

LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES*

LUCIANA MELOGRANA**

Resumen: Los actos dirigidos a la realización de un delito en la fase previa a la ejecución son, por regla general, impunes. Sin embargo, el Código Penal español prevé en la parte general los llamados “actos preparatorios punibles”, que en Argentina no existen. El presente trabajo tiene por objeto analizar los actos preparatorios punibles establecidos en el ordenamiento español a efectos de realizar una comparación con la regulación que algunos de esos actos tienen en el Código Penal argentino. Para llevar a cabo este análisis y delimitar el objeto de estudio, primero se hará un breve tratamiento de la tentativa y de las teorías que a lo largo de la historia del derecho penal han tratado de fundamentar su punición. A continuación, se presenta una reseña de los actos preparatorios en general, y luego de la regulación de los actos preparatorios punibles del Código español. Seguidamente se analiza la parte especial del Código Penal argentino para comprobar si, a pesar de no estar regulados los actos preparatorios en la parte general, esta suerte de ventaja se ve desdibujada con la existencia de tipos penales que configuran adelantamiento en la punibilidad de otros. Finalmente, se presentan algunas reflexiones acerca del tema que atraviesa todo el trabajo, que es la legitimidad de los adelantos de la punición y su vinculación con el concepto material de delito y la idea de prevención.

Palabras clave: actos preparatorios del delito — tentativa — adelanto de punición — delitos de peligro — legitimidad de la punición — principio de lesividad — delito material — prevención

Abstract: As a general rule, acts directed towards the commission of a crime during the stages leading to the perpetration go unpunished. However, the Spanish

* Recepción del original: 07/04/2020. Aceptación: 29/08/2020.

** Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia, Universidad de Buenos Aires. Experta en Teoría General del Delito, Universidad Autónoma de Madrid.

Criminal Code establishes as part of its general provisions the existence of “punishable preparatory actions”, which are not considered in Argentina. This work is intended to provide an analysis on punishable preparatory actions set forth by the Spanish laws in order to compare them with the regulations established for some of these actions under the Argentine Criminal Code. To perform this analysis and delineate the object of study, this work will first briefly address the concept of attempt and the theories that throughout the history of criminal law have tried to offer grounds for its punishment. Then an outline on preparatory actions in general will be given followed by the regulation of punishable preparatory actions under the Spanish Code. Subsequently, an analysis on special provisions of the Argentine Criminal Code will be offered to evidence whether, even though preparatory actions are not established under the general provisions, this sort of advantage is somewhat blurred by the existence of offences that constitute an advance in the punishment of other offences. Finally, this work will offer some thoughts on the subject addressed across the entire work, this is the legitimacy of advance punishment and its connection to the material definition of crime and the idea of prevention.

Keywords: preparatory actions for a crime — attempt — advance punishment — crimes of endangerment — legitimacy of punishment — harm principle — material crime — prevention

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que despertó mi interés durante una breve estancia de estudio en la Universidad Autónoma de Madrid fue la regulación en el Código Penal Español de los actos preparatorios punibles. En Argentina no existen y nunca había tenido noticia de una regulación de ese tipo. Incluso, hasta su propio nombre parecía un contrasentido.

Debo reconocer que si, por lo menos en abstracto, pueden existir reservas respecto a una institución con algunas dificultades de fundamentación como es la tentativa, la idea de que existieran actos preparatorios punibles me alarmó bastante. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en Argentina, ya desde hace algunas décadas por lo menos, existe una tendencia tanto a endurecer las penas como a adelantar la punibilidad de las conductas.¹ De

1. Un ejemplo ilustrativo en Sozzo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y...”, pp. 39-45.

modo que llamó mi atención que aún no hubiéramos introducido este tipo de regulación en nuestro Código Penal. Además, si se entiende la tentativa como una excepción en la punición de un no delito, la punición de un acto preparatorio configuraría una excepción de la excepción. Así es que, por lo menos intuitivamente, parecía un tanto exagerada su punición. Luego, reflexionando un poco más, he llegado a pensar que ni la existencia de los actos preparatorios punibles es tan mala para el ordenamiento penal español, ni que su ausencia en el Código Penal argentino es tan buena.

A estudiar ambas regulaciones es que voy a dedicar las siguientes páginas. Para ello primero describiré a grandes rasgos el concepto de tentativa —incluida su fundamentación— y las características legales de la tentativa en Argentina y en España. Seguidamente, haré una reseña sobre los actos preparatorios en general y, luego, de la regulación de los actos preparatorios punibles en el Código español. Finalmente, voy a analizar la parte especial del Código Penal argentino para comprobar si, a pesar de no tener regulados los actos preparatorios como punibles en la parte general, esta suerte de ventaja se ve desdibujada con la existencia de tipos penales que configuran adelantamiento en la punibilidad de otros. Como cierre, haré alguna mínima reflexión sobre el tema que atraviesa todo el trabajo que es la legitimidad de los adelantos de la punibilidad.

II. LA TENTATIVA

El estudio de la tentativa es el paso previo obligado en este trabajo, pues sólo podremos identificar los actos preparatorios del delito una vez que hayamos establecido la definición y el alcance de la tentativa.

Este instituto presenta dos núcleos problemáticos principales. Por un lado, está la dificultad de su fundamentación, y por el otro, la falta de criterios jurídicos claros que otorguen certeza a la distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. Además de los mencionados, existen otros problemas, así, por ejemplo, el relativo a la existencia o no de un tipo penal de tentativa de modo independiente al tipo que ha quedado tentado²

2. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 349 y ss. Sostiene que el delito en grado de tentativa posee un tipo penal específico diferente al consumado, que constituye el tipo penal de tentativa.

o la delimitación y punición de la tentativa inidónea. Estos puntos, salvo alguna mención específica, no van a ser abordados en el trabajo.

Puede caracterizarse la tentativa como un delito incompleto, es decir que, para que exista tentativa, debe existir comienzo de ejecución de un tipo penal determinado, que por razones ajenas a la voluntad del autor no llega a consumarse. La pauta del principio de ejecución, vinculada a la fundamentación objetiva de la tentativa, fue incorporada al Código Francés en el año 1810³ y adoptada luego por la mayoría de los códigos penales, entre ellos, el argentino y el español.

De este modo, la tentativa aparece en el llamado *iter criminis* como el segmento entre los actos preparatorios y la consumación del delito.

II.A. Fundamentación de la tentativa

La fundamentación de la tentativa ha sido un problema clásico en la teoría del delito. Es importante tener en cuenta que la posición que cada autor adopte sobre el punto no sólo será relevante para la tipicidad, pues de lo que se trata es de fundamentar el adelantamiento de la punición, lo que deberá necesariamente ser coherente con la justificación de la punición misma del delito. Es por eso que la fundamentación de la tentativa tiene raíces profundas en la teoría del delito y si dicha institución no es debidamente fundamentada, es la propia teoría general, y consecuentemente el derecho penal, los que ven minados su legitimidad.

Si la teoría del delito es una construcción dogmática destinada a otorgarle racionalidad a la decisión sobre qué conductas constituyen delitos; es decir, cuáles son los requisitos que deben estar presentes a efectos de imponer una pena, entonces la tentativa, como ya se sostuvo, constituye una excepción y debe construirse de modo de imponer restricciones a su utilización, pues su uso extendido desvirtúa toda la teoría. Dicho de otro modo, si nos dedicamos a establecer los requisitos y condiciones que deben darse para que entendamos que existe un delito y es posible aplicar una pena, y luego decimos que a pesar de no existir esos requisitos podemos aplicar una pena de todos modos, la construcción teórica empieza a

3. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 165. Sobre la discusión sobre su origen, ver nota 3, p. 166.

presentar problemas de racionalidad y logicidad.⁴ De modo que su existencia requiere un esfuerzo importante de fundamentación, por lo menos si queremos otorgarles legitimidad a dichas excepciones.

II.A.1 Teorías sobre la fundamentación de la tentativa⁵

Como en casi todos los aspectos problemáticos de la teoría jurídica del delito, nos encontramos, al momento de indagar sobre la respuesta que han dado los doctrinarios acerca del fundamento de la tentativa, con teorías objetivas y teorías subjetivas. Además, podrían considerarse como teorías mixtas tanto la teoría de la impresión, la teoría dualista y el enfoque funcionalista.

II.A.1.a. Teorías objetivas

El primer desarrollo de las teorías objetivas es atribuido a Feuerbach,⁶ quien inspirado en las ideas liberales sobre el rol del Estado y los derechos de los individuos consideró que lo relevante a efectos de la tentativa era el comienzo de la acción principal y no tanto la voluntad del autor. Lo relevante para este autor va a ser la existencia de “aquella acción cuya finalización debía producir inmediatamente el resultado ilegal y podía hacerlo”.⁷ Feuerbach pone de relieve dos cuestiones de gran importancia: la tentativa es siempre una excepción, y debe existir una acción causal adecuada para producir el resultado.⁸ De modo que este desarrollo viene a romper con la fundamentación de la tentativa de tipo subjetivo que se mantenía desde los glosadores y posglosadores.⁹

4. Esto, claro está, es aún más grave cuando aceptamos categorías que van todavía más lejos en la punición, pasando por encima las primeras excepciones realizadas, como en el caso de los actos preparatorios punibles.

5. Se siguen para realizar una reseña de las teorías principalmente las exposiciones realizadas por Donna, Mir Puig y Farré Trepát.

6. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, pp. 39 y ss.

7. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 29. Cita de Feuerbach extraída de Stratenwerth.

8. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 6. La teoría objetiva, comenta la autora, parte de la idea liberal del contrato social, justificando la intervención del derecho penal a través de la lesión a un derecho para el delito consumado, y a través de la puesta en peligro de ese derecho en la tentativa.

9. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 3.

En general, las teorías objetivas afirman que la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro del bien jurídico, y este peligro debía ser un peligro objetivo, basado en la peligrosidad de la acción respecto a la posibilidad de producción del resultado. Ello trae aparejado una serie de conflictos inherentes a la idea de peligro, de modo que con el paso del tiempo esta teoría se fue complejizando.¹⁰

Así, un primer criterio básico de evaluación de peligrosidad para la teoría objetiva va a ser la proximidad de lesión al bien jurídico y esa proximidad se afirma a partir del comienzo de ejecución.¹¹ Sin embargo, este criterio trae aparejados algunos problemas.

Por un lado, habrá que evaluar qué tipo de puesta en peligro se va a exigir en la tentativa. Donna afirma que la antigua teoría objetiva entendía la puesta en peligro del bien jurídico de forma abstracta, lo que significaría, según él, ausencia de peligro. Sin embargo, las teorías más modernas exigen un peligro concreto, sobre todo a partir de las ideas de autores como Liszt, Birkmeyer, Lilienthal y von Hippel y la interpretación que hizo de esta teoría el Tribunal Imperial de Alemania.¹²

Por el otro, están los conflictos en relación con el resultado, que cabía evaluar en función de lo que la acción produciría según la voluntad del autor, o en lo que podía producir efectivamente, que se vinculó directamente con la discusión sobre la antijuridicidad de la tentativa.¹³ Además, en ambos casos, se presenta el problema de la evaluación, que puede hacerse desde una óptica *ex ante* o *ex post*.

Mir Puig¹⁴ destaca en su desarrollo de las teorías sobre el fundamento de la tentativa las consecuencias político-criminales a las que conduce cada una. En el caso de las teorías objetivas son:

- El principio de impunidad de los actos preparatorios por su incapacidad general de poner en riesgo el bien jurídico protegido por la norma;

10. Dejo de lado la distinción que hicieron algunos autores como Mittermaier, Abegg y Berner sobre la tentativa absolutamente inidónea y la tentativa relativamente inidónea teniendo en cuenta que no ha logrado imponerse, según lo destaca DONNA, *Derecho Penal Parte General...*, p. 41.

11. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 7. Actualmente, este criterio forma parte de la definición de la tentativa en gran cantidad de códigos penales.

12. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 41.

13. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, pp. 40-41.

14. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 347.

- La menor punición de la tentativa respecto al delito consumado en función de la menor gravedad de la tentativa respecto de éste, es decir, a la lesión del bien jurídico;
- La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea.

II.A.1.b. Teorías subjetivas

Como se destacó al inicio de la exposición, las teorías subjetivas provienen de los glosadores, posglosadores y del derecho romano. Paralelamente al desarrollo realizado por Feuerbach de la teoría objetiva de fundamentación de la tentativa, Tittmann realizaba la fundamentación subjetiva a partir de la *Constitutio Criminalis Carolina*.¹⁵

Para la teoría subjetiva el fundamento de la punición se encuentra en la voluntad contraria a derecho manifestada por parte del sujeto, esto es, la voluntad dolosa, restando importancia, en principio, al grado de manifestación de esa voluntad. Comenta Donna que a la luz de esta teoría se dictaron fallos en Alemania como “el caso de la bañera” y “Staschinski”, y que su autor más destacado fue Von Buri. En el mismo sentido, destaca la utilización de esta teoría en los regímenes totalitarios alemán y soviético, y su defensa por parte de la escuela criminológica italiana.

Por su parte, Elena Farré Trepát¹⁶ hace un desarrollo muy completo de la teoría subjetiva. Destaca que existieron teorías subjetivas basadas en la voluntad delictiva y otras basadas en la peligrosidad del autor. Además, enfatiza sobre las diferentes bases ideológicas que la teoría subjetiva tuvo a lo largo del tiempo, si bien afirma que siempre se parte de la idea contraria a la sostenida por Feuerbach respecto al rol del Estado y la función del derecho penal.

En relación con la corriente basada en voluntad del autor, la conducta sería punible a partir de la infracción a la norma desde el punto de vista del autor, es decir, según su propia representación. Han sostenido y contribuido a su desarrollo tanto las doctrinas autoritarias como los autores de derecho penal vinculados al finalismo a partir del concepto personal de injusto y la introducción de los elementos subjetivos. También han hecho su aporte los doctrinarios que sostuvieron la función preventiva de la norma penal.

15. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., p. 4.

16. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., pp. 14 y ss.

En relación con la corriente basada en la peligrosidad del autor, Farré Trepát afirma que se sostuvo que “no es punible toda voluntad manifestada contraria al ordenamiento jurídico sino sólo aquella que se ha demostrado suficientemente peligrosa para un bien jurídico determinado”.¹⁷ Específicamente, la doctrina española sustentó que en la tentativa “se pune en referencia a determinada y concreta actitud peligrosa del agente”.¹⁸

Las consecuencias político-criminales a las que conduce la teoría subjetiva según Mir Puig¹⁹ son:

- Tendencia de ampliación de los actos preparatorios punibles teniendo en cuenta que en ellos ya se manifiesta la voluntad dolosa;
- Punición de la tentativa absolutamente inidónea;
- Igual punición entre tentativa y consumación, pues en ambos casos existe manifestación contraria a derecho de parte del sujeto.

Sin embargo, en la doctrina local argentina, Marcelo Sancinetti cuestiona que la teoría subjetiva deba llevar necesariamente a esas consecuencias político-criminales. Seguidamente, se explica la argumentación que ofrece en el marco de su teoría del ilícito subjetiva.

En este sentido, fundamenta la tentativa en “la voluntad exteriorizada del autor, contrapuesta al contenido de la norma de comportamiento”,²⁰ fundamentación de la punición equivalente a la del delito consumado. Como él mismo destaca, es una concepción cercana a la teoría de Jakobs, pues ambas se apoyan en la objetividad de la norma, por un lado, y en la subjetividad de su infracción, por el otro.

En el marco de su teoría, cobra necesaria relevancia la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, porque el contenido subjetivo del injusto consumado se equipará sólo en el caso de tentativa acabada.²¹ En la tentativa

17. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., pp. 26 y ss.

18. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 26. Cita de Del Rosal.

19. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 347-348.

20. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 354. En este sentido, la fundamentación es similar a la subjetiva que Farré Trepát describe como basada en la voluntad del agente. Sin embargo, Sancinetti, tomando la norma objetiva, no sostiene que la voluntad contraria a derecho se evalúa en función de la representación del autor.

21. En realidad, para Sancinetti el delito consumado y la tentativa acabada son lo mismo, pues niega la relevancia del resultado. El problema de fundamentación de la punibilidad se traslada así, a la tentativa inacabada.

inacabada, el contenido subjetivo es menor y, por lo tanto, no equiparable al del hecho consumado. A través de este postulado de gradación realizado por la escuela de Bonn, y citando párrafos de Zielinski, Sancinetti sostiene que la teoría subjetiva no tiene por qué llevar a la punibilidad de los actos preparatorios; de hecho, ni siquiera tiene por qué llevar a la punibilidad de la tentativa inacabada.²² Respecto de esta, dice: "el fundamento de su punibilidad sólo podría hallarse en una necesidad político-criminal de extender la prohibición de la acción hasta allí". Aunque nada dice respecto a la legitimidad de dicha política criminal.

Luego sostiene, además, que el análisis de la conducta del autor debe guardar correspondencia con la norma. Así lo explica:

Es el deber impuesto por la norma el que marca el límite (objetivo), sólo a partir del cual la acción infringe la norma (¡subjetivamente!) [...] La norma prohíbe la acción únicamente desde el momento en que el autor comienza la ejecución, es decir, cuando 'empieza la tentativa'. Antes de esto, no contrapone aún su voluntad con la norma.²³

Respecto de la punición de la tentativa absolutamente inidónea, también afirma que no es patrimonio necesario de una teoría subjetiva. Utilizando nuevamente la teoría de las normas de Binding, a través del desarrollo de Kaufmann, sostiene que, sin la existencia objetiva de la norma, es decir, la concreción en el deber del imperativo, no existiría el ilícito. Para demostrar que es posible este tipo de argumentación, destaca que aquellos autores objetivistas que niegan la punibilidad de la tentativa inidónea, luego en la antijuridicidad defienden de manera casi unánime los presupuestos objetivos de justificación.²⁴ Así, nada obsta a que, conceptualmente, esto ocurra también con la norma prohibitiva.²⁵

22. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 384. Bacigalupo ha negado este postulado de la escuela de Bonn sobre la posibilidad que el disvalor de acción sea graduable según la progresión de la acción.

23. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 461.

24. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 473.

25. Luego de sostener esta posibilidad racional de no punición de la tentativa inidónea en el marco de una teoría subjetiva, afirma, sin embargo, que hace falta más bien una decisión valorativa sobre su punibilidad. Finalmente, afirma la punibilidad de la tentativa inidónea basado en razones preventivas.

En relación con la punibilidad, tanto del delito consumado como de ambas tentativas, al negar la relevancia del resultado, confirma que los tres casos —los dos tipos de tentativa y el delito consumado— merecen una pena similar en función del desvalor de la conducta.²⁶

La tesis doctoral de Sancinetti resulta muy interesante porque muestra las consecuencias a las que lleva la teoría subjetiva en los puntos centrales de la tentativa, controvirtiendo algunos de los argumentos que comúnmente se le atribuyen a esa teoría, ello, a través de su anclaje en la norma. En este sentido, resulta razonable conceder que un enfoque de fundamentación subjetivo no necesariamente deba conducir a la punición de actos preparatorios, aunque por su fuerte referencia a la norma objetiva, cabría analizar si su teoría podría ser analizada más como una teoría mixta que como una pura teoría subjetiva.

II.A.1.c. Teorías mixtas

II.A.1.c.i. Teoría de la impresión

Esta teoría nace a partir del esfuerzo puesto en la necesidad de superar la dicotomía entre la teoría objetiva y la subjetiva y los problemas que cada una de ellas plantean, de modo que en general los autores la consideran una teoría intermedia o mixta.

Afirma que habrá tentativa punible cuando la acción contraria a Derecho sea idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico.²⁷ Parten de la teoría subjetiva agregando requisitos supuestamente objetivos como la afectación en la colectividad de la confianza en la validez de la norma que pueda perturbar la paz jurídica, de ahí su nombre.

Teniendo en cuenta las características del requisito agregado a la teoría subjetiva, y a pesar de la opinión de los autores que la sustentan, entiendo que esta teoría es sólo una variante más de las teorías subjetivas, pues el concepto de “conmoción social” es lo suficientemente impreciso y difícil

26. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, p. 483 y ss. Poniendo un ejemplo de coautoría colateral, pretende demostrar la equidad de penar a todos los autores de la misma forma, sobre todo porque el autor niega la accesoriedad de la participación, ya sea cuantitativa o cualitativa.

27. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 53.

de establecer de manera objetiva como para considerarlo una limitación objetiva.²⁸

Las consecuencias político-criminales según Mir Puig son:

- La adopción de criterios objetivos para delimitar los actos preparatorios punibles de la tentativa, porque solo deben castigarse los actos que producen conmoción social;²⁹
- La atenuación facultativa de la pena de la tentativa, según se amiore o no la conmoción social;³⁰
- La impunidad de la tentativa irreal, porque no puede sostenerse que traiga aparejada conmoción social.

II.A.1.c.ii. Otras teorías mixtas

Farré Trepát sostiene que, tras doscientos años de discusión sobre este tema, si bien no se ha logrado arribar a una solución, sí se ha avanzado progresivamente, y uno de esos avances lo constituye el acercamiento entre las dos posiciones antagónicas originarias. Así, destaca la posición de

28. Lo mismo han opinado autores como Hirsch, Zaczyk y Kratzsch, entre otros. Aunque está claro que el segundo elemento subjetivo se desplaza del sujeto actuante a la sociedad; en ese sentido, se acerca más a la teoría funcionalista.

29. A mi criterio, esta afirmación no es del todo correcta, pues sólo permitiría —por lo menos como teoría que fundamenta la tentativa— la distinción entre actos punibles —ya sean preparatorios o de ejecución— y actos no punibles —que podrían ser de preparación o ya de ejecución—, pero no otorga un criterio para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución, sino que se limita a establecer un criterio sobre cuáles son los actos que a pesar de no existir consumación pueden ser punibles. La afirmación que acabo de hacer puede resultar confusa, pero piénsese en un acto que según las otras teorías sería ejecutivo, es decir, que merece la pena de la tentativa, como por ejemplo el efectuar un disparo contra un tercero que por poco no llega a dar en el sujeto pasivo. Ahora supongamos que en ese hecho no existió conmoción social alguna. ¿Podríamos decir que existió un acto de preparación no punible porque sólo nos basamos para delimitarlos en el criterio de la conmoción social del hecho? Tal como destaca Farré Trepát, el punto está en que la impresión “no se refiere a la verdadera conmoción que el hecho produce en el caso concreto, sino a la capacidad de éste para producirla”. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 32. Así, está claro que los contornos de la teoría se vuelven mucho más vagos.

30. En el mismo sentido que la nota anterior, corresponde preguntarse aquí cuál sería la pena para la tentativa en la que la manifestación de la voluntad contraria a derecho está presente, el peligro para el bien jurídico también, pero que no causa conmoción social. ¿Sería impune?

diferentes autores españoles que sostienen una teoría mixta que parte de la teoría objetiva como fundamentación principal pero admiten elementos subjetivos, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, Núñez Barbero y Ferrer Sama, quienes aceptan que la resolución de cometer el delito constituye un elemento subjetivo cofundamentador del injusto de la tentativa.³¹ Ella misma, utilizando citas de Mir Puig, fundamenta la tentativa desde una perspectiva predominantemente objetivista pero teniendo en cuenta la voluntad del autor. Ello, así pues, atribuyendo al derecho penal la función de protección de bienes jurídicos, afirma que la norma penal es una norma preventiva y, por lo tanto, se debe aceptar que se dirige a la voluntad del ciudadano para que no realice la acción peligrosa al momento en que aquél va a actuar. Consecuentemente, entiende que el juicio sobre el peligro de lesión del bien jurídico deberá hacerse *ex ante* con los conocimientos del autor más los de un espectador objetivo.

Sancinetti³² menciona dentro de las teorías mixtas, además de la teoría de la impresión, la teoría de la expresión de la fractura de la norma cercana al tipo de Jakobs y la teoría dualista de Schmidhäuser y Alwart.

La teoría de la impresión ya fue expuesta, y la teoría de Jakobs es tratada independientemente, de modo que resta explicar resumidamente la fundamentación de la tentativa que realizó Schmidhäuser, que luego fue seguida por Alwart.³³ Schmidhäuser ofrece una explicación de doble vía: fundamenta separadamente la tentativa idónea objetivamente a partir del peligro corrido por el bien jurídico, y la tentativa inidónea subjetivamente a través de la voluntad del autor.³⁴ En el caso de la tentativa inidónea, el dolo debe ser de primer grado para completar el disvalor de la conducta.

II.A.1.d. Teorías funcionales

Para aquellos autores que consideran que el derecho penal tiene por finalidad el mantenimiento de la validez de la norma, el fundamento de la tentativa es el mismo que el del delito. Afirma Jakobs:

31. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., p. 33.

32. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., pp. 366 y ss.

33. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., p. 367.

34. SANCINETTI, Teoría del delito y disvalor de..., p. 367.

Dado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma. Tal es el contenido mínimo del comportamiento punible.³⁵

Luego lo precisa estableciendo que el fundamento de la punición de la tentativa es que el autor pone de manifiesto una infracción a la norma. Este autor realiza una distinción muy interesante entre la tentativa formal y la tentativa material.³⁶

Es interesante el requisito que agrega Jakobs a la tentativa, acercando aún más la tentativa al delito consumado. Afirma:

Por lo que se refiere a la tentativa, se tiene que atender, además de al hecho de dar comienzo inmediatamente a la realización del tipo, al contenido materialmente delictivo del comportamiento, esto es, a si el autor se arroga la organización de un asunto de la víctima.³⁷

Bacigalupo da una fundamentación de la tentativa también basada en el intento del sujeto que expresa su desobediencia a una norma realmente existente y sostiene que lo importante va a ser si el sujeto obró o no de manera que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma.³⁸

Este tipo de fundamentación excluye la tentativa llamada supersticiosa, pues no se dirigen contra ninguna norma verdaderamente existente. Tampoco distingue entre tentativa idónea e inidónea, sino más bien las equipara. Sostiene que toda tentativa es inidónea ex post y ex ante por un tercero con los conocimientos que el autor no tiene, así, lo relevante será la evaluación ex ante y desde la perspectiva del autor. Esa sería la única forma racional de entenderlo.³⁹

35. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de...*, p. 863.

36. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de...*, p. 864. Afirma: "El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo".

37. JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", p. 304.

38. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 60.

39. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 61.

II.B. La tentativa en España

La definición legal de la tentativa viene dada por lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal español:

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

De la definición legal, Molina Fernández afirma que “se deduce que la tentativa es ya ejecución del delito, pero **no** llega a concretarse en un **resultado lesivo por causas independientes de la voluntad del autor.**”⁴⁰

Tradicionalmente, la tentativa, al ser el comienzo de un delito que no llega a consumarse, es estudiada y clasificada en función de su idoneidad, es decir, la capacidad que ha tenido el intento de producir el resultado lesivo. Así, siguiendo la exposición que hace el mismo autor⁴¹ pero que concuerda en general con la doctrina mayoritaria, la tentativa se clasifica en idónea, inidónea e irreal. La tentativa idónea es aquella que es apta para producir el resultado, aunque finalmente no lo logre. La tentativa inidónea es aquella que, ya sea por inidoneidad en el objeto, los medios utilizados o el sujeto, no puede alcanzar a producir el resultado, aunque tal circunstancia no era cognoscible por el sujeto al momento de llevar a cabo la acción. Y finalmente la tentativa irreal es aquella absolutamente incapaz de producir el resultado y en la que la inidoneidad puede ser percibida al momento de realizar la acción por un hombre medio. Ejemplo de esta última puede ser la tentativa supersticiosa —pretender matar mediante conjuros—. La doctrina mayoritaria entiende que la tentativa irreal es siempre impune, y la tentativa idónea e inidónea son punibles, salvo en caso de tentativa inidónea cuando la inidoneidad se da en el sujeto, que se encuentra más discutido.⁴²

40. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319. La negrita corresponde al autor.

41. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319.

42. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 319.

También se clasifica la tentativa en inacabada y acabada. La primera es aquella en la que el autor no ha llevado a cabo todos los actos ejecutivos que deberían dar lugar al delito consumado. La segunda es aquella donde el autor si ha realizado todos los actos ejecutivos que el delito requería, aunque finalmente el resultado no se produce.

Se entienden como elementos de la tentativa: 1) que exista comienzo de ejecución de uno o todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado; 2) que la ausencia de resultado no se deba al desistimiento del autor; 3) el dolo del autor. Los elementos 1) y 2) son los elementos objetivos de la tentativa, mientras que el dolo constituye el requisito subjetivo.

Correspondería analizar a continuación cuando existe comienzo de ejecución para delimitar la tentativa de los actos preparatorios, pero al ser un punto con más relevancia doctrinaria que legal, puede ser analizado en general para ambas legislaciones y por esa razón se trata en el acápite III.B.

II.C. La tentativa en Argentina

El artículo 42 del Código Penal argentino establece:

El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad sufrirá las penas establecidas en el artículo.44

Donna afirma que la doctrina mayoritaria argentina sostiene en su caracterización de la tentativa la existencia de un tipo objetivo incompleto y un tipo subjetivo completo.⁴³ Sin embargo, esto es relativo, puesto que tanto Donna como Zaffaroni, dos de los penalistas más reconocidos en la Argentina, no sostienen esa caracterización. El primero afirma que el tipo subjetivo no se da completo, y el segundo que tanto el objetivo como el subjetivo se presentan usualmente incompletos.⁴⁴

El Código Penal argentino, entonces, al igual que el Código español, establece la fórmula del principio de ejecución como elemento definitorio para la tentativa. En el artículo 43 prevé el desistimiento voluntario y en el artículo 44 la pena de la tentativa, afirmando que se reducirá la del delito

43. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 27.

44. ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 809.

consumado de un tercio a la mitad, sin establecer parámetros para realizar la reducción como lo hace el código español en el artículo 62.

El último párrafo del artículo 44 dice:

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Los autores argentinos coinciden en que el mal llamado “delito imposible” no es otra cosa que la tentativa inidónea,⁴⁵ previendo la eximición de pena para los casos de tentativa irreal –conforme a la clasificación que hiciéramos al tratar la regulación española–. La referencia final a la peligrosidad revelada por el delincuente es muy poco feliz, y suponemos que responde a la confusión de ideas y corrientes doctrinarias que el legislador tuvo en miras al momento de legislar la tentativa, influenciado por doctrinas de aquellos tiempos, ya que la regulación de la tentativa no fue modificada desde la sanción del actual código, redactado en 1917 y sancionado en 1921.⁴⁶

Como resultado de este breve resumen, puede destacarse que ambas legislaciones recogen la fórmula del principio de ejecución, vinculada a la fundamentación objetiva de la tentativa. Sin embargo, el Código español, a diferencia del argentino, hace explícita la opción cuando en el artículo 62 dispone que para establecer la pena de la tentativa deberá atenderse al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

III. LOS ACTOS PREPARATORIOS

A efectos de delimitar los actos preparatorios debemos analizar los conceptos que operan como limítrofes en el llamado *iter criminis*, que son, la ideación en un extremo, por un lado, y los actos de ejecución o tentativa, por el otro. Como resultado de ese análisis, lo que quede en el medio serán

45. DONNA, *Derecho Penal Parte General...*, p. 101; ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 837.

46. DONNA, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, p. 101. Sostiene que el redactor del Código Penal trató de eliminar tanto la teoría subjetiva como la influencia del positivismo imperante en la época, pero que sin embargo no logró filtrar toda la influencia de esas posiciones.

los actos preparatorios, que además podrían caracterizarse como los actos que el sujeto realiza a efectos de planear, proyectar y organizar el hecho delictivo.

III.A. Las fases previas y la punibilidad de los actos preparatorios

La doctrina suele distinguir diferentes etapas del *iter criminis*. Algunos autores señalan la preparación, la tentativa, la consumación y la finalización como etapas básicas del delito. Otros autores las distinguen con más detalle: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho.⁴⁷

Mir Puig⁴⁸ distingue la fase interna y la fase externa del *iter criminis*. Siguiendo este criterio, lo que al principio del punto III llamamos "ideación" forma parte de la fase interna y puede abarcar tanto la concepción, la deliberación, como la decisión e incluso toda la preparación que tiene lugar en la mente del sujeto. Esta distinción de esferas tiene doble relevancia; por un lado, indica la diferenciación entre la ideación y los actos preparatorios y, por el otro, marca un límite prácticamente infranqueable para la punición, pues en virtud del principio formulado por Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur* la punición de las ideas y pensamientos está prohibida.

Pero, en tanto existen hechos de preparación exteriorizados que tampoco deberían poder considerarse preparación punible, parecen necesarios otros criterios para determinar lo punible de lo no punible, además de la distinción entre fase interna y externa.

Jakobs parece venir en nuestro auxilio precisando la delimitación entre los ámbitos citados. Si bien distingue el ámbito interno del externo a través de la cita de Ulpiano, destaca que en un ordenamiento de libertades también el ámbito externo goza de protección. Más precisamente, el autor parte del reconocimiento del posible autor como ciudadano⁴⁹ y diferencia

47. ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, p. 810.

48. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 346 y ss.

49. JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y...*, p. 295. Afirma que una de las causas de anticipación de la punibilidad está dada por la aplicación del principio de la protección del bien jurídico, que produce que al autor se lo trate como enemigo y no como ciudadano. Él, entonces, parte de la idea contraria, tratando al posible autor como ciudadano.

una esfera civil interna y una esfera civil externa.⁵⁰ Tanto en una como en la otra, el derecho penal sólo puede ingresar cuando la conducta del sujeto se introduce en ámbitos de organización ajenos.⁵¹ El autor afirma que:

En un Estado de libertades están exentas de responsabilidad no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y, además, toda conducta externa que sea per se irrelevante.⁵²

En el mismo sentido, Pawlik sostiene que “esa esfera privada también abarca la propia conducta, en tanto en cuanto, por ejemplo, se manifiesta a través de contactos consensuados con otras personas”.⁵³

La primera distinción entre fase interna y externa es útil a efectos de diferenciar los actos preparatorios en el *iter criminis*, pues algo que pasa en la cabeza del sujeto nunca puede constituir un acto preparatorio de relevancia para el derecho penal, y la segunda distinción nos otorga un criterio respecto a lo que puede legítimamente punirse.⁵⁴ Este análisis evidencia que el estudio sobre la caracterización de los actos preparatorios se encuentra necesariamente atravesado por el estudio de la legitimidad de la punición, y que, a su vez, la legitimidad de la punición no puede analizarse sin un concepto de ilícito material.

En definitiva, podría definirse el ámbito de lo punible también a través de una cita de Jakobs: “Con el fin del dominio de los sujetos termina la libertad civil”.⁵⁵

50. Entiende el autor que la delimitación entre el ámbito interno y el externo no debe partir de un concepto naturalista sino normativo. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 296.

51. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 302 y ss.

52. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, pp. 302 y ss.

53. PAWLIK, La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal, p. 101.

54. Luego, se puede estar de acuerdo o no con los alcances que el autor otorga al ámbito de organización ajeno o a la conducta per se irrelevante.

55. JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 306. Sin embargo, luego el autor acepta la punición de conductas como las de tenencia de arma. Ver también, precisando la idea de control, VILLAR, M., ¿Responsabilidad por la suerte?

III.B. La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución

Ya dentro de la fase externa, todos los actos que no sean de ejecución y constituyan actos tendientes a la concreción del delito serán actos preparatorios en sentido general.⁵⁶ Estos actos tienen una manifestación en el mundo exterior y abarcan la etapa de planificación externa hasta la ejecución del hecho.⁵⁷ Ahora bien, la distinción precisa entre los actos preparatorios y los actos de ejecución forma parte de una de las materias más complejas y discutidas dentro de la dogmática penal. Su importancia es mayúscula, pues a través de esa distinción podrá delimitarse, aunque sea como regla general, la punición del *iter criminis*.

En lo que sigue se realiza un apretado resumen de las teorías que se desarrollaron tratando de echar luz a la separación entre los actos de preparación y los de ejecución.⁵⁸

III.B.1. Teorías subjetivas

III.B.1.a. Teoría puramente subjetiva

Fue defendida por von Buri en Alemania y propugnaba la existencia de tentativa a partir de “la primera actividad llevada a cabo que, con voluntad delictiva, se dirija a la consumación”.⁵⁹ Así, lo que marcaba el comienzo de la ejecución, y con ella, el comienzo de la punibilidad, era la “voluntad objetivada”.⁶⁰ Otro autor que la defendió fue Eisenmann, quien sostuvo que “existe una tentativa punible en cuanto la intención antijurídica puede reconocerse en acciones que comportan su realización”.⁶¹ Mir Puig agrega que lo decisivo para esta teoría radica en la opinión del autor acerca de la conducta que es decisiva en su propio plan delictual.

Esta teoría prácticamente no tuvo más defensores que los dos autores nombrados y la mayoría de los doctrinarios que adscribieron a teorías

56. Dejando acá de lado el tema de la punibilidad.

57. DONNA, Derecho Penal Parte General, Tomo VI, p. 32.

58. Se siguen en lo sustancial los desarrollos realizados en MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, pp. 356-358 y FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, pp. 174-229.

59. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 174.

60. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 175.

61. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 175. Cita de EISENMANN, ZStW, 13 (1893), p. 485.

subjetivas prefirieron la teoría del *dolus ex re*. Por otra parte, esta teoría borra la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, y amplía la punición a actos que actualmente los propios códigos penales consideran impunes.

III.B.1.b. Teoría del *dolus ex re*

Esta teoría exigía, además de la acción exteriorizadora de voluntad, una voluntad dirigida a cometer un delito específico. Existe tentativa, entonces, cuando la voluntad ha sido exteriorizada de forma inequívoca a la consecución de ese delito.

Este enfoque presenta, al igual que la anterior, severos problemas. Por un lado, podría dejar impunes en algunos casos actos típicos de ejecución por la exigencia de la manifestación unívoca en referencia a un delito específico. Por el otro, cuando la manifestación de la voluntad es muy fuerte, ampliaría la punición a actos muy lejanos a la conducta establecida en el tipo penal.

III.B.1.c. Teoría de la univocidad

Para esta teoría subjetiva la atención está puesta en que la voluntad delictiva sea lo suficientemente firme, invariable o irrevocable.⁶² Serán entonces actos de ejecución punibles aquellos que manifiesten de manera unívoca o inequívoca la voluntad del autor de cometer el delito. Esta teoría, para evaluar la seriedad de la manifestación, recurrió en un primer momento al plan del autor. Luego los doctrinarios fueron desarrollando diferentes criterios para juzgar la resolución irrevocable de cometer el delito, recurriendo a criterios objetivos, subjetivos y mixtos.

III.B.1.d. Teoría de Bockelmann

Este autor afirmó que el criterio para distinguir entre actos preparatorios y actos de tentativa radica en observar si el autor tomó la decisión última y más trascendente sobre el sí de la acción, es decir, “cuando el *dolo* del autor ha superado la prueba de fuego de la situación crítica”.⁶³

62. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 178.

63. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y..., p. 178. Cita de BOCKELMANN, JZ, 1954, p. 473.

Las teorías subjetivas tuvieron una alta recepción doctrinaria y jurisprudencial, pero han sido progresivamente abandonadas y actualmente no se encuentran defensores. Lo cierto es que, con la inclusión de fundamentos objetivos en la mayoría de los códigos penales de occidente, estas teorías resultan hoy prácticamente imposibles de sostener, a la par que provocan una ampliación de la tentativa incluyendo actos preparatorios, tendencia contraria a la sostenida por la mayoría de los autores, que buscan otorgar criterios que doten de precisión el límite entre tentativa y preparación. Farré Trepát destaca que el aporte de las teorías subjetivas fue acercar la perspectiva del plan del autor al análisis de la cuestión.⁶⁴

III.B.2. Teorías objetivas

III.B.2.a. Teoría objetivo formal

La teoría objetivo formal sostuvo que el comienzo de la tentativa, es decir, de los actos de ejecución, están delimitados por la acción típica del delito en cuestión. La tentativa comienza con el inicio de la acción típica. Todas las conductas que no son subsumibles en el tipo penal a partir del verbo son conductas preparatorias.

Esta teoría fue dominante en la doctrina alemana durante muchos años, y entre sus representantes pueden enumerarse Zachariä, Mittermaier, Beling, von Liszt y von Hippel, entre otros. En Argentina fue defendida por Sebastián Soler.⁶⁵

Sin dudas, tiene algunas ventajas muy claras. Por un lado, tal como destacan los autores, otorga seguridad jurídica, pues delimita con algún nivel de precisión los actos de ejecución de los preparatorios. Por el otro, al igual que la teoría formal objetiva de la autoría, es respetuosa del principio de legalidad. Luego, también hay que destacar como desventaja —aunque no lo considero una desventaja pura—, que es una teoría restrictiva con respecto a los actos de ejecución. Ahora bien, tal como destaca Mir Puig,⁶⁶ la teoría desplaza el problema de la delimitación entre actos de preparación y actos de ejecución al ámbito de decisión sobre cuándo comienza

64. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 188.

65. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, pp. 203 y ss.

66. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 356. En el mismo sentido FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 190.

la acción típica.⁶⁷ Además, sostener esta teoría equivale a decir que en los delitos instantáneos no existe la tentativa, afirmación que muchos autores, pero todavía más la jurisprudencia, pueden ser renuentes a aceptar.

III.B.2.b. Teorías objetivo materiales

Estas teorías pretenden delimitar de manera material y objetiva el contenido de ambos tipos de actos.

Entre las teorías de tipo objetivo materiales Farré Trepát menciona:

- Teorías basadas en la causalidad: Los sostenedores de estas teorías quisieron encontrar la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos en función del diverso significado causal que pueden tener dichos actos en relación con el resultado. Una de estas teorías fue la que distinguió entre causa y condición pretendiendo encontrar la delimitación entre actos de preparación y actos de ejecución en que los primeros constituyen condición del delito y los segundos causa. Sin embargo, esta distinción en los hechos resultó ser impracticable. Otra de las teorías analizó el distinto valor de las condiciones según su consideración concreta y abstracta, eso significaba que hay conductas que condicionan el resultado típico de manera esencial y por ello constituyen actos de ejecución. Estas teorías basadas en la causalidad, tal como destaca Farré Trepát, conducen a resultados bastante parecidos a los de la teoría formal objetiva.
- La formulación de Frank: Este autor afirmó que:

Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como parte integrante de ella según una concepción natural.⁶⁸

- Teoría del peligro: Esta teoría, que ha sido elaborada por la doctrina alemana, sostiene que una acción es ejecutiva cuando existe

67. Si bien la objeción es clara, y tal como sostiene Farré Trepát, vale preguntarse aun cuando comienza la acción de matar, si cuando se saca la pistola o cuando se apunta, también es cierto que es un criterio que en algunos casos delimita con precisión la tentativa. En este sentido, concentra los problemas de interpretación en una zona gris que parecería ser más acotada.

68. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 196.

un peligro objetivo para el bien jurídico protegido. En ausencia de este peligro, la conducta será preparatoria. Luego, sus sostenedores fueron progresivamente exigiendo que el peligro sea concreto, directo o serio.⁶⁹

- Teoría del ataque al bien jurídico: Indica que el principio de ejecución tiene lugar cuando la conducta del autor comporta un ataque al bien jurídico. Estos autores, además, han relacionado la exigencia del ataque al bien jurídico con la posibilidad de ejercer legítima defensa.

III.B.3. Teorías mixtas

Dentro de las teorías mixtas Farré Trepát incluye la fórmula de Frank sumada a la consideración del plan del autor; la teoría del peligro sumada a la consideración del plan del autor; la *Ansatzformel* aportada por Welzel; y la posición de Schmidhäuser.

Mir Puig⁷⁰ conceptualiza una teoría mixta a partir de la fórmula de Frank, adicionando precisiones tomadas de la doctrina alemana.⁷¹ En este sentido, destaca la necesidad de valorar el plan del autor desde un prisma objetivo-subjetivo, y luego establece dos criterios de valoración de ese plan: la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez de la acción. Así, el comienzo de la tentativa estará marcado por la puesta en peligro del bien jurídico a través de una conducta inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica.

También sostuvieron teorías mixtas Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, y Gimbernat Ordeig en España.

Finalmente, cabe destacar la existencia de doctrinarios que niegan la posibilidad de distinción entre los actos de preparación y los de ejecución. Por ejemplo, Molina Fernández sostiene que tanto preparar como ejecutar son conceptos graduales, de modo que el intento de hallar un criterio en base a pautas materiales o cualitativas está condenado al fracaso. Así, propone la utilización de criterios valorativos generales que ayuden a los jueces fijar convencionalmente límites y que a la vez sirvan para justificar los adelantos de punibilidad. Estos criterios son: 1) peligrosidad cualifica-

69. FARRÉ TREPAT, La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia, p. 199.

70. MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, p. 357.

71. Parte de la fórmula de Frank y suman precisiones Baumann y Stratenwerth.

da evaluada a través de la gravedad del daño que podría causar y de la probabilidad de que suceda; 2) firmeza de la resolución; y 3) inequívocidad.⁷²

III.C. Los actos preparatorios punibles en España

Los actos preparatorios eran punibles ya en el primer Código Penal español del año 1822, por lo que podría sostenerse que su punición forma parte de la tradición penal española. Es recién en el Código Penal de 1848 que se introduce la impunidad de los actos preparatorios.⁷³

En el Código Penal vigente los actos preparatorios son por regla general impunes. Pero existen tres tipos de actos preparatorios punibles,⁷⁴ que se encuentran previstos en la parte general del Código y que resultan aplicables sólo a algunos delitos⁷⁵ de la parte especial que específicamente así lo establecen.⁷⁶ Son la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir.

Se seguirá en la explicación fundamentalmente el texto del profesor Molina Fernández.⁷⁷ Este autor afirma que:

Son actos preparatorios del delito aquellos actos materiales dirigidos a la realización de un delito que se sitúan en la fase previa a la

72. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 321.

73. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 219. Refiriéndose al primer código la autora afirma: “[...] Si bien consideraba punibles de forma general los actos preparatorios, en el art. 6 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 que la ley lo determine expresamente’”, p. 257.

74. Pueden ser cuatro si se tiene en cuenta la apología establecida en el artículo 18.1.2 del Código Penal español.

75. LLABRÉS FUSTER, “Comentarios artículos 17 y 18”, p. 219. “Se opta por un sistema de punición específica de éstas tres concretas clases de actos preparatorios, que sólo se castigarán en los casos expresamente previstos respecto de determinados delitos o grupos de delitos: homicidio y asesinato (art. 141), lesiones (art. 151), detenciones ilegales y secuestros (art. 168), trata de seres humanos (art. 177 bis 8), robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (art. 269), blanqueo de bienes (art. 304), tráfico de drogas (art. 373), delitos contra la administración pública (art. 445), rebelión (art. 477), homicidio, lesiones y detenciones ilegales al Rey y personas de protección asimilada (art. 488), asociación ilícita (art. 519), sedición (art. 548), atentado (art. 553), terrorismo (art. 579), traición (art. 585), y los delitos contra la comunidad internacional (art. 615)”.

76. LLABRÉS FUSTER, *Comentarios Prácticos al Código Penal*, pp. 219-220. El autor destaca las falencias de esta forma de punición, que en algunos casos hace referencia a todos los delitos del capítulo o título generando dudas respecto a los tipos estrictamente concernidos.

77. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”.

ejecución propiamente dicha del delito, esto es, que son previos a la tentativa.⁷⁸

Se afirma que para poder anticipar la punición a los actos preparatorios de un delito deben darse tres condiciones:

- que sea previsible un resultado grave;
- que el acto preparatorio sea inequívoco;
- que, por las condiciones del hecho, la resolución delictiva sea suficientemente firme.

Tal como quedó establecido anteriormente, la presencia de las tres condiciones establecidas por Molina Fernández no es suficiente para la punición de actos preparatorios, sino a la inversa: las tres condiciones deben darse en los actos preparatorios punibles previstos en la ley y en relación con aquellos delitos que específicamente admiten su punición.

Los tres casos de anticipación punitiva del Código requieren, como se verá, la intervención de varios sujetos en el hecho, es decir que –por lo menos en abstracto– es esperable que se den las tres condiciones arriba descritas, por eso, se entiende que son figuras “a caballo entre la teoría del *iter criminis* y la de la participación delictiva”.⁷⁹ Llabrés Fuster destaca, asimismo, que, si bien su naturaleza es discutida, en cualquier caso, son formas previas a la codelinuencia.⁸⁰

Previo a analizar los actos preparatorios en particular corresponde resaltar que, al no ser delitos autónomos, no cabe la participación ni las formas de imperfecta realización en ellos, y que a pesar de no tener previsto el desistimiento como en el caso de la tentativa, la jurisprudencia y la doctrina han admitido su aplicación.

III.C.1. La conspiración

Conforme lo establecido en el artículo 17.1 del Código Penal español, “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

78. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 312.

79. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 313.

80. LLABRÉS FUSTER, “Comentarios artículos 17 y 18”, p. 218.

Son elementos de la conspiración:

- i) La intervención de dos o más personas. La jurisprudencia ha sostenido que deben reunir las condiciones necesarias para poder ser autores del delito proyectado.⁸¹
- ii) El concierto para la ejecución de un delito. Debe existir un acuerdo de voluntades de los conspiradores para cometer un delito. “Es, por ello, un acto preparatorio de coautoría (**coautoría anticipada**)”.⁸² Se afirma que no basta que la concertación se realice para cometer delitos en general, sino que se debe identificar el delito, sobre todo teniendo en cuenta que la rebaja de la pena se hace a partir de la pena del delito consumado.
- iii) La resolución ejecutiva debe ser firme. Si varias personas se reúnen y comienzan a planear un delito, pero aún no han resuelto ejecutarlo, el hecho no es punible. La resolución de ejecutarlo, además de firme, debe existir en todos los intervinientes. Con relación a este último requisito, la jurisprudencia ha exigido un lapso de tiempo entre la resolución de cometer el delito determinado y el hecho, entendiendo que implica reflexión.⁸³
- iv) La viabilidad del plan. Es un elemento que viene exigiéndose jurisprudencialmente.⁸⁴

III.C.2. La proposición

Según lo establece el artículo 17.2 del Código Penal español, “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

Son elementos de la proposición:

- i) La resolución delictiva por parte del proponente. Si no fuera así, la conducta sería más cercana a una conspiración no punible –aún–.

81. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 313.

82. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...” La negrita corresponde al original.

83. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 314.

84. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 314.

- ii) La invitación a otro u otros a participar del delito. Antes de la reforma del año 2015 el artículo se refería a invitar a otro u otros a “ejecutar” el delito.⁸⁵

Afirma Molina Fernández que luego de la reforma quedan abarcadas por la proposición a cometer delitos, haciendo una interpretación amplia del término “participación”:

- a) La invitación a otro para que éste cometa el delito en autoría directa, coautoría (con el proponente o un tercero) o autoría mediata;
- b) La invitación a otro para que éste participe (en sentido estricto) como inductor, cooperador necesario o (más discutible) como cómplice en el delito que va a realizar como autor el proponente o un tercero.

En la aplicación de esta figura, sobre todo antes de la reforma del Código Penal, el Tribunal Superior español exigió además que la ejecución propuesta sea algo posible; que la propuesta sea seria y concreta, y claro, que el delito no inicie su ejecución. Se destaca además que no es necesario que la invitación del proponente sea aceptada.⁸⁶

III.C.3. Provocación

Establece el artículo 18 del Código Penal español:

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia

85. Se sostiene que luego del conocido caso “fiscal Zaragoza” se introdujo la reforma a efectos de ampliar la punibilidad a aquellos supuestos en que el proponente no intervenga en el hecho. No queda claro si la reforma logró lo que se proponía, pues la invitación a participar hace referencia a que el invitado puede ser autor o partícipe, pero nada agrega sobre el proponente, sobre todo porque el texto legal se refiera a quien “ha resuelto cometer un delito”. Molina Fernández sostiene que la jurisprudencia y la doctrina por completo dominante vienen incluyendo también los casos en que el proponente no participa del hecho, esto, por la modificación que se realizó de la provocación, que actualmente no incluye la provocación individual. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 316. Esta pareciera la interpretación más razonable, aunque un poco reñida con el principio de legalidad.

86. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 316.

semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito.

Como bien destaca Molina Fernández, la naturaleza de la provocación como acto preparatorio requiere de algunas precisiones, pues si se entiende por acto preparatorio del delito aquel que realiza el autor previo a la ejecución, la provocación sería sólo una inducción en grado de tentativa, porque el provocador no prepara el delito, sino que induce a otros a prepararlo y ejecutarlo. Más aun para aquellos autores que consideren que la inducción es autoría en sentido estricto.

Son elementos de la provocación:

- i) La incitación directa, entendiéndose por ésta la provocación a personas a que terceros ejecuten.
- ii) La incitación debe realizarse a través de un medio de difusión o ante una concurrencia de personas, pues lo distintivo de la provocación parece ser la masividad de los destinatarios, de ahí que los autores expongan sus dudas sobre el significado puntual del término “concurrencia”.
- iii) Debe incitarse a la realización de un delito determinado. No basta con realizar una incitación general a delinquir.

Se destaca en el mismo artículo que si a la provocación siguiera la realización del delito por parte de alguno de los provocados, el provocador será responsable de inducción, de modo que la provocación es una inducción intentada.

III.C.3.a. Apología

Además de la provocación, el artículo 18 regula la apología. Según el inciso 2 de ese artículo:

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

Como se desprende de manera clara de la regulación legal, la apología es una forma de provocación, de modo que el artículo viene a precisar, quizás innecesariamente, que quienes inciten directamente a cometer un delito determinado a través de la difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor se les aplicará este artículo. Lo que viene a dejar claro que la simple apología no es punible.

Para Molina Fernández es una fórmula vacía, pues la apología nunca puede ser por sí misma provocación, porque esta última requiere una actividad mucho más específica por parte del provocador, con lo cual, se podrán dar juntas, pero nunca sólo la apología, de modo que era innecesaria su inclusión en el artículo. Apoya su argumento señalando el establecimiento del delito de apología en otros tipos penales, por ejemplo, delitos de lesa humanidad y genocidio.⁸⁷

III.C.4. Otros actos preparatorios

Además de estos actos preparatorios punibles que se enumeran en la parte general del Código Penal español, también la parte especial prevé delitos que constituyen adelantamientos de punición. En tal sentido, sería esperable que un análisis como el que se realiza en este trabajo respecto al Código Penal argentino arrojará similares resultados. Sólo a modo de ejemplo, pueden citarse los artículos 400 o 510 del C.P.E.

III.D. La fundamentación de los actos preparatorios punibles

Existe, en general, correlación entre la fundamentación de la tentativa y la fundamentación de los actos preparatorios punibles. Así, aquellos autores que fundamentan la tentativa a través de la teoría subjetiva, se encuentran a favor de la punibilidad de los actos preparatorios en los que se manifieste la voluntad criminal, de modo que también defenderán la punición de los actos previstos en la parte general del Código Penal español.⁸⁸

Aquellos autores que fundamentan la tentativa del delito a partir de parámetros objetivos entienden que la punición de los actos preparatorios

87. MOLINA FERNÁNDEZ, "Formas imperfectas de ejecución del delito...", p. 320.

88. FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y...*, p. 259. Cita dentro de estos autores a Silvela y Ramiro Rueda.

es excepcional debido al mayor peligro para el bien jurídico que estos actos importan, al ser llevados a cabo por varios sujetos.

Tal como ya se destacó, Molina Fernández afirma que para que pueda anticiparse la punición a los actos preparatorios previstos en el Código Penal español es necesario que sea previsible un resultado grave; que el acto preparatorio sea inequívoco; y que la resolución delictiva sea firme.⁸⁹ La existencia de las circunstancias enunciadas es lo que fundamenta su punición, es decir, que son supuestos que se punen en relación con la gravedad y peligrosidad de la conducta.

En el mismo sentido, Llabrés Fuster sostiene que el fundamento de la punición de los actos preparatorios radica en la peligrosidad que entrañan para el bien jurídico:

Sólo la prevención de aquellos supuestos que constituyan ataques más graves y contra bienes jurídicos más relevantes puede legitimar la anticipación de la intervención penal hasta esos estadios anteriores al inicio de la ejecución.⁹⁰

También Mir Puig se refiere a los supuestos previstos en los artículos 17 y 18 del Código Penal español como casos especialmente peligrosos.⁹¹

Nótese que la misma noción de peligrosidad es la que justifica la punición de los delitos de peligro.⁹²

Sobre este punto resta decir que es llamativo que la doctrina española haya dedicado tanta atención al estudio de la fundamentación de la tentativa y, sin embargo, no haya dedicado el mismo esfuerzo a la fundamentación de los actos preparatorios.⁹³

89. MOLINA FERNÁNDEZ, “Formas imperfectas de ejecución del delito...”, p. 312.

90. LLABRÉS FUSTER, “Comentarios artículos 17 y 18”, p. 218.

91. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 346.

92. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”.

93. En principio, es lógico que una cláusula con alcance general como la de la tentativa haya requerido un esfuerzo de fundamentación. Sin embargo, los actos preparatorios punibles tienen un ámbito de aplicación bastante extendido, más aún si se tienen en cuenta los adelantamientos de la parte especial.

III.E. Los actos preparatorios en el Código Penal argentino

Argentina tuvo a lo largo de su historia dos códigos penales:⁹⁴ el sancionado en el año 1886, redactado originariamente por Carlos Tejedor, y el sancionado en el año 1921, actualmente vigente, aunque con numerosísimas modificaciones. En ninguno de dichos códigos se habilitó la punición de actos preparatorios a través de una cláusula en la parte general. En este sentido, los actos preparatorios del delito para el derecho penal argentino fueron siempre impunes.

Sin embargo, esto no significa que los actos preparatorios nunca son punibles en el derecho argentino. A este respecto, cabe realizar dos aclaraciones: una sobre el concepto mismo de actos preparatorios, y otra sobre las opciones de técnica legislativa.

III.E.I. Sobre el concepto de actos preparatorios

En el punto III, se ensaya una definición de los actos preparatorios. Sin embargo, la utilidad de esa definición es baja porque no proporciona información material sobre el contenido de dichos actos. En este sentido, lleva razón Jakobs cuando afirma que el concepto de consumación es un concepto formal, de agotamiento del tipo, y no material, lo que vale decir que no se basa en un concepto material de delito.⁹⁵ Así, la imprecisión para definir un acto como preparatorio es consecuencia de la imprecisión de la definición de delito o ilícito material.

Tal como quedó expuesto con el tratamiento de las teorías, tampoco existe un criterio de distinción preciso entre los actos preparatorios y los actos de ejecución, de modo que no es posible señalar con claridad los tipos penales especiales que criminalizan estos actos en la parte especial del código. Por eso, cuando se hace referencia a los actos preparatorios que son punibles en la ley penal, se debe tener en cuenta esta dificultad. Si existen problemas para definir materialmente el acto preparatorio, luego debemos ser cautelosos al momento de afirmar que determinado tipo penal incrimina un acto de preparación, a pesar de que en algunos casos es poco discutible.

94. Puede encontrarse una reseña histórica en ZAFFARONI & ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, pp. 248-256.

95. JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", p. 293.

El concepto material de delito que más comúnmente se sostiene gira en torno a la idea de daño,⁹⁶ entendido como garantía de un Estado liberal de derecho. En esto no encuentro nada objetable, sino todo lo contrario: parece un concepto correcto para definir materialmente el ilícito. Ahora bien, desde hace mucho tiempo la idea de lesión de un derecho o de un bien jurídico como sustrato material del concepto de delito viene incluyendo el concepto de peligro.⁹⁷ Así, conductas que no generan daño o lesión son consideradas delictivas e incluidas con cada vez más frecuencia en los códigos penales.

Lo expuesto genera una gran dificultad, pues el concepto de peligro desdibuja completamente la idea de daño como límite y hace muy imprecisos los contornos entre acto preparatorio, tentativa y delito. Sobre esta idea voy a volver para cerrar este trabajo.

III.E.2. Sobre la técnica legislativa

Existen diferentes formas de punir un acto preparatorio. Una de ellas es incluir una cláusula general en el código, y otorgarle diferentes alcances, como lo hizo el legislador español al establecer que los artículos 17 y 18 sólo se aplican a determinados delitos.

Otra forma de punir actos preparatorios es incluirlos en la parte especial del código, como delitos independientes, a través de los llamados tipos de peligro abstracto. La doctrina alemana ha distinguido entre actos preparatorios en sentido estricto y delitos de peligro abstracto.⁹⁸ A los primeros, Puschke los define así:

Constituyen la preparación de una futura lesión dolosa que afecta a bienes jurídicos individuales o colectivos. [...] Desde la perspectiva dogmática se habla de un delito rudimentario o de un delito incompleto de dos o varios actos.⁹⁹

96. Esto, independientemente de que se suele exigir también un disvalor de conducta o de acción además del disvalor de resultado.

97. ALCÁZER GUIRAO, “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos...”. En la página 415, afirma que el injusto material se concibe como peligro o lesión a un bien jurídico, y luego en nota al pie sostiene que es posición mayoritaria de la doctrina la concepción del injusto de carácter esencialmente objetivo.

98. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”, pp. 5 y ss.; JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 309 y ss.

99. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”, p. 5.

Tanto Puschke como Jakobs los han estudiado y han contribuido en los trabajos citados a su delimitación a través de la elaboración de pautas elementales en lo concerniente a su posible legitimidad.¹⁰⁰

Además, puede caracterizarse también como punición de actos preparatorios¹⁰¹ la previsión de pena del instigador, y la del partícipe cuando su aporte es previo a la ejecución. En Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman la accesoriedad externa o cuantitativa para la punibilidad del partícipe y del instigador.¹⁰²

Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas sobre estos dos aspectos, corresponde hacer un análisis de la parte especial del Código Penal argentino, considerando las diferentes modalidades y formas que puede adoptar un acto preparatorio punible.

III.E.3. Los adelantamientos del Código Penal argentino

Conforme al análisis realizado, se encontraron por lo menos 31 tipos penales que adelantan la punibilidad a actos que podrían ser caracterizados como actos preparatorios. La magnitud total de estos adelantamientos es difícil de medir por varias razones: la primera es que el Código Penal argentino tiene 316 artículos pero existe una cantidad importante de artículos desmembrados en bises; la segunda es que la mayoría de los artículos tipifican muchas conductas diferentes, de tal forma que la cantidad de artículos no es un buen indicio respecto a la cantidad de conductas tipificadas; y la tercera de las razones y quizás la más importante es que no se analizaron

100. PUSCHKE, “Origen, esencia y límites de los...”. Desarrolla criterios de legitimidad a partir de los principios constitucionales. Por su parte JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”. Desarrolla criterios a partir de su concepto de ilícito, exigiendo fundamentalmente que la conducta opere ya en el ámbito de organización ajeno y que constituyan acciones peligrosas. Pawlik destaca el aporte que la teoría de la imputación objetiva realiza al tema, en PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía* ..., p. 100.

101. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de...*, pp. 741 y ss. En el mismo sentido JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a...”, p. 299.

102. Salvo Sancinetti, que propone directamente eliminar la accesoriedad de la participación. Sin embargo, con accesoriedad o sin ella, entiendo que la pena del instigador y del partícipe previo a la ejecución constituyen la punición de un acto preparatorio.

la innumerable cantidad de leyes penales especiales que tiene Argentina.¹⁰³ En este sentido, el análisis que sigue es sólo a título ilustrativo por su alcance limitado.¹⁰⁴

Algunos adelantos de la punibilidad, como la tenencia de arma de fuego (artículo 189 bis 2), la falsificación de documento público (artículo 292, incluyendo la conservación de instrumentos para la falsificación en el artículo 299) o el contacto por medios electrónicos con un menor de edad con fines sexuales (artículo 131), constituyen tipos penales de peligro abstracto que encajan en la descripción realizada por Puschke como “actos preparatorios elevados a la categoría de delito”.

Se detectaron también tipos penales que eliminan la accesoriedad cuantitativa de la participación como, por ejemplo, la instigación a provocar o aceptar un duelo (artículo 99 inc. 1), la conspiración para cometer traición (artículo 216), y la instigación pública (artículo 209), en los que se prevé una pena por la sola instigación o conspiración.

Existen otros tipos penales que son de más difícil clasificación, o porque tienen un estilo de redacción que podría denominarse “preparatoria”, o porque la conducta de preparación se encuentra enumerada entre muchas otras conductas vinculadas. Así, por ejemplo, los delitos contra la seguridad pública (artículo 189 bis completo) o el artículo 192, que tipifica la conducta de “quien ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de ferrocarril”.

A efectos de comparar el Código Penal argentino con el español, son destacables los tipos penales que se relacionan directamente con los actos preparatorios punibles españoles. Entre ellos se puede nombrar: la instigación a cometer delitos (artículo 209) y la apología del crimen (artículo 213) que pueden ser equiparadas a la provocación y apología españolas.

Luego, el artículo 216 tipifica la conspiración para cometer traición, y el artículo 241 inc. 4, la conspiración en delitos militares. Consecuentemente,

103. Es importante destacar, a modo de ejemplo, que el capítulo sobre terrorismo fue eliminado del Código Penal. También algunas materias se encuentran fuera del Código, como narcotráfico y drogas (ley n.º 23.737).

104. Por ejemplo, los tipos penales de peligro abstracto que Jakobs cita como legítimos por ausencia de dominio del autor, como la conducción en estado de embriaguez, en Argentina se encuentran previstos en la legislación contravencional, y conforme al sistema federal adoptado la contravención es diferente en cada provincia.

la conspiración está prevista en el Código argentino, pero con un alcance más acotado que en el Código español.

Es también interesante destacar que la mayoría de los tipos penales que presentan algún problema de adelanto de punibilidad pertenecen a lo que suele denominarse derecho penal clásico, y, salvo casos como el artículo 131,¹⁰⁵ no tienen vinculación con la sociedad de riesgos, sino que es más probable que respondan a la lógica *securitaria*.¹⁰⁶

Finalmente, resta decir que la única conducta vinculada a los actos preparatorios punibles españoles que la ley argentina no prevé específicamente es la proposición.

IV. COMENTARIOS FINALES. DOS IDEAS PROBLEMÁTICAS PARA EL DERECHO PENAL: EL PELIGRO Y LA PREVENCIÓN

Confirmando la sospecha que mencionaba en la introducción, por chocante que pueda parecer que en la parte general de un código penal se establezca la punición de actos preparatorios, la situación no es diferente en un derecho penal como el argentino, que se afirma sobre la supuesta impunidad de los actos preparatorios. Es más, podría pensarse que la inclusión de los artículos 17 y 18 en el Código Penal español tiene la ventaja de generar que la doctrina produzca estudios que contribuyan a establecer los límites legítimos de punición.

Del análisis realizado, entonces, pareciera que la diferencia radica sólo en las opciones de técnica legislativa que en ambos países se utilizan.

Así, el problema sobre el adelantamiento de la punición a ámbitos de la conducta que pertenecen a lo que podrían denominarse actos preparatorios pareciera tener más que ver con la posición mayoritaria respecto al fin de la ley penal y con el concepto de delito, y bastante menos relación con la existencia de los llamados actos preparatorios punibles, a los que excede por completo.

Retomando la idea esbozada en el punto III.E.1. sobre el concepto de daño, vale la pena mencionar que la primera parte del artículo 19 de la Constitución Argentina establece que:

105. En realidad, el tipo penal sigue siendo propio del derecho penal clásico, lo moderno viene a ser el medio utilizado para llevar adelante el acto preparatorio.

106. Díez Ripollés expone cómo el modelo securitario se sirvió del discurso propio del llamado derecho penal del riesgo para sus propios fines. Ver DÍEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo a...".

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, estarán sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Este principio, presente ya en el texto originario de 1853, es la base fundamental de un Estado de libertades —utilizando la terminología de Jakobs—. Viene a enseñarnos que el daño es el presupuesto principal de la intervención penal en el marco de un estado liberal de derecho.¹⁰⁷

Sin embargo, esta idea puede tener diferentes interpretaciones. Un ejemplo del distinto alcance que puede otorgársele al principio de lesividad y de la importancia que reviste el concepto material de ilícito lo constituye la conocida polémica que a nivel local protagonizaron Carlos Nino y Marcelo Sancinetti.¹⁰⁸ Estos autores sostenían conceptos de ilícito diferentes, el primero objetivista y el segundo subjetivista, pero ambos partieron para sus desarrollos del mismo presupuesto: el concepto de daño elaborado por John Stuart Mill en su libro *Sobre la libertad*. No obstante, mientras Nino interpreta la noción de daño como límite objetivo que se traduce en el resultado, Sancinetti lo interpreta como requisito de la voluntad, fijando el interés en las acciones que tiendan a producirlo. El daño para Sancinetti es “el daño como legitimante de la norma que prohíbe tener, a un tal daño, por objeto de la acción”.¹⁰⁹ De esta forma, en Sancinetti la idea de prevención está incluso más presente que en el desarrollo de Nino.

Esta polémica es un claro ejemplo de las diferencias profundas que pueden existir en torno al concepto de daño, que es en definitiva el núcleo mismo del concepto de delito. Tal como quedó expuesto en el tratamiento de la tentativa, las consecuencias prácticas a las que conduce la adopción de un concepto u otro son notables.

En este sentido, considero que el concepto de daño como limitador de

107. BEADE, “¿El resultado como fundamento de la...”, p. 2.

108. Nino escribió su tesis doctoral titulada *Los límites de la responsabilidad penal* (NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*) en 1980 y Marcelo Sancinetti publicó, en 1991, su tesis doctoral *Teoría del delito y disvalor de la acción*, en la cual realizó fuertes críticas a la tesis de Nino. Posteriormente, Nino le contestó en una conferencia que luego de su muerte fue publicada en la Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, que se tituló *Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal* (NINO, *Subjetivismo y objetivismo en el derecho...*).

109. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de la acción...*, p. 88.

la punición sufre un importante debilitamiento cuando incorpora la idea de peligro,¹¹⁰ impidiendo la adopción de un concepto material de delito que tenga utilidad dentro de la teoría del delito y la teoría de la legislación penal. Esta carencia deja una zona gris de indeterminación que el legislador utiliza para adelantar la punibilidad a actos preparatorios que no generan ningún daño y sólo un peligro remoto.

Esta circunstancia, sumada al devenir de las últimas décadas del derecho penal,¹¹¹ produce un desbordamiento de la idea de prevención como fin del derecho penal virando hacia una idea de prevención intervencionista,¹¹² que se encuentra fuertemente arraigada en el discurso social y logra ampliar cada vez más los límites de la punición del *iter criminis*.

Los actos preparatorios punibles de la parte general del Código español, así como los adelantamientos punitivos de la parte especial de ambos códigos penales responden claramente a esta idea de prevención intervencionista que, evidentemente, ha sido introducida en nuestros sistemas penales y no parece tener demasiadas posibilidades de retroceso. Sin embargo, es una idea que requiere precisiones si se la quiere dotar de algún grado de legitimidad, de la que hoy carece. Un concepto de daño como daño efectivamente causado es un concepto preciso, que aporta límites al derecho penal pero que además posee una importante fuerza legitimante en un Estado de libertades. El concepto de peligro que viene de la mano de la prevención intervencionista tiene su base en la securitización¹¹³ del derecho penal, y si bien es una intervención en muchos casos muy eficaz, su validez no puede derivarse razonablemente sin más de su eficacia.¹¹⁴

Por lo tanto, considero que para establecer correctamente la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución es necesario profundizar el concepto material de delito.¹¹⁵ Adicionalmente, la existencia de

110. Si bien el concepto de peligro estuvo siempre contenido de alguna forma en el de daño, la tendencia y expansión de los tipos de peligro se afirma a partir de la década del 60 del siglo pasado. PUSCHKE, "Origen, esencia y límite de los...", p. 1.

111. Respecto a las tendencias que producen cambios en el derecho penal puede citarse la inflación o sobre criminalización y la securitización. Ver SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos ...* Ver también Díez RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a...*

112. PUSCHKE, "Origen, esencia y límite de los...", p. 12.

113. Aunque no es exclusivo de éste.

114. DEMETRIO CRESPO, "Acerca de la contraposición entre libertad...", p. 512.

115. Sostiene Pawlik: "Cuando la dogmática se dedica a la cuestión de la naturaleza del

un concepto de ilícito con contenido material robusto podría aportar criterios de precisión a lo que en definitiva más importa: delimitar los contornos de la punición legítima.

No se trata de eliminar la idea de peligro de un derecho penal moderno que definitivamente la requiere, pero, así como la idea de daño tiene una alta capacidad de rendimiento en la dogmática penal, deberíamos reformular el concepto y dotarlo de capacidad para delimitar el concepto material de delito. De lo contrario, la idea de prevención como fin del derecho penal, entendida como prevención intervencionista, aunada a la llamada securitización, avanza sobre éste, y el delito pasa a ser cualquier conducta que el legislador incluya en la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, “Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Tomo 9-A, Ad Hoc, 1999, Buenos Aires.
- BEADE, Gustavo A., “¿El resultado como fundamento de la sanción en una teoría de la responsabilidad penal preventiva?” en *Revista de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg*, 2007, Suiza, URL <https://bit.ly/3etwldJ> consultado el 23/06/2020.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal” en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2005-1, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 7, n.º 1, URL <https://bit.ly/2zXokPb> consultado el 23/06/2020.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*, Tomo VI, Rubinzal Culzoni, 1999, Santa Fe.
- FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., BdeF, 2011, Madrid.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, 1997, Madrid.

concepto de delito no lo hace por un interés por lo desagradable, sino porque el concepto de delito representa la esencia de las condiciones materiales y jurídicas bajo las que se permite la imposición de una pena. El concepto de delito depende del modelo de la legitimación de la pena...”. En PAWLK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía...*, p. 77.

- , “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997, Madrid.
- LLABRÉS FUSTER, Antoni, “Comentarios artículos 17 y 18” en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, España.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed., BdeF, 2016, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Formas imperfectas de ejecución del delito III Tentativa” en *Memento Práctico Penal Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre ediciones, 2017, Madrid.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites a la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, 1980, Buenos Aires.
- , “Subjetivismo y objetivismo en el derecho Penal”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, 1999, Madrid.
- PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, 2010, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, traducción de BACIGALUPO, Enrique.
- PUSCHKE, Jens, “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito” en *InDret Penal*, n.º 4, 2020, Barcelona.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, 2005, Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., BdeF, 2011, Buenos Aires.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo II*, 3ª ed., Tea, 1970, Buenos Aires.
- SOZZO, Máximo, “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina” en *Nueva Doctrina Penal*, n.º 2, 2007, URL <https://bit.ly/2CzQikZ> consultado 23/06/2020.
- VILLAR, Mario, ¿Responsabilidad por la suerte?, URL <https://bit.ly/2Bojl5i> consultado el 30/06/2020.
- ZAFFARONI, Raúl & ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, 2003, Buenos Aires.