

Prof. Dra. Soledad Barber Burusco

Profesora Titular de Derecho penal.

Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España. Patrona de la FICP

~La expansión de actos preparatorios en el Derecho penal español¹~

I. INTRODUCCIÓN

Los actos preparatorios se encuentran en los márgenes del castigo y en este contexto de los márgenes, casi todas las cuestiones relacionadas con el sí y el cómo del castigo de conductas que puedan caracterizarse como “preparación” de otros “delitos” pueden ser objeto de debate, y tal vez sea un tema que nunca pueda ser considerado pacífico y resuelto, pues es uno de los ámbitos en los que más claramente se manifiesta la pugna entre los principios limitadores del poder punitivo del Estado (cada vez más abandonados en las sucesivas reformas legislativas) y las políticas criminales preventivas que, con enorme fuerza, caracterizan el clima político-criminal actual.

Con la expresión “actos preparatorios”, se designan múltiples “situaciones”: conductas impunes desde la perspectiva del *iter criminis*, tipos autónomos regulados en el Libro II del CP, y, también se suele denominar de esta manera (aunque para nada es éste un criterio unánime) a la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos². En esta breve exposición me referiré a estos “actos preparatorios” recogidos en los arts. 17 y 18 del CP, pero no a todos ellos. Centraré mi exposición en la proposición y en la reforma introducida en su definición por la LO 1/2015; y, si el tiempo me lo permite, en las nuevas formas de incitación a cometer delitos de terrorismo incorporadas por la LO 2/2015, a las que el legislador parece haber dado la naturaleza de actos preparatorios asimilables a la conspiración, proposición y provocación.

¹ El presente texto se corresponde con la ponencia presentada en el I Congreso Internacional de la FICP: “Retos actuales de la teoría del delito”, celebrado en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 2015.

² Ver, entre otros, y con amplias referencias, SILVA SÁNCHEZ, La regulación del *iter criminis*” en el nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MIRA BENAVENT, ¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?, en: Quintero Olivares/Morales Prats (coord.) Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2002, 507-538; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, Comares, Granada, 2004; FUENTES OSORIO, La preparación delictiva, Comares, Granada, 2007; el mismo: Formas de anticipación de la tutela penal, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 08-08- 2006; DEL ROSAL BLASCO, La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 2005, 950-967; ALCÁCER GUIRAO, La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal, en: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, I, 2008, 693-718.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA PROPOSICIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROVOCACIÓN

La caracterización por parte de la doctrina de la conspiración, proposición y provocación, no es unívoca: un sector minoritario los ha considerado delitos autónomos. Esta posición a mi criterio no resulta adecuada, entre otras razones porque no desarrolla criterios seguros que impidan sostener que se puede intentar o participar en la conspiración, proposición o provocación. Otro sector, de gran relevancia, sin negar el carácter de preparación de estas figuras, considera que el tratamiento adecuado de las mismas se encuentra en el ámbito de la teoría de la autoría y participación. Esta posición me parece que no puede ser rechazada, aunque presenta como inconvenientes, en primer lugar, el hecho de que posterga en el análisis el carácter de “actos” de estas figuras; y, en segundo lugar, el hecho de que todas ellas (conspiración, proposición y provocación) no pueden ser caracterizadas en común como conductas previas a la participación en sentido estricto, aunque la provocación guarde similitudes con la inducción. La tercera posición, de la que participo, pone el acento en el carácter de actos preparatorios de la codelincuencia ya que parece adecuado integrar las conductas de conspiración, proposición y provocación en este ámbito desde la perspectiva del *iter criminis*, en la medida en que las tres descripciones requieren de una actuación claramente externa, dirigida a la realización de un delito concreto, y la actividad que se despliega para la comisión de ese delito concreto (en términos generales) es la búsqueda de intervinientes (mediante las modalidades descritas: acuerdo para la ejecución de un delito y resolución de ejecutarlo (conspiración); el que resuelto a cometer un delito invita a otro u otros a ejecutarlo (proposición); incitación directa por medios que faciliten la publicidad o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito (provocación)). Esta precaria caracterización permite deslindar estos actos de cualquier otra expresión individual o grupal de comunicación de una actividad delictiva (previa al comienzo de ejecución) que, en la medida en que no reúna los requisitos de los arts. 17 y 18 y se conecte con los delitos expresamente previstos en el Libro II CP carecerá de relevancia penal.

Pero, en la medida en que pensamos en la progresión de estos actos y los observamos desde la perspectiva del delito consumado o intentado, la relación con la teoría de la autoría y la participación resulta incuestionable, y aquí también encontramos

importantes discrepancias en el análisis desde esta perspectiva. A algunas de ellas me referiré más adelante.

Tal y como se regularon estas conductas en el CP de 1995, se puede postular que nos encontramos ante una ampliación de la tipicidad definida en el Libro I del CP que se conecta con los delitos a través de la declaración de que sólo se castigarán en el caso de que la Ley expresamente lo prevea. Esto permite afirmar que en relación a estos actos, no se pueden aplicar las normas relativas a la tentativa y a la participación, en el sentido de que ni la tentativa de conspiración, proposición y provocación resultan punibles, ni tampoco la participación en tales actos, es decir que cierran el ámbito de la punible más allá de lo fijado en sus descripciones.

III. FUNDAMENTO DEL CASTIGO

La anticipación penal puede analizarse de formas diversas según la finalidad que se le asigne al Derecho penal. Desde la perspectiva de un Derecho penal vinculado a la protección de bienes jurídicos, es decir, si se parte de un núcleo de injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, considero que la legitimación del castigo de estas conductas debe ir precedida de la idea de excepcionalidad. Entre los múltiples objetos, intereses, relaciones, etc., que pueden ser elevados a la categoría de bienes jurídicos, podrá encontrar legitimación la amenaza de pena en el estadio previo al comienzo de ejecución del delito sólo la protección de aquellos bienes jurídicos que, en sus respectivas esferas de protección resulten fundamentales para garantizar con un mínimo de dignidad la existencia y desarrollo de las personas tanto en su ámbito privado como social, atendiendo además al hecho de que, en caso de que como consecuencia de la conspiración, proposición o provocación se llegara a la consumación del delito proyectado, el concreto objeto sobre el que recaiga el ataque no tenga la posibilidad de ser reparado o de retornar a la situación previa al ataque, es decir que se trate de un daño irreparable.

En relación a esta última exigencia, si bien el legislador del 95 restringió el castigo de estos actos preparatorios a determinados delitos, el criterio de selección que empleó no se ajusta en muchos casos a esta exigencia de grave afectación al bien jurídico en caso de consumación. En algunos casos, pese a la importancia del bien jurídico la entidad del ataque no parece poseer la suficiente gravedad, en otros se seleccionan delitos de peligro abstracto, en otros se castigan conductas de preparación o

de participación que han sido elevadas a la categoría de tipos autónomos. Por ello en algunos casos la elección es arbitraria, en otros de descuidada y, en algunos, infundada. Sólo un número muy reducido de casos encuentra clara legitimación.

Pero en la línea de expansión de actos preparatorios sin atender a criterios de gravedad del delito respecto del que se castigan, la LO 1/2015 ha introducido el castigo de la conspiración, proposición y provocación en el art. 445 del CP, respecto de todos los delitos contenidos en el Título XIX del CP que contiene los Delitos contra la Administración Pública.

Por otra parte, desde la perspectiva de la pena prevista para los mismos, el legislador no ha respetado las exigencias de proporcionalidad, en la medida en que prevé el mismo castigo que para la tentativa, es decir la disminución en uno o dos grado de la pena prevista para el delito consumado.

En cuanto a la clase de peligro para el bien jurídico del delito de referencia, no cabe hablar de riesgo directo ni de peligro inmediato como en la tentativa, ¿Qué clase o intensidad de peligro resulta suficiente, qué podría justificar el castigo de estas conductas?

Un importante sector de la doctrina al que me adhiero, considera que el contenido de peligro o la lesividad potencial de la proposición, viene dada por la puesta en marcha de un curso causal independiente (en la medida en que se considere que esta recoge la inducción previa (intentada o frustrada) acerca del cual el proponente ya no posee el dominio en el sentido del control (al menos indiviso) del acontecimiento delictivo puesto en marcha. Respecto de la conspiración, si bien el dominio del curso causal ya es compartido e incide en la decisión de abandonar el plan delictivo, cobra mayor importancia el contenido de peligro (la intensidad) de la mayor potencialidad de realización que ese compromiso de ejecución puede contener (las razones pueden ser diversas: influencia psicológica, cálculo de ventajas, más altas posibilidades de realización ante delitos complejos). En cuanto a la provocación, en el fundamento del castigo cobra exclusiva relevancia la puesta en marcha de un curso causal independiente que, debido a los medios requeridos para realizar la incitación, permite que la misma llegue a un número indeterminado de personas.

IV. LA PROPOSICIÓN

Como ya anticipé, paso ahora a analizar la proposición que, conforme al CP de 1995, requiere la resolución de cometer un delito e invitar a otra u otras personas a ejecutarlo. Esta fórmula ha sido entendida de tres maneras:

1) La que considera que se trata de una invitación a la coautoría y exige que el proponente se reserve el papel de coautor en el futuro hecho,

2) La que señala que recoge supuestos de inducción no seguida de realización del delito, aunque admita que el texto legal nada prejuzga acerca de la intervención en el futuro hecho de quien invita a otro a ejecutarlo.

3) La que considera que sólo recoge supuestos de inducción previa (tentativa acabada de inducción o inducción frustrada)

Considero que el texto legal del 95 admitía sin mayores dificultades interpretativas la segunda posición, aunque desde la perspectiva de la mayor cercanía de peligro para el bien jurídico se puede justificar mucho más fácilmente el castigo de la conducta de inducción previa (pagar a un sicario para que mate a otro) que la de invitación a la coautoría, porque en la mayoría de los casos (si no en todos) esa invitación deberá pasar por la fase de “conspiración” (acuerdo y resolución de ejecución) antes del inicio de la tentativa, por lo que la invitación a la coautoría podría verse como un acto previo a la conspiración y en consecuencia no necesitado de sanción desde la perspectiva de la exigencia de proximidad de peligro para el bien jurídico.

La jurisprudencia que durante bastante tiempo y durante la vigencia del CP anterior concibió a la proposición como una invitación a la coautoría, exigiendo que quien invita se reserve el papel de coautor, en el año 2002³ dio un claro vuelco que ha tenido continuidad, y que incluye en la proposición la inducción previa, sin requerir, en el futuro hecho, la intervención del proponente. Además, ha efectuado una interpretación del precepto que podría caracterizarse de extensiva, en la medida en que en algunos casos admite la proposición en cadena. En el supuesto resuelto⁴, un individuo en prisión preventiva idea un plan de matar al fiscal encargado del caso y a otras personas, pidió a otro interno -a cambio de una compensación económica- que buscara a un sicario para que realizara los crímenes, comprara el arma, etc. Este interno

³ Ver STS nº 1994/2002, de 29 de noviembre.

⁴ STS nº 891/2006, de 22 de septiembre.

sale de permiso y no regresa a fin de ocuparse de estas tareas. Quien ideó el plan se vale de otro interno (que recibía visitas) para transmitir información, instrucciones y documentación al encargado de contratar al sicario, a quien finalmente contrata, facilitándole la documentación aportada, fotografías y dinero con el que comprar el arma con la que ejecutar el crimen, comunicándole que era apremiante la muerte del Fiscal, que debía realizarse a primeros de año. El sicario denuncia los hechos (inducción a la inducción frustrada). Tanto la audiencia como el TS condenan a estos tres sujetos como proponentes del delito de asesinato. Aunque el TS no alude a una posible inducción en cadena, sino que los considera coautores de proposición.

También al AP de Barcelona mediante sentencia nº 521/2011 de 23 junio, castiga por proposición al asesinato la conducta de un interno que ingresado en un centro penitenciario que envía una carta a otro interno en la que le encargaba firmemente que mandara a alguien a Martorell para que matase a su ex mujer y en la misma le proporcionaba datos concretos para su localización, horarios, fotografías de ella, de su coche con la matrícula, ofreciéndole a cambio satisfacerle con el importe necesario para ello. La citada carta, recibida, abierta, y leída por el destinatario, fue interceptada al mismo durante un traslado de centro penitenciario. En este caso, la Audiencia define la proposición como la propuesta o invitación para que “lo lleve a cabo conjuntamente con el proponente, a través de otro, o en sustitución del proponente” (Inducción en cadena frustrada).

1. La ampliación de la proposición

Pues bien, en este estado de cosas, en la reciente reforma del CP mediante LO 1/2015, se introduce, de forma “casi clandestina”, vía enmienda (nº 873) del PP en el Congreso (se publica en el BOCG de 10 de diciembre de 2014), un cambio en la definición de la proposición. A partir del 1 de julio, “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

De la justificación que el legislador aporta para introducir la modificación, lo único que puede sacarse en claro es que se pretende ampliar este acto preparatorio. Se dice: “se parte de un concepto más amplio en el que se es suficiente la participación en el delito que otro ha resuelto cometer”. Y se añade: “no siendo necesario que la persona ejecute la conducta delictiva” sin que quede claro a qué persona se refiere, si a la que

“ha resuelto cometer el delito” o a la persona que se invita a “participar en él”. Ninguna explicación se da acerca de la necesidad de la reforma.

El primer problema que aparece es el de qué significado asignar a la expresión “participar”.

1) Si le asignáramos un significado estricto, deberíamos entender que se puede invitar a inducir, a cooperar de forma necesaria y no necesaria, y excluir la invitación a la autoría y sus formas. Esta interpretación no parece razonable desde ningún punto de vista, ya que significaría que se deroga el precepto anterior en relación a la mayoría indiscutida de los casos en que hasta ahora se aplicaba: invitación a la autoría o coautoría.

2) La otra opción es la de interpretar la expresión “participación” en sentido amplio, como equivalente a “intervención” en el delito, y dotándola de ese significado cabría la invitación a la inducción, a la autoría y cualquiera de sus formas, a la cooperación necesaria y a la complicidad, pudiendo o no, quien invita, reservarse algún papel en la ejecución del delito de que se trate. Esta interpretación permite mantener dentro de la proposición las conductas que indiscutidamente han encajado hasta ahora, que por otra parte muchas de ellas son las más claramente peligrosas en relación al bien jurídico protegido; pero, por otra parte, abre un abanico de posibilidades, amplía de tal manera el campo de lo punible, que resultará de muy difícil delimitación.

Se deroga la invitación a la ejecución y se incorpora la invitación a la participación, y al no requerirse necesariamente que el invitado ejecute el delito, el nuevo artículo puede abarcar supuestos ya admitidos por la jurisprudencia como la inducción en cadena que con la redacción anterior tenía peor encaje. Ahora bien, puede abarcar también situaciones en las que el resuelto a cometer el delito, reservándose el papel de autor, busque cooperadores (necesarios o no necesarios). Quien entendía que la figura de la proposición consistía en una invitación a la coautoría en exclusiva, tal vez desde la perspectiva de la literalidad del precepto pueda encontrar más argumentos que antes. La literalidad del texto legal parece admitir estos supuestos. En cuanto a la inclusión en la acción típica de la búsqueda de cooperadores necesarios y no necesarios, tanto desde la perspectiva de la proximidad del peligro como de la pérdida de control del curso causal que puede generar esta clase de invitación, no parece que pueda justificarse el castigo de estas conductas. Si ya la invitación a la coautoría se cuestionaba como forma de proposición punible, debido a que parecían necesarios

múltiples pasos intermedios para llegar a la inmediatez de la lesión, la invitación a la cooperación necesaria y no necesaria resulta claramente un acto previo a la conspiración, que castigaría -a quien resuelto a cometer uno de los delitos castigados en etapa de preparación- cualquier búsqueda de colaboración. LLABRÉS FUSTER ya ha publicado un trabajo analizando esta reforma, y propone incluir como supuestos de proposición exclusivamente la inducción en cadena frustrada, la inducción a la inducción frustrada y el ofrecimiento a delinquir aceptado. Este último caso parece coincidir con el supuesto de “declararse dispuesto...” previsto en el parágrafo 30.II del StGB, por darse un pacto entre el inductor inducido (futuro autor) y el inducido-inductor que lo hace especialmente peligroso⁵.

V. LA INCORPORACIÓN DE LA INCITACIÓN INDIRECTA

Pero esta expansión de actos preparatorios no termina aquí. Si bien desde la entrada en vigor del CP de 1995 la provocación no ha tenido aplicación; muy prontamente se incorporaron en el CP las amenazas del 170.2 CP (también de escasa aplicación) y la apología del terrorismo (art. 578 CP) (actualmente de creciente aplicación). Pues bien, la LO 5/2010, incorporó en el art. 579 del CP en el Capítulo de los delitos de terrorismo un precepto que castigaba la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión; y siempre que la conducta no encajara en otro precepto que estableciera mayor pena, se preveía para tal conducta la pena de seis meses a dos años de prisión.

Este precepto residual y de aplicación subsidiaria presenta serios problemas de legitimación desde más de una perspectiva, entre ellas la relacionada con la libertad de expresión e información y, por otra parte, importantes problemas de diferenciación de otras figuras delictivas: desde la provocación, a la reclamación pública de acciones violentas por organizaciones terroristas del art. 170.2, hasta la apología del terrorismo. Parece querer recoger incitaciones indirectas al favorecimiento (¿participación?) y a la ejecución de cada uno de los delitos tipificados en el capítulo.

⁵ LLABRÉS FUSTER, La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2), en: González Cussac (dir.), Comentarios a la reforma penal de 2015, Tirant lo Blanch, 2015, 83-118.

Ahora, el nuevo pacto antiterrorista que, a través de la LO 2/2015, modifica sustancialmente los delitos de terrorismo, reforma también el art. 579 que queda redactado de la siguiente manera: “1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate, el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan por finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este capítulo./2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de los delitos de este capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa./3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición (...) se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este capítulo...”. Claramente, ya no estamos ante un acto preparatorio autónomo (su pena depende del delito al que se incite) y el legislador lo ha caracterizado como una forma de “provocación”, al señalar “los demás actos de provocación, conspiración, etc.). Claro que si el hecho al que se ha incitado se llegara a cometer, a estas conductas no les afectaría las previsiones del art. 18.2 segundo párrafo del CP que determina que “si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

¿Qué se castiga?:

1) Por cualquier medio, difundir públicamente mensajes o consignas que tengan por finalidad incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc.1)

2) Por cualquier medio, difundir públicamente mensajes o consignas que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc. 1)

3) Públicamente o ante una concurrencia de personas, incitar a otro a la comisión de alguno de los delitos del capítulo (inc.2).

4) Solicitar a otra persona que cometa los delitos del capítulo ¿públicamente o ante una concurrencia de personas? (inc. 2).

La difusión pública de mensajes o consignas del inciso primero tiene una variante alternativa: en el primer caso se exige un elemento subjetivo consistente en la finalidad de incitar, y en el segundo esta exigencia desaparece y se reemplaza por el requisito de que el mensaje o consigna resulte idóneo para la incitación. A diferencia del delito de difusión que se deroga, ya no se exige que los mensajes o consignas incrementen el

riesgo de la efectiva comisión de los delitos del capítulo, y, por otro lado, se destipifica la conducta consistente en la difusión de mensajes o consignas dirigidos a “alentar” o “favorecer” la perpetración de cualquiera de los delitos del capítulo.

En el inciso 2 se recogen también dos conductas diferenciadas. La primera consiste en incitar a otro a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo. ¿En qué se diferencia de lo recogido en el inc.1?: la incitación no debe hacerse a través de un mensaje o consigna, admite otras modalidades, e incluye otro ámbito de la incitación: el de la concurrencia de personas (¿aunque no se trate de un ámbito público?). La segunda conducta, la de “solicitar a otro que cometa los delitos del capítulo (no deja claro si requiere que sea públicamente o ante una concurrencia de personas), obliga a intentar delimitar esta conducta del acto preparatorio de proposición.

A mi criterio, esta desmesurada ampliación de actos preparatorios merece, amplificadas, las críticas que ya he comentado que se efectuaron al delito de difusión cuando se incorporó en la reforma de 2010, y digo que amplificadas, porque debemos añadir la de la extrema desproporción de la pena prevista. Existe un solo caso de condena de difusión de delitos de terrorismo continuado que ha llegado al TS⁶ (éste confirmó la SAN⁷) y que fue castigado con 2 años de prisión. De cometerse este mismo hecho a partir del 1 de julio, resultará merecedor de una pena de entre 10 y 30 años de prisión. Los hechos probados fueron los siguientes: un usuario de foros jihadistas colocó varios post en uno de estos foros con una firma digital consistente en un ordenador, con una pistola simulada que había adquirido para ello y de un Corán, además de un gesto con la mano amenazante, en los que incorporaba textos tales como “Atacad a los que rezan a la cruz...” “... a por las armas del combate contra el enemigo en el corazón de Europa, América, y donde los encontréis, atacad sus tierras, envenenad sus aguas, explotad su mercados...” etc.

Pero además, la expansión se produce también y principalmente por el aumento de delitos que se castigan en esta etapa preparatoria, entre ellos: “Quien con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos del capítulo adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o con sus fines” (art. 575.2 último párrafo); “llevar a cabo cualquier actividad

⁶ STS nº 114/2014, de veinte de febrero.

⁷ SAN nº 24/2013, de doce de julio (Sala de lo Penal, Sección segunda).

de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (577.2. primer párrafo); “el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución” (578 .1). Éstos son sólo algunos de los ejemplos de delitos respecto de los que se castigan, no sólo la conspiración, proposición y provocación, sino también estas nuevas incitaciones públicas indirectas y solicitudes de comisión. Entiendo que en ningún caso se acercan al cumplimiento de los criterios más arriba planteados que permitan justificar su castigo.

Para terminar, sólo voy a señalar que una vez más se confirma una tendencia legislativa que explota de forma intencionada la ambigüedad y vaguedad del lenguaje generando serios problemas en relación a las exigencias de determinación en la redacción de los tipos penales y que subjetiviza cada vez más el Derecho penal.