

LA PUNICIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

Gonzalo Rodríguez Mourullo

ADPCP, T.XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto 1968, pp. 277-302

<http://www.cienciaspenales.net>

La punición de los actos preparatorios (*)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Evolución histórica.—III. Problemática general: 1. Necesidades político-criminales y garantías constitucionales. 2. Necesidades político-criminales y principios dogmáticos. 3. La penalidad de las conductas preparatorias y los criterios valorativos rectores.—IV. Consideraciones finales.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Según el artículo 3.º del Código penal, es consustancial a la tentativa una *principio de ejecución*. De ahí que la actual doctrina española entienda que los actos preparatorios son por regla general impunes, salvo que hayan sido elevados por la propia ley al rango de delitos *sui generis* (1). No obstante, en el primer párrafo del artículo 3.º el vigente Código declara con carácter general que son punibles la *conspiración, proposición y provocación para delinquir*, a cada una de las cuales define el artículo 4.º (2). Por su parte, el artículo 52 equipara, a efectos de penalidad, la conspiración, proposición y provocación a la tentativa, estableciendo también para ellas la pena inferior en uno o

(*) El presente estudio fue originariamente redactado, bajo el título de "La punition des actes préparatoires dans le droit pénal espagnol", con destino a la *Revue Internationale de Droit pénal*, 1.º-2.º trimestre 1967, n.º 1-2.

(1) Vid., entre otros autores, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal I* (Murcia, 1946) p. 53; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal I* (Madrid, 1949) p. 403; E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal I*, 14 edic. (Barcelona, 1964) p. 610; M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo II* (Barcelona, 1964) p. 38.

(2) Art. 4: "La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.—La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.—La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción."

Del reiterado empleo del término *delito* —que en el artículo 4.º debe interpretarse en sentido restrictivo, como equivalente a infracción punible más grave— y de la inequívoca declaración del art. 5 —las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, salvo las frustradas contra las personas o la propiedad— se deduce que la conspiración, proposición y provocación no son, como tales, punibles en referencia con hechos constitutivos de mera falta.

dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

Cuando hablamos en el título del presente trabajo de actos preparatorios, queremos referirnos concretamente a la conspiración, proposición y provocación. Con ello tomamos ya posición respecto a la debatida cuestión relativa a la naturaleza de tales conductas. En nuestra patria es tradicional calificarlas de *actos preparatorios* (3). Sin embargo, en contra de esta consideración tradicional, indicó Jiménez de Asúa que “de ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios”, ya que “se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que estos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino meramente verbales”. A su juicio, se trata de “casos de resolución manifestada” (4).

La verdad es —como señaló Quintano— que introducir en la dogmática española una nueva categoría de “resoluciones manifestadas” complicaría inútilmente el ya suficientemente complejo proceso del *iter criminis* (5). Por otro lado, la argumentación que aduce Jiménez de Asúa para negar el carácter de actos preparatorios no parece del todo convincente, puesto que, como ya expuso con toda claridad Silvela, los actos preparatorios “subdividense generalmente en morales y materiales”, perteneciendo precisamente al primer grupo la conspiración, provocación y proposición (6).

Ahora bien, lo que fundamenta la punibilidad de las mencionadas conductas preparatorias es la circunstancia de que se trata de acciones preparatorias desarrolladas en “el círculo del autor-copartícipe” (7). Por eso pudo decir Quintano que estos “sedicentes grados comisivos” son “más propincuos a la codelinuencia que a la acción imperfecta” (8). Y de ahí también que tanto el Proyecto oficial alemán de 1962 como el llamado Proyecto Alternativo de 1966, que pretende dar ré-

(3) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* (Madrid, 1884), p. 153; J. VALDÉS RUBIO, *Programa razonado de un curso de Derecho penal* (Madrid, 1889) p. 129-130; A. FERRER SAMA, *Comentarios I* cit. p. 73 ss.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal I* cit., p. 404; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal I* (Madrid, 1963) p. 221 ss.

(4) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 2.^a edic. (Buenos Aires, 1954) p. 500.

(5) A. QUINTANO, *Curso I* cit., p. 223. Por lo demás, la denominación de “resolución manifestada” no destaca suficientemente el contenido sustancial, por ejemplo, de la proposición y provocación, donde no hay sólo una “manifestación” de la resolución adoptada, sino una actuación —invitación o incitación— tendente a determinar a otra persona a la ejecución del hecho.

(6) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte*, cit. p. 153. L. JIMÉNEZ DE ASÚA-J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1929) p. 158, indicaron que “los actos preparatorios corresponden a una fase de la vida del delito en que el culpable busca en el mundo exterior los medios necesarios, y tanto entra en esta categoría la busca de un arma como la de un cómplice”.

(7) Cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9.^a edic. (Berlín, 1965) p. 112.

(8) A. QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2.^a edic. (Madrid, 1966) p. 56.

plica a aquél, consagren la denominación de “tentativa de participación” (9).

En todo caso, no debe confundirse, bajo ningún concepto, esta “tentativa de participación” con la “tentativa ejecutiva” definida en el párrafo 3.º del artículo 3 del C. P. español. Porque justamente lo que caracteriza a la primera es que se integra por actuaciones *pre-ejecutivas* (10), mientras que la segunda se individualiza por entrañar un comienzo de ejecución. Las conductas descritas en el artículo 4 del C. P. español 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. No cabe comprender, pues, dichas conductas en el concepto de tentativa que se contiene en el artículo 3, como interpretó equivocadamente algún comentarista español del siglo pasado (11) y resolvió en alguna ocasión el Tribunal Supremo, operando así una inadmisibles extensión del concepto legal de tentativa (12). De *lege ferenda* tampoco es recomendable ampliar el concepto de tentativa hasta el extremo de cobijar en él conductas de la índole de la conspiración, proposición y provocación. La pregunta que formuló Quintano de “si no hubiese sido preferible ampliar el concepto de delito intentado a toda manifestación exteriorizada de un propósito de delinquir, llámese como se llame doctrinalmente” (13), debe con-

(9) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962) párrafos 35 y 36, y *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1966), párrafos 32 y 33. A juicio de G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione*, en *Scritti giuridici I* (Padova, 1966) p. 87-89, es erróneo hablar de tentativa de participación cuando el partícipe, como sucede en el caso de la instigación aceptada pero no seguida de ejecución, ha puesto en práctica, tanto objetiva como subjetivamente, todo aquello que constituye el acto de participación. En este caso la conducta de participación “está consumada”, aun cuando en virtud del principio de accesoriedad no pudiera ser penada. Se habla, en cambio, exactamente —según Bettiol— de tentativa de participación en el caso en que el partícipe no realiza, por causas independientes de su voluntad, todo aquello que es necesario al acto de participación, tanto si el autor principal ha perpetrado como si no ha ejecutado la infracción punible. Este caso se distingue del anteriormente citado porque el partícipe detiene *in itinere* su actividad: el acto de participación no está consumado, sino solamente intentado. Por ejemplo, Ticio quiere determinar a Cayo para que cometa un homicidio y le escribe a tal fin una carta instigadora, la cual es interceptada por la policía antes de que llegue al destinatario.

La anterior observación de Bettiol pierde buena parte de su virtualidad, si la idea de “tentativa” no se la refiere tanto —como hace dicho autor— al “acto de participación en sí” como a la “relación misma de participación” que mediante ese acto se intenta que cobre efectiva realidad a través de la ejecución del hecho.

(10) A. QUINTANO, *Curso I cit.*, p. 224.

(11) M. AZCUTIA, *La Ley penal* (Madrid, 1876) p. 88 s.

(12) Sentencia de 3 de mayo 1897: “Concertados los culpables para producir maliciosamente un incendio con el objeto de reclamar el seguro de los muebles a la compañía aseguradora, resultó un principio de ejecución de delito de estafa”.

(13) A. QUINTANO, *Comentarios cit.*, p. 59.

testarse, a nuestro juicio, negativamente. Contra una ampliación de esta envergadura existen importantes objeciones dogmáticas y político-jurídicas. Con razón se opuso enérgicamente Welzel a la sugerencia formulada por Schwalm, ante la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal alemán, de concebir el parágrafo 49 a) no como una regla atinente a la participación, sino como una especial regulación de la tentativa, debiendo, en consecuencia, alargarse el concepto mismo de tentativa hasta hacerlo comprensivo de hechos anteriores al comienzo de ejecución (14).

En la presente exposición nos ocuparemos de la agitada evolución histórica que experimentó en España la regulación legal sobre la conspiración, proposición y provocación, y de la problemática general que la punición de tales conductas plantea a la vista de los principios informadores del vigente sistema penal español. Prescindiremos aquí de numerosas y complejas cuestiones que el artículo 4 del C. P. español suscita a la hora de interpretarlo con miras a su concreta aplicación, destacando, en cambio, aquellos aspectos que pueden revestir un mayor interés para los estudiosos de Derecho comparado.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La doctrina ha destacado que la posición adoptada por los diversos Códigos penales españoles respecto a la punición de la conspiración, proposición y provocación para delinquir fue como el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales (15).

El Código de 1822, al definir en su artículo 5 la tentativa como la "manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o la *prepare*", confirió al instituto de la tentativa punible una gran amplitud. Con ello abandonaba el primer Código penal español la fundamental distinción de significado liberal entre *actos preparatorios*, en principio impunes, y *actos ejecutivos*, únicos estos últimos capaces de integrar una tentativa punible (16). Quizá por ser consciente de esta expresa renuncia a un postulado liberal y de la extraordinaria extensión que había otorgado al concepto de tentativa, el legislador español de 1822 se apresuró a establecer en los artículos siguientes, como contrapartida, una serie de expresas limitaciones de inequívoco sabor liberal. Limitaciones que van desde la consagrada en el artículo 9 —en el que se

(14) *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* 2. Band (Bonn, 1958), 21 Sitzung, p. 214-215.

(15) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito* cit., p. 502.

(16) Según L. SCARANO, *La tentativa* (trad. castellana de L. E. Romero Soto) (Buenos Aires, 1960), p. 58 ss., el problema de la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios es de origen iusnaturalista. A juicio de Scarano fue Hugo Grocio el primero en exponerla de modo explícito y, en definitiva, tal distinción se formuló en la era del liberalismo como expresión de garantía para el individuo.

declara que “el pensamiento y la resolución de 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”— hasta las establecidas en los artículos 4.º y 6.º, que restringen el ámbito de la “conjuración” y “proposición” punibles. “La conjuración para un delito —decía el artículo 4— consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conjuración en la mera proposición para cometer un delito, que alguna persona haga a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas.” El artículo 6, por su parte, establecía: “La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en los que la Ley lo determine expresamente.”

El Código de 1848 dispuso en su artículo 4 que “la conspiración y la proposición para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la Ley las pena especialmente”. A partir de estos momentos, la regulación legislativa de esta materia evoluciona al compás de los vaivenes políticos.

La reforma introducida en el Código penal por el Decreto de 30 de junio de 1850, que pretendió apretar los resortes del poder público después de las agitaciones revolucionarias de 1848 (17), adopta el sistema contrario de castigar con carácter general la conspiración y proposición en referencia con todos los delitos (18). Pacheco aludió claramente a las motivaciones políticas que condicionaron la reforma de 1850, a la que criticó duramente, augurando un pronto retorno “a lo que inspiran el buen sentido y la ciencia, que será lo mismo o algo análogo a lo que existió primitivamente” (19).

La modificación vaticinada por Pacheco no se llevó a cabo hasta 1870. La revolución de septiembre de 1868 plasmó en una nueva Constitución, la de 1869, más liberal que las anteriores. La reforma del Código penal realizada en 1870 obedeció fundamentalmente a la necesidad de acomodar el ordenamiento penal a los principios básicos de la nueva Constitución. El artículo 4 del Código de 1870 abandona el criterio consagrado por el de 1850 y vuelve a reproducir la declaración contenida en el de 1848. Nuevamente la conspiración y la proposición son punibles tan sólo en aquellos casos en que así lo determine especialmente la Ley. Al mismo tiempo se incorporan al Código algunos preceptos, procedentes de la legislación especial, relativos a la provocación para delinquir efectuada a través de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación. Sistemáticamente tales disposiciones se incluyen en la parte especial del Código, al final del Li-

(17) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 63.

(18) Código penal reformado de 1850, artículo 4.º: “Son también punibles la conspiración y proposición para cometer un delito.”

(19) J. F. PACHECO, *El Código penal, concordado y comentado* I 2.ª edic. (Madrid, 1856) p. 108-110.

bro II dedicado a los delitos en particular, bajo la rúbrica de "Disposiciones generales", comprensiva de los artículos 582 y 583. En el primero de dichos artículos se establecía que "los que provocaren directamente por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados a la señalada al delito". El artículo 583 preceptuaba que "si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, la pena de la provocación será la inmediatamente inferior en grado a la que para aquél está señalada". Tales disposiciones sobre la provocación efectuada a través de la imprenta u otro medio mecánico de publicación no fueron interpretadas por los comentaristas de la época como signo de severidad. Antes al contrario, alguno de ellos las estimó, en cierta medida, como disposiciones de sentido privilegiante. De no existir la específica previsión del artículo 583 —se dijo—, en el supuesto de que se hubiese provocado directamente a la perpetración de un delito y efectivamente éste fuese ejecutado como consecuencia de aquella provocación, al provocador se le castigaría como autor por inducción del delito al que provocó, mientras que, en virtud de lo que establece el artículo 583, la pena a imponer es la inferior en grado. Se adujo incluso como razón fundamentadora de este privilegio "la ligereza y precipitación con que se escriben de ordinario los periódicos" (20).

El Código de 1928, promulgado durante el gobierno del general Primo de Rivera, invierte nuevamente el sistema, al preceptuar en el artículo 36: "Salvo disposición contraria de la ley, serán punibles los delitos en todos sus grados de ejecución. Estos son: la consumación, la frustración, la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir." La doctrina se apresuró a denunciar el dislate que suponía calificar expresamente de grados *ejecutivos* a la conspiración, proposición y provocación (21). Esta última se regula ahora en la Parte General del Código, indicando el artículo 43: "Hay provocación criminal, cuando se incitare directamente, de palabra o por escrito, o por medio de la imprenta, el grabado u otro medio de difusión, a la ejecución de una o varias infracciones comprendidas en este Código, o en leyes penales especiales, salvo el caso de que la provocación constituyere delito propio. Su gravedad será mayor o menor, según hubiere seguido o no a la provocación la ejecución de la infracción provocada." Por su parte, el artículo 145 disponía que los reos de conspiración, proposición y provocación punibles serían castigados con pena inferior a la señalada para los autores de tentativa.

El Código de 1932, promulgado en tiempos de la segunda República, vuelve a poner en vigor la regulación de 1870, y la reforma de

(20) S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, III, 4.^a edic. (Madrid, 1890) p. 695.

(21) J. MONTES (O. S. A.), *Derecho penal español*, vol. segundo, 2.^a edic. (San Lorenzo de El Escorial, 1929) p. 37, nota 1; L. JIMÉNEZ DE ASÚA-J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Madrid, 1929) p. 158.

1944, tomando como antecedentes inmediatos al Código de 1928 y a la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, considera nuevamente punibles con carácter general a la conspiración, proposición y provocación en los términos transcritos en la nota 4 del presente trabajo. La regulación de la provocación adquiere con la Reforma de 1944 un claro sentido agravatorio. No sólo porque se amplía el ámbito de aplicación mediante la expresión “u otro medio de posible eficacia” —con lo que ciertamente se supera la limitación que de manera poco justificada consagraba el Código de 1870, al aludir únicamente, como hemos visto, a “la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación” (22)—, sino también porque no se necesita ahora que se trate de una incitación *directa* y porque, además, en caso de haber seguido la perpetración, se castigará no con pena inferior, sino con la *misma pena* señalada para los autores del delito. Al exigir el Código, en el número 2 del artículo 14, para la responsabilidad a título de *inducción* que ésta sea *directa*, resulta que la Reforma de 1944 vino a castigar exactamente con la misma pena de la inducción conductas que, sin la específica disposición legal sobre la provocación, no podrían considerarse, conforme al número 2 del artículo 14, como inducción y, por consiguiente, tampoco podrían pensarse como tales.

Por otra parte, mientras el artículo 145 del Código de 1928 establecía, según hemos visto, para la conspiración, proposición y provocación la pena inferior a la señalada para la tentativa, el artículo 52 del vigente equipara, a efectos de penalidad, aquellas conductas con la tentativa.

Pese a que se declaran punibles con carácter general la conspiración, proposición y provocación, perduran, aún en el vigente Código penal restos del sistema, seguido por los de 1848, 1870 y 1932, de castigar tales conductas, como infracciones *sui generis*, en referencia con determinados delitos. Así, por ejemplo, el vigente artículo 143 castiga como delitos autónomos la conspiración, provocación y proposición para el homicidio del Jefe del Estado.

III. PROBLEMÁTICA GENERAL

No hay unanimidad en la actual doctrina española a la hora de enjuiciar el criterio acogido por el vigente Código. Así, para Quintano “la extensión de los grados preparatorios a toda especie de delitos se valoró como un acierto, a la vez de técnica y eficacia” (23). En contra, otro importante sector doctrinal expone sus reservas en relación con el sistema consagrado por el actual Código. Del Rosal señaló que “en

(22) En contra de la limitación consagrada en el Código de 1870 se pronunció ya A. GROIZARD, *El Código penal de 1870*, VIII (Salamanca, 1899) p. 408. Dicha limitación se explica, aunque no se justifica, porque las disposiciones sobre la provocación provenían de la legislación especial de imprenta. Vid. S. VIADA y VILASECA, *Código penal*, III, cit., p. 695.

(23) A. QUINTANO, *Comentarios*, cit., p. 57.

virtud de la enorme influencia ejercida a lo largo del Código por el texto rabiosamente de tendencia político-criminal del año 1928 (artículo 36) y la Ley de Seguridad del Estado (artículos 5, 15, 59, 60) se punen, además de las formas susodichas al principio, la conspiración, proposición y provocación para delinquir", advirtiendo que "quizás en este punto la inspiración defensiva haya ido demasiado lejos, ya que contraviene en buena ley el carácter técnico de este tema" (24). A juicio de Del Rosal, "los autores contemporáneos tampoco observan con simpatía esta desmedida extensión de las formas imperfectas, ya que en sentido estricto no participa su naturaleza de aquella investidura", y afirma, en definitiva, que "todavía conserva vigencia el comentario de Pacheco a propósito del tema" (25), que, como ya sabemos, fue abiertamente desfavorable a la incriminación genérica. Antón Oneca observa, por su parte, que "sólo por la trascendencia que estos hechos tienen en las infracciones políticas y mixtas, se explica su punibilidad, mientras quedan impunes otros actos preparatorios más cercanos a la ejecución que aquéllos y de peligro igual o mayor" (26). Y de modo terminante Ferrer Sama asegura: "Es cierto que la ciencia penal actual aprecia cada día con más interés los estados de peligrosidad que pueden ofrecérsenos a través de actividades que no llegan a la categoría de delitos, y no lo es menos que los reos de conspiración, proposición y provocación pueden presentársenos a través de esas actividades como peligrosos. Mas ello no puede justificar el criterio del Código vigente, toda vez que ante un estado de peligrosidad social el medio de defensa contra el mismo no ha de consistir en una pena, sino en una adecuada medida de seguridad. Nada tendríamos que oponer si a los agentes de conspiración, proposición y provocación se les sometiese a medidas de esta última categoría, pero ello es muy diferente a lo que ha hecho el último legislador al confundir dos conceptos que jamás pueden identificarse, cuales son los de infracción estrictamente penal y estado de peligrosidad social" (27).

Esta disparidad de opiniones es en cierto modo consecuencia de que en la cuestión relativa a *si* deben castigarse y, sobre todo, a *cómo* deben castigarse conspiración, proposición y provocación, surgen una serie de tensiones entre necesidades político-criminales, por un lado, y garantías constitucionales, principios dogmáticos y criterios valorativos rectores, por otro.

(24) J. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.^a edic. (Valladolid, 1953) p. 145-146.

(25) J. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, II (Madrid, 1960) p. 110.

(26) J. ANTÓN ONEGA, *Derecho penal*, I cit., p. 404.

(27) A. FERRER SAMA, *Comentarios*, I cit., p. 79. Se adhiere a la crítica de Ferrer, M. CUERVO PITA, *Actos preparatorios*, en *Nueva Enciclopedia jurídica* II (Barcelona, 1950) p. 337.

1. Necesidades político-criminales y garantías constitucionales.

Rossi se preguntaba si un proyecto criminal, especialmente cuando ha tomado carácter de una resolución formal, fija y relativa a un crimen determinado, “no es ya un ataque directo y efectivo contra la seguridad ajena, un peligro inmediato y presente contra el cual puede invocarse legítimamente el auxilio de la justicia penal” (28). Y advertía que, en efecto, el poder social podría intervenir con recursos penales —“aplicarle penas que serían más bien precauciones que castigos”—, siempre que cumpliese estas condiciones: “primeramente, si tuviese medios legítimos de averiguación; en segundo lugar, si algunas razones políticas no le impidieran echar mano de estos medios” (29). De esta suerte se aludía inequívocamente a una tensión entre necesidades político-criminales y garantías políticas.

El pensamiento de Rossi, conforme denunciara ya Silvela (30), ejerció un notable influjo sobre algunos de los más caracterizados comentaristas españoles del siglo pasado. Ni Rossi ni sus seguidores españoles negaron la posibilidad, ni aún la justicia, de reprimir las resoluciones manifestadas. No negaron la posibilidad porque expresamente admitieron que tales resoluciones manifestadas eran auténticas *acciones*, es decir, le reconocieron el carácter de actividad no meramente cogitativa, sino exteriorizada. No negaron tampoco la justicia, porque a tales acciones le atribuyeron expresamente el carácter de *inmorales*. La razón fundamental que alegaron para rechazar la incriminación general de la conspiración, proposición y provocación era de índole política. La argumentación que se aducía era primordialmente la *inconveniencia política* de convertir en justiciables y someter a pena tales conductas. Así, por ejemplo, a propósito de la conspiración escribía Pacheco: “Más acción, y acción inmoral, sin ningún género de duda, todavía es menester que no nos decidamos por regla general a señalarla con aquel carácter. Por los bienes que esa justa severidad nos acarrearía, fueran muchos y graves los males que la sociedad hubiera de sufrir” (31). Por su parte, Groizard insistía en que “la sociedad tiene, en absoluto, derecho para erigir en delitos todos los actos preparatorios que, como la proposición y la conspiración, revelan un peligro para un particular o el Estado”, pero añadía a renglón seguido: “no todos los derechos absolutos deben declararse en los Códigos, sino solamente aquellos de cuyo ejercicio puedan resultar más bienes que males” (32).

En contra de esta dirección dominante, se pronunció Silvela, quien calificó de poco feliz la reforma de 1870 al establecer de nuevo el sis-

(28) P. ROSSI, *Tratado de Derecho penal* (traducción del francés de C. Cortés), tomo segundo, 2.^a edic. (Madrid, 1872) p. 92.

(29) P. ROSSI, *Tratado* II cit., p. 94-95.

(30) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155.

(31) J. F. PACHECO, *El Código penal* I cit., p. 106.

(32) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I (Salamanca, 1897) p. 124.

tema de 1848 de castigar la conspiración y proposición sólo en aquellos casos en que la ley lo determina expresamente (33). Silvela critica la doctrina que, a su juicio por influjo de Rossi, “asienta como cosa inconcusa que el delito legal no existe ni cae bajo el poder del Estado, sino cuando empieza a ejecutarse” (34). Defendió Silvela en este punto una concepción jurídica extremadamente espiritualista (35): “en la resolución, pues, cuando es conocida, empieza el delito que concluye con la consumación”, porque “si la lesión, lo mismo que el cumplimiento del Derecho consisten sólo —según queda demostrado— en las determinaciones de la voluntad; si los echos externos son únicamente signos de ellas, careciendo de valor propio y sustantivo, luego que el firme propósito sea conocido, hay infracción del orden jurídico” (36). De esta suerte, patrocinaba Silvela un puro Derecho penal de la voluntad o del sentimiento.

En vano quiere decirse —advertía Silvela— que “castigando la resolución de delinquir y los actos preparatorios se autorizan inquisiciones odiosas incompatibles con la libertad, violando el secreto de la conciencia y penetrando en este terreno, vedado a la jurisdicción de los Tribunales”, porque “no es violación del secreto de la conciencia ni pertenece al sistema inquisitorial el hacer que consten los hechos externos por los medios ordinarios de prueba, apreciarlos, penetrar mediante ellos en la intención que los produjo, exigiendo la responsabilidad al autor, que es lo que se practica en todo proceso criminal” (37).

Silvela pierde de vista, de este modo, que la opinión contraria, dominante entre los comentaristas españoles de los Códigos del siglo pasado, si bien destacaba las dificultades de prueba relativas a las resoluciones de delinquir, apoyaba, en definitiva, en razones más profundas. Al atribuir, como hacía Silvela, a los hechos exteriores el simple carácter de “signo” de las intenciones, se les negaba —“careciendo de valor propio y sustantivo”— la naturaleza de elementos sustanciales integrantes de la infracción punible, hasta dejarlos reducidos a simples elementos adjetivos, que sirven únicamente “para elevarnos al conocimiento de las intenciones” (38). Con ello, pese a la creencia de Silvela, su doctrina terminaba violando el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, puesto que, conforme a esa doctrina, lo que se castigaría sería la pura resolución de delinquir,

(33) L. SILVELA, *Derecho penal. Segunda Parte* (Madrid, 1897) p. 183. Como recuerda el propio Silvela en este mismo lugar, en el Código de 1870: “Quedaron, pues, reducidas las proposiciones punibles a los delitos de traición, lesa majestad, cuando se propone o se conspira para dar muerte al Rey o al inmediato sucesor, rebelión, y la conspiración en delitos de sedición”.

(34) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155.

(35) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal* I (Santiago, 1898), p. 176, la calificó de “escuela eminentemente espiritualista”.

(36) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 155-156-157.

(37) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 159-160.

(38) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* I cit., p. 176.

aunque naturalmente por obvias razones prácticas la imposición de la pena no pudiese tener lugar más que cuando tal resolución fuese conocida. Con acierto observó el P. Montes que, según esta doctrina, “el hecho de haberse resuelto un hombre a cometer un delito basta para que éste exista, puesto que tenemos una voluntad en rebelión contra el Derecho, y nada más hace falta para el caso. En la práctica no podrá pensarse, por falta de prueba pero, en teoría, ámos el hecho por demostrado, y podemos defender su punibilidad” (39). En efecto, si el hecho exterior a través del cual resulta *conocida* la resolución de delinquir no posee más valor que el de *signo* o *prueba*, está claro que lo único que se castiga es la pura resolución. Objeto de la punición ha de ser lógicamente lo probado, y no el *medio probatorio*.

Por ello, aunque se exigiese una cumplida prueba respecto a la existencia de la resolución de delinquir, las doctrinas similares a la sustentada por Silvela representaban un grave quebranto de la libertad individual, en el sentido de que ampliarían excesivamente la esfera de lo jurídicamente punible a costa de limitar sensiblemente aquel ámbito íntimo del individuo en cuyo marco las resoluciones de voluntad deben restar sustraídas al enjuiciamiento jurídico. Precisamente para garantizar del modo más efectivo la libertad de pensamiento y de resolución dentro de ese ámbito, la concepción jurídico liberal se esforzó en distinguir netamente el Derecho de la moral, y, en el más concreto plano jurídico-penal, defendió la fundamental exigencia de un comienzo de ejecución para que los hechos puedan ser punibles.

El puro Derecho de voluntad que patrocinó Silvela, y compartió algún otro autor español del siglo pasado (40), no es suscrito hoy por nadie en la doctrina española y, de hecho, tampoco fue practicado por ninguno de los distintos Códigos penales españoles. No llegaron a castigar nunca nuestros Códigos la pura resolución de delinquir, sino auténticas conductas exteriorizadas como son el *concierto*, la *invitación* y la *incitación para delinquir*. Tales actos exteriores no poseen —como sostenía Silvela— el valor de meros “signos” probatorios de la resolución de delinquir, sino que representan un presupuesto esencial de la punibilidad, un elemento integrante de la propia infracción punible, de tal modo que si la resolución de delinquir, aunque resulte sobradamente conocida, no se ha concretado en una conducta de concierto, invitación o incitación, permanecerá absolutamente impune.

Pese a las limitaciones acabadas de mencionar, la disposición legal que declara con carácter general la punibilidad de la conspiración,

(39) J. MONTES, *Derecho penal español* II cit., p. 35. El P. Montes se refiere en este lugar al “error fundamental” que encierra tal teoría, después de haber destacado (p. 34) la necesidad de distinguir los órdenes moral y jurídico a la hora de responder a la cuestión relativa a la ilicitud del propósito de cometer una infracción punible.

(40) Así, P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* I cit., p. 176-177. Adhesión a la tesis de Silvela, difícilmente conciliable con la opinión mantenida por Ramiro Rueda pocas páginas antes (p. 171) de que la proposición y conspiración no pueden ser, por regla general, punibles.

proposición y provocación en referencia con todos los delitos, está abocada a suscitar ciertas reservas políticas. La razón estriba en que una disposición de esa índole supone un sensible abandono de los principios básicos de un *Derecho penal del acto* en favor de un Derecho penal de voluntad o del sentimiento. Y ello no ya en el sentido de que se pretenda castigar, al estilo de lo que propugnaba Silvela, el puro propósito de delinquir, sino en cuanto se reconoce, con carácter general, que la esfera de lo punible comienza mucho antes del inicio de ejecución del hecho constitutivo de delito. Antes incluso de la mera preparación material de la realización del hecho. Por ejemplo, en la conspiración se pune ciertamente una conducta humana; por tanto, una voluntad objetivada y no una simple cogitación. Pero se trata de una conducta que sustancialmente no es sino la mera resolución de cometer un delito, sin que suponga siquiera la preparación material de la ejecución de esa resolución. Lo que se castiga aquí es, pues, simplemente la resolución de delinquir, aunque, naturalmente, se trate de una resolución “concertada” entre dos o más personas.

Con ello, la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación se inserta en el proceso evolutivo que conduce de un Derecho penal del acto a un Derecho penal de autor, es decir, a un Derecho penal orientado hacia la actitud moral del sujeto (*Gesinnungsstrafrecht*). Proceso que, según expuso recientemente Baratta, entraña un evidente abandono de las principales conquistas del pensamiento jurídico liberal y lleva implícita la posibilidad de degenerar hacia formas siempre más arbitrarias e injustas de control de la conciencia, hacia la persecución ideológica y política (41). Nada de extraño, pues, que la mayoría de los comentaristas liberales españoles del siglo pasado viesan con recelo la incriminación genérica de aquellas conductas preparatorias, y tratasen de reducir la punición de las mismas al rango de excepción. Una excepción que, aparentemente de modo paradójico, se refería precisamente a ciertos delitos políticos. “Aplaudimos esta reforma —decía Viada a propósito del texto de 1870—, ya que la justicia y la conveniencia social no pueden exigir que se castiguen la conspiración y la proposición, sino en ciertos delitos que afectan a la

(41) A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (Milano, 1963) p. 153. Cfr. también C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, en *Rivista italiana di diritto penale* (1950) p. 259, para quien el proceso de una ulterior subjetivación del Derecho penal y el intento de colocar la *Gesinnung* del reo como blanco directo del disvalor penal, entraña “implicaciones tendencialmente antiliberales”; G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale*, en *Scritti* cit. II p. 792, en donde se destaca que el totalitarismo intenta atraer hacia sí “toda la personalidad humana para imponer una reglamentación jurídica incluso a las manifestaciones de la vida interna del hombre”, considerando que para imponer una pena “basta la manifestación de una voluntad de delinquir”; Th. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2.^a edic. (Karlsruhe, 1959) p. 67, quien advierte también que un Derecho penal orientado hacia la *Gesinnung* pone en peligro la seguridad jurídica de los individuos y, con ello, una de las exigencias del Estado de Derecho.

seguridad interior o exterior del Estado" (42). En definitiva, se trataba de adelantar, en aras del orden liberal constituido, el frente de lucha contra los "enemigos de la libertad", declarando ya punibles las proposiciones y conspiraciones de éstos, tendentes a subvertir aquel orden y sustituirle por otro negador de los principios liberales (43).

Sería equivocado pensar que el problema político que la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación entraña, representa una típica preocupación del liberalismo decimonónico, que debe considerarse hoy superada. En verdad se trata de una tensión entre determinadas necesidades político-criminales y las exigencias propias de todo Estado de Derecho, que, por ello mismo, conserva actualmente plena vigencia.

Así, en la actual doctrina italiana ha señalado Pedrazzi que el artículo 115 del Código penal italiano consagra decididamente la accesoriidad de la participación, la cual, por consiguiente, sólo puede ser impugnada de *lege ferenda*, por ejemplo, comenzando a invocar la punibilidad de la instigación independientemente de la realización del hecho principal. Pedrazzi se apresura a añadir: "Es, sin embargo, lícito dudar que se trate de una reforma democráticamente inspirada" (44).

Por otro lado, resulta altamente aleccionador el movimiento de reforma penal que desde el año 1953 viene desarrollándose cuidadosamente en Alemania. La Gran Comisión para la reforma del Derecho penal fue consciente de la difícil y compleja problemática que suscita el vigente parágrafo 49 a) del StGB, que castiga a quien intenta determinar a otro a cometer una acción penada como crimen, la expresa disposición a cometer un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para un crimen (45). Dreher calificó a dicho parágrafo de "enfant terrible" entre las disposiciones de la Parte General y advirtió que si no llega a ser enteramente satisfactorio para todos, ello se debe no sólo a sus dificultades dogmáticas, sino ya antes que a eso a su misma concepción básica (46). Lange salió al paso del argumento que apela a la tradición, pues, a su juicio, la concreta evolución del parágrafo 49 a) comienza con el Proyecto alemán de 1936. El antiguo "parágrafo de Duchesne" (47) no pretendió un objetivo más amplio que el de proteger a las particularmente expuestas personalidades políticas. Su *ratio* no era, por tanto, una necesidad general de penar

(42) S. VIADA Y VILASECA, *Código penal* cit. I, p. 77.

(43) Elocuentes en este sentido, también J. F. PACHECO, *El Código penal I* cit., p. 106; y A. GROIZARD, *El Código penal de 1870 I* cit., p. 125-126.

(44) C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato* (Palermo. 1952), p. 30.

(45) Cfr. E. DREHER, *Die fünfte Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, en *ZStW*, 67 (1955), p. 608 ss.; del mismo. *Die sechste Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission*, en *ZStW*, 68 (1956), p. 78 ss.

(46) *Niederschriften 2* cit. 21 Sitzung, p. 210.

(47) Introducido por la Ley de 26 febrero 1876, inspirada en la belga de 7 julio 1875. La denominación proviene, como es sabido, del antecedente que motivó ambas leyes: un operario belga, llamado Duchesne, se ofreció al Arzobispo de París y al Provincial de los Jesuitas para asesinar, por una suma de dinero, a Bismarck.

la instigación frustrada, sino de proteger de manera especial a tales personalidades (48). Fue, en opinión de Lange, en tiempos del nacional-socialismo cuando se le sustituyó por el pensamiento enteramente distinto de un general “adelantamiento de la línea de defensa contra el delito”. Lange aduce importantes objeciones constitucionales contra el párrafo 49 a) (49). Principalmente la de que entraña una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, en tanto trata realmente como iguales a supuestos—conductas preparatorias descritas en el párrafo 49 a) y tentativa—que son esencialmente desiguales, y, por otra parte, implicaría también una transgresión del principio constitucional de la determinación del tipo (artículo 103, apartado 2 de la citada Ley Fundamental), en cuanto concede preponderancia al momento de la *Gesinnung* (50). Lange recordó ante la Gran Comisión alemana que objeciones de esta índole, por lo demás, fueron esgrimidas ya con motivo de anteriores Proyectos. Así, por ejemplo, Coenders calificó al correspondiente párrafo 196 del Proyecto alemán de 1927 de “particularmente incorrecto” y dijo que se trataba de un precepto que “recuerda los principios del Derecho penal bolchevique” (51).

Pese a estas objeciones, el Proyecto alemán de 1962 prevé en el párrafo 35 la “tentativa de participación”, castigando con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente crimen a quien intenta determinar a otro para que cometa o instigue a la comisión de un crimen, a quien se declara dispuesto, acepta el ofrecimiento de otro o se concierta con otra persona para cometer un crimen o instigar a su comisión. De esta suerte, el contenido del vigente párrafo 49 a) intenta trasladarse esencialmente, con sensibles mejoras de redacción y aclaración expresa de algunos extremos, al futuro Derecho alemán (52). No deja de ser ya sintomático, sin embargo, que la propia exposición de motivos del Proyecto alemán de 1962 se apresure a advertir que si bien sustancialmente se admite la regulación del vigente párrafo 49 a), ello no debe inducir a engaño, pues es preciso tener en cuenta que el Proyecto estrecha notablemente el ámbito de los actos preparatorios punibles, toda vez que, frente al Derecho vigente, reduce de modo relevante el número de crímenes (53).

La anterior advertencia no parece haber conseguido tranquilizar a todos los penalistas alemanes. Así, en la fundamentación del denominado Proyecto-Alternativo de 1966, elaborado por catorce de los más

(48) E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43 edic. (Berlín, 1961), p. 181.

(49) *Niederschriften 2* cit. 21 Sitzung, p. 212.

(50) E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Strafgesetzbuch* cit., p. 182.

(51) *Niederschriften 2* cit. 22 Sitzung, p. 263.

(52) Inspirados directamente en el párrafo 49 a del StGB y 35 y 36 del *Entwurf* alemán de 1962, hasta el punto de ser casi una transcripción literal de los mismos, están los artículos 31 y 32 del Proyecto Portugués de 1963, elaborado por Correia. Vid. E. CORREIA, *Código penal. Proyecto da Parte Geral* (Lisboa, 1963), p. 83-84.

(53) *Entwurf 1962* cit., p. 153.

jóvenes profesores de Derecho penal, se afirma que el párrafo 49 a) del vigente StGB, que a través del párrafo 35 del Proyecto de 1962 quiere trasladarse al Derecho futuro, “*es constitucionalmente objetable*”, porque desliga la punibilidad de la comisión del hecho, y en alguna de sus previsiones alternativas adelanta la punibilidad hasta la esfera de las puras manifestaciones de *Gesinnung* y voluntad. Aun cuando —se añade— el número de tipos de crímenes se haya disminuido notablemente en el nuevo Código penal, sólo está justificada la punición de la instigación o tentativa de instigación para un crimen (párrafo 49 a), apartado 1). Consecuente con estas premisas, el párrafo 32 del Proyecto-Alternativo, según expresamente se indica en la correspondiente exposición de motivos, restringe el ámbito de la punible “tentativa de participación” en un doble sentido: por un lado, la declaración de estar dispuesto a la ejecución de un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para cometer un crimen (conductas previstas en el *Entwurf 1962*, párrafo 35, apartado 2) son impunes; por otro, en el caso de la instigación intentada, si el crimen requiere particulares características personales, estas circunstancias deberán concurrir, en igual medida, tanto en la persona del instigador como en la del instigado (54), a diferencia de lo dispuesto en el Proyecto oficial de 1962 (párrafo 35, apartado 3), que considera suficiente que dichas características concurren solamente en la persona que ha de ejecutar el hecho (55).

2. Necesidades político-criminales y principios dogmáticos.

Resulta verdaderamente ilustrativo que Fränkel, ponente del tema relativo al párrafo 49 a), haya comenzado su exposición ante la Gran Comisión alemana afirmando que existe una necesidad, exigida por la política-criminal y la justicia, de comprender bajo sanción penal ciertas acciones anteriores a la tentativa de un hecho punible, aunque ello “no se deja en verdad justificar dogmáticamente, sino que se basa en representaciones valorativas que nos vienen dadas; en última instancia, en el general sentir jurídico” (56). No sólo se anticipa, de esta suerte, la imposibilidad de justificar dogmáticamente la punición de esas acciones anteriores a la tentativa, sino que se atribuye a dicha punición un fundamento —“representaciones valorativas que nos vienen dadas” y “general sentir jurídico”— que, por su carácter extremadamente vago y abstracto, despierta ya preocupación.

Las graves dificultades para justificar dogmáticamente de un modo adecuado la punición de acciones preparatorias como las descritas en el artículo 4 del Código penal español o párrafo 49 a) del StGB

(54) Una limitación similar a ésta, si bien no concretada a la hipótesis de instigación intentada, la había propuesto ya J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil* (Tübingen, 1963), p. 18 y 43-44.

(55) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

(56) *Niederschäften 2*, cit., Anhang Nr. 41, p. 115.

alemán, provienen de que, en la medida en que dichos preceptos convierten en punibles conductas que no constituyen aún *realización del hecho típico* (Tatbestandsverwirklichung) (57), representa una quiebra fundamental del principio de la responsabilidad por el acto. La punición de tales conductas preparatorias, que responden más bien a los dictados de un Derecho penal de voluntad o *Gesinnungsstrafrecht*, constituye una pieza extraña imposible de encajar satisfactoriamente dentro del cuadro lógico de un sistema penal, como el español, asentado principalmente sobre postulados básicos de un Derecho penal de acto (58). De ahí las numerosas contradicciones que se originan.

Todo intento de explicar la punición de la conspiración, proposición y provocación en el marco de un Derecho penal de acto, tienen que partir lógicamente de la individualización en dichas conductas de un relevante peligro para el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo delictivo.

La existencia de este peligro relevante suele deducirse de la circunstancia de que mientras el autor aislado posee hasta el último instante el absoluto poder de decisión, en los supuestos de "participación anticipada", el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho, es decir, desencadena un acontecimiento sobre el que ya no tiene luego un absoluto poder de control, o lo que es lo mismo, ha escapado ya de sus manos la decisión de ejecutar el hecho (59).

Contra esta fundamentación expuso Lange una brillante objeción dogmática. A su juicio, se opera el siguiente grave contrasentido: en el marco de la participación efectiva la ausencia del dominio del hecho fundamenta una aminoración de la responsabilidad del sujeto (piénsese en la distinción autor-cómplice); por el contrario, en el ámbito de la tentativa de participación sería esa misma ausencia del dominio del hecho la que impide la impunidad y justifica la responsabilidad del sujeto. Todo ello con la inevitable secuela de que unas mismas acciones preparatorias serán consideradas impunes cuando se realizan con

(57) Cfr. R. LANGE en *Niederschriften 2* cit., 21 Sitzung, p. 212. Nos referimos aquí al hecho típico descrito en la correspondiente disposición legal de la Parte especial del Código, pues ya se sabe que, en virtud de los efectos extensivos del artículo 4 del C. P. español, la conspiración, proposición y provocación se convierten también en típicas y punibles. Pero obsérvese que así como la norma extensiva sobre la tentativa amplía la tipicidad y la punibilidad al *comienzo de ejecución* del mismo hecho constitutivo de delito, la extensión que opera el artículo 4 va mucho más allá al penar conductas que, como dejamos dicho, no implican siquiera preparación material de la ejecución del hecho constitutivo de delito.

(58) Cfr. E. KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch* cit., p. 181. Vid. también K. SALM, *Das versuchte Verbrechen* (Karlsruhe, 1957), p. 69.

(59) Este argumento se utilizó en el seno de la Gran Comisión alemana. Vid. la intervención de Schäfer, en *Niederschriften 2* cit. 21 Sitzung, p. 206; y se recoge en la exposición de motivos del *Entwurf 1962* (p. 153), en la cual se advierte que ese aumento de peligro para el bien jurídico que se observa en las "tentativas de participación" hace obligado, desde el punto de vista político-criminal, adelantar en tales hipótesis la protección jurídico-penal.

animus auctoris, es decir, cuando se practican por el autor aislado; pero se convertirán, en cambio, en punibles cuando se ejecuten con simple *animus socii*, o sea, en régimen de participación (60).

Quizá esta objeción dogmática pudiera superarse destacando que la diferente —y aun inversa— trascendencia concedida al dominio del hecho obedece a que se refiere a dos momentos diversos: por un lado, el momento ejecutivo; y, por otro, el momento de la preparación (61). Cuando se ha realizado ya la ejecución del hecho, es preciso reconocer que quien tuvo el dominio del hecho jugó el más importante papel y, por tanto, a él incumbirá la responsabilidad en mayor grado. En cambio, en el ámbito de la preparación, obtendría una importancia decisiva la circunstancia de que mientras el autor aislado puede interrumpir su plan cuando él quiera, si el sujeto ha implicado a otras personas el poder de decisión respecto a la no realización del proyecto ha salido ya de sus manos. Las posibilidades de ejecución serán aquí mayores.

Aunque prescindiésemos de la objeción de Lange, la fundamentación que se aduce para justificar la punición de la “participación anticipada” tropieza, en el marco de un Derecho penal primordialmente de acto, como el español, con las consecuencias que se derivan del concepto de tentativa y de la vigencia del principio de accesoriedad en materia de participación.

a) Al definir a la tentativa como “principio de ejecución” del hecho constitutivo de delito, los actos preparatorios llevados a cabo por el autor aislado son, por regla general, impunes. Ahora bien, no se puede negar que existen actos preparatorios de carácter material realizados por el autor aislado que están mucho más cerca de la *ejecución* y, por consiguiente, representan un peligro mayor para el bien jurídico protegido que los actos preparatorios de índole moral integrantes de la conspiración, proposición y provocación (62). Así, será punible quien, habiendo resuelto cometer un homicidio en un futuro relativamente próximo, invita sin éxito a otra persona a ejecutarlo (proposición); mientras que permanecerá impune quien adquiere el arma, se dirige al lugar por donde deberá pasar la designada víctima y la acecha (actos preparatorios realizados por el autor aislado). Piénsese que en cierto modo —como observó ya Groizard— “la proposición demuestra por sí misma que su autor no sólo no ha comenzado a poner en ejecución su designio criminal, sino que ni siquiera cuenta para ello todavía con medios adecuados y los anda buscando” (63).

El mismo Groizard percibió con claridad la incongruencia que representaba declarar genéricamente impunes los actos preparatorios en virtud de la definición legal de la tentativa, y penar luego con carácter general la conspiración y proposición: “No se concibe bien en qué principio de justicia puede descansar un sistema que pena la proposi-

(60) R. LANGE, en *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 212.

(61) Cfr. E. DREHER, en *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 210.

(62) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 404.

(63) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 121.

ción y no pena el hecho de reunir los instrumentos necesarios, los ingredientes oportunos, todos los medios propios para cometer un delito. ¿Quién será más terrible criminal, el que anda haciendo proposiciones (64) de delitos o el que tiene prontas todas las cosas necesarias para dar principio inmediatamente, solo o acompañado, a la acción castigada por la ley?... El legislador es imposible que consiga que, ni para la inteligencia ilustrada ni para la inteligencia vulgar, dejen de ser la proposición y la conspiración lo que realmente son en sí, esto es, actos preparatorios del delito. Declarar estos injustificables, como de manera indirecta lo hace el artículo 3.º, e incriminar luego siempre aquéllas, implicaba una contradicción, contra la cual clamarán constantemente la buena doctrina y el sentimiento general” (65).

b) La punición de conductas como las previstas en el artículo 4.º del Código penal español representan evidentemente una excepción al *principio de accesoriadad* en materia de participación. Que este principio rige en nuestro Código respecto a la inducción (art. 14, núm. 2), cooperación necesaria (art. 14, núm. 3), complicidad (art. 16) y encubrimiento (art. 17) se admite unánimemente, discutiéndose únicamente el alcance de la accesoriadad, que para algún autor es mínima en los casos de inducción, cooperación necesaria y complicidad (basta una acción típicamente antijurídica del autor principal), y máxima en el encubrimiento (se requiere que el autor principal haya ejecutado un *hecho punible*) (66).

En la exposición de motivos relativa al párrafo 35 del Proyecto alemán de 1962 se dice, para justificar la punición de la tentativa de participación, que el mantenimiento sin excepciones del principio de accesoriadad daría lugar a que la protección jurídico-penal resultase insuficiente o incompleta precisamente allí donde la comunidad se ve amenazada por los grandes peligros que representan los hechos punibles más graves (67).

Pero veamos, en referencia con la legislación positiva española, algunas de las inconsecuencias que se derivan de mantener, por un lado, como presupuesto general de la participación el principio de

(64) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 121-122, observa: “La proposición puede no ser aceptada; después de aceptada, puede desistir de la ejecución aquel a quien se hizo; puede ser rechazada con indignación; puede ponerse en conocimiento de la autoridad o de la persona contra quien va dirigida; lleva en sí una serie de riesgos que hacen imposible unas veces, alejan otras y dificultan las más la comisión de los delitos.”

(65) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 122-123.

(66) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* I cit., p. 422. Como se desprende de lo que se deja dicho en el texto, lo que este autor denomina accesoriadad mínima se corresponde, en realidad, con la que usualmente se califica en la doctrina alemana de accesoriadad limitada. Propiamente accesoriadad mínima sería la que se contentase exclusivamente con la realización por parte del autor principal de un hecho típico, sin necesidad de que concurra la antijuricidad. Sobre la cuestión del alcance de la accesoriadad en el Derecho español, vid. J. CORDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach* II (Barcelona, 1962), p. 412 ss.

(67) *Entwurf 1962* cit., p. 153.

accesoriedad y penar luego, por otro, de modo genérico la conspiración, proposición y provocación.

Quien ha invitado sin éxito a otro a ejecutar un delito (proposición) o le ha incitado sin resultado (provocación) deberá ya, por esto sólo, ser castigado con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente delito. Pero quien, en cambio, pone dolosamente, sin previo concierto, al alcance de otro el instrumento o medio sin el que éste no podría de ningún modo ejecutar el delito (cooperador necesario del núm. 3 del art. 14), permanece impune si el autor principal no realiza, al menos en la forma de tentativa, el hecho constitutivo de delito. Para explicar este tratamiento dispar, en vano apelaremos al argumento de que quien provoca o propone deja escapar de sus manos ya el dominio del hecho, pierde el poder de control sobre la decisión de ejecutar el hecho y aumenta con ello el peligro para el bien jurídico, porque esta pérdida de control puede operarse incluso de modo más significativo en el supuesto de cooperación necesaria a que hemos aludido, una vez que el sujeto ha facilitado dolosamente al autor principal el instrumento sin el cual éste no podría ejecutar el hecho.

Quien invita sin éxito a otra persona a ejecutar un delito será castigado, como autor de proposición, con la pena señalada para la tentativa de ese delito, mientras que quien fuerza directamente a otro a ejecutarlo (art. 14, núm. 2) no responde en relación con el delito a que fuerza —la posible responsabilidad criminal por la fuerza que ejerce es una cuestión distinta— en tanto la persona forzada no ejecute, al menos en la forma de tentativa, el hecho constitutivo de delito. Forzar directamente a otro a ejecutar un delito se considera, pues, que es todavía, apreciada en relación con el delito a que se fuerza, una conducta que no representa ningún peligro relevante para el bien jurídico protegido en ese delito. Pero, en cambio, se entiende paradójicamente que el hecho no de forzar, sino de invitar, incluso sin éxito, a ejecutar el delito entraña ya un evidente y notable peligro para el bien jurídico protegido en el respectivo delito, hasta el punto de justificar ya la imposición de la pena prevista para la tentativa de ese delito a cuya ejecución se invitó.

3. *La penalidad señalada a las conductas preparatorias del artículo 4.º y los criterios valorativos rectores.*

Aunque se admitiese como justificada y conveniente la incriminación genérica de las tres modalidades de conducta descritas en el artículo 4.º, sería obligado, en todo caso, plantearse la cuestión de si la plena equiparación de las tres entre sí y, a su vez, de todas ellas con la tentativa, posee un sólido fundamento. Aun después de haberse proclamado partidario de la incriminación de todos los actos preparatorios, e incluso del propósito de delinquir, advertía Silvela que “no debe confundirse la cuestión del castigo que los actos preparatorios y

la resolución merezcan, y que puede ser muy pequeño, con la de si deben o no considerarse como criminosos” (68).

Un sistema punitivo asentado dogmáticamente sobre los principios de un Derecho penal de acto, es lógico que atienda a la hora de apreciar valorativamente la gravedad de la conducta y, consecuentemente, en el momento de determinar la pena a los criterios representados por los grados de la progresiva realización objetiva del hecho. El Código penal español obedece con extremada fidelidad a esta línea en materia de fases ejecutivas. Opera con la distinción consumación-frustración-tentativa, estableciendo obligatoriamente para la frustración la pena inferior en grado a la señalada para la consumación (art. 51), y para la tentativa la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado (artículo 52). La obligatoriedad de imponer la pena inferior en grado en los casos de frustración, y la posibilidad de castigar a la tentativa con la pena inferior en grado a la prevista para la frustración, evidencian hasta qué elevado extremo atiende el Código penal español, para determinar la pena, al *desarrollo objetivo* del hecho.

Pues bien, el Código, que ha reconocido la posibilidad, según acabamos de ver, de que frustración y tentativa se castiguen con penas de distinto grado, establece, para lo que no son más que actos preparatorios no materiales, exactamente la misma pena que para la tentativa, sin admitir siquiera que los Tribunales puedan facultativamente rebajar esa pena. Desde esta perspectiva, la estimación valorativa de la gravedad de las conductas descritas en el artículo 4, y la correspondiente penalidad señalada para las mismas, representa una ruptura de los criterios valorativos propios de un Derecho penal de acto.

Tampoco es satisfactorio que las tres modalidades de conducta descritas en el artículo 4 aparezcan absolutamente equiparadas, a efectos de penalidad, entre sí. Que la gravedad de esas conductas puede ser distinta y, en consecuencia, la penalidad debería reflejar esa diversa gravedad, viene a reconocerlo el propio Código en algún precepto específico. Así, por ejemplo, el artículo 143 si bien castiga con la misma pena la conspiración y provocación para matar al Jefe del Estado, considera, en cambio, menos grave la proposición para el mismo delito, que sanciona con pena inferior.

Cabe recordar a este propósito que el problema de la conveniencia de diferenciar la penalidad de la “tentativa de participación” y la de la tentativa, por un lado, así como la de diferenciar entre sí las modalidades de conducta previstas en el parágrafo 49 a) del StGB, fue sugerida en el seno de la Gran Comisión alemana. Lange acabó afirmando que su crítica no se dirige tanto contra el hecho de que la instigación frustrada sea en general penada como contra la circunstancia de que sea incondicionalmente equiparada en la penalidad a la tentativa (69).

(68) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 154.

(69) *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 212.

Por su parte, Jescheck advirtió que el parágrafo 49 a) del StGB opera una injustificada generalización. A su juicio, el punto de vista de que la unión de varias personas representa ya, a diferencia de lo que sucede con los actos preparatorios del autor aislado, un fortalecimiento de la voluntad criminal, se ve confirmado propiamente tan sólo en el concierto y en la aceptación del ofrecimiento de otro para la comisión de un determinado crimen. Distinto es el caso, en opinión de Jescheck, de quien se limita únicamente a invitar a otro o a declararse dispuesto para la ejecución de un crimen. Por ello Jescheck terminó afirmando que se inclinaba, al menos en los casos de simple invitación y declaración de estar dispuesto a la comisión de un crimen, por una enérgica rebaja del margen penal, reservando solamente para los otros dos restantes casos (concierto y aceptación de ofrecimiento) el general margen penal de la tentativa del correspondiente crimen (70). Por otro lado, el Proyecto-Alternativo de 1966 considera, según hemos visto, justificada únicamente la punición de la instigación intentada, estimando, en cambio, que deben permanecer impunes la declaración de estar dispuesto a la comisión de un crimen, la aceptación de un tal ofrecimiento y el concierto para cometer un crimen, en cuanto tales (71).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Debe admitirse que la conspiración, provocación y proposición para delinquir pueden originar, y de hecho originan, una necesidad político-criminal. Que tales conductas pueden representar también, y de hecho en algunas ocasiones representan, un peligro para el bien jurídico protegido en el correspondiente delito, no puede negarse, del mismo modo que tampoco puede desconocerse que un peligro similar o mayor entrañan a veces los actos preparatorios realizados por el autor aislado.

El argumento que suele aducirse a este respecto para justificar la incriminación genérica de la conspiración, proposición y provocación y la genérica impunidad de los actos preparatorios realizados por el autor aislado, no es convincente. Cuando se dice que conspiración, proposición y provocación deben castigarse siempre porque, a diferencia de los actos de preparación practicados por el autor único, son conductas a través de las cuales el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el poder de decisión respecto a la ejecución del hecho, lo que representa un aumento de peligro para el bien jurídico, se procede a una infundada generalización. Quien conspira, propone o provoca puede, en efecto, perder por medio de esas conductas el dominio del hecho, pero puede también conservarlo plenamente, y entonces no se alcanza a comprender cuál es la razón que justifica la punición de estos actos preparatorios morales y la impunidad de los actos preparatorios, incluso materiales, del autor aislado.

(70) *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 213.

(71) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 66-67.

En este sentido se originan, a nuestro juicio, ciertas contradicciones entre la fundamentación que suele alegarse para justificar la incriminación genérica de la "participación anticipada" y la regulación, respecto de la misma, del desistimiento voluntario (72). Si se establece, como hace el Proyecto oficial alemán de 1962, la exención de responsabilidad para quien "voluntariamente" *aparta* el peligro de que el instigado cometa el hecho o *impide* el hecho para el que se había concertado o para cuya ejecución había aceptado un ofrecimiento, es porque se está admitiendo que quien instiga incluso con éxito a otro, quien se concierta con otro o acepta de otro el ofrecimiento para cometer un crimen, puede en muchos casos conservar el dominio del hecho, es decir, el poder de decidir voluntariamente que el hecho se ejecute o no. Otro tanto cabe decir en relación con el Proyecto-Alternativo. La exposición de motivos de este Proyecto subraya que de todas las conductas que prevé el parágrafo 35 del Proyecto oficial de 1962 sólo merece ser punible la instigación para cometer un crimen o para que se instigue a su comisión, porque aquí "el instigador ha puesto en marcha un acontecimiento delictivo que, a partir de este momento, se sustrae a su control" (73). Pero en el parágrafo 33 de este Proyecto se exime a quien "voluntariamente" renuncia al intento de determinar a otro para un crimen, y aparta el existente peligro de que la otra persona cometa el hecho. 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.

(72) Como es sabido, el vigente Código penal español no regula expresamente el desistimiento en los casos de conspiración, proposición y provocación. La reforma de 1850 había introducido en el último párrafo del artículo 4 la siguiente disposición: "Exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haberse comenzado el procedimiento." Este precepto suscitó duras críticas porque, paradójicamente, exigía más condiciones para que el desistimiento operase en el ámbito de la conspiración y proposición que en el de la tentativa. A los conspiradores y proponentes les resultaba más fácil para desistir dar comienzo a la ejecución del hecho convirtiéndose en autores de tentativa, pues entonces la eficacia de su desistimiento no quedaba condicionada a que diesen parte y revelasen a la autoridad pública el plan y sus circunstancias. Vid. J. F. PACHÉCO, *El Código penal* I cit., p. 109, en donde se recoge la crítica que se formuló al texto legal de 1850 en el Informe del Colegio de Abogados de Madrid. El citado precepto desapareció en el Código de 1870. A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., 131, comentó la derogación en los siguientes términos: "Había aquí una excitación a la delación, incompatible con el sentimiento público, con la dignidad de las leyes y con la economía del Código en que se encontraba." El legislador español de 1870 suprimió el desafortunado precepto de 1850, pero no se preocupó de sustituirle por otro adecuado. De modo que mientras existe una referencia legal expresa al desistimiento voluntario en la tentativa, el Código vigente guarda silencio respecto al desistimiento en la conspiración, proposición y provocación. La eficacia del desistimiento en estas últimas hipótesis ha tenido que abrirse paso a través de la vía jurisprudencial. Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 5-VII-1948 y 19-IV-1965.

(73) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

En atención al relevante peligro que pueden entrañar, a veces, para determinados bienes jurídicos la conspiración, proposición y provocación, y la particular necesidad de protección de aquellos bienes, se justifica, a título de excepción, "un adelantamiento de la línea de defensa" que convierta a tales conductas en delitos *sui generis*. Piénsese, por ejemplo, en la particular protección que necesita en ocasiones la vida, especialmente expuesta a atentados, de las personalidades políticas. A este pensamiento responde el artículo 143 del Código español que tipifica como delitos autónomos la conspiración, provocación y proposición para matar al Jefe del Estado.

Bockelmann propuso en el seno de la Gran Comisión alemana que se considerase punible la tentativa de instigación en referencia *únicamente con casos particulares*, sugiriendo que se podría volver a reintroducir un precepto similar al antiguo "parágrafo de Duchesne", ampliado tal vez a algunos otros supuestos y situado, desde luego, en la parte especial. Como hemos indicado antes, el citado parágrafo obedecía a una necesidad político-criminal concreta y excepcional (74). Pues bien, Bockelmann sugirió la conveniencia de volver al pensamiento inspirador del antiguo "parágrafo de Duchesne", porque, a su juicio, se puede punir la autoría y participación en un delito, pero no ya por principio la tentativa de participación (75).

Del reconocimiento de que la punición de la conspiración, proposición y provocación puede estar justificada en algunos casos particulares, no se deduce, en absoluto, un argumento a favor de la incriminación genérica de dichas conductas. Sin embargo, ya intentó deducirlo en el siglo pasado Ramiro Rueda (76), y en la doctrina más reciente lo invocó Quintano: "El sistema seguido en el antiguo Código, y mantenido por la refundición de 1932, de reconocer como punibles tales actos solamente en ciertos casos de naturaleza especial, como los de traición, rebelión, sedición y muerte del Jefe del Estado, suponía un cierto contrasentido difícilmente explicable. Una de dos: o los hechos de conspirar y proponer, por no ser ejecutorios, se consideraban inocentes e inoivos en sí, en cuyo supuesto la excepción resultaba monstruosa, o suponía una responsabilidad susceptible de coerción criminal, y entonces no se comprendía por qué no se penaban en todos los demás delitos cuya estructura jurídica lo permitiese" (77).

No podemos suscribir en este punto la argumentación del Ilorado maestro. Punir en determinados casos, en virtud de particulares necesidades de protección, a la conspiración, provocación y proposición

(74) Vid. E. KOHLRAUSCH-R. LANGE, *Stragesetzbuch* cit., p. 181.

(75) *Niederschriften* 2 cit., 22 Sitzung, p. 263.

(76) P. R. RAMIRO RUEDA, *Elementos* cit., p. 177: "Nos parece, por tanto, aceptable de todo punto la doctrina que acabamos de consignar, y en su virtud, opinamos que los actos preparatorios deben ser castigados como parte integrante de toda acción criminal... ¿Por qué castigar la conspiración política y hacer caso omiso del concierto de varios sujetos, por ejemplo, para cometer un atentado contra la libertad del ciudadano?"

(77) A. QUINTANO, *Comentarios* cit., p. 57.

como delitos autónomos puede constituir una excepción tolerable, susceptible, en cambio, de convertirse en una disposición altamente criticable si se la eleva a regla general. Es como si para evitar la disparidad de tratamiento que origina el hecho de que el Código, al margen de la general impunidad de los actos preparatorios realizados por el autor aislado, haya elevado ciertos actos de esa índole, referidos a determinados delitos, a la categoría de infracciones punibles autónomas, propugnásemos la introducción en la parte general del Código de una disposición decretando de modo absoluto la punición de todos los actos preparatorios.

Por otro lado, reconocer que la conspiración, provocación y proposición pueden suponer una responsabilidad susceptible de coerción criminal, no quiere decir que deban punirse en todo caso. Si la punición de esas conductas debe admitirse a título excepcional o con carácter general es, evidentemente, un problema distinto a si tales conductas son susceptibles de ser inculpas. Al respecto, nos parece realmente certera la observación formulada por Bockelmann ante la Gran Comisión alemana a propósito de la discusión relativa a la tentativa de participación: nuestra auténtica tarea no es la de preocuparse de lo que puede llegar a ser castigado, sino de lo que, según las posibilidades, no debe ser penado (78). Y, a nuestro modo de ver, esas "posibilidades" indican que la conspiración, proposición y provocación no deben ser penadas con carácter general y en todos los casos.

La anterior afirmación puede resultar particularmente dudosa en relación con la provocación. Como hemos visto, el Proyecto-Alternativo alemán de 1966, de todas las conductas que se contemplan en los párrafos 49 a) del vigente StGB y 35 del Proyecto oficial de 1962, sólo considera digna de ser penada la "tentativa de instigación", alegando, entre otras razones, que quien incita "ha prestado ya su contribución al hecho, de suerte que la punibilidad del comportamiento no viene determinada por las puras resoluciones y actitudes morales" (79). Concretamente, a nuestro juicio, el supuesto que puede suscitar más dudas es el de la instigación acogida, pero no seguida de la perpetración del delito. Y ello, porque la hipótesis de instigación acogida supone lógicamente la realización completa del "acto de participación" en todos sus elementos objetivos y subjetivos (80). El instigador ha realizado en estos casos todo lo que tenía que realizar para que, en el supuesto de que el instigado ejecutase el hecho, debiera responder del mismo como inductor.

Ahora bien, admitir con carácter general, como en efecto admite el último párrafo del artículo 4 del Código penal español, la punición de la instigación aceptada pero no seguida de ejecución del delito, significa prescindir del principio de accesoriedad de la participación. De esta suerte no sólo se violenta la propia naturaleza de las cosas, sino

(78) *Niederschriften* 2 cit., 22 Sitzung, p. 263.

(79) *Alternativ-Entwurf* cit., p. 67.

(80) G. BETTIOL, *Diritto Penale*, 6.^a edic. (Padova, 1966), p. 511.

que se origina una inconsecuencia lógica de la que deriva un tratamiento injustificadamente dispar para unos y otros actos de participación.

En efecto, por un lado, como subraya Bockelmann, “la participación es necesariamente accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal”, y esta accesoria no es “ningún producto de la ley”, sino que radica en la misma naturaleza de las cosas. Tanto la complicidad como la instigación presuponen un “algo”, a lo que ellas contribuyen (81). *Obligor ex delicto propter mandatum, non ex mandato*, decía Bartolo (82).

Por otro lado, constituye una inconsecuencia que el texto legal haya renunciado al principio de accesoria en materia de inducción, y continúe manteniéndolo, en cambio, para otras formas de participación. Anteriormente hemos aludido ya a los resultados poco satisfactorios que se derivan de ello, comparando hipótesis de inducción no seguida de ejecución y supuestos de cooperación necesaria o fuerza directa a los que no sigue la perpetración del delito. Y es que, como con razón destaca Bettiol, “si se quiere negar carácter accesorio a la participación, es preciso ser lógicos hasta el fondo y no detenerse a medio camino, casi temerosos de las consecuencias: es preciso admitir que cualquier acto de participación sea punible por sí mismo y sea perfecto en el momento mismo en que se exterioriza” (83).

La conspiración, proposición y provocación representan un peligro de ejecución del hecho y, en este sentido, es indudable que plantean una *necesidad político-criminal*. Sería equivocado, sin embargo, argumentar que resulta absurdo exigir para la imposición de la pena el principio de ejecución del hecho constitutivo de delito indicando que de esta suerte no se atendería debidamente aquella necesidad político-criminal. Así razonaba ya Silvela: “Por no haberse seguido los principios que consignamos, se ha caído en el absurdo, por un lado, de exigirse un principio de ejecución del crimen que puede ser antes extirpado de raíz...” (84). Y este planteamiento continúa latiendo más o menos expresamente en la mayoría de aquellas alegaciones que se formulan para fundamentar la incriminación genérica de la “participación anticipada”. Quien así piensa yerra, a nuestro modo de ver, respecto a los objetivos de una adecuada política-criminal; desconoce los recursos preventivos, distintos a la pena, con que cuentan los ordenamientos jurídicos contemporáneos; y, en definitiva, desatiende la exigencia ética en virtud de la cual la pena propiamente dicha representa la *última ratio legis* (85).

(81) P. BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen* (Göttingen, 1957), p. 31.

(82) Cfr. en este sentido, B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione a reato rimasti sterili*, en *Rivista Penale* (1946), p. 865.

(83) G. BETTIOL, *Diritto Penale* cit., p. 509. En el mismo sentido, C. PEDRAZZI, *Il concorso di più persone* cit., p. 30.

(84) L. SILVELA, *Derecho penal. Primera Parte* cit., p. 160.

(85) Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal I* (Trad. Juan Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), p. 31.

La necesidad político-criminal que originan los casos de "participación anticipada" postula primordialmente la obtención de dos finalidades: a) en primer término, claro está, la evitación de la ejecución del proyectado hecho; b) en segundo lugar, conseguir en la medida de lo posible que el sujeto que ha manifestado su voluntad rebelde al ordenamiento jurídico, aunque sin haber llegado a la ejecución del hecho constitutivo de delito, conforme en el futuro sus decisiones volitivas y su consiguiente comportamiento a las exigencias legales.

La necesidad de retribuir pasa aquí a un plano muy secundario, pues, en última instancia, no se ha dado siquiera *principio a la ejecución del hecho constitutivo de delito*. Por otra parte, la interposición de la pena, por su esencia retributiva, aparece contraindicada en referencia con los dos objetivos político-criminales primordiales antes señalados. Para lograr la evitación de la perpetración del proyectado hecho, no es precisamente la pena, que por su propia naturaleza mira fundamentalmente al pasado, al hecho ya cometido, el recurso jurídico más adecuado. El ordenamiento jurídico dispone hoy de medios específicamente preventivos, destinados particularmente a prevenir hechos futuros, que resultan más eficaces para conseguir esa finalidad y al mismo tiempo menos gravosos para el individuo sometido a ellos. Para obtener la plena readaptación social del sujeto y aspirar incluso a una *metanoia* o cambio de sentimientos del mismo, la imposición de la pena retributiva no sólo no coadyuvará, sino que, en la mayoría de los casos, entorpecerá de manera decisiva el logro de esa readaptación. Máxime si, como sucede en el vigente Derecho español, que equipara de modo absoluto a efectos de penalidad la conspiración, la proposición y la provocación a la tentativa, habrá de llegarse muchas veces a imponer una pena privativa de libertad de duración relativamente larga. Piénsese, por ejemplo, que quien, sin haber preparado siquiera la futura ejecución del hecho, se limita a invitar sin éxito a otra persona para ejecutar un robo con homicidio (proposición), *puede* ser castigado, conforme al Derecho positivo español, con la pena de reclusión menor (de doce años y un día a veinte años) (86) y, en el mejor de los casos, según el arbitrio del Tribunal, habrá que imponerle la pena de presidio mayor (de seis años y un día a doce años). Frecuentemente el sujeto sentirá como "no justa" la pena que la ha sido impuesta, porque difícilmente renunciará a su personal composición de lugar de que, en definitiva, cuando le impusieron la pena "todavía no había siquiera comenzado a ejecutar el hecho". El disvalor de resultado goza de gran ascendiente en la conciencia social, más proclive siempre a medir la gravedad de los hechos sociales por sus resultados que por las intenciones que los han inspirado.

Por otro lado, los propios Tribunales, movidos por un sentimiento de equidad, podrán verse incitados a declarar la absolución. No dejan

(86) Exactamente la misma que el artículo 407 señala para el homicidio consumado.

de ser significativos los datos estadísticos manejados ya por Groizard en el siglo pasado, y relativos a un año de vigencia del Código reformado de 1850: "Los delitos consumados, cometidos en España durante el año 1862 y declarados por los Tribunales, ascienden a 35.940; las proposiciones a 34; las conspiraciones no pasan de 5" (87). El número de Sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo desde 1944 es también notoriamente escaso. Quizás todo ello obedezca no sólo a las dificultades de prueba que son inherentes a la propia naturaleza de la conspiración, proposición y provocación, sino también presumiblemente, en cierta medida, a la tendencia de los Tribunales a evitar la imposición de la severa penalidad señalada por la Ley. De esta suerte, por comprensibles razones de equidad, se corre el riesgo de desatender una evidente necesidad político-criminal, pues la persona que se beneficia con la absolución y consiguiente impunidad, pudo haber demostrado su peligrosidad, a la que debería atenderse mediante la adecuada medida preventiva.

Por ello, estimamos que para satisfacer las necesidades político-criminales que la "participación anticipada" puede plantear, mucho más eficaz y pertinente que la pena es la medida de seguridad y corrección. El legislador español de 1822 adoptó ya, según hemos visto, un sistema similar para los casos de resoluciones de delinquir, al establecer que no estaban sujetas a pena alguna, "salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la Ley".

Por la medida de seguridad se pronuncia también el vigente Código penal italiano, en su artículo 115: "Salvo que la Ley disponga lo contrario, cuando dos o más personas se conciertan al objeto de cometer un delito, y éste no sea cometido, ninguna de ellas es punible por el solo hecho del acuerdo. No obstante, en el caso de acuerdo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida de seguridad. Las mismas disposiciones se aplican en el caso de instigación a cometer un delito, si la instigación ha sido acogida, pero el delito no ha sido cometido. Cuando la instigación no haya sido aceptada, y se haya tratado de la instigación a un delito, el instigador puede ser sometido a una medida de seguridad". Como se trata, conforme a la legislación italiana, de hechos no previstos como delitos, la medida de seguridad que deberá aplicarse es, según el número 2 del artículo 229 del Código italiano, la *libertad vigilada* (88). Esta medida de seguridad puede ser impuesta a todos los sujetos intervinientes o sólo a uno o algunos de ellos, si el juez estima que sólo éstos, y no los restantes, han revelado peligrosidad (89).

La regulación consagrada por el artículo 115 del Código Rocco

(87) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870* I cit., p. 117-118.

(88) Código penal italiano, artículo 229: "Además de cuanto está prescrito por especiales disposiciones legales, la libertad vigilada puede ser ordenada: 2. En los casos en que este Código autoriza una medida de seguridad para un hecho no previsto por la ley como delito."

(89) Cfr. B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione* cit. p. 867.

ha sido favorablemente acogida por la doctrina italiana (90), destacando, entre otros muchos, los elogios que le dedicaron ya, en forma de observaciones al Proyecto Preliminar, Delitala y Carnevale (91). Este último escribió entonces: "Nos acherimos a la solución del Proyecto, que no nos parece de simple compromiso entre una orientación demasiado subjetivista y la dirección opuesta, sino clara y coherente. No se puede imputar a nadie un delito que no ha tenido siquiera algún inicio externo. No se puede tampoco desatender una determinada forma de conducta cuando, a juicio del legislador, revela peligrosidad; y en nuestro caso, no es tan solo meramente subjetiva, sino que también se ha objetivado externamente. No penas, sino medidas de seguridad. Cuerdoamente el Proyecto hace uso de ellas".

En definitiva, aunque se acepte, conforme al punto de vista mantenido por Dreher en el seno de la Gran Comisión alemana, que la necesidad político-criminal que la "participación anticipada" plantea, no es solamente una necesidad *cuasi-policial* (92), sino que reclama una respuesta del Derecho penal, queda por dilucidar aún con cual de los recursos con que cuenta actualmente esta rama del ordenamiento jurídico debe de operarse en estos casos. Es decir, resta todavía por determinar cual de esos recursos se muestran más acorde con los principios básicos que informan el respectivo sistema penal y se encuentra en mejores condiciones para obtener con éxito los concretos objetivos político-criminales que deben perseguirse ante los supuestos de conspiración, proposición y provocación. A nuestro juicio, debe preferirse la medida de seguridad a la pena.

En este sentido sería deseable una reforma de la vigente regulación. Se debería, por un lado, declarar por vía de principio, como lo hicieron los Códigos de 1848, 1870 y 1932, que la conspiración, proposición y provocación sólo son punibles en los casos en que excepcionalmente la ley así lo determine. Por otro, debería mejorarse y completarse el sistema de los mencionados Códigos consagrando, al estilo de lo que establece el artículo 115 del italiano, la facultad de que los Tribunales puedan imponer, cuando concurra el pertinente supuesto de la peligrosidad, una adecuada medida de seguridad.

(90) Por todos, B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione* cit., p. 862 ss.

(91) *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. III, Parte 2.^a (Roma, 1928), p. 157 y 158.

(92) *Niederschriften* 2 cit., 21 Sitzung, p. 210.