previsto, sin embargo, B rechaza la pistola porque ya tiene convenido con C la entrega de un arma de fuego (o porque ha decidido cometer el delito con un cuchillo).

No obstante, si el autor principal acepta el instrumento o la aportación, pero cambia con posterioridad de opinión no hay una complicidad imposible sino una complicidad ineficaz, supuesto en el que se puede afirmar la presencia de una preparación del hecho ajeno consumada ya que hay un resultado intermedio. También hay una complicidad imposible cuando lo aportado no es objetivamente adecuado para facilitar el resultado<sup>1536</sup>. Por ejemplo, cuando A entrega a B un arma con la cual no es posible disparar no se puede considerar que A sea cómplice del asesinato que posteriormente B realiza por medio de otra arma. En estos supuestos aunque el tipo subjetivo de la complicidad esté satisfecho porque actúen con dolo de ayuda y de consumación realmente no hay más que una tentativa de complicidad ya que no se facilita la posterior actuación, ni se aumenta el riesgo de su producción<sup>1537</sup>. En todo caso, sólo se puede sostener la presencia de una complicidad psicológica. Ahora bien, la complicidad no es imposible cuando el autor principal comete una tentativa imposible con un medio objetivamente adecuado<sup>1538</sup>. A entrega a B un arma. B intenta varias veces disparar sobre C, lo cual no consigue porque no había quitado el seguro. B es desarmado por D.

<sup>1534</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 83.

<sup>1535</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 83 y s; Letzgu, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 77.

<sup>1536</sup> Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 85 y s.

<sup>1537</sup> Próximo Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 86 y s.

<sup>1538</sup> Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 87.



(2) Todas las formas de tentativas de complicidad incluidas en el grupo primero (con resultado intermedio) son formas consumadas de preparación ya que ha entrado en el ámbito de dominio del autor aquello que necesita para la realización de la actividad delictiva y, además, lo ha aceptado de forma expresa o tácita. En suma, hay una preparación consumada siempre que hay una complicidad sin resultado<sup>1539</sup>.

Se puede sostener que hay una complicidad sin resultado cuando el cómplice ha practicado una aportación que ha llegado al ámbito de dominio del autor, que sin embargo, aún no ha comenzado con la ejecución del delito. Es decir, si todavía no existe una conducta principal que haya alcanzado el grado de tentativa. O sea, cuando el autor principal no ha satisfecho las exigencias del principio de accesoriidad cuantitativa. Por consiguiente, todas las actividades que éste realiza en una fase preparatoria pertenecen aún a la complicidad sin resultado. A entrega un arma a B, que la guarda en su casa en espera de la ocasión, o que se dirige con ella al domicilio de la víctima.

Sin embargo, también hay supuestos de complicidad sin resultado en donde el principio de accesoriidad cuantitativa ha sido satisfecho. Ello se debe, bien a que la conducta no sea típica y antijurídica, bien a la ausencia de una relación causal entre ambos resultados, bien a la incongruencia subjetiva entre lo realizado por el autor y lo deseado por el cómplice. En el primer caso, la complicidad no se consume como consecuencia de la aplicación del principio de accesoriidad cualitativa, que exige que la conducta efectuada por el autor principal reúna una serie de características que, desde una perspectiva limitada de la accesoriidad, son el carácter típico y antijurídico del hecho principal. Por ejemplo, A entrega un arma a B para matar a C. Un día después C intenta matar a B que en defensa propia dispara sobre C causándole la muerte.

Dentro del segundo caso se incluyen los supuestos de complicidad ineficaz e interrumpida durante la preparación o la ejecución, así como los casos de incongruencia.

(a) *La complicidad ineficaz o sin efecto (unwirksame Beihilfe)*<sup>1540</sup> sería aquel supuesto en el que hay una aportación del cómplice que no es utilizada por el autor que ha

<sup>1539</sup> Sobre la complicidad sin resultado vid., Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 85; Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 83-5.

<sup>1540</sup> Sobre la discusión acerca de si es necesario que haya una vinculación causal entre complicidad y conducta principal o basta la prestación de aquella, Küpper, G., *Grenzen der normativierende Strafrechtsdogmatik*, pág. 112-115. Exige que la complicidad sea eficaz respecto al hecho principal Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 71 y s; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 229 y s, 274-83; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 64; Sering, C., *Beihilfe durch Unterlassen*, pág. 131; Weigend, T., "Grenzen strafbarer Beihilfe", pág. 207; Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe*,

cambiado su resolución delictiva o el método de realización<sup>1541</sup>. A facilita el veneno con el que B pretende matar a su pareja, sin embargo, B decide no acabar con la vida de A, o resuelve utilizar un cuchillo para ello.

(b) *La complicidad interrumpida*<sup>1542</sup> (*abgebrochene Beihilfe*) consiste, como en el caso anterior, en una falta de utilización de lo aportado, pero ahora no se debe a una mera decisión del autor principal, sino a una modificación de las circunstancias que convierten lo aportado en ineficaz.

A proporciona a B la combinación de la caja fuerte que pretende robar. Un día antes de perpetrar el delito le comunican que han cambiado la combinación.

En esta ocasión va a ser de relevancia conocer si se trataba de una complicidad a la preparación o a la ejecución porque toda *complicidad interrumpida* durante la fase preparatoria va a ser una complicidad sin resultado (segundo) pero con resultado intermedio. Por tanto, será una preparación consumada. Sin embargo, los mismos supuestos durante el periodo ejecutivo de la actividad principal van a ser en la mayoría de las ocasiones (salvo que por cualquier motivo la conducta no fuera típica o antijurídica) una complicidad consumada (complicidad a la tentativa) y por consiguiente una forma de participación. Ello se debe a que en el trascurso de la ejecución no hay una ruptura total de la relación causal entre el resultado intermedio y el de la participación. Es decir, la relación causal entre ambos resultados se rompe en un punto en el que hecho principal ya ha alcanzado la tentativa<sup>1543</sup>.

En el ejemplo anterior B descubre que la combinación ha cambiado sólo cuando la prueba sin éxito en repetidas ocasiones en la caja fuerte que pretende robar.

(c) También falta una conexión entre ambos resultados cuando lo aportado es usado por el autor principal para un fin distinto al que deseaba el cómplice.. Me refiero a aquellos supuestos en los que en un plano subjetivo el cómplice no alcanza

---

pág. 35, 46 y s, que además sostiene que la renuncia a la causalidad de la complicidad en relación con el delito principal provocaría una confusión entre la tentativa de complicidad y la complicidad consumada, op. cit., pág. 35 (en esa línea crítica Küpper, G., *Grenzen der normativierende Strafrechtsdogmatik*, pág. 114).

En contra Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", pág. 7, que al considerar a la complicidad como un tipo autónomo (un delito de peligro abstracto) entiende que no es necesario una vinculación causal con el resultado, basta con que se haya producido una ayuda adecuada. Desvinculación causal con el resultado que también tiene lugar cuando se defiende una teoría de la causación pura (Sering, C., *Beihilfe durch Unterlassen*, pág. 118), de la participación en el injusto, o de la solidaridad con el injusto ajeno (Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, pág. 45 y s).

<sup>1541</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 84 y s; Letzgs, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 78.

<sup>1542</sup> Letzgs, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 80 y s.

<sup>1543</sup> Sobre la consideración de la complicidad interrumpida como una complicidad a la tentativa vid. Letzgs, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 80 y s.

la conducta que finalmente se ha cometido por el autor principal porque no es abarcado por el ámbito de determinación de su dolo o no se le puede imputar ese desvío doloso eventualmente<sup>1544</sup>. Al respecto basta repetir todo lo dicho con motivo de la problemática de las *incongruencias* en la inducción.

No obstante, destacar brevemente como en la inducción, que hay dos grupos de casos posibles<sup>1545</sup>:

(c.1) **Incongruencia cualitativa** entre el dolo del cómplice y la conducta realizada por el autor. Aquí se incluyen tres supuestos:

(c.1.1) El autor realiza un tipo que no tiene nada que ver con lo representado por el cómplice. El problema se resuelve en función del dolo del cómplice realizado.

A entrega un coche a B para que cometa un robo, finalmente B no lleva a la práctica tal delito sino que aprovecha el vehículo para acercarse a la casa de C que, finalmente, mata<sup>1546</sup>. En este supuesto «lo objetivamente realizado no era abarcado por el dolo de la complicidad y lo alcanzado por el dolo de la complicidad no fue realizado»<sup>1547</sup>, de modo que aunque la complicidad fue eficaz, porque el autor se sirvió del objeto, no se puede decir que haya una complicidad consumada porque la actividad deseada (en este caso el robo) realmente todavía no ha tenido lugar. Hay una tentativa de complicidad, pues al no haber comenzado la ejecución de la conducta que lesiona el bien que quería atacar el cómplice con su aportación tengo que afirmar que no se ha satisfecho todavía el requisito de la accesoriedad cuantitativa aunque haya una actividad típica vinculada a esa aportación del cómplice.

Ahora bien, se puede mantener la imputación del cómplice por el delito producido cuando se esgrime una concepción mucho más amplia del dolo eventual que la que aquí se mantiene y considerar que siempre que se realiza una aportación a un plan delictivo el cómplice acepta la comisión de todos los delitos que posiblemente se puedan llevar a cabo con ella<sup>1548</sup>. Esta solución impediría afirmar la presencia de una tentativa de complicidad, de hecho implicaría la responsabilidad del cómplice por cualquier aportación eficaz porque el elemento subjetivo del tipo de la participación en realidad desaparecería.

<sup>1544</sup> Sobre la problemática relativa al dolo del cómplice en su relación con la conducta finalmente realizada por el autor principal vid. Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 74-107; Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 600-02.

<sup>1545</sup> Destaca sin embargo que hay tres grupos de casos posibles, a saber, los supuestos de aliud, de *parentesco* o estrecha proximidad entre los tipos, de relación escalonada (o Stufenverhältnis), Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 600 y s.

<sup>1546</sup> Ejemplo tomado de Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 77.

<sup>1547</sup> Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 78. Considera que no habría ni una complicidad imprudente al delito no realizado, ni una tentativa de complicidad al delito consumado, Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 601.

<sup>1548</sup> Apreciación realizada por Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 602.

(c.1.2) Un segundo grupo está formado por aquellas situaciones en las que el autor comete la misma lesión del bien jurídico prevista, pero mediante un modo de comisión que no se había representado el cómplice o distinto a éste. Así ocurre cuando el autor practica otro delito distinto al deseado por el cómplice pero que está una relación de proximidad (*parentesco*) con aquél (incongruencia cualitativa con relación de proximidad). Con ello me estoy refiriendo a los casos caracterizados por que la conducta típica deseada y realizada están estrechamente relacionadas. Por ejemplo cuando el cómplice quiere participar en la realización de una violación de sepulcro (art. 526 CP) pero finalmente el autor principal lleva a cabo la profanación de un templo (art. 524 CP). De forma parecida a lo previsto para la inducción, el cómplice responderá por la medida de su dolo realizado. Para ello habrá que tener en cuenta el grado de determinación del dolo del cómplice. Si el dolo del cómplice satisface los requisitos mínimos de determinación que permitan aceptar la presencia del tipo subjetivo de la complicidad y presenta, no obstante, una imprecisión del modo de comisión, pero existe una coincidencia en el bien jurídico atacado, el cómplice responderá por el tipo consumado porque se incluye dentro del ámbito de determinación de su dolo.

En este caso no se podría hablar en un sentido estricto de incongruencia pues se considera que el dolo del cómplice es lo suficientemente amplio como para abarcar ciertas alternativas en el modo de comisión.

Sin embargo, si su dolo estaba perfectamente determinado en el modo de comisión, el cómplice habrá realizado una tentativa de complicidad porque el autor no ha comenzado a realizar el tipo deseado por el partícipe, a no ser que doloso eventualmente se admita que el cómplice vio como probable que el autor modificará el modo de comisión previsto.

Otra solución, es la que alcanzan ciertos autores mediante el recurso al principio de la *Wahlfestellung*. En esta línea se mueve el planteamiento que entiende que la proximidad en el injusto de los tipos efectuados permite castigar al cómplice por el delito más leve de los posibles, en virtud del principio de alternancia de los tipos<sup>1549</sup>. Esta solución es

<sup>1549</sup> Solución parecida a la que toma Theile en función del principio *Wahlfestellung*, Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 100-06. Otras soluciones serían la creación de un tipo básico extralegal ("außergesetzlichen Grundtatbestand") que actúe como una especie de tipo base que tiene el contenido esencial del injusto común todos los tipos alternativos. Así, la vinculación del dolo del partícipe a ese tipo esencial posibilita la punición del mismo por el tipo realmente efectuado, Montenbruck, A., "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat", pág. 335-37, 343-52. «A la vista del injusto (scil. del tipo extralegal, con un contenido de injusto esencialmente homogéneo,) se da, por consiguiente, una identidad entre la representación del partícipe y el hecho delictivo», op. cit., pág. 336. En definitiva este planteamiento representa la aceptación de un *dolo general* entendido como el conocimiento del tipo básico extralegal realizado (op. cit. pág. 350). Sobre la teoría de Montenbruck (y otras posibles soluciones) vid. Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 79-99; Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", pág. 601; Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 29; Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 94-99; Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pág. 171-73, que critica el planteamiento de Montenbruck porque supone una analogía *in malam partem* y la infracción del principio de legalidad, op. cit., pág. 172 y s.

criticable porque, como indiqué con anterioridad, el principio de la *Wahlfestellung* aplicado al partícipe tiene consecuencias distintas que para el autor principal: significa la afirmación de una extensión del alcance del dolo del partícipe que pasa a alcanzar todos los tipos que están en esa situación de proximidad, es decir, se puede imputar a su dolo la realización de cualquiera de los tipos alternativos<sup>1550</sup>.

(a.1.3) Por último, dentro de la incongruencia cualitativa también están los casos de imputación de los errores cometidos por el autor principal al cómplice. Para solventar estos supuestos me remito a lo explicado con anterioridad con motivo de la inducción. Sin embargo, intentaré crear un ejemplo que clarifique el modelo para la complicidad. A entrega un arma a B para que mate a X (esposa de A) y finalmente B mata a Z, porque o bien lo confunde o bien yerra en el disparo. En estos casos aplicaremos las soluciones previstas para la inducción, para lo cual habrá que tener en cuenta el grado de determinación del dolo del cómplice y la probabilidad de producción de ese error (o modificación voluntaria del objeto por el autor). Así, si A entrega el arma a B para que mate desde un campanario a cualquier persona, su dolo abarca todos los homicidios y de cualquier persona que tengan lugar, por lo que realmente no hay ningún supuesto de incongruencia. Sin embargo, si A pretende colaborar en la muerte de una persona concreta X, la solución dependerá de la probabilidad de la producción del error o la modificación dolosa. Si B cometió un error en persona o una aberratio ictus que fuera asumible dentro de un proceso normal de ejecución de dicha actividad delictiva, esta modificación no será relevante para el incitador porque es abarcada por su dolo y, por tanto, no habría incongruencia, sino una complicidad consumada. Si B se desvió dolosamente de lo previsto A no responderá normalmente de ello, porque semejante circunstancia no tiene por qué ser abarcada por su dolo. Sin embargo, se podría imputar el resultado cuando a tenor de las circunstancias conocidas por el cómplice (aquí de forma menos problemática que en la inducción) tal modificación dolosa fuera probable. Sin salir del ejemplo, A conoce que B tiene numerosos problemas con su esposa y el carácter violento de éste. B mata a Z (su mujer), muerte que es imputable doloso eventualmente a A como cómplice.

(c.2) Finalmente se pueden señalar los supuestos de **incongruencia cuantitativa por exceso o por defecto**, en los que el autor realiza un delito de grado superior o inferior al previsto por el cómplice, de modo que un tipo incluye totalmente al otro (relación de especialidad), o un tipo es un requisito necesario para la realización de otro tipo (relación de subsidiariedad)<sup>1551</sup>. Por ejemplo, aquellos casos en los que el autor efectúa un robo en vez de un hurto (exceso) y viceversa (defecto).

<sup>1550</sup> Vid. tercera parte, pág. 350.

<sup>1551</sup> Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 76; Ingelfinger, R., *Anstiftungsvorstatz und Tatbestimmtheit*, pág. 91 (para los supuestos de inducción).

Los casos de incongruencia cuantitativa se puede solucionar manteniendo que en las situaciones en las que existe un delito base, se considerará al partícipe cómplice del delito deseado (en las situaciones de exceso por parte del autor) o del delito base realizado (cuando se llevo a cabo un delito menor al representado)<sup>1552</sup>. Esta solución es correcta pero debe ser completada con la posibilidad de que haya situaciones en las que el dolo del cómplice abarque lo añadido, bien doloso eventualmente, bien a la vista su grado de determinación, y por tanto, se puede imputar al cómplice el delito realizado.

También en los casos en que se ha practicado un delito de grado inferior se pretende dejar al cómplice impune por la vía de la disminución del riesgo cuando su conducta reduce la posibilidad de lesión y no crea un riesgo adicional al bien jurídico protegido<sup>1553</sup>. A disminuye la concentración del veneno que B utiliza para matar a C, que finalmente sólo sufre ciertos mareos<sup>1554</sup>. Solución que también se defiende para los supuestos de inducción<sup>1555</sup>. Me parece complejo aplicar el principio de reducción del riesgo a este supuesto. Imaginemos que en vez de hablar de hurto y robo cogemos el ejemplo homicidio y lesiones, ¿se puede considerar que cuando A convence a B para que no mate a C sino que solo le corte una mano está reduciendo el riesgo? ¿Qué pasa en aquellas situaciones en las que se reduce el riesgo de una lesión grave pero se aumenta la probabilidad de producción de un resultado lesivo más leve? A entrega a B un medio que posee una menor capacidad lesiva pero que tiene más posibilidad de provocar una lesión. Por ejemplo, cambiar el veneno X por Y que no es tan mortal pero al mismo tiempo es insípido<sup>1556</sup>. Para evitar estas dificultades creo que lo mejor sería buscar una salida a través de una causa de justificación cuando esa inducción o complicidad a un hecho delictivo inferior fuera el único medio para evitar una conducta criminal más peligrosa<sup>1557</sup>. En concreto, cuando A encuentra que proponer una lesión o ayudar en la misma es la única vía para salvar la vida de B podría encontrar cierto acomodo en el estado de necesidad.

De todas formas, y para lo que aquí interesa, la mayoría de las soluciones, cuando establecen una forma de vinculación entre lo realizado por el autor y la voluntad del

<sup>1552</sup> Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvoratzes", pág. 600; Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 77.

<sup>1553</sup> Roxin, *LK11*, 27/5; Leckner, Sch/Sch, vor 13/94. Crítico Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 160-62, que considera que aunque la lesión resultante del bien jurídico sea menor ésta es causalmente imputable a los intervinientes en el delito (por esa razón propone la solución a través de las causas de justificación, op. cit., pág. 163). Otros autores exigen que el cómplice actue con el deseo de salvar el bien jurídico atacado (Rettungswille) y fuera el medio más leve de ataque que dispusiera (Müller, JuS, 1981, pág. 259, solución prevista para la inducción).

<sup>1554</sup> Ejemplo tomado de Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 160.

<sup>1555</sup> Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 304; Kühl, K., *AT2000*, 20/185; Müller, JuS, 1981, pág. 259. En cambio, si no se piensa en la víctima sino que simplemente se aconseja la realización de un injusto inferior existiría una complicidad psíquica, Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 305.

<sup>1556</sup> Problemática y ejemplo tomado de Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 165.

<sup>1557</sup> Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 112; Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 163.



cómplice, permiten defender la presencia de una complicidad consumada que, lógicamente, queda fuera del ámbito de la preparación del hecho ajeno. En el caso contrario, cuando hay una incongruencia habrá que establecer si lo realizado por el autor posibilita admitir la existencia de una complicidad a la tentativa o si no se cumple el requisito de la accesoriadad cuantitativa y por consiguiente sólo hay una tentativa de complicidad que entra en la preparación del hecho ajeno.

#### **4. La complicidad psicológica como elemento sito entre inducción y complicidad. La relevancia que tiene para la preparación.**

Si se quiere complicar aún más el esquema, se puede introducir la distinción entre complicidad psíquica y física<sup>1558</sup>. En el primer caso se habla de (I) *complicidad intelectual (intellektueller Beihilfe)* o de *complicidad mediante consejo técnico (technischen Rathilfe)* y de (II) *refuerzo de la resolución delictiva*<sup>1559</sup>. No obstante, creo que dentro de la complicidad psíquica no se deben incluir los supuestos en los que el cómplice da un consejo técnico, pues no hay una influencia psíquica sobre el autor con la que se fortalezca su decisión, sino que le asesora facilitando la comisión de un delito de igual manera que si le hubiera entregado un instrumento necesario<sup>1560</sup>. La complicidad psíquica quedaría, por tanto, reducida a los comportamientos que consisten «en un apoyo moral que actúa sobre la formación de la voluntad del autor, fortaleciéndola pero sin llegar a provocarla...»<sup>1561</sup>. En definitiva, la integración de la complicidad mediante consejo técnico en la complicidad psicológica depende del **criterio que se haya utilizado para efectuar esa clasificación**. Si éste fuera *el medio utilizado* por el cómplice, la complicidad física incluiría las aportaciones practicadas físicamente o de obra, mientras que la psíquica pasaría a alcanzar a

<sup>1558</sup> Admite la presencia de ambas Gropp, *ATZ*, 10/141,44; Wessels/Beulke, *ATZ*, marg. 581; Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 157; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 564; Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, pág. 9; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 465. Y todavía se puede complicar más si se reconoce la posibilidad de observar una cooperación necesaria moral como Díaz y García de Conlledo plantea, *EJB*, pág. 4781 y s; el mismo, "«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva", pág. 328.

<sup>1559</sup> Clasificación tomada de Kühl, K., *ATZ*2000, 20/225; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 311-13. Vid. Roxin, *LK11*, 27/41.

<sup>1560</sup> Proximo Hruschka, J., "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe", pág. 178.

<sup>1561</sup> Dan está definición aunque contradictoriamente no llevan a cabo una reducción del ámbito de la complicidad psicológica como aquí propongo: López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 313; Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 157. Vid. Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág. 208; Weigend, T., "Grenzen strafbarer Beihilfe", pág. 209; Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, pág. 9; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 97; Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*, pág. 71.

todas las ayudas efectuadas mediante un consejo<sup>1562</sup> (de palabra). Sin embargo, si la clasificación se articula por el criterio: *cuál sea la consecuencia de la ayuda*, o sea, si se facilita la realización de un hecho principal, o se refuerza la resolución delictiva, entonces la complicidad física comprendería a toda aportación física o consejo técnico que posibilite la actividad delictiva del autor principal, mientras que la psíquica, abarcaría a su vez todos los modos de actuar de palabra y de obra<sup>1563</sup> que refuercen la resolución del autor. Este último es el criterio que aquí utilizo.

Es incorrecto, por tanto, el planteamiento de autores que combinan ambos elementos y sostienen que la complicidad mediante consejo es complicidad psíquica por haber utilizado un medio que actúa sobre la psique del autor principal<sup>1564</sup>. Con ello olvidan que un consejo puede reforzar una resolución o aportar un conocimiento<sup>1565</sup> lo cual no creo que sea una actuación sobre la psique del autor, o por lo menos no diferente a la que se genera mediante la aportación física de un instrumento. Además, también se desconoce con ello que la entrega de un instrumento no siempre será una complicidad técnica. Cuando, por ejemplo, el futuro autor ya dispone de ese medio y recibe otro idéntico y por tanto innecesario puede que con ello se sienta, no obstante, reforzado en su resolución por la conducta de complicidad imposible.

Dentro de la complicidad psíquica se podría distinguir entre complicidad psíquica con resultado intermedio o sin resultado intermedio, ya sea porque está fracasada (cuando el refuerzo psicológico no es escuchado o aprehendido de manera alguna por el futuro autor) ya porque sea imposible (el autor ya ha terminado la ejecución del hecho).

Sin embargo, lo realmente interesante es constatar como la aparición de la complicidad psicológica genera cierta confusión dentro de la teoría de la participación.

(1) Por un lado, representa en sí misma una **reformulación del concepto de complicidad**, que difícilmente se puede entender en estos supuestos como *ayuda* a la comisión de un delito. De hecho, sólo en la medida en que se considere que el refuerzo de la resolución aumenta la probabilidad de inicio de ejecución de la conducta

<sup>1562</sup> Así lo efectúa Otto que identifica complicidad psíquica y física con complicidad mediante consejo o hecho respectivamente y luego se plantea si el refuerzo de la resolución puede ser una forma de complicidad relevante, Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 564; del mismo modo Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 96, 99-102. Próximo López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 442.

<sup>1563</sup> Esto es, no sólo sería una forma de complicidad psíquica una simple sugerencia, también lo sería un comportamiento físico (entregar un arma a un autor que ya la posee).

<sup>1564</sup> Vid. por todos Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 97.

<sup>1565</sup> Como pone de manifiesto Baunack cuando sostiene que la complicidad técnica «mejora los conocimientos del autor a la vista de la organización del plan», Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 97.

lesiva principal, reduce la probabilidad del desistimiento del autor, evita la aparición de escrúpulos finales..., es posible vislumbrar en la complicidad psicológica un modo de ayuda a la comisión del delito.

(2) Por otro lado, su presencia plantea un problema de delimitación con la inducción<sup>1566</sup>.

(a) Primero, porque en cierto sentido se trata de **la misma clase de participación**. En definitiva, el problema consiste en que tanto la complicidad psicológica como la inducción pertenecen a una misma forma de intervención en el delito<sup>1567</sup>. Aquella que actúa sobre el sujeto de la actividad delictiva (y no sobre el hecho como sucede con la complicidad) mediante la creación (inducción) o refuerzo de la resolución delictiva (complicidad psicológica)<sup>1568</sup>.

Con todo, hubiera sido más fácil redefinir el término inducción y sostener que ésta consiste en la creación de la resolución delictiva o el refuerzo de la ya presente. De hecho, tiene mayor dificultad probar que el apoyo psíquico en alguna medida favorece y facilita el delito que probar que la inducción, la influencia mental sobre el autor, incluye la creación y el refuerzo.

Así, cuando el autor principal hace depender la realización del hecho delictivo del refuerzo psicológico, ¿no hay realmente un supuesto de inducción? Es decir, ¿evitar que la resolución desaparezca y/o se mantenga no es equivalente a la creación de la misma?<sup>1569</sup>

La pertenencia de ambas a una misma clase de participación se confirma cuando se observa que la distinción entre inducción y complicidad psicológica (como diferentes formas de participación) desaparece plenamente si se defiende, por ejemplo, que la resolución definitiva del autor sólo existe en el instante en que se consuma el hecho<sup>1570</sup>. En una palabra, «si se piensa que la resolución no es un estado definitivo alcanzado

<sup>1566</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 327-29. Autora que además señala que ciertas formas de entender la complicidad psíquica plantearían problemas de diferenciación con la figura del inductor, op. cit., pág. 322

<sup>1567</sup> En un sentido próximo defiende que la complicidad mediante consejo o refuerzo de la resolución se encuentra próxima a la inducción, Neidlinger, H-J., *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, pág. 2, 23.

<sup>1568</sup> Hruschka, J., "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe", pág. 178.

<sup>1569</sup> Se plantea esta cuestión Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 131, a la que responde con una negativa, porque en estos supuestos el sujeto que incita favorece el hecho delictivo pero no genera la resolución que ya existe aunque la ejecución se condicione a la actuación de un tercero, op. cit., pág. 147.

<sup>1570</sup> Incluso si la resolución definitiva se sitúa con absoluta certeza en el momento del inicio de la ejecución, ello provocaría igualmente una reducción del ámbito de la complicidad psicológica limitado al refuerzo de la resolución durante la ejecución de la conducta. Sólo se puede distinguir entre *omnimodo facturus* y sujeto que tiende al delito si nos podemos representar que el autor ha tomado una resolución en la fase preejecutiva, Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 116.

por el autor a través de una "toma de resolución" (scil. Entschlußfassung) adoptada en un momento cualquiera anterior a la comisión del hecho, sino que éste se entiende como la relación psíquica con el hecho objetivo y su resultado que se constituye definitivamente sólo con la ejecución del hecho, entonces cabe preguntarse qué diferencia a la incitación del plan (generalmente conocida como inducción) del refuerzo de la resolución (calificado como complicidad psicológica) salvo el hecho de que ésta (scil. la inducción) se halla al comienzo del desarrollo del hecho»<sup>1571</sup>.

(b) Segundo, (y como consecuencia lógica del primer punto) porque aunque haya una relación de exclusión entre ambas figuras<sup>1572</sup>, en la práctica **un mismo comportamiento puede ser o una tentativa de inducción o una complicidad psicológica**: el fracaso en la inducción en los supuestos de autor previamente decidido siempre provocará un refuerzo (por mínimo que este sea) de la resolución existente que puede ser calificada como complicidad psicológica. La inclusión en uno u otro grupo no depende de las características objetivas de la conducta del incitador sino de la presencia de una resolución definitiva en el destinatario y del conocimiento de esta circunstancia por el inductor. De este modo, la complicidad psicológica se convierte en una forma específica de tentativa de inducción que es castigada como participación (complicidad) consumada.

(3) Por último, existe una **confusión entre formas imperfectas de la complicidad física y la complicidad psíquica**. La complicidad psíquica también daría cabida a supuestos de tentativas de complicidad (no se realiza la aportación prometida o no es utilizada por el autor) porque la promesa de elaboración puede producir un fortalecimiento de la resolución delictiva del autor<sup>1573</sup>. Ciertos modos de aparición de la tentativa de complicidad física producen un refuerzo de la resolución del autor (que tiene conocimiento de la ayuda que el tercero le ha querido prestar). Dicho de otro modo, toda ayuda prestada conocida por su destinatario, con independencia de que alcance a facilitar la actividad principal, representa un apoyo psíquico al autor.

En suma, no se debe perder de vista que la admisión de esta clase de complicidad provoca la inclusión en la participación como formas de complicidad psíquica consumada. Tanto las tentativas de inducción imposible porque, aunque el destinatario de la inducción sea un *omnimodo facturus* de *facto*, puede haber un

<sup>1571</sup> Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 107.

<sup>1572</sup> En todo caso la inducción sería heterogénea respecto a la complicidad psicológica pues no pueden concurrir al mismo tiempo, ya que la presencia o no de un *omnimodo facturus* determina la existencia excluyente de cada figura, Hruschka, J., "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe", pág. 179.

<sup>1573</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 327-29..

refuerzo de la resolución criminal<sup>1574</sup>, como las formas de imperfecta realización de la complicidad, como son los supuestos de complicidad imposible (casos en los que el autor principal rechaza lo aportado) o ineficaz, porque, aun cuando no se utiliza finalmente lo aportado, tal conducta robustece la resolución del autor principal<sup>1575</sup>.

Esta característica conformación de la complicidad psicológica en donde se reúnen numerosas formas de tentativas de participación redundan en una extensión de la participación consumada y en una reducción del ámbito de la preparación (en el sentido que en este trabajo se defiende). Es decir, a los efectos aquí buscados, se tiene que establecer la relación que existe entre complicidad psíquica y preparación. El problema reside en que si la complicidad psíquica es una forma consumada de participación (siempre que se satisfagan las exigencias del principio de accesoriedad) integrada por formas imperfectas de la inducción y la complicidad hay una paralela reducción del ámbito de la preparación: tanto la inducción imposible, como la complicidad fracasada o imposible (con conocimiento del autor principal), es decir, las formas de complicidad intentada sin resultado intermedio, y la complicidad ineficaz o interrumpida (sólo en la fase preparatoria), esto es, la complicidad con resultado segundo pero sin conexión con el primero, se convierten en formas consumadas de participación que quedarían excluidas del ámbito de la preparación del hecho ajeno.

La complicidad psicológica surge como mecanismo que permite castigar conductas que no cumplieran plenamente tanto en el ámbito de la inducción como de la complicidad las exigencias propias del sistema diferenciador. Con ello tiene lugar una extensión de la participación consumada punible. Por un lado, porque se reducen

<sup>1574</sup> Ante la imposibilidad de castigar al inductor de un *omnimodo facturus* porque no puede crear la resolución, se considera que el refuerzo de la intención existente es una forma de complicidad en la que no hay un apoyo técnico, sino moral<sup>1574</sup>. Vid. Gropp, *AT2*, 10/123; Letzgas, *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 33; Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1095; Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", nota 37, pág. 107; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 461; Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 762; Kühl, K., *AT2000*, 20/177 y s; Schmidt/Priebe, *BT*, pág. 112. López Peregrín propone que siempre que la incitación ineficaz refuerce la decisión del autor se debe optar preferentemente por la complicidad (participación consumada) antes que por la inducción intentada, López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 461. «Esta solución permite... reservar la calificación de complicidad psíquica (castigada con la pena inferior en grado a la del autor) para los supuestos más graves de incitación a un *omnimodo facturus*, esto es, aquellos en que la conducta refuerza la decisión delictiva del autor, y aplicar la pena más leve de la participación intentada (que puede ser inferior en uno o dos grados a la del autor) a los casos en que la conducta de incitación a quien ya estaba dispuesto a delinquir *ni siquiera tiene como consecuencia un fortalecimiento de la decisión delictiva*», op. cit., pág. 461 (cursiva original). El problema es cómo se demuestra que ha habido un fortalecimiento de la resolución y el grado de éste.

<sup>1575</sup> Consideran que la complicidad psíquica incluye supuestos de complicidad física e inducción no consumada Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 564; Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 224 (respecto a los supuestos de tentativa de complicidad).

los requisitos de consumación del resultado intermedio, que ya sólo exige una acción destinada a favorecer (mediante el intento de generar una resolución o el intento de aportar lo requerido) una actividad criminal y que esa conducta sea conocida por el autor principal. Por otro, porque la relación de causalidad deviene en irrelevante, pues no es necesario que lo aportado sea utilizado con posterioridad, sino que la intención reforzada se consume. En definitiva, evita plantearse el problema de la causalidad (con el hecho principal) en la participación<sup>1576</sup>.

A no tiene que utilizar el juego de gonzúas para afirmar la presencia de una complicidad psíquica consumada basta con que cometa el robo.

Por consiguiente, las opiniones, que consideraban que la tentativa de inducción o de complicidad eran impunes, quedan vaciadas de contenido en la medida en que paralelamente se defiende el castigo de estas tentativas mediante un baile de conceptos que autoriza que una conducta participativa intentada, que siempre refuerza psicológicamente al autor principal, se convierta, por esta característica común a todas las formas de participación, en una participación consumada.

La complicidad psicológica es una categoría que tiene como razón de existencia justificar la punición de formas imperfectas de participación que van acompañadas de una acción típica y antijurídica. Se ha convertido en un cajón de sastre que permite castigar formas imperfectas de realización de la participación pero sin una explicación satisfactoria. Resulta curioso comprobar como la punición de una acción con un nombre nos parece que está justificada y con otro término es absolutamente insostenible, cuando, no lo olvidemos, ¡es la misma conducta! Además, el recurso a la complicidad psíquica puede generar cierta confusión en aquellos supuestos en los que un sujeto presta ayuda técnica mediante una explicación o mediante un consejo. Casos en los cuales hay una auténtica complicidad técnica y no psicológica porque no se refuerza la voluntad delictiva, sino que se ayuda materialmente a la realización de lo planeado.

Por tanto, me parece más correcto prescindir de esta categoría<sup>1577</sup> y moverse dentro del ámbito de la preparación para justificar la posible punición de algunos de los comportamientos que se incluían dentro de la complicidad psicológica (todos los recogidos en el primer grupo: participación imperfecta con resultado intermedio) y la imposibilidad de perseguir otros (los incluidos en el segundo grupo, sin resultado intermedio). En todo caso, si se considera que no se puede renunciar a esta figura,

<sup>1576</sup> Próximo Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", pág. 5.

<sup>1577</sup> Rechaza la complicidad psicológica Hruschka, J., "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe", pág. 177-79.



sólo tendría sentido justificar la punición de la complicidad psicológica en algunos supuestos en los que se puede probar que ha habido un refuerzo de la voluntad y que ello contribuyó decisivamente a aumentar las posibilidades de lesión del bien jurídico<sup>1578</sup>.

Me estoy refiriendo a los casos (I) en los que se anima al autor principal a la practica o continuación en la ejecución del delito comenzado (*Anfeuern*)<sup>1579</sup>.

Este es el momento de recordar que se considera que hay cuatro modos de refuerzo de la resolución delictiva<sup>1580</sup>:

- Mediante la eliminación de escrúpulos y dudas.
- Aportando nuevos motivos para la realización.
- Animando al autor principal a la práctica o continuación de la ejecución.
- Creando en el autor una sensación de mayor seguridad.
- Yo incluiría una quinta, a saber, la constatación por el autor de la existencia de un apoyo por parte de un tercero en lo relativo a la práctica de una actividad delictiva<sup>1581</sup>.

También se incluirían (II) los supuestos en los que se ofrece una ayuda que aumenta las posibilidades del fracaso de la posterior actuación de las autoridades, por ejemplo cuando hay una promesa de encubrimiento, de aportación de una coartada, de receptación del objeto...<sup>1582</sup>

<sup>1578</sup> Exigencia que se observa en Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 224; Phleps, A., *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschluß*, pág. 106 y s (el autor se debe sentir reforzado, lo que facilita la realización del tipo); Weigend, T., "Grenzen strafbarer Beihilfe", pág. 209 que requiere que el simbólico apoyo mediante la solidarización fomente la realización concreta del hecho principal, lo cual sucede raramente; Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 564; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 99-102, 127-129. En España exige que la complicidad psíquica contribuya a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 314 y s. Crítico respecto a la posibilidad de que la complicidad psicológica posee capacidad causal Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", pág. 6. Autor que considera que defender «que cocausa el resultado quien simplemente provoca que el autor ejecute la acción con menos remordimientos o de mejor humor *es una ficción*», op. cit. pág. 6 (cursiva añadida).

<sup>1579</sup> Reconoce que en estas situaciones hay un influjo sobre la resolución delictiva que aumenta las probabilidades de inicio de ejecución y de lesión del bien jurídico, Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 224-26; Phleps, A., *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschluß*, pág. 177; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 131.

<sup>1580</sup> Sigo en la exposición a Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 98 (con bibliografía sobre cada punto).

<sup>1581</sup> Es lo que López Peregrín denomina *disposición para intervenir en caso necesario* (conocida por el autor), López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 319 y s.

<sup>1582</sup> Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, pág. 10 y s; Roxin, C., *LK11*, 27/12.

Class, W., "Die Kausalität der Beihilfe", pág. 117 y s, excluye estos supuestos del ámbito de la complicidad. Aunque al no poder ser recogidas como formas de encubrimiento del (Begünstigung) en el § 257 StGB (son supuestos de "vorgeleistete Begünstigung" –encubrimiento anticipado [término de López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 320] no previstos en el tipo), se plantea la posibilidad de que exista una razón de política criminal (necesidad de pena) para su persecución por la vía de la complicidad, op. cit., pág. 118. Una postura próxima a Class es la de López Peregrín que mantiene que en la mayoría de las ocasiones no puede constituir una

**Althein**<sup>1583</sup> renuncia a la exigencia de la causalidad (psíquica) que es sustituida por un criterio de imputación: la existencia de una *relación de dependencia entre la conducta del autor y el cómplice*. Esto es, la complicidad psicológica existe y como tal es penalmente relevante cuando el autor «hace depender la realización del tipo de la prestación de un servicio o la promesa de ello, el cual puede ser causal ya para el hecho principal ya para la seguridad del autor ya para su botín»<sup>1584</sup>. Aquí se incluiría la promesa de encubrimiento, aportación de una coartada... pero siempre que el autor subordine su conducta a la presencia de esa aportación o promesa. Con este planteamiento, se está reconociendo en definitiva que la única solución coherente es punir la complicidad psicológica cuando efectivamente facilita la realización de la conducta posterior. Es decir, lo importante es comprobar si se ha favorecido la ejecución bien a través del apoyo durante la misma, bien a través de promesas o consejos que acaben con las últimas dudas<sup>1585</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

Existen dos formas de preparación, del hecho propio y del ajeno. La preparación del hecho propio coincide con el concepto clásico de preparación como fase previa a la tentativa de autoría. La preparación del hecho ajeno, en cambio, es aquella en la cual un sujeto orienta su acción a favorecer, facilitar la posterior actividad criminal de un tercero, que va a ser el autor del hecho delictivo. El recurso a esta variante de la preparación tiene como objetivo ampliar el ámbito de la preparación de modo que sea posible crear un sistema que permita depurar por la vía del iter criminis la responsabilidad de aquellos que intervienen en los procesos delictivos. Ahora bien, como ya he explicado no pretendo que la preparación sustituya a la participación. Mi intención no es suprimir el modelo dual sino que pretendo complementarlo. Ya he señalado que definiendo un sistema que permite la convivencia entre la preparación y la participación. Este modelo se articula en tres niveles. En el primero, se mantiene la participación consumada. En el segundo se sancionan las tentativas de participación con resultado intermedio como preparaciones consumadas. En el tercero se recogen supuestos de tentativas de participación sin resultado intermedio como formas

---

complicidad. Son supuestos de encubrimiento anticipado que no tienen cabida en el art. 451 CP, López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 323-25. No obstante, «cabría una única posibilidad de ser calificada como complicidad psíquica: sólo en el supuesto en que pudiera ser probada la eficacia de la acción en la estabilización de la decisión delictiva del delincuente. De lo contrario la acción será impune», op. cit., pág. 323.

<sup>1583</sup> Althein, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 173-76.

<sup>1584</sup> Althein, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 174. Próximo, Baunack que exige que la aportación del cómplice tenga tal importancia para el autor que haga depender de ella la realización del hecho, Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 129, 131, 162.

<sup>1585</sup> Ahora bien, es difícil probar tal circunstancia. Dificultad probatoria en la que insiste durante toda su exposición López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 309-29.

imperfectas de realización de la preparación, que quedan impunes. La viabilidad de esta propuesta pasa por comprobar que las conductas participativas pueden ser formas de preparación, ya sea del hecho propio o ajeno. Y una vez que se haya respondido de manera afirmativa a esta cuestión era necesario estudiar el iter criminis de la participación para conocer y señalar con exactitud que conductas se integrarían y en qué posición dentro del iter criminis de la preparación. No hay dificultad para considerar como preparador del hecho ajeno al cómplice que facilita la actividad delictiva que va a desarrollar otro. Y es que el que aporta un objeto, un consejo técnico satisface las necesidades de un tercero que quiere cometer un delito. En cambio, no hay complicidad que se transforme en preparación del hecho propio porque por definición la complicidad en el propio hecho es preparación. Con la inducción es más complejo. Es cierto que mediante la incitación se puede preparar un hecho propio o ajeno según se quiera obtener el instrumento-humano necesario para el desarrollo del plan del que incita o el de un tercero. Sin embargo, hay ciertos casos en los que la inducción no se transforma en preparación. Como el dolo del inductor, que quiere crear una resolución delictiva, no coincide con el del preparador, habrá casos de inducción dolosa que no sean una forma de preparación porque no venga acompañada del deseo de integrar al incitado en el plan delictivo. No obstante, esta apreciación, en la práctica, apenas tiene relevancia pues el inductor que se dirige a un sujeto concreto y desea que se produzca un resultado delictivo casi siempre posee un plan delictivo que se plasma en la exteriorización del mensaje incitador. De hecho se podría partir de la presunción de que la presencia de un dolo de consumación incluye al de preparación..

Por otro lado, si bien la participación en lo que respecta a la complicidad y cooperación necesaria representan siempre la punición de forma de preparación del hecho ajeno, en la inducción no sucede lo mismo. La inducción puede ser una forma general de preparación (propia o ajena) y una forma de participación (creación de la resolución delictiva como autor en el inducido). En aquellos casos en los que prepara una conducta –cuando incita para obtener el instrumento necesario– puede ser del hecho propio o ajeno –según pretenda adquirir el instrumento requerido por su plan o el de otros sujetos–.

Por último, la figura intermedia de la complicidad psicológica incorpora ciertos supuestos de tentativas de inducción y de complicidad intentada que dentro del sistema de convivencia entre preparación y participación desequilibraba la situación a favor del segundo. Este motivo me ha llevado a solicitar la exclusión de esta figura y la reconducción a la preparación de parte de su ámbito, el que engloba a las tentativas de participación. La complicidad psicológica quedaría si acaso reducida a los supuestos en los que intencionadamente se quiera reforzar la resolución. En

estos casos de participación, habría también una opción para la preparación cuando no estuviera consumada en su segundo resultado, pero que dejaría fuera los que carecen de resultado intermedio o primario (p.e. la complicidad psicológica imposible). Sin embargo, su admisión como modo de participación seguiría dejando en el aire dos cuestiones fundamentales: ¿tal comportamiento debe ser penalmente relevante? ¿Se tiene que probar que ha tenido lugar un refuerzo de la resolución? Creo que no debería ser penalmente relevante, y si no hay más remedio, habrá que probar que ha existido ese refuerzo y que ello a facilitado la actividad delictiva posterior o en curso.

Una vez que he planteado como posible la presencia de una preparación del hecho propio y ajeno, los principales modos de actuación que a groso modo la integrarían, así como su compatibilidad con la teoría de la participación, es el momento de recordar la definición de acto preparatorio que esboqué en páginas precedentes y completarla con la referencia al hecho ajeno y al carácter individual o colectivo de la misma.

***El acto preparatorio es aquel comportamiento, condición de una posterior actividad delictiva, incapaz per se de lesionar o poner en peligro de forma directa el bien jurídico tutelado, a través del cual un sujeto o varios únicamente tienen la intención de facilitar, posibilitar o asegurar una posterior ejecución del hecho delictivo propio o del que será realizado por otro cuya ejecución todavía no ha dado comienzo.***

## Cuarta Parte

La naturaleza de la Proposición, la  
Conspiración, la Provocación y la  
Aplología

## Capítulo I

Opciones teóricas para explicar la naturaleza  
de la Proposición, Conspiración, Provocación  
y Apología



## I. INTRODUCCIÓN.

La proposición, la provocación, la conspiración han sido tradicionalmente incluidas en un grupo superior denominado *actos preparatorios punibles*. Ahora bien, a tenor de las características discriminatorias de la preparación en el delito que he establecido con anterioridad y a la vista de la normativa que se le aplica a tales conductas ¿se puede sostener que realmente sean actos preparatorios punibles?

El primer contacto con estas figuras arroja como resultado la presencia de tres notas intensionales que las definen. Parece que este grupo, que de momento voy a seguir denominando actos preparatorios punibles, viene calificado por la concurrencia de una pluralidad de personas, por lo menos dos sujetos, que expresan a través de manifestaciones públicas su intención delictiva. Conductas que no se pueden considerar, entre sí, como fases en algún modo consecutivas de un *iter criminis* cualquiera.

Así lo expone con claridad **Cuello Contreras** cuando defiende que «(...) lo único que las caracteriza es que en todas ellas se hace referencia a una pluralidad de personas de las cuales alguna, o algunas, exterioriza un *animus* delictivo (*conspiración y proposición*) o algo que lo pueda suscitar (*conspiración, proposición y provocación*), sin que representen grados diversos de una misma progresión criminal»<sup>1586</sup>.

Aunque es cierto que estas tres notas se encuentran presentes en las tres figuras, debo hacer ciertas precisiones orientadas a determinar cómo creo que se deben entender cada una de ellas para que puedan considerarse predicables de todas las conductas en cuestión.

Primero, conviene reparar en el hecho de que, en un sentido estricto, únicamente hay una pluralidad de personas en la conspiración ya que tanto en la proposición como en la provocación sólo hay un autor del tipo preparatorio que, lógicamente, se vincula a la persona que recibe la incitación o invitación a la comisión de un delito<sup>1587</sup>. Por lo tanto, la referencia a una pluralidad de personas debe ser matizada,

<sup>1586</sup> Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 12 (cursiva original).

<sup>1587</sup> Así lo entiende Silva, que considera que «ciertamente, la conspiración describe un concierto criminal, mientras que en la proposición –como en la provocación– nos hallamos ante actos unilaterales, Silva Sánchez, J.M., “La regulación del *Iter criminis* (artículos 16-18)”, pág. 152.

no quiere decirse con ello que se trate de conductas que sólo puedan ser cometidas de forma colectiva, sino que en ellas existirá siempre una relación entre varios sujetos, ora como autores entre sí (conspiración)<sup>1588</sup>, ora como *autor* (incitador) y *víctima* (inducido).

Segundo, si bien esa exteriorización de la voluntad parece que tenga como objetivo crear una resolución criminal en una/s persona/s concreta/s o en un auditorio no tan determinado, no siempre es así, pues en ocasiones la exposición de la intención únicamente tiene como objetivo poder pasar a la fase organizativa de la actividad delictiva (conspiración). De ahí que, la manifestación de la voluntad criminal no se pueda identificar necesariamente con la incitación a cometer un delito. O mejor dicho, en unos casos sólo habrá una exteriorización de la voluntad criminal, mientras que en otros sí existirá una auténtica incitación delictiva.

Por último, es evidente que si se afirma que estas figuras son actos preparatorios, todas ocuparán una misma posición (preparatoria) dentro de la escala del *iter criminis* del delito, o que si se defiende que son formas imperfectas de participación todas serán tentativas de participación en relación con el delito principal. Ahora bien, ello no es óbice para que puedan concurrir de forma simultánea o consecutiva dentro de un proceso delictivo. Es decir, cada una de estas conductas puede ser una forma de preparación de un mismo delito (conspiración y proposición a un delito concreto), y además, sería imaginable que uno de los actos preparatorios punibles fuera una fase del *iter criminis* de los otros (conspiración a la proposición o a la provocación<sup>1589</sup>), e incluso si alguno de ellos se define como una forma de participación intentada (p.e. la proposición) habría una tentativa de incitación a la provocación cuando se invita a cometer semejante delito. Cuestión distinta es que al considerarse que no son tipos autónomos no se admita la aplicación de la teoría de la tentativa y participación a los mismos.

Una vez establecido cómo se deben entender estas referencias intensionales de los actos preparatorios punibles, tengo que reconocer que no son ajenas al concepto de acto preparatorio que aquí he defendido. Anteriormente he expuesto que, dentro de ciertos límites, es posible preparar un delito propio o ajeno mediante una incitación, (relación preparatoria que existía en ese contexto entre inductor que facilitaba un comportamiento delictivo posterior mediante la creación de una resolución de intervenir y el instrumento inducido). Igualmente admití una forma de preparación colectiva junto a otra individual, así como actos preparatorios organizativos. Estas características de los actos preparatorios punibles aparecen, pues, como constante durante la

<sup>1588</sup> Como autores de la conspiración. No estoy considerando con esto que la conspiración sea una forma anticipada de la coautoría.

<sup>1589</sup> Un ejemplo de ello sería el supuesto en que los conspiradores deciden que es necesario invitar a otro sujeto a la ejecución, o incitar públicamente a la comisión de un delito.

investigación del acto preparatorio. Si, además, se observa el carácter mediato de la puesta en peligro del bien jurídico que contienen o el carácter preejecutivo de las mismas pareciera que con ello se afirma la correcta pertenencia de estas figuras a la preparación. Sin embargo, debo precisar que, en la medida en que no se exige que se haya obtenido el instrumento requerido sino que basta la incitación, dentro del esquema expuesto, nos hallaríamos (en la proposición/provocación) ante una tentativa de preparación o en cualquier caso ante una preparación imperfecta que convive con una figura que sí es un acto preparatorio *consumado* (conspiración). Aparte de eso, la cuantía de la pena es la prevista para la tentativa, superior a la que desde aquí se solicita para la preparación. Por último, se suele exigir doctrinalmente la presencia en estas figuras de un dolo de consumación que no era un requisito propio de la preparación. Si las figuras en cuestión fueran actos preparatorios habría que requerir la presencia de un deseo de facilitación del hecho propio o ajeno, exigencia subjetiva que no coincide con un deseo de consumación del delito principal, pues por ejemplo, un incitador puede desear que el incitado cometa el delito pero no querer preparar su propio plan ni el ajeno. Por consiguiente, debo afirmar que las conductas en cuestión pueden ser preparaciones, pero, tal y como están redactados los tipos, éstos responden a una penalidad superior a la que solicito para la preparación, algunas conductas típicas serían formas imperfectas de preparación, y exigencia de un dolo de consumación obligaría a cambiar doctrinalmente los requisitos subjetivos que condicionan su punición.

No obstante, también se puede apreciar como las notas planteadas aparecen de un modo fácilmente reconocible en el ámbito de la participación, que integra, tal y como se encuentran redactados los tipos, de manera menos forzada que la preparación estas conductas. ¿Qué otra cosa es la proposición (p.e.) que el intento de creación de una resolución delictiva en un tercero mediante manifestación de voluntad orientada a ese objetivo? Al fin y al cabo, la terminología utilizada en los tipos, el modo de actuación que describen (conspirar, invitar, incitar) es identificable directamente con la inducción y sólo mediante la interpretación que he realizado es posible entrever una forma de preparación en estos modos de actuación, que, además, es la opción exegética más compleja y forzada.

El estudio de los comportamientos recogidos en los artículos 17 y 18 CP así como de otros que no han sido objeto de tipificación por el Código penal Español pero que responde a una problemática común, a saber, el ofrecimiento a la comisión de un delito o la aceptación de esta oferta<sup>1590</sup>, ha suscitado una discusión interminable

<sup>1590</sup> Comportamientos que si son perseguidos por el Código penal alemán, § 30 StGB. Sobre estas figuras en España vid. Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 537 y s, 551 y s. Según este autor el ofrecimiento no aceptado sería impune y el aceptado punible por la vía de la proposición y la conspiración. La aceptación de la proposición no

acerca de cuál sea la naturaleza predominante. Desde un primer momento la alternativa entre preparación o participación ha guiado las líneas de investigación que buscaban una solución en este ámbito. No obstante, como expondré a continuación, la mayoría de las soluciones que se predicaban desde la vía de la preparación no pasaban de ser meros *cambios de nombre* que no abandonaban la perspectiva de la participación, como muestra la continua preocupación por la ruptura del principio de accesoriedad y la vinculación con la acción de un autor principal o la exigencia de un dolo de consumación en el acto preparatorio punible.

En las páginas precedentes y con motivo del estudio de la preparación en estricto sensu he anticipado la que será mi modesta aportación a esta polémica, y que se centra en un análisis de las opciones que la categoría preparación ofrece, la cual permite recoger los comportamientos en cuestión como formas de preparación del hecho ajeno o del propio (imperfectas o consumadas). Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan ser formas imperfectas de realización de la participación, de hecho, el problema reside en que son ambas cosas al mismo tiempo pero de forma excluyente, si es una preparación no será una participación y viceversa. Y ello, no sólo porque aunque tengan muchos elementos comunes posean igualmente notas que las diferencian y que impiden la completa superposición de las figuras. Lo verdaderamente importante es que la elección de una naturaleza implica la opción por lógicas distintas dentro de la teoría del delito. En un caso, la del *iter criminis*, en el otro, la de la participación. Así pues, hay que tomar partido por una u otra opción dogmática ya que sólo de este modo se podrá conocer cuál es la normativa que es aplicable y si es posible la justificación del castigo de este comportamiento y dentro de qué límites.

Por consiguiente, el proceso lógico de estudio de estas figuras debe realizarse mediante una presentación de las diferentes opciones sobre la naturaleza de los actos preparatorios punibles que se han predicado, todo ello acompañado de un análisis de la posible corrección de su uso. No me voy a limitar, pues, a llevar a cabo una simple labor recopilatoria y sistematizadora de las construcciones teóricas habidas al respecto, sino que el objetivo va ser comprobar, por un lado, en qué medida las conductas descritas en los arts. 17 y 18 se van a adaptar a esos planteamientos, por otro, analizar si estas soluciones se ajustan a la lógica de la naturaleza elegida y la normativa que le es propia.

---

sería punible porque no cabe como conspiración cuando el aceptante no condiciona su aceptación. En cambio, la aceptación del ofrecimiento se puniría, según los casos, a través de la proposición (el aceptante condiciona su aceptación pero el proponente no) o de la conspiración (ambos condicionan su aceptación).

## II. RESOLUCIÓN MANIFESTADA.

Los defensores<sup>1591</sup> de esta postura consideran que la conspiración, proposición y provocación para delinquir son una mera manifestación de la resolución delictiva. Tales conductas «se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente»<sup>1592</sup>. Por tanto, las resoluciones manifestadas son simples declaraciones verbales que «no entran en el núcleo del tipo»<sup>1593</sup> porque a través de ellas no se puede preparar un delito. Además, se dice que no tienen necesariamente como finalidad facilitar la posterior ejecución del delito. En resumen, si bien han manifestado la resolución de cometer el delito, no poseen ni el contenido material ni la univocidad de la preparación, porque ni se puede preparar un delito mediante una declaración, ni la expresión de voluntad que contienen va acompañada de un comienzo de la ejecución de la misma<sup>1594</sup>. Desde este planteamiento se pueden distinguir dos niveles dentro de las fases no ejecutivas del *iter criminis* del delito. Por un lado, las resoluciones manifestadas, muy próximas a la fase interna, donde se incluyen exteriorizaciones de la intención delictiva que no van necesariamente acompañadas de una voluntad ejecutiva del delito ni de acciones que la pongan en práctica. Por otro, los actos preparatorios, conductas destinadas a facilitar la posterior ejecución de la voluntad delictiva, mediante comportamientos adecuados a ese fin. De conformidad con este esquema se sitúa, entre la fase interna y el acto preparatorio (material y externo), la resolución manifestada (verbal) que incluye la conspiración, proposición y provocación.

La principal crítica que se le puede hacer a este planteamiento es que aunque la clasificación del *iter criminis* que realizan puede ser acertada, en la medida en que es posible que haya una fase situada entre la preparación y la fase interna<sup>1595</sup>, lo

<sup>1591</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 263; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, PG95, pág. 778-81, que sólo considera como formas de resolución manifestada a la proposición y a la conspiración, op. cit., pág. 778; Luzón Cuesta, J.M., *Compendio*11, pág. 179 y s; Luzón Domingo, *Derecho penal II*, pág. 31 y ss; citado por Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 208, nota 438; Bacigalupo, E., *Código penal*, pág. 559 que define de modo genérico a las conductas recogidas en los art. 17 y 18 como *resoluciones manifestadas*; de igual modo STS 16 de noviembre 1987 (f.d.1.º); STS 21 de octubre 1993 (f.d. 1.º); STS 13 de noviembre 1998 (f.d. 6.º).

Al respecto vid. Orts Berenguer, "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 487 (que explica pero no defiende la postura).

<sup>1592</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 263.

<sup>1593</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 263.

<sup>1594</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VII, pág. 268; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *PG95*, pág. 779.

<sup>1595</sup> Categoría intermedia que no tiene que complicar inútilmente el *iter criminis*, tal y como afirman Quintano Ripollés (*Curso de Derecho penal*, I, pág. 223) y Rodríguez Mourullo ("La punición de los actos preparatorios", pág. 278). De hecho, aporta claridad al indicar que una simple resolución

que no se puede afirmar sin más es que la provocación, proposición y conspiración se integren en esa fase. Es evidente que todas estas conductas se caracterizan por la presencia de una expresión de la voluntad que refleja una cierta intención delictiva, sin embargo, no se puede reducir su naturaleza a un marco tan estrecho. Primero, porque si la diferencia entre *preparación* y *manifestación de resolución* radica en el elemento volitivo, lo relevante será la intención ejecutiva del sujeto y no la forma objetiva como la haya expresado. Se planteaba que la resolución manifestada aunque contenía una intención de cometer un delito ésta no era necesariamente ejecutiva, mientras que la preparación persigue facilitar la comisión del mismo, lo que, según los autores citados, ya representa una voluntad ejecutiva. Este planteamiento, así mismo, parece basarse en la premisa de que la posible falta de relevancia objetiva de una manifestación verbal refleja la inexistencia de una intención delictiva o cuanto menos preparatoria. Más allá de que considere que una conducta preparatoria no va necesariamente presidida por una voluntad ejecutiva trascendente, debo ahora insistir en que no es correcto identificar el carácter verbal de una manifestación con ausencia de voluntad delictiva ejecutiva. Y es que por un lado, una expresión verbal puede ser una forma de lesión, puesta en peligro del bien jurídico objetivamente relevante. Hay actos verbales con los que ya se ha comenzado la ejecución del propósito. Baste recordar que se puede lesionar un bien jurídico mediante una expresión<sup>1596</sup>. Además, son comportamientos por medio de las cuales un sujeto puede preparar un delito pues ayudan a facilitar la posterior actividad criminal normalmente a través de la creación de la resolución delictiva en su destinatario<sup>1597</sup>. Por otro lado, porque la intención delictiva puede ser idéntica en ambos casos y así, pueden ser una simple expresión carente de seriedad, contener una mera intención preparatoria de creación de las condiciones de una posterior

---

manifestada no alcanza necesariamente el ámbito objetivo de relevancia penal (con lo que está de acuerdo el autor, Rodríguez Mourullo, op. cit., pág. 288). Puede haber una resolución delictiva manifestada que sea penalmente irrelevante. Cuando A comunica a B que quiere matar a su esposa (de A) hay una resolución manifestada que desde luego no se puede considerar ni como una inducción, ni como una proposición. Se exige algo más que la mera manifestación de una resolución para justificar la punición de las conductas (Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 29).

<sup>1596</sup> Vid. Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras".

<sup>1597</sup> Insiste en que aunque tengan un carácter verbal tienden a facilitar la posterior ejecución, Orts Berenguer, "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 487; igual Sainz Cantero, J.A., *Lecciones* 85, pág. 150 que distingue entre actos preparatorios materiales o inmateriales dentro de los cuales incluye los verbales. «Que la conspiración, proposición y provocación para delinquir son manifestación de la resolución tomada de cometer un delito no cabe duda, pero en ellas hay *algo más* que la simple manifestación de la voluntad: el sujeto realiza actos – aunque sean verbales – que entran en el área de los actos preparatorios», Sainz Cantero, J.A., *Lecciones* 85, pág. 149.



actividad criminal o/y una intención ejecutiva trascendente a la misma acción<sup>1598</sup>. Incluso se podría decir que hay mayor seguridad sobre la presencia y contenido concreto de la voluntad contraria a la norma de determinación en los supuestos en los que un sujeto manifiesta abiertamente cuál es su intención, que en aquellos otros en los que la voluntad se deduce de la conducta practicada, que en ocasiones no deja de ser cotidiana, *neutral*. Además, si no contienen una *voluntad ejecutiva*, cómo se explica desde esta postura que semejantes resoluciones sean castigadas cuando van seguidas de una aceptación por parte del inducido y una conducta principal de éste. Por consiguiente, y en lo relativo a la preparación, pueden existir tanto resoluciones manifestadas que no sean actos preparatorios del delito como otras que sí lo sean (objetivamente adecuadas y tengan impresa una intención preparatoria). La diferencia entre ambas radica en que las primeras son una simple manifestación carente de intención preparatoria y/o de capacidad para preparar el delito, las segundas, en cambio, facilitan intencionadamente la posterior ejecución, lo cual se puede hacer bien materialmente, bien de palabra (cosa que sucede con la conspiración, proposición y provocación)<sup>1599</sup>. En suma, puede haber manifestaciones irrelevantes pero lo serán por las características objetivas y subjetivas de las mismas (falta de determinación de la incitación, insuficiente capacidad de motivación, o ausencia de una voluntad penalmente relevante), no por el simple hecho de tener un carácter verbal.

Segundo, si una exteriorización de una opinión «...se manifiesta sin el propósito de preparar nada, sin el fin ni el objeto de delinquir... supondría su completa irrelevancia penal»<sup>1600</sup>. Desde esta perspectiva, y considerando que las conductas realizadas no van acompañadas de una acción que muestre su voluntad preparatoria del delito, que son meras reflexiones que tienen como objeto comportamientos típicos, se tiene que concluir que si los actos preparatorios punibles son simples *resoluciones manifestadas de delinquir* estamos ante una forma de ideación o deliberación que se toma en grupo (la conspiración), o una manifestación de una opinión que puede sensibilizar a la comunidad (la provocación o apología). Esto es, al entender que los actos preparatorios punibles son simples manifestaciones de una voluntad delictiva, que peculiarmente no van acompañadas de una intención criminal (no se quiere preparar el delito, no se quiere cometer el delito) se está cerrando la puerta a una

<sup>1598</sup> De forma parecida Puig Peña indica que la resolución de delinquir puede no haber salido al exterior, es decir que no se haya manifestado adecuadamente o que hayan producido una perturbación social de primer grado (una amenaza) o de segundo grado (actos preparatorios punibles), Puig Peña, F., *PG7*, pág. 519.

<sup>1599</sup> Orts Berenguer, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios el delito*, pág. 487.

<sup>1600</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 18.

justificación de su persecución, «en tanto que si ésta (scil. la simple manifestación de la voluntad de delinquir) carece de finalidad delictiva no podría caracterizarse como una categoría en la que tuvieran encaje los actos preparatorios punibles»<sup>1601</sup>. Difícilmente se puede legitimar el castigo de comportamientos en los que todavía no existe una resolución delictiva si quiera preparatoria y que objetivamente están tan alejados del bien jurídico protegido. «(...) Las simples resoluciones manifestadas están situadas fuera de la línea que delimita la intervención del poder punitivo de un Estado de Derecho»<sup>1602</sup>.

No es mi deseo justificar la punición de tales comportamientos, pero desde luego no se puede defender es esta concepción de la naturaleza del acto preparatorio punible y mantener al mismo tiempo su punición como viable. Si se sostiene esta postura sólo puede ser para mostrar como el legislador está acabando con la libertad de expresión del ciudadano mediante su intromisión en la esfera interna y con ello se estaría del mismo modo bramando contra la persecución de la inducción en todas sus formas imperfectas o consumadas.

### III. NATURALEZA PREPARATORIA.

#### 1. Formas de preparación.

Tradicionalmente se ha considerado que la conspiración, la proposición y la provocación (y la apología) son actos preparatorios del delito porque desde una teoría formal-objetiva del comienzo de la ejecución, que se vincula a la realización de una conducta que forma parte del «núcleo del tipo», son preparatorios todos los comportamientos anteriores al inicio de ésta<sup>1603</sup>. En un enfoque exclusivamente formal que distingue preparación y ejecución en función del contenido de cada delito-tipo **los actos preparatorios punibles son «pre-estadios de la tentativa»**<sup>1604</sup>. «Las conductas descritas en el artículo 4 C. P. Español (scil. actual

<sup>1601</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 18.

<sup>1602</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 18; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 714.

<sup>1603</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 556; similar Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 279. Vid. STS 1 de diciembre 1992 (fundamento de derecho 12.º).

<sup>1604</sup> Parecido, Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 556 y s.

A favor de considerar a las conductas del art. 17 y s como actos preparatorios Montes, P., *PG2*, pág. 30 (que no obstante tiene ciertas dudas: «nos parece poco exacto técnicamente considerar como grados del desarrollo del delito o del *iter criminis* la proposición, la conspiración y la provocación criminal», op. cit., pág. 37 nota 1); Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, I, pág. 223; Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 279; Antón Oneca, J., *PG2*, pág. 439; Sainz Cantero, J.A., *Lecciones* 85, pág. 151; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 206 y s, 212 y s; Polaino Navarrete, M., *Comentarios al Código penal*, pág.

17 y 18) son actuaciones externas encaminadas a la perpetración de un delito, pero que no implican aún un principio de ejecución, lo que explica que tradicionalmente se las califique entre nosotros de actos preparatorios»<sup>1605</sup>. En definitiva, son actos preparatorios porque «preparación es cada paso que el futuro autor encamina a la consumación del delito, cada acción a través de la cual el (scil. autor) hace más probable la lesión del bien jurídico»<sup>1606</sup>.

A esta afirmación, tal y como está planteada, no se le puede objetar que los defensores de esta teoría no tengan en cuenta un hecho principal futuro, o consideren que son conductas independientes de estos<sup>1607</sup>. Aunque ciertamente no existe una relación de accesoriadad estricta como la vigente en la participación, el mero hecho de integrarlos como una fase del *iter criminis* pone de manifiesto el conocimiento de la relación con una acción principal que sirve de referencia a la cuantía máxima de su injusto y que debe representar un cierto límite en la persecución de estas conductas que tienen que ser sancionadas con una pena proporcional a la cantidad de su injusto. Por el contrario, a este posicionamiento clásico sí se le puede censurar que no se puede optar por un planteamiento preparatorio simplemente por que se entienda que toda conducta preejecutiva es preparatoria<sup>1608</sup>. Como ya indique, la conducta del partícipe es en la mayoría de las ocasiones igualmente preejecutiva. Por consiguiente, la no-ejecutividad es un criterio insuficiente por sí solo ya que semejante afirmación deja sin establecer qué naturaleza se atribuye a las figuras en cuestión, lo cual dependerá de otras circunstancias. En consecuencia, este planteamiento que se posiciona a favor de la preparación como naturaleza de las conductas recogidas en los arts. 17 y s es una definición incompleta en unos casos, engañosa en otros.

---

956; Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 68, 91; Díaz Roca, R., *PG*, pág. 230 (que los denomina actos preparatorios nominados); Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. 19, nota 10; Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", pág. 13; el mismo, "Actos preparatorios y tentativa", pág. 43; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 260 y s; Moreno-Torres Herrera, M.R., *PG*, pág. 700; Gracia Martín, L., "El iter criminis", pág. 264; Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 22; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 582; el mismo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, pág. 127; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1520 y s (que sin embargo, luego mantiene que la conspiración y provocación pueden ser formas de participación no consumadas, op. cit., pág. 4779); Mir Puig, S., *EJB*, pág. 3773; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 825 (que considera que la provocación es un acto preparatorio *sui generis* mientras que la proposición y conspiración son casos de coautoría anticipada); el mismo, *Comentarios al Código penal*, pág. 871; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 720 y nota 41.

Vid. STS 17 de enero 1986 (f.d.1.º); STS 21 de marzo 1986 (f.d. 1.º); STS 1 de octubre 1990 (f.d.1.º 3); STS 12 de julio 1995 (f.d.4.º).

<sup>1605</sup> Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 279.

<sup>1606</sup> Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 231.

<sup>1607</sup> Como critica Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 557.

<sup>1608</sup> Como hace Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, I, pág. 223 y s. Vid. segunda parte, pág 239 y ss.

Para evitar esta doble crítica, habrá que mostrar, primero, que con los comportamientos tipificados en los arts. 17 y 18 es posible preparar una futura actividad delictiva. Segundo, que se va a usar la normativa propia de la teoría del *iter criminis*<sup>1609</sup>. Como en un sistema donde hay una distinción entre preparación y participación de la inclusión de una conducta en una categoría o en otra se van a derivar consecuencias distintas en el plano dogmático al tratarse de categorías a las cuales se les va a aplicar un esquema normativo diferente, lo decisivo no será tanto el uso de un nombre u otro sino la normativa que se le asigna a estas figuras. Por tanto, aunque se defienda que son actos preparatorios si luego se convierte en una constante intentar resolver el problema de la ruptura del principio de accesoriadad, exigir un dolo de consumación, utilizar los términos participación imperfecta y en esa misma línea olvidar que desde el punto de vista de la preparación esas figuras serían preparaciones imperfectas, es evidente que, más allá del nombre empleado el autor se ha decantado por considerar que la problemática propia de las conductas recogidas en los art. 17 y s es la de la participación.

Por consiguiente, todo intento de definición de los *actos preparatorios punibles* como formas de preparación no se puede reducir al uso del término preparación, con lo que parece que la doctrina se ha contentado hasta el momento. La cuestión consiste tanto en establecer que la proposición, provocación y conspiración puedan ser modos de preparar un delito como adecuar la normativa propia de la preparación a estas figuras.

(1) El objetivo buscado por la proposición/provocación, por la conspiración, a saber, crear una resolución delictiva, tomar una decisión común y/o organizar una futura actividad delictiva respectivamente, supone, en una primera lectura, la satisfacción de uno de los requisitos necesarios para el comienzo del delito planeado<sup>1610</sup>. La obtención de un requisito al que se subordina la posibilidad de un inicio de ejecución posterior es una forma de facilitar esa posterior actividad delictiva. Si se tiene en cuenta la naturaleza de la aportación y quién se beneficie de ella (el que prepara o un tercero), las tentativas de participación favorecen una conducta que se pretende realizar más tarde<sup>1611</sup>. Si un individuo quiere convencer a un tercero para participar

<sup>1609</sup> Expresamente denominados como actos preparatorios, Gropp, *AT*, pág. 290 (bestimmte Formen der Verbrechensvorbereitung), de tal forma que considera que le son aplicables las reglas de la tentativa, esto es, lo resuelve no por las reglas de la participación sino por las del *iter criminis*.

<sup>1610</sup> De forma parecida Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 229-31.

<sup>1611</sup> Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 85. Jakobs, describe las conductas recogidas en el § 30 como «...preparación de un hecho a través de una concreta conducta o acto de participación», Jakobs, G., *AT91*, pág. 766, afirmación con la que indirectamente está reconociendo que se puede preparar mediante una inducción.

en el delito que él va a cometer como autor es posible entender que la incorporación de un individuo al propio plan criminal no se diferencia en nada de la obtención de un instrumento necesario para el desarrollo de la actividad planeada. Esto es, el proponente prepara, facilita, asegura la ejecución prevista mediante la integración de un tercero que actuará como cómplice, cooperador necesario o coautor según el caso en el proceso delictivo. Todavía más evidente en la conspiración, en la que la postura común a favor de la práctica de una actividad delictiva y reparto de roles y trabajo delictivo subsiguiente se acomoda sin dificultad a la figura de la preparación colectiva y organizativa.

Un caso de proposición como es el *sich-Erbittens* en el ámbito alemán (§ 30.2 StGB), en el cual un sujeto declara que está dispuesto a cometer un delito, siempre que el otro acepte es definido por algunos autores como una preparación del hecho propio que tendría que mantenerse libre de pena<sup>1612</sup>.

(2) Aparte de la consideración de que objetivamente una incitación puede ser una forma de preparación, los actos preparatorios punibles son auténticas formas de preparación mediante la combinación de dos criterios: primero, a través de un uso negativo de la teoría de la tentativa, en función de la cual toda conducta situada en una fase previa al inicio de la tentativa es una preparación con independencia de cuál sea el sujeto beneficiado por esa acción; segundo, porque si se tiene en cuenta la variable *beneficiado* en la preparación, los actos en cuestión no dejan de ser preparatorios pero pasan a serlo del hecho ajeno. Es decir, se debe entender que hay una preparación porque se facilita una conducta posterior aunque sea la de un tercero. Con ello, se está confirmando que a través de la preparación (delito preparatorio no típico) es viable la punición de formas de complicidad e inducción<sup>1613</sup>. La aparición de este segundo criterio es básica, porque permite convertir la dualidad del ámbito previo al inicio de la tentativa, en el cual un comportamiento puede ser una preparación o una participación (así como su *iter criminis*) en preparación. Es la incorporación de la variable *beneficiado*, y su interpretación a favor de la preparación como propia o ajena la que autoriza incluir en la preparación todas las conductas preejecutivas orientadas a facilitar una actividad criminal. En suma, esta doble opción en el ámbito preejecutivo se refleja desde la perspectiva preparatoria

<sup>1612</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme im geltenden und zukünftigen Recht*, pág. 50, y especialmente 54, donde indica con claridad que es una forma de preparación; Schindler (*Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 230) y Busch (*Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, pág. 120) sostienen que el ofrecimiento es una preparación del hecho propio.

<sup>1613</sup> Vid. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 257; el mismo, *Grundzüge des Strafrechts*, pág. 25; Coester, *Die Vorbereitungshandlung*, pág. 97-102; Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktshandlung...*, pág. 172 y ss; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 85.

a través del binomio ajeno/propio. Por tanto, desde este enfoque se sostiene que las conductas en cuestión son una preparación del hecho ajeno porque quien logra generar las condiciones necesarias para la ejecución del hecho delictivo que será cometido por otro lo está preparando en un sentido literal, igual que el sujeto que desarrolla esa conducta en beneficio de su propio y futuro comportamiento criminal. Sin embargo, considerar que los actos preparatorios del delito sólo son actos preparatorios del hecho ajeno tampoco es correcto. Los actos preparatorios punibles se caracterizan porque están en conexión con una pluralidad de personas, sin embargo, ello no permite afirmar directamente que todos estos comportamientos favorezcan la actividad criminal de un tercero. Aunque hay una permanente relación con otro sujeto no se puede identificar inducido con beneficiado de la preparación. Al contrario, el inducido casi nunca será el beneficiado. Al sujeto favorecido lo encontramos en la persona del inductor o en un tercero que no aparece en la descripción típica (o en el inducido si fuera coautor). Así, cuando el beneficiado es el incitador se entiende que su comportamiento prepara su propio hecho, mientras que cuando el que incita facilita la actividad de un tercero, mediante la incorporación del individuo que requiere la realización de un plan delictivo que será desarrollado por otra persona, hay una preparación del hecho ajeno. De conformidad con este planteamiento la proposición parece ser una preparación del hecho propio. Es posible, como he indicado antes, que el sujeto que tiene planeado cometer *per se* un delito decida obtener los sujetos necesarios para la realización del plan (imaginemos el supuesto de un atraco en el que se requiere un especialista en cajas de seguridad y un profesional de la conducción para garantizar la huida). Con ese fin se dirige mediante incitaciones verbales o escritas (supongamos que uno de los elegidos sigue en la cárcel) a varias personas que considera adecuadas para ello. En tal supuesto se podría considerar que la inducción es una forma de preparación del hecho propio. Esto conduce a considerar que en los actos preparatorios punibles se persiguen tanto comportamientos preparatorios del hecho «propio» como del «ajeno».

(3) Ahora bien, aunque la variable beneficiado permite incluir, en principio, las conductas participativas imperfectas dentro de la preparación, la primera variable, ejerce una función que no se limita exclusivamente a indicar que las conductas están sitas en una fase no ejecutiva. De ella resulta, del mismo modo, la aplicación de la teoría de la tentativa a estas figuras.

(a) En un plano subjetivo esto lleva consigo que no se requiera un dolo de consumación al preparador. La relevancia subjetiva de una conducta adecuada para preparar un delito incluye el fin delictivo al que se vincula la preparación pero entendido como intención de facilitar la realización de un delito concreto y no como deseo de consumación del mismo. En la preparación sólo hay un dolo, que tiene



como objeto de referencia la facilitación del hecho delictivo propio o ajeno. De este modo, mientras que al partícipe se le exige que posea un dolo de consumación, o al autor de una tentativa que tenga un deseo de inicio de la ejecución, en la preparación el que prepara sólo debe querer preparar: querer efectuar una conducta que facilita la posterior realización de un delito concreto, pero todavía no tiene que desear la lesión, ni su inicio, del bien jurídico protegido. Conque, el que invita a un sujeto a intervenir en el robo que tiene planeado debe saber y querer que con su acción prepara un robo, pero no tiene todavía que querer robar.

La exigencia de este dolo de preparación del hecho propio o ajeno, así entendido, tiene como consecuencia, primero, que el grado de determinación de la incitación requerido sea menor ya que el incitador-preparador no tiene que manifestar una intención inequívoca a la comisión de un delito concreto y determinado. Basta con que se recoja el deseo de que el incitado se incorpore a un plan delictivo propio o ajeno, lo cual evidentemente exige cierto grado de determinación en la exposición del plan y de seriedad en la manifestación, pero ello no tiene que equivaler a plasmar con exactitud, ni todos los elementos del plan delictivo (sólo los necesarios para poder convencer al inducido), ni su posterior intención de consumación. Es decir, lo importante no es precisar que se incita a un delito concretado en todos sus elementos, sino que se incita a incorporarse a un plan del que es una condición la obtención de ese instrumento humano.

Ahora bien, aunque no se pida la presencia de ese dolo de consumación o de inicio de ejecución, la ausencia del dolo de preparación (directo de primer grado: debe perseguir facilitar la comisión de un delito propio o ajeno) impide el castigo del acto preparatorio por la falta del elemento subjetivo.

Segundo, sólo la incitación dolosa puede ser una forma de preparación. El que eventualmente asume que su conducta puede incitar a la comisión de delitos difícilmente quiere facilitar con ello su actividad delictiva mediante la incorporación eventual de un sujeto a su actividad criminal o a la de otro, sino que su deseo principal es simplemente manifestar una opinión, idea...

Tercero, cualquier forma de participación no es una preparación. En primer lugar, porque aunque, como se ha insistido a lo largo del capítulo precedente, se puede preparar un hecho mediante una incitación que quiere facilitar la comisión de un delito a través de la adhesión de un sujeto al plan delictivo propio o ajeno, no se prepara, en cambio, un delito cuando se crea una resolución criminal de autor en el inducido pero con ello no se quiere incorporar al sujeto a un plan delictivo propio o ajeno, es decir, no se quiere facilitar la realización de un futuro delito. Es decir, si falta esa intención preparatoria nos encontraremos con que la tentativa de inducción, por ese déficit, no equivale a una preparación. Cuando A intenta convencer a B

para que mate a C, la existencia de una preparación no depende de que A desee que C muera sino de que A haya integrado a B en su plan delictivo o en el de otro. El inconveniente se encuentra en la provocación y en la apología. La incitación expresa o implícita (mediante el ensalzamiento de un delito o su autor) por medios de difusión pública a la comisión de un delito admite en un principio todas sus formas: preparación del hecho propio o ajeno. El problema en estos casos es probar el deseo de incorporación a un plan propio o ajeno que se facilite. Quizá en este punto es donde se observa más fácilmente la diferencia entre requerir un deseo de consumación y un deseo de integración en un plan criminal. El provocador puede que con su acción, según el contenido de la misma y las circunstancias en las que se produce, quiera incitar a la comisión de un delito o lo asuma como posible, sin embargo, no queda tan claro que con ello prepare su propio plan delictivo o el ajeno. En segundo lugar, porque puede ser que el tipo limite la preparación a una de sus formas posibles. Esta discusión se plantearía respecto a la proposición y conspiración. La aparición en el art. 17.1 y 2 de los términos «se conciertan para la ejecución de un delito y resuelve ejecutarlo» o «el que resuelto a cometer un delito» plantea la duda sobre la reducción de punibilidad en ambos casos a la preparación del hecho propio. No voy entrar todavía a resolver esta cuestión, que trataré en páginas futuras.

(b) Del mismo modo, si son conductas preparatorias estarán vinculadas con una conducta típica principal de la que derivan su injusto, tal y como sucede con la tentativa. La preparación, como la tentativa y la participación son conductas accesorias en un sentido amplio en cuanto se subordinan a un tipo de la parte especial que determina el bien jurídico amenazado y marco máximo de injusto que servirá de referencia. Esta accesoriedad con un tipo principal sólo desaparece cuando se defiende, como sucede especialmente en el ámbito de la apología, la presencia de un bien jurídico autónomo. Sin embargo, no tiene sentido seguir reflexionando sobre la ruptura de la accesoriedad en un sentido estricto, o sea vinculada a la acción de un autor principal<sup>1614</sup>. Dicho de otro modo, la punición de estas conductas como formas de preparación no representa una ruptura del principio de accesoriedad estricto porque el mismo no pertenece a la lógica de la teoría del *iter criminis*. De hecho, en el momento en que comience la ejecución del delito y se satisfagan ciertos requisitos normativos, los actos de preparación del hecho propio y ajeno serán sancionados respectivamente como una tentativa (o consumación) como una forma de participación consumada.

<sup>1614</sup> «La punible conducta preparatoria del delito ajeno es por consiguiente una excepción al principio de la accesoriedad de la participación», Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, pág. 3.

Por otro lado, los actos preparatorios, sean del hecho propio o ajeno, poseen una peligrosidad *mediata* ya que no son capaces de conseguir por si solos la lesión planeada. La relevancia objetiva del comportamiento es inferior a la de la tentativa lo que, desde una perspectiva objetiva, debe conducir a una diferencia cuantitativa en el injusto. Esta desigualdad cuantitativa se debe plasmar en la previsión de un marco punitivo para la preparación inferior al establecido para la tentativa. Si se reconoce que el acto preparatorio no es un acto ejecutivo, que no es una tentativa, y con ello parece que se está defendiendo la necesidad del carácter excepcional de su punición, es incoherente sostener que le corresponde una pena equivalente a la de la tentativa, que es ya una conducta ejecutiva del *iter criminis*.

En suma, desde el planteamiento de la preparación no tiene razón de ser el principio de accesoriadad en un sentido estricto, o lo tiene tanto como para la tentativa, y habría que exigir de *lege ferenda* una modificación de los preceptos para que su marco punitivo se adapte a lo que tendría que corresponder a una preparación (por ejemplo, una rebaja en tres grados).

(c) El uso del término preparación también indica la posición que estas conductas ocupan dentro del *iter criminis* del tipo de la parte especial que les sirve de referencia. Ahora bien, no hay que perder de vista el hecho de que en algunos de los supuestos recogidos en los arts. 17 y s se refieren a *intentos* de conseguir el instrumento humano necesario para la realización de un futuro delito ya que es irrelevante si éste se ha incorporado efectivamente al plan delictivo, a saber, no tiene importancia si se ha conseguido crear la resolución delictiva deseada. Esto es, la tentativa de inducción no será en todas las ocasiones una preparación del hecho ajeno consumada. El que convence a otro para que se integre en un plan delictivo propio o ajeno ha consumado la preparación de un delito propio o ajeno, sin embargo, el que simplemente ha intentado obtener este instrumento, que todavía no ha conseguido crear esa resolución (como sucede en la proposición y provocación) está llevando a cabo una tentativa de preparación (lo cual debe venir acompañado de una rebaja proporcional en la cuantía del injusto). Ahora bien, junto a ello, en la conspiración sí existe una preparación consumada, de tipo organizativo, consistente en un acuerdo de voluntades y en el reparto de papeles dentro del plan delictivo. Por consiguiente, los actos preparatorios punibles persiguen *formas consumadas de preparación organizativa* y *formas imperfectas de ejecución* de la preparación *técnica*.

(d) Por último hacer una breve referencia a la influencia que tiene el factor relativo a la presencia de un grupo de sujetos que preparan conjuntamente el acto propio o ajeno. En la proposición y la provocación no hay una necesaria concurrencia de personas en la comisión de la conducta preparatoria. Por el contrario, en la conspiración sí intervienen una pluralidad de personas en la acción preparatoria.

Un grupo de individuos y no un sujeto aislado es el que contribuye a la comisión del delito.

En resumen, los actos preparatorios punibles persiguen formas consumadas de preparación organizativa *colectiva* y formas imperfectas de ejecución de la preparación, en principio, del hecho propio o ajeno, pero que a tenor de la redacción de los tipos en cuestión puede que se limite a los supuestos de preparación del hecho propio.

## 2. Fases previas de la intervención en un delito.

Especialmente en el ámbito alemán se ha mantenido una tradicional distinción entre defensores de una naturaleza preparatoria y los que abogaban por la participación. Sin embargo, la separación entre ambas posiciones no era nítida, sobre todo porque las posiciones que se tildan de preparatorias realmente hacen referencia a fases previas de la autoría y la participación<sup>1615</sup>. Ejemplo de ello serían aquellas teorías que se posicionan entre la preparación y participación cuando sostiene que las conductas recogidas en el § 30 StGB son fases previas de la intervención (*Vorstufen der Beteiligung*).

El análisis de este planteamiento requiere previamente hacer una serie de precisiones.

(1) El término *Beteiligung* se refiere a todas las formas de intervención en el delito, es decir, incluye tanto a la autoría como a la participación<sup>1616</sup>. De este modo, participación no es sinónimo de intervención, sino que es una subcategoría de esta<sup>1617</sup>. El término intervención se suele utilizar para referirse a todas las conductas, contribuciones, condiciones del hecho delictivo que en un concepto unitario de

<sup>1615</sup> En España reconocen estas tres concepciones: *preparatoria de la ejecución, fase previa de la intervención y participativa*, Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 57 y s; Gómez Benítez distingue entre defensores de *planteamientos preparatorios* y los que consideran que son «*pre-estadios de conductas de autoría y participación criminal*», PG, pág. 556 y s (cursiva añadida). Sin embargo, luego funde esos dos planteamientos al considerar que ambos exigen una vinculación accesoria (estricta) con una principal, op. cit., pág. 557 y s. Del Rosal Blasco, distingue entre *especie de la tentativa, especial regulación de la participación, actos preparatorios del delito*, y dentro de esta última categoría reconoce otros tres grupos: actos preparatorios de la coautoría y la participación, preestadios de la autoría y la participación, formas imperfectas de la participación, *La provocación*, pág. 196, 212.

<sup>1616</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 1. Al respecto vid. el esquema de Haft, en el que se observa con claridad como *die Beteiligung* (la intervención) se divide en *Täterschaft* (autoría) y *Teilnahme* (participación), en la que a su vez se distinguen *die Anstiftung* (inducción) y *die Beihilfe* (complicidad), AT1998, pág. 192; Ebert, U., AT3, pág. 188; Kühl, K., AT2000, 20/1; Vogler, T., "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", pág. 336-340.

<sup>1617</sup> Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 50 I/1.

autor se integran como formas de autoría, para seguidamente establecer que hay que tomar partido por un sistema unitario o abogar por la distinción entre autoría y participación<sup>1618</sup>. Por consiguiente, al estimar que estas conductas son relaciones de intervención en una fase preparatoria (*Beteiligungsverhältnisse im Vorbereitungsstadium*<sup>1619</sup>) sólo se indica cuál es su posición en el *iter criminis*, es decir, que se hayan en una fase previa, preparatoria, que no ha alcanzado el grado de tentativa. Sin embargo, con ello no señala todavía si es el *iter criminis* de la autoría o de la participación. En definitiva las conductas recogidas en el § 30 «...serían actos preparatorios dirigidos a la autoría o a la participación»<sup>1620</sup>.

La ausencia en el ámbito español del concepto jurídico *intervención* ha impedido reunir en un solo término el carácter dual, preparación/participación, que poseen estas conductas<sup>1621</sup>. De tal forma que la uniformidad terminológica se ha centrado en el carácter *previo a la ejecución* del comportamiento, que puede ser, en definitiva comprendido como «pre-estadio» de la autoría o de la participación que, lógicamente, puede desembocar en una autoría o en una participación cuando el delito comience a ejecutarse<sup>1622</sup>. En definitiva, con ello se está insistiendo en que nos hallamos ante comportamientos, que sin conocer la relación (autoría o participación) de su autor con el delito posterior, pueden ser formas de preparación o de participación. El problema es que este planteamiento elude que lo relevante no es sólo el carácter pre-ejecutivo de las conductas en cuestión sino la importancia de su posible conexión con una autoría o una participación futura, pues la determinación de la naturaleza no viene fijada únicamente por el carácter anticipado de la misma sino por la vinculación a una de las vías de intervención posible (autoría y participación) las cuales presentan unas diferencias cualitativas notables.

(2) A pesar del carácter dual del término *Beteiligung*, los valedores de esta posición estiman que las acciones agrupadas en el § 30 StGB, que incluyen un número

<sup>1618</sup> En Ebert, U., *AT94*, pág.169 y s, se puede observar el proceso descrito.

<sup>1619</sup> Samson, E., *SK90*, 30/1; Vogler, T., "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", pág. 340.

<sup>1620</sup> Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 247 y s; Schmoller, K., "Zur Verabredung eines Verbrechens", pág. 249.

<sup>1621</sup> En la literatura española, López Peregrín, utiliza el término «interviniente» o «participante» cuando alude «al conjunto de personas que toman parte en un hecho delictivo, sin prejuzgar el papel que hayan podido desarrollar en él». Mientras que reserva el término «partícipe» para referirse al sujeto que, dentro de un sistema diferenciador, participa en el hecho ajeno, López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 32, nota 4.

<sup>1622</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 557; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 424 y s; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 207, 213; Mir Puig, S., *PG6*, 13/31 (formas previas a la codelinuencia).

mayor de las descritas en el ámbito español como actos preparatorios punibles<sup>1623</sup>, pero que no incorpora la provocación (recogida por el § 111 StGB) ni la apología (§ 140 StGB), son *acciones preparatorias del delito*<sup>1624</sup>.

### § 30 Tentativa de intervención

(1) Quien intente determinar a otro a cometer un delito o a inducir a ello (scil. a su comisión) será castigado conforme a los preceptos relativos a la tentativa del delito. No obstante, la pena debe ser atenuada según lo previsto en el § 49 Abs. 1. El § 23 Abs. 3 se encuentra (del mismo modo) vigente para lo que corresponda.

(2) Igualmente será penado quien se manifieste dispuesto (scil. *Bereitserklärung*) a cometer un delito o a inducir a ello, quien acepte la oferta de otro (scil. *Annahme eines Erbietens*) de cometer un delito o inducir a ello, quien se concierte con otro (scil. *Verabredung*) para la comisión de un delito o para inducir a ello.

O sea, se detienen en el primer elemento del término (*Vorstufe*) para definir a las conductas recogidas por el precepto y de conformidad con ello tendrían que acudir a la dogmática propia de la tentativa. Sin embargo, salvo en lo relativo al desistimiento (§ 31 StGB) o la vigencia de la rebaja de la pena prevista para las tentativas imposibles (§ 23 Abs. 3), no parece que sea la normativa propia de la teoría de la tentativa la dominante. De hecho, aunque se parta de la naturaleza preparatoria a continuación se defiende que representa una excepción al principio de accesoriedad, que se pueden utilizar elementos jurídicos esenciales de la participación por la presencia de una acción conjunta en la fase preparatoria, e incluso se llega a definir a muchas de ellas, al mismo tiempo, como *tentativas de inducción*<sup>1625</sup>. Así, cuando se depura la naturaleza de cada una de las figuras recogidas, a saber, se precisa qué clase de *intervención* se está preparando en cada caso, se defiende que algunas de las conductas son tentativas de inducción<sup>1626</sup>, mientras que otras son auténticas formas de preparación<sup>1627</sup>.

<sup>1623</sup> Por un lado es un precepto más amplio porque castiga la tentativa de inducción de forma general (y no sólo la proposición), la oferta y la aceptación.

<sup>1624</sup> Schnarr, NStZ 1990, pág. 257, Kühl, "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1979, pág. 874 (el § 30 StGB es una excepción a la impunidad general de la preparación, especialmente las conductas recogidas en el § 30 II); Roxin, JA 1979, pág. 169 y s, el mismo, LK11 30/2; Gepper, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 547; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 220-31; Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 248.

<sup>1625</sup> Por ejemplo Roxin, C., LK11, 30/12. Geppert sostiene que existe una mezcla de elementos propios de la teoría de la participación y de la teoría de la tentativa que permitiría, aunque se parta de una posición a favor de la preparación, el uso de criterios jurídicos que pertenecen a la participación, como puede ser la exigencia de que cada interviniente responda según su culpabilidad individual (§ 29 StGB), Geppert, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 548; Roxin, C., LK11, 30/2.

<sup>1626</sup> En este caso se hace hincapié en que es una fase previa de la intervención y no preparatorio lo que permite incluir tanto a la tentativa como a la preparación.

<sup>1627</sup> Roxin, JA 1979, pág. 169 y s, LK11 30/2. Considera de forma genérica a todos los actos recogidos en el § 30 como actos preparatorios, pero posteriormente caracteriza cada conducta como una forma de participación, pág. 169 y s; Sonnen/Hansen-Siedler, JA 1988, pág. 18; Gepper, K., "Die



Sin embargo, aunque se reconozcan que son tentativas de inducción, para ser coherentes con su postura preparatoria original sobre la naturaleza de estos comportamientos se considera que realmente no son tentativas de inducción sino formas de participación que se encuentran en una fase preparatoria<sup>1628</sup>. Con ello parecen querer insistir en que a pesar de la naturaleza participativa, en realidad, sigue existiendo un problema sito en el ámbito preparatorio. De este modo, hay autores que entienden que es una regulación especial de la participación, que se encuentra en una fase preparatoria<sup>1629</sup>, y que por ello se debe solventar como una preparación (como problemática general del *iter criminis*).

Y no falta quien sostenga que se puede observar una combinación de elementos preparatorios y participativos, con predominio de los primeros dotados de un carácter participativo<sup>1630</sup>. «En general se puede hablar de una combinación de actos preparatorios y formas de participación anticipada, de tal forma que en unas ocasiones predomina el carácter preparatorio (la mayoría), mientras que en otras lo hace el participativo ...»<sup>1631</sup>. «Según Sauer el § 49 alcanza ... especialmente peligrosas preparaciones y tentativas que contiene una expansión de la participación accesoria...»<sup>1632</sup>.

---

versuchte Anstiftung”, pág. 547; Cramer, *Sch/Sch*, 30/1; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 235-44; Samson, E., *SK90*, 30, que distingue claramente entre tentativa de inducción y *sonstige Vorbereitungshandlungen*; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 720 (que habla de acto preparatorio y a continuación sostiene que «pudieran, genéricamente, ser caracterizados como *intentos de coautoría o participación futura*» (cursiva original); Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. 19, 78 (que se refiere a todas las conductas por su carácter preejecutivo como actos preparatorios pero luego califica a la provocación como forma de participación intentada).

<sup>1628</sup> En España, cierto sector de la doctrina considera inicialmente que los arts. 17 y 18 (antiguo 4) recogen de modo genérico supuestos de preparación del delito para luego, en el análisis aislado de cada uno de ellos, mantener que son actos preparatorios de la participación, Cuello Contreras, J., *La conspiración*, pág. 19; Farré Trepas, E., *La tentativa*, pág. 213; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 468; Ruiz Antón afirma que «la provocación es una acción preparatoria de una participación en el delito», Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 91; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 212; Rodríguez Mourullo, G., “La punición de los actos preparatorios”, pág. 301 y ss; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 261 que sostiene que la proposición es «una preparación de una posible inducción» (op. cit., pág. 261) y que la provocación «aparece abiertamente como una forma anticipada de la inducción» (op. cit., pág. 262). Lo que no tiene sentido a partir de semejantes definiciones más propias del ámbito de la participación que de la preparación es mantener que la provocación «no es un problema de *iter criminis* sino de participación» e insistir luego en que la proposición sí pertenece a la problemática de la preparación (op. cit., pág. 262), y más tarde sostener que todas representan una infracción del principio de la accesoriadad (op. cit., pág. 299).

<sup>1629</sup> Sonnen/Hansen-Siedler, *JA* 1988, pág. 18; Bloy, R., “Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung”, pág. 494; Schröder, H., “Grundprobleme des § 49 StGB”, pág. 289, que no obstante, reconoce con posterioridad que nos encontramos, por ejemplo, con tentativas de inducción. Lo que es evidente es que si se trata de una regulación especial de la participación no se encuentra en fase preparatoria sino que son tentativas de participación. La tentativa de inducción no es una preparación de la inducción.

<sup>1630</sup> Busch, R., “Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB”, pág. 248.

<sup>1631</sup> Busch, R., “Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB”, pág. 248.

<sup>1632</sup> Maurach, R., “Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)”, pág. 138 que cita a Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1949, pág. 192.

Todo lo dicho crea confusión. Primero, porque un primer contacto no nos permite percibir la naturaleza de la figura: ¿son conductas preparatorias de la conducta principal, una preparación de la participación, una tentativa de participación? ¿Cómo se conjugan los elementos del binomio preparación-participación? Segundo, porque, más allá de las dudas que puedan surgir sobre la aplicación de la teoría del *iter criminis* a la participación, tiene lugar un uso oscuro de los conceptos preparación y tentativa, que en lo que respecta a la participación parecen confundirse, hasta el punto de semejar ser sinónimos.

Un ejemplo de esta confusión en el uso de tentativa y participación se puede observar en el planteamiento del problema que realiza **Bloy**. Este autor comienza afirmando que el uso del término *tentativa de inducción* genera cierta confusión en la medida en que se utiliza una categoría prevista para la autoría y que puede estar siendo utilizada de manera técnicamente incorrecta en la participación<sup>1633</sup>, y que por tanto el § 30 StGB no puede referirse a supuestos de tentativa de inducción en sentido estricto, esto es, de la tentativa prevista en el § 22 StGB. Sin embargo, a continuación sostiene que el § 30 se refiere a «una preparación de una participación, cuyo injusto no se aclara desde la perspectiva del principio de accesoriedad»<sup>1634</sup> (!?). Aparentemente lo más llamativo es que una participación no respeta el principio de accesoriedad, no obstante no está aquí la contradicción, pues como veremos en próximas páginas se puede defender dogmáticamente la presencia de una participación autónoma del concepto de accesoriedad estricto. La mayor contradicción se halla en sostener que no puede haber una tentativa de inducción porque no se puede aplicar a la participación la teoría de la tentativa y al mismo tiempo defender que es una *preparación*. Si no podía ser una tentativa de inducción mucho menos una preparación de la inducción porque la conducta preparatoria comparte la misma problemática que la tentativa como fase del *iter criminis*.

**Letzgus** considera que el término *participación intentada* no es del todo correcto al faltar en esas forma de comisión delictiva un auténtico acto ejecutivo, por ello propone, como término más adecuado, *fases previas de la participación* (Vorstufen der Beteiligung), para luego sostener que realmente son conductas preparatorias propias y ajenas<sup>1635</sup>. El problema del planteamiento de Letzgus es que, primero, su nuevo término no determina en qué fase preejecutiva de la participación nos encontramos, esto es, *fase previa* incluye tanto la preparación como la tentativa de participación. A continuación concreta y dice que no son fases previas sino preparaciones, pero ¿de qué, de una participación, de un acto principal? Al respecto debo señalar que si es una preparación de una participación<sup>1636</sup> por qué el comportamiento en cuestión es una preparación y no una tentativa.

Sin embargo, más tarde supera esta confusión. Tras reconocer la imposibilidad de abarcar la doble naturaleza de los comportamientos recogidos en el § 49 StGB a.F.

<sup>1633</sup> Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 493.

<sup>1634</sup> Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 494.

<sup>1635</sup> Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 119.

<sup>1636</sup> Tal y como hace Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 529, que habla de actos preparatorios de la participación para referirse a todas las formas imperfectas de realización de la inducción.

mediante la teoría de la tentativa o de la participación, considera que sólo la preparación puede dar una justificación dogmática coherente a la punición de estas conductas. Las cosas así, el § 49 StGB a.F. sería una conducta preparatoria autónoma, pero en el sentido de una tercera forma de aparición del delito (y de expansión de la punibilidad) similar a la tentativa y preparación, y por ese motivo viene recogida en la parte general del código<sup>1637</sup>.

(a) En respuesta a las dos cuestiones planteadas, conviene reparar en que si consideramos que los comportamientos recogidos en los arts. 17 y 18 CP o en el § 30 StGB son formas imperfectas de participación, no se les puede identificar necesariamente con una preparación de la participación. Es más, las conductas de las que hablamos no son desde una perspectiva de la participación preparatorias sino tentativas. El origen de la confusión se halla en considerar que como todavía no ha habido una conducta principal todos los comportamientos previos son pre-ejecutivos y por tanto preparaciones. Esto es incorrecto porque hay un salto lógico entre los dos sistemas. Si incluimos la participación dentro del sistema del *iter criminis* como aquí definiendo una inducción o una complicidad serían un acto preparatorio en la medida en que a través de una incitación o ayuda se quiere facilitar la realización de la conducta propia o ajena, y la tentativa de participación sería una preparación consumada o una tentativa de preparación. Ahora bien, si mantenemos un sistema diferenciador, la conducta del partícipe no será ejecutiva en el sentido de que el partícipe nunca puede comenzar la ejecución del tipo principal. Sin embargo, en lo que respecta a su propio injusto todas las fases previas a la consumación de la participación no son necesariamente una preparación. Por tanto, si bien dentro del *iter criminis* de un delito, todo lo preejecutivo será formalmente una preparación, ello no sucederá así con el *iter criminis* de la participación. Primero, porque el proceso evolutivo de la participación se subordina a la concepción de la accesoriedad dominante. Esto es la participación se puede consumir bien con independencia del inicio de la ejecución del delito principal, en el momento en que se crea una resolución o se aporta lo requerido, bien cuando concorra una conducta principal típica y antijurídica. Segundo, porque las fases del *iter criminis* situadas por debajo de ese nivel de consumación serán tentativas de participación. En la mayoría de las ocasiones serán tentativas (acabadas o inacabadas de participación) por la sencilla razón de que no es lo mismo intentar inducir a un tercero (se le ofrece una cantidad de dinero para que mate a X) que preparar la incitación que se quiere realizar sobre el mismo (por ejemplo citarle en un café con ese propósito). Insisto, la tentativa de incitación sólo puede ser una preparación si se entiende que es una preparación del hecho propio o ajeno, pero en ese caso dejaría de tener

<sup>1637</sup> Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 220 y s, 224 y s. Vid. al respecto los comentarios de Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 86 y s.

sentido seguir hablando de preparación de inducción o de tentativa de inducción porque la preparación sería en relación con el hecho principal y no con la participación.

(b) Una vez que he mostrado como no se pueden utilizar como sinónimos preparación y tentativa en el ámbito participativo, hay que plantearse si los defensores de la concepción preparatoria del § 30 realmente son coherentes con este postulado. Pienso que no, y especialmente porque todos los autores mezclan los términos preparación y participación a su antojo, y sin ningún rigor, porque no indican si se mueven dentro del *iter criminis* del futuro delito, o de la participación<sup>1638</sup>.

La doctrina alemana se ha planteado acertadamente que estas conductas comparten elementos propios de la participación y de la preparación pero, más allá de la coherencia de la postura a favor de la participación que simplemente considera que el tipo es una excepción al principio de accesoriedad, en los demás casos (especialmente las soluciones dadas desde la preparación) no se han estudiado las conexiones existentes entre ambas, los puntos de unión. Distinción que tiene relevancia práctica, porque de la aplicación de las reglas de la participación o del *iter criminis* dependerá el alcance de la amenaza penal. Así por ejemplo, «si se hace hincapié en el carácter preparatorio, se podrá afirmar la posibilidad y punibilidad de la participación (inducción y complicidad [scil. a las conductas del § 30]) . Si por el contrario se insiste en su carácter participativo regirán las reglas de la participación en cadena...»<sup>1639</sup>.

Utiliza ambos elementos de una forma correcta **Kretzschmar** que parece indicar que, según el enfoque, la conducta será una tentativa de inducción o una preparación no autónoma del hecho ajeno<sup>1640</sup>. Interesante es el planteamiento de **Hoyer**<sup>1641</sup> que desde un principio parece que no toma partido por una de las dos naturalezas posibles, sino que acepta que el § 30 StGB conecta con ambas, esto es, determina que el § 30 se refiere a supuestos de tentativas de autoría como de participación (30/3). Para el primer caso el citado precepto actúa como una causa de extensión de la punibilidad hasta la fase preparatoria del hecho (30/4). En el segundo limita la posibilidad del castigo de la tentativa de participación a la inducción a un delito, porque sin ese precepto y en aplicación de los §§ 22, 23 y 26 podría perseguirse la tentativa de inducción y de complicidad tanto al delito como a las faltas (30/2). Lo acertado de la exposición de Hoyer consiste en mantener que según se determine una naturaleza u

<sup>1638</sup> Así Busch tras afirmar que son actos preparatorios de la autoría o de la participación exige con posterioridad, siguiendo a Maurach, la presencia de una accesoriedad hipotética, Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 248; de igual modo Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 558.

<sup>1639</sup> Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 248. No obstante, no estoy tan seguro de que si se afirma el carácter preparatorio del § 30 StGB o 17 y 18 CPE sea posible aplicar la teoría de la participación a los preceptos. Este hecho depende más bien de la consideración de éstos como tipos autónomos.

<sup>1640</sup> Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 16.

<sup>1641</sup> *SK2001*, § 30

otra las reglas que le son aplicables son diferentes. Así por ejemplo, con motivo del *Sich-bereit-Erklären* entiende que esta figura recoge casos de tentativa de autoría y de inducción. En el primer caso la calidad del delito será determinada desde la perspectiva del presunto autor. Cuando, por el contrario, sean una tentativa de inducción habrá que respetar el principio de accesoriedad (30/36; de forma parecida para la conspiración vid. 30/51 y s). Sin embargo, con ello no está reconociendo que la tentativa de inducción del § 30.1 pueda referirse a una tentativa de inducción o a una tentativa de preparación del hecho propio, sino que cada figura recogida en ese precepto se relaciona con una forma de participación, o con una forma de autoría (la conspiración sería, por ejemplo una tentativa de coautoría) (30/3) y que según el caso la normativa aplicable dentro de un mismo marco típico y punitivo será distinta.

En resumen, es incorrecto defender que una conducta es un acto preparatorio y, por tanto, una forma especial de participación, hay un abismo lógico que impide sin más conectar elementos que se encuentran en diferentes planos. Del mismo modo, ampoco se puede afirmar que preparaciones de la participación y al mismo tiempo definir las conductas en cuestión como tentativas de inducción. En definitiva, creo que los defensores de esta posición aunque tienen en mente esta relación permeable entre preparación y participación, se olvidan de que tienen que seguir la lógica propia de cada una de las categorías, a saber, la dogmática de la tentativa y la de la participación, que aunque se coordinan en ciertos momentos (por ejemplo puede haber una tentativa de inducción) en otros son excluyentes (si una conducta es una tentativa de comisión de un delito no puede ser, en principio, una tentativa de inducción al mismo tiempo)<sup>1642</sup>. Las cosas así, cuando enfocan el estudio de las conductas desde la preparación para justificar la punición (así evitan los problemas derivados de la limitación del principio de accesoriedad) y luego se recurre a la participación para establecer la naturaleza de cada conducta este planteamiento desconoce que la determinación de la naturaleza de la conducta como una preparación impide el acceso a la normativa propia de la participación.

Por tanto, la concurrencia en estas posiciones de términos propios del ámbito de la preparación no supera el plano descriptivo, no son vinculantes. En la realidad nadie niega la naturaleza participativa de las conductas, sólo se recurre a la preparación como subterfugio para licitar la infracción del principio de accesoriedad limitada. Esta solución es incorrecta, porque si se parte de una teoría del delito que reconoce una distinción entre autoría y participación, y la punición de ésta se hace

<sup>1642</sup> A favor de la coexistencia de la naturaleza preparatoria y participativa, Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 30: «En todo caso, ambas maneras de entender los actos preparatorios son perfectamente conciliables, asumiéndose hoy, ese componente anticipado de autoría o participación y su consecuencia directa, su disolución en dicha autoría o participación si el delito principal empieza a ejecutarse». El autor se olvida que el problema no se encuentra en determinar si el comportamiento una vez que se ha iniciado la ejecución es una forma de autoría o de participación, sino en que hay una fase en que puede ser ambas y hay que determinar qué normativa, la de la tentativa o la de la participación, va a ser la aplicable.

depender del principio de accesoriedad en un sentido estricto, no se le puede cambiar el nombre a conductas que tienen esa naturaleza para así obtener una vía que supere los problemas de justificación que arroja la infracción de este principio.

### **3. Conclusiones.**

Tradicionalmente se han definido a las conductas recogidas en los arts. 17 y 18 CP como actos preparatorios porque se entendía que cualquier comportamiento no ejecutivo correspondía a una fase anterior a la tentativa. Sin embargo, la no ejecutividad también es una característica propia de la participación. Por tanto, cuando se afirma que las conductas de los citados preceptos son preparatorias, amparados en esa relación con la ejecutividad, se está dando una definición incompleta porque el carácter preparatorio se subordina a otros elementos adicionales que ayudan a establecer una divisoria con la participación. Además, esta definición puede ser engañosa. Puede ser un cambio de nombres que oculte la aplicación de la normativa de la teoría de la participación sin respetar el principio de accesoriedad estricta. En consecuencia, aunque se mantenga que son actos preparatorios si luego se observa una permanente referencia a formas de participación imperfecta como auténtica naturaleza de cada conducta preparatoria, si se defiende que son preparaciones de la participación, si se intenta explicar y justificar la ruptura del principio de accesoriedad estricta material, si se exige un dolo de consumación, si no hay una preocupación por verificar si dichos comportamientos pueden preparar un delito, si no se intenta determinar qué es una preparación consumada y cuál son sus fases de ejecución imperfecta, si no se intenta justificar por qué una preparación, fase inferior del *iter criminis*, tiene un marco punitivo idéntico al de la tentativa, fase superior, entonces, no se puede seguir manteniendo que estos autores establezcan que la preparación es la naturaleza de los arts. 17 y s.

Dichos artículos contienen actos preparatorios porque la incorporación de un individuo al plan criminal o propio o ajeno no se diferencia en nada de la obtención de un instrumento necesario para el desarrollo de la actividad planeada. El preparador facilita la posterior comisión de un delito mediante la adquisición del instrumento humano que se requiere para el desarrollo de la actividad propia o ajena. La peculiaridad es que en estos preceptos no se exige que se haya obtenido el objeto necesario. Es decir, no tiene que haber convencido al instrumento humano. Se sanciona la tentativa de adquisición. Por consiguiente, si ello no es un requisito del tipo, en numerosas ocasiones se pueden estar castigando tentativas de preparación y, además, con el marco punitivo de la tentativa del delito principal. La distancia objetiva entre ambas categorías incide aún más en la desproporción de las sanciones resultantes. Por otro lado, también observamos una forma de preparar más evidente,



en la que simplemente hay una reunión entre varias personas para organizar la comisión del delito. En la conspiración hay un supuesto de preparación organizativa colectiva. Ahora, consumada. No obstante, se le puede seguir haciendo la misma crítica por la desproporción del marco sancionador, pues la peligrosidad mediata de la preparación y su incapacidad de lesionar directamente el bien jurídico protegido tendría que impedir castigar estos comportamientos con la misma pena que otras acciones capaces de comenzar la lesión del interés tutelado.

En el plano subjetivo, el preparador no tiene un dolo de consumación. Éste únicamente debe conocer que con su acción es capaz de satisfacer el requisito necesario para la realización de un delito concreto, y querer obtener ese fin, pero no tiene todavía que desear la lesión, ni su inicio, del bien jurídico protegido. La preparación se debe cometer dolosamente y se tiene que comprobar la presencia de un deseo preparador. De este modo, la incitación sólo será una preparación y no una participación siempre que se pueda mostrar que la conducta del incitador se orienta a preparar un plan propio o ajeno.

#### IV. FORMA DE PARTICIPACIÓN<sup>1643</sup>.

La persecución penal de los *actos preparatorios punibles* representa la sanción de «...conductas en que se intenta hacer surgir una voluntad delictiva en alguien»<sup>1644</sup>. Este propósito de crear una resolución delictiva se identifica con el fin de la inducción, que con todo, aún no ha sido alcanzado, o sea, «...es punible aunque la persona a

<sup>1643</sup> En España recogen problemas relativos a los arts. 17 y s dentro del apartado *formas de participación intentada* (o similar) Gimbernát Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 163; Muñoz Cónde/García Arán, *PG5*, pág. 468; Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, pág. 115 (que curiosamente se incluye dentro de un capítulo global sobre el *iter criminis*); Berdugo/Arroyo, *PG2*, pág. 297 (formas de coautoría y *participación* intentadas).

A favor de la participación se manifiestan Cuello Calón, *PG*, pág. 640 (para la provocación); Mir Puig, S., "Los términos «delito» y «falta»", pág. 363 (la proposición y provocación son «*formas – sui generis- imperfectas de ejecución de la participación*» -cursiva original); Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 536, 549 y s; Rodríguez Devesa, *PG94*, pág. 813-815 (incluye a la provocación dentro de las formas de participación criminal); Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. (para la provocación); Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 262 (para la provocación); Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4779; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 557 y s (son preludios de la autoría y *participación*); Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal*, pág. 62 (que reconoce esta posibilidad junto a otras formas de interpretar la naturaleza de esta figuras). Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53II/2 y s; el mismo, "Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 148; Krestzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 15 y s; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, § 32 Rdnr. 40, pág. 684 y s ; Jescheck/Weigend, *AT5*, pág. 701 y s; Wessels/Beulke, *Strafrecht. AT1998*, 13/561 y ss; Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 289. Críticos, Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, vollendung und Beendigung", *JuS*, 1979, pág. 874.

<sup>1644</sup> Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 174.

quien se dirija no acepte su proposición, o aún en el caso de que se trate de una tentativa de inducción imposible (la persona a quien se dirige estaba ya decidida con anterioridad a la comisión del mismo delito a que se le intenta inducir)»<sup>1645</sup>. Por consiguiente, se castiga con ello la tentativa de inducción. Según este planteamiento las conductas recogidas en los arts. 17 y 18 CP y en el § 30 StGB son formas de participación anticipada<sup>1646</sup> regidas por las reglas de la participación. Especialmente se someten al principio de accesoriidad. Sin embargo, ¿cómo justificar la persecución de comportamientos que no han superado el grado de tentativa de participación en la mayoría de los casos porque no vienen acompañados de una acción principal típica y antijurídica?

### **1. El concepto de la «accesoriidad».**

El elemento clave para justificar la posibilidad de perseguir penalmente las tentativas de participación reside en la presencia del principio de accesoriidad. De este modo, se afirma que la simple vigencia del mismo determinará la imposibilidad de castigar tentativas de incitación o de cooperación en el delito. Aunque exista una aceptación genérica de este hecho se deben hacer algunas precisiones al respecto.

#### **A. Las funciones de la accesoriidad.**

Accesoriidad significa dependencia del que interviene en una actividad delictiva de un hecho principal. Esta vinculación con una conducta principal actúa en un doble sentido.

(1) *Define la responsabilidad del interviniente secundario.*

(a) Primero, como **elemento fundamentador del injusto.**

Bien, (a.1) porque se exige que haya una *vinculación con un tipo de la parte especial*, que es al que se orientan las conductas congruentes internamente del autor e interviniente secundario. Este tipo determina el contenido del injusto de la participación en la medida en que contiene el bien jurídico de referencia y el marco punitivo. Esto es, hay una conexión con un tipo principal o matriz que establece «el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder»<sup>1647</sup>.

<sup>1645</sup> Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 175.

<sup>1646</sup> Utiliza este término en concreto (*vorwegnommene* Teilnahme) Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53 II/4.

<sup>1647</sup> STS 18 de junio de 2002 (f.d.5º.).

Vinculación que no sólo es una *necesidad conceptual*<sup>1648</sup>, en ese momento hay que decidir si el interviniente secundario puede atacar mediatamente el bien jurídico protegido por el tipo. En este instante habrá que resolver, por ejemplo, si se puede intervenir en un delito especial.

Bien, (a.2) porque el injusto del interviniente secundario se derive (en parte o en su totalidad) de la *conducta realizada por autor principal* de modo que la existencia de una conducta principal dotada de una serie de características va a ser un elemento que integra el injusto del partícipe, el cual no se consuma hasta que no existe ese comportamiento del autor principal que cumple los requisitos normativos que se hayan establecido.

(b) Segundo, como **condición de la responsabilidad del interviniente**, o sea, como un requisito de punibilidad que establece que sólo se podrá castigar al partícipe dotado, en teoría, de un injusto autónomo cuando exista una conducta principal con unas determinadas características.

El problema, como en el siguiente apartado se verá, es que en un sentido estricto o material sólo hay un injusto autónomo de la participación cuando ésta se encuentra dotada de su propio bien jurídico<sup>1649</sup>. En todos los demás casos se recurre a un tipo de la parte especial para determinar el bien jurídico y el marco penal de referencia (supuesto a.2)<sup>1650</sup>. Esto es, aunque se defienda la autonomía de la participación se sigue manteniendo un vínculo con un tipo principal que co-configura el injusto del partícipe ya que define al tipo del partícipe como aquel que depende de un tipo de autoría de la parte especial del que deriva su injusto. Sin embargo, esa conexión con un tipo de la parte especial todavía no dice nada sobre el grado de autonomía del tipo del partícipe en lo que respecta a la exigencia de realización de ese tipo de referencia por un autor principal. Es decir, el injusto de la participación se vincula con un tipo de la parte especial que define los contornos del injusto del interviniente secundario, y así, con independencia de que con posterioridad se decida si la consumación de su injusto o su punibilidad depende de la realización de este tipo cumpliendo unos determinados requisitos normativos (*accesoriedad estricta*

<sup>1648</sup> «No se puede hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa», Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 326.

<sup>1649</sup> Por ejemplo vid. los esfuerzos orientados a dotar a la provocación o a la apología de un bien jurídico autónomo, cuarta parte, pág. 472 y ss, 529 y ss.

<sup>1650</sup> Así por ejemplo cuando Farré trata el problema del desistimiento en la conspiración habla de una doble estructura de la conspiración en cuanto delito *formalmente* autónomo que al mismo tiempo es la fase previa de otro delito, Farré Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", pág. 717. De igual modo, Boldova sostiene que «no se cometen delitos de inducción o de cooperación sin más, sino de inducción a un hecho *determinado* o de cooperación en un hecho *determinado*», Bolvoda Pasamar, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, pág. 146 (cursiva original).

*o respecto del autor*) siempre hay una vinculación con un tipo de la parte especial (*accesoriedad amplia, o con un tipo de referencia*)<sup>1651</sup>. Siempre que se mantenga un concepto de participación desprovisto de un bien jurídico propio habrá una vinculación accesoria amplia con un tipo de la parte especial aunque no siempre una dependencia accesoria estricta con la conducta del autor principal que efectúa el tipo y llega a satisfacer unos requisitos normativos concretos<sup>1652</sup>.

Por ello, no debe confundirse la accesoriedad en un sentido amplio entendida como la vinculación con un tipo principal que coconfigura el injusto del partícipe, con la accesoriedad estricta que se exige la realización de este tipo por el autor como requisito que fija la consumación del *injusto* del partícipe (es decir, que deriva ciertos elementos de la configuración del injusto del partícipe de la conducta realizada por el autor principal, de modo que, éste sólo se consuma cuando hay una conducta principal que ha alcanzado un determinado grado de ejecución y en la que están presentes unas determinadas características porque parte del injusto del partícipe se deriva de la conducta del autor principal, hasta ese momento hay una **tentativa** de participación) o que simplemente es una *condición de punibilidad* (el partícipe que posee un injusto limitado por la conexión con un tipo principal ha **consumado** ya su injusto con independencia de la conducta del autor principal, que se convierte en un requisito de la punibilidad). Insisto en que sólo cuando no existe una accesoriedad amplia se puede defender que la participación es materialmente autónoma mientras que cuando se defiende que la participación es formalmente autónoma únicamente se afirma que la consumación del injusto del partícipe se independiza de la realización de la conducta principal.

Por consiguiente, no es acertado mantener que, por ejemplo, una teoría que considera que el injusto del partícipe tiene su propia norma independiente a la del autor principal no respete la accesoriedad<sup>1653</sup>, pues aunque se desvincula de la *accesoriedad*

<sup>1651</sup> Así Mir Puig señala que los delitos de participación no son tipos autónomos sino que son delitos *accesorios* o *subordinados* a los delitos principales de la parte especial, Mir Puig, S., "Los términos «delito» y «falta»", pág. 374, 370. Del mismo modo Boldova parece referirse a una accesoriedad *amplia* cuando sostiene que la accesoriedad siempre está vigente aunque en algunas ocasiones haya una tipificación autónoma de la participación. En un sistema restrictivo del autor como el español la accesoriedad desempeña una función material «...a saber, suplir la falta de autonomía de alguna de las formas de intervención en un hecho – las de participación – que, como tales y con carácter general, no pueden ser tenidas como figuras delictivas con vida jurídica propia e independiente, por más que en ocasiones y excepcionalmente algunas modalidades de participación se *tipifiquen* como delitos también en la Parte Especial», Bolvoda Pasamar, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, pág. 146 (cursiva original).

<sup>1652</sup> Observa está doble vertiente de la accesoriedad amplia y estricta en el siguiente comentario de Octavio de Toledo: «los partícipes realizan tipos *accesorios* o referidos al de autoría: tipos de participación cuya realización sólo cobrará relevancia jurídico-penal en la medida en que igualmente la tenga el comportamiento del autor o coautores...», Octavio de Toledo y Ubieto, E., "La autoría conforme al Código Penal", pág. 576.

<sup>1653</sup> Comentario realizado por Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 52.

*estricta que configura el injusto*, no necesariamente lo hace de la *estricta que condiciona la punibilidad*, y en todo caso se mantiene vigente la *amplia*.

(2) La accesoriadad *limita la responsabilidad del interviniente secundario*. Éste sólo será penalmente responsable cuando ataque de forma relevante el bien jurídico tutelado. Además, si se defiende la vigencia de la accesoriadad estricta la conducta del autor principal determinará el alcance máximo del marco punitivo que le será aplicable, el inicio de la responsabilidad del partícipe (que depende de la concurrencia de una serie de requisitos normativos en el comportamiento del autor) y la posibilidad de comunicar los supuestos de irresponsabilidad penal del autor al partícipe<sup>1654</sup>.

En cualquier caso, la responsabilidad del interviniente viene condicionada por la combinación de dos variables: el tipo de accesoriadad que se defiende (*amplia*, estricta configuradora del injusto, estricta como condición de punibilidad) y la vertiente (interna o externa) de que se trate.

En lo relativo a la accesoriadad amplia<sup>1655</sup> carece de sentido efectuar una distinción entre vertiente interna y externa, en la medida en que no hay una vinculación con la conducta realizada por el autor principal que tenga que satisfacer unos requisitos normativos. La accesoriadad limita la responsabilidad del partícipe pero únicamente en cuanto establece el tipo de referencia. Así que, simplemente habrá que plantearse si el bien jurídico está protegido frente al ataque del interviniente secundario y si en el caso concreto existe una agresión penalmente relevante. Por lo demás, una accesoriadad amplia no presta ninguna atención al comportamiento del autor, de modo que, ni el grado de ejecución alcanzado por una conducta principal, ni la irresponsabilidad del autor principal afecta al partícipe. O sea, las modalidades de ejecución del hecho principal no van a influir en la responsabilidad del partícipe<sup>1656</sup>.

En ese primer instante es cuando se tiene que resolver si el bien jurídico de un delito (especial) se puede atacar de forma mediata. Es decir, no es una cuestión de accesoriadad en sentido *estricto* (de limitación del alcance de la responsabilidad del partícipe en su relación con la conducta de un autor principal), sino *amplio* el decidir

<sup>1654</sup> «Lo que distingue la participación accesoria de esas otras formas de valorar la concurrencia de varios sujetos a la comisión de un delito son las limitaciones que a la responsabilidad de los partícipes impone el que no baste cualquier combinación de los elementos del tipo delictivo entre los distintos intervinientes, sino que se exija más bien que el hecho tenga que estar cualificado ya como delito en la persona del autor (o los coautores) para que se pueda hacer responder del mismo a inductores y cómplices. *La accesoriadad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal, es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad*», Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 336 (cursiva añadida).

<sup>1655</sup> Vista de forma aislada y no vinculada a una accesoriadad estricta.

<sup>1656</sup> Vid. al respecto Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 62-66.

si la incitación a la prevaricación es un modo lesión relevante del bien jurídico y satisface el injusto propio del interviniente secundario. Esto es, lo primero que se tiene que decidir no es si el autor principal transmite sus características personales a los otros intervinientes (este será un problema de accesoriedad estricta) sino si el interviniente secundario puede atacar el interés tutelado al que su acción tiende apoyando o incitando a un autor principal que satisface los requisitos del tipo.

Igual que hay que establecer si se crea un riesgo jurídicamente relevante cuando se quiere intervenir en un suicidio (cuyo bien jurídico no está protegido frente al interviniente-autor), habrá que fijar si se pone en peligro el interés tutelado cuando se colabora con el prevaricador. Baste recordar que estas decisiones normativas a veces aparecen recogidas expresamente por el legislador, como sucede en el art. 406, que pune al que (el cual ya no tiene que ser funcionario o autoridad pública) acepte la propuesta o nombramiento sabiendo que no cumple los requisitos legales. Con ello se pune una forma de intervención post delictiva con la misma pena de la prevaricación.

Así, por ejemplo se podría negar la punibilidad del partícipe extraneus porque «las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber (scil. o especiales) en nada afectan al interviniente extraneus... (scil. porque) El pretendido partícipe, sin estar sujeto por la concreta institución positiva, no podría defraudar las expectativas que de ella surgen, puesto que frente a él éstas no habrían sido dispuestas por la sociedad»<sup>1657</sup>. A ello se podría objetar que si las expectativas de estas «instituciones positivas atañen... a todos»<sup>1658</sup> nada impide entender que esa institución pueda ser lesionada tanto por el obligado especial como por un tercero de una forma mediata<sup>1659</sup> (condicionada de manera material a la actividad del autor principal) o directa (el favorecimiento representa una infracción autónoma y/o condicionada formalmente a la actividad del autor principal).

Por consiguiente, la vinculación con un tipo de referencia, como ya he indicado, será el primer paso para poder fijar el injusto del interviniente secundario y la decisión normativa sobre las posibles conductas penalmente relevantes. Pero ello no quiere decir que la accesoriedad amplia tenga un efecto expansivo de la punición. Considero por tanto que planteamientos como el de **Herzberg**, que distinguía entre aspecto positivo y negativo de la accesoriedad<sup>1660</sup>, son erróneos.

El aspecto positivo se refiere a la posibilidad de aplicar al partícipe un tipo cuyas cualidades sólo son realizadas por el autor principal. Dentro de este efecto positivo de

<sup>1657</sup> Así lo plantea como una opción posible Sanchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*, pág. 216.

<sup>1658</sup> Sanchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*, pág. 220.

<sup>1659</sup> Como propone Sanchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*, pág. 219. Vid. igualmente Jakobs, G., *PG*, 22/7; Nagler, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, pág. 113-116, que mantiene la existencia de un *deber de obediencia secundario* (de no colaborar en un delito) que alcanza al extraneus.

<sup>1660</sup> Herzberg, R-D., *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 140; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4780.



la accesoriedad se enmarca la constatada tendencia jurisprudencial a punir al *extraneus* por el tipo llevado a cabo por el *intraneus* aunque con una pena atenuada (con la atenuante analógica de no ser intraneus, por ejemplo, no ser funcionario público)<sup>1661</sup>.

Y su fallo no reside en mantener la posibilidad, a mi modo de entender correcta, de que la accesoriedad estricta pueda limitar o expandir la responsabilidad del interviniente sino porque la decisión sobre la posibilidad de punir al extraneus es una cuestión previa, de fijación de la existencia de un riesgo relevante en la conducta del interviniente extraneus<sup>1662</sup>, y no de determinación del grado de comunicabilidad de los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes.

Cuando se defiende un concepto estricto de accesoriedad sí es necesario distinguir entre la vertiente interna y externa. Acerca de ésta última, el marco punitivo que le corresponde al interviniente podrá ser superior al del autor principal cuando se sostenga una accesoriedad estricta vinculada en su punibilidad a la acción del autor, pues la presencia de un comportamiento por parte del autor principal que haya alcanzado una fase del *iter criminis* determinada sólo es una condición objetiva de punibilidad que no limita la cuantía del injusto imputable al interviniente porque afecta a la *necesidad de pena* y no a su *merecimiento*<sup>1663</sup>. De ahí que si, por ejemplo, se exige que haya un inicio de la ejecución para poder sancionar al incitador, sólo cuando haya una tentativa del autor principal (y no más) se cumple esa condición, pero el incitador no será responsable por una incitación a la tentativa sino por su injusto ya consumado.

Sin embargo, en el momento en que se mantiene una accesoriedad estricta vinculada en su injusto a la conducta del autor, el marco punitivo del partícipe no puede ser superior al del autor principal, esto es, debe quedar determinado por el marco punitivo del tipo principal, limitado en su alcance máximo hasta donde llegue la fase del *iter criminis* alcanzada por el autor principal.

En ocasiones puede ocurrir que el partícipe responda por un tipo y el autor por otro. Sin embargo, ello no implica una infracción de la accesoriedad estricta material. El partícipe sigue respondiendo por un tipo que ha sido efectuado por el autor pero no con el que finalmente ha realizado porque el dolo del interviniente secundario no alcanza el último delito practicado, sino el primero. En estos casos, el problema reside en mostrar que el autor ha realizado realmente el tipo deseado por el partícipe. Ello se podrá afirmar cuando, en relación con el tipo practicado por el autor principal, haya un

<sup>1661</sup> Sobre esta tendencia vid. López Barja de Quiroga, J., "La accesoriedad", pág. 413. STS 18 de enero de 1994; STS 24 de junio de 1994.

<sup>1662</sup> Critican que en el planteamiento de Herzberg la accesoriedad se convierte en un criterio de imputación que permite imputar al partícipe el hecho realizado por otro Peñaranda Ramos, E., *La participación*, pág. 338 y s., 355; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 208.

<sup>1663</sup> Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pág. 130.

modo de comisión con menor desvalor, incluido en un tipo base que está en una relación lógico formal de inclusión con el agravado, abarcado por el dolo de inductor y se considere que ha sido realizado en el mismo grado que el tipo principal<sup>1664</sup>.

Por tanto, si se requiere un inicio de la ejecución, el injusto del partícipe sólo se consuma cuando ésta tiene lugar y, además, su marco punitivo se condiciona al grado de consumación del injusto del autor principal. De manera que si éste no supera la fase de tentativa será castigado, por ejemplo, como inductor a la tentativa y con el marco punitivo previsto para ésta: «si la conducta del inducido queda en grado de tentativa el inductor recibirá la pena del autor de un delito en grado de tentativa»<sup>1665</sup>.

Desde esta posición *estricta material* el injusto de la participación se deriva, en sus presupuestos y límites, de la conducta realizada por el autor principal. Por consiguiente, el injusto del hecho principal (bien jurídico atacado y fase del *iter criminis* que se alcanza) determina el alcance máximo del injusto de la participación<sup>1666</sup>: «...el partícipe, que también realiza su propia conducta típica, la formada a partir de las cláusulas de incriminación de la participación, nominalmente responde por la del autor, y su penalidad, además, se calcula con referencia a la que se deduce de la concreta tipicidad de autor producida»<sup>1667</sup>. De ahí que «por ello puede decirse que la accesoriedad no es simplemente conceptual o fáctica, sino *jurídica*, al ser el propio hecho principal determinante del contenido de injusto de la participación y servirle en parte, bajo esta perspectiva, de fundamento y de límite»<sup>1668</sup>.

Todavía más complicado en su aspecto cualitativo. El enjuiciamiento de esta cuestión supera los límites de este trabajo<sup>1669</sup>, por ese motivo, voy a tomar simplemente postura al respecto. Para una accesoriedad estricta, vinculada en su punibilidad a la acción del autor, la irresponsabilidad del autor será relevante para el partícipe en la medida en que se haya alcanzado el límite mínimo exigido para poder punir la participación. Es decir, si se requiere como condición de punibilidad la realización

<sup>1664</sup> Sobre la problemática vid. tercera parte, pág. 338 y ss.

<sup>1665</sup> Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 210.

<sup>1666</sup> Ruiz Antón, L.F., "El fundamento material de la pena en la participación", pág. 63-65; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen. Unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, pág. 71.

<sup>1667</sup> Bolvoda Pasamar, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, pág. 147.

<sup>1668</sup> Ruiz Antón, L.F., "El fundamento material de la pena en la participación", pág. 65 (cursiva original); Ingelfinger, R., *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*, pág. 116.

<sup>1669</sup> Vid. Boldova Pasamar, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995; Pérez Alonso, E.J., *Teoría general de las circunstancias: Especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995, pág. 246 y ss; el mismo, *PG*, pág. 770-82; Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, pág. 349 y ss; López Barja de Quiroga, J., "La accesoriedad", pág. 409-14; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 204-207; Jakobs, *PG*, 23.

de una conducta típica y antijurídica, el comportamiento justificado del autor implicará la imposibilidad de punir al partícipe porque no se ha satisfecho todavía esa condición.

Para una accesoriadad estricta, vinculada en su injusto a la conducta del autor, el requisito cualitativo de la accesoriadad actúa como límite de la comunicabilidad del ámbito de responsabilidad del autor al partícipe. Hasta ese instante la irresponsabilidad penal del autor se trasmite necesariamente al partícipe. O mejor dicho todos los efectos modificativos de la responsabilidad criminal que concurren en el autor afectan al partícipe con independencia de su conocimiento. Incluso se puede sostener que hasta que se satisface el requisito cualitativo por el autor principal el partícipe se haya amparado por una especie de «causa de justificación supralegal»<sup>1670</sup>. De ahí que si se exige una accesoriadad mínima, cuando la conducta del autor principal es típica el partícipe es responsable aunque concorra una causa de justificación en el primero. De igual forma, si se defiende la accesoriadad limitada el comportamiento del partícipe no será penalmente relevante hasta que la conducta del autor sea típica y antijurídica.

Ahora bien, que el partícipe no pueda ser penalmente responsable hasta que el autor satisfaga los requisitos cualitativos prefijados al elegir la clase de accesoriadad no quiere decir que la conducta del partícipe no pueda ser penalmente irrelevante de modo autónomo, es decir, por una circunstancia que sólo concorra en él (por ejemplo porque el bien jurídico no está protegido frente a sus ataques, porque actúa bajo un error o una causa de justificación)<sup>1671</sup>, porque hay ciertos elementos de su injusto que no se pueden deducir del injusto del autor principal.

Una vez traspasado ese umbral los ámbitos de responsabilidad se separan y cada uno responderá en función de las circunstancias personales que en ellos concurren<sup>1672</sup>.

Con todo, el conocimiento de la presencia de ciertas circunstancias en el autor principal por el partícipe puede condicionar su impunidad (actuar bajo el amparo de una causa de justificación o un elemento atenuante vinculado al hecho) o la relevancia jurídica de su comportamiento (inducir a un inimputable o a un sujeto que actúa bajo error de tipo que fundamenta una autoría mediata; el conocimiento de la concurrencia de un elemento agravante vinculado al hecho<sup>1673</sup>).

<sup>1670</sup> Término tomado de Boldova Pasamar, que entiende que la accesoriadad limitada cuando la conducta del autor principal está justificada es una «especie de «causa de justificación supralegal» aplicable a los partícipes que actúan en hechos justificados», Boldova Pasamar, *La comunicabilidad*, pág. 169.

<sup>1671</sup> Aunque este aspecto responde más bien al concepto de accesoriadad amplia.

<sup>1672</sup> Sobre las comunicabilidad de las circunstancias de carácter personal y la problemática al respecto vid. Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 777-82.

<sup>1673</sup> La terminología *elemento vinculado al hecho* ha sido tomada de López Barja de Quiroga, J., «La accesoriadad», pág. 412; utilizada igualmente por Bacigalupo, E., *Principios*97, pág. 382 y s.

### **B. Las vertientes interna y externa de la accesoriadad estricta.**

Dentro de la accesoriadad (estricta) se distinguen dos vertientes fundamentales a la hora de fijar el ámbito de la responsabilidad del partícipe: una interna o cualitativa y externa o cuantitativa. La accesoriadad cuantitativa o externa exigirá la presencia de un grado de realización de la conducta delictiva por parte de un autor principal. La accesoriadad cualitativa o interna requiere que el comportamiento haya alcanzado un determinado modo de ejecución<sup>1674</sup>. De forma más detallada, la **accesoriadad cuantitativa o externa** es la base fáctica de este principio y representa la exigencia de una conducta por parte del autor que alcance una determinada fase del *iter criminis*. Al respecto debo señalar que la accesoriadad cuantitativa puede efectivamente definirse como el grado de ejecución que debe haber alcanzado el comportamiento efectuado por el autor principal (preparación, tentativa, consumación). Es unánime en la doctrina la decisión a favor de exigir un comienzo de ejecución del hecho principal para poder hacer responsable al partícipe<sup>1675</sup>. Ahora bien, la fijación del punto, en la escala del *iter criminis* del autor principal, a partir del que se puede comenzar a hablar de la responsabilidad del partícipe no debe confundirse con el aspecto cualitativo de la accesoriadad. Esto es, la exigencia, cuantitativa, de que la conducta sea un comienzo de ejecución no quiere decir que deba ser al mismo tiempo típica, ello será un requisito interno o cualitativo<sup>1676</sup>. Son erróneos los planteamientos que requieren que a su vez sea típica pues ello es una característica de la accesoriadad interna. Esta crítica tiene evidentemente interés desde planteamientos que distinguen entre conducta ejecutiva y conducta típica porque permiten afirmar la satisfacción del requisito cuantitativo aun cuando luego con posterioridad el comportamiento no fuera típico.

Lo que sucede es que en muchas ocasiones hay una vinculación necesaria entre el aspecto cualitativo y cuantitativo, de modo que parece que toda la problemática se

<sup>1674</sup> Vid. sobre ambas vertientes de la accesoriadad Sancinetti, *Ilícito personal y participación*, pág. 59; Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 258; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 44 y s; López Barja de Quiroga, J., "La accesoriadad", pág. 404 y s; el mismo, *PG*, III, pág. 405; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 200 y s; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4779; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 129 y s; Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 757 y s.

<sup>1675</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 201; López Barja de Quiroga, J., "La accesoriadad", pág. 404; el mismo, *PG*, III, pág. 405 y s; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 199; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 298; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4779; Gómez González, O., *Participación criminal*, pág. 130; De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1241; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 379.

<sup>1676</sup> Puede plantearse el caso de una consumación no típica cuando el sujeto actuó con error invencible o vencible si la punición de su forma imprudente no estaba prevista por el Código (en un sistema de *numerus clausus*).

concentra en el segundo de ellos. Así, en un sistema que defienda una accesoriidad limitada y simplemente exija un inicio de ejecución, el principio de accesoriidad cuantitativo queda prácticamente absorbido por el cualitativo ya que una conducta típica y antijurídica siempre requiere una acción previa que haya alcanzado el grado de tentativa.

No obstante, esta distinción me sirve de base para efectuar dos reflexiones con relación a la preparación y la teoría pura de la causación. Hay supuestos en los que el castigo de la preparación no representa un inicio de ejecución (o esta sería una de las opciones interpretativas) sino la atribución de responsabilidad penal a una fase previa (de la ejecución) de manera no autónoma (ni formal, ni material) porque concurre una cierta peligrosidad en el comportamiento o para maximizar la protección del bien jurídico tutelado. En estos casos, el aspecto cualitativo se deslinda del cuantitativo. Así, cuando se requiere un inicio de ejecución, aunque la conducta del preparador sea típica y antijurídica no permitiría la punición de los partícipes porque no satisfaría la exigencia cuantitativa. Con un ejemplo: A y B quieren robar un banco. A va a asaltar la sucursal X, B le proporciona un arma y un coche. A invita a C a cometer el robo. Si se defiende que la proposición es una preparación, aunque A sea sancionado por tal comportamiento, el cómplice B no podrá ser sancionado hasta que A ha comenzado con la ejecución del hecho principal. Si por el contrario simplemente se requiere un comportamiento preparatorio del autor principal la participación sería viable desde la perspectiva cuantitativa (y cualitativa). En cambio, cuando se considera que la preparación viene abarcada por el marco de significado típico o son castigadas mediante la creación de un tipo autónomo el requisito del inicio de la ejecución se alcanza con la acción preparatoria.

Además, hay situaciones en la que la accesoriidad se puede desprender de su aspecto cualitativo (sobre todo si cuando se trata de una accesoriidad estricta formal) y únicamente requiera una conducta que sea un inicio de ejecución aunque luego no sea ni típica, ni antijurídica. Así, se podría mantener que una tentativa imprudente o un comportamiento justificado satisfacen las exigencias del principio de accesoriidad.

La **accesoriidad cualitativa o interna**, en cambio, contiene la decisión normativa referente al grado de relevancia jurídico-penal que debe poseer la conducta del autor para poder considerar que el partícipe ha atacado accesoriamente el bien jurídico tutelado. La accesoriidad cualitativa se puede clasificar en *mínima* (es suficiente la realización de un tipo legal), *limitada* (se requiere una acción típica y antijurídica) y *máxima* (se exige una acción típica, antijurídica y culpable)<sup>1677</sup>. La

<sup>1677</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 44 y s; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 127; López Barja de Quiroga, J., "La

mayoría de la doctrina se posiciona a favor de la accesoriedad limitada<sup>1678</sup>, aunque también hay excepciones que defienden la opciones mínima<sup>1679</sup> y máxima<sup>1680</sup>.

Los valedores de la teoría de la participación en la culpabilidad («Schuldteilnahmetheorie») han defendido la accesoriedad máxima. Desde esta postura la exigencia de una conducta culpable del autor era la consecuencia lógica de un planteamiento, que sin olvidar la contribución causal que significa la conducta del partícipe respecto al hecho principal, requería, además, que fuera responsable de la culpa del autor, es decir que «seduzca al autor a delinquir, conduciéndole a la culpabilidad y la pena»<sup>1681</sup>. La consecuencia que se deriva de ello es la imposibilidad de castigar al partícipe que interviene en un hecho no culpable para el autor. Lógicamente la justificación de la punición de las tentativas de participación se hace todavía más difícil desde esta teoría pues en esos supuestos hay una ausencia del elemento que (co-)fundamenta la punición del partícipe, a saber, un autor culpable. La solución para alcanzar formas imperfectas de la participación consistía en crear una categoría independiente entre la autoría y la participación conocida como la «teoría del causante» («Urhebertheorie»): el partícipe responde como causante del hecho cuando no existe un autor culpable<sup>1682</sup>.

---

accesoriedad”, pág. 405; el mismo, *PG*, III, pág. 407; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 206; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 200; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4779 y s; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 52; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 627 y s; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 754 y s; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 298 y s; Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 255 y s; Bockelmann, K., *Relaciones entre autoría y participación*, pág. 7 y s (autor que señala una cuarta opción: *hiperaccesoría* es la accesoriedad «cuando las condiciones personales del autor principal, que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten al partícipe», *ibidem*; también recogida por Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 255 y s; López Barja de Quiroga, J., “La accesoriedad”, pág. 405; el mismo, *PG*, III, pág. 407; Olmedo Cardenete, M.D., *op. cit.*, pág. 206; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 200; Bacigalupo, E., *Principios97*, pág. 379 y s; Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 757).

<sup>1678</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 27 y s; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 326; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 298 y s; Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 205; López Barja de Quiroga, J., “La accesoriedad”, pág. 405; el mismo, *PG*, III, pág. 407 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 208 y s; Gómez Benitez, J.M., *PG*, pág. 502; Mir Puig, S., *PG6*, 15/34; De la Mata Barranco, N.J., “La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno”, pág. 1241; Octavio de Toledo y Ubieto, E., “La autoría conforme al Código Penal”, pág. 576; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 455; Pérez Alonso, E., *PG*, pág. 757; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 755; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4780. Vid. en ese sentido la STS 3 de diciembre 1993 (f.d. 2.º); STS 8 de julio 1998 (f.d. 1.º 5); STS 23 de septiembre 1997 (f.d. 1.º); STS 29 de julio 2002 (f.d. único).

<sup>1679</sup> Boldova Pasamar, M., *La comunicabilidad*, pág. 145, autor que sostiene que hay supuestos en los que el partícipe debe responder por el comportamiento justificado del autor principal: si desconoce la presencia de la justificación, o la conoce pero actúa con intereses distintos a los que justifican el comportamiento principal. Muy próximo al planteamiento de Boldova, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 199-201.

<sup>1680</sup> Jakobs, G., “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, pág. 253-56. Vid crítica de Sancinetti, *vid. cuarta parte*, pág. 437 y s.

<sup>1681</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 42. Vid. Mayer, *AT*, 49/II; el mismo, *Täterschaft*, pág. 253 y ss (citado por Gómez R., *nota n. 24*, pág. 42).

<sup>1682</sup> Mayer, *AT*, 49/II.



### **C. La relación entre la accesoriidad y los sistemas de enjuiciamiento de la responsabilidad del interviniente.**

Según cómo se combinen todas estas variables (accesoriidad amplia/estricta - configuradora del injusto o condición objetiva de punibilidad-; accesoriidad estricta interna/externa) en cuatro niveles de decisión, a saber,

(1) autonomía del injusto del partícipe (1.a) o vinculación amplia con un tipo de la parte especial (1.b);

(2) conexión con la conducta realizada por el autor principal configurador del injusto del partícipe (2.a) o como simple factor de limitación de la punibilidad (2.b);

(3) fase del *iter criminis* que debe haber alcanzado la conducta del autor principal (preparación [3.a], tentativa [3.b], consumación [3.c]);

(4) carácter mínimo (4.a), limitado (4.b) o máximo (4.c) de la accesoriidad;

aparecerán diversos sistemas de fundamentación de la responsabilidad penal de la participación delictiva que pueden prescindir completamente de este principio o recurrir a él de modos muy distintos en cada caso.

En suma, la accesoriidad es un concepto que no está subordinado a una línea concreta de fundamentación de la punición de la participación. Tanto desde un planteamiento *autónomo* como desde otro *accesorio* se puede acudir a la idea accesoriidad, aunque desde luego se trata de una noción de accesoriidad distinta en cada supuesto. Además, el principio de accesoriidad no es algo exclusivo de un sistema dual, como señalaré en próximas páginas. Un concepto unitario de autor puede recurrir igualmente a la accesoriidad como criterio delimitador de la extensión de la punibilidad. Como consecuencia de ello no es correcto identificar principio de accesoriidad exclusivamente con el planteamiento de justificación del castigo de la participación que se deriva de la *teoría de la accesoriidad* pues la descripción que dicha teoría hace del principio en cuestión es una de todas las opciones posibles.

En lo que respecta a la influencia que los múltiples sistemas que resultan de este ejercicio de combinatoria pudieran tener sobre el ámbito de la participación imperfecta tengo que señalar que cuanto más estricto sea este principio y mayores sean las exigencias cualitativas y cuantitativas que a él se vinculan más amplio será el *iter criminis* de la participación. Esto es, más numerosos serán los supuestos de participación imperfecta. Ello se debe a que parte de las formas de participación o intervención intentada se vinculan a la infracción del principio de accesoriidad. O sea, la insatisfacción de los requisitos vinculados a la accesoriidad implica automática la consideración del comportamiento como imperfecto y por ello, en principio, impune. Por consiguiente, existe una relación inversamente proporcional entre la relevancia

de la accesoriadad y el ámbito de la intervención delictiva que puede ser objeto de persecución penal.

Si sólo hay una accesoriadad amplia y si el bien jurídico está protegido frente al ataque del interviniente secundario, habrá una tentativa cuando la agresión no sea penalmente relevante. Esto implica no sólo definir cuando hay un ataque, por ejemplo el acto de colaboración delictiva o incitación a la comisión de un delito. También implica una concentración de los requisitos de punibilidad en las características que deban concurrir en las formas de actuación de ese interviniente para que representen una lesión relevante del bien tutelado. Por ejemplo, la seriedad de la incitación, el grado de determinación del objeto del ataque, que se genere una resolución delictiva, que lo aportado sea adecuado o que alcance el ámbito de acción del interviniente ejecutor, que haya una pérdida de control de la posibilidad de evitar el comienzo de la ejecución, etc.

Si la accesoriadad es estricta pero como condición de punibilidad, el interviniente no ejecutor habrá superado la fase de tentativa en los mismos casos que en el supuesto anterior. La diferencia ahora es que sólo será punible la actuación consumada del interviniente secundario cuando concorra una conducta del autor principal dotada de unas características normativas concretas. Ahora bien, en este caso quedan impunes formas consumadas de intervención, pues las tentativas, no serían punibles por la insatisfacción de su propio injusto. De modo que aunque hubiera una conducta principal seguirían siendo tentativas de intervención impunes.

Si la accesoriadad es estricta configuradora del injusto, el grado de exigencias internas y externas reducirán o aumentarán la extensión de las formas de participación imperfecta. La conducta del partícipe no sólo tiene que satisfacer los requisitos de su injusto, sino que la consumación del mismo depende de la concurrencia de unos requisitos en la conducta del autor principal. De ahí que si domina un concepto máximo de la accesoriadad haya una tentativa de participación hasta que el autor principal realice una conducta típica, antijurídica y culpable. Y al contrario si está vigente el concepto mínimo la tipicidad del comportamiento del autor principal basta para afirmar el carácter consumado de la participación.

Se podría seguir abundando al respecto analizando cada una de las combinaciones, sobre todo si se incluyen otras variables de la vertiente cuantitativa que ya he esbozado con anterioridad. No obstante, una vez que he señalado el sentido y las opciones que se esconden tras la decisión a favor de la accesoriadad y he indicado las consecuencias que tienen para el *iter criminis* de la participación creo que resultaría más interesante detenerse en el estudio de los cuatro niveles que se han distinguido doctrinalmente dentro de un sistema de intervención delictiva que establece una diferencia entre autoría y participación: (a) participación autónoma

extrema, (b) participación autónoma moderada, (c) participación accesoria extrema y (d) participación accesoria moderada. Todas ellas se caracterizan porque consideran que la participación representa una aportación causal con relación a la lesión del bien jurídico protegido<sup>1683</sup>. Ahora bien, las teorías de la participación autónomas (a y b) sostienen que el partícipe ha causado de forma directa un resultado típico, así que, responde penalmente por su propio injusto y no por el ajeno, él del partícipe. La postura extrema (a) de esta teoría se independiza de una conducta principal y tiene lugar, por tanto, una negación de la accesoriidad estricta configuradora del injusto<sup>1684</sup>. El problema que se deriva de ello es la extensión de la punibilidad. Como he indicado buena parte de las tentativas de participación se convierten en consumaciones del tipo autónomo de participación. Además, se plantea como posible la admisión de una participación en una participación. Para evitar estas consecuencias surgen otras versiones (b), más moderadas (teoría de la causación pura), que reconocen una cierta vinculación con la idea de accesoriidad. La necesidad de llevar a cabo un acto típico y antijurídico por el autor principal es un requisito que limita la punibilidad pero que en cualquier caso no la fundamenta.

Las teorías de la participación accesoria estricta configuradora del injusto (c y d) defienden que «el injusto de la participación depende en su fundamento y medida del hecho principal»<sup>1685</sup>. Con ello, reconocen que aunque si bien es cierto que la acción del partícipe supone una contribución a la lesión del bien jurídico, ésta sólo tiene lugar a través de la actuación del autor principal<sup>1686</sup>. A partir de aquí se divide en dos corrientes, (c) una extrema (la teoría de la causación orientada a la accesoriidad o teoría del favorecimiento) que mantiene el sometimiento absoluto del injusto del partícipe al del autor, y (d) una moderada (la teoría del ataque accesorio<sup>1687</sup>), que defiende que hay una vinculación entre injusto del partícipe y

<sup>1683</sup> Relación causal con el hecho principal que no existe en la teoría de la participación en el injusto o la *Unrechtsteilnahmetheorie*, Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 38. Para esta teoría el fundamento de la participación reside en tomar parte en el injusto ajeno, siendo irrelevante la relación que el partícipe tenga con el hecho principal (Less, ZStW 1957, pág. 43 y ss; Stratenwerth, "Der agent provocateur", MDR 1953, pág. 717 y ss; citado por Gómez Rivero, *La inducción*, pág. 44). Vecinas a la teoría de la participación en el injusto en lo que a la desvinculación causal, en un sentido estricto, del hecho principal se refiere se encontrarían las teorías de la solidaridad (Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, pág. 44-69).

<sup>1684</sup> Un ejemplo sería el planteamiento de Sancinetti, vid. cuarta parte, pág. 438 y ss.

<sup>1685</sup> Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 39.

<sup>1686</sup> Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 39.

<sup>1687</sup> Roxin, *LK11*, vor 26/7. El sustantivo «ataque» indica el motivo del castigo y los elementos independientes de su injusto (se puede participar impunemente en un hecho principal con un injusto punible: no hay inducción cuando se induce a otro a dañar un bien del inductor) Roxin, *LK11* vor 26/3. La responsabilidad del partícipe supone el reconocimiento de un injusto específico

del autor, pero que, además, el partícipe posee un elemento autónomo en su injusto<sup>1688</sup>.

Esta segunda teoría permitía no castigar al partícipe cuando el bien jurídico atacado no está protegido contra él (no sería punible el que induce a otro a robar un objeto propiedad del que induce), o cuando realiza una conducta habitual, pues, aunque exista un hecho típico y antijurídico la conducta carece de desvalor de acción<sup>1689</sup>.

La distinción entre las teorías de la participación accesoria estricta material o configuradora del injusto a los efectos aquí buscados, la punición de las tentativas de participación, no tiene gran relevancia. Dicho de otro modo, ninguna de ellas justifica la punición de estas tentativas, al contrario, la consecuencia lógica de las mismas es la imposibilidad de alcanzar penalmente estos comportamientos en virtud del principio de accesoriedad. De ello resulta, por consiguiente, que desde estos enfoques sólo sea posible justificar su punición mediante la demostración de la existencia de una *cierta* accesoriedad o a través de la creación y explicación, no sólo político criminal, también dogmática, de excepciones a la vigencia del principio de accesoriedad.

Esto aclara por qué efectuaré un análisis de los planteamientos autónomos de la justificación del castigo de la participación y en lo relativo a las teorías que defienden la accesoriedad sólo abundaré en los intentos de explicación y legitimación de la incoherencia intrasistemática que supone la punición de las tentativas de participación sin entrar en contradicción con la idea de accesoriedad estricta material que las define. De ahí que sea innecesario insistir en la descripción de las teorías que mantienen la accesoriedad estricta material. Sea suficiente señalar que tomo partido

---

de participación. Los elementos autónomos de su injusto son para Roxin: «(...) (1) la protección frente al partícipe del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, (2) la referencia de su dolo a la consumación del delito por el autor y (3) la específica existencia de desvalor de acción en la conducta del partícipe (...)», López Peregrín, M.C., *La complicidad*, pág. 154. El término «accesorio» señala que existe una dependencia con el hecho principal, una relación jurídica con la acción del autor, ya que el partícipe sólo podrá ser castigado cuando la conducta principal haya alcanzado, como mínimo, la tentativa. Además, el injusto de la conducta del partícipe se dimana en parte del comportamiento realizado por el autor principal, Roxin, *LK11*, vor 26/4. Esta teoría ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina española Cobo/Vives, *PG5*, pág. 755 y s; Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador*, pág. 204 y s; Gómez Rivero, M. C., *La inducción*, pág. 55 y s; Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 347 y s; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 309; Landa Gorostiza, J-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidianana»*, pág. 220 y s.

<sup>1688</sup> Lo que representa una aceptación de parte de los postulados sostenidos por la teoría pura de la causación, pero con una vinculación al principio de accesoriedad no meramente formal, como límite de la punibilidad sino material como fundamento de la misma.

<sup>1689</sup> En la distinción de estos cuatro niveles he seguido la exposición de López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 125-58. Vid. igualmente Ruiz Antón, L.F., "El fundamento material de la pena en la participación"; Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 38-42.

por la teoría del ataque accesorio al bien jurídico (porque tiene en cuenta los elementos autónomos del injusto del partícipe).

No obstante, cuanto más avanzo en el estudio de este tema más me convengo de que el injusto de la participación es independiente del autor principal, cuya acción y la relevancia jurídica de la misma no debería aumentar o disminuir el injusto del partícipe, y que, por tanto, la accesoriedad estricta sólo puede ser una condición objetiva de punibilidad, de forma parecida al papel que desempeña el resultado en la imprudencia.

En conjunto, se puede concluir que en lo que atañe a los *actos preparatorios punibles* la problemática consiste en determinar si, como formas de participación, se integran en un sistema regido por el principio de accesoriedad estricto y de qué modo se concibe éste (formal o material).

## 2. Tipos de participación autónomos.

Lo característico de los *sistemás autónomos* de la participación reside en que el partícipe tiene un injusto propio independiente en su configuración de la conducta realizada por el autor principal. Desde esta perspectiva se puede sostener que la autonomía de la participación trae consigo una desvinculación del principio de accesoriedad estricta material o configurador del injusto. Sin embargo, ello no implica que no se mantenga vigente la accesoriedad amplia y que no sea posible el recurso a la estricta formal como condición de punibilidad. Especialmente esta última como medida dirigida a limitar la extensión de la punición de las fases previas de la participación delictiva que se deriva de estos planteamientos. Por consiguiente, no es correcto hablar de la participación como tipo autónomo en un sentido material porque ello exigiría la presencia de un bien jurídico de referencia propio que no posee<sup>1690</sup> y un marco punitivo fijo para todos los casos de participación. De ahí que haya que utilizar con precaución el concepto participación autónoma, pues si bien cada partícipe va a responder de manera independiente por su actuación y su injusto no estará determinado por la necesidad de que haya una conducta principal, realmente no hay tal autonomía ya que ni poseen un bien jurídico autónomo, ni la posición más extrema se desvincula completamente de un tipo de la parte especial de referencia y, en algunos casos, incluso se admite la accesoriedad estricta formal.

Ahora bien, la autonomía del injusto del partícipe en relación con la conducta del autor principal, que tradicionalmente se consideraba que ejercía de intermediario en la lesión del bien jurídico, es la consecuencia ora de una interpretación extensiva

<sup>1690</sup> Como muy acertadamente señala Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 30 y s. Próximo Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 61-63.

del tipo de la parte especial que establece la responsabilidad originaria del partícipe, ora de la creación de una norma propia del partícipe que es distinta de la dirigida al autor principal.

(1) Un concepto extensivo del tipo penal considera que el mandato o prohibición normativa típico abarca todas las formas de intervención en el proceso delictivo (de autoría y participación) ya que cualquier aportación al proceso causal que conduce al delito es una forma de autoría con independencia de la importancia de la contribución causal<sup>1691</sup>. De aquí que, el partícipe sea tan autor como el que ejecuta el núcleo de la conducta típica. Concepto extensivo que será la idea dominante en el sistema unitario de autor.

Si cada sujeto que interviene en un proceso delictivo responde autónomamente por su actuación, en el sentido de desvinculado de una necesaria intervención de otro, porque lo característico es que el mandato o prohibición normativa abarque a todas las formas de intervención en el delito como comportamientos que *per se* tienen un injusto punible, hay una aproximación a posicionamientos vecinos al concepto unitario de autor<sup>1692</sup>. Es más, pienso que un concepto autónomo así entendido no se puede diferenciar del sistema unitario de autor. Esto se debe a que existe una misma norma de la que deriva originariamente la responsabilidad de cada interviniente. Por tanto, cualitativamente las infracciones son idénticas y la divergencia es cuantitativa. Además, aunque a este argumento se quiera oponer en un sistema unitario no hay distinción entre formas de intervención, se puede responder a esta crítica que esa distinción entre formas de intervención viene recogida por el sistema unitario funcional. Quizá la única diferencia se encuentre en que un sistema dual extensivo determina, para algunas formas de participación, un marco punitivo inferior al establecido para la autoría. No obstante, tampoco se puede olvidar que un sistema unitario prevé una rebaja en sede de punibilidad y, además, que un sistema dual establece, a través de una decisión político-criminal, un marco punitivo idéntico al de la autoría para ciertas clases de participación.

(2) Por otro lado, el ilícito del partícipe también puede ser independiente porque, al igual que el autor principal, infrinja la norma que le es propia, o sea, que está individualmente dirigida a él.

Así, **Kindhäuser** defiende que mientras el autor principal lesiona un deber primario, el partícipe vulnera un deber secundario consistente en no determinar o prestar ayuda a otra persona para lesionar el deber primario (de respeto del bien jurídico)<sup>1693</sup>. Del mismo modo, **Sancinetti** considera que hay un imperativo dirigido personalmente al instigador o al cómplice. Es decir, el partícipe posee su propio injusto, autónomo del

<sup>1691</sup> En esta línea Jakobs y Lesch, vid. cuarta parte, pág. 432 y ss. Proximo Lüderssen cuando defiende que los tipos de la parte especial incluyen dentro de su injusto las formas de participación en el delito, Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pág. 29.

<sup>1692</sup> Gómez Rivero, *La inducción*, pág. 50; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, pág. 290; Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", pág. 530; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 45.

<sup>1693</sup> Kindhäuser, U., "Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes", pág. 274 y s. Vid. Schumann, H., "Die «rechtswidrige» Haupttat als Gegenstand des Teilnehmersvorsatzes", pág. 393; Bloy, R., *Beteiligungsform*, pág. 252.



autor (tanto en su vertiente interna como externa) y derivado de la infracción de la norma individualmente dirigida a él y que, por tanto, se formula con elementos que únicamente pertenecen a la conducta del partícipe<sup>1694</sup>. Así mismo, **Stein** sostiene que de un mismo fin de protección del bien jurídico se derivan diversos deberes que se vinculan con diversas normas de conducta<sup>1695</sup>. De este modo, habría unas normas de conducta del autor (la inmediata, mediata y de coautoría) y unas normas de conducta del partícipe que poseen una menor importancia (*Dringlichkeit*) y extensión (*Rechtsweit*)<sup>1696</sup>. Las normas de conducta del partícipe se dividen en la norma de conducta del inductor y la del cómplice<sup>1697</sup>. La dirigida al inductor le prohíbe la realización de comportamientos que reduzcan la fuerza de motivación del deber que posee el incitado<sup>1698</sup>, bien porque con ello aumenta el peligro de infracción del deber derivado de su norma de conducta, bien porque lesione directamente el poder de motivación que ese deber tiene<sup>1699</sup>. La norma de la complicidad posee una naturaleza secundaria (y por ello una menor importancia y extensión) y prohíbe aquellos comportamientos que no son abarcados por las normas de comportamiento del autor o el inductor, a saber, la ayuda al hecho, la ayuda mediante un consejo técnico, creación de un estímulo al hecho (*Tatanreizen*)<sup>1700</sup>. Por último, **Renzikowski** reconoce que el partícipe infringe un deber distinto al del autor. De modo que el partícipe realiza una conducta prohibida porque vulnera el deber de no poner en peligro el bien jurídico mediante un comportamiento que crea una situación que hace posible la lesión del interés protegido<sup>1701</sup>. La participación vulnera un deber (distinto al que se orienta al autor) mediante la «...puesta en peligro de concretos bienes jurídicos a través de la provisión del "material" para su lesión... Por tanto, se trata en todo caso de la lesión de deberes concretos mediante concretas acciones de participación orientadas al fomento o impulso de ataques concretos a bienes jurídicos concretos»<sup>1702</sup>.

Una vez realizada esta aclaración me voy a concentrar en el estudio de tres posiciones teóricas que podrían justificar la punición de las tentativas de participación. La teoría pura de la causación, el planteamiento funcional-sistémico *extensivo*, el planteamiento funcional-sistémico con doble norma (de participación y de autoría).

### **A. La teoría pura de la causación («Die reine Verursachungstheorie») <sup>1703</sup>. Recurso a la accesoriadad estricta formal como condición objetiva de punibilidad.**

<sup>1694</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 66-69, 89-90.

<sup>1695</sup> Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 98, 221 y s.

<sup>1696</sup> Stein, op. cit. pág. 237.

<sup>1697</sup> Stein, op. cit., 241-43.

<sup>1698</sup> Stein, op. cit., pág. 243.

<sup>1699</sup> Stein, op. cit., pág. 242.

<sup>1700</sup> Stein, op. cit., 243 y s.

<sup>1701</sup> Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 128-38.

<sup>1702</sup> Renzikowski, op. cit., pág. 138.

<sup>1703</sup> Vid. Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967; Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", GA, 1971; Meyer, M-K., "Tatbegriff und

Según los defensores de esta teoría el partícipe ataca autónomamente el bien jurídico contenido en la parte especial<sup>1704</sup>. El partícipe posee un injusto independiente del que tiene el autor, infringe un tipo penal de igual forma a como lo hacía el autor principal<sup>1705</sup> y lo hace a través de la colaboración o la creación de la resolución delictiva, que son ataques al bien jurídico relevantes *per se* con independencia de la existencia de una acción principal típica y antijurídica.

Por consiguiente, si la participación no es un mero favorecimiento sino que es un ataque al bien jurídico<sup>1706</sup>, que posee su propio injusto típico<sup>1707</sup> desligado de la conducta principal del autor<sup>1708</sup>, y si el bien jurídico puede ser atacado directamente

---

Teinehmerdelikt", GA, 1979; Sax, *Zur Problematik des Teilnehmerdelikts*, ZStW, 1978. En España tiene un planteamiento cercano Rodríguez Mourullo, G., "La punición de los actos preparatorios", pág. 298-304. Rodríguez Mourullo es consciente de la dificultad de encontrar un criterio objetivo de justificación aplicable a todas las conductas (pág. 297 y s) y, además, observa como la persecución de los actos preparatorios punibles atenta contra el principio de accesoriedad y por ello son una excepción al mismo (pág. 294, 300). A partir de estas dos reflexiones decide que sólo se puede legitimar una anticipación de la tutela penal si se considera que los actos preparatorios son delitos sui generis, *autónomos* (pág. 299), cuyo tipo, en casos particulares, está formado por comportamientos que revelan una peligrosidad suficiente para el bien jurídico y exige por ello una intervención penal. Con ello parece dar a entender que ya no se rompe con el principio de accesoriedad, porque al ser un tipo sui generis deja de ser una forma de participación. Aunque no manifieste que los actos preparatorios punibles sean delitos de participación autónomos (de hecho nunca deja de sostener su carácter preparatorio) en cierta medida lo está reconociendo porque el autor parece consciente de que mediante un delito sui generis no hay vinculación al principio de accesoriedad. Lo peculiar de este planteamiento es que no fija si se admite la participación o la tentativa con respecto a semejantes conductas, y que considera que deben castigarse con una medida de seguridad y no con una pena (pág. 303) porque son actos preejecutivos que revelan una peligrosidad objetiva externamente. La posición de Rodríguez Mourullo es totalmente contradictoria, pues si son delitos autónomos por la peligrosidad manifiesta, ¿cómo sigue hablando de conducta preejecutiva si el comportamiento que realiza un tipo *sui generis* es por ello ejecutivo?

<sup>1704</sup> Meyer sostiene el injusto del partícipe viene determinado por su relación con su propio hecho y no con el del autor principal (Meyer, K-M., "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", pág. 271). En concreto, la participación contiene un propio injusto de acción y de resultado (op. cit., pág. 253, 260).

- Acción: la voluntad de comportamiento de lesión del bien jurídico («Willensverhaltens»). Es decir, la conducta del partícipe es un comportamiento voluntario lesivo del bien jurídico.

- Resultado: contribución causalmente adecuada para lesionar el bien jurídico.

Schmidhäuser (A775) afirma que los delitos de participación son tipos autónomos con un contenido de injusto propio (op. cit., 14/57). El partícipe no sólo toma parte en el ataque al bien jurídico realizado por el autor, lo ataca directamente, ya que lesiona al igual que el autor «la pretensión de respeto que se deriva del bien jurídico» (ibídem).

<sup>1705</sup> Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pág. 29.

<sup>1706</sup> De forma parecida lo explica, que no lo defiende, Ruiz Antón, "El fundamento material de la pena en la participación", pág. 54 y ss. Lüderssen habla de una relación positiva y negativa del partícipe con la lesión del bien jurídico. Positiva en cuanto su aportación representa una forma de lesión del interés protegido, negativa en el sentido de que el resultado de lesión es producido por otro y no por el partícipe, Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pág. 162.

<sup>1707</sup> Vid. Schmidhäuser, E., A775, 14/56-68; Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", pág. 2 y s. Vid. Sax, *Zur Problematik des Teilnehmerdelikts*, ZStW 1978, pág. 934 y ss.

<sup>1708</sup> Lüderssen, K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, pág. 25 y s, 119 y ss.

por el partícipe, basta con que se encuentre protegido frente a él para que su conducta agresiva pueda ser penalmente relevante con independencia, insisto, de que exista o no un hecho principal<sup>1709</sup>.

Ahora bien, como he indicado aunque se predica el carácter autónomo del injusto del partícipe no existe una desvinculación de un tipo de la parte especial. Así, se observa en los autores que defiende un concepto autónomo de la participación conexión con un tipo de la parte especial para establecer el marco de referencia del injusto del partícipe e incluso como condición objetiva de punibilidad. Mientras que **Lüderssen** considera que los tipos de la parte especial son los que abarcan dentro de su injusto las formas de participación en el delito<sup>1710</sup> y luego exige una accesoriedad fáctica<sup>1711</sup>, **Herzberg** defiende que los tipos de participación son auténticos delitos que simplemente son completados por los tipos de referencia de la parte especial<sup>1712</sup>, y **Schmidhäuser** o **Meyer** sostienen que los tipos de participación son tipos autónomos limitados en su extensión por su necesaria vinculación con un tipo de la parte especial<sup>1713</sup>. En cualquier caso, la consecuencia que se deriva de ello es que

<sup>1709</sup> Así lo explica Ingelfinger, R., *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*, pág. 115. La punición de la participación en el suicidio lo demuestra, no hay una acción típica pero se castiga tal conducta porque el partícipe realiza un injusto propio (que le desvincula del principio de accesoriedad) y, además, el bien jurídico vida ajena está protegida frente a la generalidad (Lüderssen, K., op. cit. pág. 161-4). Otros autores consideran que el castigo de tal conducta confirma el carácter accesorio de la participación, pues el comportamiento quedaría impune (al faltar un hecho principal típico y antijurídico) si no vinieran tipificado expresamente (Gómez Rivero, nota n. 56, pág. 48-9).

<sup>1710</sup> Lüderssen, K., op. cit., pág. 29.

<sup>1711</sup> Lüderssen, K., op. cit., pág. 119, 137. Dependencia de hecho principal que tiene una naturaleza meramente fáctica, op. cit. pág. 119. Dependencia fáctica que es necesaria para poder castigar al partícipe por el delito realizado por un *intrañeus*, op. cit., pág. 135-8.

<sup>1712</sup> Herzberg considera que es necesario – principio de determinación – una vinculación con un tipo de la parte especial que determine el bien jurídico de referencia y el alcance de la pena. En ese sentido se sitúa en una posición más próxima al planteamiento de Schmidhäuser, Herzberg, R.D., “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände”, pág. 2, 7, 12; el mismo, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, pág. 61 y ss. Autor que en una obra anterior defiende la participación vinculada al principio de accesoriedad limitada, Herzberg, R-D., *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 139 y s.

<sup>1713</sup> Schmidhäuser, E., *A784*, 10/10, 17; *A775*, 14/56,60-62, 77; Meyer, K-M., “Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, pág. 254 y s, 257 y s.

Schmidhäuser sostiene que a pesar de la autonomía del injusto del partícipe sigue existiendo una conexión normativa con la conducta principal:

- Hay una obligación de conectar el delito del partícipe con el correspondiente tipo de la parte especial. Los tipos de participación no contienen ninguna descripción relativa a una conducta típica, por ello la participación genérica (crear una resolución o ayudar a realizar un delito) se debe poner en contacto con los comportamientos típicos de la parte especial, (*A775*, 14/56; *A784*, pág. 269, 272).
- La referencia al hecho principal típico y antijurídico del autor como requisito de punibilidad. De esta obligatoria conexión deduce que el injusto del partícipe tenga que conectarse con ambas conductas: el éxito de la participación en sí misma, y la producción de la lesión típica por parte de un autor (*A775* 14/60-62; *A784*, pág. 272 y s)

se mantiene una vinculación con un tipo de referencia de la parte especial que sigue configurado el injusto del partícipe (y en ese sentido sí mantiene la accesoriadad). Así mismo, todos los planteamientos conllevan una evidente ruptura lógica con el principio de accesoriadad entendido como criterio de fijación del momento de consumación del injusto del partícipe. Pero, en cambio, no impide la eventual conservación de la accesoriadad estricta formal, o sea, como requisito de punibilidad. Por tanto, no tienen sentido las críticas que se hacen a la participación autónoma relativos a la infracción del principio de accesoriadad<sup>1714</sup>. No creo que

---

La accesoriadad se limita a tener una «función delimitadora de la pena». Del mismo modo que en los delitos de consumación, la vinculación con una conducta principal consumada actúa simplemente como un presupuesto de la penalidad del partícipe sin influir en el fundamento de su punición en la cual lo relevante no es participar en un hecho prohibido para un autor principal, sino «tomar parte de modo no permitido en un hecho ajeno» (A775, 14/57; A784, pág. 272 y s). Por tanto, sólo una decisión legislativa impide castigar al partícipe cuando no hay una conducta típica y antijurídica (A775, 14/77; A784, pág. 273 y s).

Aunque así se ha interpretado el planteamiento de Schmidhäuser debo hacer ciertos comentarios. Hay que partir del hecho de que este autor utiliza un concepto peculiar de *Strafwürdigkeit* (merecimiento de pena) que parece englobar a la *Strafwürdigkeit* en sentido estricto (lo que el llama *relative Strafwürdigkeit*) y a la *Strafbedürfnis* (necesidad de pena o condición de punibilidad, que el denomina *absolute Strafwürdigkeit*), vid. A775, 2/14-16. Así cuando sostiene que la participación, como en los delitos de consumación, depende del resultado como exigencia de la *Strafwürdigkeit* (14/57 y s) se podría entender que en absoluto son perseguibles cuando el legislador decide vincular dicha posibilidad a la producción de un resultado (-1- bien porque el injusto no se ha consumado, -2- bien porque la punición se condiciona a un segundo resultado y en este último supuesto sería una condición de punibilidad), y al mismo tiempo que la participación debe castigarse -3- con una pena inferior a la prevista para la consumación cuando esta no tiene lugar. Si admitimos la primera y la última interpretación, entonces, por más que lo defienda el autor realmente no hay una punición autónoma de la participación, porque aunque su injusto intermedio depende del primer resultado de la participación (crear resolución), su injusto consumado dependería de un resultado principal (lo que el denomina segundo resultado). Si se defiende la autonomía como independencia en la configuración del injusto, el resultado de la participación sería simplemente crear una resolución (p.e.) y el desvalor de acción la realización de una conducta capaz de crearlo. De este modo la cuantía del injusto de la acción del partícipe no podría modularse por un segundo resultado, que sólo condicionaría la posibilidad de su punición. En conclusión, también se puede interpretar que el autor realmente no se mantiene vinculado formalmente a una conducta principal sino materialmente, en el sentido de que el injusto del partícipe depende en su consumación de ese comportamiento. Su peculiaridad consistiría en mantener que la tentativa de participación es punible aunque no haya consumado plenamente su injusto cuando el legislador así lo decida.

<sup>1714</sup> Sostienen esa crítica Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, pág. 44 y s; Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, pág. 41; Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, pág. 39; Sering, C., *Beihilfe durch Unterlassen*, pág. 130; Gómez Rivero, *La inducción*, pág. 49; Ingelfinger, R., *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, pág. 116; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 204; Otto, H., *AT5*, pág. 296, considera que el carácter autónomo del tipo de participación no tiene sentido porque la regulación legal de la participación determina que el ataque efectivo del partícipe al bien jurídico es mediato, a través de la conducta del autor; el mismo, "Anstiftung und Beihilfe", pág. 558.

Igualmente contrario a la punición autónoma de la participación por ser incompatible con el sistema legislativo español que establece una vinculación entre el tipo de participación de la parte general con un tipo de la parte especial afectado, unión que tiene lugar con la realización de la conducta típica y antijurídica principal, Ruiz Antón, *El agente provocador...*, pág. 204 y s:

este planteamiento sea incompatible con los sistemas modernos donde rige el principio de accesoriadad siempre que se mantenga la accesoriadad como una condición objetiva de punibilidad<sup>1715</sup>.

La crítica más extendida que se ha realizado a la teoría pura de la causación es que justifica la extensión de la penalidad del partícipe. Al no exigirse un hecho típico y antijurídico del autor principal se pueden perseguir algunos supuestos de participación intentada<sup>1716</sup>. La desvinculación de una acción principal «estaría entonces obligando a declarar injusto el comportamiento que se lleva a cabo en la *fase previa...*»<sup>1717</sup>. Aparte de eso, al ser un tipo autónomo autorizaría, teóricamente, el uso de la teoría de la tentativa y de la participación<sup>1718</sup>. De hecho, sólo se puede hablar en sentido estricto de una tentativa de inducción si los tipos de inducción y complicidad son autónomos<sup>1719</sup>.

Es cierto que la lógica de esta teoría permite la punición de formas de participación que serían tentativas para una teoría basada en la accesoriadad estricta material. Ahora bien, ello no quiere que no sea un riesgo controlable. Primero, porque muchas tentativas de participación seguirían siéndolo. La autonomía de la participación provoca que ya no sea correcto seguir hablado de tentativa de inducción o de complicidad sin una aclaración previa, ya que en el tipo autónomo de participación lo que antes se consideraba como tentativa de participación se va a desdoblar en dos. Por un lado como modo de consumación (conductas que crean el resultado intermedio con independencia de que vayan acompañadas de una conducta principal). Por otro como tentativa de participación (acciones que no crean la resolución delictiva

---

«...El tipo de participación se forma mediante la relación sistemática entre ambos (scil. art. 28 y 29, y los tipos de la parte especial). Por eso precisamente el bien jurídico afectado es el mismo para el autor y para el partícipe... Pero el partícipe no menoscaba directamente el bien jurídico; el partícipe contribuye a realizar el ataque que lleva a cabo el autor. Consecuentemente, el contenido de injusto de la participación posee una naturaleza derivada: presupone y procede del injusto del hecho principal; significa contribuir mediatamente a realizar el injusto que efectúa otra persona, y para que la intervención del partícipe sea punible, se exige que al menos el hecho principal se atípico y antijurídico», op. cit., pág. 205;

<sup>1715</sup> Meyer, considera que un concepto autónomo de la participación no es incompatible con la regulación prevista en el código (§§ 26 y 27 StGB) porque los preceptos correspondientes sólo prevén una combinación entre tipos de la parte general y de la parte especial. Es decir, se trata de una mera técnica legislativa de expansión de los tipos de la parte general mediante tipos relativos a la participación que no informa sobre el carácter de la participación, Meyer, K-M., "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", pág. 257.

<sup>1716</sup> Gómez Rivero, *La inducción*, pág. 49; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 102; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 130; Ruíz Antón, L.F., *El agente provocador*, pág. 197-99.

<sup>1717</sup> Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 54.

<sup>1718</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 130, 159; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 102, 110.

<sup>1719</sup> Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 493.



o aportan lo pactado haya o no acción principal). Esto es, cada tipo participativo autónomo poseerá una forma consumada y otra imperfecta, y el criterio que determine el alcance de ambos conceptos deja de estar en relación con una conducta típica y antijurídica, como la perspectiva de la accesoriedad estricta material limitada exige, y se vincula a la presencia de una lesión relevante del bien jurídico, es decir, a la obtención del resultado intermedio. De este modo, se produce un aumento del ámbito de la participación consumada a costa de lo que se conocía como tentativa de inducción en un régimen accesorio estricto material de la participación. A continuación, habría que establecer si en relación con los tipos autónomos de participación, en la medida en que son una forma de lesión autónoma del bien jurídico que admiten el castigo en un plano teórico-dogmático de la tentativa, e incluso de otras formas de participación, se sancionarán efectivamente sus formas imperfectas de realización. Esto se podría solventar introduciendo en el Código un precepto donde se excluya expresamente la posibilidad de sancionar los supuestos de tentativas de participación.

Segundo, porque la participación consumada puede subordinar su sanción a una accesoriedad estricta formal. O sea, se puede establecer igualmente la exigencia de una cierta vinculación con un hecho principal típico y antijurídico que en este caso no sería el fundamento de la punibilidad del partícipe sino su presupuesto, actuando como un elemento que delimita el ámbito de lo punible. Ahora bien, habrá que determinar con claridad que se entiende por vinculación fáctica con un tipo de la parte especial, pues la definición de los requisitos internos y externos de la misma influirá directamente sobre el ámbito de lo punible del partícipe. Si, por ejemplo, se exige que la conducta sea un inicio de ejecución típica, ello permitiría dejar impune al partícipe cuando interviene en una actividad que no es delictiva para el autor principal (un suicidio p.e.). Por ello, se tendrá que precisar los aspectos externos e internos de la accesoriedad estricta formal.

En consecuencia, la extensión de la punibilidad que resulta de la adopción de un sistema autónomo de la participación origina a continuación un debate en la esfera político criminal. Nivel donde se tiene que dilucidar tanto si se sancionan todas las formas de consumación, con independencia de que concurra una conducta principal que satisfaga una requisito concretos, como si podrán ser sancionadas (siempre con una pena inferior a las consumadas) algunas de las formas imperfectas de realización y de participación en la participación autónoma.

Con todo, aunque sea posible limitar mediante una decisión político criminal el alcance de la participación<sup>1720</sup> ello no puede negar que la teoría de la participación

<sup>1720</sup> Recorte de la punibilidad mucho más fácil de justificar que la sanción excepcional que pretenden otros planteamientos.



autónoma legitimaría de modo más coherente la sanción de las conductas recogidas en los artículos 17 y s. Gran parte de los comportamientos incluidos en dichos artículos serían tentativas de inducción ya que no logran crear una resolución delictiva. Al ser posible dogmáticamente la persecución de la tentativa respecto a un tipo autónomo de participación, no habría ningún problema para decidir que en ciertas situaciones se tienen que sancionar las formas imperfectas de realización. Ahora bien, ¿qué sentido tiene la creación de estos preceptos desde la perspectiva autónoma de la participación, cuya lógica permite la sanción de todas las tentativas de inducción como consecuencia de la aplicación de la teoría de la tentativa al tipo autónomo del partícipe? Desde ese enfoque, por tanto, no se puede afirmar que con estos preceptos se justifique el alcance del tipo participativo a sus formas imperfectas. Los citados artículos no serían causas de extensión de la punibilidad de un presunto tipo autónomo de participación porque esta extensión se deriva de la aplicación de las reglas de la tentativa previstas en otro precepto penal. Su misión, por tanto, consiste en plasmar legalmente que la decisión político criminal de exigir una conducta principal como condición objetiva de punibilidad no estará vigente en ciertos casos. Es decir, representan una derogación excepcional de la exigencia de una accesoriedad estricta formal. Así, aunque existiera una decisión político-criminal que supeditará la posibilidad de persecución penal de los tipos autónomos de participación se adopta una nueva medida político criminal que establece la necesidad de perseguir determinadas formas imperfectas de la participación autónoma, las incluidas dentro del § 30 StGB, o en el artículo 17 y 18 CP. En suma, los citados preceptos no son tipos autónomos que eviten así los problemas que se derivan del principio de accesoriedad<sup>1721</sup>, sino una supresión excepcional del principio de accesoriedad estricto formal establecido por razones político criminales para evitar la extensión excesiva que provoca el carácter autónomo de la participación y la posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa.

### ***B. La concepción extensiva del autor desde posiciones sistémico-funcionalistas radicales.***

Dentro de los planteamientos sistémico-funcionalistas se pueden observar, por un lado, corrientes que parten de un injusto autónomo de la participación dentro de un sistema restrictivo del autor<sup>1722</sup>. Por otro lado, también se puede encontrar una línea que defiende un concepto extensivo del autor, que sostienen la existencia de

<sup>1721</sup> Al respecto vid. Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 6.

<sup>1722</sup> Vid. cuarta parte, pág. 438 y ss.

un injusto cualitativamente idéntico para todos los que intervienen en el delito y la distinción se traslada a un plano cuantitativo.

Mientras que la primera opción distingue una norma para el partícipe autónoma de la del autor, la segunda considera que hay una sola norma orientada a ambos. Las teorías defensoras de esta última alternativa deben efectuar una construcción del injusto de la participación que se fundamenta en la necesidad de vincular normativamente a los sujetos que concurren en una actividad delictiva. Por tanto, y con una lógica cercana a la del sistema unitario, todos los sujetos que intervienen en el delito infringen una misma norma porque su aportación individual pertenece a una única obra (global) que es el delito<sup>1723</sup>. Las cosas así, sólo cuando hay un delito (inicio de ejecución de este) existe una obra imputable a los partícipes pero, al mismo tiempo, la posibilidad de la imputación no depende de la ejecución de propia mano del comportamiento nuclear del tipo sino de la intervención en la fase previa de un plan delictivo común<sup>1724</sup>.

El partícipe realiza el delito cuando desarrolla su parte dentro del plan criminal común. En el momento en que su conducta se integra dentro de ese plan delictivo la represión penal está autorizada pues esa acción exterioriza una concepción del mundo incompatible con la mantenida por la norma porque no efectúa lo socialmente esperado, o sea, el sujeto que así interviene deja de comportarse de manera socialmente adecuada. Todos los que tomaron parte en el delito infringen la vigencia de la norma, motivo de responsabilidad penal, de modo que, el resultado pertenece a cada uno por igual. Tanto es así que el autor sólo lleva a cabo una parte del plan común, aquélla que culmina la «obra» global que representa el delito porque «(...) quien ejecuta no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos; en ese caso, *la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes*»<sup>1725</sup>. Por consiguiente, el quebrantamiento del rol y de la expectativa normativa no se produce

<sup>1723</sup> De modo más detallado se puede decir que aunque normalmente sea un individuo el que aporta todo el trabajo necesario para lograr el fin delictivo, nada impide que un número indeterminado de personas, sin tener ninguna un peso específico superior al de los demás, aporten acciones dirigidas a obtener el resultado final – atribuible a todos – que es perseguido por la «singular» organización que los une. «El trabajo para lograr una sola obra se divide entre varias personas, que aportan cada una su parte». La obra objeto de reparto se denomina delito en el ámbito jurídico-penal, Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 64.

<sup>1724</sup> Gutierrez Rodríguez observa con claridad estas tres cuestiones en el sistema de Jakobs: lógica unitaria, mantenimiento del principio de accesoriadad y la peculiaridad de que «no todo hecho propio debe ser un hecho ejecutado de propia mano... sino que el injusto propio en sentido jurídico-penal es el injusto imputable», Gutierrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 234 y s.

<sup>1725</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 65 y s (cursiva añadida al original). Utiliza igualmente el concepto *hecho global* para explicar la vinculación entre los intervinientes en un delito, que depende especialmente del hecho típico realizado y de la vinculación en torno a un proyecto común de los intervinientes, Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", pág. 534-37. Peñaranda Ramos, *La participación...*, pág. 335 y s: «(...) el propio desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos. Una consideración global y no aislada... es imprescindible».

exclusivamente por el último movimiento corporal acometido por el autor (concepción naturalista), lo infringen todas aquellas personas «(...) que se hayan organizado de tal modo que ello objetivamente tenga sentido para llegar a consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien ejecuta ha de serle imputada a estos sujetos como sentido que ellos mismos perseguían»<sup>1726</sup>. Cada individuo que así se organiza puede ser el destinatario de la imputación: es «el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio»<sup>1727</sup>. En concreto, hay una persona jurídicamente responsable: la **persona colectiva**, integrada por diversas personas físicas; y lógicamente, un solo injusto, que pertenece a todos<sup>1728</sup>. En consecuencia, el injusto del partícipe no viene determinado por una aportación *per se* injusta, «previa» a la ejecución, sino porque el hecho realizado por el autor principal es suyo: «quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho producido también es el suyo propio»<sup>1729</sup>.

Lo interesante de este planteamiento, a los efectos de la posibilidad de justificar la punición de las formas imperfectas de la participación es, por un lado, su proximidad a la lógica unitaria de autor, o cuanto menos extensiva, como criterio que legitimaría esta opción punitiva, y por otro, su convivencia con el principio de accesoriedad que haría imposible la persecución penal de las formas imperfectas previas al inicio de ejecución.

En todo caso, aunque se defienda que hay un concepto extensivo y no unitario, no se puede negar la presencia del primero cuando hay un delito de infracción de deber en donde la omisión justifica una auténtica autoría que concurre *con*, pero no se vincula a las aportaciones de los otros intervinientes<sup>1730</sup>. Así, «en los delitos de infracción de deber *no hay absolutamente ninguna* diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor»<sup>1731</sup>.

<sup>1726</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 67.

<sup>1727</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 68. Similar Frisch, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pág. 288 y ss, 299-307; el mismo, "Beihilfe durch neutrale Handlungen", pág. 544-47; Dencker, F., *Kausalität und Gesamttat*, pág. 195 y s.

<sup>1728</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, , pág. 69; el mismo , G., *AT91*, pág. 594; Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 55 y s; el mismo, *sukzessiven Beihilfe*, pág. 174, 185. En contra Sancinetti que partiendo de una posición próxima a Jakobs defiende que cada partícipe es responsable de su propio ilícito, de su propia toma de posición frente a la norma, «no hay, pues, una "obra común" que fundamenta la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el *producto* de la reunión de los aportes individuales. La medida en que *cada uno* es responsable de esta "reunión" es justamente la medida de su *contribución*; pero para juzgar la medida de su contribución sólo hace falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes – entre los cuales puede haber, justamente por el principio de la prohibición de regreso, un sujeto no responsable-; y esa evaluación debe quedar firme cualquiera que haya sido el éxito final de la empresa en común...», Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 89 (cursiva original).

También crítico, Weigend, T., "Grenzen strafbarer Beihilfe", pág. 204.

<sup>1729</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 66.

<sup>1730</sup> Próximo Sánchez-Vera, J., *Delito de infracción de deber*, pág. 39.

<sup>1731</sup> Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 68.

(1) Tal y como esta teoría está planteada se llega a una concepción extensiva del autor que consagra la responsabilidad originaria de los intervinientes<sup>1732</sup>, muy próxima a la idea unitaria<sup>1733</sup>. Un «sistema unitario de participación»<sup>1734</sup> donde autor y partícipe comparten el mismo injusto porque son creadores de una *misma unidad de sentido*, porque toman parte en un injusto colectivo (común a todos)<sup>1735</sup>. Conque, a través de la creación de una *norma de imputación* se engendra un sistema unitario del autor que considera que a cada interviniente le pertenece el resultado delictivo global<sup>1736</sup>. ¿Para qué mantener entonces la clásica distinción entre autor y partícipe, e incluso entre causante mediato o inmediato si todos son miembros de un sujeto común?<sup>1737</sup> La continuidad de ambas categorías, autoría y participación, se explica, porque si bien poseen cualitativamente el mismo injusto<sup>1738</sup>, cuantitativamente va a responder cada sujeto por el volumen de su aportación<sup>1739</sup>. El criterio que permite distinguir un autor de un partícipe es *cuantitativo* y no *cualitativo* ya que el motivo de la responsabilidad de los intervinientes es igual para todos<sup>1740</sup>. Es decir, «mientras que la responsabilidad según su fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas»<sup>1741</sup>. Es decir, el grado de responsabilidad de cada sujeto que interviene en el delito se «rige... según la *envergadura* de la intervención»<sup>1742</sup>.

<sup>1732</sup> «En definitiva, si la infracción penal se reduce a una lesión de la vigencia de la norma y con ello de las expectativas normativas, entonces todos los intervinientes mediante su actuación en el suceso delictivo están cuestionando la vigencia de la norma, de manera que puede afirmarse que todos han actuado típicamente», Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 254.

<sup>1733</sup> Así Pérez Manzano, M., *Autoría y participación imprudentes en el Código penal de 1995*, pág. 65 y nota 80.

<sup>1734</sup> Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 323; Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, "Consideraciones...", nota n. 206, pág. 61.

<sup>1735</sup> Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, "Consideraciones...", pág. 60 y s. En el mismo sentido vid. Peñaranda Ramos, *La participación...*, 1990, pág. 323 y ss, especialmente pág. 335 y s. También reconoce la proximidad del planteamiento de Jakobs al concepto unitario de autor, Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 234.

<sup>1736</sup> Sobre la creación de un concepto unitario del autor a través de una norma de regulación prevista en la parte general del Código penal que puede entenderse como norma de interpretación extensiva o como *norma de imputación*, López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 52-54.

<sup>1737</sup> Crítica ya observable en Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 2

<sup>1738</sup> Jakobs, G., *A791*, pág. 594.

<sup>1739</sup> Jakobs, G., *A791*, pág. 594, nota 1a.

<sup>1740</sup> Vid. Jakobs, G., *A791*, pág. 594 y nota 1a; Lesch, "Täterschaft und Gestaltungsherrschaft", pág. 112 y ss., 119; el mismo, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 51, 63, 71; Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, "Consideraciones...", nota 209, pág. 61. Sostiene, no obstante, desde un planteamiento que desarrolla la idea de Jakobs que la diferencia entre los que intervienen es de carácter cualitativo Derksen, "Unterstützung fremder Tatbegehung", pág. 174 y s.

<sup>1741</sup> Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 64.

<sup>1742</sup> Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 71 (cursiva original).

Sin embargo, de nuevo surge otra cuestión: ¿qué sentido tiene seguir manteniendo las categorías propias de la participación, cuando se tendrá que establecer ad hoc la importancia de cada una de ellas?<sup>1743</sup> Ni siquiera sería necesario establecer una diferenciación entre las figuras de participación válida para todos los casos sobre la base de un criterio de *necesidad preventiva* cuando la regulación actual establece una coincidencia en el marco penal de la autoría e inducción e incluso de la complicidad y autoría en la figura, característicamente española, de la cooperación necesaria<sup>1744</sup>.

(2) En lo referente a la vigencia del principio de accesoriedad, es evidente que la lógica de esta teoría, tan próxima a los planteamientos unitarios en donde se establece la responsabilidad originaria del que no ejecuta directamente el tipo pero que vulnera la expectativa normativa, conduciría a la renuncia a la accesoriedad estricta. De este modo, la ausencia de la vinculación a la conducta practicada por un autor principal permite la punición de numerosas tentativas de participación como formas de autoría consumada o tentativas de autoría. Sin embargo, los posicionamientos unitarios o extensivos al que llegan ciertos autores desde un enfoque funcional-sistémico no permiten la punición de la tentativa de participación porque mantienen vigente, al mismo tiempo, un principio redefinido de accesoriedad en su sentido amplio y estricto. Amplio porque siempre hay un tipo principal de referencia que determina la expectativa protegida y el marco punitivo de respuesta simbólica. Tampoco existe una desvinculación plena del principio de accesoriedad estricto. Es cierto que Jakobs reformula el concepto de accesoriedad en la medida en que ha elaborado un esquema de la participación basado en la prohibición de convertir una conducta socialmente adecuada en el motivo que permita la imputación del resultado delictivo derivado de la intervención de un tercero<sup>1745</sup>. Sin embargo, aunque con ello se desprende del concepto clásico de accesoriedad en la práctica se mantiene fiel a un principio de accesoriedad cualitativo y cuantitativo. En primer lugar, el carácter cualitativo de la accesoriedad (estricta material o configuradora del injusto), se traslada al partícipe. De este modo, sólo cuando su comportamiento represente la asunción del plan criminal del otro se puede considerar que ambos intervienen en una misma actividad delictiva. La conducta del partícipe es accesoria porque no puede ser castigada si no refleja desde un punto de vista objetivo una unidad orgánica con el autor.

<sup>1743</sup> Reflexión semejante ya en Kienapfel, D., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, 1971, pág. 29. Dencker defiende la posibilidad de la existencia de una intervención sin autor, en donde todos los sujetos que intervienen deben estar vinculados a un hecho global que se corresponda por lo menos con el inicio de la ejecución de una conducta típica. Dentro de este sistema sostiene que se podría mantener la diferencia entre autoría y participación, pero no sería necesario Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", 2002, pág. 537.

<sup>1744</sup> Crítica similar en Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 53 y S.

<sup>1745</sup> El propio Jakobs comenta que su planteamiento representa «una nueva comprensión de la accesoriedad», Jakobs, G., "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", pág. 259.

No se puede — porque existe una *prohibición de regreso*<sup>1746</sup>— imputar el resultado al sujeto que se ha comportado de manera socialmente adecuada pero cuya conducta fue utilizada en un sentido delictivo por otra persona<sup>1747</sup>, porque su comportamiento tiene un significado en sí mismo, independiente de la conducta delictiva posterior<sup>1748</sup>. La corrección social de su comportamiento diluye la responsabilidad penal que se derivaría de su conexión causal con el resultado. El partícipe, por consiguiente, debe realizar una conducta que escape del ámbito ciudadano de organización impune. Es decir, la imputación del resultado sólo es admisible cuando la conducta del interviniente es una razón para ello: «un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar la ejecución realizada por el autor»<sup>1749</sup>. La aportación previa «**(...)no es más que la razón para imputar la ejecución llevada a cabo por otro**»<sup>1750</sup>. La accesoriedad es la excepción a la prohibición de regreso<sup>1751</sup> porque permite imputar el resultado realizado por el autor al partícipe ya que sus ámbitos de responsabilidad coinciden en uno solo.

En el instante en que nace la comunidad, ambos – autor y partícipe – se convierten en miembros de un sujeto colectivo; el *singular* autor del injusto. Ello sucede cuando la conducta del partícipe se adscribe a un **plan delictivo**<sup>1752</sup>, o cuando aporta una **prestación peligrosa por sí misma**<sup>1753</sup>. En segundo lugar, también sin salir del ámbito cualitativo, en sus últimos escritos Jakobs parece volver a un criterio clásico de accesoriedad cualitativa *extrema o máxima*<sup>1754</sup>. De forma expresa exige la

<sup>1746</sup> Vid. Jakobs, G., “La prohibición de regreso...”, pág. 241 y ss; *La imputación objetiva...*, pág. 71; “La imputación objetiva, especialmente...”, pág. 214 y ss. Próximo Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*, pág. 9 y s.

<sup>1747</sup> Incluso cuando se sepa que su acción va a ser desviada en un sentido delictivo no se le puede imputar el resultado si no entraba dentro de su ámbito de competencia evitarlo.

<sup>1748</sup> Una explicación de la prohibición de regreso en Jakobs por Feijoo Sánchez, B., *Límites de la participación criminal*, pág. 48 y ss.

<sup>1749</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 82.

<sup>1750</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 66 (negrita añadida al original); el mismo, G., *AT91*, pág. 594.

<sup>1751</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 78; en contra Sancinetti que sostiene que la prohibición de regreso consiste en la «prohibición de traslación» del ilícito del autor al ilícito del partícipe, ya que éste posee su propio injusto, autónomo del autor (niega la accesoriedad de la participación) y derivado de la infracción de la norma individualmente dirigida a él. Si cada uno tiene su propia norma y su propio injusto no puede existir una relación de subordinación entre autoría y participación. La prohibición de regreso es, en consecuencia, la negación de la accesoriedad y no su reverso, como afirma Jakobs, Sancinetti, “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno”, pág. 66, 89 y s.

<sup>1752</sup> «(...) La voluntad de realizar el comportamiento que de modo evitable lesiona directamente se denomina *plan delictivo*, con independencia de que el resultado delictivo se conozca o sólo sea cognoscible», Jakobs, G., “La prohibición de regreso...”, pág. 257. Vid. igualmente Jakobs, G., “La imputación objetiva, especialmente...”, pág. 217 y s; el mismo, *La imputación objetiva...*, pág. 75 y s; el mismo, “La prohibición de regreso...”, pág. 257, 260 y ss. En el mismo sentido; Frisch, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pág. 299-307; el mismo, “Beihilfe durch neutrale Handlungen”, pág. 544-47; Lesch, “El fundamento...”, pág. 101; el mismo, JR, 2001, pág. 387.

<sup>1753</sup> Jakobs, G., *La imputación objetiva...*, pág. 74.

<sup>1754</sup> López Barja de Quiroga, J., “La accesoriedad”, pág. 407.



presencia de un hecho principal culpable, porque mientras ello no ocurra no habrá tenido lugar la defraudación de una expectativa normativa<sup>1755</sup>. Requisito cualitativo que, como indica **Sancinetti**, no tiene sentido dentro de una teoría que permite la punición del partícipe que interviene en un delito cometido sin dolo o sin antijuricidad<sup>1756</sup>, supuestos en los que también parece apreciarse una falta de defraudación de la expectativa normativa por parte del partícipe<sup>1757</sup>.

Por último, también se respeta en cierta medida el concepto clásico de accesoriidad cuantitativa (estricta material): la acción del partícipe es accesoria porque si el autor inmediato no ha realizado una acción no se le puede hacer responsable al partícipe por la conducta realizada hasta ese momento<sup>1758</sup>. El motivo de esta impunidad reside en que el sujeto colectivo no realiza ningún acto ejecutivo imputable hasta que el autor físico no comienza con la realización de la acción típica. La conducta o conductas preparatorias<sup>1759</sup> previas al no salir todavía del ámbito civil interno-externo tolerado no son una perturbación social suficiente como para provocar una respuesta penal legítima<sup>1760</sup>.

La conservación de la accesoriidad externa y el peculiar concepto de accesoriidad interna manejado impiden la punición de las tentativas de participación aunque permite el castigo de la participación imprudente<sup>1761</sup>. No obstante, aunque este planteamiento, tal y como se ha expuesto, excluya la punición de las tentativas de participación también prevé numerosas excepciones. Esto es, la cuestión radica en que esta teoría considera que la tentativa de participación no es punible porque se parte del hecho de que en la mayoría de las ocasiones sólo cuando haya

<sup>1755</sup> Jakobs, G., "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", pág. 253-56. Y antes también se sometía a la accesoriidad estricta material limitada, Jakobs, G., *PG*, 22/11.

<sup>1756</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 63, nota 10ª, 80 nota 23a: «Que recientemente Jakobs haya querido recuperar la accesoriidad interna hasta un campo extremo... no demuestra que verdaderamente *respete* la accesoriidad interna, ni que pueda intensificarla con relación al estado general de la doctrina, dado que no se entiende por qué haría falta una *imputabilidad al ejecutante* del hecho ulterior, si éste puede haber sido cometido sin dolo... o sin antijuricidad...» (cursiva original). Autor que en definitiva considera que Jakobs «...deja de lado –aunque no lo reconozca expresamente– la accesoriidad interna», Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 80.

<sup>1757</sup> Conducta «que si bien es legítima para quien la causa directamente, no es legítimo que el cómplice haya creado su posibilidad», Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 83.

<sup>1758</sup> Jakobs, G., *PG*, 21/3, 8a, 22/10, 19 y s.

<sup>1759</sup> Los meros pensamientos o las acciones socialmente insignificantes no son la génesis de un comportamiento socialmente perturbador, Jakobs, G., "La imputación objetiva, especialmente...", 1997, pág. 209.

<sup>1760</sup> Jakobs, G., "Criminalización...", pág. 295 y ss; el mismo, *PG*, pág. 853.

<sup>1761</sup> Vid. Jakobs, G., *PG*, 21/111 y ss; Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, "Consideraciones...", nota n. 212, pág. 61 y s.

una conducta ejecutiva principal con unas circunstancias concretas (culpable) se aprecia una infracción de la vigencia de la norma. Ahora bien, ese mismo planteamiento recoge el criterio de legitimación de la posibilidad de sancionar penalmente una tentativa de participación: cuando en esa fase previa ya exista esa infracción de la vigencia de la norma. Así, justifica la punición de las tentativas de participación (§ 30 StGB) con el argumento de que son actos de comunicación que desautorizan a la norma<sup>1762</sup>. Del mismo modo, Jakobs considera que la pérdida de influencia sobre la actividad posterior y la conexión de voluntades conspirativas condicionan la existencia anticipada de una vulneración de la norma: «*sólo la comunicación sobre que el delito ha de tener lugar priva a la preparación de la amplia distancia con respecto a la vulneración de la norma, ya que mediante esta comunicación se pone en tela de juicio la propia norma directamente* (es decir, no sólo a través de un hecho antijurídico)»<sup>1763</sup>. En realidad, la excepción no es la punición de las tentativas de participación, sino la exigencia de una conducta principal con unas características determinadas, pues realmente el acto de todo interviniente infringe la norma, y por ello, aunque se pretenda recurrir a la accesoriedad estricta como criterio coconfigurador del injusto, en la práctica es solamente una condición de punibilidad de la que se puede prescindir por motivos fundados de política criminal.

### **C. La ruptura plena del principio de accesoriedad estricta.**

Un planteamiento que parte del carácter autónomo del injusto de la participación permite por consiguiente la aplicación de la teoría de la tentativa a la participación en el delito, es decir, autoriza y legitima la persecución penal de las tentativas de participación. Antes he indicado que la extensión del ámbito punitivo de la participación que se deriva de esta concepción se podía contrarrestar a través del recurso a un concepto de accesoriedad como requisito de punibilidad. En caso contrario sólo quedaba como salida la decisión político criminal de no castigar las tentativas de participación (aun siendo posible) salvo en los casos previstos por la ley.

No obstante, también se puede defender una responsabilidad del partícipe totalmente independiente de la idea de accesoriedad estricta tanto formal como material y buscar una reducción del ámbito punitivo mediante la definición del alcance del ilícito del partícipe y la fijación del momento en que se establece la relevancia penal del mismo. Esto queda expuesto por el profesor **Sancinetti** que construye, desde una teoría de la responsabilidad que se fundamenta en la vulneración de la norma

<sup>1762</sup> Jakobs, G., *PG*, 27/1 y s.

<sup>1763</sup> Jakobs, *PG*, 27/2 (cursiva original).

de conducta como «modelo de contacto social»<sup>1764</sup>, un injusto autónomo del partícipe desvinculado de la accesoriedad tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo<sup>1765</sup>.

El ilícito del partícipe es independiente del injusto del autor principal<sup>1766</sup> y derivado de la infracción de la norma individualmente dirigida a él<sup>1767</sup>. En concreto, el injusto del partícipe esta conformado por la concurrencia de dos conductas, una *activa* y una *omisiva*: (I) *crear la voluntad* de realizar el hecho o *colaborar*, y (II) *mantenerse inactivo* con posterioridad, contemplando el desarrollo ulterior del proceso causal<sup>1768</sup>. La distancia que separa al partícipe de la efectiva lesión del bien jurídico (el *minus*), y las consecuencias en el injusto que desde el punto de vista objetivo conlleva, son salvadas por la obligación que tiene el partícipe de evitar el riesgo (siempre que sea efectivo) de injerencia de un tercero (*plus*) generado por su instigación (creadora de una resolución) o colaboración<sup>1769</sup>.

Desde esta perspectiva se supera el principio de accesoriedad estricta material interna o cualitativa pues «la cualidad que reviste el ilícito del autor principal *no* constituye un presupuesto razonable para determinar el quebrantamiento de la norma cometido por el partícipe»<sup>1770</sup>. La accesoriedad externa es del mismo modo incompatible con una concepción del injusto *autónomo* porque la responsabilidad del partícipe no puede subordinar a la definitiva afectación del bien jurídico, circunstancia que le es ajena al depender de la acción del autor<sup>1771</sup>. Cada uno es responsable por su propia conducta. Y el interviniente lo es por crear un riesgo de injerencia (que se sale de la esfera de lo privado) y mantenerse inactivo hasta perder la posibilidad segura de revocación.

<sup>1764</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 90.

<sup>1765</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 78-87;; el mismo, *Teoría del delito y disvalor de la acción*, pág. 731.

<sup>1766</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 89-90.

<sup>1767</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 66; el mismo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 748 y s.

<sup>1768</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 72.

<sup>1769</sup> «En síntesis, la norma de la participación se funda en el mismo valor del bien jurídico en que se funda la norma principal, referida al autor. Pero el juicio de disvalor sobre la conducta (la norma en sí), se adelanta a un momento anterior al del comienzo de la ejecución del autor; por un lado, este quebrantamiento de la norma refleja un menor contenido de disvalor —el *minus* de ilícito de la participación—, en razón de la lejanía del menoscabo al objeto de bien jurídico, pero, por otro lado, ese *minus* se compensa con la circunstancia de que el aporte del instigador o cómplice queda en manos de otra voluntad ya no siempre dominable por el partícipe: aquí reside el *plus* de ilícito de la participación» (Sancinetti, op. cit. pág. 74).

<sup>1770</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 63 (cursiva original).

<sup>1771</sup> Sancinetti, op. cit., pág. 71.

El riesgo de adelantamiento de la punición lo supera el autor a través de la gradación del ilícito de la participación. No toda acción del partícipe va a vulnerar la norma dirigida a él. Su ilícito comienza sólo cuando su conducta es adecuada, según las circunstancias, para hacer nacer un riesgo próximo de que el autor tome injerencia propia en un proyecto de acción complejo, porque a partir de ese instante entrega su dominio de las decisiones finales y *aumenta el riesgo de dificultar la interrupción de la injerencia del autor independiente*<sup>1772</sup>. Así, en el supuesto de que el instigador tenga «(...) *tanto dominio como antes de hablar, no se podrá decir que haya comenzado ningún ilícito, porque el fin de la norma no está en evitar las malas proposiciones por sí mismas, sino en la medida en que se haga cada vez más difícil revocar el peligro que nazca de ellas*»<sup>1773</sup>. Por consiguiente, la acción del partícipe únicamente será punible cuando haya perdido, por lo menos, la posibilidad de evitar el comienzo de la ejecución del autor principal (*ilícito inacabado*). Desde ese instante su conducta es relevante. La imposibilidad de frustrar la consumación marca el momento en el que el *ilícito* está plenamente *acabado*<sup>1774</sup>. En consecuencia, la pérdida total de la posibilidad de frustrar la consumación es la que señala el final del ilícito de la participación<sup>1775</sup>. El ilícito del partícipe puede llegar a ser tan grave<sup>1776</sup>, tener el mismo alcance que el del autor de una tentativa acabada en el instante en que pierda «(...) el control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal»<sup>1777</sup>.

Lo interesante del planteamiento de Sancinetti es que sin salir de la teoría de la participación pero renunciando la accesoriedad formal y material llega a una solución parecida a la que aquí planteo a través de la preparación, a saber, la posibilidad de perseguir la tentativa de participación con resultado intermedio. Como ya he indicado este autor justifica la punición de lo que serían tentativas de participación, pero siempre que tengan un contenido de ilícito (inacabado) determinado por la pérdida del control de poder evitar el comienzo de la ejecución del autor principal. Así en su modelo de legislación penal de orientación subjetivista señala:

«Art. 9º. *Punibilidad del partícipe*. 1) el instigador o cómplice será responsable a partir del instante en que pierda la capacidad personal de impedir el eventual comienzo de ejecución o de neutralizar al menos su intervención antes de ese momento»<sup>1778</sup>.

<sup>1772</sup> Sancinetti, op. cit., pág. 73.

<sup>1773</sup> Sancinetti, op. cit., pág. 74.

<sup>1774</sup> «(...) El ilícito inacabado del partícipe comienza cuando él pierde el control absoluto de poder impedir el comienzo de la ejecución del autor principal, y que su ilícito está acabado cuando pierde el control correspondiente para frustrar la consumación. Con frecuencia, ambos momentos podrían coincidir», Sancinetti, op. cit. pág. 76.

<sup>1775</sup> «(...) Aquel momento en que, según las representaciones de cada partícipe, fuera ya no más revocable con seguridad, para ellos, que el autor menoscabe el objeto de bien jurídico», op. cit., pág. 72.

<sup>1776</sup> «(...) Cuando el instigador intenta convencer a otro de cometer después el hecho principal, de ninguna manera realiza ya un ilícito *tan* grave como el autor de una tentativa acabada, porque todavía puede controlar el suceso y evitar que su propósito se concrete en riesgo real, en peligro concreto», op. cit., pág. 72.

<sup>1777</sup> Op. cit. pág. 72.

<sup>1778</sup> Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 186.

Esto ocasiona que formas imperfectas de participación sean impunes cuando no satisfacen ese requisito. De ahí que la conspiración, la proposición o la provocación «(...)constituyen formas de delitos de peligro demasiado alejadas<sup>1779</sup> del ámbito de protección de un ilícito que pudiera ser razonablemente equiparado a la tentativa (inacabada) de un hecho principal; en este sentido, pues, son poco aconsejable desde el punto de vista político-criminal»<sup>1780</sup>. Ahora bien, cuando esa exigencia se cumple, a saber, se pierde el control sobre la posibilidad de impedir el comienzo de la ejecución, la tentativa de participación es punible porque contiene un ilícito inacabado, penalmente relevante, que será castigado con una pena atenuada<sup>1781</sup>. E incluso, si se considera, en cambio, que el ilícito está acabado, porque no pueda frustrar la consumación, se castigará con la pena del delito consumado, admitiendo, no obstante, una posibilidad de reducción en la pena<sup>1782</sup>. Por tanto, este planteamiento aunque limita el ámbito de la punición de la participación y excluye la tentativa de participación en la que no se ha perdido el control sobre el hecho posterior, en la práctica se apoya en un criterio **indeterminado** para precisar la existencia del injusto penalmente relevante. Primero, porque siempre se puede encontrar un argumento para interpretar que en una misma conducta hay un inicio de la pérdida de control o no. Segundo, es igualmente difícil precisar cuándo se ha consumado el ilícito de la participación. ¿Cuándo se ha perdido la posibilidad de evitar el comienzo de la ejecución del autor principal, cuándo hay una imposibilidad de frustrar la consumación? La única respuesta que otorgaría una cierta seguridad sería aquella que vincula el primer momento a la consecución del resultado intermedio y el segundo momento al comienzo de la tentativa por el autor principal. Ahora bien, ello implicaría una vinculación implícita del injusto del partícipe a la acción del autor principal, pues el primero no se consuma hasta que no se ha iniciado la conducta principal.

Por último, si hay una diferencia cualitativa entre los injustos del autor y partícipe porque a cada uno de ellos se le dirige una norma de conducta distinta y, además, si una de ella prohíbe la lesión de un bien jurídico y la otra, la del partícipe, la creación de las condiciones que facilitan una ejecución ulterior, no creo que los marcos penales resultantes de la infracción de cada norma de conducta puedan ser idénticos. Aunque se quiera paliar esa diferencia buscando un plus de reproche en

<sup>1779</sup> Pues no ha aparecido la injerencia propia del autor.

<sup>1780</sup> Sancinetti, M.A., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", pág. 75 y s.

<sup>1781</sup> Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 186, 191.

<sup>1782</sup> Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, pág. 184-86.

el comportamiento del partícipe, ello no puede ocultar que cualitativamente el peligro de cada acción es distinto y que el partícipe nunca podrá consumir una lesión del bien jurídico por sí sólo. En consecuencia el grado de afectación del bien jurídico tiene que ser distinto en cada caso, circunstancia por la cual debería corresponder una sanción diferente a cada uno. Si, a pesar de todo, se sanciona una tentativa de participación con la pena prevista para la consumación y la tentativa tiene lugar una infracción del principio de proporcionalidad e incluso de igualdad.

No obstante, la obligación que tiene el partícipe de evitar el riesgo de injerencia de un tercero creado por su colaboración o incitación no parece, en todo caso, que pertenezca al ilícito del partícipe, sino que más bien parece un supuesto de autoría en comisión por omisión en el cual la conducta del partícipe sólo sirve para precisar normativamente cuando hay una injerencia penalmente relevante de la que surge el deber de evitar el resultado. Conviene reparar en que cualquier sujeto es responsable como autor cuando posea una **especial posición de garante**<sup>1783</sup> porque tiene el deber de evitar la producción del resultado. «Deber» que puede manifestarse de dos formas distintas: ora, mantener incólume el bien amenazado con daños (*deber de protección*)<sup>1784</sup>; ora, mantenerlo libre de los riesgos generados por una fuente de peligro que está bajo su control (*deber de control*)<sup>1785</sup>. Por ello, en realidad el partícipe cuando no cumple ese deber no responde por la infracción de la norma que le es propia sino por la del autor. Así entendido sería incorrecta la crítica que efectúo sobre la posible desproporcionalidad del marco penal, pero tampoco tendría sentido continuar hablando de participación cuando el injusto del partícipe se vincula a la infracción de la norma de conducta propia de un autor.

#### **D. Formas de participación accesorias: la accesoriedad hipotética.**

Otra corriente doctrinal sostiene que estos tipos (arts. 17 y s) no tienen como objetivo legitimar la infracción del principio de accesoriedad estricto. Al contrario, en estos casos se sigue respetando el principio de accesoriedad si bien de una forma especial. Aunque no exista una conexión con un delito principal que de facto se haya cometido, existe una relación con un hecho principal cuya posible realización

<sup>1783</sup> Jakobs, G, "La prohibición de regreso...", pág. 260; el mismo, "La imputación objetiva, especialmente...", pág. 215 y s; el mismo, *La imputación objetiva...*, pág. 74; Lesch, H., JR, 2001, pág. 387.

<sup>1784</sup> Junto con las obligaciones derivadas de una institución (por ejemplo la protección de los hijos), se tiene la obligación de evitar el resultado (el sujeto ya no es amparado por el «principio de indiferencia») cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada, si la misión es evitar los fallos que pudiera cometer ese tercero dispensado, Jakobs, G, "La prohibición de regreso...", pág. 260; el mismo, "La imputación objetiva, especialmente...", pág. 219 y s.

Obviamente sólo será imputable ese resultado cuando el ciudadano pudiera haberlo evitado.

<sup>1785</sup> Jakobs, G, "La prohibición de regreso...", pág. 260. Sobre el deber de control vid. la interesante reflexión con ejemplos de Bloy, R., *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pág. 143-45, que, además, señala claramente cuáles son los límites de este deber.



por el autor principal ha sido aceptada por el incitador. Así, las exigencias del principio de accesoriadad se cumplen cuando el comportamiento principal en el que se quiere participar está en la representación del autor de la participación<sup>1786</sup>. En suma, las formas de participación anticipada, esto es, la participación sin resultado, la tentativa de participación son castigadas excepcionalmente mediante el recurso a una accesoriadad hipotética que sustituye a la real<sup>1787</sup>.

En esta línea se mueven igualmente aquellas posiciones que defienden, con motivo de la tentativa de inducción, que aunque en estos supuestos la participación se ha independizado definitivamente de un hecho principal, se mantiene, sin embargo, una vinculación formal con aquél. Es decir, el autor de la tentativa de inducción debe conectar su acción con un hecho delictivo que quiere que sea realizado por el inducido. De modo que, esta vinculación permite que la participación acabada, aquélla que crea la resolución o aporta una ayuda, sigue siendo, por ello, tentativa hasta que no se realiza el hecho principal<sup>1788</sup>.

Por tanto, la teoría de la accesoriadad hipotética respeta este principio en un sentido amplio, ya que exige una vinculación con un tipo principal que va a determinar el marco punitivo de la participación. El conocimiento del delito concreto que el partícipe quiere que se realice como satisfacción de la exigencia de determinación del contenido del dolo permite fijar cuál sea el injusto máximo de la forma de participación imperfecta. Empero, no se está conservando si quiera hipotéticamente el principio de accesoriadad estricto. Obviamente porque querer que se realice la conducta principal no es igual a que esta tenga lugar. Si esto fuera posible el principio de accesoriadad estricto quedaría totalmente desvirtuado. Por ejemplo, si querer el resultado basta para fundamentar hipotéticamente la accesoriadad, de ello se deduce que el que induce a un omnimodo facturus que finalmente produce el resultado deseado participa en la acción principal porque deseaba el segundo resultado. Lógicamente, la respuesta es negativa, se requiere haber creado la resolución,

<sup>1786</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, 53II/2 y s. Reconoce que en el § 30.1 StGB hay una supresión del principio de accesoriadad. No obstante, este principio sigue vigente en la medida en que se exige que el dolo del partícipe se oriente a la consumación dolosa por el autor principal de un delito, Herzberg, R-D., "Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme", pág. 66.

<sup>1787</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, 53II/4; Busch, *LK9*, 49a/8; el mismo, "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", pág. 248; Hoyer, *SK2001*, 30/25; Gómez Rivero, M., "Regulación de las formas de participación", pág. 1624 y ss; López Peregrín, M., *La complicidad*, pág. 480, nota 206; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 468. Señala igualmente el carácter hipotéticamente accesorio del hecho principal Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 558, no obstante, me parece erróneo considerar que un pre-estadio de la autoría (como prevé el autor para la conspiración y proposición, op. cit., pág. 559, 562) tuviera una accesoriadad hipotética (estricta), ello sólo sería predicable de los preestadios de la participación. Un pre-estadio de la autoría es una tentativa o una preparación que tienen una vinculación con un delito principal necesaria de la que derivan su injusto y que, a medida que se avanza en el *iter criminis*, se resuelve aplicando el principio consunción.

<sup>1788</sup> Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 15-17.

actividad controlada por el partícipe, y la intención trascendente que subyace en la creación de esa resolución delictiva tiene que venir acompañada de una acción principal: «el hecho de injusto al que se incita, que no pasa de ser un mero hecho planeado, no puede, de ninguna manera, sustituir a lo que debería ser un hecho injusto existente, pues la participación forma su contenido de injusto con un hecho *realmente existente*, no con uno imaginario»<sup>1789</sup>. Por consiguiente, el problema de la teoría de la accesoriadad hipotética reside en que no existe un injusto del hecho principal<sup>1790</sup> del cual puedan derivar los defensores de este planteamiento teórico parte del injusto del partícipe. Si no existe un hecho principal del cual se pueda obtener parte del injusto de la participación no puede decirse que exista ningún injusto de la participación<sup>1791</sup>, o por lo menos no completo desde un enfoque accesorio estricto material.

La presencia de esta accesoriadad hipotética que sólo de un modo forzado se puede reconocer en los actos preparatorios punibles, obliga a concluir que desde el enfoque de la dogmática de la participación los preceptos que afectan a estos comportamientos son una regulación especial de la participación en la que excepcionalmente no rige el principio de accesoriadad estricto<sup>1792</sup>. La vinculación con una acción que hipotéticamente se va a cometer se convierte en un simple requisito del dolo del inductor, que de conformidad con el principio de accesoriadad amplio señala el tipo especial de referencia sin el cual sería imposible construir el injusto del partícipe, salvo que se le otorgue un bien jurídico autónomo.

*a) La aplicación de la normativa de la teoría de la participación accesoria estricta material a las tentativas de inducción excepcionalmente punibles.*

En consecuencia, desde la teoría de la causalidad hipotética el § 30 StGB representa una regulación especial de la participación prevista para aquellos supuestos en los que la conducta del autor principal todavía no ha superado la fase preparatoria, de tal manera que cuando comienza la tentativa y el comportamiento es típico y

<sup>1789</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 206 (cursiva original). Igualmente crítico Letzgus, K., *Vorstufen*, pág. 219.

<sup>1790</sup> Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 218 y s; Brose, R., *Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 100; Busch, J.D., *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, pág. 118; Bloy, R., *Die Beteiligungsform*, pág. 185; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 799.

<sup>1791</sup> Roxin, C., *LK11*, 30/2; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 205 y s.

<sup>1792</sup> Vormbaum, T., "Versuchte Beteiligung...", pág. 369; Samson, E., *SK90*, 30/26.

Insiste en que en estos supuestos no está vigente el principio de accesoriadad limitada, Olmedo Cardenete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 870 y s.

antijurídico dejaría de ser aplicable esta normativa excepcional, ya que nos hallaríamos ante casos de participación consumada<sup>1793</sup>.

Ahora bien, de nuevo tengo que precisar que en tales supuestos habrá una participación consumada siempre que ésta haya satisfecho su contenido de injusto propio. Es decir, una tentativa de inducción imposible porque se orientó a un omnimodo facturus no será punible como inducción consumada aunque exista una conducta principal. Además, hay que probar la relación existente entre la participación y el comportamiento del autor.

Por ello, los actos preparatorios punibles representan la persecución excepcional de tentativas de inducción que deben someterse a la normativa propia de la participación accesoria estricta<sup>1794</sup>. Ahora bien, el principio de accesoriedad estricto *unicamente* se satisface hipotéticamente. Lo cual no es más que una confusión entre accesoriedad amplia y estricta al considerar que la presencia de la primera satisface la segunda. Ello es un grave error porque hay un salto lógico insalvable, el que existe entre la necesaria vinculación en abstracto con un tipo de la parte especial y la obligada conexión con una concreta realización del mismo concurriendo unas características determinadas. Obviamente el respeto del principio en su sentido amplio no puede implicar el respeto de su versión estricta. Si se ha decidido que el injusto del partícipe está configurado por un tipo de referencia de la parte especial y que el injusto del partícipe se consuma cuando ese tipo es realizado por un autor principal, la constatación de la primera cuestión, a saber, que el dolo del partícipe se dirige a un tipo concreto, no puede satisfacer nunca la exigencia del comienzo de ejecución. En cambio, el cumplimiento del principio de accesoriedad estricta sí significa la satisfacción de su versión amplia porque el primero incluye el segundo. De vuelta a la normativa que se le va a exigir a los actos preparatorios punibles cuando se consideran que son formas excepcionales de perseguir la tentativa de inducción hay insistir en cuatro puntos.

(1) Se requiere un dolo de consumación como en la inducción: los comportamientos tienen que estar orientados a la creación de la resolución delictiva, y a la realización del hecho principal<sup>1795</sup>. Ahora bien, en lo relativo al dolo de consumación se suele

<sup>1793</sup> Vid. Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53II/4; Vormbaum, T., "Versuchte Beteiligung...", pág. 363.

<sup>1794</sup> En lo que insisten no sólo los defensores de la interpretación de estos comportamientos como formas de participación, también los que sostienen la variante de la preparación, vid. por todos Roxin, C., *LK11*, 30/18-59, lo que fortalece la opinión que mantiene que realmente no hay polémica entre defensores de planteamientos preparatorios y participativos.

<sup>1795</sup> Maurach/Gössel/Zipf, *AT7*, 53II/19; Ebert, U., *AT3*, pág. 218; Hoyer, A., *SK2001*, 30/28 y s; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 30/7; Geppert, K., "Die versuchte Anstiftung", pág. 549; Kühl, K., *AT2000*, 20/251; Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 290; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 726.

considerar que basta con que sea eventual, es decir, es suficiente que el inductor acepte que el inducido pueda realizar lo propuesto<sup>1796</sup>.

(2) En segundo lugar, el grado de determinación del hecho planeado que tiene que ser abarcado por el dolo del autor de una tentativa de inducción es aquél necesario para que en caso de ejecución del comportamiento principal pudiera ser castigado como partícipe<sup>1797</sup>, o para que el inducido pudiera realizar la actividad delictiva planeada si quisiera<sup>1798</sup>. Ello implica, que no tienen que estar concretados absolutamente todos los elementos hasta el más pequeño detalle, sólo deben existir los esenciales<sup>1799</sup>.

(3) En tercer lugar, el sujeto debe querer que su conducta de inducción sea tomada en serio<sup>1800</sup>. Es decir, la tentativa de inducción debe presentarse de manera que pudiera ser identificada como tal, como un intento de convencer a la realización de una actividad criminal, por el inducido<sup>1801</sup>.

Cuando algunos autores defienden que la punición de la tentativa de inducción está objetivamente justificada cuando existe una incitación que es capaz de crear la resolución delictiva en un tercero al que se orienta<sup>1802</sup> están considerando que esa incitación objetivamente relevante descubre la intención del inductor.

(4) Por último, y en virtud de la vigencia de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, se defiende que no se podrá sancionar como tentativa de inducción (§ 30) aquellos supuestos en los que el bien no está tutelado frente al incitador o al incitado.

<sup>1796</sup> Tröndle/Fischer, T., *StGB*50, 3079; Kühl, K., *AT*2000, 20/251; Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 495; el mismo, "Zum Merkmal der Ernstlichkeit bei der Anstiftung", pág. 158; Roxin, C., *LK*11, 30/19; el mismo, "Bedingter Vorsatz zur versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen", pág. 615-17; Hoyer, A., *SK*2001, 30/30, salvo que el tipo del hecho principal presunto exija una cualificación subjetiva.

<sup>1797</sup> Schröder, H., H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 293; muy próximo Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 495; Roxin, C., *LK*11, 30/23-29.

<sup>1798</sup> Graul, E., "Zur Bestimmtheit des Anstifter- und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung", pág. 250; Tröndle/Fischer, T., *StGB*50, 30/7; Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 494 y s; Kühl, K., *AT*2000, 20/249; Hoyer, A., *SK*2001, 30/25-27.

<sup>1799</sup> Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 293; Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", pág. 402; Maurach/Gössel/Zipf, *AT*7, 53II/20; Hoyer, A., *SK*2001, 30/26 que considera que la determinación del lugar, el tiempo y el modo de comisión tiene que ser abarcada por el dolo del inductor cuando de ello dependa la calificación de un hecho como delito.

<sup>1800</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 34; Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 294 (que lo aplica tanto para la tentativa de inducción como para la conspiración); Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", pág. 495; Roxin, C., *LK*11, 30/25; Graul, E., "Zur Bestimmtheit des Anstifter- und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung", pág. 250.

<sup>1801</sup> Bloy, R., "Zum Merkmal der Ernstlichkeit bei der Anstiftung", pág. 159.

<sup>1802</sup> Bloy, R., op. cit., pág. 159.

Ello tendrá lugar ora cuando el bien jurídico atacado por el partícipe no esté protegido frente a la actuación del partícipe<sup>1803</sup>, de modo que, no puede ser castigado el sujeto que induce a un tercero a realizar una conducta que para él no sería un delito<sup>1804</sup>. Ora cuando el bien jurídico no se encuentre protegido contra el inducido<sup>1805</sup>. Desde esta perspectiva si hay una tentativa de inducción al robo de un bien del inductor aunque haya una accesoriedad hipotética el autor de la tentativa de inducción no podrá ser castigado por ello.

### 3. Conclusiones.

Cuando se considera que los actos preparatorios punibles son formas de participación, la justificación de la legitimidad de la punición de estos comportamientos exige razonar adecuadamente la infracción del principio de accesoriedad que representan, o encontrar una teoría de la participación que prescindiera de este principio o lo defina de tal forma que amplíe el ámbito de la participación punible.

En lo concerniente a la presunta vulneración del principio de accesoriedad estricta, los intentos orientados a probar que no existe una excepcional supresión del mismo sino que se respeta de forma hipotética, no convencen y en realidad representa un retroceso de las exigencias de la accesoriedad a los contornos de su concepción amplia. Aparte de eso, se encuentran con la dificultad añadida de que las conductas en cuestión no llegan si quiera a satisfacer el injusto propio de la participación: la inducción no ha superado todavía la fase de la tentativa ya que no ha creado necesariamente la resolución delictiva en el incitado. Por lo tanto, no sólo hay una infracción del principio de accesoriedad estricta, que implica una primera reducción en el injusto del partícipe, además, no ha alcanzado el resultado intermedio o de la participación, lo que implica una segunda reducción en el injusto. Aunque se defienda que se debe perseguir penalmente semejante comportamiento con un contenido de injusto tan reducido, salta a la vista que el respeto del principio de proporcionalidad requeriría una rebaja en la pena en mayor medida a la prevista para la provocación, proposición y conspiración, que no es otra que la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado.

Las teorías de la participación que se construyen en torno al principio de accesoriedad amplio mediante la afirmación de que el partícipe tiene su propio injusto (ya sea

<sup>1803</sup> Roxin, *LK11*, vor 26/2.

<sup>1804</sup> Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 292; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 30/6; Hoyer, A., *SK2001*, 30/20 y s.

<sup>1805</sup> Este será el caso si la incapacidad del inducido era conocida por el inductor, sin embargo, si el inductor no tuviera conocimiento de ello sería una forma de tentativa imposible abarcada por el § 30.1 StGB, Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, § 30 Rdnr. 6.

por una comprensión extensiva del tipo especial o por que se sostenga que existen dos normas distintas, una dirigida al autor y otra al partícipe) independiente de la conducta realizada por el autor principal consiguen justificar adecuadamente la punición de la conspiración, proposición, provocación. La autonomía del principio de accesoriadad estricto y la eventual posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa a los tipos de participación permiten extender el ámbito de la participación punible que abarca sin esfuerzos los comportamientos en cuestión. La dificultad con la que se encuentran estos planteamientos reside en el riesgo de adelantamiento de la punición. Este problema se suele resolver mediante la exigencia de una accesoriadad estricta formal como condición objetiva de punibilidad, o una exclusión de la aplicación de la teoría de la tentativa (normalmente porque se defiende que hasta que la conducta del partícipe no se ha consumado no hay una puesta en peligro del bien jurídico penalmente relevante).

Con la intención de limitar el ámbito de la participación punible en las teorías de la participación autónoma se adoptan tres decisiones político-criminales: (1) la exclusión general de ciertas formas de participación porque no concurre una conducta principal con unas características, (2) la no vigencia de la teoría de la tentativa y participación en los tipos *autónomos* de participación, (3) la no vigencia excepcional de las dos decisiones inicialmente tomadas: la posibilidad de punición de ciertas participaciones consumadas (e incluso intentadas) a causa de la peligrosidad que le es inherente aunque no haya conducta principal, aunque sean, insisto, tentativas respecto al injusto autónomo de la participación.

Otra cuestión es la necesidad de exigir la articulación de estas resoluciones en los Códigos penales, o en cómo interpretar los tipos para que se entienda que recogen esas decisiones político- criminales.

## **V. FORMAS DE AUTORÍA.**

### **1. El sistema unitario de autor.**

Hasta el momento he efectuado el estudio de las opciones de punición de los actos preparatorios punibles sin salir de un sistema penal presidido por la idea de la participación. Un esquema dual de intervención en el delito basado en el principio de accesoriadad estricto material defiende que la participación es punible porque el interviniente secundario es co-causante de la lesión del bien jurídico protegido, es decir, ataca el interés tutelado mediante la creación de una resolución delictiva o a través del apoyo prestado al comportamiento delictivo por medio de un consejo o una acción. Ahora bien, al mismo tiempo su ataque es accesorio porque la punibilidad de la participación se subordina a la comisión del hecho típico principal por el autor



en sentido estricto y porque no basta con la realización de esa acción principal, además, es necesario que reúna unas características normativas concretas. En suma, la responsabilidad del partícipe depende de la satisfacción de los requisitos cuantitativos y cualitativos que se vinculen a la accesoriadad estricta material o configuradora del injusto. Dentro de la lógica de este sistema queda excluida la punición de las tentativas de participación porque o bien el partícipe no ha consumado su acción o bien no se han satisfecho las exigencias internas o externas del principio de accesoriadad.

Por consiguiente, la persecución penal de estos comportamientos sólo puede justificarse en un sistema dual, como he indicado anteriormente, a través de la punición autónoma de la participación, la creación de excepciones al principio de accesoriadad estricta material, la presunción de la satisfacción hipotética de la accesoriadad estricta material, o la reformulación del problema en sede del *iter criminis* y resolverlo por medio de las opciones que ofrece la poco explorada figura de la preparación.

Un sistema unitario, por el contrario, puede justificar sin dificultades la punición de las tentativas de participación del sistema dual (accesorio estricto) porque como regla general se considera que todo modo de intervención en una actividad delictiva es una forma de autoría, dotada cada una de ellas de un injusto cualitativamente idéntico, con una responsabilidad individual y autónoma modulada a partir de un marco punitivo en origen igual para todos. En otras palabras, cuatro son los elementos que caracterizan a los sistemas unitarios: todas las intervenciones en el hecho delictivo son típicas<sup>1806</sup> (se extiende el concepto de tipicidad que incluye cualquier forma de intervención<sup>1807</sup>), todo interviniente responde de forma autónoma por su acción (abandono del principio de accesoriadad estricta), «todas las aportaciones al hecho son equivalentes en lo que respecta a su contenido de injusto»<sup>1808</sup>, todos

<sup>1806</sup> La extensión se puede realizar bien a través de una formulación amplia de los tipos en la parte especial, por ejemplo los arts. 359 y 368 que castigan actos de elaboración y tráfico como conductas típicas, o bien mediante las normas de regulación de la autoría de la parte general. Éstas últimas establecen legalmente una interpretación extensiva de todos los tipos (normas de interpretación), o son normas de imputación que permiten atribuir la acción realizada al partícipe como propia, López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 49-54.

<sup>1807</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 33 y s. De este modo no sólo desaparecen los tipos de participación como criterios de distinción cualitativa en el injusto, tampoco tiene sentido seguir hablando de coautoría, Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 6; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 47.

<sup>1808</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 34; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 347.

los intervinientes disfrutaban de un mismo marco punitivo modulado en el momento de imponer la pena<sup>1809</sup>.

Un sistema unitario no establece diferencias entre los intervinientes dentro del injusto, será en el momento de imponer la pena cuando se mida su cuantía según la importancia de la aportación causal de cada sujeto concurrente<sup>1810</sup>. Esto es, dentro de un marco penal único se castiga a cada interviniente en función de su injusto y su propia culpabilidad con independencia de la responsabilidad de los otros intervinientes, y así, el grado de intervención se convierte en una mera circunstancia modificativa de la responsabilidad<sup>1811</sup>. De ahí que los sistemas unitarios incluyan junto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad generales otras particulares (*mitwirkungsbezogenen Strafzumessungsgründe*) relativas al grado y forma de intervención en el delito (que pueden concurrir con las circunstancias generales)<sup>1812</sup>. Por consiguiente, se puede afirmar que la elección del sistema unitario es una decisión de política criminal presidida por la intención de resolver el problema de la intervención en el delito en sede de punibilidad en vez de en el injusto (como pretende un sistema dual)<sup>1813</sup>.

La lógica del sistema desarrollado a partir de estas premisas trae consigo la **responsabilidad del partícipe originaria** (autor) y **autónoma** (no accesoria - estricta material-).

Antes de analizar con detenimiento las consecuencias que este sistema tiene sobre los supuestos de tentativa de participación es necesario detenerse brevemente en el estudio de las diferentes formas de aparición del sistema unitario.

<sup>1809</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 3, 7; el mismo, "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 28, 55 y s; el mismo, *öAT3*, E2/34; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 35 y s, 61 y s.

<sup>1810</sup> Kienapfel, D., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, pág. 29, 33-37; el mismo, "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 3, 7; el mismo, "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 28, 55 y s; el mismo, "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 181; el mismo, *AT84*, pág. 546 y s; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 61. Al respecto vid. Gropp, *AT2*, 10/15; Kühl, K., *AT2000*, 20/8; Wessels/Beulke, *AT28*, marg. 506; Köhler, *AT*, pág. 495.

<sup>1811</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 3, 7; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 34; el mismo, *öAT2*, 16/15; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 347. Así lo expone igualmente López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 38.

<sup>1812</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 3, 7; el mismo, "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 28, 44, 55 y s. Por ejemplo, serían circunstancias atenuantes la intervención sometida a la dirección de otro, el refuerzo de la resolución delictiva, o la ejecución realizada bajo la influencia de un tercero, Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 7. Ejemplo de circunstancias agravantes sería la dirección de la intervención, la realización conjunta, op. cit. pág. 7. En todo caso, son circunstancias atenuantes o agravantes autónomas entre sí, de forma que, la presencia de una puede compensar otras, Kienapfel, D., "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 45, 56. Hay autores que consideran que no se puede medir individualmente la pena en función de la aportación de cada sujeto, Bockelmann/Volks, *AT4*, pág. 174.

<sup>1813</sup> Y en ese sentido Kienapfel afirma que el sistema unitario funcional de autor es una respuesta dogmática y político-criminalmente válida al problema de la intervención, Kienapfel, D., "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 57.

### **A. Formas de aparición del sistema unitario.**

Si bien es cierto que estos cuatro principios serían los pilares esenciales de un sistema unitario *prototípico*, no se debe ignorar que el grado de respeto a la lógica del sistema enunciado por semejantes normas dependerá de la construcción teórica que se maneje en cada caso. Es decir, la falta de un concepto uniforme de sistema unitario de autoría exige precisar, antes de comenzar cualquier discusión sobre la viabilidad del mismo, qué modelo se está utilizando, o sea, qué se entiende por autoría unitaria o cómo se interpretan cada uno de los principios citados<sup>1814</sup>.

Las cosas así, existen dos formas de aparición del sistema unitario de autor según se realice o no una diferenciación nominal entre los diversos modos de intervención delictiva, a saber, un concepto unitario funcional o formal respectivamente.

#### *a) Concepto unitario formal de autor*<sup>1815</sup>.

La concepción unitario formal de autor se identifica con una imagen estricta del sistema unitario que respeta hasta sus últimas consecuencias los principios antes descritos<sup>1816</sup>. Este planteamiento sostiene que, dentro de una teoría de la equivalencia causal de las condiciones, cualquier aportación al proceso causal que conduce al delito es una forma de autoría con independencia de la importancia de la aportación e incluso de si se ha realizado o no la conducta típica<sup>1817</sup>. «Autor es aquél que ha aportado una condición de la realización del tipo»<sup>1818</sup>. El «autor en el sentido del sistema unitario formal abarca *toda forma imaginable de intervención* en un hecho típico»<sup>1819</sup>.

Esta teoría unitaria extensivo-causal se identifica con una concepción causal-naturalística del derecho penal porque cualquier condición de la modificación del mundo es una forma de autoría<sup>1820</sup>. No obstante, hay autores que consideran que el concepto unitario de autor no se vincula necesariamente con una teoría de la equivalencia de las

<sup>1814</sup> Vid. Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Starftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 338.

<sup>1815</sup> Ejemplos de sistemas formales en Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 30-33. Especialmente el que representa el art. 110 CP italiano de 1930.

<sup>1816</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 36.

<sup>1817</sup> Gropp, *AT2*, 1998, pág. 10/12; Gómez Benítez, J.M., PG, pág. 118.

<sup>1818</sup> Seier, J., "Der Einheitstäter im Strafrecht...", pág. 342; Kühl, K., *AT2000*, 20/8.

<sup>1819</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 5 (cursiva original); el mismo, "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 27; el mismo, *öAT3*, E2/32; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 37.

<sup>1820</sup> Tiedemann, K., *Die Anfängerübung im Strafrecht*<sup>97</sup>, pág. 162; Ebert, U., *AT3*, pág. 186 y s; Roxin, C., *LK11*, vor 25/11, reduce la autoría y el tipo a la lesión causal del bien jurídico (con motivo del concepto extensivo del autor).

condiciones. La responsabilidad penal no se puede basar exclusivamente en la presencia de un nexo causal, además, se requieren ciertos criterios normativos, como puede ser la imputación objetiva<sup>1821</sup>. Dentro de este movimiento de desvinculación de un estricto imperativo causal se sitúa la versión funcional del concepto unitario de autor.

*b) Concepto unitario funcional de autor*<sup>1822</sup>.

El problema anexo a un concepto unitario de autor consiste en la interpretación extensiva de la norma primaria contenida en el precepto penal<sup>1823</sup>. Ello provoca una expansión de la punibilidad, ya que cualquier aportación que se pueda considerar causal con respecto al resultado puede ser definida como una forma de autoría (ya sea consumada o imperfecta). Así, el ámbito normativo se pierde en un infinito retorno a los orígenes de las cadenas causales<sup>1824</sup>. El modo más adecuado (por su respeto al principio de legalidad, determinación y seguridad jurídica) para determinar y reducir el marco normativo en el ámbito de un concepto extensivo de la autoría consiste en definir sus contornos en un tipo penal que pasa a recoger los modos de comisión penalmente relevantes.

El sistema unitario formal renunciaba a esta solución al no fijar una diferencia entre formas de autoría en la descripción típica. Lo cual dejaba la puerta abierta a la punición justificada de cualquier comportamiento<sup>1825</sup>. El sistema formal, por

<sup>1821</sup> López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 41, nota 19.

<sup>1822</sup> *Das typenorientierte funktionale System der Einheitstäter*, Kienapfel, D., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, pág. 41.

<sup>1823</sup> Vid. al respecto la crítica de Renzikowski contra el uso de una *prohibición de causar extensiva*, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 58-81.

<sup>1824</sup> Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 59 y s.

<sup>1825</sup> Crítico con el sistema unitario formal Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft", pág. 564 y s., porque con ello se difuminan las diferencias entre las formas de intervención delictiva y además, al no existir una diferencia consagrada en un tipo queda la delimitación a disposición del juez.

También consideran que existe una infracción del mandato de determinación en el sistema unitario, Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 28; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, pág. 199. Díaz y García de Conlledo se manifiesta a favor del concepto restrictivo de autor porque es más respetuoso con el mandato de determinación o concreción de los tipos, Díaz y García de Conlledo, M., "«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva", pág. 305; de igual forma Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 208 y s, 306 y s; López Peregrín, M.C., *La complicidad*, pág. 372. En contra Lesch que considera que «el concepto restrictivo de autor es sólo un factor aparentemente delimitador, puesto que fuera del campo de la autoría, esto es, en el ámbito de la participación, el espacio que deja a la imputación es excesivo... Lo que se quiere decir con el concepto restrictivo de autor concierne sencillamente a la definición de ejecución, es decir, a la limitación del comportamiento típico a aquel comportamiento (imputable) que ha causado de forma *inmediata* el resultado típico, sin mediación de otra acción posterior imputable. Esta definición restrictiva de la ejecución no prejuzga sin embargo de qué forma deben delimitarse entre sí autoría y participación», Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, pág. 56.

consiguiente, genera una expansión de la punibilidad<sup>1826</sup>: provoca, por ejemplo, una extensión del concepto de tentativa<sup>1827</sup>, de modo que incluso la tentativa de participación o su preparación serían formas de autoría penalmente relevantes<sup>1828</sup>. El sistema funcional, por el contrario, intenta limitar el ámbito normativo mediante la descripción típica de las formas de autoría<sup>1829</sup>. Lo que en ningún caso representa una vuelta al sistema diferenciador porque no hay una separación cualitativa en el injusto de los intervinientes, ni una vinculación con el comportamiento de ninguno de ellos.

Esta solución es semejante a la aportada por un concepto extensivo de autoría, en donde los tipos de la participación aparecen pues como formas de *restricción* del alcance general de la autoría<sup>1830</sup>, como formas de intervención en la actividad criminal que se desglosan de la autoría. Por consiguiente, aunque se hable del concepto extensivo de autor en el contexto de un sistema de participación se trata de un planteamiento muy próximo a un sistema funcional unitario de autor<sup>1831</sup>.

<sup>1826</sup> Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 27.

<sup>1827</sup> «Dehnung des Versuchsbegriff», Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 27.

<sup>1828</sup> Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 27, nota 29; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 191.

<sup>1829</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 39.

En ese sentido Kienapfel mantiene que el sistema funcional vacía de contenido la crítica respecto a la infracción del mandato de determinación que acompaña al sistema unitario de autoría, Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 35. Además, «*sus diferentes formas de comisión del hecho son formas de aparición de la autoría y como tal técnicas primarias de interpretación de la ley conforme al estado de derecho*», íbidem (cursiva original).

<sup>1830</sup> Herzberg, R-D., *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 2; Gropp, AT, 1998, pág. 10/12; Tiedemann, K., *Die Anfängerübung im Strafrecht*97, pág. 162; Roxin, C., LK11, vor 25/9; Otto, H., AT5, pág. 266 y s; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 11; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 200; Pérez Alonso, E., PG, pág. 732.

<sup>1831</sup> Considera que el concepto extensivo del autor es una derivación del sistema unitario, Ebert, U., AT3, pág. 186; Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 41, 256; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 42 y s; Pérez Alonso, E., PG, pág. 732; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 282. «Aunque esto no es del todo cierto... el concepto unitario de autor puede ser provisionalmente definido... como un concepto extensivo en el que se renuncia a distinguir (objetiva o subjetivamente) autores y partícipes: un concepto extensivo de autor sin causas de restricción de la tipicidad o de la pena», Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 270. Reconocen la proximidad entre ambos Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 34; el mismo, *öAT2*, 16/14; Fabrizy, E., WK, 12/10; Kienapfel, D., *öAT3*, E2/8; Gómez Tomillo, quien, sin embargo, considera que el concepto extensivo reconoce formas de participación, no viene impuesto por una norma de la parte general sino por una interpretación de los tipos y se orienta a salvar lagunas de punición, Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 201. Criterios que no me parece que permitan una auténtica distinción entre ambos. Gutiérrez Rodríguez, mantiene que «el sistema extensivo de autor, a pesar de que asume como punto de partida un sistema diferenciador, se convierte finalmente en un sistema unitario», Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 36. Lesch, H., *Sukzessiven Beihilfe*, pág. 78: «una realización consecuente del concepto extensivo de autor *per se* sólo puede conducir, por tanto, a la teoría unitaria del autor...». Renzikowski, no obstante, considera que el concepto extensivo de autor no tiene que ser exclusivamente una derivación del sistema unitario. De

Las cosas así, y aplazando analizar si se ha conseguido la limitación pretendida y si es así en qué medida, es evidente que mientras que en un concepto formal no hay diferenciación alguna entre las distintas formas de contribución al delito, que en su totalidad son consideradas autoría sin más, el concepto unitario funcional de autor se ha caracterizado por el reconocimiento de diferentes modos de intervención delictiva (mediata e inmediata). Esto es, existen diversas formas de comisión de un delito como autor. Un ejemplo del sistema unitario funcional del autor se encuentra consagrado, en el § 12 öStGB: «No sólo el autor inmediato comete la conducta punible, también lo hace aquél que determina a otro a cometerlo o que realiza una aportación a su ejecución». Según esta distinción existen dos clases de autoría. La *autoría inmediata*, que tiene lugar cuando la conducta realizada por el autor coincide literalmente con el hecho típico. La *autoría mediata*, por el contrario, consiste en un comportamiento que no presenta una identidad con el hecho típico descrito en el artículo correspondiente de la parte especial pero supone una aportación causal a un delito que puede ser penalmente imputada al que la efectúa. Dentro del concepto de autoría mediata se incluye (I) la complicidad («Unterstützungstäterschaft» – autoría por apoyo<sup>1832</sup>) y (II) la inducción («Veranlassungstäterschaft» – autoría por incitación)<sup>1833</sup>.

Por último, indicar que los supuestos de autoría mediata propios de un sistema diferenciador se sitúan en el sistema unitario funcional tanto en el plano de la autoría inmediata como de la mediata<sup>1834</sup>.

---

hecho lo entiende compatible tanto con un sistema diferenciador como con uno unitario, Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 11.

Expresamente a favor del concepto extensivo del autor, Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 254.

<sup>1832</sup> Utilizo la traducción propuesta por Díaz y García de Conlledo, *La autoría*, pág. 66 y López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 42.

<sup>1833</sup> Vid. Kienapfel, D., "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 35, 52 y s; el mismo, *öAT3*, E2/33; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 38; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 347.

<sup>1834</sup> Kienapfel aclara que el término autoría mediata tiene un significado distinto para el sistema unitario, "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 2, 5. A este planteamiento que define el concepto de autoría mediata en función del tenor literal del § 12 se oponen otros dos que lo obtienen a través del criterio del dominio del hecho (Burgstaller crea así el concepto *verdeckte unmittelbare Täterschaft*, op. cit., pág. 17) o de la imputación objetiva (al respecto de ambas con referencias bibliográficas vid. Fabrizy, E., *WK*, 12/18-22). Una explicación de como se incluirían los supuestos de autoría mediata propios de un sistema de participación en la descripción típica del § 12 öStGB desde la perspectiva del dominio del hecho en Zipf, H., "Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB", 619-22, especialmente pág. 621 y s (autor que está en contra de la terminología de Kienapfel porque conduce a error ya que en el sistema austríaco no existe un concepto de autoría mediata como el previsto en un sistema diferenciador, op. cit., nota 17). Igualmente desde el enfoque de la imputación objetiva en Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 379-85.



Tal y como ya he anticipado, esta diferenciación no nos conduce a un sistema dual<sup>1835</sup> porque no se fundamenta en una relación de dependencia con el autor principal<sup>1836</sup>. Entre ambas formas de autoría existen diferencias conceptuales pero no valorativas<sup>1837</sup> que tienen como único objetivo determinar el ámbito de lo punible. Conque, si un comportamiento no se puede considerar como una forma de autoría mediata o inmediata no será alcanzado por el tipo penal. Con ello se quiere obtener un grado de certeza del tipo (se respeta de forma más adecuada el mandato de determinación), que aparece así limitado en su extensión<sup>1838</sup>. Toda conducta típica, sea una forma de autoría mediata o inmediata, disfruta de un mismo marco penal (es decir poseen un mismo injusto) en donde se determina la pena en función de la importancia de su aportación y de la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes<sup>1839</sup>. Es decir, todas son auténticas formas de autoría que poseen un mismo marco penal, pero que por sus características especiales (la creación o refuerzo de una intención criminal) serán merecedoras de una atenuación de la pena<sup>1840</sup>.

Por último, todavía más próximo a la participación se encuentra el **sistema unitario reducido** (reduziertes Einheitstätersystem), que parte de una diferenciación parecida a la prevista en el funcional a la que se añade el reconocimiento de un *distinto contenido del injusto* en las formas de autoría y una *accesoriedad cualitativa* (estricta formal), es decir se exige la actuación típica (dolosa) y antijurídica del autor inmediato<sup>1841</sup>. De este modo los supuestos de autoría mediata que no vayan

<sup>1835</sup> ... accesorio estricto material, aunque sí se confunde con un sistema dual de participación autónoma mediante un concepto extensivo de autor donde sólo se mantiene una accesoriedad estricta formal.

<sup>1836</sup> Kienapfel, D., "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 36; López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, pág. 56 y s; El § 12 öStGB «no vendría así a cumplir una función constitutiva respecto de la responsabilidad de estos últimos intervinientes, como sucedería en los sistemas de participación basados en un concepto restrictivo de autor sino que tendría un carácter meramente declarativo de... (scil. la) punibilidad...», Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 302. Bloy considera que «como la formas de intervención se deben constituir con independencia del desvalor del resultado y los modos de acción muestran diferentes estructuras, la equivalencia jurídica de las formas de intervención en un sistema unitario funcional se presenta de hecho como una quimera», Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterschaft in Deutschland und Österreich", pág. 49.

<sup>1837</sup> Triffterer, O., *öAT2*, 16/20.

<sup>1838</sup> De este modo se superan las críticas sobre el carácter ilimitado del sistema unitario incompatible con un Estado democrático de Derecho, Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 38 y s. Sobre las críticas vid. cuarta parte, nota 240.

<sup>1839</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 5, 7; el mismo, "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 55 y s; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 45.

<sup>1840</sup> Roxin, C., *LK11*, vor 25/4; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 41-44; Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 5, 7.

<sup>1841</sup> Burgstaller, "Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB", pág. 13-16;; Zipf, H., "Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB", pág. 620. Vid. al respecto la exposición de Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 39 y s; el mismo, *öAT2*, 16/135-39;

acompañados de una conducta dolosa del autor inmediato quedarán impunes<sup>1842</sup>. «Esta construcción puede ir en teoría tan lejos, que finalmente no deje de la idea del concepto unitario de autor nada más que la amenaza con el mismo marco punitivo»<sup>1843</sup>.

Esto es, ciertos planteamientos teóricos consideran que el sentido que tiene distinguir entre concepto unitario funcional y formal reside en que en el primero se exige el comienzo de una tentativa de ejecución de la acción principal (según un sistema dual) al que vincular todas las aportaciones realizadas<sup>1844</sup>. De esta exigencia surgiría el sistema unitario reducido.

### **B. Responsabilidad originaria y autónoma del partícipe.**

De vuelta al punto donde deje la exposición acerca de la responsabilidad del partícipe en un sistema unitario, recuerdo que aquél respondía por su conducta realizada de forma originaria y autónoma.

En lo que concierne a la responsabilidad originaria, debo comenzar insistiendo en que un sistema unitario **no admite una diferenciación entre las distintas formas de intervención en un delito**, porque «todas las contribuciones al hecho son valorativamente iguales en relación con su contenido de injusto»<sup>1845</sup>.

Ni siquiera el sistema unitario funcional distingue diversas formas de intervención delictiva. Sólo reconoce una, la autoría. La cuestión es que sí reconoce la presencia de distintas formas de autoría<sup>1846</sup>.

La falta de distinción entre las formas de intervención delictiva genera, primero, la imposibilidad de admitir la reducción de la pena en el ámbito del injusto<sup>1847</sup> y, en

---

Fabrizy, E., *WK*, 12/14; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 339 y s, autor que propone alcanzar una solución intermedia entre el sistema funcional de Kienapfel y el sistema accesoriamente limitado de Burgstaller mediante la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, op. cit. pág. 390.

<sup>1842</sup> Burgstaller, "Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB", pág. 17.

<sup>1843</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 40. Critico con esta teoría en op. cit., pág. 49-59, 64; el mismo, *öA72*, 16/42-48; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 342. De todas formas hay una discusión sobre si la conducta iniciada debe ser cuanto menos típica o si basta con la realización de la parte objetiva del tipo con independencia de que concurren los requisitos subjetivos que sólo se exige que concurren en el autor por colaboración (para evitar la impunidad del cómplice o autor por colaboración en aquellos delitos que no pueden ser cometidos imprudentemente por autor principal). Al respecto con una postura crítica vid. Lewisch, P., "Probleme der Einheitstäterschaft", pág. 297 y s.

<sup>1844</sup> Al respecto con numerosas referencias bibliográficas, Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 45, nota 70.

<sup>1845</sup> Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, pág. 192.

<sup>1846</sup> Al respecto vid. cuarta parte, pág. 254.

<sup>1847</sup> Gropp, *A72*, 10/15; Seier, J., "Der Einheitstäter im Strafrecht...", pág. 342.

segundo lugar, que las tentativas de participación del sistema dual se hayan convertido en formas de autoría (ya sean consumadas, ya sean en grado de tentativa). La participación se considera como una auténtica causación del hecho delictivo, de suerte que el *partícipe* no interviene en el hecho delictivo ajeno sino que realiza su propia conducta criminal<sup>1848</sup>.

Con el sistema unitario del autor **desaparece el requisito de la accesoriedad**<sup>1849</sup> (estricta material) tanto en su sentido cualitativo como cuantitativo<sup>1850</sup>. La accesoriedad estricta material se convierte en algo superfluo, pues, insisto, su presencia sólo tenía sentido en cuanto servía para fijar los casos y los requisitos en que existe una responsabilidad penal derivada de los intervinientes secundarios o mediatos en el hecho delictivo<sup>1851</sup>, en la medida en que la conducta realizada por el autor principal determina el injusto del partícipe. Sin embargo, aunque el carácter originario de la responsabilidad de todo sujeto que interviene en la actividad delictiva hace inconciliable esta teoría con la accesoriedad estricta configuradora del injusto, ello no impide su convivencia con la accesoriedad amplia (pues siempre hay una conexión con un tipo de la parte especial de referencia) o con la accesoriedad estricta formal como condición objetiva de punibilidad ya que no subordina el injusto de los intervinientes, los cuales siguen siendo autónomos entre sí.

Por consiguiente, se observa como un posicionamiento unitario parte de un abandono de la idea de accesoriedad estricta material. Esta desaparición tiene lugar en su sentido **cualitativo**, porque, partiendo del hecho de que todos realizan un mismo injusto, se establece a continuación una responsabilidad autónoma e individual de cada interviniente en el delito<sup>1852</sup>. En otras palabras, en la medida en que todas las

<sup>1848</sup> Friedrich, W., "Strafbare Beteiligung – akzesorische oder originäre Täterschaft?", pág. 57.

<sup>1849</sup> Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 184; el mismo, *öAT3*, E2/29; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 34, 43; el mismo, *öAT2*, 16/16; Fabrizy, E., *WK*, 12/11. Vid. al respecto Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 117-42; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 47, 49; Gropp, *AT2*, 10/15; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codeinfluencia*, pág. 192.

Sin embargo, en Austria, donde como hemos visto rige un sistema unitario existen ciertas interpretaciones del § 12 que conducen a la exigencia de un hecho principal típico, doloso y antijurídico para poder castigar a los partícipes como autores (sistema unitario reducido, vid. supra), sobre la problemática vid. Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 339 y s; Friedrich, W., "Strafbare Beteiligung – akzesorische oder originäre Täterschaft?", pág. 43-72 autor que está en contra de esa interpretación, pág. 56; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 49-59; el mismo, *öAT2*, 16/31-48.

<sup>1850</sup> Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 4 y s, 6 y s; el mismo, "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 53; Triffterer, O., *öAT2*, 16/16.

<sup>1851</sup> López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 48.

<sup>1852</sup> Sobre la renuncia a la accesoriedad cualitativa como característica definitoria por excelencia del sistema unitario y el principio de la *responsabilidad autónoma de los intervinientes* («Grundsatz

intervenciones se sitúan en una posición de igualdad, y no hay una relación de subordinación a un injusto ajeno la posibilidad de punición de una conducta no depende de que otra principal haya alcanzado unas características concretas (que sea típica, dolosa y antijurídica dentro de una accesoriad limitada)<sup>1853</sup>. Esto genera, además, la posibilidad de admitir la punición de lo que en un sistema de participación serían formas impunes de *participación imprudente al delito doloso o imprudente, de participación dolosa al delito doloso o imprudente*<sup>1854</sup>. Conque, si un sistema diferenciador consideraba en virtud del principio de accesoriad que sólo era viable la participación dolosa<sup>1855</sup> en un hecho doloso y que, por tanto, no cabía la participación imprudente en un hecho doloso o imprudente, ni la participación dolosa en un hecho imprudente<sup>1856</sup>, en el sistema unitario, como cada interviniente responde

---

der autonomen Verantwortlichkeit der Beteiligten») vid. Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", pág. 26, 53; el mismo, "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", pág. 4; el mismo, "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 184 y s; el mismo, *öAT3*, E2/29 y s; Fabrizy, E., *WK*, 12/11. En contra de la accesoriad cualitativa se posiciona la jurisprudencia austríaca, al respecto vid. Fabrizy, E., *WK*, 12/17.

<sup>1853</sup> Fabrizy, E., *WK*, 12/11, 13. No obstante, sobre los problemas propios de la accesoriad cualitativa en el derecho austríaco, especialmente en aquellos supuestos de tentativa de autoría por colaboración (no punible) porque el autor inmediato no satisface ciertos requisitos subjetivos del tipo (y otros casos en los que el autor principal se desvía en la realización del tipo de la aportación del autor mediato), vid. Lewisch, P., "Probleme der Einheitstäterschaft", pág. 284-303.

<sup>1854</sup> A favor de la impunidad de la participación por imprudencia al delito doloso o imprudente y de la participación dolosa al delito imprudente Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 358-72 (361, 366, 372); Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 348 y s, 352-55, 368-70; Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, pág. 601-606 (que admite la punición de la participación dolosa en un delito imprudente). Sobre la problemática vid. Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002. En lo que atañe al tratamiento de la participación imprudente en la doctrina del tribunal supremo vid. Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 214-223.

<sup>1855</sup> No admiten la complicidad e inducción imprudente intervenciones que siempre deben concurrir de forma dolosa Kühl, K., *A72000*, 20/10, 131; Gómez Benitez, J.M., *PG*, pág. 501; López Barja de Quiroga, J., "La accesoriad", pág. 408 y s; el mismo, *PG*, III, pág. 427; Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 796; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 628-30; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 305; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4780 y s.

<sup>1856</sup> Defienden la impunidad de la participación imprudente: López Peregrín, M.C., *La complicidad*, pág. 405; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4780; Pérez Manzano, M., *Autoría y participación imprudentes en el Código penal de 1995*, pág. 109 y s. Considera que la participación imprudente no es punible aunque sí imaginable, Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", pág. 174. En cambio, Jakobs no sólo reconoce esta posibilidad, sino que considera que el partcipe imprudente debe responder por la comisión imprudente del delito, aunque se le va a denominar autor imprudente, Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 168, nota 9 (igual Zugaldía Espinar, J.M., *PG*, pág. 796; De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1224; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 455 y s –siempre que infrinja un deber de cuidado y tenga un dominio objetivo de la acción imprudente que efectúa-). Con todo debo recordar que es peligroso apoyarse en la doctrina alemana para justificar la ausencia de punición de la participación en un delito no doloso ya que como en el ámbito alemán rige el concepto unitario de autor para los delitos imprudentes todas las formas de intervención en el delito serán formas de autoría no se decide que tal comportamiento (participación en un delito doloso) sea impune sino al contrario que lo será pero no como una forma de participación sino de autoría imprudente.

por su propia acción, el partícipe lo podrá hacer a título de autor por imprudencia o dolo con respecto a un delito doloso o imprudente<sup>1857</sup>.

La consecuencia lógica de la renuncia a la accesoriedad estricta material va a ser en el plano **cuantitativo**, la posibilidad de castigar cualquier aportación que consista en una mera colaboración o creación de una resolución aunque todavía no exista un ataque directo al bien jurídico<sup>1858</sup>. Un sistema unitario de autor consecuente se caracteriza por la presencia de una *intervención sin hecho*<sup>1859</sup>, es decir, la responsabilidad de los intervinientes en una actividad criminal no depende de la existencia de una conducta principal. Por tanto, el abandono de accesoriedad, en su vertiente cuantitativa, trae aparejado la **desaparición** de los supuestos de **tentativa de participación**. Ésta se ha convertido, como señale con anterioridad, en una forma de autoría consumada o en una tentativa de autoría y como tal punible. Después de todo, si la participación en el delito no está vinculada al principio de accesoriedad y las formas de participación son formas de autoría originaria, la

---

A favor de la punición de la participación imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente Feijoo Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?", pág. 1614 y s; el mismo, *Límites de la participación criminal*, pág. 9; Mir Puig, S., *PG6*, 15/37-39. Tampoco considera que haya objeciones legales para afirmar la punición de la participación imprudente, Díez Ripollés, J.L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", pág. 40.

<sup>1857</sup> Esta responsabilidad individual hace posible la punición de las participaciones imprudentes, Kienapfel, D., "Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft", pág. 36; el mismo, "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 186-90. Autor que considera, no obstante, que la autoría por incitación sólo se puede cometer dolosamente, Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 182. Supuestos de incitación imprudente que no quedan, sin embargo, impunes pues pueden ser reconducidos a los supuestos de autoría por apoyo, op. cit., pág. 182, 188. Vid. al respecto López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 80-83; Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 36; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungsslehre*, pág. 50, 80-83; Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 386 y s. No obstante, sobre la posibilidad de imputar la intervención imprudente como forma de autoría existe cierta discrepancia doctrinal, sobre el debate y las posiciones a favor y en contra vid. el breve resumen de Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungsslehre*, pág. 74-77, 80-83; el mismo, *öAT2*, 16/106-112; más extenso en Fabrizy, E., *WK*, 12/61-71, 100-107.

<sup>1858</sup> En cualquier caso, parece evidente que el sistema unitario funcional austriaco en donde hay una exigencia de un inicio de ejecución se recurre parcialmente al principio de accesoriedad, Fabrizy, E., *WK*, 12/13; Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 46. Autor que no obstante considera que el recurso a la accesoriedad exige siempre una distinción entre autoría y participación, op. cit., pág. 38.

<sup>1859</sup> Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", pág. 534. Autor que, además, mantiene que en un sistema diferenciador siempre hay una *intervención con hecho*, aunque puede igualmente existir una *intervención sin autor* en el sentido de que ninguno de los intervinientes en la actividad delictiva típica cumpla estrictamente todos los requisitos de autoría exigidos por el tipo, pág. 532-4. De este modo, los intervinientes son responsables por la vinculación existente entre las conductas entre sí que forman parte de un *hecho global* (Gesamt-Tat), op. cit., pág. 534.



discusión sobre la naturaleza de los *actos preparatorios punibles* (de la tentativa de participación al fin y al cabo) se resuelve por la vía del *iter criminis*, de modo que son consideradas formas consumadas o tentativas de autoría<sup>1860</sup>. Así, «la participación intentada, que es en principio impune en los sistemas de participación, se convertiría automáticamente en punible, como «autoría intentada», si se adoptara el sistema unitario de autor»<sup>1861</sup>. «... En **el sistema unitario de autor** el hecho está ya intentado **en cuanto uno de los intervinientes haya puesto en marcha una de sus acciones inmediatamente previas al hecho ejecutivo**. Con ello la tentativa de intervención como la intervención en una tentativa son **en principio punibles**»<sup>1862</sup>.

El inductor o el cómplice (autores mediatos según un sistema unitario funcional) son autores cuando consuman su aportación y, hasta ese momento, se encuentran en una fase de tentativa. Es decir, el límite entre la tentativa y la consumación se halla en la realización del resultado intermedio (de la participación) por el autor mediato. De este modo la distinción entre intervención fracasada *-tentativa-* (cuando no ha tenido efecto sobre su destinatario) y sin resultado *-consumada-* (cuando provoca ese efecto deseado en el destinatario pero no ha comenzado con la ejecución del delito), tiene como objetivo fijar una divisoria entre dos fases del *iter criminis* de una forma concreta de autoría. No obstante, ciertos valedores del sistema unitario entienden que en ambos casos hay una tentativa (punible para la inducción)<sup>1863</sup>. Ello es posible en la medida en que consideran que la consumación se vincula al inicio de la lesión del bien jurídico, lo cual representa la introducción de un elemento que tradicionalmente se ha considerado propio del sistema dual: la accesoriedad estricta.

<sup>1860</sup> En definitiva, en un sistema unitario no puede establecer una diferencia entre hecho propio y ajeno, Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 51; Maiwald, "Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung", pág. 362; Triffterer, O., *öATZ*, 16/14.

<sup>1861</sup> Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 261; Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 133-35; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 65; Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 198; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 35; Maiwald, "Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung", pág. 360; Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 37; Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", pág. 531; Gropp, *ATZ*, 10/15; Roxin, C., *LK11*, vor 25/7; Seier, J., "Der Einheitstäter im Strafrecht...", pág. 342; Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 14.

<sup>1862</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 45 y s (negrita original), 78 y s. Señala que la desvinculación del principio de accesoriedad obliga a «definir como ilícito un comportamiento en el ámbito previo a la exteriorización (a la realización del tipo)», Jakobs, G., *PG*, 21/8a.

<sup>1863</sup> Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 47; Lewisch, P., "Probleme der Einheitstäterschaft", pág. 302; Fabrizzy, E., *WK*, 12/78.



Este planteamiento se apoya en que no se pueden observar de manera absolutamente independiente entre sí la actuación de varios sujetos que concurren en un hecho punible. Es lógico que, si bien a cada interviniente se le valore según su propio injusto y culpabilidad, no exista qué imputar hasta que no haya una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido<sup>1864</sup>. Pues, aunque este sistema se caracterice por establecer una igualdad cualitativa en el tratamiento de todas las condiciones del resultado, cualquier aportación que no se incorpora a un curso causal ya terminado (con una lesión o puesta en peligro) no puede ser condición del mismo porque todavía no existe<sup>1865</sup>.

Esto es, la incapacidad causal directa que tienen ciertas conductas para producir el resultado típico, exige la presencia de una conducta puente que las vincule al mismo<sup>1866</sup>.

Con ello, «lo que varía es, pues, el concepto de tentativa: en lugar de considerar el hecho «intentado» para cada interviniente por separado en cuanto realice una acción que preceda inmediatamente a su propia aportación, se concibe la tentativa como algo común para todos los intervinientes»<sup>1867</sup>. Por tanto, «si la autoría de cada interviniente se basa en la imputación de las conductas de los demás y en la reconstrucción por esa vía de una imagen del «hecho global» equivalente a la descrita en el tipo de la parte especial para el supuesto de su realización por una sola persona, la conclusión es que no se debe hablar de una tentativa de delito mientras el hecho, globalmente considerado, no haya alcanzado el estadio que en dicho supuestos habría permitido tal calificación»<sup>1868</sup>. En definitiva, el tipo de la parte especial no se considera realizado ni siquiera como tentativa hasta que no concurren todos los elementos del mismo, dentro de los cuales está incluido el comienzo de la ejecución<sup>1869</sup>. Así, se podría imaginar un sistema unitario del autor que mantenga una accesoriedad cuantitativa del castigo del interviniente. Es decir, existe una cierta accesoriedad fáctica porque es necesario que los comportamientos de todos los intervinientes hayan culminado en un resultado delictivo. En el momento

<sup>1864</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 69.

<sup>1865</sup> En suma, aunque se pudiera afirmar la existencia de una igualdad cualitativa de todos estos comportamientos en el desvalor de la acción que contienen «la causación del resultado típico *no* es el denominador común...», Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 49..Critico porque el concepto unitario de autor se tiene que apoyar en conceptos de causalidad imprecisos, Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", pág. 532.

<sup>1866</sup> Vid. Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", pág. 47.

<sup>1867</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 69.

<sup>1868</sup> Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 312; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 70.

<sup>1869</sup> Similar Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 313; Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría*, pág. 135, nota 320.

en que se cumple este requisito cada partícipe es autor. «Basta con que *de hecho* varias actividades de distintos sujetos aparezcan combinadas y realicen *conjuntamente* la totalidad de los elementos típicos del hecho delictivo en cuestión para que éste sea imputable a todos ellos»<sup>1870</sup>. O sea, se puede mantener un sistema unitario vinculado a una accesoriadad cuantitativa, porque la conducta del autor inmediato es un requisito que afecta a la acción del interviniente secundario (es una pura «referencia fáctica») pero a no la calificación de la misma<sup>1871</sup>.

En el sistema unitario italiano, **Dell'Andro** requiere, para que exista el tipo plurisubjetivo eventual formado por la combinación del art. 110 y un tipo de la parte especial, que se hayan satisfecho todos los elementos previstos en el tipo, sólo en ese instante hay una lesión penalmente relevante<sup>1872</sup>.

Ahora bien, con este planteamiento tiene lugar una quiebra lógica dentro del sistema unitario porque no es coherente defender que existe una responsabilidad individual de cada interviniente y, al mismo tiempo, establecer que la calificación de la conducta del interviniente que, en un sistema diferenciador sería un partícipe, como autoría dependa de un autor ejecutivo<sup>1873</sup>. Subordinar el injusto del interviniente que no ejecuta el núcleo del tipo al comportamiento de un interviniente que sí lo hace

<sup>1870</sup> López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, pág. 56 (cursiva original).

<sup>1871</sup> López Peregrín, C., *La complicidad en el delito*, pág. 55 y s; Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 337: «En aquellos (scil. los sistemas unitarios de autor) la dependencia que se establece entre los distintos intervinientes en el hecho es, en principio, puramente fáctica: ni la forma de intervención en el delito, ni la responsabilidad de cada interviniente viene condicionada por las características de la conducta de los demás. En los sistemas como el nuestro la participación depende de que el hecho del autor principal muestre ciertas cualidades mínimas. Es a esta dependencia cualitativa y no meramente fáctica a la que se denomina accesoriadad». Triffterer insiste en que la *responsabilidad colectiva* propia del sistema unitario, que exige la realización de la totalidad del hecho típico para que los intervinientes puedan responder por el delito consumado, no debe confundirse con la exigencia de accesoriadad cuantitativa, caracterizada por una dependencia de un injusto ajeno, concepto extraño a la lógica del sistema unitario (Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 46; el mismo, *öAT2*, 16/17). Esto es, en la medida en que hay formas de autoría caracterizadas por su aportación a un hecho global con una capacidad mediata para consumir el tipo, éstas dependen de la realización de la conducta descrita típicamente para poder responder por el delito consumado, ahora bien, ello no implica que haya una accesoriadad pues no hay dependencia de un injusto ajeno sino simplemente una referencia fáctica con un hecho principal, Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 46. Por ello propone utilizar el término *referencia fáctica*, que toma prestado de Kienapfel, Triffterer, O., *öAT2*, 16/17; Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 184. López Peregrín considera que «En ningún caso debe entenderse la consideración global del hecho (scil. que tiene que haberse consumado o intentado) como una concesión al principio de accesoriadad, tal y como se entiende éste hoy en día», *La complicidad en el delito*, pág. 70.

<sup>1872</sup> Sigo a Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 308 y s, en su exposición de Dell'Andro, R., *La fattispecie plurisoggettiva in Diritto penale*, Milan, 1956. Exigencia de un delito intentado que también es mantenida por otros autores italianos, vid. Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pág. 311, nota 255.

<sup>1873</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, nota 7, pág. 65 y s.

representa una negación de la responsabilidad originaria del primer interviniente. Es erróneo en defender que en estos casos hay una tentativa hasta que no comienza la ejecución, porque con ello se han vinculado, en la determinación del injusto de un interviniente, a la conducta principal, es decir, establecen un concepto de accesoriadad estricta material o configuradora del injusto totalmente incompatible con el modelo unitario.

Sólo habrá tentativas, como he dicho, cuando no se consume la forma de intervención (p.e, un intento de crear la resolución). Sin embargo, podrían haber evitado esta crítica planteando que las conductas en cuestión, formas de autoría consumadas (y no intentadas), no pueden ser punibles hasta que concurra una condición objetiva, a saber, una conducta principal con unas características concretas. Dicho de otro modo, no hay incorrección alguna cuando se establece la accesoriadad estricta formal o como condición objetiva de punibilidad porque con ello no se influye en el carácter originario de la responsabilidad de los sujetos que intervienen, sino que se toma la decisión político criminal de no perseguir penalmente ciertas formas de intervención hasta que no concurra una conducta concreta con unas característica externas y/o internas practicada por uno de los intervinientes. Lógicamente ello requiere una previa fijación de los diferentes tipos de intervención que existen (tal y como hace el sistema funcional) ya que sólo así se puede decir para qué formas de autoría son impunes sus tentativas o incluso qué formas de autoría consumadas no son punibles sin no concurre una acción principal.

En consecuencia, un modelo unitario (funcional) se puede conectar con la idea de accesoriadad estricta formal. De ahí que, según el grado de vigencia del principio de accesoriadad, puedan surgir diferentes sistemas funcionales:

- Funcional puro, en donde no hay ninguna vinculación con la conducta del autor inmediato. En estos casos la tentativa de participación (con resultado intermedio) será una forma de autoría consumada o una tentativa de autoría (en los demás supuestos). Este sistema sólo se diferencia del formal en que hay una descripción legal de las formas de intervención que luego podrá ser utilizada como base para una excepcional impunidad legal de alguna de las categorías creadas.
- Funcional fáctico (o accesorio formal externo), en donde la posibilidad de punición se conecta con la realización por algún interviniente de un comportamiento que se identifique con el inicio de la ejecución de la conducta nuclear del tipo. Todas las intervenciones quedarán impunes hasta que dicha conducta no concurra.
- Funcional reducido (o accesorio formal interno y externo), que exige el respeto de un principio de accesoriadad formal en sus vertientes cualitativa y cuantitativa. Las intervenciones delictivas son impunes hasta que no exista una conducta que coincida con la descrita en el tipo y se satisfaga, al mismo tiempo, ciertos requisitos normativos.

La ampliación del ámbito de responsabilidad del interviniente que resulta de la infracción del principio de accesoriad estricta no necesariamente se debe valorar negativamente, especialmente desde una presunta posición de supremacía del posicionamiento dual.

(1) Primero, porque aunque «con ello se estarían castigando conductas en realidad muy alejadas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, porque se impondría la pena de la autoría intentada (o, más correctamente, de la tentativa de homicidio, de robo, etc.)»<sup>1874</sup> o de la autoría consumada, en la práctica esa extensión no es ajena a los sistemas diferenciadores, que tienen que recurrir a excepciones para justificar esa irregularidad.

(2) Segundo, porque si se entiende que ningún sistema penal va a renunciar a la punición de estos comportamientos, tan alejados de la lesión efectiva del bien jurídico, el sistema unitario da una solución más coherente y justa que el dual, pues al hallarse desvinculado del principio de accesoriad estricto material es menos rígido, y permite justificar el injusto de ciertas conductas dentro de su estructura lógica y atribuir una pena coherente con ese injusto<sup>1875</sup>. Esto es, el sistema unitario da una respuesta al problema de la intervención en el delito que evita «...de un lado, las dificultades que se plantean en los sistemas diferenciadores para la clasificación de cada aportación en una de las rígidas categorías dogmáticas (autor, partícipe) y, de otro, las *lagunas de punición* que se siguen de la aceptación del principio de accesoriad...»<sup>1876</sup>, y además, aporta ciertos criterios correctores de la responsabilidad, en sede de punibilidad, de los que carece el sistema dual, que tiende a equipar punitivamente las tentativas de participación con las tentativas de autoría.

(3) Tercero, porque los sistemas unitarios buscan fórmulas para evitar esa expansión de los tipos: «...la tendencia insita en el modelo unitario hacia la expansión de la punibilidad mediante la inclusión de la complicidad tentada es revocada, por ejemplo, expresamente por el art. 115 Codice Penale<sup>1877</sup>, y limitada en el § 23 n.º 1 inc. 2.º de la Ley penal danesa mediante la introducción de una atenuación obligatoria de la pena. El § 15, párrafo 2.º del St.G.B. austriaco sólo pena la «autoría mediante

<sup>1874</sup> «...a conductas que en un sistema diferenciador constituirían participación intentada, impune por la necesaria referencia en la valoración de su aportación a lo realizado por el autor...», López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 66 y s.

<sup>1875</sup> Kienapfel, D., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, pág. 29-36; López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 36.

<sup>1876</sup> López Peregrín, *La complicidad en el delito*, pág. 37.

<sup>1877</sup> Insiste en el carácter más restringido de la regulación penal de la participación intentada en Italia, Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 199.

aportación» (complicidad) si el autor directo ha sobrepasado el umbral de la tentativa»<sup>1878</sup>.

Al respecto debo aclarar en qué medida actúa la pretendida limitación del ámbito normativo aparejada al sistema funcional unitario. Ya he indicado que el modelo funcional practica una delimitación del ámbito normativo mediante una redefinición del concepto de autoría. El legislador recoge en el Código penal todos los modos de comportamiento que van a ser considerados formas de autoría, de manera que toda acción que no coincida con la descripción típica no podrá ser castigada como autoría. A través de esta vía se pretende poder excluir la punición de lo que en un sistema diferenciador se conoce como tentativas de participación. Sin embargo, esto no es del todo cierto, primero, porque hay tentativas de participación que coinciden con la descripción típica de la forma de autoría (tentativas de participación con resultado intermedio). Segundo, porque el sistema funcional, en la medida en que fija diferentes modos de autoría dotados de un mismo injusto, sólo sienta la base conceptual necesaria para poder efectuar una excepción legal de punición que haga posible ese recorte del ámbito normativo. Es decir, lo que reduce el ámbito normativo no es la descripción legal de diferentes formas de autoría sino la expresa exclusión legal de la autoría por apoyo (intentadas o consumadas no acompañadas de una conducta principal), que de otro modo serían punibles de conformidad con la lógica propia del sistema unitario. En suma, la limitación se consigue en el modelo funcional mediante la vinculación del § 12 al § 15 öStGB<sup>1879</sup>: **la descripción del § 12 hace posible crear categorías que puedan ser excluidas del ámbito punitivo (§ 15).**

El debate se traslada en los sistemas unitarios a determinar qué formas de autoría (participación con resultado intermedio), qué tentativas de autoría (participación sin resultado intermedio) serán punibles y cuáles no. La característica independencia del principio de accesoriedad propio del sistema unitario ocasiona la responsabilidad del inductor y cómplice (a lo largo de su *iter criminis*) con independencia de la conducta de un autor inmediato. Así pues, dentro del sistema unitario, que representa la consagración de un concepto extensivo de autor<sup>1880</sup>, cabe la punición autónoma

<sup>1878</sup> Tiedemann, K., "La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europea", pág. 93; Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 46; Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 181; Fabrizy, E., *WK*, 12/85, 108; Hager/Massauer, *WK*, 15/21. No obstante, el sistema austriaco, aunque excluye la punición de la tentativa de la autoría mediante aportación, sí la establece para los supuestos de autoría por incitación, Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre*, pág. 76, 78 y s; Lewisch, P., "Probleme der Einheitstäterschaft", pág. 296 y s; Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", pág. 181; Fabrizy, E., *WK*, 12/73; Hager/Massauer, *WK*, 15/22. En Austria, a la vista de las consecuencias jurídicas que se derivan de cada forma de autoría (impunidad de la tentativa para la autoría por incitación), el problema subsiguiente consiste en separar de manera nítida la autoría por incitación de la autoría por aportación (vid. Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", pág. 379-85; Triffterer, O., *öAT2*, 16/21). Lo cual puede conducir a problemas de delimitación entre las figuras semejantes a las existentes en un sistema dual entre autoría y participación, Küpper, G., *Grenzen der normativierende Strafrechtsdogmatik*, pág. 139.

<sup>1879</sup> Triffterer, O., *öAT2*, 16/21.

<sup>1880</sup> Extensión de la punición a la tentativa de participación que igualmente tendría lugar si se mantiene un concepto extensivo del autor, Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pág. 14: «porque si toda causación de una lesión del bien jurídico es en principio un injusto típico, por ello apenas puede ser plausible explicar el establecimiento de una diferencia

de toda aportación causal al resultado, de modo que la restricción de este ámbito normativo sólo se puede llevar a cabo mediante la previsión legal de excepciones<sup>1881</sup>.

(4) Cuarto, porque el sistema unitario puede mantener una cierta vinculación con un hecho principal (accesoriedad estricta formal) que evite la punición de todas las formas de autoría mediata que no vayan acompañadas de la realización de la conducta nuclear del tipo. Ello tiene pleno sentido, insisto, cuando se establece la accesoriedad como condición objetiva de punibilidad porque no subordina ningún elemento del injusto del partícipe a la conducta de un autor principal. La accesoriedad estricta formal cuantitativa o fáctica puede actuar como límite de la excesiva extensión de los tipos en un sistema unitario de autor. La defensa de este concepto de accesoriedad conduciría de *facto* a la impunidad de todas las autoría mediatas (consumadas o imperfectas). Así mismo, esta vinculación formal con una lesión o puesta en peligro típica evita el problema que plantea la pérdida del delito de referencia que puede poseer una tentativa de participación, pues, por ejemplo, la simple aportación del arma no dice todavía nada sobre el delito concreto que se quiere facilitar causalmente y que va a determinar la cuantía de injusto máximo de todos los que intervienen.

Por tanto, me parece exagerada la crítica que sostiene que el sistema unitario representa una extensión de los tipos<sup>1882</sup> que es propia de derechos y procesos de Estados autoritarios, que priva al sujeto de su condición de ciudadano que pasa a ser castigado por el peligro que representa para la seguridad general<sup>1883</sup>. Semejantes reproches no son acertados porque, como he indicado, el sistema unitario puede establecer mecanismos correctores eficaces que eviten una expansión ilimitada y cuyo uso no atentaría contra su lógica. Además, estas críticas son un acto de hipocresía porque el fenómeno de la expansión del derecho penal a las tentativas de inducción es común a ambos sistemas<sup>1884</sup>, con la diferencia que no se puede

---

en el injusto de las distintas formas de causación. Esta diferencia en el injusto, sin embargo, es un requisito para poder tratar, por ejemplo, la tentativa de complicidad de modo distinto a la tentativa del hecho principal».

<sup>1881</sup> De este modo, Triffterer sostiene que en el sistema unitario funcional austríaco no rige ninguna forma de accesoriedad y que la exclusión de la punición de la tentativa de autoría por apoyo prevista en el § 15 öStGB es una «**expresa excepción legal al sistema unitario de autor**», Triffterer, O., *öAT2*, 16/41 (negrita original).

<sup>1882</sup> Köhler, *AT*, pág. 495; Roxin, C., *LK11*, vor 25/5 y s; Seier, J., "Der Einheitstäter im Strafrecht...", pág. 342; Bockelmann/Volks, *AT4*, pág. 174.

<sup>1883</sup> Köhler, *AT*, pág. 495. En contra de esta crítica Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pág. 323-25.

<sup>1884</sup> Así señala acertadamente Olmedo que la crítica que la doctrina alemana lleva a cabo relativa a la extensión de la punición a la tentativa fracasada que el sistema unitario contiene es paradójica pues en este país existe «una punición de la participación fracasada más extensa que en Italia y no muy distanciada de la existe en Austria...», Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 198.



justificar dentro de la lógica del sistema dual accesorio estricto material las excepciones punitivas. En conclusión, el sistema unitario es una opción válida que, una vez superadas estas descalificaciones, no puede dejar de ser tenida en cuenta.

#### **D. Conclusiones.**

El interviniente secundario responde de forma originaria y autónoma por su conducta, lo que implica la posibilidad de perseguir todas las tentativas de participación, que se convierten en formas de autoría (consumadas o en grado de tentativa). No obstante, es posible una limitación del ámbito punitivo mediante excepciones legales (que, por ejemplo, establezcan que para una determinada forma de autoría no será aplicable la teoría de la tentativa) o a través del recurso a un concepto de accesoriedad estricta formal que exige una conexión con un hecho principal que realiza la lesión típicamente descrita (o comience con ello).

La conspiración, proposición y provocación, serían en un sistema unitario tentativas de autoría (pues no van necesariamente acompañadas de la creación de una resolución delictiva) o autoría consumada (cuando sí han creado esa resolución aun cuando ese hecho no sea un elemento típico propio) y como tales punibles.

Su previsión en el Código desde la perspectiva unitaria sólo se podría entender a afectos explicativos o declarativos. Especialmente para señalar que una forma de autoría (consumada o imperfecta) sólo será perseguida cuando especialmente la ley así lo prevea. Esta interpretación conduce a un resultado curioso. Si se admite que el Código penal español recoge un sistema unitario (opción interpretativa que no desautoriza el art. 28 CP), habría que reconocer que, ante la ausencia de un precepto que excluya la punición de las tentativas de autoría mediata o que vincule su punibilidad a una conducta principal, éstas serían siempre punibles. Únicamente habría un recorte del ámbito de punición de las formas de autoría: no se sancionarían las tentativas de autoría por incitación salvo en los supuestos previstos en los arts. 17 y s CP. Con ello se produciría la paradoja de que la tentativa de inducción, cuya necesidad de punición siempre ha sido afirmada, quedaría parcialmente impune, mientras que la tentativa de complicidad que siempre ha sido impune sería perseguida penalmente en todos los casos<sup>1885</sup>. De todas formas, también se podría defender que la existencia de los arts. 17 y s determina la imposibilidad de perseguir cualquier forma de tentativa de autoría mediata (por incitación o por apoyo) que no venga incluida en esos precepto. Con todo, de estas dificultades interpretativas no se

---

<sup>1885</sup> A no ser que se admitiera que la conspiración permitía la sanción de lo que en un sistema dual era un supuesto de tentativa de complicidad con resultado intermedio.

debe concluir que no se pueda crear un sistema unitario, sino que el actual Código penal tal y como está redactado no parece responder a este esquema. Sin embargo, sería posible su establecimiento con la simple creación de un par de preceptos.

## 2. La creación de un bien jurídico específico.

Se puede fundamentar que el sujeto que lleva a cabo alguno de los actos preparatorios del delito punibles es autor sin recurrir al sistema unitario: la expresa creación de un bien jurídico de referencia hace posible defender la existencia de una autoría (ya sea en grado de consumación o de tentativa)<sup>1886</sup>. Como ya he indicado, una de las funciones del bien jurídico es establecer cuál sea el núcleo del injusto: fija el alcance máximo del injusto y determina, en función de su objeto material, lo que se va a considerar consumación del tipo. Así, un mismo comportamiento, según cuál sea el objeto tutelado, puede ser entendido como una autoría consumada, como una tentativa, como una preparación, como una participación, etc. Cuando se otorga un bien jurídico propio al tipo (normalmente situado en la parte especial) ya no es posible, por tanto, seguir hablando de delitos de peligro abstracto, de tentativas de participación o de preparación. Ahora son sino de formas de autoría porque, en relación con su nuevo bien jurídico de referencia, representan una lesión o puesta en peligro concreto.

Esta vía alternativa, en lo que atañe a los actos preparatorios punibles, consistiría en mostrar que los arts. 17 y 18 CP son delitos plenamente autónomos (en un sentido material) porque poseen un bien jurídico propio, que es lesionado por los comportamientos descritos en estos preceptos. Las conductas recogidas en el art. 17 y 18 CP «...tratarían de tutelar un bien jurídico autónomo y, en consecuencia, el injusto que fundamenta la pena habría que derivarlo del ataque al mismo»<sup>1887</sup>. «En definitiva, de acuerdo con este planteamiento, los actos preparatorios punibles de forma general serían portadores de un bien jurídico autónomo y en el menoscabo del mismo habría que buscar el injusto que fundamenta la pena»<sup>1888</sup>.

También en Alemania hay autores que defienden que los parágrafos 30 y 111 son de delitos *sui generis*<sup>1889</sup> en el sentido de que protegen su propio bien jurídico.

<sup>1886</sup> Vid. Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 85 y s.

<sup>1887</sup> Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador...*, pág. 64.

<sup>1888</sup> Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador...*, pág. 65.

<sup>1889</sup> Sobre el carácter *sui generis* de los §§ 30 y 111 StGB y una crítica al respecto vid., Weidner, M., *Die öffentliche aufforderung zu Straftaten (§111 StGB)*, pág. 42-44; Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 213 y ss. Incluso Silva considera que el § 111 «se contempla como delito autónomo contra el Estado», Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 150.

De este modo, los comportamientos en cuestión ya no serían ni una preparación, ni una tentativa de inducción, sino formas de lesión directa del bien jurídico que se les ha otorgado. Que sea una vulneración plena de la integridad de ese interés o sólo parcial, será una cuestión relevante sólo a la hora de establecer si con ello se está creando un tipo consumado o un delito de tentativa o emprendimiento (según se castigue con la misma pena que está prevista para la forma consumada, lo que en cualquier caso considero que es una infracción del principio de proporcionalidad).

### **A. Bienes jurídicos abstractos y secundarios.**

(1) En ocasiones se considera que hay dos bienes jurídicos protegidos. Por un lado, uno tan abstracto, vago e indeterminado que permite incluir prácticamente todos los bienes jurídicos protegidos por el Código. Por otro lado, otro concreto que es el verdaderamente atacado por la conducta recogida en los arts. 17 y s. Así, se considera que la provocación protege la *paz de la comunidad*<sup>1890</sup> que es lesionada mediante la amenaza que la tentativa publica de inducción representa para el bien jurídico concreto (por ejemplo, la vida). En definitiva, hay una implicación de dos objetos de tutela y se trata de la consideración de que tiene lugar una infracción de un bien jurídico global-omnicomprensivo mediante la lesión o puesta en peligro de otro bien concreto.

El reconocimiento de dos bienes jurídicos en la provocación y apología se identifica con algunas versiones de la teoría de la participación en el injusto. **Less**, sostiene que el inductor atenta contra un segundo bien jurídico: «(...) el derecho al respeto y libre desarrollo de la personalidad»<sup>1891</sup>. También la teoría de la *desintegración social* que defiende que el fundamento de la participación se halla en exponer dolosamente al autor a una desintegración social<sup>1892</sup>. Junto a ese interés suprajurídico se indica que el injusto del partícipe viene determinado por contribuir a la realización de un hecho típico o, porque dolosamente se coloca una causa que favorece la realización de la acción típica y antijurídica<sup>1893</sup>. No obstante, sería incongruente tener en cuenta en hecho principal del autor. Si lo importante es la desintegración social, «la relación con el concreto hecho cometido debería ser irrelevante»<sup>1894</sup>.

Ahora bien, si hay dos objetos de tutela no serían acertadas aquellas críticas que sostienen que en estos supuestos concurre en la figura del interviniente el carácter de autor y partícipe en un mismo injusto<sup>1895</sup>, porque ambas opciones nunca conviven,

<sup>1890</sup> Vid. la breve exposición sobre la teoría de la *doble función* que hace Weidner, M., *Die öffentliche aufforderung zu Straftaten (§111 StGB)*, pág. 27 y s (con bibliografía).

<sup>1891</sup> Less, "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", pág. 43 y ss.

<sup>1892</sup> Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, pág. 32.

<sup>1893</sup> Trechsel, op. cit., pág. 32.

<sup>1894</sup> Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 45; Roxin, *LK11*, vor 26/11; Otto, "Anstiftung und Beihilfe", pág. 557.

<sup>1895</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoría*, pág. 268.

simultáneamente, en un injusto<sup>1896</sup>. El provocador sólo es autor de la lesión del bien creado (la paz pública) aunque se reconozca que esa forma de lesión consumada, en relación con otro bien jurídico distinto, sería una tentativa de inducción. Esa relación con otro bien jurídico se tendrá en cuenta cuando concurra una lesión penalmente relevante de éste. Así pues, si se parte de la autonomía material de la provocación, por ejemplo, se tendría que sancionar mediante un concurso ideal de delitos cuando ésta afecta, de modo penalmente relevante, a otro bien jurídico (p.e. art. 510 CP).

Si, en cambio, se afirma que sólo hay un objeto de tutela de gran abstracción, el problema es distinto. Primero, es difícil medir en la cuantía de un injusto la relevancia de un ataque a un bien formado por una pluralidad de bienes con distinta relevancia entre sí. Segundo, hay que encontrar una manera de definir ese bien jurídico global, (paz pública, p.e.) de modo que sea capaz de englobar a una pluralidad de bienes ya tutelados de forma individual y que haga posible que la lesión de éstos represente una lesión de aquél. Tercero, habría que enfrentarse con un problema de determinación de su ámbito. Es decir, se tendría que fijar la relación que existe entre la lesión del bien jurídico global y el grado de afectación necesario de los bienes que lo conforman. Una opción sería defender que cualquier daño consumado de uno de bienes que lo conforman puede ser una lesión consumada del bien jurídico global. La otra, sostener que cualquier perjuicio, menoscabo, afectación por mínima que sea de esos bienes aisladamente podría ser la lesión consumada del bien global. En el primer caso, se tendría que explicar por qué es necesario crear un bien global cuando los bienes jurídicos están suficientemente tutelados de modo aislado. Además, no habría problema de extensión del injusto, salvo por el hecho de que mediante ese bien global se atribuye una sanción desproporcionada a un comportamiento que, con relación a otro bien jurídico, tendría una sanción menor. En el segundo caso, sí hay una anticipación de la tutela penal, pues la conexión con un bien jurídico global sirve de excusa para justificar la punición de comportamientos que sólo son tentativas de inducción.

**Letzgus** critica la punición autónoma mediante la creación o recurso a un bien jurídico como *el orden y la seguridad pública* o *die rechtstreue Gesinnung* de las conductas recogidas en el § 49 a AF StGB. Estos comportamientos, más allá de que tengan un efecto secundario sobre el orden y la seguridad pública, sólo son sancionados por la

<sup>1896</sup> Así, aunque el § 111 StGB o el art. 18 CP, por ejemplo, dependen en la determinación de su marco punitivo de otro tipo penal, ello sólo tiene como consecuencia, que en la incitación propia de la provocación debe venir determinado el hecho delictivo a que se refiere, pero no implica que la provocación posea una doble naturaleza propia de la parte especial y general, Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 81. Próximo en la crítica Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 165-68.

peligrosidad que contienen en relación con un bien jurídico concreto, digno de tutela penal<sup>1897</sup>.

(2) En segundo lugar, también se podría obtener una extensión del alcance del objeto del bien jurídico, y por tanto, del injusto mediante la inmaterialización del interés protegido. El objeto del interés, individual o universal, viene condicionado por alguno de los criterios valorativos que se tuvieron en cuenta en el momento en que se estableció que ese interés era digno de protección penal. Así, se defiende que el bien protegido es el derecho a la *seguridad en el disfrute* de un bien jurídico X. Ahora bien, este elemento modificador del contenido del bien jurídico provoca una confusión entre interés y juicio de valor, de tal forma que con ello no se protege un interés que la comunidad considerase valioso, sino *que para la comunidad era valioso la protección de un interés*. Lo cual inmaterializa el objeto del bien jurídico: el injusto consumado se sitúa en un nivel inferior al previsto y se produce una inclusión de todas las acciones que provoquen ese efecto (reducción de la seguridad en el disfrute del bien jurídico vida, por ejemplo) que se convierten en lesiones plenas del bien jurídico. Por consiguiente, estas teorías autorizan el castigo de acciones cuya peligrosidad real queda excluida desde un primer momento. Ni el valor del bien jurídico, ni el derecho a la seguridad en su disfrute, ni la protección de la confianza social pueden distinguir la conducta que contiene un peligro de la que no lo posee o sólo de forma mínima<sup>1898</sup>.

Además, el uso de estos bienes jurídicos indefinidos o inmaterializados conduciría ora a un concepto cuasi unitario de autor, ora a un replanteamiento de todo el *iter criminis*. Por un lado, acaba con las diferencias cualitativas entre participación y autoría. Una inducción al homicidio, e incluso la tentativa de creación de la resolución delictiva perturba plenamente la existencia del bien jurídico (por ejemplo). Por otro lado, como correctamente señala **Schmidt**, si la voluntad delictiva implica una infracción plena de la «exigencia de respeto», ¿por qué mantienen estos autores la diferencia entre tentativa y consumación?<sup>1899</sup> La consumación, la tentativa, la preparación, la resolución manifestada son formas consumadas que dejan de tener en cuenta la diferencia cuantitativa que cada una contiene. La única fase del *iter criminis* que no es alcanzada por el Derecho penal es el pensamiento, que según

<sup>1897</sup> Letzgas, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 215. Autor que, no obstante, parece admitir que el § 111 sea un delito autónomo, op. cit., pág. 213.

<sup>1898</sup> «... Cada lesión de alguna ley penal contiene en sí el «deprecio de la voluntad estatal creadora de normas», y perturba al mismo tiempo la paz jurídica y con ello igualmente la seguridad del portador del bien jurídico», Weidner, M., *Die öffentliche aufforderung zu Straftaten (§111 StGB)*, pág. 42 y s; Letzgas, K. *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 213; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 159.

<sup>1899</sup> Schmidt, *Untersuchung...*, pág. 90.

estas construcciones es una tentativa que no puede ser castigada porque no se puede acceder a él y si esto fuera posible, en el momento en que se compruebe la existencia de esa voluntad, ya se satisfaría plenamente el injusto.

En resumen, la abstracción o la inmaterialización del objeto del bien jurídico permite establecer el nivel de consumación del injusto en un grado mínimo que autoriza la inclusión de todas las conductas que se encuentran por encima de esa línea imaginaria como formas de autoría en el tipo. Así, todas las formas del *iter criminis* (incluidos actos preparatorios), y todas las formas de participación se castigan como auténticas consumaciones.

(3) También se puede entender que la razón legitimadora de la proposición, provocación y la apología es el ataque que representa contra la confianza en la vigencia de la norma<sup>1900</sup>. Desde esta perspectiva, el problema reside en que hay una formalización del contenido del injusto que conduce a una justificación de la punición de cualquier comportamiento que esté correctamente tipificado. Primero, hay un análisis sobre lo que se considera que no puede ser realizado sin atentar contra la confianza en el ordenamiento jurídico. Segundo, en base a esa reflexión se eleva el comportamiento a la categoría de conducta típica. Tercero, aquel comportamiento típico no puede ser infringido sin provocar una conmoción de la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la discusión sobre la posibilidad de perseguir penalmente formas imperfectas de participación se limita a exigir la creación de un tipo que prevea su punición. Si el Derecho penal tiene que intervenir siempre que haya una vulneración de una norma, entonces, en el instante en que una norma está en el ordenamiento jurídico su infracción autoriza la intervención penal<sup>1901</sup>.

### **B. Propuestas concretas de justificación mediante la atribución de un bien jurídico autónomo.**

La discusión sobre la naturaleza de los comportamientos recogidos en los arts. 17 y 18 CP se puede complicar aún más si, como he indicado con anterioridad, se les

<sup>1900</sup> Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/8, considera que la aprobación de delitos contiene un peligro consistente en el *desprecio simbólico del Derecho* que representa. Artz/Weber, *BT*, 44/38, defienden que hay una amenaza a la paz consistente en el «ataque provocativo contra la vigencia del derecho que posee». Fundamenta la punición de la inducción en el menoscabo de la confianza en el ordenamiento jurídico producida por su conducta socialmente dañina, por la incitación a la lesión de bienes jurídicos, Otto, H., "Straflose Teilnahme?", pág. 208 y s.

<sup>1901</sup> Y es que, «...Se sabe... que no hay género alguno de violencia o usurpación que no acabe por quedar justificada por medio de una ley correctamente elaborada», Naucke, W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad..." pág. 533 y s.



otorga un bien jurídico de referencia que puedan lesionar y haga posible defender la existencia de una autoría en estos supuestos.

En lo que atañe a la proposición, no es difícil encontrar un bien jurídico o una interpretación del mismo que pueda ser lesionado por este comportamiento. Así por ejemplo, un intento de incitar a la coautoría, en el momento en que es conocido por la comunidad, puede lesionar su seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos, conmocionar la paz pública, atentar contra la seguridad del orden jurídico, o representar una vulneración de la vigencia de la norma. Así, respecto al § 49 a) StGB a.F. v. **Liszt** habla de lesión de la autoridad estatal<sup>1902</sup>, **Mayer** de los «sentimientos de confianza jurídica»<sup>1903</sup>. De igual modo se podría argumentar sobre la conspiración: la reunión de varios sujetos con la finalidad de preparar una posterior actividad delictiva conjunta representa un atentado contra la paz pública o el orden público<sup>1904</sup>.

En lo que concierne a la provocación se puede decir lo mismo. El reconocimiento de la provocación como tipo autónomo con un bien jurídico propio, es un problema que ha preocupado desde siempre a la doctrina alemana. La causa de este debate se halla en la regulación de la conducta *provocadora de delitos* dentro de la parte especial del Código penal. Esta sistematización hacía surgir la duda de si se refería en general a las *fases previas de la intervención*, al igual que el § 30 StGB, o si, en cambio, era un delito con un bien jurídico autónomo<sup>1905</sup>.

La discusión doctrinal, cuando se defiende que la provocación tiene un bien jurídico propio, se concentra en concretar cuál sea ese posible bien. Von **Liszt**, origen de tales teorías, considera que el parágrafo 49 a) StGB junto al 111 StGB pueden ser castigados como delitos independientes, pues, el requerimiento «es una ofensa manifestada a la Ley del Estado y a la voluntad del poder estatal en ella expresada»<sup>1906</sup>. **Binding** mantiene que los §§ 49 a) y el 111 son delitos sui

<sup>1902</sup> Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, pág. 804 y s.

<sup>1903</sup> Mayer, AT, 52/I. Vid. Maurach, "Die Problematik der Verbrechensverabredung", pág. 138; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49 a StGB", pág. 13-15. En contra Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 85.

<sup>1904</sup> Considera que el delito de conspiración se relaciona con el mantenimiento del orden público Brose, R., *Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 136; Kohlrausch-Lange, *StGB*, 49 b/II.

<sup>1905</sup> Sobre esta doble opción vid. Paefgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 592.

<sup>1906</sup> Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, pág. 804; traducción de Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, T. III, Madrid, s/d., pág. 94; citado por Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 89 y s. Frank, consideraba que la provocación a la desobediencia civil, recogida en el antiguo § 110 StGB, protegía la «obediencia a la voluntad del Estado», *StGB*, pág. 280. En una línea próxima Stockmann defiende que se pone en peligro *la autoridad estatal* mediante la incitación a la práctica de determinados delitos, Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 43-56.

generis, pero el bien jurídico protegido para este autor no es la autoridad del Estado (propuesta de v. Liszt), sino la actitud interna contraria a derecho, lo que significa no comportarse con la actitud leal que se debe al Derecho o romper la paz jurídica<sup>1907</sup>. Más actual es el planteamiento de **Hofmann** que mantiene que el bien jurídico protegido en el § 111 es la *Paz interna* y la *Seguridad pública*<sup>1908</sup>. En el ámbito español, **Cuello Contreras** considera que la provocación es «una rebelión contra el Ordenamiento jurídico en su totalidad, de carácter moral más que jurídico»<sup>1909</sup>. En resumen, se pueden citar entre los *bienes jurídicos* que pueden ser afectados por la provocación: «la autoridad del Estado, la vigencia del ordenamiento jurídico, la seguridad interna, el orden público, la paz pública, así como el sentimiento de confianza en la ley del ciudadano»<sup>1910</sup>.

**Schröder** se manifiesta en contra la posibilidad de que ciertos tipos, entre los que se encuentra incluido el § 111 StGB, puedan tener un bien jurídico autónomo, p.e. el orden público,. Su negativa se fundamenta en que estos tipos son formas de anticipación de la tutela penal orientada a reforzar y asegurar el efecto de los tipos penales. Son normas de refuerzo y flanqueo (conducta punible contra derecho penal o *Straftat gegen das Strafrecht*) que permiten abarcar zonas previas a la lesión del interés tutelado. No tienen, por tanto, ningún bien jurídico autónomo, sino los de los tipos de la parte especial con que se vinculan<sup>1911</sup>. Igualmente en contra **Zielinski** que considera que la provocación se castiga por la peligrosidad que posee esa incitación pública. Del peligro inherente a esta forma de incitación no se puede deducir un bien jurídico protegido autónomo<sup>1912</sup>. En España se posiciona en contra de esta opción **Del Rosal Blasco**<sup>1913</sup>, sobre todo a causa de la extensión de la punibilidad que genera el recurso a estas *fórmulas vacías* (la indeterminación de los bienes jurídicos a los que se recurre permite la punición de casi cualquier comportamiento), de las consecuencias indeseables que se derivarían de la aplicación de la teoría del delito a estos tipos autónomos (aplicación de la teoría de la tentativa y de la participación) y de las incoherencias intrasistemáticas que tendría su uso (p.e. sanción de tentativas de inducción pública e impunidad de las privadas que contienen mayor peligrosidad).

Sin embargo, en la provocación, al igual que en la proposición o conspiración, no sólo hay un ataque directo a un bien jurídico autónomo, sino que ello se realiza mediante la incitación a la lesión de un interés ya protegido en la parte especial. Por ese motivo han surgido planteamientos que defienden la presencia de una doble

<sup>1907</sup> Binding, *BTII*, pág. 838 y s. En el mismo sentido, Mayer, *AT*, 52/I.

<sup>1908</sup> Hofmann, M., "Straftaten einer kriminellen Verinigung", pág. 250.

<sup>1909</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración*, pág. 153.

<sup>1910</sup> Weidner, M., *Die öffentliche aufforderung zu Straftaten (§111 StGB)*, pág. 28 y s, con la cita del autor que defiende cada uno de estos bienes jurídicos; Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 25.

<sup>1911</sup> Schroeder, F-C., *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, en especial las páginas 11, 21, 23.

<sup>1912</sup> Zielinski, D., *AK*, 111/4.

<sup>1913</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 156-165.

naturaleza en la provocación: tentativa de inducción y autoría. Así, **Dreher** establece la existencia de un doble bien jurídico protegido<sup>1914</sup>: (I) el bien jurídico amenazado por la conducta del provocador, que incita públicamente a su lesión; (II) la paz social puesta en peligro al incitar a la realización de una conducta punible, lo que genera una intranquilidad social pues la comunidad no conoce si va a ser realizado el comportamiento delictivo propuesto<sup>1915</sup>.

En esta línea que combina dos bienes jurídicos, el segundo de los cuales es colectivo, se mueve el planteamiento de **Laurenzo Copello**, que sostiene que el art. 510 protege, por un lado, el derecho a la igualdad, no discriminación y la dignidad humana y, por otro, «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución»<sup>1916</sup>.

Por último, también es posible hallar un bien jurídico que pudiera ser atacado por la conducta del apologista. Así, se puede considerar que la apología sería una lesión del orden público o de la seguridad colectiva mediante el elogio o la solidaridad ideológica con ciertos delitos<sup>1917</sup>. Respecto al art. 18.1 CP o el § 140 StGB (recompensa y aprobación de hechos delictivos) **Tröndle/Fischer** o **González Guitián** defienden que se protege la *paz pública*<sup>1918</sup>; **Rudolphi**, sostiene que se tutela tanto la paz pública como la *sensación de seguridad de la población*<sup>1919</sup>; **Ostendorf** mantiene que se ampara *el consenso jurídico presente en la población*<sup>1920</sup>.

### C. Conclusiones.

Es viable considerar que los artículos 17 y 18 CP se refieren a conductas que son formas de autoría en la medida en que están dotados de un bien jurídico propio que es lesionado por el comportamiento descrito en el tipo. El problema consiste en que

<sup>1914</sup> Dreher, E., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 312; Tröndle/Fischer, *StGB*51, 111/1; Eser, *Sch/sch*, 111/1; próximo Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 118 y s.

<sup>1915</sup> Stockmann defiende esta doble función: se pone en peligro la autoridad estatal (schutzfunktion) mediante la incitación a la práctica de determinados delitos (Auffangfunktion), Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 56.

<sup>1916</sup> Laurenzo Copello, "La discriminación en el Código penal de 1995", pág. 236 y ss. De forma similar pero otorgando un mayor peso al elemento colectivo entendido como «seguridad existencial del colectivo», Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 710 y s; el mismo, *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 134-36.

<sup>1917</sup> Vid. de forma más detallada en cuarta parte, pág. 529 y ss.

<sup>1918</sup> Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/2; González Guitián, L., "La apología en la reforma penal", pág. 396-98; Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pág. 395 y s; Eser, *Sch/sch*, 140/1; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 77. Críticos Dencker, "Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»", pág. 121; Fischer, T., "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören", pág. 163-4.

<sup>1919</sup> Rudolphi, *SK*, 140/2; Joecks, *StGB*3, 140/1.

<sup>1920</sup> Ostendorf, H., *AK*, 140/3.

no se observa con claridad cuál pudiera ser este bien. Por ello se recurre a la inmaterialización de bienes jurídicos ya existentes o al uso de bienes dotados de un alto nivel de abstracción. Todos ellos coartadas de legitimación de la media penal que se enfrentan a una triple dificultad. Por un lado, es muy complejo no considerar que cualquier conducta no sea una lesión consumada de los mismos. Es decir, la cuestión pasa a ser determinar qué comportamientos no son punibles. Por otro lado, no se puede dejar de observar que con ello se sancionan con un mismo marco punitivo conducta muy dispares entre sí: tentativas de inducción sin resultado y con resultado intermedio, formas de preparación colectiva. Finalmente, tampoco se entiende que el bien jurídico autónomo actúe como criterio de justificación pero luego se tenga que poner en contacto con otro tipo de referencia, con su propio bien jurídico, que establece el injusto de referencia. Si hay una autonomía material debe tener su propio bien y su propio injusto completamente independiente de otro tipo. Si en la práctica únicamente hay una autonomía formal (y no material), la conexión con otro tipo es una exigencia lógica, pero también lo es que la justificación de la legítima sanción de esa conducta se tendrá que dilucidar con respecto al bien jurídico del tipo de referencia y no por un bien global que no determina el injusto.

En cualquier caso, lo importante es constatar que esta autonomía, que se separaría en teoría de la problemática de la anticipación penal, acrecentaría de *facto* este fenómeno pues será posible la admisión de la participación en tales delitos, la viabilidad de la aplicación de la teoría de la tentativa<sup>1921</sup>, e incluso se sancionaría proposiciones, conspiraciones, etc. que tuvieran como objeto otra proposición, provocación, etc<sup>1922</sup>. Por último, esta la solución permite la concurrencia de tipos a través de concursos ideales o reales de delitos<sup>1923</sup>.

En suma, tal y como indique en la primera parte<sup>1924</sup> se puede obtener un objeto de tutela que pueda ser lesionado por conductas que, en relación con otro objeto, poseen una escasa relevancia material (preparación) o que no satisfacen los requisitos (accesoriedad estricta) previstos por el sistema diferenciador, establecido doctrinalmente, mediante la creación de un bien jurídico vago e indeterminado, o a través de la inmaterialización de otro. La creación de un bien jurídico abstracto e indeterminado o la reformulación de otro ya existente tiene como principal objetivo

<sup>1921</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 161 y s.

<sup>1922</sup> Mir Puig, S., "Los términos «delito» y «falta» en el Código penal", pág. 374 y s; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 160.

<sup>1923</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 268 y s.

<sup>1924</sup> Vid. primera parte, pág. 20 y ss, 28 y ss.

proporcionar un interés cuyo contorno coincida con la conducta que se quiere perseguir penalmente. Es decir, se establece una relación de lesividad entre uno de los posibles efectos del comportamiento preparatorio y un bien jurídico o una interpretación extensiva del mismo. Por ejemplo, una conducta preparatoria podría atacar directamente contra la *paz jurídica*, la *paz pública*, el *orden público*, la *seguridad interna* o igualmente ser una forma de autoría porque *vulnera la seguridad, jurídicamente garantizada, en el disfrute del bien jurídico*, o porque *perturba la existencia del bien jurídico*. Ahora bien, aunque con ello se consigue que las conductas en cuestión tengan un contenido del injusto que se deriva directamente de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, en realidad sólo a través de la abstracción, indeterminación o la inmaterialización del objeto de tutela se podrían transformar las conductas recogidas en los dos citados artículos en formas de autoría. La conversión en bienes jurídicos de conceptos tan abstractos como *la paz pública*<sup>1925</sup>, la *seguridad*<sup>1926</sup>, el *orden público*<sup>1927</sup> representa, teóricamente, una autorización para crear tipos autónomos, para poder sancionar todo comportamiento. Con semejantes bienes jurídicos ¿qué comportamiento no se puede tipificar porque se considere que es una puesta en peligro concreta o incluso una lesión plena del interés tutelado?

---

<sup>1925</sup> El art. 571 tiene como objeto protegido “el orden constitucional” y “la paz pública”.

<sup>1926</sup> El recurso a la “seguridad interior” permite al legislador actuar en toda ocasión, y autoriza el recorte arbitrario de la libertad de los ciudadanos, Kniesel, “‘Innere Sicherheit’ und Grundgesetz”, pág. 486.

<sup>1927</sup> Ciertas formas de definir de modo amplio el orden público permiten perseguir todo comportamiento Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 157.

## Capítulo II

Discusión sobre la naturaleza concreta de  
las conductas recogidas en los artículos 17 y  
18 CP



## I. INTRODUCCIÓN.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que en los actos preparatorios punibles se pueden reconocer tres posibles naturalezas: preparatoria, participativa, de autoría. Cada una de ellas permitía, dentro de unos límites y con unas consecuencias jurídico-dogmáticas anejas a la lógica de cada naturaleza, justificar la persecución penal de la conspiración, proposición y provocación. Sin embargo, ese estudio ha sido hasta el momento genérico. A continuación pretendo realizar un análisis minucioso de la legislación española pero únicamente centrado en la perspectiva de la preparación y la participación.

## II. COMO TENTATIVA DE INDUCCIÓN<sup>1928</sup>.

El estudio de la naturaleza de las conductas recogidas en los arts. 17 y s desde el enfoque de la inducción ha levantado una enorme polémica doctrinal que todavía no ha sido resuelta. Creo que la falta de acuerdo existente se debe en parte a que se ha intentado determinar la naturaleza dentro del estrecho marco interpretativo de cada tipo, resultado al que con posterioridad se procuraba dar acomodo en la relación con las otras conductas que también habían sido estudiadas de forma aislada. Así, cuando se consideraba que la provocación era una tentativa de inducción pública y privada no quedaba espacio para la proposición que quedaba absorbida por la primera. Ahora bien, esta desconexión y falta de perspectiva global del análisis no estaba provocado exclusivamente por el estudio individual de cada figura, también la ausencia de una determinación previa de las clases de inducción, destinada a aportar notas diferenciadoras que fuera desarrollada con una terminología precisa, generó confusión en los resultados doctrinales. Así, si no se conoce, en el momento en que se inicia el estudio de estas categorías, cuáles son todas las formas de inducción manejadas, los criterios de clasificación que se utilizan, y el contenido de los términos empleados es imposible precisar cuál es la naturaleza concreta de cada figura ni su relación entre sí. Por tanto, si no hay certeza sobre qué se debe entender por inducción pública o privada o por expresa o implícita no es factible

---

<sup>1928</sup> Debo indicar es que no es correcta la distinción entre formas imperfecta de participación y formas de participación anticipada como dos posibles vías de justificación de la naturaleza de las conductas recogidas en el art. 17 y 18 (diferenciación realizada por Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador...*, pág. 66 y s), porque se está hablando de una misma cosa: se recurre a la teoría de la participación para fundamentar la naturaleza de los comportamientos. Una vez que se ha tomado partido por esta opción se precisa si es una tentativa o una preparación de la participación. Así, Maurach, autor que Ruiz Antón considera representante máximo del segundo criterio (formas de participación anticipada) caracteriza al primero de los supuestos recogidos por el § 30 StGB como una tentativa de inducción (*die fehlgeschlagene Anstiftung*, Maurach/Gössel/Zipf, AT7, 53II/13).

establecer, primero, el carácter público o privado de la proposición (p. e.), segundo, la corrección o incorrección de las hipótesis de otros autores que aunque quizás utilizan el mismo término su significado es totalmente distinto. Por ejemplo, cuando se mantiene que la proposición es una incitación privada y la provocación una pública todavía no queda claro a qué se refiere el autor de esta afirmación. Por un lado, puede estar considerando que el carácter privado/público se subordina al medio utilizado (comunicación interpersonal o a través de un medio de difusión). Desde esta perspectiva la proposición podría ser tanto una tentativa de inducción privada como pública porque el art. 17 no dice que la «invitación» se tenga que practicar a través de un medio de comunicación concreto. Igualmente la provocación sería pública a pesar de que el art. 18 exija que se realice directamente. Sin embargo, también se puede estar manteniendo que privado y público se refieren al grado de determinación del destinatario de la incitación. Desde este enfoque, en principio, la proposición, incitación privada, se orientaría a un sujeto concreto y la provocación, incitación pública, a un grupo indeterminado. Por último, tampoco se puede olvidar que cuando se tiene en cuenta una sola de las opciones discriminatorias que resultan del ámbito de la inducción también se obtiene un resultado parcial e incompleto. Si se defiende que la proposición es simplemente una tentativa de inducción sin establecer una diferencia en función del grado de determinación del destinatario de la misma, parece que proposición y provocación se confunden<sup>1929</sup>. De hecho la falta de distinción en la concreción del destinatario de la inducción haría innecesario la existencia de ambas figuras<sup>1930</sup> que son tentativas de inducción sometidas a una misma normativa y exigencias. Por ello se tendrá incorporar la consideración sobre el carácter privado y público de las mismas. Pero incluso este binomio sería en ocasiones insuficiente. De modo que si la provocación y la apología admitieran supuestos de tentativas de inducción públicas tendríamos que concluir que no tiene sentido la distinción entre ambas figuras que, por tanto, coinciden. Sin embargo, si se considera, además, el carácter expreso o implícito de las mismas se puede encontrar una diferencia entre ellas, pues la apología sería una provocación implícita. En consecuencia, un análisis de cada una de estas conductas desde la perspectiva de la teoría de la inducción no puede partir de un estudio aislado de los preceptos en cuestión. Exige establecer un marco de posibles formas de inducción con las que se pudieran identificar cada comportamiento. A continuación y, ahora sí, a través de la lectura aislada de cada uno de los tipos es cuando se debe comprobar cuál es

<sup>1929</sup> Por ejemplo, coincidían en lo que respecta al grado de concreción del delito que se incita, Rogall, K., "Die verschiedenen formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 18.

<sup>1930</sup> Respecto a la relación entre el § 49 a) a.F. y 111 StGB, Kretzschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 30 y s; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 15.

la clase de inducción, de los esquemas resultantes del análisis general de la inducción, a la que cada precepto se refiere. Es decir, primero, hay que realizar una distinción de las diferentes formas de inducción en función del *grado de determinación de su objeto, de la forma de exteriorización, de la capacidad de motivación, del grado de realización alcanzado*. Una vez que se ha expuesto todo el espectro de posibilidades hay que verificar qué elementos de cada una de ellas son abarcados por comportamiento típico que se analice. Sólo así se puede establecer la posición de cada figura dentro de la estructura de la inducción y verificar si existen coincidencias entre algunas de las figuras. Superposición de los mismos que mostraría un fallo de técnica legislativa que tendría que ser denunciado de *lege ferenda*.

### **1. La distinción entre la inducción pública y privada; expresa e implícita; a la autoría, coautoría o a la participación.**

El empleo de la clasificación **inducción pública** o **privada** puede generar cierta confusión. El motivo de esta falta de nitidez se encuentra en la vinculación que *público* y *privado* puede tener con diferentes objetos de referencia<sup>1931</sup>. Así, por un lado, el carácter público puede vincularse al lugar donde se tenga que llevar a cabo la incitación. De modo que, será pública la inducción realizada en un lugar público o de acceso público<sup>1932</sup>. Por otro lado, en función del carácter concreto o indeterminado del destinatario de la incitación, la inducción (y lógicamente su tentativa) se puede clasificar en privada, si está orientada a un sujeto/s concreto/s, o pública, si se dirige a una pluralidad de personas indeterminadas<sup>1933</sup>. No obstante, es posible, en tercer lugar, entender que la diferencia entre lo público y lo privado se encuentra en el medio utilizado para llevar a cabo una incitación. Las cosas así, privada será la inducción que se efectúa con un medio que conecta personalmente al inductor y al inducido mientras que pública sería aquélla que se realiza a través de medios de comunicación pública<sup>1934</sup>. La cuarta opción es la vía ecléctica que considera que sólo la unión de ambos criterios permite distinguir una inducción privada de una pública.

<sup>1931</sup> Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, pág. 160.

<sup>1932</sup> Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, pág. 160; Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 81.

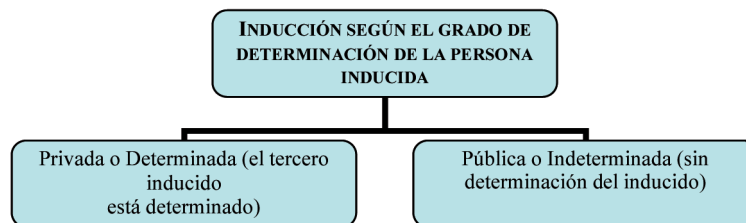
<sup>1933</sup> Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, pág. 160 y s. Con ello se está manteniendo un criterio de indeterminación según la concreción del individuo al que se orienta. También existiría una indeterminación numérica, bien porque el número de personas a las que se dirige sea indeterminado, o se trate de un número muy elevado. Al respecto Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 85-90.

<sup>1934</sup> Vid. por ejemplo Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 85; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 156.

Privada consistiría en incitar a una persona/s concreta/s con un medio de comunicación privado, y pública en la incitación de una persona/s indeterminada/s por medios de comunicación pública<sup>1935</sup>. Ante estas cuatro opciones me decanto por entender que el carácter público o privado de inducción se subordina a la naturaleza concreta o indeterminada del círculo de destinatarios de la incitación<sup>1936</sup>. Con ello no sólo tomo partido por una concepción personal de la publicidad sino que al mismo tiempo excluyo el criterio numérico<sup>1937</sup> y acojo el de la concreción del destinatario.

No obstante, para ganar en claridad y evitar la confusión que introducen la pareja privada/pública se podrían sustituir estos términos por los de determinada o indeterminada.

**Figura 3. Clases de Inducción I**



A la luz de este esquema, la inducción, según la determinación de la persona inducida, se divide en privada y pública. Privada, es la inducción dirigida a una persona concreta o a un grupo de personas igualmente determinado<sup>1938</sup>. Cuando A induce a

<sup>1935</sup> Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 522.

<sup>1936</sup> Coincide en considerar que el principal criterio de distinción es el destinatario de la incitación, Rogall, K., "Die verschiedenen formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 15-18. De igual forma Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*.

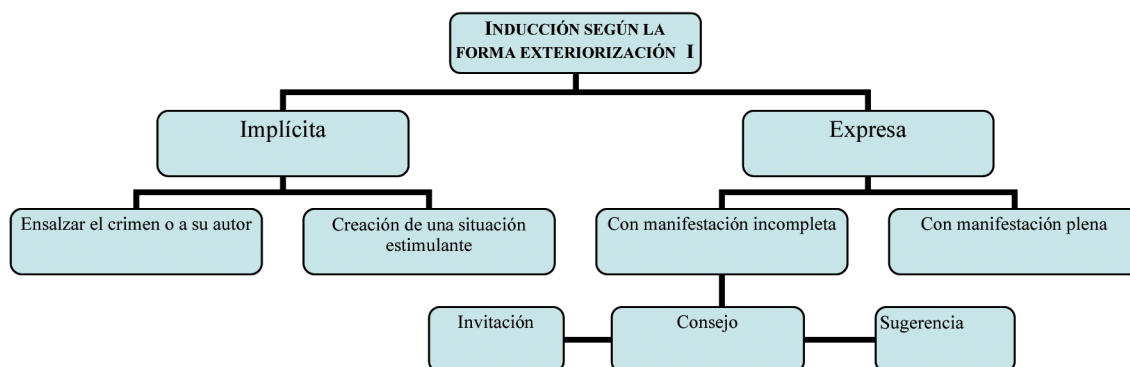
<sup>1937</sup> Especialmente criticable por la falta de precisión del concepto. ¿A partir de qué número de personas se puede considerar que hay una indeterminación? Critico en esta misma dirección Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 85 y s.

<sup>1938</sup> Reconoce que la inducción se puede dirigir a un grupo de personas determinadas individualmente, Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 35, 89.

los tres magistrados que juzgan el caso de B para que prevariquen a su favor existe una inducción privada. En la pública, por el contrario, se desconoce quién va ser el destinatario de la inducción, que aunque puede ser una persona o un grupo, lo característico de la misma es que se arroja en una situación que permita que alcance a una pluralidad de individuos indeterminados. Por ello he considerado que la inducción pública sólo puede ser respecto a un grupo con independencia del número de individuos sobre los cuales desarrolle su efecto (uno o varios).

Ahora bien, no se puede perder de vista que tanto la incitación privada como pública se puede realizar en persona o a través de un medio de comunicación pública. ¿Por qué no defender, pues, que hay, en ese sentido, una inducción privada o pública? Primero, porque con ello no saldríamos del estado de confusión terminológica que antes se ha expuesto. Segundo, porque representarían una simplificación del enfoque al que pertenecen. La inducción a través de un medio de comunicación público o privado responde a una clasificación de la misma según la forma de exteriorización de la incitación, la cual es mucho más amplia y compleja. Así, y en función de ese criterio, la inducción puede ser:

Figura 4. Clases de Inducción II<sup>1939</sup>



<sup>1939</sup> O en función de la *estrategia de persuasión* utilizada, Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 109.

La inducción es **expresa** o **implícita** según haya habido o no una exteriorización de la propuesta incitadora. Si el inductor manifiesta expresamente su deseo de que el inducido realice una actividad criminal concreta la inducción será expresa. En cambio, será implícita aquella inducción en la que, aunque se intenta crear una resolución delictiva en el inducido, la incitación no llega formularse de forma expresa. Esto es, se intenta crear la resolución a través de un ensalzamiento del delito o de su autor o mediante la generación de una situación real o ficticia estimulante que pueda hacer surgir la resolución delictiva<sup>1940</sup>.

A su vez, la expresa puede ser plena o incompleta según la incitación se presente de manera que refleja una incitación clara y sería a la realización de un delito (plena) o consista «...en la mera indicación de una posibilidad de delinquir, en la formulación de un consejo o recomendación en este sentido, en la simple exteriorización de sus deseos sobre cuál debiera ser la conducta del destinatario o, simplemente, en la formulación de una pregunta invitadora a la realización de un comportamiento delictivo»<sup>1941</sup>.

La inducción implícita consiste en la creación de una resolución delictiva a través de una incitación a un delito que no llega a formularse expresamente o mediante la generación de una situación estimulante, pero en los que a tenor de las circunstancias (personales del incitador e incitado, modo de realización de incitación, sociales, históricas...) se puede afirmar que contienen una llamada a la comisión de un delito. Si no se vislumbra tal circunstancia no habrá ninguna inducción, ni siquiera implícita.

Del Rosal Blasco reconoce la posibilidad de la inducción expresa o implícita y estima que «...por elementales exigencias probatorias, la inducción ha de requerir para ser típica que la incitación haya sido llevada a cabo a través de un contacto o de una comunicación psíquica expresa (verbal o de otra naturaleza) entre el inductor y el inducido. O, si se prefiere, en la terminología que hemos venido utilizando en este apartado, las estrategias de persuasión punibles en la inducción están limitadas a aquellas en las que el persuasor (inductor) despliega su mensaje persuasivo mediante una incidencia expresa en la psique del receptor (inducido), utilizando, para ello, la forma verbal o cualquiera otra forma de comunicación interpersonal posible»<sup>1942</sup>. Sin embargo, del texto se deduce que se utiliza en un sentido diferente del que aquí recojo. Expresa o implícita, se refieren a la incidencia directa o no sobre la psique del inducido y no al carácter explícito de la apelación a la comisión de un delito.

<sup>1940</sup> Sobre la inducción a través de la creación de una situación estimulante Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 178; Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 108, 116-125; el mismo, *La provocación...*, pág. 145-51; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 456-60. En contra de la admisión de una inducción en estos casos López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 423; Roxin, C., *LK11*, 26/3.

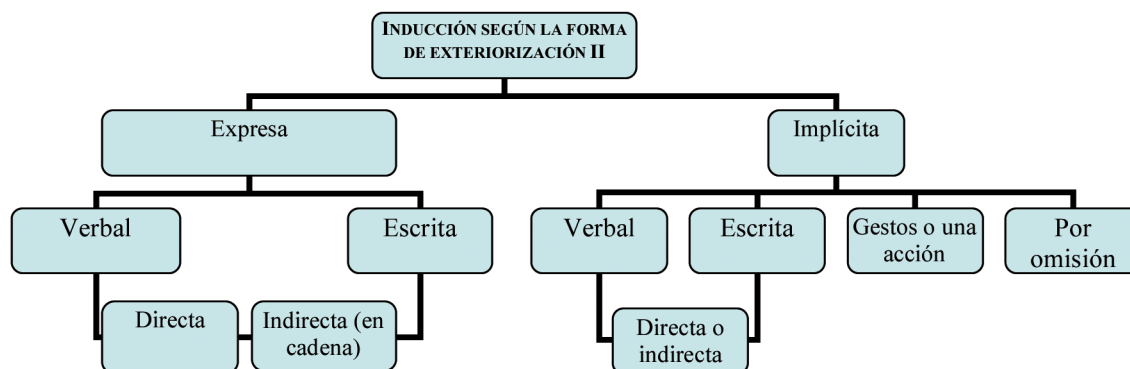
<sup>1941</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 175.

<sup>1942</sup> Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 124.



Al mismo tiempo una inducción expresa o implícita se puede llevar a cabo de modo verbal o escrito, directa o indirecta.

Figura 5. Clases de Inducción III<sup>1943</sup>



La expresa es verbal o escrita. La verbal puede ser *directa* (ya sea a través del contacto verbal directo con el/los inducidos, ya sea mediante un medio de comunicación en donde expresamente el incitador se dirige al/los inducido/s) o *indirecta* (inducción en cadena de palabra). La escrita, igualmente, puede ser directa (un escrito dirigido a la persona/s que se quiere inducir), o indirecta (A manda a B una carta para que incite a C a cometer un delito).

La implícita se puede practicar también de modo verbal o escrito con contacto directo con el inducido o a través de persona intermedia. A persuade en una conversación a B de que su mujer le engaña conociendo su carácter violento (implícita, verbal, directa). A incita en un escrito a B para que publique un texto apologético (implícita, escrita, indirecta). También sería imaginable observar la

<sup>1943</sup> Que en parte coincidiría con lo que del Rosal Blasco denomina el *contexto o los medios* en que se puede realizar la incitación, Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 109.

<sup>1944</sup> Sobre la posibilidad de admitir la omisión como modalidad de inducción vid. Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 125-30. La participación por omisión es aceptada con carácter general (pág. 126 y s) pero luego niega la posibilidad de la inducción por omisión (pág. 129).

presencia de una incitación implícita mediante gestos o a través de una omisión. Por ejemplo, A deja un arma cargada sobre una mesa, momentos después B comienza una acalorada discusión con C. A no acude a retirar el arma, que finalmente utiliza B para matar a C. No obstante, en estos supuestos creo que sólo serían posibles de manera directa.

Además, esta clasificación se puede interrelacionar con la anterior (según el grado de determinación del incitado), de modo que la inducción privada puede ejecutarse de forma expresa o implícita, verbal o escrita, directamente o indirectamente. Por ejemplo, la inducción privada expresa directa verbal es aquel supuesto en el que existe un contacto directo entre el inductor y el *concreto* sujeto inducido por un medio de comunicación privado (teléfono) o público (radio)<sup>1945</sup> y de forma clara a la comisión de un delito. La privada expresa indirecta es aquella en la que el inductor no actúa directamente sobre el inducido sino que recurre a un mecanismo intermedio que es otra persona (inducción en cadena). La inducción pública puede ser igualmente expresa o implícita, verbal o escrita, directa o indirecta. Por ejemplo, hay una inducción pública expresa directa verbal cuando el inductor, que incita claramente a la realización de una actividad criminal, se dirige personalmente a una pluralidad indeterminada de personas (por ejemplo en un mitin) o cuando para ello utiliza un medio de comunicación pública (radio o televisión). La pública expresa indirecta con persona interpuesta es difícilmente imaginable, pues se requeriría que un sujeto indujera a otro a incitar a su vez a un grupo de personas indeterminadas.

Dentro de la comunicación directa la distinción que establezco entre *contacto directo y medio de comunicación* recuerda a la que Del Rosal Blasco realiza entre *medio interpersonal y medio masivo*<sup>1946</sup>, con la única diferencia que el citado autor incluye en el criterio una referencia al grado de concreción del sujeto inducido, lo cual le lleva a una clasificación donde se confunde determinación y medio. El carácter directo o indirecto del contacto con el destinatario de la inducción no condiciona necesariamente el grado de determinación del objeto. Por ejemplo, cuando un político incita en un mitin a la comisión de delitos, tiene un contacto directo con su auditorio que es el destinatario de la incitación, aun cuando no hay una determinación de los mismos. Del mismo modo, una inducción privada se puede llevar a cabo a través de un medio de comunicación.

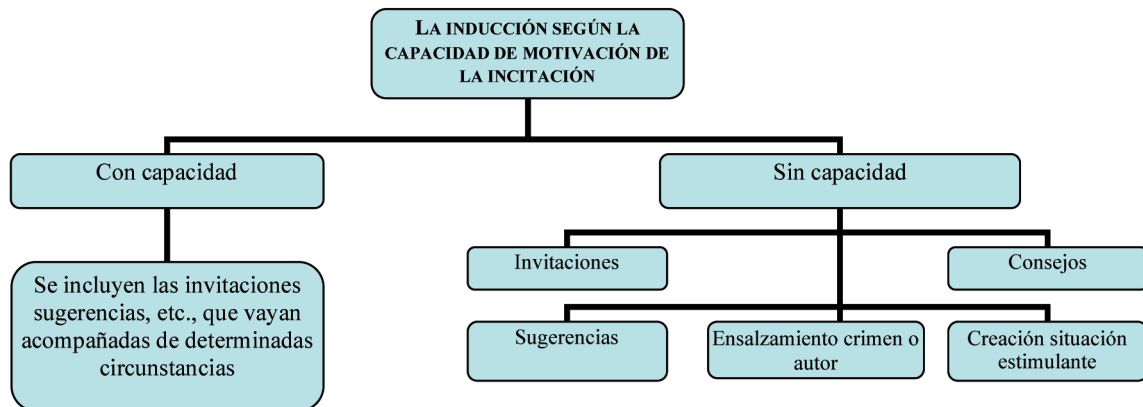
<sup>1945</sup> Aunque este último supuesto pueda parecer improbable porque el inductor quedaría al descubierto, es perfectamente imaginable cuando el que incita no le preocupa la pena resultante sino que está únicamente interesado en la efectiva comisión del delito. Una mujer maltratada es entrevistada en un programa de radio en donde expresa que la única forma de librarse de ese sufrimiento es si su hijo mata a su padre con el arma que éste guarda en el sitio X, hasta el punto que pierde los nervios y comienza a gritar ¡Mátalo, mátalo si no quieres que me mate! El hijo que está oyendo el programa, cosa que la madre sabía, acaba efectivamente con la vida de su padre.

<sup>1946</sup> Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", 109 y s. Autor que incluye un tercer medio, en el *contexto de las organizaciones*, op. cit., 110.

Algunos de los términos utilizados en el penúltimo esquema se repiten si clasificamos la inducción según la capacidad de motivación de la incitación. En función de este criterio se distingue entre inducción *con capacidad* y *sin capacidad* suficiente de motivación. Antes de continuar, debo hacer un inciso con el objeto de advertir del peligro de confusión subyacente en esta clasificación: se tiende a identificar carácter implícito con falta de capacidad. Ello es erróneo, una cosa es el carácter expreso o implícito del mensaje incitador y otra la capacidad motivacional del mismo. De ahí que, haya incitaciones expresas sin capacidad de motivación (por ejemplo una sugerencia) e implícitas dotadas de esa capacidad de motivación.

La cuestión relativa al carácter implícito o expreso de la inducción y la capacidad de motivación de la incitación enlaza con la problemática de si la inducción exige un influjo psíquico directo sobre el inducido o basta con la existencia de una conducta que ex ante y a tenor de los hechos sea capaz de crear una resolución delictiva<sup>1947</sup>. No obstante, la discusión está planteada de forma errónea, pues es evidente que ambos posicionamientos teóricos exigen una influencia psíquica sobre el inducido, el problema reside realmente en determinar el modo y manera en que esa influencia psíquica debe tener lugar para que exista una inducción penalmente relevante<sup>1948</sup>.

Figura 6. Clases de Inducción IV



En el segundo grupo se recogen modos de incitación que con carácter general no poseen la capacidad de incidir en la psique del inducido, no obstante, en la situación

<sup>1947</sup> Vid. al respecto Baldo Lavilla, F., "Algunos aspectos conceptuales de la inducción", pág. 1097 y s; Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 178-200; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 134 y s.

<sup>1948</sup> Apreciación realizada por Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 135.

concreta pueden concurrir una serie de elementos adicionales que confieran a la incitación, a tenor de las circunstancias, capacidad lesiva suficiente<sup>1949</sup>.

Por ejemplo, A conoce las dificultades económicas de B, y le sugiere que para salir de esa situación debería robar un banco. En las mismas circunstancias A le comenta que tiene los planos del banco X, información sobre los mecanismos de seguridad... para terminar diciéndole «deberías aprovechar la oportunidad»<sup>1950</sup>.

«La mera sugerencia... no fundamentaría por sí sólo la peligrosidad» es la aportación de otros elementos (como en el segundo ejemplo) lo que determina la capacidad lesiva de la incitación<sup>1951</sup>. Así, aunque un simple consejo, un comentario, o la creación de una situación concreta no parecen que sean suficientes para afirmar la presencia de una inducción, hay, no obstante, casos en los que ex ante se pueden juzgar como suficientes para crear una resolución delictiva. Por ejemplo, «en una acalorada disputa, A pone al alcance de uno de los adversarios una pistola. Este la toma y dispara a su enemigo»<sup>1952</sup>.

Siguiendo a **Gómez Rivero**<sup>1953</sup> hay ciertas formas de incitación implícita que se pueden revelar «...como una forma apta o no para inducir dependiendo, al igual que sucede con las formas explícitas de incitar, de las circunstancias del caso concreto. Por ello, con el sólo dato del carácter implícito de la incitación no se puede concluir, ni afirmando en general que se trate de una conducta impune..., ni que tenga siempre capacidad apta para inducir, sino que necesario será tener en cuenta la concurrencia o no de otros factores de peligrosidad»<sup>1954</sup>. La creación de situaciones estimulantes será una forma de inducción cuando posee una peligrosidad ex ante suficiente para provocar la aparición y ejecución de una resolución delictiva y cuando efectivamente haya generado esa resolución<sup>1955</sup>. Y siempre que en esa incitación implícita quede claro cuál es el tipo que el proponente quiere que el receptor de la incitación realice<sup>1956</sup>.

<sup>1949</sup> Al respecto vid., Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 175-78. En el ámbito de un sistema unitario se considera que a la autoría por incitación puede conducir cualquier conducta idónea, ya sean «peticiones, amenazas, engaños u otros medios...», Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslhre*, pág. 73; Kienapfel, D., «Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB», pág. 182.

<sup>1950</sup> Ejemplo tomado de Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 177.

<sup>1951</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 178.

<sup>1952</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 187.

<sup>1953</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 178-200.

<sup>1954</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 200 (con cursiva en el original).

<sup>1955</sup> López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 458; similar Geppert, K., «Die Anstiftung», pág. 303; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 136.

<sup>1956</sup> Roxin, C., *LK11*, 30/25.

En definitiva lo determinante es que la acción del inductor influya de forma inmediata en la voluntad del inducido lo cual puede tener lugar, aunque no siempre, mediante un consejo, petición...<sup>1957</sup> Con ello lo que se quiere indicar es que esa capacidad de influencia en la psique del inducido depende tanto de la intensidad de la incitación como de las circunstancias en que ésta tiene lugar<sup>1958</sup>.

Ahora bien, interesante es la propuesta de **Hilgendorf** que considera que existirá una inducción cuando el sujeto haya superado el *nivel de estímulo* cotidiano, que por doquier recibimos, porque hasta ese momento la incitación crea un riesgo socialmente adecuado<sup>1959</sup>. El autor considera que la ventaja que tiene este planteamiento es que permite excluir de la inducción formas de influencia verbal (comunicativa) e incluir otras que dependen de las circunstancias (no-comunicativa)<sup>1960</sup>. Aunque es cierto, ello también se consigue si se distingue entre inducción expresa e implícita, y con capacidad de motivación o sin ella, de modo que, incitaciones expresas podrían carecer de esa capacidad, y otras implícitas poseerlas. Con todo, el problema consiste en fijar el grado de adecuación social aceptado, lo que se determina en el caso concreto a tenor de las circunstancias<sup>1961</sup>. De este modo se llega a la misma solución que antes he expuesto.

Ahora bien, también se puede clasificar la inducción utilizando como criterio la clase de tipo de participación o autoría que dominen en la resolución que pretenda crear el inductor en el inducido. Así, la **inducción** puede ser **a la autoría**, **a la coautoría** o **a la participación** (inducción o complicidad). Por ejemplo A induce a B para que mate a C (inducción a la autoría); A induce a B para realizar conjuntamente un delito (inducción a la coautoría); A induce a B para que le consiga el arma que A requiere para atracar un banco (inducción a la participación). En todos estos casos el inductor posee un dolo que se orienta a la creación de una resolución delictiva y que, además, viene determinado por el *deseo de producción del resultado unido a*

<sup>1957</sup> Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", pág. 560.

<sup>1958</sup> Con ello sigo un planteamiento que exige un *contacto comunicativo* (Cramer, *Sch/Sch*, 26/4; Wessel/Beulke, *AT98*, 13/568) o una *influencia mental o intelectual* (Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht* 11, 16/II 1; Rogal, K., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 11 y s) entre inductor e inducido. Se pueden distinguir, siguiendo a Hilgendorf ("Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 9) otras dos opciones: la que admite cualquier forma de causación de una resolución como una inducción (Bloy, *Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, pág. 328 y s; Samson, *SK90*, 26/5) y la más estricta que requiere un *pacto de injusto* entre autor e inductor (Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", pág. 112 y s; Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, pág. 123, 136-38) o un efecto conjunto sobre la producción del resultado (Roxin, *LK11*, 26/3, 11 y ss). Finalmente existe una cuarta opción, aquella que determina la existencia de una inducción en función del grado de riesgo creado (Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 10; Herzberg, R., "Anstiftung zur unbestimmten Haupttat", pág. 620 y s).

<sup>1959</sup> Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 10.

<sup>1960</sup> Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 10, 13.

<sup>1961</sup> Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 12 y s.

*una resolución de ejecución personal* del mismo (inducción a la coautoría o a la participación en el hecho propio), *de ejecución por el inducido* (autoría), o *de colaboración del inducido* en la ejecución por propia de un tercero.

Hay opiniones críticas que estiman que es «... inherente a la calificación del inductor.. que no sea, a su vez, autor»<sup>1962</sup>, de modo que el que incita a un sujeto a que participe en un hecho que quiere realizar como autor no sería inductor en sentido estricto. Aunque pueda ser correcta esta afirmación porque ese comportamiento no se puede incluir en la descripción típica de inducción recogida en el art. 28 CP, porque se decida que inducir a coejecutar no coincide con el «a ejecutarlo» de dicho precepto, no se puede olvidar que el que invita a otra persona a que participe en su delito, está creando (o lo intenta) una resolución delictiva, y esa actividad es una forma de intervención delictiva mediata o secundaria que coincide, en un sentido amplio, con lo que conocemos como inducción. Ahora bien, otra cuestión es que no se le castigue por esa conducta cuando ha comenzado la ejecución, pero ello no se debe a que el autor no pueda ser inductor como consecuencia de la aplicación de las reglas de la inducción, sino a que el autor a través de una inducción ha preparado su delito, injusto de la preparación que según las reglas generales del *iter criminis* queda absorbido por el injusto de la conducta consumada. Por ejemplo, cuando un sujeto actúa inicialmente como inductor y luego se convierte en coautor responde penalmente sólo por la coautoría<sup>1963</sup>.

Del mismo modo, que no se sancione la inducción a la participación como inducción estricta, no quiere decir que no exista y que no se puedan sancionar penalmente. De hecho, en algunas ocasiones ha sido una decisión de política criminal la que ha resuelto la impunidad de estos comportamientos: se decida que el término «ejecutarlos» de los arts. 17 y 28 del CP deben interpretarse en un sentido técnico. En el ámbito alemán aunque se reconoce la existencia de la inducción a la inducción y a la complicidad luego, con motivo del alcance del § 30.1 StGB, se acuerda que ni la tentativa de inducción a la complicidad ni a la coautoría serán punibles a través de este precepto<sup>1964</sup>, que sí alcanza las tentativas de inducción a la inducción.

La importancia que tiene esta clasificación se observará en el momento en que un tipo penal incluya como elementos del mismo la intención ejecutiva o participativa, en relación con las conductas que va cometer con posterioridad el inducido, que deban concurrir en el dolo del inductor.

<sup>1962</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 298; en la misma línea Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 563.

<sup>1963</sup> Stratenwerth, G., *SA796*, 13/161.

<sup>1964</sup> Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 295; Noll/Trechsel, *AT3*, pág. 234.



## **2. El *iter criminis* de la inducción.**

Como ya planteé detalladamente en páginas anteriores, la conducta del incitador puede ser una inducción consumada o una tentativa de inducción. La presencia de una u otra se subordinaba a la manera cómo se entiende el vínculo entre la conducta del partícipe y el comportamiento del autor principal. Dentro de un sistema dual accesorio estricto material, la tentativa de inducción venía determinada por la ausencia de un resultado intermedio, por la insatisfacción del principio de accesoriedad (estricto material) cuantitativo (falta un resultado de la participación), del principio de accesoriedad (estricto material) cualitativo (la conducta principal no es típica y antijurídica) o por la ausencia de una conexión objetiva y/o subjetiva entre ambos resultados.

El sentido que tiene hacer esta última clasificación de la inducción, en inducción consumada e intentada, se halla en que los comportamientos analizados son formas imperfectas de realización de la inducción. Por ejemplo, la proposición, la provocación o la apología, son una forma de invitación, incitación directa o indirecta que pretende la producción de un resultado a través de la creación de una resolución delictiva que son castigados aunque no hayan creado esa resolución delictiva, no vayan acompañados de una conducta principal que cumpla las exigencias cualitativas y cuantitativas del principio de accesoriedad. Esto es, son tentativas de inducción en las que falta el resultado segundo y que pueden carecer del intermedio.

Si estas exigencias se satisfacen plenamente la conducta realizada será absorbida por la dogmática general de la participación: se castigan como una forma de inducción consumada y nunca a través de los arts. 17 y 18 CP.

## **3. La proposición, la provocación y la apología.**

### **A. La proposición.**

El art. 17.2 CP da la siguiente definición de proposición: «la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo».

¿Qué elementos de las clasificaciones anteriores concurren en esta definición típica?

(1) **La proposición es una inducción** (en sentido amplio).

La conducta descrita en el art. 17.2 no parece coincidir con la definición de inducción, sobre todo, porque a partir de la construcción dogmática de la categoría inducción se podría objetar que *invitar* no coincide con la *incitación eficaz* que se requiere en

la inducción<sup>1965</sup>. Sin embargo, si se admite que invitar es sinónimo de incitar y que toda incitación es una inducción<sup>1966</sup>, que ambas acciones se orientan a crear (intentarlo) una resolución delictiva, y que la proposición se dirige a un sujeto/s determinados como en la inducción, la diferencia recae en que la inducción se debe consumir para ser punible y la proposición no. Es decir, no tiene que crear la resolución delictiva ni venir acompañada de una conducta principal. Ahora bien, ese requisito se establece dogmáticamente pues, de *lege lata*, la redacción de una y otra no varía en ese punto: sólo se requiere una mera invitación o inducción y no la efectiva creación de una resolución ni la realización de un comportamiento principal. Otra diferencia reside en que aparentemente la proposición requiere una intención trascendente en el sujeto que la efectúa. Sin embargo y como indicaré, se podrá interpretar que esa exigencia coincide con lo que doctrinalmente se ha establecido como un elemento subjetivo necesario de la inducción: el dolo de consumación<sup>1967</sup>. Por consiguiente, cuando mantengo que la proposición es una inducción, por un lado, quiero decir que se pueden interpretar ambos preceptos de modo que fueran la misma cosa. Por otro lado, una exégesis menos forzada y que evitara la superposición mostraría un dibujo de la proposición que, aunque en un sentido estricto no fuera legalmente una inducción, recoge algunos supuestos concretos de participación mediante incitación que no tenían cabida dentro del concepto de inducción punible vinculada a la idea de accesoriedad estricta material. Si a este modo de participación (incitar para crear una resolución delictiva) se le ha denominado, en un sentido amplio, inducción no parece que haya ningún problema para sostener que la proposición sea una clase de la inducción. Por tanto, la proposición es una clase de inducción en la que un sujeto invita a otro a cometer un delito concreto<sup>1968</sup> en el sentido de incitarle a realizarlo, es decir, pretende crear una resolución delictiva que fluya en ese sentido. Aunque se pueden utilizar numerosos medios, sólo se pueden incluir en la proposición aquellos comportamientos

---

<sup>1965</sup> Rebollo Vargas que considera que la inducción y la proposición no comparten la misma naturaleza: la proposición es una mera *formulación* de la invitación a participar (no llega a ser una incitación), Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 50 y s. Otras críticas se concentran en que la proposición no es un pre-estadio de la participación accesoría sino un acto preparatorio (de coautoría), cuarta parte, pág. 554.

<sup>1966</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 126 y s, considera que incitación e inducción son sinónimos y no existe ninguna diferencia cualitativa o cuantitativa entre ellos.

<sup>1967</sup> De este modo la única diferencia se hallaría en que el proponente quiere ejecutar por sí mismo el delito al que incita.

<sup>1968</sup> De modo que no habrá proposición cuando exista una invitación genérica, una *insinuación para ayudar* a atentar contra la vida de X (pero sin exponer el plan ni el alcance de la ayuda), STS 21 de octubre 1993 (f.d. 1.º); vid. STS 23 de noviembre 1991.

que fundamentarían la existencia de una inducción típica si se cometiera la acción principal<sup>1969</sup>.

No es correcto sostener que la proposición es una clase de provocación<sup>1970</sup>. Si se defiende que las dos son modos de participación a través de una incitación, ambas serán clases de la inducción.

Algunos autores, no obstante, consideran que la existencia de una diferencia cuantitativa entre incitar e invitar<sup>1971</sup> permite sostener que la proposición no sólo alcanza supuestos de inducción, sino que también incluye comportamientos que nunca se convertirán en inducciones<sup>1972</sup>. Es decir, el influjo psíquico que se exige a la proposición es, por ejemplo, menor que el requerido para la provocación<sup>1973</sup>, de modo que, una simple sugerencia o consejo serían en un plano objetivo incitaciones suficientes que permitirían ya afirmar la presencia de una proposición.

En consecuencia, el problema reside en fijar cuál es la extensión objetiva del núcleo verbal, *invitar*, previsto en la descripción típica. Es evidente que los verbos incitar e invitar no son sinónimos. Entre ambos términos existe una diferencia<sup>1974</sup>. El que invita, con independencia de que el término pueda ser sinónimo de incitar en ciertas ocasiones, aunque desee que un tercero realice una acción concreta ejerce menos presión sobre el inducido que el que incita. Esto es, la capacidad de sugestión es menor en la invitación, lo que permite plantear la existencia de una desemejanza cuantitativa entre ambos.

Desde esta perspectiva, siempre que se hable de invitación habrá una correspondencia con una inducción cometida con un medio de insuficiente entidad. Por ejemplo, la profesora **Gómez Rivero** incluye la invitación a delinquir como un

<sup>1969</sup> De igual forma, y en relación con el castigo de la tentativa de inducción prevista en § 30 Abs.1 StGB, Roxin, C., *LK11*, 30/ 13.

<sup>1970</sup> Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 24.

<sup>1971</sup> Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, I, pág. 226.

<sup>1972</sup> Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", nota 33, pág. 106; el mismo, *La provocación...*, pág. 179-81. Autor que amparado en la amplitud del término "invitación" distingue en la proposición una *zona común* con la provocación, donde se incluyen supuestos de incitación que pueden culminar en una inducción, y una *zona propia* donde se recogen los casos de proposición a la coejecución o ejecución del delito que acaban en una forma de complicidad pues sólo estimulan una voluntad delictiva ya existente, *ibídem*. De forma parecida Rebollo Vargas que, no obstante, no defiende la desaparición de la proposición, porque en la proposición el proponente está dispuesto a participar en la ejecución del hecho y no logra hacer surgir la voluntad criminal. En la provocación, el provocador no tiene la intención de participar en la ejecución y sí logra hacer surgir la voluntad criminal, Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 57.

<sup>1973</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/39.

<sup>1974</sup> Mantiene esta posición Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 23; Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 106, que, no obstante, en otro texto cronológicamente anterior considera que «...en ocasiones ambos términos se pueden utilizar como sinónimos», el mismo, *La provocación...*, pág. 179.

modo de incitación con escasa capacidad de motivación<sup>1975</sup>. Ahora bien, si existe esa diferencia objetiva, difícilmente se puede sostener que la invitación, en un nivel inferior de la escala de peligrosidad, sea un término más amplio que la incitación, sita en un grado superior, y que, por tanto, la invitación englobaría tanto formas de inducción de menor entidad como aquéllas que poseen una mayor capacidad de motivación<sup>1976</sup>. No tiene sentido defender que la invitación sea un término tan amplio, antes por el contrario, la discusión tendría que situarse en un intento por determinar si la invitación puede considerarse como un modo de incitación penalmente relevante, para lo cual hay que probar que posee un grado mínimo de peligrosidad. Es decir, la cuestión se debe centrar en si la incitación incluye a la invitación.

También se ha intentado realizar una distinción cualitativa entre invitar e incitar basada en *la capacidad de tomar parte en la acción a la que se invita*, capacidad que no necesariamente concurre en la incitación. En este sentido **Ruiz Landáburu** mantiene que la diferencia entre invitar e incitar es cualitativa: «para poder invitar a algo, ese algo debe ser propio, o al menos, debe tenerse la intención de tomar parte en el mismo. El propio concepto de invitar excluye, por tanto, los casos en que el sujeto carece de un poder de actuación, presente o pretendido, sobre el objeto de la invitación. No ocurre lo mismo al contrario: se puede incitar a algo en lo que se pretende tomar parte o a algo totalmente ajeno al incitador. Sin embargo, en el momento en que el sujeto que incita tiene la intención de hacer suyo el objeto de la incitación, ésta se convierte automáticamente en una invitación, pues es éste precisamente su elemento especializante»(?)<sup>1977</sup>. Si la diferencia se basa en la capacidad para tomar parte en la actividad criminal realmente no hay una reducción coherente del ámbito punitivo porque esa capacidad concurre en todo partícipe. Es decir, tanto el que invita como el que incita intervienen en una actividad delictiva, la cuestión es puramente objetiva: decidir si una invitación es un comportamiento objetivamente relevante. Ahora bien, si cuando mantiene que «el criterio más acertado para distinguir ambas figuras (scil. proposición y provocación) es el que atiende al ánimo del sujeto de contribuir o no con su propio conducta a la ejecución del delito futuro»<sup>1978</sup>, no se refiere a la facilitación de la actividad ejecutiva característica de toda forma de participación en el delito, sino a la posibilidad de perseguir sólo al que quiera ser autor, o sea, que invita a la coautoría, está fijando una distinción en el plano subjetivo que identifica invitación con incitación a la coautoría. Esta solución implicaría reconocer que la invitación es una forma de incitación con una peculiaridad subjetiva pero no objetiva. Esto sería peligroso siempre que se quiera

<sup>1975</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 175.

<sup>1976</sup> Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", nota 33, pág. 106; el mismo, *La provocación*, pág. 180. Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1009 parte de la posición de Del Rosal, pero con posterioridad sostiene acertadamente que «...el verbo incitar puede contener la acción de invitar», lo que parece estar en contradicción con la postura del primer autor (invitar contiene a incitar) y coincide en parte con lo que aquí defiende: que la invitación en determinadas circunstancias puede ser una forma de incitación penalmente relevante. Una crítica en la línea aquí sostenida en Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 811.

<sup>1977</sup> Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 24.

<sup>1978</sup> Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 24.

afirmar que la mera invitación a la comisión de un delito será siempre una forma de incitación penalmente relevante, sin embargo, sería totalmente acertado si con ello sólo se quiere hacer constar que el art. 17.1 se refiere al sujeto que ofrece a otro intervenir en su actividad criminal planeada y en ningún caso desea incluir las *invitaciones* con capacidad de motivación inferior a las *incitaciones* en el ámbito de la proposición punible.

Con todo, esta diferencia cuantitativa entre invitación e incitación sólo tiene sentido si se establece para exigir que cuando aparezca el término incitación en un tipo sea necesario la presencia de una inducción que haya utilizado un medio objetivo dotado de mayor poder de persuasión y con una mayor determinación del fin perseguido<sup>1979</sup>. Dentro de esa interpretación invitación equivaldría a inducción, mientras que la incitación sería una inducción con una capacidad de motivación cualificada<sup>1980</sup>. En cambio, no considero que esta distinción permitiera rebajar las exigencias objetivas de la inducción, y así, castigar como una *incitación* típica un simple consejo, comentario, «o pregunta invitadora a la realización de un comportamiento delictivo»<sup>1981</sup> por mucho que satisficiera los requisitos subjetivos de la inducción<sup>1982</sup>. «La *invitación* es necesario entenderla como más allá de un consejo, es decir como una acción efectiva de carácter psicológico sobre otras personas»<sup>1983</sup>. «La invitación a cometer el delito debe... (scil. realizarse) de manera convincente, precisa y persuasiva; razón por la que no será punible una proposición a ejecutar el delito que no sea idónea para decidir al invitado»<sup>1984</sup>. Así pues, el término invitación, basado por tanto en una interpretación a favor de reo, va a ser siempre sinónimo de incitación suficiente<sup>1985</sup>.

<sup>1979</sup> Tal y como exige Mir Puig con motivo de la provocación, *PG6*, 13/391; de igual forma Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 416; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*1997, pág. 80; STS 16 de noviembre 1987 (f.d.1.º). En contra Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 431 y s, que entiende que esta distinción entre invitar e incitar incide en el grado de concreción del destinatario: «...plural e indeterminado en la provocación, e individual y concreto en la proposición. De ahí que se utilice el verbo invitar respecto a la acción de proponer: para destacar lo que de selectiva tiene la conducta del proponente en orden a la búsqueda de un destinatario (o varios) concreto(s) de su propuesta, pues de ordinario no se «invita» *in genere*», pág. 432 (cursiva original).

<sup>1980</sup> En contra Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 126 y s, 139, que señala que no hay diferencia entre la incitación de la provocación y la inducción propia del art. 14.2 CPA.

<sup>1981</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 175.

<sup>1982</sup> Salvo que «...se aportan elementos que convierten en peligrosa la incitación (indicación de los detalles de un plan que lo presentan como una oportunidad única, entrega de un arma...», Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 178.

<sup>1983</sup> Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 416.

<sup>1984</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 55.

<sup>1985</sup> Reconozco que desde un punto de vista naturalístico pueda resultar forzado considerar sinónimas invitación con incitación pues no se refieren a una misma conducta (crítica realizada por Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1011), sin embargo, en un plano normativo se pueden considerar que la invitación sea una forma de incitación.

He de insistir en que no es lo mismo utilizar un término que se refiere a un modo concreto de incitar penalmente relevante, que recurrir a él como término, que según su uso ordinario, es utilizado por el legislador para redactar un precepto legal. Mientras que en el primer caso se intenta describir dogmáticamente el marco de relevancia objetiva de la inducción (una simple invitación o sugerencia no es una forma de inducción penalmente relevante) atribuyendo, a un término ya existente, un significado diferente al usual, en el segundo se describe la conducta típicamente relevante a través de un término cuyo significado se ajusta al previsto en el diccionario. Así, aunque la nomenclatura utilizada por legislador y doctrina puedan coincidir en el significante, ello no equivale a sinonimia; cada una puede tener un significado distinto según se atengan al ordinario (lexicográfico) o atribuyan uno diferente (estipulativo). La confusión de estos planos paralelos es muy peligrosa porque esta distinción dogmática entre invitación e incitación no tiene que ser necesariamente compartida por el legislador cuando redacta el precepto relativo a la proposición. No parece, de hecho, que el legislador pretenda la persecución de cualquier sugerencia o invitación a la coejecución de un tipo. En todo caso, es este último elemento de la coejecución en el que probablemente insiste *invitar*, pues acentúa el interés que existe en la persecución del que incita al propio plan, situación que se describe mucho mejor mediante el verbo *invitar*.

En suma, considero que tanto invitación como incitación son sinónimos de inducción, es decir, se refieren a formas de actuar que tienen capacidad suficiente para generar una resolución delictiva en su destinatario<sup>1986</sup>.

(2) **La proposición es una tentativa de inducción**<sup>1987</sup>. Si el tipo se consuma con la mera invitación, ello quiere decir que no es necesario que el destinatario de la misma la haya aceptado, ni mucho menos que haya comenzado una ejecución<sup>1988</sup>.

<sup>1986</sup> De igual forma la STS 8 de febrero 1980 (f.d. 1.º) defiende que invitar e incitar son equivalentes. Considera que la proposición debe ser *persuasiva y convincente* y que «no es punible, por tanto, la proposición que carece en sí de la idoneidad suficiente para decidir al invitado», Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 172.

<sup>1987</sup> Insisten en que la proposición es una tentativa de inducción, Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 261 y s; Mir Puig, S., *PG6*, 13/41; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 484; Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 175 y s; el mismo, "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 550; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 151; Moreno-Torres Herrera, M.R., *PG*, pág. 703; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 469; Silva Sánchez/Baldo Lavilla/Corcoy Bidasolo, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, pág. 379; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 176. En contra, Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 298, que considera que es una fase preejecutiva de la coautoría.

<sup>1988</sup> Vid. Silva Sánchez/Baldo Lavilla/Corcoy Bidasolo, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, pág. 379. STS 5 febrero 1993 (f.d. 2.º)



Desde esta perspectiva es obviamente una forma imperfecta de realización de la inducción, que no va a incluir, sin embargo, los actos preparatorios de la inducción.

Así por ejemplo en una sentencia del BGH alemán éste considera como tentativa de inducción el supuesto en el que A propone a K y L «si no tendrían ganas de quemar con él una residencia de extranjeros»<sup>1989</sup>.

El problema de esta interpretación se halla en que, cuando comparamos el art. 17 con el art. 28 CP, se observa como en el último precepto se da una definición de inducción muy parecida a la de la proposición. ¿Cómo es posible afirmar que en un caso se persiguen formas imperfectas de la inducción, mientras que en otro sólo las consumadas? En ese sentido se podría defender que el art. 28 no dice nada que impida la persecución de sus formas imperfectas de realización y que el art. 17 no se opone en su redacción a la sanción de las formas consumadas. De nuevo, la ausencia de previsión legal del principio de accesoriadad estricto, a pesar de que esta se quiera ver en la necesaria vinculación entre el art. 28 y un tipo de la parte especial<sup>1990</sup>, crea una situación de inseguridad jurídica. De *facto*, parece que el CP consagra un sistema en donde todas las formas imperfectas de inducción son punibles y sólo va a ser una decisión político criminal (no recogida legalmente) la que va a reducir el ámbito de la inducción a las formas consumadas mediante la exigencia de respeto del principio de accesoriadad estricto desarrollado dogmáticamente, salvo en lo que respecta a los arts. 17 y 18, que mantienen la posibilidad de castigo de las tentativas de inducción. Por todo ello se puede mantener que la proposición es una tentativa de inducción en un sistema dual restrictivo y que representan una excepción a la vigencia del principio de accesoriadad estricto material. Ahora bien, tampoco sería descabellado considerar que el tenor literal de nuestro Código penal parece establecer un sistema unitario funcional del autor que luego es corregido y reorientado al ámbito de la participación accesoria a través de la dogmática y los tribunales que aplican la doctrina que existe al respecto.

**(3) La proposición es una tentativa de inducción ¿a la coautoría?**<sup>1991</sup> Llegados a este punto la dificultad reside en la presencia de «resuelto a cometer un delito» y su interpretación.

(a) Se puede entender que un inductor está resuelto a cometer el delito cuando quiere que tenga lugar una actividad delictiva que coincida con la resolución creada. Es decir, con la mención de la resolución a cometer el delito se hace referencia a la

<sup>1989</sup> BGH, 10.6.1998 – 3 StR 113/98 (LG Düsseldorf); vid. al respecto JZ, 1999, pág. 156.

<sup>1990</sup> Lo cual también es predicable del art. 17 y 18 CP. Y que en definitiva sólo establecería la accesoriadad amplia.

<sup>1991</sup> Vid. Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 171.

necesidad de que concurra el dolo de consumación propio de la inducción en estos tipos. El proponente no sólo debe querer crear una resolución delictiva, además, el que propone debe desear que tenga lugar un resultado lesivo. En consecuencia, es posible forzar la interpretación de *estar resuelto a cometer el delito* de tal forma que permita admitir que tanto la intención de participar como de ejecutar como autor son una resolución a cometer un delito, porque tanto en el autor como en el partícipe pueden concurrir ese elemento del dolo del inductor, ese deseo de lesión del bien jurídico principal.

De este modo, si *resuelto a cometer* equivale a la primera opción propuesta, a saber, *dolo de consumación*, el precepto quedaría como sigue: «la proposición existe cuando el que con la voluntad de que se consume el delito invita a otras personas a ejecutarlo». La proposición de este modo recogería formas de tentativas de inducción a la autoría y coautoría, si se interpreta de modo estricto-técnico el término *ejecutar* y a la autoría, coautoría y participación si se interpreta *ejecutar* en un sentido amplio. El problema es que si la proposición es una tentativa de inducción, y a la inducción se le requiere la presencia de un dolo de consumación, por qué recoger esa exigencia en el tipo<sup>1992</sup>.

(b) De igual forma, es posible defender que *cometen* el delito todos los que según el art. 14 CPA sean considerados *autores* del mismo. Este planteamiento de **Mir Puig** se basa en que el art. 49.1 CPA consideraba *autores* a todos los que *cometen* un delito o falta, lo que permitía incluir a los inductores y cooperadores necesarios dentro de la proposición: el proponente, por consiguiente, no tenía que estar resuelto a ejecutar el tipo<sup>1993</sup>. La entrada en vigor del nuevo Código penal y la desaparición en el art. 61 (antiguo 49) de la *comisión*, no ha originado un cambio en el posicionamiento de Mir. Autor que ha buscado otra vía interpretativa en la que apoyar su tesis. Así pues, «según el art. 28 CP se sigue considerando autores no sólo a quienes lo realizan o ejecutan, sino también a quienes inducen a otros a «ejecutarlo», además de a los que cooperan de forma necesaria en su ejecución»<sup>1994</sup>.

<sup>1992</sup> De hecho en el § 30 Abs. 1 que sanciona la tentativa de inducción no se establece ese requisito subjetivo.

<sup>1993</sup> Al respecto vid Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1010; de acuerdo con Mir Puig, Del Rosal Blasco, B., *La provocación...* pág. 175.

<sup>1994</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/40. Próximo Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 151, nota 389. López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 484: «la utilización del término «cometer» en lugar de «ejecutar», estaría así poniendo de manifiesto que el desvalor de la proposición no se encuentra en que el sujeto esté o no él mismo decidido a ejecutar el hecho, sino en la peligrosidad inherente a una conducta dirigida a hacer nacer en otro una resolución delictiva».

(c) Una tercera opción interpretativa es aquélla que considera que aunque el proponente esté resuelto a cometer un delito, no lo está para ejecutarlo en persona sino que invita a otra u otras personas a ello. Desde esta perspectiva la proposición se caracteriza por que el que propone se ha autoexcluido de la ejecución del delito al que invita. En otras palabras, el proponente «está resuelto a cometer un delito, pero no a ejecutarlo él personalmente; en segundo lugar, la pretensión por parte del mismo sujeto de captar la voluntad de otra u otras personas en orden a que sean ellas quienes ejecuten el delito»<sup>1995</sup>.

En definitiva, si por cualquiera de estas vías se llega a la conclusión de que *estar resuelto a cometer* «...no exige necesariamente que el proponente participe en la ejecución, pudiendo ir dirigida su actuación a otras formas de participación e incluso puede dirigirse a una voluntad preexistente como forma de «complicidad psíquica»»<sup>1996</sup>, ello genera que la proposición se convierta en una forma de perseguir penalmente la tentativa de inducción<sup>1997</sup>. Las cosas así, el art. 17.2 permitiría el castigo de todas las tentativas de inducción de forma idéntica a la prevista por el § 30.1 StGB<sup>1998</sup>. Esto es, la consecuencia de cualquiera de estas interpretaciones es la extensión del ámbito de aplicación de la proposición, que se convierte en una tentativa de inducción genérica, que abarcaría todas sus modalidades posibles de comisión imperfecta<sup>1999</sup>: «...la figura de la proposición se muestra como una verdadera

<sup>1995</sup> Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 430.

<sup>1996</sup> Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1015; sobre la posibilidad de que la proposición alcance supuestos de complicidad psíquica Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 181.

<sup>1997</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 151; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 163: «La inducción ineficaz o tentativa de inducción, es impune tanto en el Código penal vigente, como en el viejo Código penal, siempre que no esté comprendida en la proposición». Esta tendencia se puede observar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 27 de diciembre 2000 (n.º 70/2000) que condenaba por proposición al delito de lesiones a X. Éste había ofrecido a Y 200.000 Ptas. si le daba una paliza a Z (amante de la esposa de X). En este caso se castiga como proponente a quien no quiere ser coautor del delito de lesiones, sólo incita a la comisión de un delito mediante precio. De este modo, si Y hubiera aceptado, una vez cometido el mismo X sería responsable de una inducción a las lesiones.

<sup>1998</sup> Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 262.

<sup>1999</sup> Parecido Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 416; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 565. A favor de que a través de la proposición se castigue la tentativa de inducción Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1626; Mir Puig, S., *PG6*, 13/42.

A esta solución parece llegar Cerezo cuando mantiene que aunque el que propone debe estar resuelto a la comisión del delito no tiene que invitar a ejecutar conjuntamente, también se incluyen los supuestos en los que «invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación», las cuales pueden rechazar esta invitación, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 162. Con ello parece dar a entender que la proposición se diferencia de la inducción en que abarca supuestos de realización imperfecta que no van acompañados de ejecución o que no consiguen crear la resolución en el invitado, op. cit., pág. 162 y s. No obstante, no tiene sentido defender que la diferencia entre ambas figuras se halla igualmente en la existencia de una resolución a la ejecución en el que propone que no se exige al inductor, *ibidem*. Primero, porque ha reconocido que puede

«inducción anticipada»: una inducción a ejecutar el delito que, tanto en el caso de no ser atendida por aquellos a quienes se dirige, como en el caso de ser atendida pero no llegar los inducidos a principiar la ejecución del delito en cuestión, realiza el tipo de la proposición para delinquir...»<sup>2000</sup>. «La proposición puede cobijar, pues, ante todo la tentativa de inducción. Se evita así una importante laguna legal, pues de otro modo aquélla debería quedar impune, pese a constituir el acto preparatorio más indudablemente punible (el único aceptado por el Proyecto Alternativo alemán)»<sup>2001</sup>.

(d) Ahora bien, otra opción interpretativa sería la que considera que *cometer* sólo se puede entender como *ejecutar*, pues, en caso contrario, si «la acción de cometer se entendiese también referida a la conducta de inducir.. se llegaría al paradójico resultado de que el legislador se estaría remitiendo en la tipificación de la proposición precisamente a lo que trata de regular. En efecto si sustituimos los términos legales por el valor que se le asigna, estaríamos leyendo en el párrafo 2 del art. 4 (scil. 17.2 CP) que la proposición existe cuando el que ha resuelto inducir (=cometer) a un delito induce (=invita) a otra u otras personas a ejecutarlo. El absurdo no podría ser mayor»<sup>2002</sup>. Las cosas así, si exigimos que el que propone esté resuelto a cometer el delito como autor en un sentido estricto, esto es, que «el elemento esencial (scil. de la proposición) es la firmeza de la decisión de cometer (scil. entendido como ejecutar) el delito por parte del proponente»<sup>2003</sup>, no se puede defender que el art. 17.2 CP este recogiendo un régimen general de punición de la tentativa de inducción. Al contrario, mediante la proposición se quiere perseguir, de todas las tentativas de inducción posibles, exclusivamente la inducción a la coautoría, tanto porque el proponente no sólo quiere que se produzca el resultado, además, desea ejecutar *per se* lo planeado, como porque invita a un el tercero a *intervenir* en la actividad delictiva que tiene planeada como (co-)ejecutor de la misma. De este modo, el que

---

ser que esta resolución no exista en sentido estricto cuando el proponente invite a ejecutar sin su colaboración en la misma. Segundo, porque en esos casos la resolución del que propone difícilmente se diferencia en algo del dolo de consumación que sí se exige al inductor.

<sup>2000</sup> Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 431.

<sup>2001</sup> Mir Puig, S., *PG6*, 13/42. En esa línea la STS 29 de noviembre de 2002, que considera innecesaria la participación personal y directa del proponente para evitar una *laguna legal*.

<sup>2002</sup> Gómez Rivero, *La inducción*, págs. 296-7.

<sup>2003</sup> Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pág. 458; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 563; Gómez Rivero, *La inducción...*, págs. 289 y s. Insisten en la voluntad de autoría del que propone, Del Rosal Blasco, *La provocación...* pág. 176; Muñagorri, "Punición...", pág. 1012; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 170 y s, 176; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág 54; Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 505; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 723; Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 86; Blanco Cordero, I., "El error *in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", pág. 856. STS 8 de febrero 1980 (f.d. 1.º); STS 21 de marzo 1986 (f.d. 1.º).

propone no sólo está resuelto a ejecutar sino que, además, y como resultado de la exigencia del tipo «...la invitación ha de ser a la ejecución conjunta del delito, no a cualquier otro tipo de participación o de auxilio, sino que la invitación debe de ser a tomar parte directa en la ejecución del mismo...»<sup>2004</sup>. «No es, por tanto, suficiente invitar a realizar actos de participación (cooperación necesaria, complicidad...)»<sup>2005</sup>.

La exigencia de que la invitación deba ser a la ejecución conjunta del delito, es el resultado de una interpretación restrictiva de «invita a otra u otras personas a ejecutarlo» que impediría la inclusión en el tipo de la inducción a la complicidad en la actividad delictiva del inductor. Al respecto surgen ciertas dudas. Primero, porque el que quiere ejecutar el delito como autor y propone a otro que colabore durante la ejecución parece llevar a cabo una *invitación a ejecutar*; segundo, y como justificación de la primera objeción, porque la complicidad durante la ejecución, especialmente si es una cooperación necesaria, se podría considerar en sí mismo como una forma de ejecución<sup>2006</sup>. Como sostiene **Gimbernat** (aunque sea con motivo de la conspiración) *ejecución* se puede interpretar en un sentido técnico de forma que incluya sólo los actos ejecutivos, o en un sentido no técnico que permita incorporar dentro del término la colaboración con acciones no ejecutivas<sup>2007</sup>.

**(4) La proposición es una tentativa de inducción privada a la coautoría realizada sobre una persona o una pluralidad.** El que propone lleva a cabo una inducción privada porque el tercero inducido está determinado, o sea, es a una persona

<sup>2004</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 55; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 586 y s; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 172 y s; STS 16 de noviembre 1964; STS 21 de marzo 1986 (f.d. 1.º); STS 5 febrero 1993 (fundamento de derecho 2.º y 3.º) que no admite la existencia de una proposición al cohecho porque lo que se propuso «no fue directamente la ejecución de unos determinados delitos (concretamente de cohecho) sino su colaboración con los procesados»; STS 21 de Octubre de 1993 (f.d. 1.º). Ahora bien, esta discusión es superflua en aquellos casos en los que el tipo penal recoge como forma de autoría (p.e. 368 CP) cualquier intervención en el delito. En semejantes situaciones la invitación a efectuar cualquier tipo de comportamiento será constitutiva de proposición.

<sup>2005</sup> Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 86, porque, desde el planteamiento de este autor, no existe una dependencia funcional de los aportes que formarían la acción común en caso de que se aceptara lo propuesto (pág. 87). Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 172. STS 21 de octubre 1993 (f.d. 1.º).

<sup>2006</sup> Así lo entiende Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1524. En contra Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág. 95 y s, 205 que sostiene que la complicidad y la cooperación necesaria son formas de cooperación mediante actos no ejecutivos. Por ejemplo, para salvar estas críticas Gómez Benítez y Rebollo Vargas proponen interpretar la cooperación necesaria durante la fase ejecutiva como una coautoría en sentido estricto, Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 564 y s; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 53. En esa línea Cuello defiende que lo importante es que, a diferencia de la conspiración, el proponente está terminantemente decidido a ejecutar el delito sin que sea en principio relevante plantearse qué conducta va a realizar con posterioridad cada uno de ellos, Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 536 y s.

<sup>2007</sup> Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág. 166, en todo caso, considera defendible la interpretación técnica.

o a un grupo concreto (aunque sólo necesite a uno de ellos)<sup>2008</sup>. Ahora bien, tengo que aclarar que la referencia a «otra u otras personas» contenido en el precepto no es contraria a esta afirmación ya que no implica necesariamente que con ello se esté admitiendo la inducción privada y pública<sup>2009</sup>. Como ya señale, la inducción privada puede estar dirigida a una pluralidad de personas siempre que se encuentren determinadas, por ejemplo, la inducción realizada sobre un concreto grupo de personas conocidas<sup>2010</sup>. El recurso a «otras u otras personas» como criterio que justifique el carácter indeterminado (público) o determinado (privado) del destinatario de la incitación es incorrecto pues de ello sólo se puede deducir que se puede *invitar* a una persona o a un grupo y no el grado de concreción necesario en el destinatario de la proposición. Es decir, la posibilidad de que el que propone se pueda dirigir a una pluralidad de personas no dice nada sobre el grado de determinación del destinatario que deba alcanzar su *incitación*. Ahora bien, obviamente si se realiza a una persona, ya existe una exigencia de determinación, el problema, por tanto, no surge cuando la incitación se orienta a un único sujeto, sino que reside en precisar si el grupo debe ser concreto en sus integrantes para el que propone; cuestión sobre la cual no toma partido el precepto. La falta de referencia alguna a la exigencia de determinación sí que haría posible defender que la proposición podría englobar la inducción a persona determinada o indeterminada<sup>2011</sup>. Si, no obstante, decido que sólo debe incluir la privada es porque en caso contrario nos hallaríamos ante una superposición y solapamiento de los ámbitos de la proposición y la provocación, que haría innecesario el segundo precepto<sup>2012</sup>.

(5) Por último la proposición **se puede realizar de forma expresa e implícita**. El art. 17.1 no requiere que la invitación sea *directa* tal y como se prevé para la incitación del art. 18.1. La ausencia de ese término permite admitir tanto las formas expresas como las implícitas de incitación de igual modo a como se contempla tal posibilidad en la inducción, es decir, cuando la incitación implícita presente una capacidad de motivación suficiente.

<sup>2008</sup> De igual forma Cobo/Vives, *PG91*, pág. 553; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 432; Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 290; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 469.

<sup>2009</sup> Como parece dar a entender Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1012; de igual modo Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 177 y s; Rebollo Vargas, que a continuación, y de forma contradictoria exige que la invitación a cometer el delito sea concreta y personal, *La provocación...*, pág. 55.

<sup>2010</sup> «...la tentativa de inducción... se debe dirigir a *personas* determinadas individualmente...», Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 15 (cursiva no incluida en el original).

<sup>2011</sup> Del tenor literal, ni de la interpretación histórica del precepto se puede deducir que necesariamente la proposición se tenga que dirigir a un destinatario concreto, Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 291.

<sup>2012</sup> Vid. cuarta parte, pág. 509 y s.



Ahora bien, como la proposición es una *tentativa* de inducción a la *coautoría* será mucho más complejo mostrar como una incitación implícita pueda orientarse de manera penalmente relevante a ese fin. Primero, porque no hay una acción posterior que refleje la aptitud de la incitación; segundo, porque al exigirse una conexión con un delito que el incitador tiene que querer realizar es más difícil encontrar una incitación implícita apta para generar una resolución de intervención en una actividad criminal como coautor. A tiene una pelea con B, C separa a ambos a punta de pistola y grita a B «te voy a matar», antes de apretar el gatillo recoge el arma de B y se la entrega a A. Parece posible afirmar la existencia de una proposición para realizar el delito en coautoría, sin embargo, no deja de ser un caso de laboratorio y arroja la duda sobre si en la práctica cotidiana se pueden encontrar supuestos semejantes.

En resumen, *la proposición es una tentativa de inducción privada a una persona concreta o a varios sujetos determinados, expresa o implícita, a la coautoría.*

### **B. La provocación.**

Art. 18.1 CP: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilita la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito».

En Alemania la provocación se recoge en el § 111<sup>2013</sup> (öffentliche Aufforderung zu Straftaten), con la peculiaridad de que se distingue entre provocación consumada, que se castiga como una inducción, y la tentativa de provocación con un marco punitivo inferior.

§ 111 StGB Exhortación pública al delito.

«(1) Quien en público, en una reunión o través de la difusión de escritos (§ 11 Abs. 3) exhorta a (scil. la realización de) un hecho antijurídico será castigado como un inductor (§ 26).

(2) Si la provocación queda sin resultado se castigará con una pena privativa de libertad de hasta 5 años o multa. La pena no puede ser más grave que la que está prevista para el supuesto de provocación consumada (párrafo 1); se debe aplicar el § 49 Abs. 1 Nr. 2».

Ahora bien, en la práctica se trata de una regulación similar a la prevista en España. La exhortación a la comisión de delitos se castigará como inducción cuando este consumada. Se considera que la provocación se consuma cuando se satisface el principio de accesoriedad (estricta)<sup>2014</sup>. La tentativa de provocación del segundo párrafo se limita

<sup>2013</sup> A su vez sería una forma de provocación el § 130 Abs. 1 y 2 StGB (Bubnoff, *LK11*, 111/4a), que, de manera similar a lo previsto por el legislador español en el art. 510.1 CP, recoge la incitación al odio y la provocación a la violencia contra parte de la sociedad (*Volksverhetzung*) de forma que sea adecuada para perturbar la paz pública y represente en un ataque contra los derechos humanos. El marco punitivo recogido en el tipo alemán (prisión de 6 meses a 5 años) es superior (e inferior) al previsto por el art. 510 (prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses).

<sup>2014</sup> Zielinski, D., *AK*, 111/11; Kühl, K., *StGB24*, 111/7.

a los casos en los que la provocación alcanza el resultado intermedio pero (I) no va seguida de una conducta típica o antijurídica o (II) cuando no es imputable a la incitación del provocador<sup>2015</sup>. Los supuestos de tentativa de provocación sin resultado intermedio son impunes<sup>2016</sup>. De este modo, die *erfolglose Aufförderung* se convierte en un tipo paralelo al § 30 I StGB, aunque con un marco punitivo propio, inferior al que se derivarían de la aplicación de las reglas previstas para el § 30 StGB<sup>2017</sup>.

(1) La provocación como la inducción son formas de participar en el delito mediante una incitación (por medio del uso de unos instrumentos expresamente recogidos en el tipo en la provocación) dirigida a la creación de una resolución delictiva en su destinatario. «La provocación requiere, en primer lugar, una *incitación*, esto es, una actividad dirigida, a lograr que otras personas se determinen a...» efectuar el delito<sup>2018</sup>. El provocador motiva que otro resuelva cometer un delito<sup>2019</sup>. La diferencia reside en que la inducción debe haber satisfecho ese objetivo, mientras que a la provocación no se le exige. O lo que es lo mismo, *ciertas formas* de incitación con independencia de que hayan creado la resolución delictiva deseada en su destinatario se les va a llamar provocación. De este modo, la provocación, y de igual manera la proposición, aunque no son una inducción, recogen supuestos de una mismo genero de participación, aquella que se realiza a través de una incitación. No obstante, si en un plano normativo se ha denominado a este modo de participación (incitar para crear una resolución delictiva), en un sentido amplio, inducción no parece que haya ningún problema a la hora de sostener que la provocación es una clase de la inducción, como igualmente lo son la proposición y la inducción en un sentido estricto<sup>2020</sup>.

<sup>2015</sup> Paeffgen, H-U., *NK*, 111/39; próximos Bloy, R., "Zum Begriff des Aufforderns", pág. 206; Horn, *SK*, 111/13; Tröndle/Fischer, *StGB*51, 111/8; Eser, *Sch/sch*, 111/21; Bubnoff, *LK*11, 111/28.

<sup>2016</sup> Bubnoff, *LK*11, 111/8.

<sup>2017</sup> Eser, *Sch/sch*, 111/21. El problema, no obstante, surge cuando ciertas líneas doctrinales no consideran necesario que haya una conducta del inducido para que la provocación se consuma. Basta con que la incitación alcance a sus destinatarios. De este modo, el § 111 StGB se transforma en un delito de peligro abstracto (al respecto vid. Paeffgen, H-U., *NK*, 111/28). Si la provocación se consuma con su resultado intermedio, su tentativa (apartado 2) sólo se puede referir a los supuestos en los que este resultado no se ha creado. Sin embargo, parece que se ha aceptado por toda la doctrina que la tentativa de provocación que no alcanza al destinatario es un supuesto de tentativa de provocación no incluíble en su apartado dos y por tanto impune, Paeffgen, H-U., *NK*, 111/28, 39.

<sup>2018</sup> Cobo/Vives, *PG*5, pág. 724; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 15, que sostiene que «la provocación equivale a incitación». También considera que la provocación es una forma de inducción, Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 64; Dreher, E., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 323; Horn, *SK*, 111/2.

<sup>2019</sup> Entiende la inducción como «...motivar a otro a cometer el delito» Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 103.

<sup>2020</sup> Considera que la provocación se puede encuadrar en el mismo capítulo dedicado a la inducción, Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 538 y s. No obstante, si como he señalado la provocación es una clase de inducción (en sentido amplio) no puede ser correcto sostener que «el concepto de provocación es más amplio que el de inducción» (op. cit., nota 11, el mismo, *La conspiración...*, nota 28, pág. 152.), más bien al contrario, la inducción, en sentido amplio, incluye a la provocación. Afirmación que sería incorrecta incluso

No obstante, hay autores, que posiblemente movidos por la intención de evitar confusiones, han definido la provocación prescindiendo del termino inducción. Así se defiende que la provocación es una **modalidad de determinación autónoma del hecho principal**, es una forma de incitación indirecta que no coincide con la inducción típica<sup>2021</sup>: la provocación tiene su propio tipo de injusto que lo diferencia del de la inducción. La semejanza reside en la forma de incitación y en el destinatario de la misma: se trata de una influencia, ejercida sobre un grupo indeterminado de personas, que actúa indirecta sobre el sentido y las pasiones despertando un deseo de acción y potencia la resolución ya existente, lo que conduce finalmente a la realización de una conducta<sup>2022</sup>. Es decir, se trata de la punición autónoma de modos de comportamientos que representan una incitación dirigida a una cantidad indeterminada de personas que provoca una conmoción social, una lesión de la «paz común», y pone en peligro de forma indirecta un bien jurídico determinado<sup>2023</sup>. Este modo de entender la naturaleza de la provocación se concentra en el carácter autónomo de ciertos elementos de la misma en relación con la inducción tipificada. Estos planteamientos no consiguen desvincularse del hecho de que la provocación sea una tentativa de inducción (en sentido amplio). De hecho, parecen reafirmar esta postura, pues al admitir que la provocación y la inducción comparten ciertos elementos comunes están reconociendo que en cierta medida pueden tener una naturaleza común.

Los planteamientos que defienden que la provocación *no es una forma de inducción* porque no puede ser incluida en la descripción típica de la inducción no se oponen a lo que aquí defiende. Al contrario, refuerzan el hecho de que la provocación

---

respecto a la inducción en un sentido estricto pues como el autor reconoce (es peligroso identificar «la inducción (scil. en sentido estricto) con la conducta menos grave de provocación», op. cit, pág. 539) ambas parecen estar en una escala de progresión del injusto en la cual la provocación (tentativa de inducción) se sitúa en un escalón inferior a la inducción en sentido estricto.

<sup>2021</sup> Vid. por todos Rogall, K., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 16; Bubnoff, *LK11*, 111/4; Eser, *Sch/Sch*, 111/1. También hay quien mantiene que la provocación es una **peculiar invitación al delito** (Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 568). Si se sostiene que la inducción sólo puede ser privada, lógicamente la provocación no será ni una fase previa de la participación ni de la autoría sino una invitación a la comisión del delito que tendría que ser castigado penalmente como un tipo penal autónomo.

<sup>2022</sup> Hay quien considera que la provocación **no es una forma de inducción** porque se orienta a un grupo indeterminado de personas (así Welzel defiende que al provocador se le castiga como si hubiera cometido una inducción porque en realidad ésta no existe ya que la incitación no se ha orientado a un sujeto/s determinado/s, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*11, 73/ II 2). La falta de concreción del destinatario de la incitación impide identificar provocación con inducción o proposición a sujeto/s determinado/s, por ello es necesario la presencia del apartado final del art. 18.2 CP, que permite identificar provocación acompañada de ejecución del delito provocado con inducción a los efectos de evitar una laguna legal (Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 433-38).

<sup>2023</sup> Rogall, K., "Die verschiedenen formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 16-18.

pueda ser una forma de participación. Evidentemente en un sentido normativo la provocación no será una inducción porque no coincide con la conducta típica descrita en el art. 28<sup>2024</sup>, sin embargo, ello no implica negar que la conducta del provocador no sea una forma de inducción en un sentido amplio<sup>2025</sup>. Esto es, que se establezca cuál es la distinción existente entre dos tipos del Código penal a efectos de aplicación de los mismos no significa que ambos no se refieran a formas o especies de un mismo género de intervención en el delito: «...la incitación propia de la provocación en nada se diferencia cuantitativamente del requerimiento propio de la inducción. Ambos van encaminados a hacer surgir una voluntad criminal no existente»<sup>2026</sup>. En concreto, ambas son formas de incitación. Más allá de la terminología utilizada por el legislador las dos son inducciones, en un caso públicas y, en otro, privadas. Además, como muy acertadamente señala **Paeffgen**, aunque la inducción se defina típicamente en el § 26 StGB (Art. 28 CP) «el legislador no está imposibilitado para definir otras formas (scil. de incitación) -con otros criterios (como la influencia sobre personas no-determinadas)- como "formas-de-inducción"...»<sup>2027</sup>.

Por último, también se puede considerar que la provocación es un delito autónomo que posee un bien jurídico propio, que tiene un contenido del injusto que deriva directamente de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado<sup>2028</sup>. Este caso, normalmente previsto para la provocación y la apología, consiste en que se afirma que ambos artículos recogen, en su relación con un precepto concreto de la parte especial, una forma de lesión de un bien como la paz pública o la paz jurídica<sup>2029</sup>.

(2) La provocación es una **tentativa de inducción**<sup>2030</sup>. Desde la perspectiva de la teoría de la participación, la provocación, siempre que sea una inducción, es una

<sup>2024</sup> Siempre que el artículo se interprete de un modo restrictivo. Baste recordar al respecto que la generalidad de la descripción del art. 28 no impide considerar que abarca la inducción consumada y sus tentativas y la inducción privada y pública.

<sup>2025</sup> Dreher considera que «la provocación a muchos indeterminados a (scil. la realización de) un hecho concreto es en sí inducción», "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 323; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 26. En contra Fincke que sostiene que el § 111 StGB no es una inducción y su misión no es completar los vacíos de punibilidad dejados por los §§ 26, 30 StGB, Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 77.

<sup>2026</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 179; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 26.

<sup>2027</sup> Paeffgen, H-U., *NK*, 111/4.

<sup>2028</sup> Vid. al respecto Ruiz Antón, L.F., *El agente provocador...*, pág. 64-66; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 85 y ss; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 77 y s, 81.

<sup>2029</sup> Vid. cuarta parte, pág. 472 y ss.

<sup>2030</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 78 (que sostiene que la provocación es una forma de participación intentada); de igual forma Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 416; Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 301; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 139; Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1641; Bacigalupo, E., *Código penal*, pág. 559; Haeger, W., *Die Stellung des § 49a im System des Reichsstrafgesetzbuchs*, pág. 324 y s; Joecks, *StGB3*, 111/4.

tentativa porque el incitador ni ha creado la resolución delictiva, ni había una conducta principal que le sea imputable, lo único que se exige es que su acción vaya orientada a ese doble objetivo, y que sea capaz de crear esa resolución criminal. La cláusula final del art. 18.2 CP confirma que la provocación sólo recoge supuestos de tentativas de inducción, pues «si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción».

De hecho, aunque el art. 18.2 prevé el castigo de la provocación como inducción cuando va seguida de perpetración del delito, esto sólo incide sobre la naturaleza de la conducta y la capacidad de la misma para crear una resolución, pero en ningún caso puede exigir la orientación a un sujeto todavía no convencido<sup>2031</sup>, circunstancia que, por otro lado, no se puede probar<sup>2032</sup>.

(3) Esta consideración es incompleta porque no ha tenido en cuenta el carácter público de la incitación. Esto es, la ausencia de una conducta principal determina que la incitación sea una tentativa de inducción, ahora bien, ello no permite perder de vista que tenía que ser dirigida a una pluralidad indeterminada de personas. La provocación, por la falta de determinación del inducido, es una **tentativa de inducción pública**<sup>2033</sup>. Ahora bien, no lo es porque se realice únicamente a través

<sup>2031</sup> Como hace Cobo/Vives, *PG5*, pág. 725 nota 58.

<sup>2032</sup> Vid. al respecto Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 156.

<sup>2033</sup> Insisten en la falta de determinación a priori de la persona incitada en la provocación Quintero Olivares, G., "Los confines de la inducción", pág. 923, nota 6; Olmedo Cardenete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 880 y s; Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, pág. 899; Díaz-Maroto y Villarejo, J., "La apología específica del art. 268", pág. 298; Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pág. 391; López Barja de Quiroga, J., *PG*, III, pág. 428 y s; Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1145, nota 59; Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760; Moreno-Torres Herrera, M.R., *PG*, pág. 704; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 470 y s (aunque no queda claro si la provocación como tentativa de inducción colectiva lo es por el carácter indeterminado personal o numérico del destinatario). Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 151: «los casos más importantes de inducción no seguida de ejecución no son subsumibles en la definición de provocación, que no contempla ya la relación interpersonal aislada». Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 526, 532, 535: «el concepto de provocación contenido en el artículo 4.3º del anterior Código Penal (scil. y 18.1º del Código Penal de 1995, op. cit., pág. 535) exigía la utilización de un medio que difundiera la incitación entre un colectivo indiferenciado de personas; al excluirse de su ámbito a los destinatarios individualizados o concretos, resultaban también excluidos del mismo los supuestos de inducción privada o interpersonal que eran seguidos de ejecución del delito (inducción frustrada)». Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 163; el mismo, "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", aunque sostiene que «la provocación es una incitación de carácter general dirigida a un número indeterminado de personas para que cometan un determinado delito o una determinada clase de delitos» (pág. 15), y con ello parezca confirmar que la provocación es una tentativa de inducción pública, defiende que la inducción y la provocación son diferentes, de modo que las tentativas de inducción sólo son abarcadas por las proposición (pág. 16); el mismo *PG2000*, pág. 163. En realidad no se está oponiendo a lo que aquí mantengo, sino que la discusión se traslada a un plano terminológico en el cual la inducción sólo tiene una vertiente privada y que la incitación pública intentada se le va a llamar provocación.



de medios públicos<sup>2034</sup>. De hecho, la provocación incluye tanto la incitación realizada con medios de comunicación pública o de eficacia semejante como interpersonales siempre que se realice ante una concurrencia de personas. La publicidad de la provocación, como ya indique en las clasificaciones anteriores se haya en la falta de concreción del incitado, del inducido<sup>2035</sup>.

En contra **Del Rosal Blasco**<sup>2036</sup> que indica que la publicidad se refiere al medio de comunicación de masas utilizado. De modo que, la incitación pública sólo es aquella que se realiza con un medio público y no la dirigida a un grupo indeterminado de personas<sup>2037</sup>. No obstante, el citado autor en ciertos momentos de su exposición parece identificar el binomio privado/público con *el grado de determinación del destinatario de la incitación* y el *modo de expresión* de la incitación: «A la vista de la regulación contenida en nuestro texto punitivo, las incitaciones vertidas directamente sobre una persona concreta, aunque se hagan delante de otras muchas, son incitaciones perfectamente incluíbles en el art. 14, número 2, (scil. actual art. 28 CP) siempre y cuando el incitado comience la ejecución del delito; es decir, son incitaciones privadas, personales o directas. Las incitaciones públicas, esto es, *no directas*, son las que, efectivamente, se vierten genéricamente como semilla que se lanza al viento»<sup>2038</sup>. Sobre la confusión que ello provoca basta un ejemplo: el político que en un mitin increpa a sus electores a la comisión de un delito concreto, ¿no ha incitado con un medio *interpersonal* de eficacia semejante al medio de comunicación pública, *directamente* a un sujeto indeterminado a la práctica de un delito?

El provocador desconoce quién va a ser alcanzado por su incitación, lo cual es evidente cuando se recurre a un medio de comunicación como vía de transmisión de esa idea, e igualmente claro cuando se dirige a una concurrencia de personas

<sup>2034</sup> Como sostienen Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 566; Octavio de Toledo/Huerta, *PG2*, pág. 166; Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 507; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 724; y parece indicar Cerezo Mir, J., "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", pág. 15.

<sup>2035</sup> El BGH alemán reconoce que la diferencia entre el § 30 y el § 111 reside en la determinación del destinatario, BGH, Urt. V. 7.4.98 – 1 StR 801/97 (LG Traunstein), en NSTZ, 1998, pág. 403 y s. En la misma línea Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 35 y s, 88-90; Kühl, K., *StGB24*, 111/1; Tröndle/Fischer, *StGB51*, 111/3; Eser, *Sch/Sch*, 111/1, 4; Ebert, U., *AT3*, pág. 211; Bubnoff, *LK11*, 111/7, 10; Dreher, E., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 311-315; Zielinski, D., *AK*, 111/8; Paeffgen, H-U., *NK*, 111/14; Roxin, C., *LK11*, 30/24; Samson, E., "Die öffentliche Aufforderung zum Fahnenflucht an Nato-Soldaten", pág. 259 y s. En este sentido Geppert mantiene que la inducción se debe orientar a un sujeto concreto o a un grupo de autores determinado individualmente (*individuell bestimmten Täterkreis*). Pero, al mismo tiempo, defiende que la inducción indeterminada es abarcada en parte por el § 111 (provocación), con lo cual no está negando la existencia de la inducción indeterminada sino que precisa el ámbito de los tipos penales: el § 26 StGB se refiere a la inducción determinada, mientras que el § 111 StGB incluye supuestos de inducción indeterminada, Geppert, K., "Die Anstiftung", pág. 303; de igual forma Paeffgen, H-U., "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 609. Autor que sostiene que entre ambos tipos hay, por consiguiente una relación de exclusividad.

<sup>2036</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 156.

<sup>2037</sup> Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 105.

<sup>2038</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 115 y s (cursiva original).



que no conoce. En este último caso la existencia de una proximidad ideológica, de una vinculación personal entre el provocador y su auditorio, no determina necesariamente una concreción de los destinatarios de la incitación<sup>2039</sup>. Para lo que sí puede ser relevante este hecho es para poder afirmar con mayor facilidad la relación causal entre la incitación y la conducta delictiva cometida por alguno de los presentes en esa reunión. No obstante, no habrá una provocación cuando el autor tenga un control sobre la reacción de los reunidos, o cuando dirija su mensaje incitador a través de un medio de difusión a una persona/s concretas sobre las que mantenga una directa influencia<sup>2040</sup>. Si concurren estas circunstancias se resolverá por la vía de la inducción. Por ejemplo, el jefe de una organización terrorista en el momento que es detenido insta ante las cámaras a continuar con la lucha. Con esta declaración provoca a un número indeterminado de sujetos, pero al mismo tiempo se está dirigiendo al resto de los miembros de la organización. Mi solución de este caso sería: en lo relativo a los restantes miembros de la organización hay una tentativa de inducción privada que no sería recogida por la provocación, y por tanto no punible<sup>2041</sup>, tipo que sólo alcanzaría el mensaje lanzado a una comunidad indeterminada<sup>2042</sup>.

Estos supuestos de tentativa de incitación privada o determinada son impunes al carecer nuestro Código de un precepto similar al § 30 StGB. Para evitar esta laguna de punición se ha forzado la interpretación del tipo con el objetivo de admitir semejantes tentativas privadas de inducción. En verdad, el tenor literal del precepto no impide que la provocación pudiera orientarse a un sujeto concreto<sup>2043</sup>. Este enfoque

<sup>2039</sup> «También en reuniones privadas, o sea, cerradas de un partido, empresa, sociedad, etc., a las cuales sólo tienen acceso sus miembros, así mismo, puede darse el caso de que sean una multitud de personas, las cuales no pueden ser individualmente objeto de determinación de modo suficiente», Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, pág. 162 y s.

<sup>2040</sup> Zielinski, D., *AK*, 111/10; Bubnoff, *LK11*, 111/10.

<sup>2041</sup> En tanto no se haya comenzado con la ejecución de los actos terroristas, o no se haya tipificado de forma autónoma esta tentativa de inducción, como por ejemplo sucede con la inducción a la prostitución de menores (art. 187.1).

<sup>2042</sup> Similar Kühl, K., *StGB24*, 111/4, porque considera que la peligrosidad inherente a la provocación sólo concurre cuando hay una incitación a un grupo de personas indeterminado.

<sup>2043</sup> Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 185; Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 545; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 26; Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 291; autora que luego cambia de opinión con motivo de la nueva redacción del precepto en el art. 18.1 CP, y considera que la provocación se limita «a las incitaciones realizadas frente a un colectivo de personas», Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625. «No hay duda alguna sobre la posibilidad de admitir la aplicación de tal precepto en aquellos casos en que la instigación esté dirigida a una sola persona, siempre y cuando la misma se lleve a efecto ante un número importante de personas», Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 115, 122 y s; el mismo, "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 105. Rebollo, sostiene que

permite interpretar de tal forma la provocación que ésta abarcaría tanto la tentativa pública como privada de inducción<sup>2044</sup>. Y es que de la redacción del tipo cabría igualmente una interpretación extensiva que permitiera incluir la tentativa privada que fuera dirigida a una pluralidad determinada de personas, puesto que por «conurrencia de personas» se puede entender un grupo concreto, conocido y determinado por el inductor al que éste se dirige<sup>2045</sup>. Ahora bien, ¿qué sentido tendría la distinción entre provocación y proposición si provocación se entiende de modo que engloba algunos de los supuestos incluidos en la proposición?<sup>2046</sup> Si bien es cierto que la proposición se refería a unos casos limitados de la tentativa de

---

la inclusión del adverbio directamente no sólo acaba con la posibilidad de perseguir a las incitaciones vagas (como a continuación suscribiré), además, determina que se tiene que realizar «sobre el futuro ejecutor material y en referencia a la realización de un concreto hecho delictivo». De lo cual se deduce la posibilidad de castigar en la provocación tanto la inducción pública como la privada, Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 90. La contradicción es que si directo se interpreta como «vinculación con un sujeto determinado» cómo justificar, entonces, la posibilidad de sancionar la provocación efectuada sobre una persona no determinada. De este modo, sólo la incitación que a través de un medio masivo sea realizada sobre un individuo o grupo concreto podrá ser castigada como provocación, lo cual representa una reducción del ámbito de aplicación del tipo, y una imposibilidad de aplicación práctica por motivos de dificultad probatoria, pues sólo en contadas ocasiones podría probarse semejante exigencia de concreción.

<sup>2044</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 301 y s; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 139 y s; Rebollo Vargas, R., *La provocación y la apología*, pág. 91 y s; Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, pág. 126; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 4781. Cuello señala la tendencia que existía en la jurisprudencia del TS (hasta 1976) a identificar la provocación e inducción, situándose los problemas en la distinción entre provocación e inducción frustrada. Ello se debía a que la ausencia de la regulación legal de la tentativa de inducción obligaba al TS a conducir estos supuestos a párrafo III del art. 4 CPA, Cuello Contreras, J., "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 543-45. La STS 16 de noviembre 1987 (f.d.2.º) castigaba una tentativa de incitación al delito de falsedad en documento mercantil como una provocación. De igual modo la STS 13 de noviembre 1998, que no sólo sostiene que hay una provocación cuando A incita a B y a C a la comisión de un asesinato, sino que sigue habiendo provocación cuando B y C aceptan y cuando B ha comenzado y concluido la ejecución del delito (f.d.6.º). En este caso se identifica provocación con tentativa de inducción (con resultado primero y con resultado segundo) y, además, se llega a confundir la inducción con la provocación. La STS de 9 de febrero 1995 refleja con claridad esta inclinación a confundir provocación y tentativa de inducción: la conducta de X «quien sugirió a su compañero la idea del abuso sexual, precisamente al único que podía hacerlo por ir en el asiento posterior junto a la agraviada; se trató, en definitiva, de una provocación, que la sentencia describe con los verbos invitar, estimular o excitar, sin duda eficaz para la determinación del sujeto, y que al ser seguida de ejecución -art. 3 CP- transmutó al provocador en autor por inducción» (fundamento de derecho único). Vid. STS 21 de marzo 1986 (f.d. 2.º).

<sup>2045</sup> Parecido Rogall, K., "Die verschiedenen formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 16; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 179 y s. Dreher sostiene que la provocación del § 111 StGB se puede referir no sólo a un grupo indeterminado de destinatarios, también a un individuo concreto, "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 311 (que, no obstante, defiende que el peligro penalmente relevante de la provocación es orientarse a un sujeto indeterminado porque, en ese momento, crea un curso causal que no puede evitar por el desconocimiento de su destinatario, op. cit., pág. 312-14). STS 21 de septiembre 1987, considera que el destinatario de la incitación de la provocación puede ser un sujeto individual o indeterminado.

<sup>2046</sup> Considera que al incluir la tentativa de inducción en la provocación la figura de la proposición es superflua, Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 163.

inducción no se puede deducir de ello que el legislador desee perseguir todas las demás formas de tentativa de inducción a través de la provocación. Porque el termino en cuestión (conurrencia de personas) se interpreta en contra de reo y, además no, *incluye, en absoluto, ni a través de una interpretación forzada, los casos en los que hay una incitación verbal o escrita directa interpersonal a una sola persona, pues ni el medio tiene la eficacia de publicidad requerida, ni hay una concurrencia de personas.*

Otros autores han mantenido que la posibilidad de que la provocación incluya una tentativa pública y privada de inducción se deriva de la cláusula «cualquier otro medio de eficacia semejante». «A nuestro entender, la consideración de esta cláusula como un precepto abierto y no circunscrito únicamente a los medios dispuestos en el articulado, es el argumento esencial que posibilita una interpretación de la provocación en la que tengan encaje, ya no sólo las incitaciones públicas sino, también, las privadas, en tanto que, se pueden realizar provocación por otros medios que no son los expresamente señalados en los arts. 4.3 CPA o 18.1 NCP»<sup>2047</sup>. Ahora bien, esta interpretación parte de dos presunciones, primero, que la publicidad o privacidad se vincula con el medio de comunicación, segundo, que la citada cláusula permite la inclusión en el tipo de cualquier medio de comunicación interpersonal o público. Ya he señalado que no estoy de acuerdo con esta forma de interpretar la *publicidad*, creo que lo relevante es verificar si el destinatario era indeterminado. Así mismo, hay que tener en cuenta que la cláusula viene después de la enumeración de los medios de comunicación pública, por ello, sería más lógico entender que se refiere a otras formas de comunicación pública que puedan aparecer en el futuro, pero no necesariamente a las interpersonales. Esto conduciría a la paradoja de que una interpretación que pretende justificar la presencia de una tentativa de inducción en el art. 18.1 CP impide su persecución cuando no sea llevada a cabo por un medio de comunicación pública o ante una concurrencia de personas. De este modo, sólo tendrían cabida parte de los supuestos incluidos dentro de tentativa privada de inducción.

También se puede establecer que la provocación admite tentativas de inducción privadas o determinadas cuando se establece una distinción entre provocación e inducción únicamente en función de la ejecución efectiva del delito a que se incita<sup>2048</sup>. De este modo se mantiene que la inclusión de la cláusula final del art. 18, que expresa que la provocación seguida de consumación se castigará como inducción, si se interpreta a *sensu contrario* establece que una incitación no seguida del comienzo de la ejecución de un delito será punible como provocación<sup>2049</sup>. Aunque la

<sup>2047</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación*, pág. 85.

<sup>2048</sup> Defiende que se puede castigar como provocación la inducción que no va acompañada de una conducta principal, Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 856 y 185 y s, 189; Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, nota 28, pág. 152. En contra de esta última afirmación Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 28, porque sólo se castigará la inducción no seguida de ejecución efectuada con alguno de los medios descritos en el art. 18.

<sup>2049</sup> Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, I, pág. 246 y s; Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice*, pág. 165, nota 163; Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 139; el mismo, "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción", pág. 105, 107; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1524; STS de 16 de Noviembre 1987 (f.d.1.º).

provocación no sea en sentido estricto una inducción frustrada, está interpretación forzada de la categoría tendría como objetivo evitar la impunidad de esta forma imperfecta de la inducción<sup>2050</sup>. «Esta cláusula final del artículo 4.º (scil. actual 18) contiene, pues, una norma de extensión de la pena del provocador al inductor fracasado...»<sup>2051</sup>. En definitiva esta tesis, como con claridad expone **Mira Benavent**, sostenía que «la provocación era una incitación no seguida de ejecución y la inducción una incitación seguida de actos ejecutivos, y cuya fundamentación descansaba sobre todo en el último inciso del párrafo 3º del artículo 4 del anterior Código penal...»<sup>2052</sup>.

Cláusula final que, como acertadamente indica el citado autor se trata de una ficción jurídica que permite equiparar dos supuestos desiguales<sup>2053</sup>. Ello tiene sentido si se considera que la definición de la inducción recogida en el art. 28 se refiere a supuestos de incitación privada o determinada. De ahí que, para evitar la impunidad de la inducción pública o indeterminada consumada, se considere que esta deba punirse como si fuera una privada<sup>2054</sup>. Sin embargo, una interpretación a *sensu contrario* no conduciría a entender que la inducción no seguida de ejecución fuera provocación, sino que «si a la provocación... no hubiere seguido la perpetración del delito, no se castigará como inducción»<sup>2055</sup>. «De las dos únicas proposiciones que nos proporciona el artículo 4.3º del anterior Código (definición de provocación y norma para la provocación seguida de perpetración), nunca podremos deducir que la inducción frustrada o la no seguida de ejecución se ha de considerar como una forma de provocación. Para eso no nos queda más remedio que admitir implícitamente o presuponer una nueva proposición o premisa, seguramente basada en la similitud de ambas figuras que nos permita extender el concepto de provocación definido en el artículo 4.3º de código anterior a todas las inducciones del artículo 14.2º que se frustren o no sean seguidas de ejecución»<sup>2056</sup>.

En suma, la provocación posee dos requisitos. El primero de ellos, legalmente previsto, establece que sólo se sancionará una incitación que haya sido efectuada a través de alguno de los medios de comisión descritos en el tipo. El segundo, de carácter

<sup>2050</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 567 y s.

<sup>2051</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 568 (cursiva original).

<sup>2052</sup> Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 518 y s. Autor que recoge numerosas decisiones jurisprudenciales que utilizan esta tesis para fundamentar la punición de la tentativa de inducción por la vía de la provocación, op. cit., pág. 519 y nota 47 y s.

<sup>2053</sup> Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 520.

<sup>2054</sup> En ese sentido Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 140; Gómez Rivero, M.C., *La inducción*, pág. 301. No obstante, no estoy de acuerdo con los autores en que tal cláusula tenga un valor declarativo que permita incluir en la provocación las tentativas de incitación privadas. Igualmente crítico Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 526 y s.

<sup>2055</sup> Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 521 (cursiva original).

<sup>2056</sup> Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 521.

dogmático, exige que la incitación sea pública. Cuando el requisito de la *publicidad* se identifica con el carácter público del medio de transmisión de la incitación realizada, la provocación admite la sanción de las tentativas de inducción privadas (a sujeto concreto) que hayan sido cometidas a través de los medios de comunicación descritos en el art. 18 CP. Es decir, no habría problema para incluir en la provocación la tentativa privada o determinada de inducción, expresa o implícita, verbal o escrita a través de un medio público (o de eficacia semejante) o ante una concurrencia de personas. Sin embargo, cuando se entiende que *publicidad* equivale a *carácter indeterminado* del destinatario de la incitación, entonces, la provocación se debe reducir a los supuestos de tentativas de inducción sobre un sujeto indeterminado que se hayan llevado a cabo a través de alguno de los medios típicos. Así, el tipo de provocación recogería únicamente las formas mediante las cuales se puede intentar crear una resolución delictiva en un grupo de personas indeterminado: un medio de comunicación pública (los descritos en el tipo o «cualquier otro medio de eficacia semejante»), una comunicación directa con un grupo (indeterminado) de personas<sup>2057</sup>.

Habría una tercera opción. He considerado que los dos requisitos deben concurrir de forma copulativa, sin embargo, también se puede entender que están en una relación disyuntiva. De este modo, la provocación permitiría el castigo de la tentativa pública y privada de inducción si se defiende que los dos requisitos que determinan la figura, a saber, la utilización de un medio de difusión y su carácter público, no tienen que concurrir al mismo tiempo, la presencia de uno de ellos basta<sup>2058</sup>. El artículo 18 incluiría cualquier clase de tentativa de inducción (determinada o indeterminada en su objeto – criterio de determinación personal-) que haya sido efectuada por los medios de comunicación pública típicos y, además, cualquier tentativa de inducción *numéricamente* indeterminada (concurrencia de personas). No obstante, no serían abarcadas por el tipo las tentativas de inducción privadas o determinadas efectuadas a través de un medio de comunicación interpersonal.

Luego, según como se interprete el tipo habrá o no habrá provocación cuando el incitador mediante un medio de comunicación pública se dirige a una pluralidad de personas concretas<sup>2059</sup>.

<sup>2057</sup> «De ello, por otra parte, se deduce que un grupo de personas no pueden ser al mismo tiempo determinados en el sentido de la inducción y la tentativa de inducción e indeterminado en el sentido de la publicidad del tipo de provocación», Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten*, §111, pág. 90. De igual forma Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 609; el mismo, *NK*, 111/14 sostiene que entre ambos tipos (§§ 26 y 111 StGB) hay, por consiguiente una relación de exclusividad. Próximos Stree, W., "Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten", pág. 1179; Eser, *Sch/Sch*, 111/4; Bubnoff, *LK11*, 111/4. De modo que sería posible un supuesto de concurso ideal de delitos entre la inducción y la provocación, cuando con un mismo acto incitador, se intente incitar a destinatarios determinados o indeterminados, Eser, *Sch/Sch*, 111/23; Bubnoff, *LK11*, 111/33; Rogall, K., "Die verschiedenen formen des Veranlassens fremder Straftaten", pág. 18. A favor de la subsidiariedad Kühl, *StGB24*, 111/10; Zielinski, *AK*, 111/21; Busch, *LK9*, 49a/9; Frank, *StGB*, pág. 130.

<sup>2058</sup> Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten*, §111, pág. 68.

<sup>2059</sup> Stockmann (*Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten*, §111, pág. 68) insiste en que la exigencia de la concreción o no dependerá de como se interpreten elementos del tipo como «Öffentlichkeit», «Versammlung»...



En resumen, definiendo que la provocación es una incitación pública en cuanto indeterminada en lo relativo al sujeto que va a recibir la misma. Sin embargo, el precepto se puede interpretar se puede interpretar de tal modo que admitiera las incitaciones privadas o determinadas realizada por los medios descritos en el tipo. Solución que me parece, no obstante, una vulneración de la voluntad del legislador.

En el proceso de tramitación parlamentaria se observa como la intención del legislador fue no dar cabida a la tentativa de inducción, pese a la oposición de ciertos grupos parlamentarios (Grupo Popular) que propusieron la enmienda del artículo con el objeto de permitir la punición de las mismas<sup>2060</sup>.

(4) La provocación es una **tentativa expresa, con capacidad de motivación, de inducción pública**. O sea, no se admite con carácter general las incitaciones implícitas como formas de provocación, ni aquéllas que carezcan de capacidad de persuasión suficiente (ya sea intrínseca, ya sea por la incapacidad del medio utilizado).

La palabra clave que establece este recorte del ámbito de la provocación será «directamente». En el Código penal de 1973 la presencia del adverbio «directamente» determinaba la reducción del ámbito de aplicación de la provocación a la incitación pública. En la anterior redacción del art. 4.3 CPA no aparecía ese adverbio que sí estaba presente en la definición típica de la inducción. La ausencia del término en la provocación mostraba como el legislador, movido por criterios de política criminal, había decidido limitar la inducción a la inducción privada, mientras que la pública era abarcada por la provocación. La «...confirmación de esta relación entre inducción y provocación que obliga a reservar a la primera las incitaciones interpersonales, es la inclusión en el art. 14.2 (scil. actual 28) del adverbio «directamente», por contraposición a su ausencia en la tipificación de la provocación, adverbio que marcaría así la única diferencia –los destinatarios– entre ambos tipos»<sup>2061</sup>. Otra interpretación que considerara que «directamente» se refería a la capacidad de sugestión de la incitación (expresa, indubitable e inequívoca<sup>2062</sup>) quedaba excluida

<sup>2060</sup> Vid. la exposición de este proceso en Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 817-21.

<sup>2061</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 118. Del Rosal Blasco consideraba que directamente se refería a los medios utilizados (y no a la estrategia de persuasión), interpersonales en la inducción, masivos en la provocación al no aparecer en el antigua redacción de la provocación el término *directamente*, pág. 119, 149: la provocación recoge preestadios de la inducción y otras incitaciones que no son auténticas inducciones, realizadas con un medio público que sólo son punibles en sus preestadios como provocación y si se consuman como inducciones gracias al párrafo final incluido en el art. 4.3 CPA, Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 113-16; Muñagorri Laguía, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", pág. 1014.

<sup>2062</sup> Términos tomados de Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 112.



porque al no venir recogido el término en cuestión en el art. 4.3 CPA pareciera entonces que este tipo permitiera la punición de modos de inducción de escasa intensidad<sup>2063</sup>.

La inclusión en la redacción actual de la provocación del adverbio «directamente» podría plantear la duda de si con ello se ha acabado con la limitación de ámbitos que proponía Gómez Rivero. Efectivamente, la nueva redacción de los preceptos del Código penal en donde aparece «directamente» tanto en la descripción típica de la inducción como de la provocación no permite seguir manteniendo esa interpretación, pues conduciría a sostener que la provocación sólo admite la tentativa de inducción privada realizada por los medios descritos en el tipo.

Las cosas así, opino que el recurso al término «directo» puede tener un sentido distinto en la inducción que en la provocación. En el primer caso, se hace referencia a la conexión con un sujeto concreto, en el segundo, sin embargo, hay una remisión al modo según el cual se comete la inducción y a la capacidad de motivación que debe poseer la incitación<sup>2064</sup>.

(a) Esto es, por un lado «directo» se refiere al modo de manifestación de la incitación y equivale en cierta medida a «expreso». Por consiguiente, no se incluirán en el tipo como formas de provocación las inducciones en donde falta una incitación al delito que haya sido formulada de modo expreso<sup>2065</sup>. Ahora bien, establecer cuándo hay una incitación expresa no es una actividad fácil, pues en ciertas ocasiones se tendrán que interpretar los términos utilizados en función del contexto cultural, histórico, del medio de difusión o el lugar donde tiene lugar la manifestación, la forma de expresión, las circunstancias del incitador y del marco de posibles destinatarios...<sup>2066</sup>.

<sup>2063</sup> Como pone de manifiesto Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 100, 112; el mismo, *La provocación...*, pág. 116 y s, 149 y s,

<sup>2064</sup> En contra Ruiz Landáburu (*Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 27) que sostiene que directo se refiere en la provocación igualmente a la «necesidad de determinación del sujeto inducido». Si esto fuera así no se podría castigar ningún supuesto de provocación tanto porque en la mayoría de las veces se orienta a un sujeto indeterminado, como porque en otras no es posible probar que exista esa concreción en el destinatario de la provocación.

<sup>2065</sup> Cobo/Vives, *PG5*, pág. 724; Cerezo Mir, J., "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", pág. 15; el mismo, *PG2000*, pág. 163; el mismo, "Actos preparatorios y tentativa", pág. 43; Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, pág. 916; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 99. En Alemania exigen la presencia de una clara llamada al delito en la incitación propia de la provocación Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 603 y s; el mismo, *NK*, 111/12; Bubnoff, *LK11*, 111/8 y s; Zielinski, D., *AK*, 111/7; Bloy, R., "Zum Begriff des Aufforderns", pág. 206; Eser, *Sch/Sch*, 111/3; Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 38 y s, 62: porque carecería de la «demostrativa expresión de desprecio de la voluntad estatal expresada de forma especialmente intensa en los tipos penales», op. cit., pág. 62.

<sup>2066</sup> Observa esta dificultad a la hora de establecer cuándo hay una "llamada" al delito Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 606-608, especialmente cuando la apelación es una

El contexto, por consiguiente, es el factor que nos ayuda a precisar si un enunciado concreto representa una apelación expresa al delito. Ello se debe a que existe una diferencia entre significado de un enunciado y la fuerza ilocucionaria de este<sup>2067</sup>. O sea, aunque se pueda llegar a saber las palabras que un sujeto ha utilizado, el sentido de éstas y las realidades a las que se refirió no se pueden determinar *per se* si se trata de una orden, de un consejo, de una incitación..., sino que ello dependerá de las circunstancias o contexto en que se efectuó el acto del habla, que determina la fuerza ilocucionaria o de acción de ese enunciado. Un mismo acto de habla (acto locucionario) puede implicar la realización de determinadas acciones o distintos actos ilocucionarios (consejo, advertencia, amenaza...) en función de la fuerza locucionaria que en cada supuesto posea el enunciado, lo que depende de las convenciones que rigen el uso del lenguaje<sup>2068</sup>. En suma, ello se une a las tendencias dentro de la teoría general de la acción que sostienen que la acción u omisión de un sujeto sólo pueden ser interpretadas y comprendidas si se conocen y aplican las reglas y convenciones que las rigen y en las cuales se desarrollan<sup>2069</sup>. Es evidente que existe una provocación expresa si se grita en una reunión «¡Matad a la policía!». Pero, ¿hay una incitación expresa cuándo se incita a «enfrentarse con la policía en la manifestación». Dependerá del contexto en que se haya llevado a cabo. Obviamente habrá que afirmar su presencia si se practica durante una manifestación violenta de extremistas en donde los sujetos presentes portan armas... No hay una llamada expresa al delito, sin embargo, cuando se efectúa la declaración horas antes de su comienzo. *Otra cuestión es que esa llamada expresa tenga que ser a un delito concreto. Por tanto, no sólo habrá que analizar si existe esa «apelación expresa» sino si se ha determinado suficientemente a qué delito. En la práctica la imposibilidad de precisar adecuadamente alguno de estos dos elementos tiene que conducir a la impunidad de la incitación.*

---

exageración o un acto de cinismo, el mismo, *NK*, 111/12. No obstante, en este punto no hay que determinar si el llamamiento es expreso, sino si a tenor de las circunstancias había una incitación suficiente y si el sujeto deseaba generar una incitación al delito.

Un ejemplo de determinación a tenor de las circunstancias históricas, sociales... en Bloy, R., "Zum Begriff des Aufforderns", pág. 207; Bubnoff, *LK11*, 111/23.

<sup>2067</sup> En la exposición sigo a Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 489 y s, que a su vez, explica la teoría de Austin, J.L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, 4 reimpresión, Barcelona, 1996, pág. 142 y ss.

<sup>2068</sup> Por último, existe un tercer acto del habla: el acto perlocucionario. Este término se refiere al efecto que un acto locucionario e ilocucionario tienen sobre su destinatario. Por ejemplo, un *enunciado* que tiene *fuerza de amenaza* puede tener *efecto* en la medida en que intimide a su destinatario o no.

<sup>2069</sup> Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 496 y s.

Del mismo modo, la reproducción de la provocación realizada por un tercero (p.e., por los medios de comunicación) no será una provocación<sup>2070</sup>, a no ser que exista una identificación expresa con lo que se reproduce<sup>2071</sup>.

(b) Ahora bien, el término «directo» es más amplio, y se vincula a la capacidad de creación de una resolución que tiene el comportamiento, es decir, no sólo excluye las incitaciones implícitas, sino que también descarta las formas de incitación (b.1) con escasa capacidad de motivación<sup>2072</sup>, a saber, aquellas incitaciones que consisten en una (b.1.1) invitación, consejo o indicación de una posibilidad, (b.1.2) una exageración, un absurdo, críticas<sup>2073</sup> (y manifestaciones culturales en ese sentido), (b.1.3) consignas o slogan<sup>2074</sup>, o (b.2) que no se han vertido de un modo apropiado en un medio adecuado para alcanzar al destinatario indeterminado<sup>2075</sup>: las palabras sean inteligibles y se pueda comprender su contenido (p.e., no se pudieran oír o se realizara la incitación en un idioma extranjero para el destinatario) y que al interlocutor le puedan alcanzar las palabras o escritos (la emisión no ha tenido lugar)<sup>2076</sup>. No obstante, la posible ausencia de una manifestación expresa de la

<sup>2070</sup> Bubnoff, *LK11*, 111/10c. En Alemania sí sería viable admitir la presencia de una complicidad a la provocación (Bubnoff, *LK11*, 111/10a) siempre que concurren los requisitos subjetivos de la misma. Respecto a la posibilidad de admitir una complicidad (a la incitación pública) en los supuestos de reproducción de conducta provocativa por un medio de comunicación (ahora bien, en lo relativo a la apología del § 140 StGB) vid. la exposición de Hanack, *LK11*, 140/35-37.

<sup>2071</sup> Bubnoff, *LK11*, 111/10a.

<sup>2072</sup> En Alemania se distingue una interpretación amplia o estricta del § 111 StGB según se incluyan ciertas formas de incitación con escasa capacidad motivación (p.e., estimular o incentivar) o no, Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, §111*, pág. 59 y s. Autor que defiende una interpretación amplia: siempre que haya una apelación expresa a la comisión de hechos delictivos existiría una provocación penalmente relevante, op. cit. Pág. 63. En contra, Paeffgen, que requiere una cierta capacidad, de modo que excluye consejos, indicaciones, absurdidades, Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 607 y s; en la misma línea Bubnoff, *LK11*, 111/7b, 9.

<sup>2073</sup> Horn considera que en estos casos no hay una provocación porque carece de *impresión de seriedad*, Horn, *SK*, 111/14c; próximo Bubnoff, *LK11*, 111/8c.

<sup>2074</sup> Sobre la posibilidad de incluir estas conductas en el § 111 StGB vid. Bubnoff, *LK11*, 111/8b-d.

<sup>2075</sup> Estudia las consecuencias que en el ámbito penal tienen los *infortunios* a causa de los cuales hay una comunicación insatisfactoria a los que se refiere la teoría de los actos del habla, Ruiz Antón, L.F., "La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla", pág. 499 y s: los fallos en la comunicación pueden generar la carencia de relevancia penal del acto de habla, la realización imperfecta del mismo (por ejemplo cuando no llega a ser conocido este acto por su destinatario, o porque carecía de fuerza locutoria al no realizarse en las condiciones adecuadas).

<sup>2076</sup> Exige de modo parecido el carácter inequívoco de la incitación y una inmediatez entre el requerimiento y el destinatario, Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625. No obstante, es desafortunada la terminología utilizada, porque cuando la autora sostiene que «directamente» se refiere al carácter inequívoco e inmediato de la incitación no distingue con absoluta claridad los dos ámbitos de que se trata, a saber, la forma de expresión y la capacidad de motivación, sino que parece que las palabras utilizadas se relacionen sólo con la forma de expresión (explícita) y el medio utilizado, pero se olvida de la capacidad que *per se* tenga el comportamiento incitador que no necesariamente está vinculada a la forma de expresión. Una simple invitación al delito es una inducción expresa pero con una capacidad insuficiente,

incitación que se observa en los casos 1.2 y 3 impedirá en muchas ocasiones llegar a plantearse si su capacidad de motivación es suficiente.

De la expresión, «u otro medio de posible eficacia» recogido en la redacción del art. 4.3 CPA («otro medio de eficacia semejante», en el actual art. 18), ha extraído parte de la doctrina la exigencia de que la provocación se realice mediante una incitación capaz de crear una resolución delictiva. Pero precisando que en provocación la eficacia deber ser sólo *posible* y en la inducción debe ser *eficaz*, así que «mientras que en la inducción es preciso que ésta haya *determinado efectivamente la resolución de cometer el delito*, en la provocación sería suficiente con que la incitación hubiera *estimulado, impulsado, confirmado o simplemente recaído sobre una resolución criminal preexistente*»<sup>2077</sup>. Como ya he expuesto me opongo a un planteamiento que exija a la incitación de la provocación una capacidad de motivación inferior a la de la incitación propia de la inducción<sup>2078</sup>. Por otro lado, el término *posible eficacia* o *eficacia semejante* no se refiere al contenido de la incitación, sino a las formas típicas de comisión de la provocación. El precepto no sólo describe las formas de comisión de la incitación pública, como ya hace el § 111 StGB<sup>2079</sup>, además, recoge una cláusula que permite la inclusión de cualquier otro medio de comunicación que permitiera conectar una llamada seria y expresa a la comisión de delito con un destinatario indeterminado<sup>2080</sup>.

No obstante, de nuevo hay que tener en cuenta, en lo relativo a la incapacidad motivadora de la acción, que las circunstancias que adicionalmente concurren en el caso concreto pueden determinar la relevancia del comportamiento<sup>2081</sup>. Aquí, nos encontramos con una disyuntiva. Si admitimos que puede haber una *llamada al delito* a tenor de las circunstancias, o que la *capacidad motivadora* de una incitación depende también de la situación en que se efectúa, difícilmente se puede exigir

---

salvo que a tenor de la circunstancias se deduzca lo contrario. De igual forma Del Rosal Blasco utiliza el término *expreso* para referirse a la inducción con capacidad de sugestión, en vez de conectarlo con el grado de explicitud de la inducción, tal y como defiendo en este trabajo, Del Rosal Blasco, B., "Sobre los elementos del hecho típico de la inducción", pág. 112.

<sup>2077</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 125 (cursiva original) con motivo del planteamiento de Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 186 y s.

<sup>2078</sup> En el mismo sentido Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 125.

<sup>2079</sup> De hecho el § 111 StGB distingue tres diferentes modos de comisión de la conducta provocatoria: *pública, en reunión, difusión de escritos*. Vid. por todos Paeffgen, H-U., *NK*, 111/20-27; Horn, *SK*, 111/6; Tröndle/Fischer, *StGB*51, 111/4a; Eser, *Sch/Sch*, 111/7-10; Bubnoff, *LK*11, 111/12-17a.

<sup>2080</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 132; de forma parecida Mira Benavent que con la cláusula del 4.3 CPA se hace referencia a «la *eficacia difusora del medio* empleado en la provocación, por lo que la misma requería en consecuencia que la incitación se proyectara sobre una colectividad de personas», Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 525.

<sup>2081</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 126. Entiende igualmente que la provocación no incluye los simple consejos o indicaciones salvo que del contexto de la situación se desprenda otras cosa Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 81, 90; Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 605.

Sobre la importancia de las circunstancias adicionales a la hora de determinar la relevancia de ciertos modos de inducir con escasa capacidad de motivación vid. cuarta parte, pág. 486 y ss.

una grado de concreción a la actividad de incitación del inductor<sup>2082</sup>, pues puede ser, por ejemplo, que no quede claro en su manifestación cuál sea el bien jurídico atacado. Hay que ser bastante estricto en la apreciación de una incitación pública directa (expresa y capaz) a la comisión de delitos si se quiere dejar un espacio a la libertad de expresión y crítica<sup>2083</sup>. Por ello, se debe poder deducir de lo manifestado una llamada seria y suficiente en un medio idóneo a la comisión de un delito concreto. Esto es, debe poder vislumbrarse en la manifestación una evidente, suficiente e idónea llamada a la realización de un delito reconocible como tal<sup>2084</sup>.

Ahora bien, se mantiene que en esa apelación punible a un delito concreto<sup>2085</sup> (reconocible como tal<sup>2086</sup>) no sería necesario precisar ni el objeto o el sujeto del ataque<sup>2087</sup>, ni el lugar, ni el tiempo, ni el modo de ejecución previsto<sup>2088</sup>. Las cosas así, el mandato de determinación que pesa sobre el provocador es inferior al inductor<sup>2089</sup>, porque si fuera igual a éste no se podría castigar en casi ningún supuesto la provocación<sup>2090</sup>, pero es compensado por la falta de dominio sobre las

<sup>2082</sup> Se plantea expresamente este dilema pero con motivo del § 140 StGB, Hanack, *LK11*, 140/20.

<sup>2083</sup> Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 607. Autor que sobre el uso de la provocación por un Estado de Derecho opina que, aunque es una opción legítima, debe evitarse su uso desproporcionado para la obtención de efectos disuasorios. «Conectar el tipo más estrictamente a las reglas de la participación así como someterlo a otras restricciones (scil. contacto inmediato entre inductor e inducción, dolo de 2 grado en el inducido) podría ayudar a hacer del § 111 un instrumento que se pudiera utilizar para una protección anticipada, defendible y manejable, del bien jurídico y, finalmente, servir de hecho, por ello, también a la paz interna», Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 624.

<sup>2084</sup> Horn, *SK*, 111/14b.

<sup>2085</sup> STS 21 de marzo 1986 (f.d. 2.º).

<sup>2086</sup> Determinado en sus elementos esenciales, vid. Rogal, K., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens frender Straftaten", pág. 17.

<sup>2087</sup> No exigen como requisito la determinación del objeto o sujeto de la actividad delictiva, Zielinski, D., *AK*, 111/8; Bloy, R., "Zum Begriff des Aufforderns", pág. 207; Tröndle/Fischer, *StGB51*, 111/4a; Rogal, K., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens frender Straftaten", pág. 17 y s; Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 612; Kühl, K., *StGB24*, 111/5; Horn, *SK*, 111/14b. En contra exige que por lo menos la víctima sea nombrada, aunque sea manera genérica, el BGH, sentencia del BGH v. 14.3. 1984 - 3 StR 36/84 (BGHSt. 32, 310); Eser, *Sch/Sch*, 111/13.

<sup>2088</sup> Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 612; el mismo, *AK*, 111/16; Zielinski, D., *AK*, 111/8; Horn, *SK*, 111/14b; Tröndle/Fischer, *StGB51*, 111/4a; sentencia del BGH v. 14.3. 1984 - 3 StR 36/84 (BGHSt. 32, 310). Sólo se refiere al tiempo y al lugar, Eser, *Sch/Sch*, 111/13; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 20.

<sup>2089</sup> Kühl, K., *StGB24*, 111/1; Tröndle/Fischer, *StGB51*, 111/4a; Eser, *Sch/Sch*, 111/3; Bubnoff, *LK11*, 111/7a, 23.

<sup>2090</sup> Herzberg, R., "Anstiftung zur unbestimmten Hauptat", pág. 618.

Figura delictiva que tiene precisamente su origen en que el legislador considera que hay una necesidad de castigar ciertas formas de incitación a la práctica de actos delictivos que no satisfacen los requisitos de imputación de la inducción. Próximo, Zielinski, D., *AK*, 111/1.

consecuencias de esa llamada al delito<sup>2091</sup>. A pesar de lo dicho debo aclarar que a la provocación como forma de inducción no se le debería rebajar de semejante modo el mandato de determinación, pues con ello se está autorizando en la práctica la persecución de las llamadas en abstracto al delito. Ahora bien, soy consciente de que la vigencia plena de una exigencia de determinación estricta conduciría a la inaplicación del tipo o, lo más probable, a la búsqueda de vías para mostrar que en cada caso hay una satisfacción de esa exigencia de concreción.

Algunos autores critican esta interpretación del término «directo» apoyados en lo complicado que es probar la eficacia de la incitación de la provocación, sobre todo si se tiene en cuenta que todavía no existe una conducta principal que haya sido efectuada: «obsérvese, no obstante, que, a diferencia de lo que a este respecto podría hacerse con la proposición (denotadora de una relación interpersonal), en la provocación sería difícilmente comprobable (*ex ante*) tal eficacia, habida cuenta de la naturaleza de los medios incitadores y de la indeterminación de los destinatarios»<sup>2092</sup>. Esta reflexión puede incidir en la dificultad que hay para determinar en abstracto la posible eficacia de una provocación<sup>2093</sup>. Sin embargo, ello no conduce a afirmar que sea imposible establecer si la incitación tenía una capacidad de motivación suficiente, sino que se tendrá que fijar para cada situación: «...la intensidad necesaria para que una incitación pueda ser, en principio, eficaz sólo es medible en concreto, teniendo en cuenta toda las circunstancias particulares del caso»<sup>2094</sup>.

La provocación engloba las incitaciones que *ex ante* tienen un contenido idóneo en función de las circunstancias concretas y han sido vertidas a través de un medio adecuado *aun cuando no hayan sido percibidas por el destinatario*<sup>2095</sup>. Esto es, no es necesario comprobar si el autor de la provocación ha conseguido los efectos (perlocucionarios) buscados por su enunciado incitador. La comprobación de que la fuerza ilocucionaria de nuestro acto de habla a producido el efecto deseado en el auditorio al que se dirige no puede ser, en este caso, relevante desde una perspectiva penal por una cuestión meramente probatoria: tal y como afirmaban Octavio/Huerta

---

<sup>2091</sup> Paeffgen, H-U., *NK*, 111/5; Dreher, D., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 312 y s; Bubnoff, *LK11*, 111/5. Crítico Artz/Weber, *BT*, 44/40, porque en la provocación la posibilidad de encontrar a un autor dispuesto a cometer un delito es inferior a la que existe en la inducción.

<sup>2092</sup> Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 437.

<sup>2093</sup> Vid. Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 126.

<sup>2094</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 126.

<sup>2095</sup> Próximo, Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. nota 57; Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", pág. 531. STS 21 de marzo 1986 (f.d. 2.º). En contra STS 13 de noviembre 1998 (f.d. 6.º).



es difícilmente comprobable si el destinatario ha llegado a recibir la incitación o no<sup>2096</sup>, por ello, basta con la emisión de a través de un medio de comunicación idóneo *ex ante*<sup>2097</sup>.

El desvalor de la acción consiste en la realización de un acto de habla asociado a una provocación expresa, suficiente e idónea. El desvalor del resultado no abarca la comprobación de que se ha producido el efecto deseado (efecto perlocucionario) sino de que el acto de habla se ha efectuado de tal forma que el auditorio pueda captar, aprehender la fuerza ilocucionaria vinculada al acto de habla (efecto ilocucionario)<sup>2098</sup>. La constatación de la presencia del efecto perlocucionario propio de la inducción, creación de una resolución delictiva, sí sería un requisito necesario del injusto propio de la inducción, que se consuma, en su resultado intermedio, sólo cuando se constate que existe ese efecto en el auditorio de destino.

No obstante, es cierto que la producción de estos efectos «no es algo que controle el hablante, ni tampoco es una consecuencia que necesariamente ha de producirse», es decir, «no son una consecuencia causal o natural derivada de la articulación y emisión de unos sonidos»<sup>2099</sup>. O sea, el hablante sólo puede realizar un acto de habla con una determinada fuerza ilocucionaria que pueda ser percibida por el auditorio de destino<sup>2100</sup>

<sup>2096</sup> «...La comprobación de este dato (scil. la percepción de la provocación por el destinatario) es poco menos que imposible... Lo que cobra relieve es la posible eficacia del medio empleado, y no el que sea captada de hecho por un tercero», Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 94. Considera que es casi imposible comprobar la relación causa-efecto en este contexto, Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 618; el mismo, *NK*, 111/29. En contra Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 133 y s que excluye las provocaciones realizadas sobre un sujeto ya resuelto. Es cierto que sería injusto castigar a un sujeto por una inducción que realmente no existe porque el inducido estaba ya resuelto, se estaría castigando con ello simples estímulos como incitaciones (pág. 134). Así en el caso concreto, una vez que se ha cometido el delito, hay que comprobar si la provocación influyó en la creación de la resolución delictiva para poder castigar la provocación como inducción. Sin embargo, no se puede mantener su planteamiento cuando no ha habido una conducta principal. No se puede olvidar que, en principio, la incitación que se incluye en la provocación se orienta a un grupo de sujetos indeterminados. Si no conocemos a los inducidos, cómo vamos a saber si están resueltos o no. Ni se puede llegar a conocer quién percibió la incitación ni el efecto que tuvo sobre él.

<sup>2097</sup> Lo cual implica que si no ha habido esa emisión, por ejemplo, porque ha habido un *secuestro* de la edición de un periódico donde aparecía tal incitación, o porque una caída de tensión deja sin luz a la emisora de radio, no se satisface el tipo de la provocación. De forma parecida Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 93 y s: «...hay que insistir en que cualquiera que sea la intención que anima al provocador, el peligro objetivo para el bien jurídico está en función del carácter de la incitación, siendo indiferente que se llegue o no a persuadir a alguien de que cometa el delito» (pág. 94). Próximo, Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 617, 617-620; Kühl, K., *StGB24*, 111/3.

<sup>2098</sup> Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 502-504.

<sup>2099</sup> Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 502 y s.

<sup>2100</sup> Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", pág. 503 y s.

y esperar que se produzca el resultado deseado y con ello se podría casi afirmar que incluso el injusto de la acción del inductor se agota con la emisión idónea de ese acto de habla suficiente.

Las cosas así, no será una forma de provocación relevante ni las incitaciones implícitas, ni las ineficaces, a saber, aquéllas que no tengan capacidad de motivación suficiente y que, además, no hayan sido realizadas por un medio inidóneo, es decir, aquél que no pone en contacto de modo adecuado el provocador con sus destinatarios<sup>2101</sup>. Es decir, se excluye del ámbito de punibilidad tanto las incitaciones que no reclaman una actuación delictiva como las que no pueden crear una resolución delictiva o las que no han sido «vertidas en un medio que, *ex ante*, no va a ser capaz de hacer llegar éstas hasta sus destinatarios»<sup>2102</sup>.

Por último, no se puede perder de vista que subjetivamente tiene que haber un dolo de consumación<sup>2103</sup>, pues ésta es la única forma de distinguir ciertas críticas necesarias en un Estado de Derecho, manifestaciones culturales (obras de teatro, libros, películas, canciones...), actos de cinismo, de una provocación al delito. Respecto a la clase de dolo que se requiere es necesario, cuanto menos, la presencia de un dolo de 2 grado<sup>2104</sup>.

Si se considera suficiente un dolo eventual<sup>2105</sup> la afirmación de la presencia de una incitación expresa, suficiente, idónea y determinada conducirá en la mayoría de las ocasiones a la satisfacción del requisito subjetivo, lo que representaría la desaparición del mismo. En el tipo que regula la provocación no hay referencia alguna a la voluntad concreta que deba poseer el provocador ni al papel que en el delito deba realizar el destinatario de la provocación. Al contrario que sucedía en la proposición, que exigía que el incitador estuviera resuelto a cometer el delito y que incitará al inducido a participar en la ejecución, la provocación sólo requiere que se incite a la perpetración del delito, esto es, que se quiera crear una resolución delictiva, y que obviamente se desee que la lesión al bien jurídico se consume. Al no existir ese límite subjetivo, se incluirían en el tipo las provocaciones a la autoría, a la coautoría

<sup>2101</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 131-33.

<sup>2102</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 133 (cursiva original).

<sup>2103</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 348; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 184; Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, pág. 921; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 22, 27; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 59; Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 620 y s; el mismo, *NK*, 111/32; Zielinski, D., *AK*, 111/13; Eser, *Sch/Sch*, 111/17; Artz/Weber, *BT*, 44/41. STS 20 de octubre 1997 (f.d. único).

<sup>2104</sup> Paeffgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB", pág. 620; el mismo, *NK*, 111/32; Eser, *Sch/Sch*, 111/17.

<sup>2105</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 357; Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, pág. 921; Kühl, K., *StGB24*, 111/6; Horn, *SK*, 111/7; Dreher, E., "Der Paragraph mit dem Januskopf", pág. 326; Bubnoff, *LK11*, 111/30.

e incluso a la participación<sup>2106</sup>. En todo caso, debo aclarar que con ello estoy tomando partido en la disputa sobre la interpretación del término «perpetración», que no considero que tenga que entenderse como «consumación»<sup>2107</sup> tal y como propone Mir Puig (porque sólo cuando se consume el delito -y no cuando simplemente se ejecuten- será castigada la provocación como inducción), ni como «ejecución»<sup>2108</sup>, sino que se refiere solamente a la voluntad del provocador, -*deseo de que se produzca la lesión del bien jurídico*-, que desde luego, abarca ambas fase de ejecución y consumación. El provocador pretende que comience la ejecución del tipo y obviamente que se consume el delito. El problema es que con ello se está planteando un debate sobre la accesoriedad estricta de la participación (realización de una conducta típica y antijurídica) y el resultado final de la incitación (consumación del tipo) que no tiene sentido en la provocación pues, desde el momento en que se ha previsto semejante tipo en el Código, se están castigando supuestos de tentativas de inducción en las que es irrelevante si se ha iniciado la ejecución o se ha consumado el tipo, normalmente porque todavía no ha comenzado una ejecución por el autor principal<sup>2109</sup>. Además, porque si existe un inicio de ejecución o una consumación habrá una dificultad a la hora de probar la relación causal entre provocación y delito, y porque si de esta correlación causal se puede sacar una regularidad que vincule acción delictiva y provocación, ésta última será castigada no como provocación sino como inducción, lo cual nos saca de la problemática de la provocación. Y es que si no era coherente «...apreciar que la perpetración es equivalente a la consumación cuando, en realidad, la provocación es, precisamente, una fase anterior al inicio de los actos de ejecución»<sup>2110</sup>, por el mismo motivo tampoco tiene sentido vincularla con la ejecución.

En resumen, son cuatro los aspectos que hay que analizar para poder reconocer la presencia de una provocación punible. En el supuesto en que un cantante incluye en sus letras: «acaba con la policía», habrá que determinar, primero, si «acaba» es

<sup>2106</sup> Considera que la provocación del § 111 puede referirse a la realización de una conducta preparatoria o participativa punible Tröndle/Fischer, *StGB*51, 111/4; Bubnoff, *LK*11, 111/21. Eser entiende que existe una provocación no sólo cuando el incitador tiene un dolo de inductor, también cuando, por ejemplo, desea intervenir como coautor en el delito, Eser, *Sch/Sch*, 111/5. Autor que también admite una provocación a la participación en otro delito, Eser, *Sch/Sch*, 111/13.

<sup>2107</sup> Mir Puig, *PG*6, 13/40; Cobo/Vives, *PG*5, pág. 724.

<sup>2108</sup> Del Rosal Blasco, B., *La provocación*, pág. 351; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 82.

<sup>2109</sup> De forma parecida Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 508; Del Rosal Blasco, B., *La provocación...*, pág. 197.

<sup>2110</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 83. Vid. , Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 508 y s; Del Rosal Blasco, *La provocación...* pág. 349.

una incitación expresa y si lo es para qué delito, es decir, si satisface el requisito de determinación. Segundo, si es capaz de producir una motivación suficiente para la realización de un delito concreto. Tercero, si se ha vertido en un medio idóneo, adecuado para alcanzar su indeterminado destinatario. Cuarto, si subjetivamente era la intención del cantante generar una resolución delictiva de tal calibre.

Con todo, la determinación del carácter directo (expreso y suficiente) de la conducta incitadora que puede ser identificable con una provocación punible y el grado de concreción de la conducta delictiva difícilmente se podrá efectuar de un modo tan analítico como aquí he practicado. No obstante, lo importante es que la constatación de la ausencia de uno tan sólo de estos elementos, a saber, la apelación reconocible y suficiente a un delito concreto permite negar la posibilidad de identificar la incitación en cuestión con la provocación descrita en el art. 18 CP. Es cierto que ello no da una solución exacta para todos los casos pero por lo menos representa la creación de vías para excluir de la provocación ciertas formas de incitación<sup>2111</sup>.

Así por ejemplo, **no serían** formas provocación relevante **la alabanza de hechos delictivos**<sup>2112</sup> (afirmaciones que alaban un delito o lo consideran «saludable, deseable, necesario, o inevitable»<sup>2113</sup>) porque en ellas no hay una apelación **directa** al delito, ni **la simple información objetiva**<sup>2114</sup> bien porque no hay una apelación directa al delito, bien porque carece del requisito subjetivo. De esta última, no sólo la que se puede incluir en el marco de la información periodística, también aquella información prestada en una situación delictiva, como por ejemplo, notificar el lugar y el tiempo en que se va a realizar una manifestación punible (art. 513.1 en

<sup>2111</sup> Como en otro contexto expone acertadamente Hilgendorf ( "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 13), si queremos una exactitud plena tendremos que castigar toda creación de una resolución como una inducción, sancionar toda incitación pública como una provocación.

<sup>2112</sup> Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 470: quedan excluidas del ámbito típico de la provocación «la mera exposición de ideas o el ensalzamiento de actos que, de forma indirecta, pudieran hacer surgir en otros la resolución de delinquir». Aunque luego se contradice cuando sostiene que la definición típica de apología era en cierta medida innecesaria porque la definición de provocación incluye «ensalzar públicamente el crimen o enaltecer a su autor incitando a la perpetración del delito», op. cit., pág. 471.

<sup>2113</sup> Paeffgen, H-U., *NK*, 111/6, 12; Bubnoff, *LK11*, 111/8a; sentencia del BGH v. 14.3. 1984 – 3 StR 36/84 (BGHSt. 32, 310).

<sup>2114</sup> Paeffgen, H-U., *NK*, 111/12; Bubnoff, *LK11*, 111/8. «...el art. 20 CE, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas», STC, 16 diciembre 1986, 159/1986, (f.d.6º).

relación con el 571 CP) o sobre la actividad y programa político de una asociación ilícita (art. 515).

La alabanza de la actividad delictiva es un modo de provocación implícita al delito impune. Por consiguiente tales comportamientos, provocaciones implícitas al delito, no podrían ser objeto de la persecución penal sin la previsión expresa al respecto recogida en el art. 18 CP o el § 140 StGB.

En conclusión, *la provocación es una tentativa de inducción expresa, suficiente, idónea, pública, a la autoría, coautoría o participación.*

### **C. La apología.**

Art. 18.1 CP: «Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer el delito».

En Alemania la apología se recoge en el § 140, que sólo prevé dos formas de comisión: *la recompensa del delito* ya realizado (Belohnung von Straftaten) o *la aprobación de delitos* (Billigung von Straftaten).

§ 140 StGB Recompensa y aprobación de hechos delictivos.

«Quien, después de que hayan sido realizados o intentados de modo punible uno de los hechos antijurídicos recogidos en el § 138 Abs. 1 a 5 y en el § 126 Abs. 1,

1. (scil. los) recompense o

2. en un modo adecuado para perturbar la paz pública (scil. los) apruebe en público, en una reunión o través de la difusión de escritos (§ 11 Abs. 3),

será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa».

El tenor literal del artículo presenta a la apología como una forma particular de provocación<sup>2115</sup>. De modo que, en principio la apología debe ser una tentativa de inducción *directa*, pública<sup>2116</sup>, a través de un medio de difusión<sup>2117</sup>, etc. La regulación

<sup>2115</sup> Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760; Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1143; López Garrido/García Arán, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, pág. 33; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 725; Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 38; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 33, 101. Autora que sin embargo luego considera que «en ningún caso la apología puede considerarse como una forma de provocación» sino una conducta que puede lesionar cualquiera de los bienes jurídicos tutelados penalmente, de modo que, la descripción del art. 18 no establece su naturaleza sino los requisitos que debe contener la conducta para poder ser objeto del reproche penal, op. cit., pág. 38, 102.

<sup>2116</sup> Considera que la apología dirigida a un sujeto individual es atípica, Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 36 y s.

<sup>2117</sup> La apología sólo se puede realizar a través de medios de difusión, Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760. Ahora bien, la interpretación de este concepto es amplia como demuestra la STS de 9 de mayo 1996 que considera que tiene cabida dentro del tipo de

actual de la apología, recogida en el art. 18 CP junto a la provocación y en donde se establece que sólo será punible como provocación directa, determina la imposibilidad de que ambas sean «realidades distintas *para la ley*»<sup>2118</sup>. Este planteamiento, excluye otras hipótesis que identifican a la figura en cuestión con un comportamiento postdelictivo conexo con la actividad delictiva prevista, con un acto preparatorio o con un tipo autónomo<sup>2119</sup>. Posicionamientos que se corresponden, respectivamente, con un modo retrospectivo, prospectivo y actual, del fundamento de la punición de la apología<sup>2120</sup>.

(1) Desde una posición retrospectiva se defiende que la apología es una forma de participación. Ahora bien, como no se puede sostener que la apología haya creado una resolución delictiva, ni que haya favorecido la comisión del delito<sup>2121</sup>, es decir, que coincida con las formas de participación ya existentes, la única opción sería plantear que estamos ante un nuevo tipo de participación distinto a la inducción y la complicidad. De este modo, se mantiene que la apología es un comportamiento participativo postdelictivo: una forma de cooperación ideal *ex post facto*<sup>2122</sup> que presenta ciertas semejanzas con el encubrimiento<sup>2123</sup>. El problema que tiene esta propuesta reside en que representa obviar las opiniones que defienden que «el encubrimiento no es una forma de participación... *stricto sensu*... sino más bien un

---

apología del art. 268 CPA la siguiente conducta: «El día 9 de Abril de 1993, víspera de una prueba ciclista que había de desarrollarse entre las localidades de Urretxu y Zumárraga, los acusados Xabier, Ramón María y Raquel, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, sobre las 2 horas y provistos de diversos útiles de pintura, y en concreto de dos rodillos de los utilizados para pintar de unos 25 a 30 cms. de anchura y de un bote de pintura verde, realizaron sobre el pavimento de las calles E. e I. de la localidad de Zumárraga 4 pintadas en las que se ensalzaba y loaba a la organización terrorista E.T.A., pues en una de ellas, realizada en la Avenida I., a la altura del nº ... de la misma, se expresaba la leyenda E.T.A. jotake, que traducido del euskera significa E.T.A. adelante, y en las otras tres, llevadas a cabo en la calle E. a la altura de la Iglesia parroquial N., junto al paso de cebra y en su confluencia con la calle S. respectivamente, se leían las siglas E.T.A., correspondientes a las iniciales de las tres palabras que integran el nombre completo de la organización terrorista vasca, cuya denominación es Euskadi Ta Askatasuna», (antecedente de hecho 1.º).

<sup>2118</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 22 (cursiva original).

<sup>2119</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del *Iter criminis* (artículos 16-18)", pág. 154; Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760; Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 19-26; Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 102.

<sup>2120</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del *Iter criminis* (artículos 16-18)", pág. 154; el mismo, "Teoría de la infracción penal", pág. 182. De igual forma Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 115 y s.

<sup>2121</sup> Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 116 y s.

<sup>2122</sup> Al respecto, vid. Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 83 y s.

<sup>2123</sup> Reconoce la presencia de estas semejanzas Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 19.



delito con sustantividad propia»<sup>2124</sup>, esto es, que la vía de la participación en el delito (por lo menos en su sentido clásico) queda excluida en la medida en que su existencia requiere una conducta previa o coetánea a la ejecución<sup>2125</sup>. Este requisito se basa en el hecho de que no se puede intervenir en el delito una vez que se ha consumado el mismo, así que, actuaciones posteriores que dificultan la acción de la justicia penal serían agresiones autónomas a bienes jurídicos independientes que nada tienen que ver con el atacado por el autor, a saber, no tienen que ser necesariamente el mismo y no están en una relación de accesoriedad. Desde el instante en que se defiende la imposibilidad de una participación *ex post* en el delito queda automáticamente excluida la posibilidad de justificación de apología por esta vía.

Ahora bien, algunos autores sostienen que esta solución (la de la participación *ex post* próxima al encubrimiento) no es válida porque no se pueden «apreciar elementos fundamentadores de la punibilidad en la solidaridad con el autor o la legitimación *ex post facto* de su hecho»<sup>2126</sup> que permita justificar la creación de una figura de forma semejante a como se hizo con el ya citado encubrimiento<sup>2127</sup> pues con esa vinculación ideológica con el hecho efectuado con anterioridad «ni se afecta al bien jurídico ya lesionado ni a la Administración de Justicia»<sup>2128</sup>. Se trata, por

<sup>2124</sup> Díaz y García de Conlledo, M., "Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo código penal de 1990", pág. 1030 (cursiva original); Juanes Peces, A., "La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho", pág. 1675; López Peregrín, M.C., *La complicidad*, pág. 363, nota 2; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 181.

<sup>2125</sup> López Barja de Quiroga, J., "La accesoriedad", pág. 404; el mismo, *PG*, III, pág. 406; Díaz y García de Conlledo, M., "Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo código penal de 1990", pág. 1030; el mismo, *EJB*, pág. 4780; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 181; López Garrido/García Arán, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, pág. 55; De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno", pág. 1219; Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, pág. 93; Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 117. Autor que señala que tampoco sería correcto partir de la *ficción* que reza: considerar que al igual que en derecho civil una autorización tiene efectos a retroactivos, la apología puede igualmente tener los efectos propios de la participación efectuada antes o durante la ejecución, op. cit., pág. 117. No es viable no sólo porque no hay «autorización con fuerza retroactiva en en Derecho penal» (op. cit., pág. 117), también se opone a un concepto de Derecho penal del hecho.

<sup>2126</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 154 (cursiva original); el mismo, "Teoría de la infracción penal", pág. 182.

<sup>2127</sup> En el encubrimiento hay una lesión de intereses (en conexión con la administración de justicia o la protección de la propiedad), mientras que en la apología hay una vinculación ideológica con el autor, esto es, una especie de solidaridad moral *ex post*, Maqueda Abreu, M.L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 19; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 83 y s, nota 125.

<sup>2128</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", nota 396. Próximo Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 19; Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 102.

consiguiente, de «una especie... de solidaridad moral *ex post*, jurídicamente irrelevante»<sup>2129</sup>. Esta crítica es acertada, cuando se afirma que con ello no se afecta al bien jurídico ya lesionado y que, por tanto, no puede ser una forma de participación. Es errónea cuando se sostiene que la apología no lesiona el bien jurídico protegido por el encubrimiento (patrimonio y/o administración de justicia) y, por consiguiente, requeriría generar o encontrar un bien jurídico que pudiera ser vulnerado por medio de la solidaridad con el autor y/o su hecho. Su equivocación reside en que, aunque es cierto que no lesiona el bien jurídico del encubrimiento y que por ello no se puede identificar con esta figura, semejante distinción no se practica desde posición retrospectiva sino actual<sup>2130</sup>.

(2) Una posición prospectiva considera que la apología es ora una forma de inducción, ora una especie de la provocación, ora un modo de complicidad psicológica<sup>2131</sup>. La presencia de cada una dependerá de la constatación de que la conducta del incitador haya sido el origen de una resolución delictiva en un sujeto determinado, en una pluralidad de sujetos indeterminados, o simplemente refuerce la resolución ya existente.

Critica este planteamiento **Hernández Gil**, porque, «la esencia de la apología no se halla en la instigación directa a delinquir. Tampoco en la incitación encaminada a lograr la consumación de algún delito; las sugerencias para delinquir y las propuestas para consumar una acción delictiva son ajenas al marco de la apología»<sup>2132</sup>. Esta afirmación viene confirmada por el hecho de que «la apología es posterior al hecho punible» mientras que la inducción es anterior al mismo<sup>2133</sup>. Además, «mientras la inducción sólo tiene entidad cuando el delito al que precede se perpetra, pues en todo caso originaría la provocación, la apología es punible por razón de la conducta del autor, independientemente de la eficacia que pueda producir el acto típico en la colectividad»<sup>2134</sup>. Por tanto, «sólo puede hallarse una relación entre apología y provocación si las situamos en momentos distintos; esto es, la apología de un hecho consumado puede configurarse como provocación indirecta y abstracta de

<sup>2129</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 19.

<sup>2130</sup> Como acertadamente pone de manifiesto Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 20.

<sup>2131</sup> Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 117 y s.

<sup>2132</sup> Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 900; González Guitián, L., "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología", pág. 296.

<sup>2133</sup> Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 902.

<sup>2134</sup> Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 902.

eventuales hechos futuros; mas no se castiga por ser una presunta provocación, sino por la alabanza o exaltación del hecho delictivo previo. La apología existe, autónoma aunque no medie incitación directa (provocación), ni instigación (inducción) a cometer un delito; la alabanza, aprobación o defensa, bastan para construir la apología; si además, hay incitación expresa existiría otra conducta punible: provocación del delito al que se incitara... (scil. En suma,) la mera apología del hecho antecedente está desligada de la presunta provocación a un delito subsiguiente»<sup>2135</sup>.

Sin embargo, la apología **sí** tiene que ver con un delito subsiguiente de la misma especie del alabado, que el apologista debe querer que se realice. Además, en la redacción del Código penal español **no** hay una conexión necesaria con un hecho anterior delictivo ya practicado. Sólo se requiere ensalzar el crimen (o su autor) lo cual se puede llevar a cabo mediante la justificación ideológica de comportamientos delictivos ya efectuados o simplemente del delito en abstracto<sup>2136</sup>. Esto es, la relación que la apología tiene con un hecho delictivo sólo manifiesta la forma implícita y sutil de la incitación realizada. Incitación implícita que sigue existiendo cuando se alaba una conducta delictiva en general aunque no coincida con un delito que haya tenido lugar. Por lo tanto, la conexión con el delito anterior cometido tampoco es una característica de la apología.

También desde este enfoque de justificación se mantiene que la apología es un modo de preparación del delito. Ahora bien, este planteamiento suele identificar especie de la provocación y acto preparatorio. Cuando se afirma que la apología es

<sup>2135</sup> Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 902; Diaz-Maroto y Villarejo, J., "La apología específica del art. 268", pág. 298; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 101 (que sostiene que el objeto de la apología es el delito cometido, en cambio, la provocación se orienta al delito futuro).

<sup>2136</sup> Con ello tomo postura a favor de una de los dos planteamientos vigentes en la doctrina española, a saber, el que requiere que se ensalce una actividad delictiva que haya comenzado a ejecutarse (Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 441 y s; Lamarca Pérez, *Tratamiento*, pág. 290 y 293; Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 901 y s; González Guitián, L., "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología", pág. 283, 293, 302, que sostiene que de este modo los elogios de hechos no cometidos serían impunes, op. cit., pág. 295; Polaino Navarrete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 970; STS 4 de julio 1994 -fundamento de derecho 1.º; STS 9 de mayo 1996 -fundamento de derecho 2.º; STS 29 de noviembre 1997 [f.d. 30.º]; STS 4 de julio 2001 -fundamento de derecho 1.º), o el que simplemente exige la alabanza de una conducta constitutiva de delito (Carbonell Mateu, J.C., "Apología...", pág. 244; Del Rosal Blasco, B., *La provocación para cometer delito*, pág. 186; Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 112; Campo Moreno, *Los actos preparatorios punibles*, pág. 85; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 34 que aunque dice que esta debe ser la lectura del precepto legal tal y como está redactado luego sostiene que la apología se refiere al delito ya cometido, op. cit., pág. 101). Sobre la discusión vid. Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 17 y s.

una variante de la provocación y por tanto, un acto preparatorio<sup>2137</sup> hay que especificar que desde una perspectiva que identifica la apología con una forma de la provocación, y a ésta como una tentativa de participación, no es posible defender que la conducta en cuestión posea al mismo tiempo una naturaleza preparatoria. Como ya he señalado una incitación implícita puede ser una preparación (consumada o imperfecta) o una tentativa de participación, pero hay que tomar partido por una de ellas y por una normativa, aplicable en cada caso de modo excluyente. Cosa distinta es que se considere que es un acto preparatorio porque se incluya dentro de lo que la doctrina ha denominado tradicionalmente actos preparatorios punibles (arts. 17 y 18 CP), sin embargo, esto no representaría una determinación de la naturaleza que se le atribuye ni, por consiguiente, de la normativa que le corresponde.

También se señala que la apología es una forma de provocación indirecta y al mismo tiempo un delito autónomo<sup>2138</sup>. Estos planteamientos se basan definitivamente en la teoría de Dreher, que considera que en la provocación concurren siempre dos bienes jurídicos: la paz social que es puesta en peligro mediante la provocación a la lesión de un bien jurídico concreto<sup>2139</sup>.

(3) Sin embargo, no me parece desacertado (lo cual no quiere decir que esté de acuerdo con ello) sostener que la apología sea un delito autónomo<sup>2140</sup>. Se puede encontrar un bien jurídico que pudiera ser atacado por esa manifestación<sup>2141</sup>. Así, la apología como simple manifestación pública que contiene un acto de elogio o solidaridad ideológica con ciertos delitos y sin que sea necesaria la concurrencia de otro requisito, si acaso, la exigencia de un ánimo subjetivo de incitar al desarrollo de la resolución delictiva creada<sup>2142</sup>, sería una lesión del orden público o de la

<sup>2137</sup> Insisten en que es un acto preparatorio y una forma especial de provocación: Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 74-6; Carbonell Mateu, J.C., "Apología...", pág. 242; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 154 y s; Del Rosal Blasco, *La provocación*, pág. 193 y s; el mismo, "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 86; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 725; Rodríguez Mourullo, G., "Las fases de ejecución del delito", pág. 9 y s; Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1626; Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760. En contra Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pág. 291; González Guitián, L., "La apología en la reforma penal", pág. 395 y s.

<sup>2138</sup> Como mantiene Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pág. 395 y s.

<sup>2139</sup> Crítico con el planteamiento de Arroyo Del Rosal Blasco, B., *La provocación para cometer delito*, pág. 193. Vid. cuarta parte, pág. 474 y s.

<sup>2140</sup> Así lo entiende igualmente Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 118. Silva también sostiene que esta vía «es teóricamente posible como delito contra el orden público o contra la seguridad colectiva», Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 182.

<sup>2141</sup> Tipificación autónoma que parecía recoger el CPA cuando castigaba la apología como delito en el art. 268 situado en las disposiciones comunes a los delitos «contra la seguridad interior del Estado».

<sup>2142</sup> Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pág. 291.

seguridad colectiva<sup>2143</sup>. Esto es, «...la apología, contemplada desde perspectivas de prevención general positiva, puede verse como un hecho merecedor de sanción en la medida en que supone una negación simbólica de la norma como pauta de conducta: en tal caso la apología lesionaría directamente su propio bien jurídico»<sup>2144</sup>. No se puede olvidar que para justificar la punición de la conducta del apologista se está recurriendo a conceptos ambiguos, indeterminados que pueden ser definidos de manera que sea posible la persecución penal de cualquier manifestación. Por tanto, si se fuerza la interpretación de orden público o paz pública, de tal modo que su objeto se entienda, por ejemplo, como *la realización de una conducta que conmocione a la comunidad en la medida que es opuesta a la opinión dominante*, semejante interpretación, no sólo convertiría a la provocación y cualquier otro tipo de manifestación en un tipo autónomo, sino que dejaría las puertas abiertas a la persecución legítima de todo tipo de expresión que atente contra la ideología dominante o que se quiera que predomine<sup>2145</sup>. Es decir, se construye «...un concepto de bien jurídico, no al servicio de los fines que éste debe cumplir –y entre los que se encuentra, quizá como más importante, la de limitar el *ius puniendi* estatal–, sino al servicio del aparato represivo del Estado»<sup>2146</sup>. Así, existe el peligro de una interpretación extensiva del bien jurídico protegido en la apología que amplíe «el significado preventivo que se asigna a la punición de la apología más allá de la evitación de delitos, y ... (scil. comience) a criminalizarse la *simple disposición favorable al delito* o, por mejor decir, el posible efecto que del juicio apologético puede seguirse en cuanto al debilitamiento de la «aversión al delito», de la

<sup>2143</sup> Vid. Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 154. Defiende esta autonomía pero por la lesión de la paz pública, González Guitián, L., "La apología en la reforma penal", pág. 396-98. Consideran que la apología no posee un bien jurídico autónomo Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 75; Carbonell Mateu, J.C., "Apología...", pág. 241 y s.

<sup>2144</sup> Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 154. Que en todo caso plantea que la conexión de la apología a la pena «del delito ensalzado parece excluir la segunda vía» (op. cit., pág. 154), aunque «con todo, tampoco cabría excluir que la apología vulnera precisamente –desestabilice– la norma afectada por el hecho ensalzado. La duda alcanzaría más bien a la determinación de si tal vulneración es suficiente para la sanción penal. Aparte –obviamente– del conflicto con la libertad de expresión», op. cit., nota 396 bis.

<sup>2145</sup> Así con motivo del art. 510 y 607.2 CP, Landa Gorostiza sostiene que los contornos tan difusos del bien jurídico protegido (paz u orden público) unido a otras circunstancias (como el hecho de que se entiendan como incitaciones genéricas y la indeterminación de alguno de los elementos del tipo) provoca una extensión del tipo insoportable dentro de un Estado democrático de derecho: «el espectro de conductas que pueden integrar el tipo convierte a estos preceptos en instrumentos de censura de una amplitud insoportable para cualquier Estado que se precie de democrático, social y de Derecho», Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 701.

<sup>2146</sup> Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 82; Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", 23; Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 524; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 126; Fischer, T., "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören", pág. 164.

«disposición favorable a la obediencia a las normas penales» y «a la turbación de la fe colectiva en que las leyes serán respetadas»... (scil. de modo que) bajo la pretensión de su salvaguardia (scil. del orden público), ya no hay más interés que el... de reafirmar el más puro sentimiento de adhesión y fidelidad a la norma y, a través de ella, al Estado»<sup>2147</sup>.

Como ejemplo del papel que puede desempeñar la apología para el mantenimiento de una ideología a través del uso de mecanismos estatales coercitivos, **Lamarca Pérez**, a partir del carácter autónomo de la apología, sostiene que no puede permanecer impune la alabanza de un hecho calificado como delito. Define la apología como el «apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas» lo cual vulnera «...determinados sentimientos o principios morales socialmente importantes». Todo ello conduce a considerar penalmente relevantes tales conductas, aunque no provoquen futuros delitos, porque «...contribuye a legitimar, no ya a justificar, la acción delictiva...»<sup>2148</sup>. Este planteamiento es criticado porque implica «convertir el juicio de antijuricidad en algo puramente formal y vacío de cualquier contenido material» y «nos conduce a la total confusión entre lo que pudieran ser conductas potencialmente lesivas para un bien jurídico, y lo que no son más que meras expresiones de una opinión, que por muy inmoral o reprobable que pueda parecer, no merece ser castigada penalmente»<sup>2149</sup>. Porque «el castigo de la apología no se puede legitimar por la disidencia intelectual. Admitir lo contrario sería propiciar la intromisión en la esfera de la mera expresión del pensamiento y, en definitiva, castigar las simples adhesiones ideológicas»<sup>2150</sup>.

En cambio, una interpretación estricta de paz pública que exige no sólo una declaración sino una actuación material no daría cabida a la apología como forma de lesión de la misma pues difícilmente se puede constatar en esos casos un peligro abstracto o concreto, todo lo más presunto o hipotético. Ahora bien, de nuevo con las palabras contundentes de **Maqueda**, «ante una tan inequívoca manifestación de autoritarismo... donde el dogma de la obediencia desplaza al de lesividad en la fundamentación del comportamiento punible y el bien jurídico, vacío de contenido material, pierde su condición de límite del *ius puniendi* estatal y se convierte en un valor puramente simbólico...»<sup>2151</sup>, ante semejante estado de cosas ¿qué sentido

<sup>2147</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 25 y s (cursiva original); Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 107; Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 522.

<sup>2148</sup> Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, pág. 291-2. Vid., igualmente Hernández Gil, en "Apología delictiva", pág. 900.

<sup>2149</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 524.

<sup>2150</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 125-6; el mismo, "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 38; Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 104.

<sup>2151</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 26 (cursiva original).



puede tener intentar buscar una interpretación que restrinja objetivamente el alcance de un bien jurídico que ha sido creado para la persecución de las manifestaciones ideológicas discordantes con las que dominan, para acabar con la libertad de expresión del enemigo?

En cualquier caso, aunque sea posible punir la apología como delito autónomo dotado de su propio bien jurídico no se puede olvidar que con ello se extendería de modo ilimitado el ámbito punitivo. Primero, porque cualquier alabanza con independencia de la presencia de un elemento subjetivo (de incitación a la comisión de delitos) sería punible como apología<sup>2152</sup>, lo cual representa la creación de un Derecho penal que persigue la actitud interna<sup>2153</sup>. La constatación de este hecho lleva a exigir de *lege ferenda* en los supuestos en los que la provocación o apología se castiguen de forma autónoma para un delito concreto (por ejemplo art. 510 o 607.2 CP) y para evitar una extensión de un tipo que limita la libertad de expresión que esté orientada a hacer surgir una voluntad de practica de las conductas alabadas<sup>2154</sup> o por lo menos contenga una voluntad de «ensalzar, alabar o aprobar el delito sobre el que se proyectan las diversas modalidades de conducta»<sup>2155</sup>. Segundo, porque sería viable la aplicación de la teoría de la tentativa y la participación así como la concurrencia de delitos<sup>2156</sup>. Incluso la creación de delitos autónomos de provocación y de apología permitiría la concurrencia de ambas figuras (concursos de delitos) entre sí, especialmente si uno de ellos se configura como un delito de peligro abstracto<sup>2157</sup>.

<sup>2152</sup> Con motivo del art. 578 CP, Ruiz Landáburu considera que no «es preciso que esa expresión incite directa o indirectamente a la comisión de un delito de los recogidos en el artículo en cuestión, ni que el dolo del autor abarque más allá que el propio elogio», Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 76. También advierte esta circunstancia Gómez Navajas, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995», pág. 1844-47. Mantienen que el art. 607.2 no requiere el ánimo de incitar Manzanares Samaniego, J.L., «La apología delictiva», marg. 761; Cuerda Arnau, M.L., «El denominado delito de apología del genocidio», pág. 1135, 1146.

<sup>2153</sup> Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia*, pág. 171.

<sup>2154</sup> Así, sólo se puede punir una conducta por la vía del art. 510 CP cuando «vaya dirigida a crear en otros la voluntad de realizar actos de discriminación o violencia», Gómez Navajas, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995», pág. 1843. Autora que no mantiene esta exigencia de modo tan categórico con posterioridad cuando, con motivo del art. 607.2 CP, escribe que «el tipo no requiere que las ideas difundidas constituyan una incitación directa a cometer delito, aunque esta exigencia puede entenderse implícita», op. cit., pág. 1845.

<sup>2155</sup> Cuerda Arnau, M.L., «El denominado delito de apología del genocidio», pág. 1135.

<sup>2156</sup> Sobre la posibilidad de castigar la provocación, proposición y conspiración al art. 607.2 CP, el carácter autónomo de este tipo y su relación con el art. 615, vid. Gómez Navajas, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995», pág. 1845. Considera que del art. 615 resulta la punición de «los actos preparatorios» del 607.2 CP, Cuerda Arnau, M.L., «El denominado delito de apología del genocidio», pág. 1136 y s.

<sup>2157</sup> Por ejemplo, el art. 579 admite la provocación al 578 CP (apología del terrorismo). Vid. Gómez Navajas, J., «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995», pág. 1842 y s (sobre la relación entre el art. 18 y 510 CP).

Otros planteamientos dan una justificación actual de apología cuando consideran que simplemente representa una forma de lesión del bien jurídico de referencia penalmente relevante<sup>2158</sup>: «en definitiva, la apología como la alabanza de un delito es una conducta que puede lesionar un bien jurídico, el protegido por el delito elogiado. En la medida en que esto suceda, debe ser objeto del reproche penal y, por tanto, castigada con la imposición de una pena»<sup>2159</sup>. Se puede entender que esta afirmación se apoya en una concepción inmaterial del bien jurídico. Estos planteamientos partían de unos objetos de protección que abarcaban sus ratios de tutela, de este modo sus contornos se definían de una forma tan amplia que incluso una alabanza de su lesión o una declaración de admiración al autor de la misma podría representar un daño penalmente relevante. Así por ejemplo, habría una lesión del bien tutelado porque la conducta del apologista infrinja la *expectativa de respeto o la seguridad en el disfrute del bien jurídico*<sup>2160</sup>. Como indique, el problema que surge es que semejantes concepciones inmateriales permiten *justificar la represión penal de casi cualquier conducta*, pues todas aparecen como lesiones consumadas<sup>2161</sup>.

No obstante, también es posible que se parta de un juicio diluido de peligrosidad que permita mostrar como la conducta del apologista representa una lesión o puesta en peligro relevante del bien jurídico<sup>2162</sup>. Ello equivale a defender que la apología sería un delito de peligro. Esta opción sólo sería válida como criterio de explicación de las apologías tipificadas de forma autónoma. Sin embargo, respecto al art. 18 y su necesaria vinculación con un tipo principal, habría que concluir que de esta manera se está justificando la persecución penal de un modo de ataque al bien jurídico sito en una fase anterior a la tentativa. Es cierto que la apología se puede explicar desde la teoría del *iter criminis*, como señalaré más adelante, ahora bien, adelanto que no parece coherente con un concepto objetivo del injusto imponer una pena que pueda ser equivalente a la prevista para la tentativa (1 o 2 grados) que es una forma de ataque más intensa.

En cualquier caso, tanto los delitos de peligro, como la preparación se encuentran con la dificultad de mostrar la peligrosidad de la apología la relevancia penal de ésta<sup>2163</sup>.

<sup>2158</sup> En ese línea Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 39 y s.

<sup>2159</sup> Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 40.

<sup>2160</sup> Vid. primera parte, pág. 22 y ss.

<sup>2161</sup> Vid. primera parte, pág. 22 y ss.,.

<sup>2162</sup> Vid. primera parte, pág. 25 y ss.

<sup>2163</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 523 (autor que no se decanta por la naturaleza de la apología pero exige que posea una capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos).

Por último, tampoco sería posible considerar que es una modo de autoría mediata o coautoría porque con el ensalzamiento de hechos delictivos a posteriori «ni se comete a través de otro el hecho (scil. delictivo) aprobado, ni se realiza una aportación objetiva a su comisión que fundamente una coautoría»<sup>2164</sup>.

De vuelta al principio de la exposición, insisto en que la apología es una especie de la provocación. Esta solución (que es la aceptada expresamente por el texto legal) me parece la más acertada porque es la interpretación más coherente con una imagen del Derecho penal que está orientado a la protección de bienes jurídicos. Representa aceptar que sólo se puede limitar la libertad de expresión si se puede probar que la alabanza de un delito pueda ser una forma de incitar a la realización de ciertos delitos, es decir, que representa un peligro mediato para otros bienes jurídicos<sup>2165</sup>. Lo cual, aun con las dudas que tengo sobre la existencia de una amenaza real a un bien jurídico en estos supuestos, implica rechazar una postura que abiertamente sostenga que la disidencia ideológica deba ser objeto de persecución penal. Entonces, si la apología es una especie de la provocación, por un lado, tiene con ésta en común la circunstancia de ser un modo de incitación en la que el apologista desea generar una resolución delictiva en el receptor del mensaje. Pero por otro lado, parece lógica la necesidad de que haya una diferencia entre ambas que justifique el esfuerzo creativo que el legislador lleva a cabo en el art. 18 CP. Si hay una superposición con la provocación qué sentido puede tener que el legislador mantenga la apología<sup>2166</sup>.

(1) Ciertas posiciones defienden que la aparición de la apología en el Código penal puede tener un valor meramente declarativo o recordatorio<sup>2167</sup>. Esto equivale a reconocer que existe una descripción típica que precisa qué se entiende por apología y que con ello se satisface en una materia tan delicada, por su proximidad a la

---

<sup>2164</sup> Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", pág. 116 (autor que no obstante incluye estos planteamientos en la justificación *ex post*).

<sup>2165</sup> Próximo Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 109.

<sup>2166</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 93; Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", pág. 155. Abunda en el carácter superfluo de la punición de la apología por su superposición con la provocación Cerezo Mir, J., "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", pág. 16; el mismo, *PG2000*, pág. 164; el mismo, "Actos preparatorios y tentativa", pág. 44; Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 266 y s; Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 35 y s; Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 759.

<sup>2167</sup> Insiste en que provocación y la apología coinciden y que por tanto el tipo relativo a la apología «se trata de una disposición... con valor meramente declarativo y redundante», Gracia Martín, "El «iter criminis» en el código penal español de 1995", pág. 266 y s; Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 183.

libertad de expresión<sup>2168</sup>, un especial mandato de determinación. Ahora bien, de este carácter meramente descriptivo se derivaría una necesaria coincidencia entre provocación y apología, de modo que, la apología sería idéntica a la provocación.

(2) Hay quien entiende que la diferencia se halla en que la apología se dirige a un grupo indeterminado de personas, mientras que la provocación puede tener un destinatario individual o colectivo<sup>2169</sup>. Desde la posición que mantengo, en la que la provocación se dirige a un sujeto indeterminado es evidente que no puede haber diferencia entre la apología y la provocación. Me remito, a la exposición realizada con motivo de ello. No obstante, insisto en que no se debe confundir el destinatario con el medio de comisión, este último puede ser tanto público como interpersonal (conurrencia de personas) pero dirigido a un destinatario indeterminado.

(3) Como tercera opción, se puede considerar que la diferencia consiste en que mientras que el provocador incita a cometer un delito determinado, el apologista no ha definido su objetivo totalmente, y por ello, se puede catalogar a la apología como una provocación indeterminada en el delito de referencia<sup>2170</sup>.

No creo que la diferencia entre una y otra se encuentre en la concreción del delito al que se quiere incitar. Sobre todo, porque el que ensalza un crimen o enaltece a su autor está determinando cuál es la actividad criminal a la que incita en igual medida que un provocador. Qué diferencia de determinación existe entre el que defiende en un medio de comunicación que hay que acabar con todos los concejales españolistas y el que declara que son unos héroes los que acabaron con la vida del concejal X. Es evidente que en ambos casos los dos sujetos se están refiriendo a un delito concreto. La cuestión es, más allá del hecho de que considere un atentado contra la libertad de expresión la persecución de ciertas manifestaciones, que quizá la segunda expresión no es una incitación y si lo es, presenta un modo de comisión diferente al previsto en el primer caso.

---

<sup>2168</sup> Sobre los límites constitucionales al castigo de delitos de expresión especialmente en relación con la apología vid. Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 92-107.

<sup>2169</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 131 y s, que utiliza un criterio numérico de determinación (op. cit., pág. 83).

<sup>2170</sup> González Guitián, L., "La apología en la reforma penal", pág. 396 y s de tal forma que como es una provocación indeterminada (en el delito) sólo se puede castigar como delito autónomo porque *per se* representa una efectiva lesión de la paz pública mediante la creación de un clima favorable a la comisión de delitos. En todo caso, debo aclarar que, a pesar de mantener esta posición, el autor se declara en contra de la punición de la apología, op. cit., pág. 398; el mismo "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología", pág. 286.

(4) Conque la diferencia se halla en la forma de exteriorización de la incitación, es decir, en la estrategia de persuasión utilizada: **la apología es una forma de provocación implícita.**

Antes de explicar lo que significa identificar la apología con una forma de provocación implícita, hay que detenerse en la cuestión relativa a la interpretación del término *directo*. A la apología como a cualquier incitación penalmente relevante se le exige que posea una capacidad de motivación suficiente. De nuevo tiene relevancia la presencia de la palabra «directa». Imaginemos que entendemos tal y como señalé para la provocación que con ese término, en lo referente a la forma de manifestación de la incitación, se indicaba que debía ser expresa y que excluía a las implícitas; y que en lo que respecta a la capacidad de motivación se exigía un cierto grado de calificación, es decir, no se incluían simples invitaciones o consejos, dejando a salvo las circunstancias concretas. Las cosas así la apología parece que no cumpliera ninguno de estos dos requisitos derivados de «directamente». Los modos de comisión de un comportamiento apologético recogidos en el tipo muestran conductas que no expresan directamente una apelación a la comisión de delitos y que incluso están en un nivel inferior al consejo o la sugerencia en una escala de capacidad de motivación. Por tanto, la aparición en la apología del término directo parece que no pudiera ser interpretado de la misma forma que para la provocación. Ahora bien, esto no es del todo cierto. O mejor dicho, el carácter implícito de la incitación que contiene la apología impide asumir la primera interpretación aquí defendida del término directo, sin embargo, la apología sí debe poseer una capacidad de motivación suficiente<sup>2171</sup>. En consecuencia, se puede afirmar que la apología es una provocación implícita (indirecta)<sup>2172</sup>, en lo relativo al carácter de la llamada a la comisión de delitos, y suficiente e idónea (directa) en lo que respecta a su capacidad motivadora. Ahora bien, por un lado, el mensaje apologético sólo será penalmente relevante cuando a tenor de las circunstancias<sup>2173</sup> se pueda decir que es suficientemente

<sup>2171</sup> Exige que la apología sea objetivamente capaz de provocar la perpetración de un delito, Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 109; STS 29 de noviembre 1997 (f.d. 30.º).

<sup>2172</sup> En contra de lo que opina Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 760; Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1144.

<sup>2173</sup> Crítico Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 184: «No cabe olvidar al respecto que la sanción penal de la apología se vincula a que "por su naturaleza y circunstancias" constituya incitación directa a cometer un delito. Pero eso, que podría conllevar una presunción del carácter provocador de las conductas apologéticas, dadas las circunstancias en que se produzcan, representaría una tergiversación de la pretensiones aparentemente garantistas del texto legal. En esa medida, y en cuanto supondría sancionar la apología *per se*, tratando de justificarla bajo el mando de la incitación propia de la provocación, tal solución se hallaría expuesta a las críticas tradicionales».

persuasivo, es decir, que puede ejercer una influencia sobre la psique del inducido<sup>2174</sup>, se podrá considerar lo expresado como una apología delictiva<sup>2175</sup>. Por otro lado no se puede ocultar que la capacidad persuasiva que pueda alcanzar es mucho menor que la prevista para una provocación, sobre cuya punición ya existen dudas, y que da coartada perfecta a la persecución de opiniones contrarias a la dominante en un momento sociopolítico concreto<sup>2176</sup>.

Por tanto, se puede incitar a la comisión de un delito mediante la alabanza de una actividad criminal, pero su capacidad es muy limitada<sup>2177</sup> y depende de la concurrencia de una serie de circunstancias predominantemente histórico-sociales<sup>2178</sup>.

De vuelta al tema, la distinción entre ambas figuras se reduce a la forma de exteriorización de la incitación, en la provocación, por medio de una incitación expresa que con suficiente capacidad de motivación vaya dirigida a crear esa resolución en una pluralidad de personas, en la apología de forma implícita a través de la difusión de «ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» que posean, como ya he indicado, a tenor de las circunstancias concretas una

<sup>2174</sup> En Alemania se requiere que la expresión sea adecuada para perturbar la paz pública, Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/8. Ahora bien, la imprecisión de este concepto ha llevado a la doctrina a reclamar simplemente el carácter público de la expresión (vid. Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/8), o, además, la puesta en peligro actual de la *exigencia de vigencia* de la norma o la *exigencia de protección* del bien jurídico, Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/8. Ahora bien, la introducción en el tipo de la exigencia de adecuación para perturbar la paz pública no restringe el alcance del tipo, Fischer, T., "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören", pág. 164.

<sup>2175</sup> Así entiende que se deriva de una interpretación de la apología como modalidad de la provocación la exigencia de probar una «idoneidad para *hacer surgir* la decisión, y no meramente para reforzarla», Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal", pág. 184 (cursiva original).

<sup>2176</sup> Mira Benavent considera que la apología es un delito de opinión, que son «en los que se castiga una determinada forma de pensar desconectada de cualquier lesión o puesta en peligro de un bien jurídico», *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, pág. 24. En consecuencia el problema no reside en que una manifestación con una capacidad objetiva suficiente para generar adhesiones no sea una forma de provocación, como afirma Maqueda ("Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 27), sino en que estas posibles formas de incitación implícita a la comisión de delitos, deberían quedar excluidas del ámbito penal.

<sup>2177</sup> Insiste en la remota amenaza que pueda sentir un bien jurídico ante la escasa capacidad incitadora del mensaje de apología, Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 23. Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 523: la apología tiene un peligro de daño «más remoto o lejano incluso que en la figura de provocación...».

Las incitaciones con una capacidad de motivación inferior poseen un injusto menor lo que plantea la imposibilidad de imputar la totalidad del injusto de la inducción que está igualado al de la autoría, Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", pág. 10, 13.

<sup>2178</sup> Así respecto a la capacidad que debe tener la alabanza de delitos para provocar una conmoción de la paz (como requisito exigido en el tipo), Hanack sostiene que depende de circunstancias externas como: «la extensión de su difusión, del ámbito de destinatarios a que se dirige y especialmente **la concreta situación social y psicológico-colectiva**», Hanack, *LK*11, 140/30 (negrita añadida).



capacidad de motivación suficiente<sup>2179</sup>. Esto es, supone «...una incitación directa (scil. «con capacidad de motivación suficiente») a cometer un delito pero a través de una incitación indirecta (scil. «implícita»), exponiendo ideas o doctrinas que ensalcen el crimen»<sup>2180</sup>. Es un modo implícito de incitar a la comisión del delito<sup>2181</sup>. En definitiva, la regulación penal de la apología es un intento de «...**ampliar el concepto de provocación extendiéndolo a la provocación indirecta** (scil. implícita), entendiendo por tal la alabanza del delito o del delincuente realizada en circunstancias en que pueda resultar fecunda y generar deseos de emular a los ensalzados»<sup>2182</sup>.

Con anterioridad he indicado que en la provocación no se perseguirán las formas implícitas de la incitación pública. La apología es una excepción: son formas de provocación implícita las que expresamente vienen recogidas en el tipo (alabar, ensalzar... una actividad criminal o al delincuente). Las cosas así se puede hacer una interpretación positiva de lo que representa este precepto penal: cualquier otra forma implícita de incitación, a través de sugerencia o creación de un estado estimulante, no podrán ser incluidas dentro de la apología<sup>2183</sup>. La regulación de la apología, por tanto, impide «...de forma expresa e inequívoca, la incriminación de las simples peticiones de adhesión ideológica, que si bien social, política o institucionalmente pudieran considerarse reprochables, no se hacen merecedoras de sanción penal por no incitar directamente a la perpetración del delito»<sup>2184</sup>. Sin embargo, aunque quedan ciertas formas de incitación implícitas que no son

<sup>2179</sup> Ello implica que nunca se podrá requerir la presencia de una incitación directa al delito pues ello ya caería directamente dentro de la provocación.

<sup>2180</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 78. De forma parecida Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 83, 87 y s; el mismo, *La provocación...*, pág. 192; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 588; Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pág. 394 y s: «El provocador llama directamente a cometer el delito con sus palabras o actos, mientras que el apologista realiza una llamada indirecta, encubierta, a la comisión del mismo a través de la alabanza o el ensalzamiento de una conducta delictiva ya realizada o de la de sus autores o de una conducta delictiva abstracta».

<sup>2181</sup> Sobre la mayor sutileza de la incitación contenida en la apología en relación con la provocación vid. Rodríguez Mourullo, G., "Las fases de ejecución del delito", pág. 9; Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 81.

<sup>2182</sup> Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pág. 459 (negrita original).

<sup>2183</sup> Esta interpretación permite evitar, sin modificar la interpretación del término *directo* en la provocación y la apología, que haya un solapamiento de ambas figuras tal y como sostiene Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 88.

<sup>2184</sup> Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1626; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 471. Rudolphi destaca, con motivo del § 140 StGB, que una interpretación extensiva del mismo puede traer consigo el peligro de un *Gesinnungsstrafrecht*, Rudolphi, *SK*, 140/2, 7; igual Ostendorf, H., *AK*, 140/5.

sancionadas no se debe obviar que la aparición de la apología en el Código penal supone la represión autorizada de manifestaciones que no contienen una clara apelación a la comisión de actividades delictivas, que se persiguen penalmente simplemente porque pueden crear un clima social favorable a sentirse predispuesto a practicar un posible delito<sup>2185</sup>.

En conclusión, la apología no debe incluir otro tipo de incitación implícita distinta al ensalzamiento del crimen o de su autor, y dentro de este grupo no se recogerán los *supuestos de descripción de los hechos delictivos*<sup>2186</sup>, ni los comportamientos de elogio de delitos o «*mera satisfacción no oculta o simple aprobación*»<sup>2187</sup>, ni la «adhesión ideológica o intelectual a una determinada forma de actuar»<sup>2188</sup>, ni la «asunción, la defensa o reivindicación de la actividad armada como medio de acción política»<sup>2189</sup>, ni la justificación de la legalidad de un comportamiento delictivo<sup>2190</sup>. La

<sup>2185</sup> Próximo en la crítica Bemman, G., *Meinungsfreiheit und Strafrecht*, pág. 17. Los «delitos de clima» penalizan conductas que únicamente favorecen o fomentan la realización de una futura conducta criminal (Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 112). Aparte de que estos delitos tutelan de bienes jurídicos dotados de grandes dosis de indeterminación como la paz pública u orden público (Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 699) se pueden criticar por dos razones. En primer lugar vinculan «invocaciones agitatorias genéricas con conductas delictivas concretas cuyo enlace normativo se presume» (Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 701). En segundo lugar, con ello imputan al provocador del clima la futura conducta delictiva acorde con esa idea practicada por tercero y así se olvida que «cuando la «incitación es tan genérica todavía falta una decisión posterior «libre» y plenamente imputable de actuar según la actitud... que el agitador ha contribuido a generar o despertar» (Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 701). Finalmente, todo lo dicho muestra una falta de confianza en el ciudadano a la hora de evitar conductas no deseadas para el sistema que oculta en la práctica una conversión del ciudadano en *vasallo* del Estado (Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 113; Jakobs, G., "Criminalización...", pág. 319-322, nota 42; Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 702).

<sup>2186</sup> Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/9; Ostendorf, H., *AK*, 140/8; Hernández Gil, F., "La apología delictiva", pág. 900; Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 36.

<sup>2187</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 16 (cursiva original); Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 36.

<sup>2188</sup> Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 38.

<sup>2189</sup> Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1640; STS 29 de noviembre 1997 (f.d. 30.º). «Los comunicados de ETA, macabras explicaciones de sus crímenes, no son sino el epígono de su actividad delictiva, pero en sí mismos no constituyen un nuevo delito», Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1642.

<sup>2190</sup> De este modo, el tipo que castiga las formas de provocación y apología para determinados delitos, no incluye *la justificación de los comportamientos delictivos* mientras no vengán acompañadas de una apelación expresa a la comisión de delitos. Esto es, siempre que «no fueran acompañadas del enaltecimientos de dichos crímenes o de su autor y siempre que éste pudiera interpretarse como una incitación directa a cometer el delito», Gómez Navajas, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995", pág. 1844. Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/7, consideran que la justificación será impune siempre que no se infrinja la exigencia de vigencia (Geltungsanspruch) de la norma, la exigencia de protección (Schutzanspruch)

constatación de la impunidad de estos comportamientos como formas de apología, especialmente en los supuestos de justificación, puede haber sido la causa que llevara al legislador a crear tipos penales autónomos de la apología. Así, el art. 607.2 CP en donde se persigue la negación o justificación del genocidio<sup>2191</sup> (también conocido como «la mentira de Auschwitz»<sup>2192</sup>). Esta sería igualmente la razón que ha movido la aparición del nuevo art. 578 CP (Ley Orgánica 7/2000) que castiga «el enaltecimiento o **justificación** por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los delitos comprendidos en los artículos 571 a 578 de este código...» (negrita añadida)<sup>2193</sup>.

La incorporación del actual art. 578 ya había sido solicitada por parte de la doctrina<sup>2194</sup>. Ahora bien, el motivo de estas peticiones posiblemente no fuera evitar un vacío legal, pues ya existía una tendencia a punir conductas que no pueden calificarse como apología punible por la vía del delito de colaboración con banda armada<sup>2195</sup>, sino para justificar más adecuadamente su punición y facilitar su persecución. Aumentan las posibilidades de sanción de estas conductas en el momento en que se reducen los requisitos exigidos tanto objetivos como subjetivos en comparación con los que se requerían para la apología, a saber, que sea una incitación directa y que exista un ánimo de incitar a la comisión del delito. Que esta pudiera ser la intención del legislador cuando tipifica autónomamente ciertas formas de apología se puede observar a través de la lectura de los debates parlamentarios sobre la creación del art. 607.2 CP<sup>2196</sup>.

---

del bien jurídico. Ello tiene lugar, por ejemplo, cuando se justifica el asesinato de extranjeros a través de la «legítima defensa de los alemanes». Ahora bien, ¿la justificación de la fabricación, venta y consumo de drogas vulnera esa exigencia (art. 373 CP)? ¿Es una apología no punible porque no hay violencia? No sé por qué justificar el terrorismo debe ser más punible que solicitar la legalización de las drogas. En definitiva, ¿qué legitimación de un hecho delictivo no lesiona el mandato normativo? O mejor dicho, esto tiene lugar siempre que se aprueba un delito o en alguna forma se legitima. La cuestión consiste en determinar si esa infracción va a ser penalmente relevante y de qué forma.

<sup>2191</sup> Gómez Navajas, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995", pág. 1844. Considera que la intención del legislador, cuando crea el art. 607.2, no era otra que poder perseguir la simple «creación de un clima favorable a una futura e imprecisa realización de... (scil. un) delito», Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1132 y s, que sin embargo sostiene que el artículo 607.2 no se puede entender como una modalidad de apología, op. cit., pág. 1142-47. En este sentido también Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 710. Artículo que Cuerda considera inconstitucional porque permite «castigar conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión», Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1164 y s. Solicita la derogación del mismo Landa Gorostiza: «violaciones de la ética social (scil. como representa el art. 607.2 CP) suponen una irregularidad que no puede ser corregida por vía dogmática, sino e sentido político-criminal mediante su descriminalización», Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 710.

<sup>2192</sup> Al respecto vid. Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 689-96.

<sup>2193</sup> Sobre el origen del art. 578 y su naturaleza vid. Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 75-97.

<sup>2194</sup> P.e. Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 762.

<sup>2195</sup> Al respecto vid. Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: de limitación de los respectivos ámbitos típicos", pág. 1639.

<sup>2196</sup> Vid. Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1131-33.

Por último, debo señalar que si bien en cierto que tales conductas no pueden ser perseguidas por la apología (ya por el tipo general, ya por sus tipos autónomos) ello no acarrea su necesaria impunidad. Esto es, no quiere decir que haya una imposibilidad de perseguir penalmente ciertas manifestaciones, sino que se tendrá que acudir a otro precepto penal, por ejemplo, a través de la vía de los delitos contra el honor, las coacciones y las amenazas<sup>2197</sup>.

Así mismo, el apologista debe poseer un ánimo de incitar a la comisión del delito que alaba, como elemento subjetivo que marca el alcance de la libertad de expresión. No basta la presencia de una alabanza o elogio, es necesario que concurra copulativamente un elemento subjetivo: el ánimo de incitar. Por consiguiente, se requiere un elemento subjetivo determinado por la finalidad de preconizar la ejecución del delito<sup>2198</sup>. La exigencia de este ánimo incitador como requisito subjetivo permite afirmar la falta de responsabilidad penal del editor, del director de la publicación que difunde los comentarios a favor de actividades delictivas efectuados por un tercero<sup>2199</sup>, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan ideas y opiniones favorables hacia tales conductas delictivas<sup>2200</sup>, salvo que se identifique expresamente con lo expuesto<sup>2201</sup>. En consecuencia, «la conducta del periodista

<sup>2197</sup> Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644. Ahora bien para acudir a esta vía hay que garantizar un apoyo institucional de los individuos que se atreven a denunciarlo y renuncian al silencio, Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644 y s.

<sup>2198</sup> Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo", pág. 393; Del Rosal Blasco, B., "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", pág. 84-7; el mismo, *La provocación*, pág. 192 y s; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 75, 90; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 124 y s; el mismo, "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", pág. 37 y s; Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", pág. 103; la misma, "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1145; Carbonell Mateu, J.C., "Apología...", pág. 242. STC 16 de diciembre 1986 (f.d. 8.º)

<sup>2199</sup> Rudolphi, *SK*, 140/9 (salvo que el tercero se identifique claramente con el mensaje apologético, en caso contrario, podrá ser castigado como cómplice, op. cit., 140/9, 12); muy próximo Eser, *Sch/Sch*, 140/5; Hanack, *LK11*, 140/24; Tröndle/Fischer, *StGB51*, 140/7, autor que no obstante puntualiza que ello será siempre que de las circunstancias concretas no se infiera la presencia de una incitación al delito.

<sup>2200</sup> Bemman, G., *Meinungsfreiheit und Strafrecht*, pág. 5, 7, 14 (a no ser que haya una identificación expresa con el contenido del mensaje). A favor de la punición del director del diario Egin la Sentencia de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional (sentencia de 12 de diciembre de 1982) y la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 31 de diciembre de 1983). Director que posteriormente fue amparado por la STC 159/1986 de 16 de diciembre.

<sup>2201</sup> No obstante, ciertas tendencias doctrinales y jurisprudenciales consideran que hay una identificación siempre que el editor no se distancie expresamente de lo publicado, al respecto vid. las reflexiones de Hanack, *LK11*, 140/23. Próximo Ruiz Landáburu que sostiene que la difusión de un mensaje apologético con conocimiento de esa naturaleza implica la asunción (por lo menos doloso eventual) del mensaje, Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 50. Crítico porque la exigencia de un *deber de distanciamiento* en la publicación no es compatible con el Art. 5 GG (libertad de expresión), Hanack, *LK11*, 140/23, que por tanto requiere una identificación expresa con el contenido (op. cit., 140/36).

que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito delictivo, *pero sin adherirse o asumir su contenido*, se mantiene dentro de los márgenes permitidos por el ejercicio del derecho a comunicar información veraz consagrado en el artículo 20, párrafo 1.º apartado d), de la CE»<sup>2202</sup>. Y esto se debe a que con la simple publicación del mensaje apologético, sin satisfacción de los elementos subjetivos exigidos para la realización del tipo de apología<sup>2203</sup>, sin «compartir el contenido delictivo de lo que se publica»<sup>2204</sup>, no hay una lesión relevante del bien jurídico protegido, porque con ello simplemente hay una comunicación informativa que no satisface el tipo de la apología ya que el director sin su adhesión no ensalza el crimen ni enaltece a su autor<sup>2205</sup>. En definitiva, «*porque semejantes comportamientos no realizan el contenido de injusto propio de la apología del terrorismo*»<sup>2206</sup> y, por consiguiente, no sobrepasan los límites de la libertad de información<sup>2207</sup>.

Ahora bien, tal y como indique para la provocación, si sólo se exige un dolo eventual<sup>2208</sup> desaparece realmente el requisito subjetivo pues siempre que la conducta sea una exaltación objetivamente adecuada del delito se puede defender que el sujeto acepta que con ello está provocando directamente a la comisión de delitos. Igualmente, si se tipifica de modo autónomo una forma de apología ese requisito subjetivo desaparece. Lo relevante deja de ser querer incitar a la comisión de un

<sup>2202</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 514; Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1642, que parece dar un paso más y reconocer que ni siquiera cuando se identifica con su contenido sería una conducta punible: «La mera ayuda a la difusión de comunicados, en el actual Código Penal, no es punible, ni aun cuando se asumiera la estrategia terrorista», Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1642. Insisto en que la constatación de esta impunidad es la que ha motivado la aparición del nuevo art. 578 CP.

<sup>2203</sup> Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 11 y s. Próximo Del Rosal Blasco, B., *La provocación para cometer delito*, pág. 193.

<sup>2204</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 417.

<sup>2205</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 518. La presencia de una lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico penalmente tutelado es el requisito de toda limitación legítima de la libertad de expresión e información, Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", pág. 11; Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 516-18.

<sup>2206</sup> Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 516 (cursiva original).

<sup>2207</sup> Llega a la misma conclusión (a favor de la libertad de información en estos casos) pero con un argumento distinto según el cual en estas situaciones hay una lesión del bien jurídico aunque justificado por la presencia de intereses prevalentes, a saber, «la formación de opinión pública en asuntos de interés para la colectividad en general», Jaén Vallejo, M., "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional", pág. 8 y s. Crítico Mira Benavent, J., "El caso del Diario «Egin»", pág. 519-23.

<sup>2208</sup> Como hace Tröndle/Fischer, *StGB*51, 140/9; Rudolphi, *SK*, 140/12; Ostendorf, H., *AK*, 140/13; Hanack, *LK*11, 140/34.



delito. El ánimo del autor se reduce a querer realizar una conducta que elogía un delito o lo justifica (art. 607.2 CP).

Además, una tipificación autónoma de la apología permitiría la entrada de la teoría de la participación y la posibilidad hacer responsable al director, editor, etc. como cómplice o cooperador necesario. El único modo de evitar la responsabilidad de los sujetos mencionados sería negando la viabilidad de la teoría de la participación en tales supuestos (imposibilidad de perseguir al cómplice según se deduce de lo expuesto por el art. 30.1 CP) o sostener que se tratan de acciones neutrales que no generan responsabilidad penal porque los sujetos en cuestión han practicado una conducta normal para el desarrollo de sus funciones<sup>2209</sup> o, de nuevo, demostrando la ausencia de los requisitos subjetivos propios de complicidad<sup>2210</sup>, o que el delito en cuestión no puede ser cometido de forma imprudente<sup>2211</sup>.

La apología es *una tentativa de inducción implícita, pública, que objetivamente se debe presentar con capacidad de motivación suficiente y que, además, tiene un elemento subjetivo idéntico al de la provocación. La finalidad perseguida con la alabanza de la conducta delictiva no es otra que incitar a la comisión de futuros delitos.*

#### **D. Conclusiones para la proposición, provocación y apología.**

Las diferencias existentes entre la proposición y la provocación son más marcadas de lo que parece. La provocación va dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, mientras que la proposición a una/s personas concretas. Centrados exclusivamente en esta diferencia entenderíamos que la provocación es una tentativa pública de inducción, mientras que la proposición es una tentativa privada de inducción. Sin embargo, hay otra desavenencia importante, el provocador no tiene porqué querer ejecutar el delito principal, mientras que el que propone posee una resolución delictiva de coejecución. Esta distinción no cambia la naturaleza de la provocación pero sí la de la proposición, que sólo abarca la tentativa de inducción a la coautoría. Esta interpretación deja fuera a la tentativa de inducción a la complicidad

<sup>2209</sup> Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 428. Sobre la problemática de la complicidad y las acciones neutrales en el ámbito de los delitos cometidos a través de medios de comunicación vid. Gómez Tomillo, op. cit., pág. 425-41.

Sobre los límites a la complicidad vid: Blanco Cordero, I., *Los límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001.

<sup>2210</sup> Sobre el recurso al dolo para limitar la responsabilidad del partícipe en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas vid. Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 371-81, 483.

<sup>2211</sup> Si se interpreta el art. 30.2 CP de modo que convierte en autoría accesoria formas de participación se podrá afirmar la posibilidad de punición de las misma cometidas de culposamente cuando el tipo admita la imprudencia, Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 483.



o cooperación necesaria preejecutiva, así como todas las tentativas de inducción destinadas a colaborar en una acción que no será realizada por el inductor como autor. No obstante, sería posible admitir la tentativa de inducción a la complicidad o cooperación necesaria durante la fase ejecutiva del delito. El posible vacío de punición de estas conductas (especialmente si se interpreta *ejecutar* en un sentido técnico) o el de otras (invitación a la autoría cuando el proponente no desea cometer por sí mismo el delito) me parece una crítica asumible contra esta exégesis de la naturaleza de la proposición<sup>2212</sup>. Es preferible que conductas tan alejadas de la lesión del bien jurídico no sean perseguidas penalmente. No obstante, me parece que nos encontramos ante un fallo de técnica legislativa. Creo que el legislador quería punir la tentativa de inducción y no algo tan concreto como la tentativa de inducción a la coautoría. Espero que esta reflexión no conduzca a una nueva redacción del tipo.

La provocación es una tentativa de inducción pública a través de una incitación que contenga una llamada expresa a la comisión de un delito, que sea suficiente y que se realice en un medio de comunicación (o de eficacia semejante) idóneo y de manera adecuada. La apología comparte gran parte de las características enunciadas para la provocación. El punto que las distingue se haya en el carácter de la apelación a la comisión de delitos, que en este caso, aparece de forma implícita. Por consiguiente, la tipificación de la apología permite castigar una forma concreta de provocación implícita, que de otro modo quedaría impune: la exaltación del delito o su autor.

Con todo, hay que insistir en que la persecución de la apología representa la punición de manifestaciones orientadas a generar adhesiones a un mensaje ideológico que no es autorizado por un Estado que no confía «en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus propias convicciones»<sup>2213</sup> y considera que la sociedad está formada por «menores de edad»<sup>2214</sup> o sujetos que se haya en una «posición de inferioridad»<sup>2215</sup> los cuales no saben cómo enfrentarse y reaccionar antes semejantes afirmaciones; que no reconoce «que la libertad ideológica en que se fundamenta la democracia ampara la expresión de ideas opuestas a las propias bases de la democracia en tanto no contengan mensajes de incitación delictiva»<sup>2216</sup>; que no

---

<sup>2212</sup> Sobre esta crítica vid. Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 565, que la reproduce pero no la sostiene.

<sup>2213</sup> Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio", pág. 1166.

<sup>2214</sup> Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*»...", marg. 702.

<sup>2215</sup> Jakobs, G., "Criminalización...", pág. 319-322.

<sup>2216</sup> Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1640.

reconoce que la alabanza de actos criminales es un elemento necesario dentro del proceso de formación de la voluntad democrática ya que, aparte de integrarse dentro de la libertad de información y expresión constitucionalmente consagrada y ser necesaria para la formación de una opinión pública libre<sup>2217</sup>, muestra la existencia de un problema (político, social, económico, cultural...) no resuelto, que no es la consecuencia de un hecho concreto sino de un conflicto enquistado en la sociedad española. Muestra que hay sectores de la comunidad que no están de acuerdo con la vía penal adoptada para intentar resolver la situación problemática<sup>2218</sup>. Y por consiguiente, muestra que quizá haya que adoptar otros mecanismos distintos de los penales para solventar este problema<sup>2219</sup>.

En conclusión, de nuevo se recurre al Derecho penal para reducir al opositor del sistema<sup>2220</sup> al que se le niega el acceso a los mecanismos democráticos de comunicación, debate, votación y cambio. «Una vez más, pues, nos encontramos ante la tentación de utilizar el Derecho penal como instrumento de manipulación de las intenciones de la persona, como medio de imponer una determinada forma de entender las relaciones sociales, olvidando que una de las características esenciales de un Estado de Derecho es justamente la libre discusión de las ideas»<sup>2221</sup>.

La apología está vinculada a una política criminal que considera que realizar concesiones al terrorista implica perder<sup>2222</sup>, cuando en realidad la supresión de

<sup>2217</sup> Además, «no conviene mediante adelantamientos excesivos de las barreras de punición establecer tabúes ético-sociales pues el secretismo impuesto puede acabar extendiendo la sospecha de que tienen razón los que son encarcelados por asuntos que no pueden discutirse abiertamente», Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de Auschwitz»...", marg. 714.

<sup>2218</sup> Con ello respondo a la pregunta de Ruiz Landáburu: «¿En qué medida la alabanza al delito es un elemento relevante para la formación de una opinión pública libre y democrática? ¿En qué medida el escuchar esos mensajes nos hace participar en los asuntos públicos de forma responsable? En nada», Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, pág. 79.

<sup>2219</sup> Tal y como propone Asúa Batarrita en el terrorismo «el debilitamiento del sustrato ideológico que ampara la «lucha armada» requiere la interacción de las instancias de socialización que operan en la cotidianeidad de la vida política y cultural», Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644.

<sup>2220</sup> Beck, W., *Vorfeldkriminalisierung*, pág. 114.

<sup>2221</sup> Mira Benavent, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, pág. 24, autor que lanza esta frase cuando plantea el uso histórico del Derecho penal como medio para recortar considerablemente la libertad de expresión.

<sup>2222</sup> Así lo expresa Manzanares Samaniego cuando, tras constatar la dificultad de aplicación del art. 18.1 a los casos de apología y ante la ausencia, en el momento de redacción de su artículo, de un tipo que penalice de forma autónoma la apología al terrorismo (que hoy aparece recogido en el art. 578 CP), sostiene que «la destipificación efectiva de la apología del terrorismo en sentido amplio... (scil. que la regulación actual de la apología representa) muestra un preocupante paralelismo con la continuada claudicación de estos últimos años frente a las manifestaciones más notorias de dicha delincuencia», Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", marg. 763.

garantías es la auténtica victoria de aquellos grupos cuya finalidad es acabar con el sistema democrático, cuando en realidad la única victoria puede ser la firmeza en el mantenimiento de los mecanismos democráticos de solución de conflictos<sup>2223</sup>.

Se defiende igualmente que para realizar la justicia, garantizar la seguridad y vencer al terrorista que se revela contra la comunidad hay que facilitar la actuación del Derecho penal (el arma más contundente física e ideológicamente del Estado de Derecho). A la satisfacción de este objetivo se orientan los esfuerzos de teorías que, desde su aparente *neutralidad democrática*, justifican la supresión de garantías jurídicas que dificultan una actividad más rápida y eficaz del Estado. Esta actuación sin límites, esta excepcional supresión de garantías que tiende a convertirse en lo normal y cotidiano<sup>2224</sup>, no debe atemorizar al *ciudadano*, que respeta la ley, sino sólo al *delincuente*, sólo al terrorista. Como consecuencia de todo lo dicho, la persecución de la apología se enmarca en un contexto de dramatizaciones que eluden plantear el problema en toda su extensión y el abanico de posibles soluciones democráticas que sólo deben acudir a la vía penal como *última ratio*.

En un contexto de deseos de venganza penalmente expresados, de discursos basados en la idea de vencer y no claudicar, de demócratas que, cegados por la sangre de las víctimas, indignados y enarcedidos por las penurias, por el valor de los que son privados de sus derechos por los violentos, caen en la provocación de los que quieren encontrar motivos que justifiquen una lucha que surgió en un marco dictatorial ayer superado (hoy de nuevo más próximo)<sup>2225</sup>; en el contexto de la lucha «antiterrorista», «en un ámbito tradicionalmente vinculado a la represión de la discrepancia política»<sup>2226</sup>. En ese contexto, como en cualquier otro, la punición de la apología supone, en la práctica, la inmolación de la libertad de expresión que sólo será un derecho digno de respeto cuando coincida con la opinión dominante. Supone, en definitiva la introducción de la censura.

Es evidente que la presencia del delito de apología depende de lo que la mayoría considere como ideología aceptada, que no siempre coincide con lo recogido en el

<sup>2223</sup> En esta línea Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644.

<sup>2224</sup> Sobre la idea de legislación de crisis que subyace en los «delitos de clima» como justificación de su existencia, vid. Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de Auschwitz»...", marg. 702 (crítico al respecto).

<sup>2225</sup> «La dramática persistencia del terrorismo etarra, pone a prueba la capacidad de conjugar la profunda indignación que suscita, con la necesaria serenidad en la respuesta que el Derecho penal puede ofrecer», Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada", pág. 1644.

<sup>2226</sup> Mira Benavent, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, pág. 25.

Código. ¿Será castigada por apología (art. 141 CP) la persona que alaba la muerte de un maltratador a manos de su mujer? ¿Será menos peligroso este comportamiento que el que consiste en alabar a un terrorista y su acto criminal? ¿Se puniría como apología la justificación de la actividad de los GAL?

En ese contexto, la apología representa la persecución, por decisión democrática de la mayoría, de las minorías ideológicas<sup>2227</sup>. «El Derecho penal debe ser ejemplarizante no sólo por la firmeza en la exigencia de la adecuada responsabilidad por hechos delictivos, sino también por su sometimiento estricto a las garantías y principios que informan su legitimidad democrática. Es la única forma de reiterar sin desfallecimiento el mensaje de la superioridad de las vías democráticas para la solución de los conflictos y para dar respuestas a las lesiones de derecho fundamentales»<sup>2228</sup>.

El TS ha dejado claro que la conducta típica de apología no prohíbe manifestaciones ideológicas sino la aprobación de comportamientos delictivos, es decir, consiste en la manifestación contraria al orden de valores vigentes. Ahora bien, que esto no sea un atentado contra la libertad de expresión, que no sea una forma de persecución ideológica, que deje un espacio a la «expresión del disentimiento razonado... (scil. a) la posibilidad de manifestar, sin sujeción o impedimento alguno, las opiniones que se profesan, o de expresar las propias ideas, sentimientos o creencias» (STS 29 de noviembre 1997 – f.d. 30.º) es indefendible, porque no es posible manifestarse sin sujeción o impedimento a favor de un delito (cometido o no), de su autor/es, en contra del Código penal, porque está prohibido atentar contra los valores dominantes, esto es, porque se persiguen formas de discrepancia *política* con el orden mayoritario.

No quiero terminar el estudio de estas figuras sin un breve comentario. Una comunidad democrática madura (quizá sea éste el problema de la sociedad española) debe soportar conductas provocadoras de todo tipo. Primero, por una exigencia del principio de libertad de expresión. Segundo, porque no se puede probar si ese comportamiento puede tener un efecto sobre los destinatarios (salvo conmover a la sociedad), y si fuera posible siempre se podría resolver por la vía de la inducción cuando va acompañado de una conducta delictiva.

#### 4. La conspiración.

<sup>2227</sup> Mira Benavent comenta que el carácter abertzale radical del diario «Egin» es lo que explicaría porqué comunicados como los aparecidos en el citado periódico no motivaron la intervención penal cuando fueron publicados por otros diarios. «Todo lo cual induce a pensar... que a través de la vía de una criminalización puramente secundaria, se ha intentado, en este caso, obstaculizar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales únicamente de aquellas publicaciones que sirven de órgano de expresión de determinadas opciones ideológicas», Mira Benavent, J., «El caso del Diario «Egin»», nota 13.

<sup>2228</sup> Asúa Batarrita, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada», pág. 1645.

La conspiración viene recogida en el art. **17.1** CP: «la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo».

En Alemania su punición se prevé junto a otras conductas en el § **30 Abs.2**:

«igualmente se sancionará al que se manifieste dispuesto, acepte la propuesta de otro o concierte con otro la comisión de un delito o inducir para ello»

### **A. La conspiración como inducción mutua.**

La conspiración es un supuesto especial de inducción en el que una serie de sujetos se reúnen, sin existir previamente una resolución criminal en ninguno de ellos, y por medio del influjo recíproco deciden llevar a cabo una determinada actividad criminal. «Se puede decir que lo jurídicamente relevante en la conspiración es que varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada uno de ellos la voluntad decidida de cometer el delito, determinando pues un robustecimiento de la voluntad criminal y, por tanto, un mayor peligro de que el delito principal se lleve a cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separado»<sup>2229</sup>. Así, los sujetos de la conspiración no son todos aquellos que deciden ejecutar el delito, y participar en él como coautores a través de actos ejecutivos. Son al contrario aquellos que llevan a cabo el comportamiento en que consiste la conspiración «es decir, influir *decisivamente* en la resolución de quien sí va a ejecutar, el delito principal»<sup>2230</sup>. «Esto significa en definitiva, que todos y cada uno de ellos (scil. los conspiradores), han de influir en la *decisión* de los demás. Quien se encuentre en esa situación será autor de la conspiración; otro no, aunque esté decidido a ejecutar con sus propias manos (directamente) el delito principal (por ejemplo, el “matón” que puede ser fácilmente sustituido por otro)»<sup>2231</sup>.

La esencia de la conspiración como inducción recíproca se encuentra en la necesidad de que no concurra una definitiva «decisión a cometer el delito principal» en alguno

<sup>2229</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 18

<sup>2230</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 40 (cursiva original).

<sup>2231</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 41 (cursiva original). «Por tanto, la figura de la conspiración siempre concurre cuando hay dos o más presuntos autores, uno de los cuales induce al otro, siempre que éste (scil. el incitador) no este resuelto definitivamente al hecho sino que ello se condicione a la colaboración del otro, el cual (scil. el inducido) se ofrece a la comisión del hecho, así que hay una inducción recíproca », Letzgus, K., *Vorstufen...*, pág. 109. Roxin considera que la Verabredung es una inducción recíproca castigable por el § 30. Abs.1, Roxin, C., JuS 1973, pág. 333; JA 1979, pág. 170; opinión que luego modifica en el LK, donde considera que la conspiración es un «Vorstufe der Mittäterschaft», op cit., 30/71.

de los conspiradores<sup>2232</sup>. La presencia de un sujeto previamente decidido impide que concurra «el resultado de la conspiración, que no consiste sino en la resolución conjunta y mutuamente influida»<sup>2233</sup>.

**Cuello Contreras** exige que los autores de una conspiración se orienten a la realización total del delito principal aunque no todos deseen ser autores del mismo<sup>2234</sup>. No obstante, no niega el hecho de que la conspiración no tiene necesariamente lugar entre individuos que intentan generar recíprocamente una resolución delictiva de coautoría. En numerosas ocasiones los conspiradores pueden tener como objeto hacer posible el plan que una persona aislada no es capaz de llevar a cabo (pero que ya está resuelta para ello), o siéndolo, decida buscar el apoyo de otras personas, porque a través de la actividad en grupo se asegura o facilita su desarrollo<sup>2235</sup>. Simplemente excluye esos casos del ámbito de la conspiración punible. Así, mantiene que de la lectura del precepto donde se castiga la conspiración no se deduce que no pueda tener por objeto un acuerdo de inducción o de complicidad. Formalmente no existe ningún obstáculo que impida al legislador castigar la participación de una participación<sup>2236</sup>. Sin embargo, tal conducta es impune, y lo es por motivos de política criminal: no manifiesta el peligro exigido a la acción de conspiración. El apoyo mutuo de cada conspirador condiciona que los conspiradores realicen algo que de forma aislada no harían. Esta peligrosidad concurre siempre que se muestran esa solidaridad «*a lo largo de toda la acción principal*» aunque todos los conspiradores no quieran ser autores pues, aún en ese caso, siguen transmitiendo «seguridad a los conspiradores activos», pero desaparece «cuando el acuerdo de conspiración no contempla la realización total del delito principal, sino que se detiene en la inducción, momento a partir del cual ya sólo actúa una voluntad, la del autor principal inducido, que no obra motivado por las circunstancias que... concurren en el acuerdo de conspiración y que determinan la gravedad de tales conductas»<sup>2237</sup>.

Por consiguiente, el citado autor excluye de la punición los supuestos de conspiración a la inducción y a la complicidad pero incluye aquellos otros en los que los conspiradores no quieren ser todos coautores en un sentido ejecutivo técnico.

<sup>2232</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 48; el mismo, "La jurisprudencia del T.S. sobre los actos del art. 4 CP", pág. 536.

<sup>2233</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 52.

<sup>2234</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 94.

<sup>2235</sup> Como le critica Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 287, nota 743; la misma, "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625.

<sup>2236</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 94.

<sup>2237</sup> Cuello Contreras, J., *La conspiración...*, pág. 94 (textos citados), 99.



El punto débil del planteamiento de Cuello, cuando exige una influencia recíproca subordinada a sujetos todavía no resueltos, es la evidente inseguridad jurídica que genera este último requisito. Ante la evidente dificultad probatoria y la falta de un criterio que determine con seguridad cuando concurre esa resolución, amén de los problemas de la definición de este concepto, se tendrá que optar por presunciones que afirmen la presencia o ausencia de esta resolución que podrán ser utilizadas al antojo del juzgador. Lo cual, insisto, crea una situación de inseguridad jurídica. Además, no es posible defender que haya una inducción recíproca porque no «...se puede mantener que siempre los conspiradores hacen nacer entre todos y en cada uno de ellos la voluntad de delinquir»<sup>2238</sup>. La conspiración no es una inducción recíproca porque lo característico de ella no es el intento de generación de una resolución sino la presencia de un acuerdo, de una resolución delictiva conjunta, siendo irrelevante para ello cuál haya sido la importancia que cada conspirador tuvo a la hora de conseguir la aparición de esta resolución conjunta. Es la resolución compartida lo característico de la conspiración. Lo importante «es la consecución de una resolución compartida, con independencia de que en sus orígenes haya un deseo individual de llevar adelante el delito o uno nacido solidariamente al abrigo de influencias intercomunicada. Si hay un acuerdo de varias personas para realizar un delito, hay conspiración»<sup>2239</sup>. Por consiguiente, no se puede negar la conspiración en aquellos supuestos en los cuales uno de los conspiradores estaba decidido previamente, ésta no se limita a los supuestos en los que cada conspirador «se halla irresuelto y condiciona su resolución a la aceptación de otros («inducción mutua»)», el conspirador también puede ser un proponente o el que, ya resuelto, acepta la oferta de actividad delictiva conjunta<sup>2240</sup>.

<sup>2238</sup> Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 495. Que exista una resolución condicionada no quiere decir que no exista antes del acuerdo conspiratorio, en tal caso la actuación de un conspirador sobre otro ya resuelto reforzaría su intención criminal, lo que sería una forma de complicidad y no de inducción, Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625.

<sup>2239</sup> Orts Berenguer, "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios", págs 495. Igualmente Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 79: «...no necesariamente todos los concertados no deben estar resueltos, de antemano, a ejecutar el delito. Lo decisivo no es concertarse y resolver ejecutar un delito, sino concertarse y resolver *ejecutar en común*», (cursiva original); Farré Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", pág. 727-29.

<sup>2240</sup> Farré Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", pág. 528 y s.

**B. La conspiración como tentativa de inducción múltiple, consumada en su resultado intermedio.**

La conspiración castiga comportamientos que coinciden con la tentativa de inducción y la aceptación de la propuesta<sup>2241</sup>. Por una lado, como la propuesta de inducción ha sido aceptada es posible defender la presencia de una tentativa de inducción (con resultado intermedio) para el que propone. Por otro lado, el que acepta induce al mismo tiempo al que propone que, en el momento en que conoce la respuesta afirmativa, se ve confirmado en su resolución que estaba subordinada a dicha aceptación. Sólo en ese instante se consuma la conspiración. Por todo ello se puede afirmar que hay una tentativa de inducción múltiple consumada en su resultado intermedio. Los defensores de esta hipótesis están planteando que la conspiración es un concepto que engloba dos conductas que son sancionadas autónomamente en el ámbito alemán: la propuesta y la aceptación de la misma. La ventaja de este planteamiento es que aparentemente simplifica la visión de la conspiración desde la perspectiva de la inducción. Ya no hay que comprobar que cada uno influyó sobre el otro, ni que cada incitador no concurriera a la conspiración con una resolución definitiva. Ahora, lo único que hay que verificar es que tuvo lugar una propuesta de delito, que obviamente debe poseer una capacidad de motivación suficiente, y que hubo una respuesta afirmativa explícita y expresa que alcanzó al proponente.

No obstante, en la medida en que la aceptación es una tentativa de inducción que pretende influir sobre la decisión de un incitador inicial, se podría criticar que también ahora nos enfrentamos a los mismos problemas que el planteamiento anterior (inducción recíproca): ¿qué sucede cuando el proponente está resuelto, es decir, cuando el proponente no ha subordinado su resolución a esta aceptación? Normalmente se responde a esta pregunta afirmando que también hay *aceptación* en aquellos supuestos en los que el proponente ya está resuelto e iba a cometer el delito con independencia de la respuesta del propuesto, de modo que, para el que acepta, es un *omnimodo facturus*<sup>2242</sup>. Además, tampoco queda claro que el sujeto que acepta pretenda crear una resolución delictiva en el proponente. Simplemente manifiesta su intención de integrarse en el plan del proponente o de un tercero. La situación termina de complicarse cuándo el proponente se dirige a un sujeto ya resuelto. Como se puede observar la justificación de la conspiración desde la inducción es realmente complicada y únicamente es viable cuando se entiende que es irrelevante la comprobación de si alguno de los conspiradores era un *omnimodo*

<sup>2241</sup> Mantiene que la conspiración está compuesta por ambos elementos, Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 18.

<sup>2242</sup> Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme...*, pág. 68.

*facturus* y se defiende que el resultado intermedio consumado coincide con la adopción de un *acuerdo conspiratorio*, ya que si bien cada conspirador estaba resuelto a cometer un delito, aun no existía una resolución conjunta, este hecho sólo se produce en el momento en que hay una comunicación múltiple de la intención delictiva y se decide actuar unidos en dirección a ese objetivo.

Con todo, si la comprobación de la presencia de un sujeto no resuelto pasa a un segundo plano y lo relevante es comprobar si ha surgido un acuerdo entre los conspiradores. A continuación, la discusión se centrará en si el conspirador que propone tiene que desear ser autor de lo propuesto y que el destinatario de su incitación también lo sea. En tal caso, y desde la perspectiva de la legislación española, la proposición del conspirador coincidiría con la prevista en el art. 17.2 CP. Por el contrario, se puede proponer simplemente a otro que intervenga en un plan delictivo, en el cual uno de ellos pudiera ser autor y otro partícipe. Opino que la segunda opción tendría que ser la elegida pues si no quedarían supuestos fundamentales fuera del ámbito de punición de la conspiración. Si A propone a B colaborar en su actividad delictiva y B acepta, no tiene sentido castigar sólo a B cuando realice una actividad que se considere de coautoría, y dejar su conducta impune si es de complicidad o cooperación necesaria. Estos últimos comportamientos no serían, además, punibles como inducción por ser A un omnimodo *facturus* y sólo quedaría abierta la vía de la complicidad psicológica con todas las reservas que su uso genera. Así mismo, conviene reparar en que B efectúa su comportamiento sin plantearse en ningún caso si dogmáticamente se entenderá como ejecutivo o de participación, lo cual pone de manifiesto la evidente inseguridad y desigualdad jurídica que arroja semejante solución.

### **C. Conclusiones para la conspiración.**

La conspiración se puede considerar como un supuesto de inducción recíproca en la cual todos los que intervienen influyen entre sí para generar una resolución orientada a la comisión de un delito principal aunque no tengan que hacerlo necesariamente todos como autores ejecutivos. La ventaja de este planteamiento reside en la posibilidad de perseguir los supuestos de conspiración en los que concurren sujetos que pretenden desempeñar en el plan delictivo una función distinta a la de autor en sentido estricto. El problema, sin embargo, reside en que al exigirse la presencia de un conspirador no resuelto y ante la dificultad probatoria de este hecho se creaba una situación de inseguridad jurídica en la cual el juzgador podría decidir de forma prácticamente arbitraria, aunque fundamentada, si concurre semejante requisito o no.

Ahora bien, es posible mantener que la conspiración es simplemente una tentativa de inducción consumada en su resultado intermedio, a un destinatario concreto,

expresa, a la autoría, coautoría o participación. La cual está compuesta por dos acciones distintas de tentativa de inducción: una incitación y la aceptación de la misma. Lo importante es que aparezca una voluntad delictiva conjunta y que sea el resultado de la concurrencia de una propuesta adecuada y suficiente y una aceptación que tiene que ser conocida por el que propone. El reparto de roles dentro del delito es irrelevante.

No obstante, aunque este planteamiento justifica la punición del que propone, que evidentemente crea una resolución delictiva en su destinatario, no queda tan claro que el que acepta efectúe una incitación que obtenga su resultado intermedio, pues el conspirador que propone puede estar resuelto. Además, la comprobación de este dato provocaría las mismas situaciones de inseguridad jurídica planteadas con anterioridad. Más bien, parece que el conspirador que acepta simplemente posee una resolución delictiva y no pretende incitar al que propuso. Se encuentra situado en una fase preparatoria del *iter criminis* de la autoría ejecutiva o de una participación subsiguiente, según el acuerdo alcanzado de actuación posterior. Así mismo, el proponente se puede dirigir a un sujeto ya resuelto.

Por este motivo, la conspiración no encuentra fácil justificación por la vía de la inducción. Se enfrenta con una dificultad que no aparecía con las otras figuras. El problema del *omnimodo facturus* no afectaba a la proposición o provocación porque lo reprochado es la realización de una incitación, *per se*, capaz de generar una resolución delictiva con independencia de que en el caso concreto no fuera posible porque el objeto de la incitación ya está resuelto. Sin embargo, en la conspiración lo relevante es conseguir un resultado intermedio. Si cada conspirador tiene que crearlo en el otro la conspiración no será viable en cuanto se demuestre que uno ya estaba resuelto. La solución consiste en mantener que el resultado intermedio consumado coincide con la adopción de un *acuerdo conspiratorio*, porque aunque cada uno esté individualmente resuelto a cometer un delito, aun no lo estaba de forma conjunta, ello sólo tiene lugar cuando hay una comunicación de intención y se decide actuar unido en dirección a ese objetivo.

## II. COMO FORMAS DE PREPARACIÓN.

La proposición, la provocación, la apología y la conspiración podrán ser considerados actos preparatorios en la medida en que se puedan identificar en ellos las características fundamentales de la preparación, a saber, la realización dolosa de una conducta por medio de la cual un sujeto prepara, facilita la futura comisión por él o un tercero de un delito.

## 1. La proposición.

Como he señalado con anterioridad es posible preparar un delito por medio de una incitación, siempre y cuando el preparador pretendiera con esa acción incorporar a un tercero a un plan propio o ajeno. Ahora bien, puede ser que el tipo limite la preparación a una de sus formas posibles. La presencia en el art. 17.2 de la frase «el que resuelto a cometer un delito» plantea la duda sobre si la punibilidad se reduciría en la proposición a la preparación del hecho propio.

Evidentemente si se entiende que la descripción típica de la proposición requiere que el proponente desee cometer el delito y que incite a la ejecución del mismo, hay que reconocer que sólo se persigue el supuesto de preparación del hecho propio.

El requisito que representa *la resolución a cometer* que debe concurrir en el proponente determina que no se admita la preparación al hecho ajeno. Si A propone a B que intervenga en el plan criminal de C, A no está resuelto a cometer el delito sino a participar en él. Sin embargo, si en el mismo caso A y C son coautores realmente no hay una preparación del hecho ajeno por A sino del propio.

No obstante, desde una perspectiva preparatoria se podría interpretar que la citada frase tiene como intención incorporar un requisito subjetivo vinculado a la intención de consumación y no al deseo de satisfacción del propio plan. De este modo, el preparador, que como he indicado no está necesariamente resuelto a la comisión de un delito, en estos casos de punición excepcional de los actos preparatorios sólo será punible si concurre un elemento interno trascendente, a saber, el deseo de consumación del plan propio o ajeno al que se incorpora el instrumento requerido. Desde este planteamiento, más próximo a la lógica de la participación, se admiten las opciones propia y ajena, y el límite del ámbito punitivo se traslada a otro plano subjetivo distinto. Quedará impune la conducta del preparador en la que no esté presente ese ánimo de consumación de lo planeado. Con ello se consigue igualar el nivel de exigencias subjetivas en la preparación a la que existía en la participación. Por tanto, el que propone debe querer preparar un plan propio o ajeno y, además, desear que se consuma la lesión prevista en ese plan. Ahora habría que plantearse por qué en la proposición, como tentativa de inducción, opté por una interpretación del término distinta a la que en este momento elijo. La razón reside en que si la proposición es una tentativa de inducción como tal ya está sometida a una exigencia subjetiva de dolo de consumación. Desde esa perspectiva qué sentido tendría recoger en el tipo algo que ya es inherente a la categoría en cuestión. El tipo no tiene que exigir un dolo de consumación a una figura, la tentativa de inducción, a la que ya se le requiere un dolo de consumación. Sin embargo, desde la perspectiva de la preparación la situación es distinta. Los requisitos subjetivos de los actos preparatorios sólo se refieren a la voluntad de preparar, facilitar una conducta

posterior. Pero no tienen que desear que se consume el delito o se inicie su ejecución. Por ello, sería lógico que el tipo recogiese esa exigencia como un *plus* subjetivo para ciertas formas de preparación.

También puede tener un efecto limitador del ámbito de la proposición la frase «invitar a ejecutarlo». Si se mantiene que cualquier forma de intervención en la fase ejecutiva es un modo de ejecución sería posible incluir en la proposición la preparación mediante el logro de un sujeto-instrumento que participará en la ejecución como coautor, cooperador necesario o como cómplice (inducción a la coautoría o a la complicidad). No se admitiría la incitación preparatoria a la colaboración preejecutiva dentro de la cual se incluirían aquellos supuestos de *colaboración mediante la búsqueda de otro instrumento* (proposición a la incitación). Si por el contrario se interpreta que «invitar a ejecutar» en su sentido técnico estricto, sólo sería viable la propuesta de actuación como autor principal del delito. Opción esta última que me parece la más correcta.

Desde un posicionamiento que defendiera que la proposición sólo admite la preparación del hecho propio mediante una incitación a la coautoría, la proposición se transformaría en una preparación de la coautoría. A esta conclusión llegaban algunos autores que mantenían que que, al exigirse una actuación ejecutiva del proponente no era posible sostener que la proposición fuera una tentativa de inducción porque uno de los elementos que definen al inductor es que no sea autor<sup>2243</sup>. El proponente, a diferencia del inductor, quiere ser autor lo cual provoca, además, que la proposición aceptada y ejecutada no se convierta en inducción. Mientras que la inducción persigue la creación de una resolución delictiva en el destinatario de la incitación, la proposición consiste en una invitación a cometer un delito junto a un proponente que ya está resuelto a ello. Las cosas así, la proposición no podría ser una tentativa de inducción, sino una fase preejecutiva de la coautoría<sup>2244</sup>. La proposición sería una autoría anticipada, en la que no tiene que existir entre las partes un acuerdo de voluntades. De hecho, aunque el que recibe la invitación a la coautoría decida declinar la propuesta, será punible la invitación en sí, ya que la proposición persigue un ofrecimiento de coautoría que no tiene que ser aceptado. Si fuera aceptado, pero lo planeado no llega a realizarse, el comportamiento de ambos sería punible por la vía de la conspiración. Así mismo, la proposición aceptada y ejecutada el proponente no es castigado como inductor sino como coautor del delito<sup>2245</sup>.

<sup>2243</sup> Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 52 y s; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 50-3; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 562; Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 298, que luego cambia de opinión y considera que la proposición en la nueva regulación (art. 17.2) tiene que acoger la tentativa de inducción para evitar un vacío de ley, "Regulación de las formas de participación intentada...", pág. 1625 y s..

<sup>2244</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción*, pág. 298 y s, que en concreto entiende que la proposición es «el ofrecimiento de coautoría... (scil. que) no llegue siquiera a ser aceptado por el destinatario», pág. 299; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 825; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 562; Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 52 y s.

<sup>2245</sup> Vid. cuarta parte, pág 559 y s.



En la proposición el sujeto que invita todavía no ha conseguido el sujeto-instrumento que requiere para la realización de su plan. Dicho de otro modo, no es necesario que el proponente haya convencido efectivamente al instrumento que, sin embargo, puede estarlo, siempre y cuando no exista un comienzo de ejecución. En consecuencia, la proposición engloba supuestos de tentativa de preparación y preparación consumada del hecho propio. No obstante, la obtención del instrumento no es un elemento propio del tipo, aunque la constatación de su presencia puede determinar la relevancia objetiva del comportamiento del preparador que pudo obtener el resultado buscado.

¿Qué formas de tentativas de proposición serán abarcadas por el tipo? De nuevo, se podría plantear toda la problemática acerca de la interpretación del término invitar. Si invitar se comprende como una mera sugerencia, implica que la proposición persigue la tentativa idónea e inidónea de preparación. Porque no sólo permite el castigo del sujeto que ha realizado una incitación capaz de motivar a su destinatario, también aquélla que no puede conducir al resultado. Si, en cambio, se entiende que invitación equivale a incitación, esto es, que no se rebajan las exigencias en el grado de relevancia objetiva del comportamiento del incitador, la conducta mediante la cual se intenta preparar el delito debe ser adecuada para la consecución de ese objetivo preparatorio, es decir, debe tener una capacidad suficiente para convencer al sujeto-instrumento. Por consiguiente, una mera sugerencia o la creación de un estado estimulante, por sí sólo no será una tentativa de preparación al faltarle la capacidad de motivación suficiente. Coherente con la interpretación que antes he defendido, el tipo de proposición sólo perseguirá las tentativas idóneas de preparación, a saber, aquellas que ex ante, y a tenor de las circunstancias concretas, pueden generar la resolución delictiva de incorporación a un plan criminal determinado.

En resumen, la proposición es una tentativa de preparación del hecho propio o ajeno mediante el intento idóneo de incorporar un instrumento que se desea que acepte actuar como autor material del delito planeado.

## **2. La provocación y la apología.**

En lo que respecta a la provocación y la apología la identificación de la misma como una preparación no es tan fácil<sup>2246</sup>.

<sup>2246</sup> Considera que la provocación es una preparación del hecho ajeno, Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 59-64; Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 30.

Por un lado, aunque se pueda *intentar* preparar un delito mediante una incitación practicada a través de un medio de comunicación pública, la indeterminación de su destinatario priva de cierta eficacia a este comportamiento. Déficit que se ha querido compensar insistiendo en el carácter público del medio de transmisión del mensaje utilizado. Sin embargo, que haya sido recibido por un elevado número de personas no garantiza que la incitación suficiente e idónea haya ejercido una influencia efectiva sobre alguna de ellas, lo cual sí se constata en la proposición, que por ello considero que persigue una tentativa de preparación que contiene un grado mayor de peligrosidad.

Por otro lado, ya he insistido en que cualquier forma de participación no es una preparación. Aunque es posible preparar un hecho mediante una incitación orientada a incorporar el instrumento-humano necesario para la realización del plan delictivo, además, el incitador debe desear incorporar al incitado a un plan delictivo propio o ajeno, es decir, tiene que querer facilitar la realización de un futuro delito. El problema, en lo que se refiere a las conductas del art. 18, es, por consiguiente, probar que existe el deseo de incorporación a un plan propio o ajeno, que no coincide necesariamente con la voluntad de consumación de la lesión principal del bien jurídico protegido. De hecho en estas figuras es donde se observa con mayor claridad la diferencia entre esos dos requisitos subjetivos. El que incita con un medio público de forma explícita o implícita a una comunidad indeterminada, posiblemente realice una manifestación queriendo o asumiendo la posibilidad de que ello pudiera provocar una resolución criminal en los destinatarios (y que por ese motivo contenga cierta peligrosidad) que conduzca a la realización de una actividad delictiva, pero difícilmente puede querer preparar una actividad criminal futura especialmente cuando se constata la falta de una regularidad necesaria entre la manifestación y una subsiguiente creación de una resolución delictiva.

Esta dificultad a la hora de probar la presencia de una intención preparatoria generaría la necesidad de recurrir a presunciones (a favor o en contra de la presencia de ese requisito subjetivo)<sup>2247</sup>. Ahora bien, la presunción de la existencia del elemento subjetivo propio de la preparación generaría la contradicción de admitirlo para una tentativa de preparación que no se puede consumir, o que, por lo menos, no es viable probar con posterioridad que se ha consumado, pues no se es posible probar que la ocasional aparición de una resolución delictiva en el auditorio se vincule causalmente a la conducta del provocador o el apologista.

<sup>2247</sup> Conviene recordar que la imposibilidad de probar algo en Derecho penal implica la posibilidad de presumirlo, a través, de presunciones y abstracciones de todo tipo. Y esto representa un ataque insoportable contra la seguridad jurídica requisito básico para el mantenimiento de los derechos y libertades.

Además, tanto cuando el autor conoce esta imposibilidad, como cuando el autor de la participación creyera que su conducta es idónea y, en ese caso, se demuestre o se presuma que la intención preparatoria existe, conviene reparar en el hecho de que el acto de incitación objetivamente no sería capaz de preparar un delito, de tal modo que se podría afirmar que nos encontraríamos con un supuesto de tentativa imposible de preparación. En conclusión, una incitación suficiente e idónea cuando se orienta a un sujeto indeterminado hace imposible satisfacer esa condición del plan delictivo. Sería necesario eliminar una provocación así entendida, que persigue tentativas imposibles de preparación con un grado de peligrosidad muy reducido, y que tiene que limitar al mínimo las exigencias subjetivas para no contraer en demasía su marco de aplicación.

Por último, la provocación y la apología se refieren a la tentativa de preparación del hecho propio o ajeno mediante la solicitud de *cualquier* colaboración. De nuevo, esto depende de cómo se interprete la frase «incitar... a perpetrar el delito». Si se entiende como ejecución de un delito en un sentido estricto, sólo admitirá la incitación a la colaboración ejecutiva de autoría en un plan propio o ajeno. Si se interpreta como ejecución en un sentido no técnico incluiría la incitación a toda conducta ejecutiva de autoría y participación durante la ejecución. Si se considera que perpetrar un delito es intervenir de cualquier modo en una actividad delictiva, sería posible recoger en estas figuras los supuestos de incitación a la colaboración en el delito (opción que considero más adecuada desde la perspectiva de la preparación).

En suma, la provocación y apología son tentativas (imposibles) de preparación del hecho propio o ajeno mediante una incitación pública que pretende obtener el instrumento necesario para el desarrollo de ese plan con independencia del tipo de colaboración que se solicite. No obstante, la dificultad existente a la hora de probar esa intención preparatoria de un plan y la inferior capacidad que contiene el comportamiento (en relación con la proposición o conspiración) aconsejan no acudir a la vía de la preparación y solicitar su supresión por infracción del principio de lesividad.

No quiero abordar el estudio del siguiente apartado sin elaborar una breve reseña sobre el planteamiento del profesor **Olmedo**. Este autor considera que «respecto a la naturaleza jurídica de la provocación, debe entenderse ésta como la incriminación de un acto preparatorio *sui generis*, dado que ni constituye una antesala de la autoría ni tampoco de la participación accesoria»<sup>2248</sup>. Como ya he señalado es una opción válida mantener que la provocación es un acto preparatorio y que no sea una fase previa de la participación. Ahora bien, ¿cómo puede ser una preparación y no constituir una antesala de la autoría? Aunque se castigue de forma autónoma la conducta preparatoria

<sup>2248</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 826 (cursiva original).

por la peligrosidad inherente al comportamiento, tal y como sucede con los *delitos de tentativa o emprendimiento*, sigue siendo una fase del *iter criminis* de una autoría. La otra opción es defender que posee su propio bien jurídico autónomo, pero entonces dejará de ser una preparación *sui generis* y se convertirá en una forma de lesión del mismo dotada de su propio *iter criminis*.

### 3. La conspiración.

#### **A. La conspiración es una simple manifestación de la resolución delictiva.**

La conspiración, *per se*, es una simple manifestación de la resolución delictiva realizada por una pluralidad de personas reunidas y orientadas a ese fin criminal<sup>2249</sup> con independencia de que subjetivamente esperen o no ejercer una influencia psíquica sobre los otros conspiradores<sup>2250</sup>. Como ya expuse, se trata de una resolución tomada por una pluralidad de personas y desde esa perspectiva comunicada que no se orienta todavía a la organización del delito. Esto es, se encuentra en una fase del *iter criminis* anterior a la preparación.

La principal consecuencia que se debe extraer de ello es la impunidad de la conspiración. Si la resolución delictiva no es punible porque se mantiene en la esfera interna del individuo y no lesiona ni nada ni a nadie, esto es, no vulnera objetivamente un bien tutelado penalmente, no tiene sentido defender esta naturaleza de la conspiración si no es para justificar la necesidad de su exclusión del ámbito de relevancia penal. La persecución de estas conductas supondría el castigo de la simple intención (*Willensbildung als solche*) que no va acompañada de una conducta relevante. O sea, se punirían acciones que están en armonía con el ordenamiento jurídico.

Lo característico de esta resolución es que, no queda en el seno de un individuo, sino que ha sido tomada por una pluralidad de personas, sin embargo, ello sigue sin justificar suficientemente la necesidad de intervención penal. Si la resolución delictiva es impune también lo es su comunicación. De esto se deduce la incorrección del castigo de la conspiración<sup>2251</sup>.

Aparte de otras críticas que ya esgrimí con motivo de la consideración general de los actos preparatorios punibles como resoluciones manifestadas, a las que me remito<sup>2252</sup>, hay otro motivo que impide o por lo menos dificulta mantener que la

<sup>2248</sup> Próximo Haft que considera que la conspiración persigue verdaderas resoluciones delictivas que normalmente tienen que quedar alejadas del alcance del tipo, Haft, F., 478, pág. 221.

<sup>2250</sup> Como defiende Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 StGB", pág. 294.

<sup>2251</sup> Stratenwerth, *Strafrecht AT2000*, § 11/3 y ss.

<sup>2252</sup> Vid. cuarta parte, pág. 388 y ss.

conspiración es una simple resolución delictiva manifestada. Es extremadamente complejo separar el momento conspiratorio determinado por la comunicación de una voluntad delictiva del proceso que inmediatamente sigue a la toma de la decisión conjunta. La conspiración no suele consistir en un simple: acordamos robar el banco X, sino que más bien, el acuerdo viene acompañado en el mismo instante de ciertos actos de planeamiento, reparto de roles dentro plan criminal, lo que supone acceder a la fase preparatoria (organizativa) del delito.

### **B. La conspiración como fase previa de la coautoría.**

La mayoría de la doctrina considera que conspiración es una coautoría delictiva anticipada, una fase previa de la coautoría (Vorstufe der Mittäterschaft)<sup>2253</sup>.

**Gómez Rivero** señala que «la conspiración y proposición están contemplando las posibles etapas o vicisitudes en la secuencia cronológica que supone la aparición de la coautoría»<sup>2254</sup>. De este modo, la conspiración representaría el supuesto en que hay un ofrecimiento de coautoría aceptado pero todavía no ha comenzado la realización del mismo y la proposición sería una propuesta de coautoría no aceptada<sup>2255</sup>. Dentro de esta secuencia, la propuesta de coautoría aceptada acompañada de un delito realizado sería una coautoría<sup>2256</sup>. En esta línea también se mueven **Olmedo Cardenete**<sup>2257</sup> y **Ruiz Antón**, que sin embargo, aunque considera que si se acepta la propuesta estamos

<sup>2253</sup> Wessels/Beulke, *AT98*, 13/564; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 30/12; Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des § 49a StGB", pág. 14; Roxin, C., *LK11*, 30/60, 71; Busch, R., "Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung", pág. 1121; Kühl, K., *AT2000*, 20/252; Gropp, W., *AT2*, 9/104; Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung*, pág. 106; Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 230; Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, pág. 86; Busch, J.D., *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, pág. 119, 175; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 261; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 151; el mismo, *Comentarios*1997, pág. 80; Polaino Navarrete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 963; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 469; Mir Puig, S., *PG6*, 13/35; Berdugo/Arroyo, *PG2*, pág. 297; Gómez Martín, V., "Desprotección de programas informáticos y delitos de emprendimiento", pág. 12; Quintero Olivares, G., *PG3*, pág. 583; el mismo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, pág. 127; Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 803; el mismo, *Comentarios al Código penal*, pág. 891; Moreno-Torres Herrera, M.R., *PG*, pág. 702; Martínez Escamilla, *El desistimiento*, pág. 147; Campo Moreno, J.C., *Los actos preparatorios punibles*, pág. 33; Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pág. 457; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 559; López Peregrín, M.C., *La complicidad en el delito*, pág. 481; Bustos Ramírez, J., *PG94*, pág. 415; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 426 y s; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 722, que considera, no obstante, que la caracterización de la conspiración como una *coautoría anticipada* es una *imagen* pues en un sentido estricto no se puede defender que haya una autoría sin que se comience la ejecución del tipo. El Tribunal Supremo define la conspiración como un coautoría anticipada en las sentencias: STS 17 de enero 1986 (f.d.1.º); STS 24 de octubre 1989 (f.d. 2.º); STS 1 de octubre 1990 (f.d.1.º 3); STS 1 de diciembre 1992 (f.d. 12.º); STS 18 de junio 2002 (f.d. 5.º).

<sup>2254</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 299 (cursiva original).

<sup>2255</sup> STS 5 febrero 1993 (f.d. 2.º) establece que la proposición aceptada ya sería una conspiración.

<sup>2256</sup> Gómez Rivero, C., *La inducción...*, pág. 299; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 563.

<sup>2257</sup> Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesoria*, pág. 809, 825 y s.

ante una conspiración, luego advierte, que «no sería correcto afirmar que la proposición aceptada se convierte en una conspiración, pues, conceptualmente, no puede decirse que ha habido proposición desde el momento en que ésta exige la declinación de la invitación practicada»<sup>2258</sup>.

Esta propuesta parte de la premisa aceptada de que la conspiración para delinquir se caracteriza por una unión dolosa de voluntades orientadas *todas al mismo hecho*, con una decisión firme de ejecución que está plasmada en un plan concreto, acabado y viable. Y a ello le añade, que todos los conspiradores deben querer ser coautores<sup>2259</sup>. Este plus subjetivo da lugar a una reducción del ámbito de la conspiración. Primero, porque el acuerdo entre autor e inductor, entre autor y cómplice no sería una forma de conspiración<sup>2260</sup>; segundo porque la unión de voluntades dirigida a la complicidad o a la inducción queda excluida del marco de significado típico de la conspiración<sup>2261</sup>.

Con independencia de que la postura que defiendo, que expondré en el siguiente apartado, es incompatible con este planteamiento, el mismo puede ser objeto de crítica desde su propia lógica por varios motivos.

(1) La conspiración no se debería agotar con la preparación de la coautoría delictiva<sup>2262</sup>.

En principio, no existe ningún obstáculo que impida al legislador castigar la participación de una participación<sup>2263</sup>. De hecho, de la lectura del precepto donde se

<sup>2258</sup> Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 87.

<sup>2259</sup> Insiste en que los conspiradores deben tener la intención de efectuar una conducta que tuviera el carácter de autoría, STS 25 de junio 1993 (f.d. 2.º); STS 13 de noviembre 1998 (f.d. 6.º); STS 18 de junio 2002 (f.d. 5.º); sentencia del BGH, 31.10.2001 – 2 StR 315/01 (LG Erfurt); Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 152; Farré Trapat, E., “Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración”, pág. 726 (autora que no obstante parece insistir en que esa voluntad de autoría no implica la imposibilidad de que «el conspirador realice durante la fase preparatoria *diversas acciones de participación en el hecho...* Estas formas de participación se subsumen en el concepto de conspiración, o de coautoría en el caso de que el delito llegue a ejecutarse», *ibidem* – cursiva original-); Cobo/Vives, *PG5*, pág. 722; Bustos/Hormazabal, *Lecciones de Derecho penal II*, pág. 261; Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, pág. 115.

<sup>2260</sup> Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 152; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 559; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 722; Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice...*, pág.166; Kühl, K., *AT2000*, 20/252; Busch, R., “Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung”, pág. 1121; Roxin, C., *LK11*, 30/71; Samson, E., *SK90*, 30/19; Maurach, R., “Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)”, pág. 142; Hoyer, A., *SK2001*, 30/50, que no obstante si admite en el tipo de conspiración el acuerdo conjunto a la inducción (30/51). Acepta la presencia de conspiración entre sujetos que se reparten los roles de cooperador/complice y autor, STS 13 de noviembre 1998 (f.d.6.º).

<sup>2261</sup> Olmedo Cardenete, M., *Comentarios al Código penal*, pág. 892; Cobo/Vives, *PG5*, pág. 722; Maurach, R., “Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49 a II StGB)”, pág. 141 y s; Brose, R., *Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB)*, pág. 139.

<sup>2262</sup> Reconoce la existencia de una conspiración para la autoría junto con la conspiración para la participación, Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 250; Busch, J.D., “Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung”, pág. 1121; Busch, R., “Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB”, pág. 247.

<sup>2263</sup> Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 94, 99.



castiga la conspiración no se deduce que no pueda tener por objeto un acuerdo de inducción o de complicidad. Sin embargo, la restricción a la preparación de la coautoría se fundamenta en una interpretación restrictiva (conforme a lo previsto para la proposición) de la frase «resuelvan ejecutarlo». Si se entiende ejecutar en su sentido técnico estricto, sólo es viable la punición de la preparación conjunta al hecho propio como conspiración. A esta interpretación se opone otra que identifica *resuelto a ejecutar* con una voluntad de consumación como elemento trascendente a la mera intención preparatoria de la conspiración. Una posibilidad intermedia es considerar que la decisión de intervenir en una fase ejecutiva aunque no sea como autor (complicidad y cooperación necesaria durante la ejecución<sup>2264</sup>) es una resolución de ejecución. De conformidad con esta tercera opción, la conspiración tendría que alcanzar los supuestos en los que, según resulta de lo planeado, uno/s de los reunidos asume el rol de autor ejecutivo, mientras que el resto aceptan conscientemente el papel de cómplices o cooperadores necesarios. A fin de cuentas, resultaría peligroso no incluir estos supuestos en la conspiración. Especialmente, porque ello crearía una evidente inseguridad jurídica, pues, el profano desconoce si su actividad será estrictamente ejecutiva o no y, en muchas ocasiones, su inclusión en el tipo dependerá del azar, del estado de la doctrina sobre el papel que desarrolla una concreta acción en un determinado delito. Por ejemplo, la discusión sobre el carácter participativo o ejecutivo del conductor del coche que va a ser utilizado para escapar o del que acepta sujetar a la mujer que va a ser violada.

Interesante es la postura de **Ruiz Antón**, que perfila el concepto de coautoría anticipada y sostiene que la conspiración es un acto preparatorio de la coejecución de un delito, pues observa acertadamente que no «...todo comportamiento susceptible de castigo con base en la conspiración es una conducta que de transformarse en actos ejecutivos daría lugar a una autoría (coautoría), pues al no exigirse más que el reservarse practicar, en el proyecto delictivo, actos ejecutivos, éstos pueden ser de la naturaleza de los previstos en el número 1º del artículo 14, que, en rigor, es una causa de extensión de la tipicidad y la pena, y no una forma de coautoría en sentido estricto»<sup>2265</sup>. Ahora bien, luego aclara que el cooperador necesario, el cómplice, o quien «no se reserva intervención alguna, no puede ser castigado como conspirador», porque interviene «en el acuerdo de la conspiración, pero no se reserva un papel de ejecutor»<sup>2266</sup>. Por tanto, «no todo el que se concierta es autor de la conspiración, sino sólo los que van a proceder a ejecutar el delito proyectado», y además, «ni el cooperador ni el cómplice están facultados para poner directamente en peligro el bien jurídico»<sup>2267</sup>. Criterio, este

<sup>2264</sup> Martínez Escamilla proponía de *lege ferenda* considerar como conspiradores a los cooperadores necesarios, Martínez Escamilla, *El desistimiento*, pág. 147; Díaz y García de Conlledo, M., *EJB*, pág. 1523.

<sup>2265</sup> Ruiz Antón, *El agente provocador*, pág. 75.

<sup>2266</sup> Ruiz Antón, op. cit., pág. 77 y s.

<sup>2267</sup> Ruiz Antón, op. cit., pág. 78 (cursiva original).

último, que especialmente no convence porque la capacidad directa para poner en peligro el bien jurídico, al no venir acompañada de un acto ejecutivo, es idéntica en un acuerdo estricto de coautoría como en el de complicidad. Además, no se entiende por qué una vez que ha identificado que el concierto propio de la conspiración no conduce siempre a formas de coautoría, y aparentemente defender un concepto de ejecutividad más amplio que el estrictamente reducido a la autoría, Ruiz Antón se queda en una fase intermedia de la ejecución donde se supone que hay comportamientos que no son ni formas de autoría ni de participación en un sentido estricto<sup>2268</sup>, y no se atreve a reconocer expresamente que de esta vinculación con la ejecución se deriva que la conspiración incluye la conspiración a la complicidad ejecutiva o a la cooperación necesaria ejecutiva. Más aun, cuando a esta conclusión parece querer apuntar inicialmente en una página anterior donde señala que la conspiración es un concierto de voluntades en la que existe una distribución de funciones, «...precisamente con el fin de determinar quiénes van a realizar actos ejecutivos... Distribución de funciones significa que entre los concertados existe una dependencia funcional en la ejecución del hecho tal que éste sólo es viable con la aportación conjunta de todos. Por ello cada aporte es complementario del que prestan los demás, y todos juntos forman el colectivo que da vida al plan de ejecución. En síntesis, lo decisivo es no tanto concertarse, como concertarse para ejecutar en común un delito»<sup>2269</sup>. Y todo esto plantea la duda de si en el reparto de funciones cuando uno actúa como inductor no se está concertando para ejecutar en común, o si cuando se decide inducir a un tercero para que cometa el delito no hay realmente un concierto de ejecución en común del delito.

En Alemania la mayor incoherencia de una postura que limita la conspiración a la coautoría reside en que el tipo prevé expresamente la punición de la conspiración a la inducción (§ 30.2 StGB). Así los defensores de la conspiración como una coautoría anticipada se encuentran con el problema de tener que admitir la punibilidad como conspiración del supuesto en que A y B se ponen de acuerdo para matar a C, pero convencen a D para la ejecución del delito<sup>2270</sup>. Ello atenta contra la lógica de esta teoría, pues A y B son conspiradores para la inducción al homicidio y no coautores, cosa que sólo sucedería si se pudiera fundamentar en el caso concreto la existencia de una conspiración para la autoría mediata del homicidio. Entonces, ¿cómo puede defender la doctrina alemana que la conspiración sólo es una fase previa de la coautoría cuando la descripción típica castiga la conspiración a «la comisión de un delito o a la inducción a ello (scil. la comisión de un delito)»? Tendrían que afirmar según el tenor literal del párrafo que es una fase previa de la coautoría y una fase previa de la inducción a la autoría. Por eso mismo, otros autores consideran (con motivo del §30.2 StGB), que la conspiración se refiere tanto a un acuerdo de coautoría como de coinducción, que la conspiración y otras conductas son especiales actos preparatorios, referidos a fases previas de la coautoría o la coinducción<sup>2271</sup>.

<sup>2268</sup> La figura de la cooperación ejecutiva que con la redacción actual del código penal es abarcada por la coautoría o por la cooperación necesaria, Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, pág. 197

<sup>2269</sup> Ruiz Antón, op. cit., pág. 74.

<sup>2270</sup> Hoyer, A., *SK2001*, 30/51.

<sup>2271</sup> Kienapfel, *AT84*, pág. 578; Otto, H., *AT5*, pág. 311; Tröndle/Fischer, T., *StGB50*, 30/12; Samson, E., *SK90*, 30/19; Hoyer, A., *SK2001*, 30/51. En concreto Gerke considera que la conspiración es una especial conducta preparatoria que abarca una fase previa de la coautoría o la inducción conjunta, Gerke, J., *AT2001*, pág. 94.

Me parece que no tiene sentido en una fase preparatoria, tan alejada del comienzo de la ejecución, y en la que en muchas ocasiones puede que no haya habido reparto de planes o sólo de una forma grosera, querer llegar a conocer que todos querían actuar como coautores cuando esto no es posible, porque aunque haya un deseo de cometer el delito e incluso exista una planificación puede que todavía no se haya decidido como intervendrá cada uno y aunque exista ese reparto de roles que no aparezca como definitivo o que no quede claro en esa fase previa si la actuación pactada podrá ser catalogada de autoría o simplemente de colaboración ejecutiva. «(...) Pretender que ya en la fase previa de conspiración aparezca claramente delimitado que los conspiradores vayan a ser autores materiales del delito principal, supone jugar con una hipótesis de difícil verificación real, de la que el Derecho penal debe huir, por tratarse de una ficción»<sup>2272</sup>.

La exigencia de un reparto de roles en el acuerdo conspirador y que en el mismo todos acuerden ser coautores reduce el ámbito de aplicación del tipo, de modo que sólo en situaciones de laboratorio sería posible encontrar semejante supuesto. Luego, probablemente se intentaría volver a extender su ámbito mediante una interpretación forzada del concepto de coautoría (por ejemplo, un acuerdo delictivo sin reparto de roles ya es una coautoría) que representaría la vuelta, en la conspiración, a la teoría del acuerdo previo en un sentido estricto<sup>2273</sup>, o a posiciones que se le aproximan. Teoría del acuerdo previo a la que se le criticaba la imputación de la cualidad de autor a todos los que concurren en la perpetración de un hecho, en virtud de un acuerdo anterior, y que obvia la contribución real de cada sujeto a la auténtica realización del hecho<sup>2274</sup>. Esto es, pone el acento en los elementos subjetivos sin tener en cuenta la contribución efectiva realizada<sup>2275</sup>. Ahora bien, esta crítica al

---

<sup>2272</sup> Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 125. Autor que con posterioridad afirma que en la conspiración lo único importante es que se ha hecho surgir la voluntad de cometer un delito, con independencia de que se haya comenzado a ejecutar o no. «Lo único real que existe es *la puesta de acuerdo seguida de la toma de decisión*», pág. 125 (cursiva original). Da igual que lo llamemos conspiración o tentativa de inducción sui generis. Sin embargo, a continuación contradice lo que ha mantenido en la cita inicial cuando afirma que, aunque cada sujeto puede asumir un papel diferente al de autoría, debe quedar designado perfectamente en el acuerdo de conspiración el papel de cada uno. Es un elemento esencial porque sólo cuando cada conspirador conoce la postura de los otros puede surgir en él la resolución criminal, op. cit., pág. 126.

Ahora bien, si en la fase previa era difícil verificar si los conspiradores iban a ser coautores, igualmente complejo será conocer el papel que a cada uno corresponde. El autor debía haberse detenido en la resolución que conjuntamente se toma con independencia del papel de cada conspirador.

<sup>2273</sup> Crítica de Cuello Contreras, *La conspiración...*, pág. 32.

<sup>2274</sup> Vid. por todos Gimbernat, E., *Autor y cómplice*, pág. 77-87.

<sup>2275</sup> Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 45, que sin embargo, luego utiliza en la conspiración el mismo criterio que critica: «la comunidad del hecho está referida al nexo volitivo o unión de voluntades, *con independencia de cuál sea la tarea que cada uno de los conspiradores tiene asignada en la ejecución del hecho...*», op. cit., pág. 44 (cursiva añadida).

acuerdo previo no tiene sentido en el ámbito de la conspiración ya que no sería coherente plantear que se debe tener en cuenta en la conspiración la contribución efectiva porque no la hay. Si la hubiera no estaríamos ante una conspiración, simplemente delimitaríamos la responsabilidad entre autores, coautores, partícipes. Si nos hallamos en una fase preparatoria lo característico es que no se ha comenzado con la ejecución de nada<sup>2276</sup>, simplemente ha habido un acuerdo en torno a un plan, que no tiene que ir acompañado necesariamente de un reparto de papeles, ni mucho menos de acción alguna orientada a su desarrollo. ¿Cómo se puede afirmar la coautoría sin acudir a la teoría del acuerdo previo? Con ello parece que no queda otra solución que el recurso a la teoría del acuerdo previo y exigir una voluntad ejecutiva común, ¿pero cómo, cuando no ha habido reparto de papeles sino sólo un dolo de consumación?

Del mismo modo, desde una perspectiva que considera que existe una coautoría cuando hay una intervención en la fase preparatoria, no tendría sentido sostener que la conspiración en la que una de las partes se reserva un papel de cómplice no es una auténtica conspiración por no ser una coautoría anticipada, pues con posterioridad consideran que esa aportación en la fase preparatoria fundamenta de *facto* la coautoría. Esto es, si se puede castigar al cómplice por coautoría porque ha realizado una aportación en la fase preparatoria y, por ejemplo, satisface, además, ciertos requisitos: tiene interés en la realización del hecho, es un correalizador del plan, su aportación es esencial (requisitos de la jurisprudencia), asume un papel en la formación del plan y la organización del hecho<sup>2277</sup>, posee un dominio funcional del hecho, etc., se tiene que deducir de ello que el acuerdo entre el futuro autor ejecutivo y el cómplice, siempre que satisfaga los requisitos expuestos, será una forma válida de conspiración<sup>2278</sup>.

<sup>2276</sup> Insiste en la ausencia de un inicio de la ejecución para que haya conspiración la STS 17 de enero 1986 (f.d.1.º); STS 31 de diciembre 1990 (f.d. 2.º); STS 9 de febrero 1991 (fundamento de derecho 3º.); STS 10 de febrero 1992 (fundamento de derecho 2.º); STS 18 de junio 2002 (f.d. 5.º). Sin embargo, la STS 13 de noviembre 1998 acepta la posibilidad de la conspiración aunque haya comenzado la ejecución. De este modo llega al sinsentido de que uno de los conspiradores sea autor mientras que los otros dos (cómplice y cooperador necesario/inductor) sean conspiradores. No obstante, al cooperador/inductor se le condenó finalmente por provocación (f.d.6.º).

<sup>2277</sup> Sobre la problemática relativa a la admisión de la coautoría mediante la contribución realizada en una fase preparatoria vid Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 225-40; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 340-390; Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", pág. 361 y ss Krack, R., "Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft", pág. 611-24.

<sup>2278</sup> De forma parecida Kühl afirma que la postura extrema de la jurisprudencia permite considerar que un simple acuerdo conspiratorio fundamenta la coautoría sin necesidad de la satisfacción del elemento objetivo, la existencia de una ejecución conjunta, Kühl, K., *AT2000*, 20/113.

Así, una *concepción extensiva del ámbito de la coautoría*<sup>2279</sup> considera que hay una tentativa de coautoría para todos los intervinientes cuando hay un inicio de ejecución de la conducta típica, aunque algunos de ellos sólo hayan realizado aportaciones que no se pueden incluir en la fase ejecutiva. Es decir, hay coautoría, por ejemplo, «cuando el coautor asiste al copartícipe que ejecuta el hecho a través de un consejo dado antes del comienzo de la ejecución o en un momento determinado refuerza de otro modo la voluntad de realización del tipo»<sup>2280</sup>. Conviene reparar en que la aplicación estricta de este criterio por la jurisprudencia dejaría prácticamente sin espacio a la complicidad y a la inducción<sup>2281</sup> o, en todo caso dejaría de existir un criterio seguro para distinguir complicidad de coautoría<sup>2282</sup>. Una postura más moderada, sin salir de esta concepción, defiende que la conducta preparatoria sólo fundamenta una coautoría cuando fuera esencial para la organización, planificación o desarrollo de la actividad criminal<sup>2283</sup>. Finalmente, un planteamiento *restrictivo del ámbito de la coautoría*<sup>2284</sup> sostiene que cuando se ha comenzado la ejecución del tipo delictivo, la aportación en la fase preparatoria no basta para considerar que los intervinientes secundarios sean coautores, porque se debe exigir, además, una intervención de cada uno en la fase ejecutiva<sup>2285</sup>.

<sup>2279</sup> Kühl, K., *AT2000*, 20/110 y ss; Cramer, *Sch/Sch* 25/6; Maurach/Gössel/Zipf, *A77*, 49II/29 y ss; Jakobs, G., *PG*, 21/47; Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, pág. 200 y ss.

<sup>2280</sup> Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", pág. 362. Con todo, lo expuesto no es la opinión del autor sino la de las siguientes sentencias: BGHSt. 11, 268, 271; 16, 12, 14; BGH NJW 1951, 410. En España por ejemplo la STS 11 de julio 1997 sostiene que «es compatible la coautoría con la distribución de papeles en la ejecución del hecho, sin que sea necesario que cada autor realiza los actos "nucleares" del tipo penal», (f.d. 1.º).

<sup>2281</sup> Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", pág. 370 y s, 380; Roxin, C., *LK11*, 25/186.

<sup>2282</sup> Herzberg, R.D., "Mittäterschaft durch Mitvorbereitung", pág. 860 y s.

<sup>2283</sup> Kühl, K., *AT2000*, 20/111 y s. También exigen una aportación de cierto peso en la fase preparatoria para poder afirmar la presencia de una tentativa Cramer, *Sch/Sch*, 25/67; Jakobs, G., *PG*, 21/52; Muñoz Conde/García Arán, *PG5*, pág. 452 y s.

<sup>2284</sup> Sobre la versión extensiva y restrictiva de la coautoría vid. Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 225 y ss.

<sup>2285</sup> Bloy, R., *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, pág. 197-201; Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 325 y s; Roxin, C., *LK11*, 25/181 y ss; el mismo, *Autoría y dominio del hecho*, pág. 323 y s; Cramer, *Sch/Sch*, 25/66; Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", pág. 377; Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 220 y s, 236-40; el mismo, *PG*, pág. 740; Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 372, 546; López Peregrín, *La complicidad*, pág. 404 y s; Díaz y García de Conlledo, *La autoría*, pág. 683; Gómez Benítez, el mismo, *PG*, pág. 128-31; Hernadez Plasencia, *La autoría mediata*, pág. 65; Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen*, pág. 23 y s; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 225 y ss (autor que defiende una *solución individual restrictiva*, según la cual cada interviniente responde por lo aportado, de modo que «sólo podrán ser considerados coautores de una tentativa aquellos que hayan dado inicio inmediato de su contribución en *fase ejecutiva*; quienes no hayan podido actuar sólo podrán castigarse como partícipes o *conspiradores*», op. cit., pág. 261 [cursiva añadida]); Herzberg, R.D., "Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme", pág. 60 (que defiende que la coautoría por preparación, p.e. en el supuesto del jefe de la banda que organiza el delito, sólo sería posible si existiera un precepto legal, como prevé el art. 16 CP Polaco de 1969 que castiga al que conduce la ejecución del delito mediante persona interpuesta – *leitende Täterschaft* -). Küpper considera erróneo exigir esta intervención en la fase ejecutiva por que ello supone una vuelta a la estrecha teoría objetivo formal de la autoría, que impide por ejemplo considerar coautor al jefe de la banda, "Anspruch und wirkliche Bedeutung des Tehorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", pág. 445 y s. Ahora bien,



Dentro de esa línea se mantiene que el preparador no puede ser coautor ya que aunque con su conducta influye en el desarrollo de la actividad criminal no tiene un dominio (funcional) sobre la ejecución de la acción<sup>2286</sup>.

No menos forzada es la lectura que se tiene que efectuar de la conspiración cuando se acuerda llevar a cabo un delito especial. En un sentido estricto sólo podrán ser conspiradores los que, en un delito especial propio, puedan infringir el deber específico: «en los delitos especiales propios... sólo pueden ser autores o coautores anticipados (es decir, conspiradores) los que resuelvan infringir el deber específico del correspondiente tipo. Los *extranei* no pueden ser conspiradores, porque no pueden ser nunca coautores de un delito especial propio, sino sólo partícipes»<sup>2287</sup>. Por consiguiente, siempre que haya una conspiración en la que participan *extranei* e *intranei*, o bien sólo pueden ser conspiradores los *intranei*, o bien no se puede afirmar en ningún caso la presencia de una conspiración que se identifique con la conducta típica.

De igual forma tampoco tiene sentido sostener que lo característico de la conspiración «es el acuerdo –no necesariamente voluntario– de al menos dos personas para la comisión común de un delito grave en plano de igualdad, es decir, como coautores o como inductores conjuntos»<sup>2288</sup> pero no como cómplices<sup>2289</sup>. El autor quiere decir con ello que la decisión común de actuar como cómplices no es una decisión de comisión, pues es evidente que el acuerdo entre dos cómplices se halla en un plano de igualdad. El problema es que si el acuerdo entre cómplices no es un acuerdo de comisión en común el acuerdo que existe entre los inductores tampoco puede serlo. Si una de las formas de participación en el delito es entendida como un modo comisión de un delito, por extensión, la otra también debe serlo. Menos convincente

---

a ello hay que responder que la imposibilidad de punir al jefe de la banda como coautor no tiene que generar la impunidad de su conducta que puede ser castigada cuando proceda como una autoría mediata, una inducción o una complicidad, Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 235; próxima Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, pág. 386-88. Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 130 (el organizador sólo puede ser un cómplice, ni siquiera cooperador).

<sup>2286</sup> Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, pág. 229; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 129; Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 197; Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho*, pág. 323 y s, 695. Crítico con la solución aportada por el dominio funcional porque permite incluir contribuciones en fase ejecutiva (sostener a la víctima, vigilar en un robo...) que no consisten en una estricta realización del tipo, Díaz y García de Conlledo, M., «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva», pág. 317; el mismo, *La autoría*, pág. 675 y s. Igualmente críticos con la idea del dominio funcional del hecho Díez Ripollés, J.L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», pág. 41-43; Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría*, pág. 236 y s.

<sup>2287</sup> Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 560 (cursiva original).

<sup>2288</sup> Jakobs, G., *PG95*, pág. 933.

<sup>2289</sup> Jakobs, G., *PG95*, nota 29a, pág. 933.



aún es el argumento sobre la base del cual se defiende que el acuerdo en el cual una de las partes (o todas) asume un papel de cómplice no es punible como una forma de conspiración porque se trata de una tentativa de complicidad que como regla general debe quedar impune<sup>2290</sup>. Si no se castiga la entrega de un arma que finalmente no ha sido utilizada, mucho menos, se podrá perseguir la promesa de entrega<sup>2291</sup>.

Al respecto hay que señalar que este criterio de justificación no impide la presencia de un cómplice en el acuerdo (que debe poseer un dolo de consumación), ni se niega que la conspiración esté orientada a la participación en un delito futuro, sino que por un motivo de coherencia interna dentro del sistema penal no se deben perseguir supuestos que coinciden con la impune tentativa de complicidad. Justificación que por otro lado fracasa cuando se comprueba que gran parte de las tentativas de complicidad con resultado intermedio se castigan como complicidades psicológicas consumadas (el supuesto de la entrega del arma es un claro ejemplo de ello), conque no se puede defender de un modo tan rotundo la impunidad de la tentativa de complicidad<sup>2292</sup>.

(2) Ahora bien, insisto en que *resuelven ejecutar* se puede interpretar como el requisito de existencia de una voluntad de consumación en los conspiradores. Si, como ya indique, tal hecho no concurre necesariamente en una fase preparatoria no carece de lógica que el legislador exigiera para punir fases tan alejadas de la lesión del bien jurídico la comprobación de la efectiva concurrencia de esa tendencia interna trascendente en los conspiradores. De esta exégesis se deduce que sería irrelevante cuál fuera el reparto de roles efectivamente acaecido y que lo importante y característico de la conspiración sería la unión dolosa de voluntades orientadas todas al mismo hecho delictivo<sup>2293</sup>, con una decisión firme<sup>2294</sup> de ejecución que está

<sup>2290</sup> Roxin, C., *LK11*, 30/71. Igualmente a favor de la atipicidad de la conspiración para la complicidad Jakobs, G., *AT91*, pág. 770; Samson, E., *SK90*, 30/19; Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", pág. 499; Maurach, R., "Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 142; Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, pág. 107; Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", pág. 379 y s; Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador...*, pág. 77 y s; Seier, J., "Strafrecht-AT: Verabredung mit Gehilfen", pág. 566; Sentencia del BGH v. 13.19.1992 – 1 StR 517/92 (LG Traunstein), en *NStZ*, 1993, pág. 138.

<sup>2291</sup> Roxin, C., *LK11*, 30/71.

<sup>2292</sup> De hecho algunos autores sostiene que hay un supuesto de castigo de la tentativa de complicidad psíquica recogido en la figura de la *aceptación de un ofrecimiento (Annahme des Erbietens § 30.2 StGB)*. Como el que ofrece esta resuelto a cometer un delito el que acepta no lo induce con su conducta sino que realiza un intento de complicidad psíquica en la medida que refuerza la resolución ya existente, vid. por todos Blei NJW, 1958, pág. 30. En contra Roxin, C., *LK11*, 30/94, que considera que el precepto en cuestión recoge un supuesto de tentativa de inducción.

<sup>2293</sup> Maurach, R., "Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 139 y s.

<sup>2294</sup> Quintero Olivares, *Curso de derecho penal. Parte general*, 1996, pág. 457; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios*, I, pág. 152-56; Gómez Benítez, J.M., *PG*, pág. 559 y s; Rebollo Vargas, R., *La*

plasmada en un plan concreto, acabado y viable<sup>2295</sup>, pero que no implica que todos deban querer actuar como coautores. Así, **Cerezo Mir** reconoce que hay una conspiración cuando «dos o más personas se *conciertan para la ejecución del delito* y resuelven ejecutarlo, pero asignando a algunas de ellas, de acuerdo con el plan delictivo, conductas de mera participación»<sup>2296</sup>.

De modo que, la conspiración en abstracto no se tiene que limitar a los casos en los que todos los conspiradores resuelven actuar en un delito como coautores del mismo. En otras palabras, planteado el problema de la conspiración como fase previa, todo se reduce a determinar si la conspiración sólo es una fase previa de la coautoría o puede ser de la coautoría y de la participación, y si en la conspiración (a la coautoría) pueden concurrir autores, cómplices e inductores<sup>2297</sup>. Cuando la doctrina se concentra en resolver el carácter ejecutivo exigido en *resuelven ejecutarlo* habrá, en función de la corriente exegética elegida, una reducción o ampliación del ámbito de la conspiración. La redacción del actual art. 17.1 permite, a causa de las múltiples

---

*provocación...*, pág. 40-44; Octavio de Toledo/Huerta Tocildo, *PG86*, pág. 427 y s; Maurach, R., "Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 139 y s; Busch, J.D., *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, pág. 176 y s. Requieren la resolución firme STS 4 de noviembre 1987 (fundamento de derecho 5.º); STS 22 de septiembre 1989 (f.d. 2.º); STS 24 de octubre 1989 (f.d. 2.º); STS 20 de febrero 1990 (f.d. 1.º); STS 6 de marzo 1991 (fundamento de derecho 3.º); STS 1 de diciembre 1992 (f.d. 12.º); STS 31 de diciembre 1990 (f.d. 2.º); STS 16 de diciembre 1992 (f.d.3.º); STS 25 de junio 1993 (f.d. 2.º); STS 7 de diciembre 1996 (f.d. 22.º). Por otro lado la decisión firme no «...implica el que previamente se hayan acordado específicamente los detalles de la ejecución» (como defiende Rebollo Vargas, R., *La provocación...*, pág. 45), esto es, no tiene que ver con el momento en que surja el acuerdo de intervenir en una actividad criminal, sino con que la existencia de una voluntad firme de realizar un plan concreto, acabado y viable.

<sup>2295</sup> La conspiración debe encontrarse determinada en sus aspectos esenciales (delito de referencia). El plan tiene que ser realizable aunque no haya una concreción absoluta de todos sus elementos, Roxin, C., *LK11*, 30/66; Maurach, R., "Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 140; Mir Puig, S., *PG6*, 13/36; sentencia del BGH, 3.12.96 – 1 StR 677/96, vid. en StV, 1997, pág. 243 y s. En lo que respecta a la determinación del sujeto pasivo, ello sólo será necesario cuando del plan así se desprenda. Por ejemplo, si hay un acuerdo para violar a cualquier persona la concreción de la víctima es absolutamente irrelevante, sin embargo, si se quiere atentar contra una personalidad es necesario que en el plan de conspiración se fije quién será la víctima, Roxin, C., *LK11*, 30/67 (ejemplos tomados del autor); próximo Maurach, R., "Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB)", pág. 140. La exigencia de concreción se observa en la STS de 1 de octubre 1990 (f.d. 2.º y 3.º) que declara que no ha lugar la conspiración «al fallar la base sustentadora imprescindible de lo que hemos dado en llamar delito principal o pretendido», ya que no se llega a conocer, ni aún por deducción lógica, la clase o tipo de delito que desean efectuar los pretendidos conspiradores. Concreción que también requiere la STS 25 de junio 1993 (f.d. 2.º).

<sup>2296</sup> Cerezo Mir, J., *PG2000*, pág. 161; el mismo, "La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", pág. 14; Cuello Contreras, J., *La conspiración*, pág. 39-41.

<sup>2297</sup> Podría realizarse una tercera pregunta: ¿es posible perseguir penalmente la participación en la conspiración? Recuerdo que se respondía positivamente en lo respecta a la inducción a la conspiración.

interpretaciones que admite *resuelven ejecutarlo*, mantener la conspiración en toda su extensión (cualquier pacto de intervención), limitarlo a las conductas de colaboración durante la fase ejecutiva, o sólo a los comportamientos de autoría. En definitiva, desde esta perspectiva la elección de una de estas alternativas viables y válidas determinará el ámbito de la conspiración como fase previa, tal y como ha realizado el código penal alemán. No obstante, esta solución no está exenta de grandes dosis de inseguridad jurídica, a la hora de decidir lo qué se entienda por ejecutar y cuándo se entienda que un sujeto sito en una fase preejecutiva quiere ejecutar. Ahora bien, si resuelvan ejecutarlo, quiere indicar que lo importante es la existencia de una resolución firme de realización de un plan acabado y viable la conspiración podría abarcar todas las alternativas planteadas porque el contenido del reparto de roles en el delito va a carecer de relevancia. Ello eludiría estas dificultades interpretativas y evitaría la inseguridad jurídica que de ellos se deriva.

### **C. La conspiración como una preparación organizativa conjunta consumada.**

El planteamiento anterior venía a sostener que la conspiración es «una preparación, cometida en coautoría, de un delito que se tiene que realizar de igual manera»<sup>2298</sup>. Sin embargo, aunque la conspiración puede ser una preparación del hecho propio, del delito en el cual todos pretenden ser coautores, ésta es una de las opciones posibles, existen otras formas de preparación conjunta que también podrían ser relevantes. Además, este planteamiento olvidaba que, desde la perspectiva de la preparación, las conductas de los conspiradores no son tentativas de preparación técnica o de desarrollo, sino preparaciones organizativas conjuntas consumadas.

#### **(1) La conspiración es una preparación organizativa.**

La conspiración puede ser un acto preparatorio<sup>2299</sup> siempre que sea una conducta destinada a facilitar la comisión de un delito posterior. Si pensamos exclusivamente desde la perspectiva de la preparación técnica, es decir, aquélla que se concentraba en la obtención de los instrumentos, medios, situaciones necesarias para la comisión, difícilmente podremos encontrar una relación entre preparación y conspiración. No

<sup>2298</sup> Schindler, W., *Die Strafbarkeit der Vorbereitung in rechtsstaatlicher Sicht*, pág. 86.

<sup>2299</sup> Tal y como de modo muy genérico indica Rossi cuando considera *das Komplottieren* como una forma de acto preparatorio, Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, pág. 45. El mismo autor incluye a las formas de conspiración en el grupo *preparación mixta*, op. cit., pág. 66-69; de igual modo Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, pág. 32. Frank definía la conspiración del antiguo § 49b StGB como conducta preparatoria, Frank, *StGB*, pág. 132 y s. De modo más concreto el Código penal de la Federación rusa incluye dentro de la definición de acto preparatorio a la *conspiración* (art. 30.1), vid. *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, pág. 53.

obstante, es posible descubrir una zona de intersección entre ambos conceptos si se repara en el hecho de que la preparación, como ya señale, puede ser tanto técnica como organizativa<sup>2300</sup>. La preparación organizativa era aquella referente a la coordinación de las diferentes partes del plan delictivo, que se puede efectuar de forma aislada o en el seno de una comunidad de voluntades delictivas. Así, la conspiración recoge las discusiones y debates destinados a decidir la viabilidad de la comisión de un delito, dividir y organizar, entre los diferentes sujetos que van a intervenir en la actividad criminal, tanto la preparación como el posterior comportamiento ejecutivo. La peculiaridad es que sólo se considerará conspiradores a los que participan en esa toma de decisión y planificación, y no a todos los posibles intervinientes en el plan criminal (por ejemplo si se decide contratar a un sicario éste no será incluido dentro de la conspiración). Además, hay que señalar que la conspiración exige la presencia de dos o más personas, entre las que surge o existe un acuerdo, y no que todas realicen en sentido estricto la actividad preparatoria. Por ejemplo, hablaríamos de conspiración cuando un individuo realiza la conducta preparatoria y otro asiente y acepta su función dentro del plan. A y B se reúnen para hablar sobre la comisión de un robo en el banco X, A saca los planos del banco y explica la forma más adecuada de atracarlo, y asigna a B la labor de apuntar y vigilar a los clientes y al personal de seguridad mientras A coge el dinero. B se manifiesta conforme con el plan.

Ahora bien, hay que hacer dos precisiones. Primero, en la conspiración al contrario que en la proposición, provocación y apología, no hay una tentativa de preparación. La preparación organizativa debe estar consumada, de modo que no se sanciona, el intento de reunirse o el intento de llegar a un acuerdo sobre un plan acabado y viable sino por la presencia del mismo. Segundo, no siempre que se reúnen varios sujetos con la intención de preparar una posible actividad criminal hay una preparación organizativa (por ejemplo, cuando al final no se acuerda nada). Y de igual modo no toda preparación organizativa va a ser una conspiración. Todos los debates sobre la viabilidad de la actividad criminal o la mejor forma para acometerla no se incluirían. La conspiración punible comienza cuando ya existe un plan acabado y viable (que todos deciden ejecutar), aun cuando todavía no exista un reparto de roles, o éste no sea definitivo.

(2) La conspiración es una **preparación conjunta, es decir, una preparación organizativa con concurrencia de una pluralidad de personas**<sup>2301</sup>. Varios son

<sup>2300</sup> Segunda parte, pág. 274 y ss.

<sup>2301</sup> La conspiración y el "Bereitserklären" son actos preparatorios en los que toma parte más de un sujeto, Samson, E., SK90, 30/16.

los sujetos que practican, de común acuerdo, las actividades preparatorias necesarias para la posterior ejecución del delito planeado.

Tal y como expuse antes, la preparación individual o conjunta puede ser del hecho propio o ajeno. Esta distinción se basa en el beneficiado de la preparación. Así, los preparadores que actúan conjuntamente pueden preparar su propio hecho (I), porque facilitan con su conducta la posterior coautoría ejecutiva prevista; bien preparando el hecho propio o ajeno (II) porque aunque todos se integran dentro de un plan delictivo común unos deciden asumir el rol de colaboradores y otros de autores; bien porque todos orientan (III) su comportamiento a la facilitación de la actividad delictiva de un tercero.

En la preparación conjunta, la determinación de quién sea el sujeto beneficiado por la preparación depende de cuál sea el proyecto criminal (puede ser la comisión de un delito o la aportación de los instrumentos necesarios para la comisión del mismo), y del papel que en la posterior ejecución asuma cada uno de los preparadores (todos pueden ser coautores, sólo uno, o varios de ellos – y el resto son partícipes, incluso todos pueden ser partícipes).

(3) No obstante, el problema es que en si bien en una preparación técnica pueda ser más evidente qué papel asume cada sujeto, en numerosas ocasiones ello no se puede determinar. Dificultad todavía mayor en los supuestos de preparación organizativa en los que se acuerda emprender una actividad delictiva concreta y para ello se elabora un plan acabado y viable, pero que puede conducir a otras actividades de organización y que, aunque puede haber efectuado un reparto de roles, no sería extraño que no hubiera tenido lugar o que tuviera un carácter provisional y subordinado a la satisfacción de otros requisitos. Es decir, una opción, que posiblemente sea la que predomine, es que los conspiradores hayan realizado actividades de toma de decisión y organización (hayan estudiado la forma de robar el banco) pero todavía no hayan repartido los papeles de cada uno, o si acaso, de una forma tan burda que sea imposible todavía determinar si serán autores o partícipes. Entonces, simplemente serán preparadores conjuntos de un hecho delictivo.

Las cosas así, me parece que la limitación de la preparación organizativa conjunta a los supuestos en los que se favorece el hecho propio, reduce en exceso el ámbito de la conspiración. Ya que en pocas ocasiones se probará que se ha satisfecho ese requisito. En el párrafo anterior he comentado que ello provocaría situaciones de inseguridad jurídica y probablemente conduciría a una interpretación forzada del concepto de coautoría o a teorías que fundamentan la presencia de la misma con una simple conducta preparatoria. Por consiguiente, considero que sería mucho más correcto prescindir de la exigencia del requisito del sujeto beneficiado (propio)

porque se evitarían todos los problemas probatorios que de ahí se derivan y se alcanzaría mayores cuotas de seguridad jurídica y justicia material (al no dejar impune al que decidió ser colaborador). Además, esta solución se apoyaría en una interpretación de «resuelvan ejecutar» como «voluntad de consumación de la lesión de un bien jurídico», y que establecería otro requisito subjetivo que limitaría la posibilidad de sancionar supuestos de conspiración cuando no concurriera ese dolo de consumación.

Por ejemplo, A, B, C y D deciden matar a X. A y B acuerdan aportar el arma y C y D ejecutar el delito. Los cuatro son preparadores organizativos conjunto, del hecho ajeno A y B, del propio C y D. Si se admite la punición de la preparación organizativa del hecho propio y ajeno todos son conspiradores, si sólo se admite la del hecho propio A y B quedaría excluidos. Imaginemos otro supuesto en el cual los cuatro deciden aportar los medios que X necesita para robar un banco. Habría una preparación organizativa conjunta del hecho ajeno. Si se excluye la preparación del hecho ajeno las conductas de los cuatro quedarían impunes.

En consecuencia, sería irrelevante cuál fuera el rol asumido por los conspiradores y los requisitos de la conspiración como preparación se limitarían, en un plano subjetivo, al deseo de favorecer una posterior actividad criminal, más el plus contenido en el tipo de la comprobación de una «voluntad de consumación» (o resolución firme de ejecución del plan), en un plano objetivo, a la presencia de un plan acabado y viable.

#### **4. Conclusiones.**

La proposición es una tentativa de preparación a través de una incitación privada mediante la que se intenta incorporar a un plan propio o ajeno un instrumento que será el autor material del delito planeado. Aunque la frase *ha resuelto cometer* se interpretaba como una exigencia de *voluntad de consumación* y así no se recortaba el ámbito del tipo (que admitía, por tanto, la preparación del hecho propio o ajeno), la frase posterior *invitar... a ejecutarlo* se entendía como ejecución en un sentido estricto, de modo que la proposición se reducía a la incitación a realizar el núcleo de la conducta típica.

La provocación y apología son tentativas de preparación del hecho propio o ajeno, las cuales se efectúan a través de una incitación pública, por medio de la que se pretende obtener el instrumento necesario para el desarrollo de ese plan, siendo irrelevante el tipo de colaboración que se solicite. No obstante, aunque sea posible analizar estos comportamientos desde la teoría de la preparación, esta vía no es la que mejor se ajusta a estas figuras. Si bien, justifica adecuadamente la desvinculación con una conducta principal que deba ser realizada, hay una evidente dificultad para probar que el provocador o apologista actúe movido por una intención preparatoria



del hecho propio o ajeno. Motivo por el que se tendrían que acudir a presunciones (a favor o en contra de la presencia de ese requisito subjetivo) que ocasionarían una cierta inseguridad jurídica. A ello se une la inferior capacidad que contiene este comportamiento preparatorio (en relación con la proposición o la conspiración) porque una incitación suficiente e idónea cuando se dirige a un destinatario indeterminado realmente no puede garantizar la satisfacción de esa condición del plan delictivo, de modo que se puede afirmar que la provocación y la apología son supuestos de tentativas imposibles de preparación.

La conspiración puede ser una preparación organizativa conjunta consumada, en la cual se exige que los conspiradores, con el ánimo de favorecer el hecho propio o ajeno posterior, resuelvan conjuntamente ejecutar un plan acabado y viable (dolo de consumación). La conspiración, así entendida, supera el debate sobre si sólo abarca a los que preparan su propio hecho (coautores) o también los que facilitan el ajeno (partícipes). Ello implica que cada interviniente, con independencia de lo que se acuerde que aporte, formará parte de una preparación organizativa conjunta. Con esto, se evita la incongruencia que representa la exclusión de los supuestos de preparación del hecho ajeno que posee un desvalor de acción idéntico a la del hecho propio, porque lo que se reprocha en estos casos no es la intención ejecutiva de todos los conspiradores sino la peligrosidad de una conducta orientada a crear las condiciones necesarias para la comisión de un delito.

El marco punitivo previsto para los actos preparatorios (pena inferior en uno o dos grados al delito correspondiente, como establece por ejemplo el art. 151) coincide con el marco sancionador propio de la tentativa (art. 62 CP), lo cual representa una infracción del principio de proporcionalidad al tratarse de conductas con un injusto inferior<sup>2302</sup>. Vulneración de la proporcionalidad que se acentúa cuando se tiene en cuenta que algunas figuras serían tentativas de preparación (proposición) y tentativas imposibles de preparación (provocación-apología). Por consiguiente, desde la teoría de la preparación se debe exigir, *lege ferenda*, la punición excepcional de estas fases del *iter criminis* con un marco punitivo adecuado a la cuantía de su injusto.

---

<sup>2302</sup> Vid. Barquín Sanz / Olmedo Cardenete, *Comentarios al Código penal*, pág. 922 y s.

# Conclusiones Finales

La propuesta de comisión de un delito, la incitación pública directa o indirecta a la comisión de delitos o la concurrencia de personas, reunidas para organizar una actividad delictiva, son conductas que, en la mayoría de las ocasiones, no poseen una capacidad lesiva directa del bien jurídico contenido en un tipo de referencia. Los comportamientos citados en los artículos 17 y s CP son formas de anticipación de la tutela penal ya que, insisto, representan la criminalización de ámbitos previos a la lesión o la puesta en peligro directa del bien jurídico. La necesidad de la aparición en el Código penal de preceptos orientados a la persecución de estas conductas se pretende justificar mediante criterios de política criminal. Así se defiende que la anticipación de la tutela es la única forma de garantizar una protección efectiva del bien jurídico, que la relevancia del bien jurídico amenazado exige esa protección anticipada, o que la intervención penal es necesaria para garantizar que ciertos contactos sociales tendrán lugar sin concurrir un curso causal dañino. A continuación, la justificación de la necesidad de sancionar tales comportamientos pasa por mostrar su relevancia objetiva a través de juicios diluidos de peligrosidad. De este modo se sostiene que son conductas peligrosas por dos razones. La presencia de varios sujetos entre los que surge una vinculación y obligación recíproca, acuerdo que disminuye los reparos a la hora de realizar el delito, facilita su comisión, y dificulta la posibilidad de desistimiento al caer el dominio del hecho en un grupo. Así mismo, estas acciones ponen en marcha un proceso causal sobre el que se pierde el dominio desde el instante en que se realizan, de manera que conducen normalmente al resultado sin ninguna otra intervención. Con todo, estos argumentos sólo explican porque un modo de actuar con una peligrosidad mediata es penalmente relevante. Es decir, aunque en estos casos haya un aumento de las posibilidades de éxito en el ejercicio de una posterior actividad delictiva, porque sea más fácil actuar en grupo y porque la concurrencia de un grupo de individuos garantice la continuidad del plan delictivo, ello no cambia el grado de peligrosidad de tales conductas, que siguen necesitando una actuación subsiguiente, directamente orientada a la lesión del bien jurídico protegido. Por consiguiente, la proposición, la provocación, la apología y la conspiración son delitos de peligro. Ahora bien, también he indicado que la anticipación de la tutela penal se puede ordenar según la posición que el comportamiento tenga dentro del iter criminis. En este grupo he señalado la

existencia de cuatro clases de delitos: de tentativa, de emprendimiento, preparatorios y de tentativas de participación. Al castigarse en el primer y segundo caso conductas que ya están en una fase ejecutiva, las formas de anticipación, en función del iter criminis, se reducen a la preparación y la participación imperfecta. De este modo, los artículos 17 y s CP, por un lado, pudieran ser *delitos preparatorios*: aquellos en los que se sanciona la simple realización de una conducta mediante la cual un sujeto facilita o hace posible, crea las condiciones optimas y/o se pertrecha de los instrumentos necesarios para la realización del delito planeado, con la cual el autor no ha comenzado todavía la ejecución del tipo, esto es, no ha alcanzado el grado de tentativa. Por otro lado, *delitos de tentativa de participación*, en los que se castiga un comportamiento que es una forma imperfecta de realización de la participación.

No obstante, sería viable sostener que en tales casos no hay una anticipación de la tutela penal cuando se defiende que los tipos disponen de un bien jurídico propio. A través de la creación de un bien jurídico vago e indeterminado, o mediante la inmaterialización de otro bien ya existente, se puede obtener un objeto de tutela que pueda ser lesionado por conductas que, en relación con otro objeto, tienen una escasa relevancia material. Por ejemplo, la propuesta de comisión de un delito podría tener capacidad lesiva directa de la *paz jurídica*, la *paz pública*, el *orden público*, la *seguridad interna* o igualmente ser una forma de lesión porque *vulnera la seguridad, jurídicamente garantizada, en el disfrute del bien jurídico*. Ahora bien, la conversión en bienes jurídicos de conceptos tan abstractos como *la paz pública*, la *seguridad*, el *orden público* representa, teóricamente, una autorización para poder sancionar todo comportamiento.

Del mismo modo, si nos encontramos dentro de la lógica de un modelo unitario, que considera que toda aportación causal al delito es una forma de autoría, la colaboración o la inducción se incluirán en el concepto de autor y, por tanto, sus tentativas se pasarán a entender como formas de autoría consumada o intentada. En concreto, la conspiración, proposición y provocación, serían en un sistema unitario tanto tentativas de autoría (pues no van necesariamente acompañadas de la creación de una resolución delictiva), como formas de autoría por incitación consumada (cuando sí han creado esa resolución, aunque ese hecho no sea un elemento propio del tipo). En este caso, la dificultad ya no se encontraría en determinar si son actos preparatorios o tentativas de participación, sino en fijar en el Código penal qué formas de autoría por incitación (consumadas o intentadas) se van a mantener impunes. Esta exigencia, aplicada a la redacción actual del Código llevaría a interpretar que, si se admite que el Código penal español recoge un sistema unitario, no será punibles ninguna forma de autoría (intentada o consumada) por apoyo y por incitación (complicidad o inducción) que no venga incluida en los artículos 17 y

s CP. No obstante, es cierto que se tiene que hacer una interpretación forzada, circunstancia de la cual no se debe concluir que no sea viable depurar la responsabilidad de los intervinientes a través de un sistema unitario, sino que el actual Código penal tal y como está redactado se ajusta con dificultades a ese esquema.

De vuelta a las dos formas de anticipación de la tutela penal que, en función del *iter criminis*, pudieran ser las conductas consignadas en los arts. 17 y s, he de indicar que la vía de la preparación ofrece una alternativa, no suficientemente explorada, para explicar la naturaleza de los tradicionalmente llamados *actos preparatorios punibles*. Esta opción parte de dos presupuestos iniciales: la aceptación de la posibilidad de preparar un delito mediante una incitación y la incorporación del binomio *preparación del hecho propio y ajeno*. En principio, los comportamientos descritos en los arts. 17 y s son actos preparatorios porque se puede preparar un delito mediante una incitación que tiene como objetivo la incorporación del instrumento-humano, necesario para el desarrollo de una actividad delictiva, al plan criminal propio o ajeno. Las peculiaridades que estos modos de preparación poseen, en relación con otra preparación técnica ordinaria (p.e. compra del arma), residen en la naturaleza del instrumento, el modo de obtención del mismo y el grado de consumación de la preparación. Esta última diferencia es importante ya que, como en estos preceptos no siempre se exige que se haya obtenido el objeto necesario, es decir, no tiene que haber convencido al instrumento humano, se está sancionado la tentativa de preparación. No obstante, aunque esta peculiaridad se pueda predicar de la proposición, de la apología y de la provocación, no sería imputable a la conspiración. Esto es, en la descripción típica del art. 17 también se observa una forma de preparar en la que simplemente hay una reunión entre varias personas para organizar la comisión del delito. En la conspiración hay un supuesto de preparación organizativa colectiva, ahora consumada pues tiene que surgir un acuerdo de realización de un plan serio y viable. En consecuencia, la proposición es una tentativa de preparación en la que se recurre a una incitación suficiente para incorporar, a un plan propio o ajeno, un instrumento-humano que será el autor material del delito planeado. La provocación y apología son tentativas de preparación del hecho propio o ajeno, las cuales se efectúan a través de una incitación, por medio de las que se pretende obtener el instrumento necesario para el desarrollo de ese plan, siendo irrelevante el tipo de colaboración que se solicite. La conspiración, por último, será una preparación organizativa conjunta consumada, en la cual se requiere que los conspiradores, con el ánimo de favorecer el hecho propio o ajeno posterior, resuelvan conjuntamente ejecutar un plan acabado y viable. A través de esta solución se consigue evitar la eterna discusión sobre la posibilidad de incluir en la conspiración los supuestos en los que los que conspiran pretenden actuar como

coautores o partícipes (problemática como fase previa de la autoría). Limitar la punición a los primeros creaba situaciones de inseguridad jurídica, ante la imposibilidad de probar esa intención y el subsiguiente recurso a presunciones, y de injusticia material, pues quedaban impunes conspiradores que habían contribuido de manera adecuada a la adopción y desarrollo de un plan criminal viable, los cuales habían tenido la suerte de asumir un rol no ejecutivo en ese proceso criminal.

Sin embargo, en esta propuesta hay un punto de quiebra: no encaja plenamente con la provocación y la apología. En el plano subjetivo, he mantenido que el preparador únicamente debe conocer que con su acción es capaz de satisfacer el requisito necesario para la realización de un delito concreto, y querer obtener ese fin, pero no tiene todavía que desear la lesión, ni su inicio, del bien jurídico protegido. Por consiguiente, la incitación sólo será una preparación cuando se pueda mostrar que la conducta del incitador se orienta a preparar un plan propio o ajeno. Esta exigencia no planteaba problemas en la complicidad, pues su dolo, en lo que atañe al resultado intermedio, coincide con el del preparador. Empero, el dolo del inductor, respecto al resultado intermedio, consiste en querer crear una resolución, lo cual no coincide con el dolo del preparador. A su vez, el dolo de consumación del inductor tampoco coincide con el del preparador, en este caso por exceso, porque el que prepara un delito todavía no tiene que querer ni ejecutarlo, ni que se consume. Las cosas así, había que probar la presencia de ese dolo de preparación en el incitador. Si se considera que todo el que tiene un dolo de consumación posee una preparación, en virtud del principio «quien quiere lo más quiere lo menos», la cuestión se reduciría a probar la presencia del dolo de consumación. Ahora bien, si se parte de que ello no ocurre siempre, será mucho más fácil probar que el incitador quiere preparar su propio plan o el ajeno cuando se dirige a una persona concreta que cuando lo hace a un destinatario indeterminado y, aún más complejo si se tiene en cuenta que una incitación a un objeto indeterminado quizá no sea capaz de incorporar ningún instrumento-humano a un plan delictivo. Este es el problema que nos encontramos, en la provocación y en la apología. Si el provocador conoce que su incitación no puede integrar un instrumento-humano en un plan delictivo resulta evidente la dificultad para probar que el provocador o apologista, a pesar de ello, se comporten movidos por una intención preparatoria del hecho propio o ajeno. Motivo por el que se tendrían que acudir a presunciones (a favor o en contra de la presencia de ese requisito subjetivo) que ocasionarían una cierta inseguridad jurídica. Con todo, tanto en el caso de que el preparador conociera esa incapacidad, como cuando éste partiera de la capacidad de ese comportamiento en relación con un plan y que se probara o se presuponga la intención preparatoria, en la realidad, la conducta seguiría careciendo de capacidad para preparar un delito, de tal modo que nos encontraríamos con un supuesto de tentativa imposible de preparación (por la indeterminación del objeto de la incitación).



Si se tiene en cuenta esta última corrección se puede concluir que, desde un enfoque preparatorio, en los arts. 17 y s se reúnen tres modos de actuar: tentativa de preparación (proposición), tentativa imposible de preparación (provocación y apología) y preparación consumada (conspiración). Los tres son sancionados con la misma pena de la tentativa, lo cual es reprochable dentro de una teoría del *iter criminis* que tenga en cuenta la inferior capacidad lesiva de la conducta preparatoria y la ausencia de una intención ejecutiva. Por ello sería recomendable partir de un marco sancionador inferior a la tentativa. Pero además, este marco debería ser flexible para permitir graduar la distinta relevancia objetiva que tienen los comportamientos enjuiciados (tentativa, tentativa imposible, consumación). Por ejemplo, se podría trabajar con un marco punitivo inferior en tres o cuatro grados a la pena del delito consumado.

En definitiva la vía de la preparación justifica adecuadamente la persecución de comportamientos que tienen una peligrosidad mediata. Ahora bien, aunque tienen menores requisitos subjetivos que satisfacer (en relación con la vía de la inducción), se les puede requerir un dolo de consumación como elemento subjetivo trascendente y, en todo caso, habría que sancionarlos con un marco punitivo inferior al previsto si no se quiere provocar una infracción del principio de proporcionalidad.

Estas conductas pueden poseer igualmente una naturaleza participativa. Desde esta perspectiva todas podrían ser tentativas de inducción. Ahora bien, unas serán tentativas de inducción sin resultado intermedio. Es el caso de la proposición, provocación y apología, que no llegan si quiera a satisfacer el injusto propio de la participación: la inducción no ha creado necesariamente la resolución delictiva en el incitado. Otras por el contrario, serán una tentativa consumada en su resultado intermedio: la conspiración. Por un lado, se puede defender que la conspiración es una tentativa inducción con resultado intermedio consumado compuesta por dos acciones distintas: una propuesta y la aceptación de la misma. Como la propuesta de inducción ha sido aceptada es posible defender la presencia de una tentativa de inducción (con resultado intermedio) para el que propone. Además, el que acepta induce al mismo tiempo al que propone, que se ve confirmado en su resolución, que estaba subordinada a dicha aceptación, en el momento en que conoce la respuesta afirmativa. Sólo en ese instante se consuma la conspiración. En ese sentido se puede afirmar que hay una tentativa de inducción múltiple consumada en su resultado intermedio. Por otro lado, también se sostiene que la conspiración es una tentativa de inducción mutua con resultado intermedio, en la que cada sujeto influye en la adopción de la resolución delictiva por los demás. Aunque me parezca que el primer planteamiento es más correcto, ambos se enfrentan a la dificultad de probar que el sujeto que recibe la incitación no se encuentra resuelto. Si ese fuera el caso, la inducción sería imposible y no se podría consumir en su

resultado intermedio. Como se puede observar, por este motivo, la justificación de la conspiración desde la inducción es complicada. La posibilidad de aplicar esta vía pasa por considerar que es irrelevante comprobar si alguno de los conspiradores era un *omnimodo facturus*, y que se tiene que entender que el resultado intermedio consumado coincide con la adopción de un *acuerdo conspiratorio*. De manera que, incluso cuando hubiera un conspirador ya resuelto a cometer un delito, aún no existiría una resolución conjunta, este hecho concurre sólo en el instante en que hay una comunicación múltiple o recíproca de la intención delictiva y se decide actuar unidos en dirección a ese objetivo.

Esta primera apreciación sobre la fase del *iter criminis* de la inducción en que se encuentra cada figura, permite distinguir la conspiración de las otras conductas enjuiciadas. Sin embargo, si no se aporta ningún otro factor de diferenciación, proposición, provocación y apología coincidirían al ser todas tentativas de inducción sin resultado intermedio. Por este motivo he incorporado otras variables al estudio de estas conductas: la distinción entre la inducción pública y privada; expresa e implícita; a la autoría, coautoría o a la participación. A tenor de estos criterios la proposición es una tentativa de inducción privada (a una persona concreta o a varios sujetos determinados), expresa o implícita, a la coautoría. La provocación, en cambio, es una tentativa de inducción pública (a un sujeto indeterminado), expresa, a la autoría, coautoría o participación. La apología es una forma de provocación implícita mediante la alabanza de la conducta delictiva o su autor. Dentro de este esquema la conspiración sería una tentativa de inducción múltiple con resultado intermedio privada (a un destinatario concreto), expresa, a la autoría, coautoría o participación. En lo que atañe a este último aspecto, el más polémico, lo importante es que aparezca una voluntad delictiva conjunta y que sea el resultado de la concurrencia de una propuesta adecuada y suficiente, a la cual siga una aceptación adecuada, que tiene que llegar a ser conocida por el que propone. El reparto de roles dentro del delito es irrelevante.

Ahora bien, al predicar que la naturaleza de estos comportamientos se encuentra en la participación y que, en concreto, son tentativas de inducción de diverso tipo y, al prever estos preceptos una sanción penal para unas situaciones en las que no se ha creado una resolución y/o que no van acompañadas de una conducta principal, hay una infracción del principio de accesoriadad estricta. En verdad, no creo que haya problema para defender que en tales casos hay una excepción a la vigencia de este principio. El concepto de accesoriadad estricto material condiciona de dos modos la conducta del interviniente secundario: primero, establece que la consumación de su injusto se vincula a la acción de un interviniente principal, la cual haya satisfecho ciertos requisitos normativos; segundo, sólo se sancionará al interviniente secundario por su injusto consumado. Por tanto, la accesoriadad estricta

material indica cuándo se consuma el injusto y que no se aplicará la teoría de la tentativa al partícipe. En este contexto, los arts. 17 y s CP son excepciones a la prohibición de aplicar la teoría de la tentativa a la participación. En ese caso el único reproche que se puede hacer es que el marco punitivo sea desproporcionado en relación con la cuantía de su injusto. Primero, porque son comportamientos que están en fases diferentes del *iter criminis* de la participación. Así, una conspiración no debería sancionarse con la misma pena que una proposición. Ello se solucionaría previendo un marco inferior para la provocación y proposición (propuesta de *lege ferenda*), o sancionando a la conspiración con una simple rebaja de un grado y a las otras conductas con una rebaja obligatoria de dos grados (propuesta de *lege lata*). Segundo, porque aunque el marco sancionador establecido sea correcto en función de la pena prevista para la inducción, quizá el problema reside en que el marco punitivo de esta figura es desproporcionado. Si hay una diferencia cualitativa entre el autor y el inductor, y ésta se basa en que uno ataca directamente el bien jurídico, y el otro de forma mediata, cómo se pueden igualar ambas, otorgándoles el marco sancionador previsto para el modo de ataque más grave. Si los injustos son diferentes y el nivel máximo de uno (inducción) es menor que el de otro porque nunca es posible lesionar directamente el bien tutelado, entonces, la inducción tendría que poseer un marco sancionador inferior, como se ha previsto para la complicidad.

Las teorías de la participación que se construyen únicamente en torno al principio de accesoriadad amplio, que insisten en que el partícipe tiene su propio injusto (ya sea por una comprensión extensiva del tipo especial o por que se sostenga que existen dos normas distintas, una dirigida al autor y otra al partícipe) independiente de la conducta realizada por el autor principal, también consiguen justificar adecuadamente la punición de la conspiración, proposición, provocación. La autonomía del injusto del partícipe del principio de accesoriadad estricto material, que establece que, p.e., la inducción se consuma cuando obtiene su resultado intermedio, así como la eventual posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa a los tipos de participación, permite extender el ámbito de la participación punible, que abarca sin esfuerzos las tentativas de inducción. La dificultad con la que se encuentran estos planteamientos reside en el riesgo de excesivo adelantamiento de la punición. Este problema se suele resolver mediante la exigencia de una accesoriadad estricta formal como condición objetiva de punibilidad y/o una exclusión de la aplicación de la teoría de la tentativa (normalmente porque se defiende que hasta que la conducta del partícipe no se ha consumado no hay una puesta en peligro del bien jurídico penalmente relevante). Con la intención de limitar el ámbito de la participación punible en las teorías de la participación autónoma se adoptan tres decisiones político-criminales: (1) la exclusión general de ciertas formas de participación porque no concurre una conducta principal con unas características, (2) la no vigencia de la

teoría de la tentativa y participación en los tipos *autónomos* de participación, (3) la no vigencia excepcional de las dos decisiones inicialmente tomadas: la posibilidad de punición de ciertas participaciones consumadas (e incluso intentadas) a causa de la peligrosidad que le es inherente aunque no haya conducta principal, aunque sean, insisto, tentativas respecto al injusto autónomo de la participación. No obstante, es tan difícil satisfacer la exigencia de recoger semejantes resoluciones en los Códigos penales, como la de interpretar los tipos de modo que se entienda que recogen esas decisiones político-criminales.

Una vez que he planteado todas las opciones posibles hay que tomar partido por alguna de ellas. Para la proposición, provocación y apología me decanto por la solución ofrecida por la participación. Para la conspiración, en cambio, considero que es más correcto el planteamiento de la preparación.

Sin embargo, la mayor complejidad de esta discusión no está en elegir una opción interpretativa y desarrollar un marco teórico para la exégesis de estos tipos, que permita una aplicación práctica, intrasistemáticamente coherente con los posicionamientos sobre la teoría del delito que la doctrina considera presentes en el Código. La dificultad se halla en que los artículos 17 y s CP (del mismo modo que el art. 4 CPA) son un ejemplo de redacción deficiente que admite tantas variantes y posibilidades como se puedan imaginar. He indicado las contradicciones a las que conduce la actual construcción de los tipos, la situación de inseguridad jurídica que genera que un mismo comportamiento en unas ocasiones sea un acto preparatorio y, por ello, una resolución manifestada; que en otras sea un acto preparatorio y, por consiguiente, una tentativa de participación; que también una misma conducta unas veces sea castigada como proposición, otras como provocación, otras como inducción, otras no sea sancionada; que la sanción de un comportamiento como conspiración exija la prueba de un deseo de ejecución conjunta como autores o la presencia de una falta de determinación delictiva previa, exigencias que no pueden probar, salvo que el reo cometa el error de admitirlo, que dependen de presunciones *ex re*; que la punición de quien propone dependa de su intención de ejecución material, en unos casos, pero luego, en otros, se castiguen comportamientos sin exigir ese requisito; que arbitrariamente se requiera en la proposición, una invitación *a ejecutar* entendida como realización material del delito o a intervenir en un sentido amplio en una actividad delictiva; que, aunque la provocación se oriente a una pluralidad indeterminada de sujetos, se encuentren no pocos ejemplos en los que los tribunales castigan la incitación a un sujeto concreto como provocación.

Esta redacción imprecisa, llena de términos vagos, parece que persiga dos posibles objetivos. Primero, ocultar el deseo político-criminal de sancionar fases previas de la participación (tentativa), del mismo modo a como se hacen en otros países de

forma explícita. Segundo, habilitar un cajón de sastre que otorgue una discrecionalidad plena a los tribunales, que así, pueden sancionar cualquier fase previa de la codelinuencia recurriendo a cualquiera de las conductas previstas en los artículos citados o dejar absolutamente impunes estas fases previas (cuando se utiliza interpretaciones restrictivas). Por ello, sostengo que si el legislador entiende que es necesario la persecución penal de estos comportamientos, por los motivos de política criminal que estime pertinentes y que no comparto porque creo que una sociedad democrática (madura) no necesita reprimir penalmente semejantes conductas, tan alejadas de una efectiva lesión de un bien jurídico, entonces, tendría que redactar de otro modo los tipos, de manera que quede claro cuál es la conducta típica, cuáles son los requisitos de punibilidad que el tipo prevé, qué normativa se aplica.

# Bibliografía



- Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000.
- Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia 2002.
- Acero, J.J. / Busto, E., / Quesada, D., *Introducción a la filosofía del lenguaje*, 5.ª edición, Madrid, 2001.
- Albrecht, P.A., "Das Strafrecht auf dem Weg von liberaler Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts", *KritV*, 1988, pág. 182 y ss.
- Albrecht, P. A y otros, *Strafrecht – ultima ratio*, (Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts), Baden-Baden, 1992.
- Albrecht, P.A., "Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?", en Böllinger/Lautmann (editores): *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, Frankfurt a.M., 1993, pág. 255 y ss.
- Albrecht, P.A., "Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik", *StV*, 1994, pág. 265 y ss.
- Albrecht, P.A., *Kriminologie*, München, 1999.
- Alcácer Guirao, R., "Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro", *CDJP*, 1999, pág. 415 y ss.
- Alcácer Guirao, R., "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal", *ADPCP*, 1999, pág. 177 y ss.
- Alcácer Guirao, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000.
- Alcácer Guirao, R., *Los fines del Derecho Penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, 2001.
- Alcácer Guirao, R., *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001.

- Alcácer Guirao, R., "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 04-08, 2002, pag. 08:1 y ss.
- Alcácer Guirao, R., "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, 2002, pág. 59 y ss.
- Alcácer Guirao, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003.
- Altenhain, K., *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß*, Frankfurt a. M., 1994.
- Altvater, G., "Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten", *NStZ*, 2002, pág. 20 y ss.
- Alwart, H., *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982.
- Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1972.
- Antón Oneca, J., *Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1986.
- Arroyo Zapatero, L., "La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo", *CPC*, 1981, pág. 379 y ss.
- Artz, G., "Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung", *JZ*, 1969, pág. 54 y ss.
- Arzt, G. / Weber, U., *Strafrecht. Besonderes Teil*, Bielefeld, 2000.
- Asúa Batarrita, A., "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos", *La Ley*, 1998, D-158, pág. 1638 y ss.
- Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985.
- Atienza, M. / Ruiz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, Barcelona, 1996.
- Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, 2001.
- Azpitarte Sánchez, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho Comunitario derivado*, Madrid, 2002.
- Bacigalupo Zapater, E., "Artículos 10 a 18", en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997.
- Bacigalupo, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1997.
- Baldo Lavilla, F., "Aspectos conceptuales de la inducción" (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987), en *ADPCP*, 1989, pág. 1091 y ss.
- Bar, L. von, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen*, Hannover, 1859.

- Barberet, R., "La investigación criminológica y la política criminal", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2000, pág. 221 y ss.
- Barquín Sanz, J. / Olmedo Cardenete, M., "Artículo 18", en Manuel Cobo del Rosal (director): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1999, pág. 895 y ss.
- Bauman, Z., "Modernidad y ambivalencia", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 73 y ss.
- Baumann, J. / Weber, U. / Mitsch, W., *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 10.ª edición, Bielefeld, 1995.
- Baunack, M., *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfen. Unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Berlin, 1999.
- Beck, U., "Teoría de la modernización reflexiva", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996.
- Beck, U., "Teoría de la sociedad del riesgo", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 201 y ss.
- Beck, W., *Unrechtbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, Berlín, 1992.
- Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, nueva impresión de la edición de 1906, Tübingen, 1964.
- Beling, E., *Grundzüge des Strafrechts*, 8-9.ª edición, Tübingen, 1925.
- Bemman, G., *Meinungsfreiheit und Strafrecht*, Königstein, 1981.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. / Arroyo Zapatero, L. / García Rivas, N. / Ferré Olivé, J.C. / Serrano Piedecabras, J.R., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.ª edición, Bilbao, 1999.
- Beriain, J., "El doble «sentido» de las consecuencias perversas de la modernidad", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 7 y ss.
- Berz, U., "Grundlagen des Versuchsbeginn", *Jura*, 1984, pág. 511 y ss.
- Berz, U., *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz. Eine Untersuchung zu den Gefährdung- und Unternehmensdelikten*, München, 1986.
- Beulke, W., "Anstiftung zur Tötung als selbständige Handlung", *Anmerkug aus NSTZ*, 1999, pág. 25 y ss.
- Binding, *Lehrbuch des gemeines deutschen Strafrechts, Besonderes Teil*, v. II, Leipzig, 1905.

- Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, v. I, Darmstadt, 1991. V. III, Leipzig, 1918. V. IV, Leipzig, 1919.
- Blanco Cordero, I., "El *error in persona* del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor", en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pág. 823 y ss.
- Blei, H., *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 17.<sup>a</sup> edición, München, 1977.
- Bloy, R., "Zum Begriff des Aufforderns in den §§ 111, 130 Nr.2 StGB (hier: Parolen an Wänden)", Anmerkung aus JR, 1985, pág. 205 y ss.
- Bloy, R., "Grund und Grenzen der Strafbarkeit der misslungenen Anstiftung", JR, 1992, pág. 493 y ss.
- Bloy, R., "Neuere Entwicklungstendenzen der Einheitstäterlehre in Deutschland und Österreich", en *R. Schmitt-Festschrift*, Tübingen, 1992, pág. 33 y ss.
- Bloy, R., "Zum Merkmal der Entlichkeit bei der Anstiftung", Anmerkung aus JZ, 1999, pág. 157.
- Bobbio, N., "La función promocional del derecho", en *Contribución a la Teoría del derecho*, Madrid, 1990, pág. 371 y ss.
- Bock, M., *Kriminologie*, München, 2<sup>a</sup> ed., 2000.
- Bockelmann, P., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung von Versuch", JZ, 1954, pág. 468 y ss.
- Bockelmann, K., *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, 1960.
- Bockelmann, P., *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> edición, München, 1979.
- Bockelmann/Volk, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> edición, München, 1987.
- Bohnert, J., "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährungsdelikte", JuS, 1984, pág. 182 y ss.
- Boldova Pasamar, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.
- Böllinger, L., "Grenzloses symbolisches Strafrecht. Zum Cannabis-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts", en *Kritisch Justiz*, 1994, pág. 405 y ss.
- Bottke, W., *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB*, Berlin, 1980.
- Brehm, W., *Zur Dogmatik des abstraktes Gefährungsdelikts*, Tübingen, 1973.
- Brehm, W., "Die ungefährliche Brandstiftung – BGH, NJW 1975, 1369", JuS, 1976, pág. 22 y ss.
- Brose, R., *Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49 a StGB)*, Köln, 1970.

- Bubnoff, E. von, *Leipziger Kommentar; Großkommentar*, 11.ª edición, Berlin, 1994, § 111.
- Bunge, M., *La relación entre la sociología y la filosofía*, Madrid, 2000.
- Bunge, M., *Epistemología*, Barcelona, 2. Edición, 1997.
- Burgstaller, "Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB", *RZ*, 1975, pág. 13 y ss.
- Buri, D. von, "Versuch und Kausalität", en *GerichtsSaal*, v. 32, pág. 321 y ss.
- Buri, D. von, "Zur Lehre vom Versuche", en *GerichtsSaal*, v. 19, 1867, pág. 60 y ss.
- Burkhardt, B., "Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug", *JuS*, 1983, pág. 426 y ss.
- Busch, J.D., "Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung", *NJW*, 1959, pág. 1119 y ss.
- Busch, J.D., *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des • 49a StGB*, Marburg, 1964.
- Busch, R., "Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB", *Maurach-Festschrift*, Karlsruhe, 1972, pág. 245 y ss.
- Busch, R., *Leipziger Kommentar; Großkommentar*, 9.ª edición, Berlin, New York, 1974, §§ 43, 49a.
- Büscher, P., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes", *JuS*, 1998, pág. 384.
- Bustos Ramírez, J., "Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema", en *Estudios jurídicos en homenaje a Pérez Victoria*, tomo I, Barcelona, 1983, pág. 91 y ss.
- Bustos Ramírez, J., "Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de asúa en el Código Penal de 1932)", *RFUCM*, n.º 11, 1986, pág. 147 y ss.
- Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, 1994.
- Bustos Ramírez, J.J. / Homazábal Malarée, H., *Lecciones de Derecho penal*, v. I y II, Valladolid, 1999.
- Bustos Ramírez, J., "El estado actual en el Derecho penal", en Cerezo Mir/ Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (Editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 59 y ss.
- Capella, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Valladolid, 1997.

- Carbonell Mateu, J.C., "Apología en los delitos contra la seguridad interior del Estado", en Cobo del Rosal, M. (dir.) / Bajo Fernández, M. (coord.): *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo II: *el Derecho penal del Estado democrático*, Madrid, 1983, pág. 239 y ss.
- Carrara, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General I*, Buenos Aires, 1954.
- Cerezo Mir, J., "Autoría y participación en Código Penal vigente y en el futuro Código Penal", en ADPCP, 1979, pág. 571 y ss.
- Cerezo Mir, J., "Actos preparatorios y tentativa", en Asúa Batarrita (editora): *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Bilbao, 1998.
- Cerezo Mir, J., "La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.<sup>a</sup> Época, núm. 1, 1998, pág. 13 y ss.
- Cerezo Mir, J., *Derecho Penal. Parte general – Lecciones*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2000.
- Cid Moline, J. / Moreso Mateos, J.J., "Derecho penal y filosofía analítica (a propósito de Diritto e ragione de L. Ferrajoli)", ADPCP, 1991, pág. 143 y ss.
- Class, W., "Die Kausalität der Beihilfe", en *Stock-Festschrift*, Würzburg, 1966, pág. 116 y ss.
- Cobo del Rosal, M. / Vives Antón, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> edición, Valencia, 1999.
- Coestner, R., *Die Vorbereitungshandlung in Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927*, Breslau, 1933.
- Cohen, A., *Die Vorbereitung von strafbare Handlungen*, Köln, 1894.
- Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- Cordoba Roda, J. / Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, tomo I (artículos 1-22), Barcelona, 1972.
- Cornils, K. / Greve, V., *Das dänische Strafgesetz*, 2.<sup>a</sup> edición, Freiburg, 2001.
- Cramer, P., *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen, 1962.
- Cramer, P., *Strafgesetzbuch, Kommentar Schönke/Schröder*, 26.<sup>a</sup> edición, München, 2001, §§ 26, 30.
- Creifelds, C., *Rechtswörterbuch*, 16.<sup>a</sup> edición, München, 2000.



- Cuello Calón, E., *Derecho penal. Parte General*, tomo I, v. II, 17.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1975.
- Cuello Contreras, J., "La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4º del Código penal: conspiración, proposición y provocación", ADPCP, 1976, pág. 535 y ss.
- Cuello Contreras, J., *La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona, 1978.
- Cuello Contreras, J., "El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa", en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 285 y ss.
- Cuello Contreras, J., "Iter Criminis", en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 617 y ss.
- Cuerda-Arnau, M. L., "Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología", en Boletín de Información, año XLIX, 5 de octubre 1995, n.º 1757, Ministerio de Justicia e interior, pág. 87 y ss.
- Cuerda Arnau, M.L., "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pág. 1125 y ss.
- Cuerda Riezu, A., "Los medios de comunicación y el Derecho penal", en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pág. 187 y ss.
- Cuerda Riezu, A., "Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó amparo a los dirigentes de Herri Batasuna", en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 237 y ss.
- Cuesta Pastor, P., *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, 2002.
- De la Mata Barranco, N.J., "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales", en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores):

*El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pág. 1217 y ss.

- De Rivacoba y Rivacoba, M., "Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> Época, núm. 4 (1999), pág. 735-51.
- Degener, W., "Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht", *ZStW*, 1991, pág. 357 y ss.
- Del Rosal Blasco, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, Madrid, 1986.
- Del Rosal Blasco, "Sobre los elementos del hecho típico en la inducción", en *CPC*, 1990, pág. 97 y ss.
- Del Rosal Blasco, "La apología delictiva en el Nuevo Código penal de 1995", en *CPC*, 1996, pág. 69 y ss.
- Delaquis, E., *Der untaugliche Versuch*, Berlin, 1904.
- Demetrio Crespo, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Granada, 2003.
- Dencker, F., "Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung", en Lüderssen, K. (editor): *Die Falle im Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1985, pág. 238 y ss.
- Dencker, F., "Das »Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus«", *StV*, 1987, pág. 117 y ss.
- Dencker, F., *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996.
- Dencker, F., "Beteiligung ohne Täter", en *Lüderssen-Festschrift*, Baden-Baden, 2002, pág. 525 y ss.
- Derksen, R., "Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft", *GA*, 1993, pág. 163 y ss.
- Detzner, M., *Rückkehr zum „klassischen Strafrecht" und die Einführung einer Beweislastumkehr*, Frankfurt a.M., 1998.
- Díaz Roca, R., *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1996.
- Díaz y García de Conlledo, M., *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991.
- Díaz y García de Conlledo, M., "Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo código penal de 1990. Algunas observaciones", *La Ley*, 1992, pág. 1029 y ss.

- Díaz y García de Conlledo, M., "Conspiración, proposición y provocación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. I, Madrid, 1995, pág. 1520 y ss; "Participación", v. III, Madrid, 1995, pág. 4778 y ss.
- Díaz y García Conlledo, M., "Autoría y participación", en *La Ley*, 1996-2, pág. 1283 y ss.
- Díaz y García de Conlledo, M., "«Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría", en J. M. Silva Sánchez (editor): *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pág. 295 y ss.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J., "La apología específica del art. 268", *CPC*, 1987, pág. 289 y ss.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*, Madrid, 1987.
- n *Diccionario de la lengua española*, Espasa, 9.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1998.
- Diel, K., *Das Regreßverot als allgemeine Tatbestandgrenze im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1997.
- Díez Ripollés, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989.
- Díez Ripollés, J.L., "Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 1998, pág. 25 y ss.
- Dornis, T., "Der Versuchsbeginn in Selbstschädigungsfällen", *Jura*, 2001, pág. 664 y ss.
- Dreher, D., "Der Paragraph mit dem Januskopf", en *Gallas-Festschrift*, Berlín, 1973, pág. 307 y ss.
- Dreher, E., "Grundsätze und Probleme des • 49a StGB", *GA*, 1954, pág. 11 y ss.
- Dreßler, T., *Vorbereitung und Versuch im Strafrecht der DDR im Vergleich mit dem Recht der BRD*, Frankfurt a. M., 1982.
- Ebert, U., "Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten", en *Spendel-Festschrift*, Berlin, New York, 1992, pág. 115 y ss.
- Eckstein, K., *Besitz als Straftat*, Berlin, 2001.
- Engisch, K., *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, Karlsruhe, 1960.
- Erichsen, H-U., "Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Jura*, 1997, pág. 85 y ss.

- Eser, A., "Una justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pág. 15 y ss.
- Eser, A., *Strafgesetzbuch. Kommentar. Schönke/Schröder*, 26.ª edición, München, 2001, §§ 110, 111, 140.
- Fabrizio, E. E., "Kommentar zum §§ 12-14 StGB", en Frank Höpfel / Eckart Ratz (editores): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. edición, Wien, 2000.
- Farré Trapat, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- Farre Trapat, E., "Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración", ADPCP, 1992, pág. 711 y ss.
- Feijoó Sánchez, B., "Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?", La Ley, 1997, pág. 2004 y ss.
- Feijoó Sánchez, B., *Limites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada, 1999.
- Feijoó Sánchez, B., "Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación", La Ley, 2000, pág. 1600 y ss.
- Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 5.ª edición, Madrid, 2001.
- Feuerbach, P.J.A. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, nueva impresión de la 14.ª edición de 1847, Reinheim, 1973.
- Fincke, M., *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín, 1975.
- Fischer, T., "Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören – Zur Beseitigung eines "restriktiven" Phantoms –", NStZ, 1988, pág. 159 y ss.
- Fischer, T., "Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (130 StGB)", GA, 1989, pág. 445 y ss.
- Foucault, M., *Vigilar y Castigar*, 22.ª edición, Madrid, 1994.
- Frank, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15.ª edición, Tübingen, 1931, §§ 43, 49a, 49b, 110, 111.
- Frehsee, D., "Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse", StV, 1996, pág. 222 y ss.

- Frehsee, D., "Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes", en Frehsee/Löschper/Smaus (editores): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, pág. 14 y ss.
- Friedrich, W., "Strafbare Beteiligung- akzesorische oder originäre Täterschaft? Ein Beitrag zur Auslegung der §§ 12 bis 15 öStGB", en *Triffterer-Festschrift*, Wien, 1996, pág. 43 y ss.
- Frisch, W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983.
- Frisch, W., *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- Frisch, W., "An den Grenzen des Strafrechts", *Stree und Wessel-Festschrift*, Heidelberg, 1993, pág. 69 y ss.
- Frisch, W., *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, 1995.
- Frisch, W., "Beihilfe durch neutrale Handlungen", en *Lüderssen-Festschrift*, Baden-Baden, 2002, pág. 539 y ss.
- Frisch, W., "Sicherheit durch Strafrecht?", en *Schlüchter-GS*, Köln, 2002, pág. 669 y ss.
- Fuchs, H., "Tatentschluß und Versuchsbeginn", en *Triffterer-Festschrift*, Wien, 1996, pág. 72 y ss.
- Gallas, W., "Zur Struktur des strafechtlichen Unrechtsbegriff", *Bockelmann-Festschrift*, München, 1979, pág. 155 y ss.
- García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, 2001.
- García Rivas, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.
- García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996.
- García-Pablos de Molina, A., "La prevención del delito en un estado social y democrático de derecho", *Estudios Penales y Criminológicos*, XV, 1992, pág. 79 y ss.
- García-Pablos de Molina, A., "Tendencias del actual Derecho penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pág. 39 y ss.
- Geerds, F., "Täterschaft und Teilnahme. Zu den Kriterien einer normativen Abgrenzung", *Jura*, 1990, pág. 173 y ss.
- Geppert, K., "Die schwere Brandstiftung", *Jura*, 1989, pág. 417 y ss.

- Geppert, K., "Zum «error in persona vel obieto» und zur «aberratio ictus», insbesondere vor dem Hintergrund der neuen «Rose-Rosahl-Entscheidung»", *Jura*, 1992, pág. 163 y s.
- Geppert, K., "Die Anstiftung (§ 26 StGB)", *Jura*, 1997, pág. 299 y ss.
- Geppert, K., "Die Versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB)", *Jura*, 1997, pág. 547 y ss.
- Gerke, J., *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> edición, Köln, 2001.
- Giddens, A., "Modernidad y autoidentidad", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 33 y ss.
- Gimbernat Ordeig, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- Gimbernat Ordeig, E., *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*, Madrid, 1979.
- Gimbernat Ordeig, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990.
- Gimbernat Ordeig, E., "Concurso de leyes, error y participación en el delito", *ADPCP*, 1992, pág. 833 y ss.
- Gómez Benítez, J.M., *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984.
- Gómez Benítez, J.M., "La teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal)", en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pág. 15 y ss (publicado originalmente en la *RFDUC*, nº. 69, 1983).
- Gómez González, O., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2001.
- Gómez Martín, V., "El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 04-16, 2002, pág. 16:1-16:46.
- Gómez Navajas, J., "Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el código penal de 1995. (Algunas reflexiones al hilo de la sentencia del Juzgado de lo penal núm. 3 de Barcelona, de 16 de noviembre 1998)", *La Ley*, 1999, pág. 1839 y ss.
- Gómez Rivero, C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995.
- Gómez Rivero, C., "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", *La Ley*, 1996, pág. 1624 y ss.



- Gómez Tomillo, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, Granada, 1998.
- González Guitián, L., "Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el proyecto de 1980", EPC, 1981, pág. 286 y ss.
- Gozález Guitián, L., "La apología en la reforma penal", en V Jornadas de Profesores de Derecho penal, RFDUC, 1983, pág. 279 y ss.
- Gössel, K-H., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch", JR, 1976, pág. 248 y ss.
- Gössner, R., "«innere Sicherheit» im permanenten Ausnahmestand. «Sicherheitsnetze», «Anti-Terror-Pakete» und Ausgrenzungspolitik", en Munier, G. (editor): *Kriminalität und Sicherheit*, Berlin, 2002, pág. 27 y ss.
- Gracia Martín, L., "El «iter criminis» en el Código penal español de 1995", en Díez Ripollés, J.L. (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Madrid, 1996, pág. 257 y ss.
- Graf zu Dohna, *Der Mangel am Tatbestand*, Sonderabdruck aus der Festgabe für Dr. K. Güterbock, Berlin, 1910.
- Graul, E., "Zur Bestimmtheit des Anstifter- und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung", Anmerkung aus JR 1999, pág. 249 y ss.
- Gropp, W., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. edición, Heidelberg, 2001.
- Guhra, E., *Das vorsätzlich-tatbestandsmäßige Verhalten beim beendeten Versuch*, Berlin, 2002.
- Günther, K., "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho Penal?", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 489 y ss.
- Gutiérrez Rodríguez, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia, 2001.
- Haeger, W., "Die Stellung des § 49a im system des Reichsstrafgesetzbuchs", en Frank v. Liszt (editor): *Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin*, Berlín, 1903.
- Haft, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> edición, München, 1998.
- Hager, G./ Massauer, W., "Kommentar zum §§ 14, 15 StGB", en Frank Höpfel / Eckart Ratz (editores): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> edición, Wien, 1999.
- Hälschner, H., *Das allgemeine Deutsche Strafrecht. Systematisch dargestellt*, Band. 1, Bonn, 1881.

- Hanack, E-W., *Leipziger Kommentar; Großkommentar*, 11.<sup>a</sup> edición, Berlin, 1996, • 140.
- Handschuh, A., *Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung*, Emsdetten, 1936.
- Hassemer, W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1973.
- Hassemer, W., "Grundlinien einer personaler Rechtsgutlehre", en *Jenseits der Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, pág. 85 y ss.
- Hassemer, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> edición, München, 1990.
- Hassemer, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, nº. 1, 1991, pág. 23 y ss.
- Hassemer, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht", ZRP, 1992, pág. 379 y ss.
- Hassemer, W., "Bilder von Strafrecht", en Böllinger/Lautmann (editores): *vom Guten, das nicht stets das Böse schafft*, Frankfurt a.M., 1993, pág. 235 y ss.
- Hassemer, W., "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik", StV, 1995, pág. 483 y ss.
- Hassemer, W., "Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia, 1999, pág. 17 y ss.
- Hauf, C-J., *Strafrecht – allgemeiner Teil*, Neuwied, 2001.
- Heckler, A., "Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle", NStZ, 1999, pág. 79 y s.
- Hefendehl, R., "¿Debe ocuparse del Derecho penal de riesgos futuros?", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, num. 04-14, 2002, pag. 14:1 y ss.
- Henckel, H., *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Breslau, 1930.
- Hernández Gil, F., "La apología delictiva", en *La Ley*, 1981, pág. 900 y ss.
- Hernández Plasencia, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996.
- Herzberg, R. D., "Anstiftung und Beihilfe als Stratatbestände", GA, 1971, pág. 1 y ss.
- Herzberg, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977.

- Herzberg, R.D., "Aberratio ictus und error in objeto", JA, 1981, pág. 369 y ss, 470 y ss.
- Herzberg, R.D., "Anstiftung zur unbestimmten Haupttat", JuS, 1987, pág. 617 y ss.
- Herzberg, R.D., "Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme", ZStW, 1987, pág. 49 y ss.
- Herzberg, R.D., "Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?", JZ, 1991, pág. 856 y ss.
- Herzberg, R.D., "Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale", GA 1991, pág. 145 y ss.
- Herzberg, R.D., "Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs", GA, 2001, pág. 257 y ss.
- Herzog, F., "Rechtstaaliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung", NStZ, 1985, pág. 153 y ss.
- Herzog, F., "Nullum Crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln", en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (editores): *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a.M., 1990, pág. 105 y ss.
- Herzog, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991.
- Herzog, F., "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales, (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)", PJ, 2.<sup>a</sup> Época, n.º 32, Diciembre de 1993, pág. 79 y ss.
- Herzog, F., "¿Una Europa de la liberalidad o de la seguridad? –cinco tesis-", en *Roberto Bergalli* (editor): *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona, 1998, pág. 111 y ss.
- Hilgendorf, E., "Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB?", Jura, 1996, pág. 9 y ss.
- Hillenkamp, T., *Die Bedeutung von Vorstazkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Göttingen, 1971.
- Hippel, R. von, "Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen", ZStW, 1921, pág. 525 y ss.
- Hippel, R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932.
- Hippel, R. von, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, Berlin, 1966.

- Hirsch, J., "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en *Lenckner-Festschrift*, München, 1998, pág. 119 y ss.
- Hirsch, J.H., "Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" (1981), en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, pág. 336 y ss.
- Hirsch, H-J., "Acerca del Estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pág. 371 y ss.
- Hirsch, H-J., "Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht", en *Roxin-Festschrift*, Berlin, 2001, pág. 711 y ss.
- Hoffmann, M., "Straftaten einer kriminellen Vereinigung", *NStZ*, 1998, pág. 249 y s.
- Hormazábal Malarée, H., "Imputación objetiva y principio de lesividad", en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 411 y ss.
- Horn, E., *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- Horn, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt a. M., 2000, § 111.
- Horn/Hoyer, "Rechtssprechungsübersicht zum 27. Abschnitt des StGB - «Gemeingefährliche Straftaten»", *JZ*, 1987, pág. 965 y ss.
- Höser, J., *Vorbereitungshandlung und Versuch im Steuerstrafrecht*, Köln, 1984.
- Hoyer, A., *Die Einigungsdelikte*, Berlin, 1987.
- Hoyer, A., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt a. M., 2003, § 30.
- Hruschka, J., "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe", *JR*, 1983, pág. 177 y ss.
- Huerta Tocildo, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.
- Ingelfinger, R., *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*, Berlín, 1992.
- Jaén Vallejo, M., "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», *Jornadas de Estudios penales en homenaje al Prof. Sainz Cantero*, Granada, 1987.

- Jakobs, G., "La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión (1977)", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pág. 241 y ss.
- Jakobs, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (1985)", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.
- Jakobs, G., "Zur «psychologisierenden» Betrachtungsweise bei der Auslegung des Freiwilligkeitsmerkmal", *Anmerkung aus JZ*, 1988, pág. 518 y ss.
- Jakobs, G., "Representación del autor e imputación objetiva (1989)", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pág. 223 y ss.
- Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlín, 1991.
- Jakobs, G., "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza» (1992)", en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pág. 209 y ss.
- Jakobs, G., *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1995.
- Jakobs, G., *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1995.
- Jakobs, G., "Akzessorietät zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", *GA*, 1996, pág. 253 y ss.
- Jakobs, G., "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho funcional", *CDJP*, 1999, pág. 19 y ss.
- Janiszewski, U., "Zur Problematik der aberratio ictus", *MDR*, 1985, pág. 533 y ss.
- Jescheck/Weigend, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Granada, 1993. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*, 5.ª edición, Berlin, 1996.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal. El delito y su exteriorización*, tomo VII, Buenos Aires, 1970.
- Joecks, W., *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*, 3. edición, München, 2001.
- Juanes Peces, A., "La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho", *La Ley*, 1997, pág. 1675 y ss.
- Jung, H., "Anmerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat", *GA* 1996, pág. 507 y ss.
- Kamen, H., *La inquisición española*, 3.ª Edición, Barcelona, 1988.
- Kargl, W., "Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 49 y ss.

- Kaufmann, Armin, "Tatbestansmäßigkeit und Verursachung im Cortergan-Verfahren", JZ, 1971, pág. 569 y ss.
- Kaufmann, Armin, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *Welzel-FS*, Berlin, New York, 1974, pág. 393 y s.
- Kauffman, Armin, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, 1977.
- Kaufmann, Arthur, "Unrecht und Schuld beim delikt der Volltrunkenheit", JZ, 1963, pág. 425 y ss.
- Kaufmann, Arthur, "Reflexionen über Rechtsstaat, Demokratie, Toleranz", en *K. Miyazawa-Festschrift*, Baden-Baden, 1995, pág. 383 y ss.
- Kayßer, M., "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 149 y ss.
- Kienapfel, D., "Erscheinungsformer der Einheitstäterschaft", en Heinz Müller-Dietz (editor): *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1971, pág. 21 y ss.
- Kienapfel, D., *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1971.
- Kienapfel, D., "Das Prinzip der Einheitstäterschaft", JuS, 1974, pág. 1 y ss.
- Kienapfel, D., "Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ff und 32 ff StGB", JBl, 1974, pág. 180 y ss.
- Kienapfel, D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. edición, Wien, 1985.
- Kindhäuser, U., *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M., 1989.
- Kindhäuser, U., "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit", GA, 1994, pág. 197 y ss.
- Kindhäuser, U., "Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes", NStZ, 1997, pág. 272 y ss.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2000.
- Kissel, N., *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB: grundrechtlicher Einfluß bei der Feststellung strafbaren Unrechts*, Frankfurt a. M., 1996.
- Kleine-Cosack, E., *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1988.
- Kniesel, M., "'Innere Sicherheit' und Gundgesetz", ZRP 1996, pág. 482 y ss.
- Kohler, J., *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, 1890.
- Köhler, M., "Freiheitliches Rechtsprizip und Betäubungsmittelstrafrecht", ZStW, 1992, pág. 3 y ss.



- Köhler, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, 1997.
- Kohlrausch / Lange, R., *Strafgesetzbuch*, 41.ª edición, Berlin, 1956.
- Koriath, H., "Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts", GA, 1999, pág. 562 y ss.
- Krack, R., "Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft", ZStW, 1998, pág. 611 y s.
- Krahl, M., *Tatbestand und Rechtsfolge*, Frankfurt a. M., 1999.
- Kratzsch, D., "Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?", JA, 1983, pág. 420 y ss, 578 y ss.
- Kratzsch, D., *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985.
- Kratzsch, D., "Zum Erfolgsunrecht der schweren Brandstiftung", JR, 1987, pág. 360 y ss.
- Kretschmer, J., "Zur Tatkonkretisierung bei einer versuchten Anstiftung", Anmerkung aus NStZ, 1998, pág. 401.
- Kretschmar, L., *Die versuchte Teilnahme im geltenden und zukünftigen Recht*, Giessen, 1975.
- Krey, V., *Deutscher Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002.
- Kühl, K., "Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", JuS 1979, pág. 718 y ss, 874 y ss; JuS 1980, pág. 273 y ss, 506 y ss, 650 y ss, 811 y ss.
- Kühl, K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, München, 2000.
- Kuhlen, L., *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt a. M., 1987.
- Kuhlen, L., "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neue Dogmatik", ZStW, 1993, pág. 697 y ss.
- Kuhlen, L., "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", GA 1994, pág. 347 y ss.
- Kunz, K.L., *Kriminologie*, 3.ª edición, Bern, Stuttgart, Wien, 2001.
- Küper, W., "Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch", NJW, 1984, pág. 777 y s.
- Küper, W., "«Teilverwirklichung» des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?", JZ, 1992, pág. 338 y ss.

- Küpper, G., "Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", GA 1986, pág. 437 y ss.
- Küpper, G., *Grenzen der normativierende Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990.
- Küpper, G., "Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung", JuS, 1996, pág. 23 y ss.
- Lackner, K./Kühl, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24.<sup>a</sup> edición, München, 2001. 22.<sup>a</sup> edición, München, 1997.
- Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985.
- Landa Gorostiza, J-M., "La llamada «mentira de *Auschwitz*» (art. 607.2º CP) y el «delito de provocación» (art. 510 CP) a la luz del «caso Varela»: una oportunidad perdida para la «cuestión de inconstitucionalidad». (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998)", AP, 1999, marg. 689 y ss.
- Landa Gorostiza, J-M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001.
- Landa Gorostiza, J-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al «límite mínimo» de la participación frente a los «actos neutros»*, Granada, 2002.
- Larrauri, E., "Notas preeliminares para una discusión sobre la imputación objetiva", ADPCP 1988, pág. 715 y ss.
- Lassak, K., "Begründungsdefizite in der aktuellen Strafgesetzgebung", en *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a. M., 1999, pág. 75 y ss.
- Lorenzo Copello, P., "La discriminación en el Código penal de 1995", Estudios penales y Criminológicos, XIX, 1996, pág. 227 y ss.
- Lorenzo Copello, P., "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico", en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pág. 437 y ss.
- Leckner, T., *Strafgesetzbuch, Kommentar Schönke/Schröder*, 25.<sup>a</sup> edición, München, 1997, vor § 13; 26.<sup>a</sup> edición, München, 2001, § 13.
- Lesch, H., *Sukzessive Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1992.
- Lesch, H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, 1995.
- Less, G., "Der Unrechtscharakter der Anstiftung", ZStW, 1957, pág. 43 y ss.

- Lettman, H., *Die Vorbereitung zur Strafbaren Handlungen im Bereich des ReichsStGB*, Erlangen, 1933.
- Letzgus, K., *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlín, 1972.
- Lewisch, P., "Probleme der Einheitstäterschaft", JBl, 1989, pág. 294 y ss.
- Liszt, F. von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> edición, Berlin, 1884.
- Liszt, F. von, "Zur Lehre vom Versuch", ZStW, 1905, pág. 24 y ss.
- Liszt, F. von / Schmid, E., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 25.<sup>a</sup> edición, Berlin, Leipzig, 1927.
- López Barja de Quiroga, J., *Autoría y participación*, Madrid, 1996.
- López Barja de Quiroga, J., "La accesoriedad", CDJP, 1999A, pág. 403 y ss.
- López Barja de Quiroga, J., *Derecho penal, parte general, III: los fundamentos de extensión de la tipicidad*, Madrid, 2001.
- López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona, 2000.
- López Calera, N., "Sobre los derechos colectivos", en Ansuátegui Roig (editor): *Una discusión sobre Derechos colectivos*, Madrid, 2001, pág. 18 y ss.
- López García, J.A., "El concepto de ambiente", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2<sup>a</sup> época, 1988, pág. 109 y ss.
- López Garrido, D. / García Arán, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.
- López Peregrín, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.
- Lüderssen, K., *Der Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967.
- Lüderssen, K., "Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrecht", ZStW, 1973, pág. 288 y ss.
- Lüderssen, K., *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, Frankfurt a. M., 1989.
- Lüderssen, K., "Zurück zum guten alten, liberalen, anständigen Kernstrafrecht?", en Böllinger/Lautmann (editores): *vom Guten, das nicht stets das Böse schafft*, Frankfurt a.M., 1993, pág. 268 y ss.
- Lüderssen, K., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M., 1995.
- Lüderssen, "El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios «europeos tradicionales». O: ¿Adiós al derecho penal europeo tradicional?", CDJP, 1999, pág. 59 y ss.

- Luhmann, N., "El concepto de riesgo", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 123 y ss.
- Luhmann, N., "El futuro como riesgo", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 155 y ss.
- Luhmann, N., "La contingencia como atributo de la sociedad", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 175 y ss.
- Lütkes, A., "Sicherheit – (k)ein Thema für die Kommunalpolitik? Für ein Konzept der Inneren Sicherheit mit Augenmaß", en Munier, G. (editor): *Kriminalität und Sicherheit*, Berlin, 2002, pág. 11 y ss.
- Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 11.ª edición, Madrid, 2000.
- Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996.
- Maatsch, A., "Das gefährliche Werkzeug im neuen • 244 StGB", GA, 2001, pág. 75 y ss.
- Macpherson, C.B., *La democracia liberal y su época*, Madrid, 2003.
- Maiwald, "Historische und dogmatische Aspekte der Einheitsstäterlösung", en *Bockelmann-Festschrift*, München, 1979, pág. 343 y ss.
- Malitz, K., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt: zum Strafgrund des Versuchs*, Berlín, 1998.
- Manzanares Samaniego, J.L., "La apología delictiva", AP n.º 34, 1997, marg. 755 y ss.
- Maqueda Abreu, M. L., "Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología", PJ, n.º 9, 1987, pág. 9 y ss.
- Maqueda Abreu, M.L., "La idea de peligro en el moderno Derecho Penal", AP, n.º 26/27, junio-julio, 1994, pág. 481 y ss.
- Marramao, G., "El orden desencantado", ACFS, N.º 30, 1990, pág. 102 y ss.
- Martin, J., *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, Freiburg, 1989.
- Martínez Escamilla, M., *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994.
- Marx, M., *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1972.

- Mata y Martín, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.
- Maurach, R., "Die Problematik der Verbrechensverabredung (• 49 a II StGB)", *JZ*, 1961, pág. 137 y ss.
- Maurach, R. / Schroeder, F.-C. / Maiwald, M., *Strafrecht, Besonderer Teil*, 8.<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 1999.
- Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht, AT, I*, 8.<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 1992. *ATII*, 7.<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 1989.
- Mayer, H., *Strafrecht, allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- Medina Ariza, J.J., "El control social del delito a través de la prevención situacional", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, n.º 2, 1998, pág. 281 y ss.
- Mendez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.
- Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.
- Meyer, J., "Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit", *ZStW*, 1975, pág. 598 y ss.
- Meyer, M.-K., "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt", *GA*, 1979, pág. 252 y ss.
- Meyer, M.-K., "Das Unmittelbarkeitsprinzip am Beispiel des Versuchs", *GA*, 2002, pág. 367 y ss.
- Mezger, E., "Anmerkung zur BGH, Urt. v. 21.12.1951 - 1 StR 431/51 (LG Schweinfurt)", *NJW*, 1952, pág. 512 y ss.
- Mezger, E., *Strafrecht, allgemeiner Teil*, 9.<sup>a</sup> edición, München-Berlin, 1960.
- Ministerium der Justiz, Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft "Walter Ulbricht", *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik. Lehrkommentar*, tomo I, Berlin, 1970.
- Mir Puig, S., "Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal", *ADPCP*, 1973, pág. 319 y ss.
- Mir Puig, S., "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en *el Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 151 y ss (publicado originalmente en la Revista de la

- Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº. 12, 1987, pág. 243 y ss).
- Mir Puig, S., "Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto", ADPCP, 1988, pág. 661 y ss.
  - Mir Puig, S., "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en *el Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 159 y ss (publicado originalmente en Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991, pág. 205 y ss).
  - Mir Puig, S., "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal", en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 93 y ss.
  - Mir Puig, S., "*Iter criminis*", en EJB, v. III, Madrid, 1995, pág. 3772 y s.
  - Mir Puig, S., "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 03-06, 2001, pág. 06:1-06:18. Artículo publicado en papel en la Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3, 2001, pág. 63 y ss.
  - Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, Barcelona, 2002.
  - Mira Benavent, J., "El caso del diario «Egin»: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986", ADPCP, 1987, pág. 505 y ss.
  - Mira Benavent, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Valencia, 1995.
  - Mira Benavent, J., "¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?", en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pág. 507 y ss.
  - Mittermaier, K.J.A., "Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft", Der GerichtsSaal, 1859, pág. 403 y ss.
  - Moccia, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en Silva Sánchez (editor): *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro homenaje a C. Roxin, Barcelona, 1997, pág. 113 y ss.
  - Montenbruck, A. "Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwicklichten Tat", ZStW, 1972, pág. 323 y ss.



- Montes, P.J., *Derecho penal español*, 2ª edición, San Lorenzo del Escorial, 1929.
- Moreno-Torres Herrera, M.R., *La tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999.
- Moreno-Torres Herrera, M.R., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, capítulos 35, 36.
- Müller, B., "Betrug durch Geltendmachung von Ehemaklerlohn?", *JuS*, 1981, pág. 255 y ss.
- Müller-Dietz, H., *Strafe und Staat*, Frankfurt a. M., 1973.
- Müller-Dietz, H., "Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung", en *R. Schmitt-Festschrift*, Tübingen, 1992, pág. 95 y ss.
- Müller-Dietz, H., "Gibt es Fortschritt im Strafrecht?", en *Triffterer-Festschrift*, Wien, New York, 1996, pág. 677 y ss.
- Müller-Dietz, H., "Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten", en *H. Zipf-GS*, Heidelberg, 1999, pág. 123 y ss.
- Müller-Tuckfeld, J.C., "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 507 y ss.
- Muñagorri, I., "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", *ADPCP* 1989, pp. 989 ss.
- Muñoz Conde, F. / García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Valencia, 2002.
- Muñoz Lorente, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003.
- Muñoz Sánchez, J., *El agente provocador*, Valencia, 1995.
- Murmann, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Heidelberg, 1999.
- Mylonopoulos, C., *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981.
- Nagler, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen, ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903.
- Naucke, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975.
- Naucke, W., "Der Zustand des Legalitätsprinzips", en *Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend* (editores): *Modernes Strafrechts und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a. M., 1990, pág. 149 y ss.

- Naucke, W., "Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht", GA, 1998, pág. 262 y ss.
- Naucke, W., *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 4.ª edición, Frankfurt a. M., 2000.
- Naucke, W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000.
- Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Madrid, 2001.
- Nehm, K., *Straflose Straftaten?*, Heidelberg, 1999.
- Neidlinger, H-J., *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe; insbesondere: der bedingt Tatentschlossene und Tatgeneigte*, Heidelberg, 1989.
- Nestler, C., "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág. 63 y ss.
- Neuhaus, H., *Die strafbare Deliktsvorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234 a Abs. 3 StGB*, Frankfurt a. M., 1993.
- Niepoth, B., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994.
- Noll, P., *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, Zurich.
- Octavio de Toledo, E. / Huerta Tocildo, S., *Derecho penal, Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.ª edición, Madrid, 1986.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E., "La autoría conforme al Código Penal", en Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores): *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, pág. 575 y ss.
- Olmedo Cardenete, M., "Artículo 17", en Manuel Cobo del Rosal (director): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1999, pág. 865 y ss.
- Olmedo Cardenete, M.D., *La inducción como forma de participación accesorio*, Madrid, 1999.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I., *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, Tesis doctoral inédita, Madrid, 2003.
- Orts Berenguer, E., "Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito", CPC, 1982, pág. 483 ss.

- Orwell, G., "La libertad de prensa", prólogo a la *Rebelión en la Granja*, Barcelona, 1973, pág. 29 y ss.
- Osnabrügge, S. A., *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, Berlin, 2002.
- Ostendorf, H., *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, §§ 80-145, Darmstadt, 1986, • 140.
- Ostendorf, H., *Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft?*, Baden-Baden, 2000.
- Otto, H., "Straflose Teilnahme?", en *Richard Lange-Festschrift*, Berlin, New York, 1976, pág. 196 y ss.
- Otto, H., "Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch", NJW, 1976, pág. 578 y s.
- Otto, H., "Anstiftung und Beihilfe", JuS 1982, pág. 557 y ss.
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5. edición, Berlín, New York, 1996. 6. edición, Berlín, New York, 2002.
- Paeffgen, H-U., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1999, • 111.
- Paefgen, H-U, "Überlegungen zu § 111 StGB. § 111 – wirklich ein janusköpfiger Tatbestand?", en *E-W Hanack-Festschrift*, Berlin/New York, 1999, pág. 591 y ss.
- Papageorgiou-Gonatas, S., *Wo liegt die Grenzen zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, München, 1988.
- Paredes Castañón, J.M., *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995.
- Paredes Castañón, J.M., "Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente", AP, 1997, marg. 216 y ss.
- Park, T., *Vermögensstrafe und ,modernes' Strafrecht*, Berlin, 1997, pág. 120 y ss.
- Pawlowski, H.M., *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, Heidelberg, 2000.
- Peñaranda Ramos, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.
- Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pág. 17 y ss.

- Pérez Alonso, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, 1998.
- Pérez Alonso, E., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, capítulos 37, 38.
- Pérez del Valle, C., "Sociedad de riesgos y reforma Penal para una sociedad de riesgos", en PJ, n.º 43-44, 1996, pág. 61 y ss.
- Pérez Manzano, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999.
- Phleps, A., *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, Freiburg, 1997.
- Pietrzak, A., "Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte", JuS, 1994, pág. 748 y ss.
- Polaino Navarrete, M., "Artículos 17 y 18", en Manuel Cobo del Rosal (director): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1999, pág. 953 y ss.
- Portilla Contreras, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", CPC, 1989, pág. 723 y ss.
- Portilla Contreras, G., "Delitos contra la constitución IV. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria (I)", en *Curso de Derecho penal Español. Parte especial*, Madrid, 1997.
- Portilla Contreras, G., "Represión legal del «enemigo» tras el 11 de septiembre de 2001", en *Mientras Tanto*, n.º 83, 2002, pág. 77 y ss.
- Portilla Contreras, G., "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales", en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 135 y ss.
- Portilla Contreras, G., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, capítulo 1.
- Prittwitz, C., "Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?", en Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (editores): *Modernes Strafrechts und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt a. M., 1990, pág. 387 y ss.
- Prittwitz, C., "Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung", GA, 1983, pág. 110 y ss.

- Prittwitz, C., "Funktionalisierung des Strafrechts", StV, 1991, pág. 435 y ss.
- Prittwitz, C., *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt a. M., 1993.
- Prittwitz, C., "Risiken des Risikostrafrecht", en Frehsee/Löschper/Smaus (editors): *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, pág. 47 y ss.
- Puig Peña, F., *Derecho penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> edición, Fuenlabrada, 1988.
- Puppe, I., "Zur Revisión der Lehre von «konkreten» Vorstanz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus", GA, 1981, pág. 1 y ss.
- Puppe, I., "Der objektive Tatbestand der Anstiftung", GA, 1984, pág. 101 y ss.
- Puppe, I., "Verwechslung des Opfers durch Angestifteten", Anmerkung aus NStZ, 1991, pág. 123 y ss.
- Pusylewitsch, T. (traductora), *Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik*, Berlin, 1964.
- Quintano Ripollés, A., *Curso de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1963.
- Quintero Olivares, G., *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996.
- Quintero Olivares, G., "Artículos 17 y 18", en Quintero Olivares, G. (dir.) / Morales Prats, F. (coord.): *Comentario al Nuevo Código Penal*, Elcano, 2001.
- Quintero Olivares, G., "Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral", en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (editores): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 919 y ss.
- Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (con la colaboración de Fermín Morales Prats, José Miguel Prats Canut), 3.<sup>a</sup> edición, Elcano, 2002.
- Radtke, H., "An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs", JuS, 1996, pág. 878 y ss.
- Ralis, A., "Der Begriff und die Strafbarkeit des Versuches", ZStW, 1942, pág. 48 y ss.
- Rath, J., "Grundfällen zum Unrecht des Versuchs", JuS 1998, pág. 1006 y ss, 1106 y ss; JuS 1999, pág. 32 y ss.
- Rebollo Vargas, R., "La apología y el presagio de "un futuro inmediato de gran sufrimiento"", *Jueces para la democracia*, 1997, pág. 36 y ss.

- Rebollo Vargas, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997.
- Rehr-Zimmermann, M., *Die Struktur des Unrechts in der Gegenwart der Strafrechtsdogmatik*, Münster-Hamburg, 1994..
- Renzikowski, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997.
- Riklin, F., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Zurich, 1997.
- Rodríguez Devesa, J.M. / Serrano Gómez, A., *Derecho Penal español. Parte General*, 18ª edición, Madrid, 1995.
- Rodríguez Ibáñez, J.E., *La perspectiva sociológica. Historia, teoría y método*, Madrid, 1998.
- Rodríguez Montañes, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- Rodríguez Mourullo, "La punición de los actos preparatorios", ADPCP, 1968, pp. 277 ss.
- Rodríguez Mourullo, G., "Las fases de ejecución del delito", en *Revista Juridica de Cataluña*, Proyecto de Código Penal, 1980, pág. 5 y ss.
- Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo, G. (dir.) / Jorge Barreiro (coord.), Madrid, 1997.
- Rogall, K., "Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten", GA 1979, pág. 11 y ss.
- Rogat, S., *Die Zurechnung bei der Beihilfe: zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*, Frankfurt a. M., 1997.
- Röhl, K., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2.ª edición, Köln, Berlin, Bonn, München, 2001.
- Roso Cañadillas, R., *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002.
- Rossi, L., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweiz. Strafrecht*, Schaffhausen, 1942.
- Roxin, C., "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", JuS 1966, pág. 377; "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, pág. 11 y ss.
- Roxin, C., "Unterlassung, Vorstaz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch", JuS, 1973, pág. 329 y ss.
- Roxin, C., "Über den Tatentschluß", en *Schröder-GS*, München, 1978, pág. 145 y ss.



- Roxin, C., "Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch", *JuS*, 1979, pág. 1 y ss.
- Roxin, C., "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)", en *JA* 1979, pág. 169 y ss.
- Roxin, C., "Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters", *JZ*, 1986, pág. 906 y ss.
- Roxin, C., "Rose-Rosahl redivivus", en *Spendel-Festschrift*, Berlín, 1992, pág. 289 y ss.
- Roxin, C., "Zum Strafgrund der Teilnahme", en *Stree und Wessels-Festschrift*, Heidelberg, 1993, pág. 365 y ss.
- Roxin, C., *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 11.ª edición, Berlin, 1994, §§ 25, 26, 27, 30.
- Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1997.
- Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, München, 1997.
- Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6.ª edición, Madrid, 1998.
- Roxin, C., "Observaciones sobre la prohibición de regreso", en *Sobre la prohibición de regreso en derecho penal*, Bogota, 1998, pág. 149 y ss.
- Roxin, C., "Über den Strafgrund des Versuchs", en *Festschrift-Haruro Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pág. 157 y ss.
- Roxin, C., "Anmerkung zur BGH, Urteil v. 12. 8. 1997 – 1 StR 234/97 (LG Passau)", *JZ*, 1998, pág. 211 y s.
- Roxin, C., "Bedingter Vorsatz zur versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen", *NStZ*, 1998.
- Roxin, C., "La evolución del Derecho penal y la política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial", en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000.
- Roxin, C., "Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad", en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000.
- Roxin, C., "Problemas básicos del sistema de Derecho penal", en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000.
- Roxin, C., "Problemas actuales de la política criminal", en Enrique Díaz Aranda (editor): *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México,

2001, pág. 87 y ss.

- Rudolphi, H-J., "Die Verschiedenen Aspekte des Reschsgutsbegriffs", Festschrift-Honig, Göttingen, 1970, pág. 151 y ss.
- Rudolphi, H-J., "Inhalt und funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre", en *Maurach-Festschrift*, Karlsruhe, 1972, pág. 51 y ss.
- Rudolphi, H-J., "Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch", JuS, 1973, pág. 20 y ss.
- Rudolphi, H-J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.<sup>a</sup> edición, Frankfurt a. M. , 2003, §§ 16, 22, 140.
- Ruidíaz, C., "El miedo al delito. Apuntes para la reflexión", CPC, 1992, pág. 931 y ss.
- Ruidíaz, C., "Opinión pública y justicia penal. El caso español", CPC, 1993, pág. 977 y s.
- Ruiz Antón, L. F., "El fundamento material de la pena en la participación", CPC 1980, pág. 47 y ss.
- Ruiz Antón, L. F., *El agente provocador en el Derecho penal*, Fuenlabrada (Madrid), 1982.
- Ruiz Antón, L.F., "La acción como elementos del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras", en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 483 y ss.
- Ruiz Landáburu, M. J., *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002.
- Sainz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, vol. III, Barcelona, 1985.
- Samson, E., "Die öffentliche Aufforderung zum Fahnenflucht an Nato-Soldaten", JZ, 1969, pág. 258 y ss.
- Samson, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> edición, Neuwied/Frankfurt, 1990, §§ 26, 30.
- Samson, E., "Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht", en *Grünwald-Festschrift*, Baden-Baden, 1999, pág. 585 y ss.

- Sánchez Capdequí, C., "Recursividad, ambivalencia y creatividad social", en Beriain (editor): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, 1996, pág. 267 y ss.
- Sánchez García de Paz, I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.
- Sánchez García de Paz, I., "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales Prats (coordinadores), Elcano (Navarra), 2001, pág. 685 y ss.
- Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, 1950.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.
- Sancinetti, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.
- Sancinetti, M., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1996.
- Sancinetti, M., "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno", en *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, 1997, pág. 55 y ss.
- Santana Vega, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000.
- Sax, W., "Zur Problematik des Teilnemerdelikts", *ZStW*, 1978, pág. 927 y ss.
- Scheerer, S., "Die soziale Aufgabe des Strafrechts", en Helge Peters (editor): *Muß Strafe sein?*, Opladen, 1993, pág. 79 y ss.
- Schmidhäuser, E., "Der Unrechtstatbestand", en *Engisch-FS*, Frankfurt a. M., 1969, pág. 433 y ss.
- Schmidhäuser, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2. edición, Tübingen, 1975.
- Schmidhäuser, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Studienbuch*, Tübingen, 1984.
- Schmidt, J., *Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte*, Marburg, 1999.
- Schmidt, R. / Priebe, K., *Strafrecht – Besonderer Teil II (Straftaten gegen das Vermögen)*, Hannover, 2002.
- Schmidt, R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Grundlagen der Strafbarkeit)*, Hannover, 2002.

- Schmoller, K., "Grundstrukturen der Beteiligung mehrere an einer Straftat - die objektive Zurechnung fremden Verhaltens", ÖJZ 1983, pág. 337 y ss, 379 y ss.
- Schmoller, K., "Zur Verabredung eines Verbrechens", Anmerkungs aus JR 1993, pág. 247 y ss.
- Schnarr, K-H., "Gehören Vorbereitungshandlungen nach § 30 StGB zum Deliktsbereich von Katalogtaten?", NStZ 90, pág. 257 y ss.
- Schneider, H-J., "La criminalidad en los medios de comunicación de masas", CPC, 1988, pág. 737 y ss.
- Schönke, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 17.<sup>a</sup> edición, München, 1974, § 43.
- Schroeder, F.C., *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970.
- Schroeder, F-C., *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin, New York, 1985.
- Schroeder, F-C., "Das 27. Strafrechtsänderung - Kinderpornographie", NJW, 1993, pág. 2581 y ss.
- Schröder, F-C / Bednarz, T. (traductores), *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Freiburg, 1998.
- Schröder, H., "Grundprobleme des § 49 a StGB", JuS, 1967, pág. 289 y ss. Schüler-Springorum, H., "Sind die Menschenrechte noch zu retten? Vorfragen zu einer Überlebensfrage", en *K. Miyazawa-Festschrift*, Baden-Baden, 1995, pág. 391 y ss.
- Schulsinger, F., *Die sogenannten Vorbereitungshandlungen des Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom Jahre 1927*, Engelsdorf, Leipzig, 1932.
- Schultz, H., "Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StGB § 260 bis und deren Abgrenzung von Versuch", ZStR, 1990, pág. 68 y ss.
- Schulz, J., *Die Bestrafung des Ratgebers*, Berlin, 1980.
- Schulz, J., "Anstiftung oder Beihilfe", JuS, 1986, pág. 933 y ss.
- Schulz, L., "De la aceleración de las condiciones de vida", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000.
- Schumann, H., "Die «rechtswidrige» Haupttat als Gegenstand des Teilnehmervorsatzes", en *Stree und Wessels-Festschrift*, Heidelberg, 1993, pág. 383 y ss.

- Schumann, K, "Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems", en *Pongratz-Festschrift*, München, 1986, pág. 371 y ss.
- Schünemann, B., "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte", JA, 1975, pág. 787 y ss.
- Schünemann, B., "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", GA, 1995, pág. 201 y ss.
- Seelmann, K., "Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes", en Lüderssen, K. (editor): *Die Falle im Rechtsstaat*, Frankfurt a. M., 1985, pág. 379 y ss.
- Seelmann, K., "Risikostrafrecht", KritV, 1992, pág. 452 y ss.
- Segura García, M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Valencia, 2000.
- Seier, J., "Strafrecht-AT: Verbrechensverabredung mit Gehilfen", Entscheidungsbesprechung aus JA, 1982, pág. 565 y s.
- Seier, "Der Einheitstäter im Strafrecht und im gesetz über Ordnungswidrigkeiten", JA 1990, pág. 142 y ss., 382 y ss.
- Sering, C., *Beihilfe durch Unterlassen*, Münster, 2000.
- Serrano-Piedecasas, J. R., "Fundamento de la punición en la tentativa", en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (Editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 521 y ss.
- Sgubbi, F., *El delito como riesgo social. Investigación sobre las opciones en la investigación de la ilegalidad penal*, Buenos Aires, 1998.
- Sheffler, U., "Zur Konkretisierung des Gehilfenvorstatzes", JuS, 1997, pág. 598 y ss.
- Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- Silva Sánchez, J.M., "Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación", en Tomás Vives Antón / José Luis Manzanares Samaniego (directores): *Estudios sobre el Código penal de 1995 (parte general)*, Madrid, 1996, pág. 145 y ss.
- Silva Sánchez, J.M., "La regulación del Iter criminis (artículos 16-18)", en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pág. 121 y ss.

- Silva Sánchez, J.M., "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", en C. M. Romeo Casabona (editor): *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, La Laguna, 1997, pág. 309 y ss.
- Silva Sánchez, J.M., "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Política criminal y nuevo Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona, 1997, pág. 17 y ss.
- Silva Sánchez, J.M., "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", en Cerezo Mir/Suarez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (Editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 209 y ss.
- Silva Sánchez, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999.
- Silva Sánchez, J.M. / Baldó Lavilla, F. / Corcoy Bidasolo M., *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1997.
- Sola Reche, E., "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", ADPCP, 1994, pág. 167 y ss.
- Sola Reche, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Granada, 1996.
- Sonnen, B. R., *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, v. 3, §§ 80-145, Darmstadt, 1986, § 83 (cit. AK).
- Sonnen/Hansensiedler, "Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung", JA 1988, pág. 17 y ss.
- Soriano, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1997.
- Spindel, G., "Kritik der subjektiven Versuchstheorie", NJW, 1965, pág. 1881 y ss.
- Spindel, G., "Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie", en *Stock-Festschrift*, Würzburg, 1966, pág. 89 y ss.
- Staechelin, G., "¿Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del Derecho penal?", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, pág 289 y ss.
- Steen, H., *Die Vorbereitungshandlungen zum Hochverrat*, Heidelberg, 1929.
- Stein, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1988.



- Stienen, "Über die Deliktsform Vorbereitung. Deliktsformen und kommandes Strafgesetz", ZStW 46, 1925, pág. 362 y ss.
- Stockmann, K., *Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten*, •111, Berlín, 1980.
- n *Strafrecht der DDR*, Lehrbuch, Berlin, 1988.
- Stratenwerth, G., "Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht", en *Schaffstein-Festschrift*, Göttingen, 1975, pág. 177 y ss.
- Stratenwerth, G., "Objektsirrtum und Tatbeteiligung", en *Baumann-FS*, Bielefeld, 1992.
- Stratenwerth, G., "Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?", ZStW 105, 1993, pág. 679 y ss.
- Stratenwerth, G., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 2.ª edición, Berna, 1996.
- Stratenwerth, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 2000.
- Stree, W., "Strafrechtsschutz im Vorfeld von Gewalttaten", NJW, 1976, pág. 1177 y ss.
- Streng, F., "Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?", ZStW, 1997, pág. 862 y ss.
- Streng, F., "Innere Sicherheit – kriminalpolitische Aspekte", en Helmut Neuhaus (editor): *Sicherheits in der Gesellschaft heute*, Erlangen, 2000, pág. 7 y ss.
- Struensee, E., "Tentativa y dolo", CPC, 1989, pág. 405 y ss; "Versuch und Vorsatz", en *Armin Kaufmann-GS*, Köln, 1989, pág. 523 y ss.
- Struensee, E., "Dolo de causación y causalidad putativa", en *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, 1992, pág. 57 y ss.
- Struensee, E., "La punibilidad de la tentativa", *Revista de política criminal y ciencias penales*, 1999, pág. 19 y ss.
- Struensee, E., "Los delitos de tenencia", en *Problemas capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel a los 20 años de su fallecimiento*, Buenos Aires, 1998, pág. 197 y ss.
- Suárez Montes, R. F., "El injusto penal en el Código de 1995", en Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (Editores): *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 551 y ss.

- Süß, F., "Von Umgang mit dem Bestimmtheitsgebot", en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (editor): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995, pág. 207 y ss.
- Terradillos Basoco, J., "Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal", en *Pena y Estado*, nº. 1, 1991, pág. 9 y ss.
- Theile, H., *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Frankfurt a. M., 1999.
- Thomé, H.I. / Torrente, D., *Cultura de la seguridad ciudadana en España*, en Opiniones y Actitudes, nº 44, Madrid, 2003.
- Thormann, P., "Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen", ZStR, 1935, pág. 1 y ss.
- Tiedemann, K., "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber", JZ, 1986, pág. 865 y ss.
- Tiedemann, K., *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991.
- Tiedemann, K., *Die Anfängerübung im Strafrecht*, 3. edición, München, 1997.
- Tiedemann, K., "La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo", Revista Penal, n. 5, enero 2000, pág. 90 y ss.
- Toepel, F., "Aspekte der »Rose-Rosahl«-Problematik: Die Perspektive des Hintermannes, das Blutbadargument und die versuchte Anstiftung", JA, 1997, pág. 344 y ss.
- Tönnies, S., "Fair trial oder Kann die Flucht in die Generalklausel gegen Kabinettsjustiz helfen?", ZRP, 1990, pág. 292 y ss.
- Torío López, A., "Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa", en *Presupuestos para la Reforma Penal*, Santa Cruz de Tenerife, 1992, pág. 169 y ss.
- Torío López, A., "Acción peligrosa y dolo", en Romeo Casabona (editor): *Dogmática penal, Política criminal y Criminología en evolución*, 1997, pág. 369 y ss.
- Torrente Robles, D., *Desviación y delito*, Madrid, 2001.
- Trechsel, S., *Der Strafgrund der Teilnahme*, Bern, 1967.
- Treibel, A., *Einführung in soziologische Theorien der Gegenwart*, 5.<sup>a</sup> edición, Opladen, 2000.
- Triffterer, O., *Die österreichische Beteiligungslehre. Eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen*, Wien, 1983.

- Triffterer, O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. edición, Wien, Nueva York, 1994.
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50.<sup>a</sup> edición, München, 2001. 51.<sup>a</sup> edición, München, 2003.
- Trüg, G., "Versuch. §§ 212, 22 StGB: Versuchsbeginn bei selbstschädigen dem Opferverhalten; Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", JA, 2002, pág. 102 y ss.
- Trüg, G., "Wohnungseinbruch", JA, 2002, pág. 191 y ss.
- Varona Martínez, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, 1998.
- Vehling, K-H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M., 1991.
- Virgolini, J.E.S., "Estudio preliminar" al libro *El delito como riesgo social*, Buenos Aires, 1998, pág. 15 y ss.
- Vives Antón, T., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977.
- Vogler, T., "Der Beginn des Versuchs", en *Stree/Wessels-Festschrift*, Heidelberg, 1993, pág. 285 y ss.
- Vogler, T., "Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat", ZStrW 98, 1986, pág. 331 y ss.
- Volk, K., "Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs", en *Roxin-Festschrift*, Berlin, 2001, pág. 563 y ss.
- Volz, M., *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Göttingen, 1968.
- Vormbaum, T., "Versuchte Beteiligung an der Falschaussage", GA 86, pág. 343 y ss.
- Voß, Michael, "Strafe muß nicht sein. Zu einer Inanspruchnahme des Strafrechts, die an Bestraung nicht interessierte ist", en Peters (editor): *Muß Strafe sein?*, Opladen, 1993, pág. 135 y ss.
- Voß, Monika, *Symbolische Gesetzgebung*, Ebelsback, 1989.
- Waiblinger, M., "Subjektivismus und Objektivismus in der nueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch", ZStW, 1957, pág. 189 y ss.
- Waiblinger, M., "Subjektivismus und Objektivismus in der nueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch", ZStW, 1957, pág. 37 y ss.
- Walder, H., "Strafrechtsdogmatik und Kriminologie dargestellt am Problem

- «Vorbereitung oder Versuch», en *Leferenz-Festschrift*, Heidelberg, 1983, pág. 537 y ss.
- Weidner, M., *Die öffentliche Aufforderung zu Straftaten* (§111 StGB), Göttingen, 1997.
  - Weigend, T., "Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre", en Hirsch/Weigend (editores): *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, Berlin, 1989, pág. 113 y ss.
  - Weigend, T., "Grenzen strafbarer Beihilfe", en *Haruro Nishihara-Festschrift*, Baden-Baden, 1998, pág. 197 y ss.
  - Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> edición, Berlín, 1969.
  - Welzel, H., "Studien zum System des Strafrecht", en Welzel, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, New York, 1975, pág. 120 y ss.
  - Wessels/Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 28.<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 1998; 31.<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 2001.
  - Weßlau, E., "Der Exzeß des Angestifteten", en ZStW 1992, pág. 105 y ss.
  - Wohlers, W., *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000.
  - Wolter, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionales Straftatsystem*, Berlin, 1981.
  - Wolter, J., *Wahlfeststellung und in dubio pro reo*, Berlín, 1981.
  - Zaczyk, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.
  - Zaczyk, R., *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.
  - Zaczyk, R., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 1999, § 22.
  - Zehner, S., *Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen*, Köln, 1936.
  - Zielinski, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973.
  - Zielinski, D., *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, §§ 80-145, Darmstadt, 1986, § 111, pág. 304 y ss.
  - Zieschang, F., "Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?", ZStW, 1995, pág. 361 y ss.
  - Zieschang, F., *Die Gefährdungsdelikte*, Berlín, 1998.

- Zipf, H., "Die mittelbare Täterschaft und ihre Einordnung in § 12 StGB", ÖJZ, 1975, pág. 617 y ss.
- Zugaldía Espinar, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, capítulos 9, 10, 25, 39.