

Punición o despenalización de la proposición para delinquir

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

Mientras escribía estas líneas, ha fallecido en San Sebastián, el Profesor y compañero Luis Ramos Rodríguez. A él dedico este artículo.

SUMARIO: I. Introducción. II. Crítica del sistema de criminalización general. La proposición como acto preparatorio. Proposición y protección de bienes jurídicos. Proposición y Estado social y democrático de Derecho. III. Crítica del sistema de criminalización «en los casos especialmente previstos en la Ley». Técnicas comunes y técnicas especiales de protección penal. Vinculación entre proposición e infracciones políticas; crítica a la P.A.N.C.P. La proposición como adelantamiento y ampliación de un posible inicio de participación. IV. A modo de conclusión: de nuevo el bien jurídico como elemento «crítico» de protección penal.

I. INTRODUCCION

Tres referencias, una de *lege lata* y dos de *lege ferenda*, pueden inicialmente hacerse respecto a la punibilidad o no de la proposición para delinquir, referencias que, cabe destacar, más allá de consistir en tres opciones de política criminal utilizadas o utilizables por el legislador, consisten en tres posibles opciones que el legislador tiene como instancia que participa en la definición y, por tanto, selección material de la criminalidad dentro del conjunto del sistema penal entendido como sistema de control social. Con ello se pretende aportar una reflexión sobre el fundamento de la prohibición penal, y el consiguiente castigo, de la proposición para delinquir, reflexión que obviamente va a alcanzar a la teoría del injusto también desde la perspectiva *ex ante*, como la ha calificado Mir Puig (1), en el sentido de que

(1) S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en «Derecho penal»*, en A.D.P.C.P., I, 1983. Del mismo autor, Prólogo a E. FARRE TREPAT, *La tentativa del delito: Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona, 1986.

la prohibición no sólo ha de poder ser captada, sino principalmente, ha de ser necesaria su captación para la protección penal de los bienes jurídicos.

La primera referencia consiste en su actual regulación en nuestro Código Penal desde el 23 de diciembre de 1944 (2), en el que la proposición definida en el artículo cuarto (T.I., cap. I, «De los delitos y faltas») como invitación realizada a otra u otras personas a ejecutar un delito por quien ha resuelto cometerlo, se considera punible con carácter general (art. 3) con la misma pena que la tentativa de delito (art. 52). Este régimen general de punición de la proposición no impide, en la actual regulación que en determinados supuestos, [arts. 143 y 216 bis a)] la proposición reciba una penalidad propia, cualificada respecto al régimen general, realizándose en los mencionados artículos una protección reforzada de sus respectivos bienes jurídicos.

La segunda referencia, esta de *lege ferenda* procede de la regulación que la proposición recibe en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (3). Dentro de su capítulo II, Título I, del L.I., «De la ejecución», la P.A.N.C.P. regula en el artículo 18 la punición de la proposición para delinquir, siguiendo el criterio de especialidad, esto es, punición sólo para aquellos casos en que la Ley Penal especialmente lo prevea, siendo su definición (art. 19 P.A.N.C.P.) de idéntica redacción a la actual. Así, será en el libro II de la P.A.N.C.P., en donde se muestre la presencia de la punición de la proposición en relación con específicos tipos delictivos.

(2) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal: Parte General*. Valencia, 1987, p. 506, nota n.º 40, «Como fundamento de la punición genérica de los actos preparatorios sirvieron los preceptos del Código Penal de 1928 (arts. 36 y 45) y los artículos 5, 15, 59 y 60 de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Seguridad del Estado). Con ello se integran en el Código normas que obedecen a una situación en que los efectos de la guerra no habían sido todavía cancelados». La Ley de Seguridad de Estado de 29 de marzo de 1941 ha sido calificada de «funesta» por E. GIMBERNAT, *Constitución y Derecho penal*, en «La Constitución Española de 1978». Roma, 1982, p. 99.

(3) Puede señalarse la siguiente presencia de la proposición en relación con determinados delitos en la P.A.N.C.P., artículo 153, pena inferior en uno o dos grados, en relación con los delitos de homicidio, parricidio, asesinato, mutilación o inutilización de órganos, principales o no, esterilidad, deformidad, privación de vista u oído, incapacidad laboral absoluta, grave enfermedad somática o psíquica e incapacidad mental incurable; artículo 163, pena inferior en dos grados en relación con los delitos de detenciones ilegales y secuestros; artículo 234, pena de prisión de tres a siete años en relación con el robo con violencia o intimidación en las personas que produzca dolosamente la muerte; artículo 455, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de rebelión; artículo 460, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de sedición; artículo 495, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos; artículo 498, pena de prisión de ocho a quince años en relación con la muerte del Titular de la Corona, Regente, algún miembro de la Regencia o el sucesor de la Corona; artículo 571, prisión de dos a cuatro años, en relación con los delitos de la traición; artículo 586, pena inferior en grado a la que correspondería a la tentativa, en relación con los delitos contra el derecho de gentes y delitos de genocidio. Como se vé, no hay un criterio común para la penalidad de la proposición, haciéndola depender del tipo delictivo, o mejor, graduándola según la intensidad protectora que se atribuye a cada bien jurídico.

La tercera referencia, también de *lege ferenda*, anterior en el tiempo a la P.A.N.C.P. tiene su razón en la ausencia de la proposición para delinquir en la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», que el Grupo Parlamentario Comunista presentó, dentro de la enmienda a la totalidad, al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma parcial del Código Penal de 1982, «Parte General Alternativa», que tuvo su origen en las numerosas enmiendas que el mencionado grupo parlamentario presentó al Proyecto de Código Penal de 1980 (4). El artículo 21 de este último mencionado Proyecto, también dentro del capítulo II, Título I. del L.I., «Del grado de ejecución» contemplaba que la proposición, junto con los «actos preparatorios», la conspiración, la provocación y la apología, sólo se castigaría en los casos especialmente previstos en la Ley. Esto es, apuntaba el sistema de especialidad seguido en la P.A.N.C.P., ya visto, aunque lo desbordaba al incluir, diferenciadamente, los «actos preparatorios». Sin embargo, la «Propuesta Alternativa» de referencia, en la correspondiente enmienda, no incluye, omite, toda la referencia a la proposición como comportamiento susceptible de castigo penal, considerando sólo la conspiración y la provocación en los casos especialmente previstos que pueden resultar impunes en casos de desestimiento voluntario y que, además, son encuadrados dentro del capítulo I, del Título I, del L.I., «De la infracción penal».

Como se ve, tres sistemas clara y notablemente diferenciados en relación con la punición de la «proposición para delinquir». El primero supone un sistema de criminalización general, indiscriminada, al entender que tal comportamiento, es merecedor de una respuesta penal respecto a todos y cada uno de los tipos delictivos, esto es, que en sí, la proposición es relevante de cara a la puesta en peligro de todos los bienes jurídicos protegidos penalmente y, por tanto, debe ser respondida con una sanción penal con carácter general, si bien, especialmente, en muy contados supuestos delictivos, puede merecer una especial y cualificada respuesta.

El segundo sistema, sin embargo, hace depender la relevancia penal de la proposición, no tanto de ella misma, del comportamiento que integra, sino de determinados bienes jurídicos cuya protección, especial, se entiende que exige abarcar también a actos como la proposición, pero sólo, cabe insistir, en relación a determinados bienes jurídicos, siendo irrelevante para los demás en los que la proposición no se contemple. De esta manera, la proposición, como tal comportamiento, carece en principio, de relevancia penal y sólo excepcionalmente, especialmente, se considera relevante en relación con supuestos concretos.

En la tercera referencia se manifiesta la no relevancia penal de

(4) S. MIR PUIG, F. R. MUÑOZ CONDE. *Propuesta Alternativa de la Parte General del Código penal*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, p. 609.

la proposición como tal comportamiento, rechazándose tanto su posible criminalización con carácter general como su posible criminalización especial en relación con casos específicamente determinados, que lo serían en base a un especial, más amplio, ámbito de protección. Esta tercera posición, cabe pensar que pueda ser deducida como una solución lógica a la que llega por las contradicciones que podrían surgir al enfrentar las dos primeras soluciones.

En todo caso, no deja de ser ilustrativo presentar las tres soluciones ofrecidas en cuanto que muestran el horizonte penal en relación con la «proposición para delinquir», horizonte que, como se vé, recoge posicionamientos dogmático-garantistas y político-criminales diferentes, así como también recoge las vicisitudes, los vaivenes, que la proposición ha sufrido en la legislación (5) y en el pensamiento penal del pasado y presente siglo.

De lo expuesto hasta hora puede deducirse que el fundamento de la punición de la «proposición para delinquir» se asienta en el criterio, como señala Ruiz Antón (6) de que tal comportamiento supone un «peligro objetivo» para el bien jurídico afectado por la conducta de quien propone, mediante la creación de un riesgo efectivo que resulta de la pretensión de captar, una vez resuelto a acometer el delito, la voluntad ajena para que se decida a ejecutarlo. Dicho de otro modo, en expresión de Octavio de Toledo y Huerta, su punición se fundamenta, tanto en el «desvalor de la acción» —comunicación de la resolución criminal a otras personas con propósito de que aquélla se lleve a la práctica— como en el «desvalor de resultado» en cuanto peligro que representa para los bienes jurídicos (7). Dado que ese «peligro objetivo» sería, en todo caso, previo, anterior, al inicio de los actos de ejecución, pues estos comienzan en la tentativa, nos encontraríamos para su punición, con actos anteriores a los de ejecución, esto es, con actos preparatorios (8) (dentro de la línea sistemáti-

(5) Ver el importante trabajo de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, «A.D.P.C.P.», 1968, p. 280 y ss. Del mismo autor, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña», Barcelona, 1980, p. 6 y ss.. También, E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», 1982, p. 491 y ss.

(6) L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid, 1982, pp. 69, 87 y 88. S. MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*. Barcelona, 2.ª ed., 1985, p. 281, «En España los actos preparatorios son impunes salvo cuando se entiende que revisten una peligrosidad objetiva particular (conspiración, proposición y provocación)».

(7) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho penal: Parte General*, 2.ª ed. Madrid, 1986, p. 424.

(8) «...los comportamientos del artículo 4 del Código Penal son actos preparatorios del delito, actos previos a la ejecución delictiva...», B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*. Madrid, 1986, p. 212. E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, defiende la consideración de «actos preparatorios» frente a la opinión de «resolución manifestada» defendida por L. JIMÉNEZ DE ASUA y J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, p. 487, «Asiste razón a la doctrina que enmarca a la conspi-

ca indicada en el artículo 3 del Código Penal, como en la consideración de la autoría) que pueden constituir un riesgo de lesión efectivo, inequívoco (9), más allá del permitido o tolerable, o bien para todos los delitos, sistema de incriminación genérica, o bien para alguno de ellos, sistema de incriminación especial o particular. Paralelamente, cabe entender, que el criterio de despenalización de la «proposición para delinquir» niega la existencia de tal riesgo penalmente relevante en la conducta del proponente.

Veremos a continuación los tres sistemas. El primero desde la consideración de la proposición como acto pre-ejecutivo, esto es, desde su distancia, por no decir lejanía, en relación con la puesta en peligro de bienes jurídicos y la incorrección de su criminalización con carácter general, incorrección agudizada por la penalidad que se le atribuye y, en todo caso, se verá desde el desajuste de la incriminación genérica de la proposición con el marco jurídico configurado por un «Estado social y democrático de Derecho», argumento, este último en el que se insistirá especialmente. Para enfrentar el segundo sistema se acudirá a ver el contenido de la conducta de tal acto pre-ejecutivo de cara a comprobar la posible necesidad de su incriminación con carácter particular. Se terminará coincidiendo con la tercera solución indicada, supresión de la criminalización de la proposición, abundando en las razones de «oscuridad» e «inutilidad» (10) que la justifican.

ración, proposición provocación en los actos preparatorios pues aunque tengan lugar de forma preferentemente verbal, lo que no siempre habrá de suceder, tienden a facilitar la ejecución ulterior.»

(9) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho penal: Parte General*, 2.^a ed. Madrid, 1986, p. 422, refiriéndose al adelantamiento del mecanismo penal que suponen la conspiración, la proposición y la provocación, señalan: «En tales casos, se dice, los actos pre-ejecutivos ya no son equívocos: la incertidumbre sobre su carácter desaparece desde el momento en que se comunica expresamente la resolución criminal a otras personas con objeto de que se ponga en práctica. Contando con este dato se considera que el Derecho penal tiene base inicial suficiente como para intervenir tipificando y haciendo punibles estos actos preparatorios de los ejecutivos.»

(10) «La distinción entre proposición y provocación es oscura e inútil. La supresión de la primera permite unificar ambas en la provocación.» Motivación de la enmienda número 28 del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Penal de 1982. De interés, también, la motivación de la enmienda n.º 27 del mismo grupo parlamentario: «la pretensión de generalidad en la punición de los actos preparatorios, de la conspiración, proposición, provocación y de la apología ha sido un fenómeno característico de todas las involuciones autoritarias del régimen político español desde los primeros Códigos. En cualquier caso, solamente la conspiración y la provocación deben ser acogidas en este artículo. La referencia a la punibilidad de los actos preparatorios es innecesaria o perturbadora pues podría interpretarse como una puerta abierta a su punición en ciertos casos. La proposición debe unirse al concepto de provocación pues es difícil su distinción. La apología debe rechazarse de todo punto y castigarse solamente cuando constituya provocación para delinquir y la conducta esté especialmente prevista en la Ley. En otro caso, la emisión del pensamiento debe quedar impune en un Estado de Derecho.»

II. CRITICA DEL SISTEMA DE CRIMINALIZACION GENERAL

Como sabias palabras calificó Jiménez de Asúa, el siguiente comentario de Pacheco: «Por regla ordinaria y común ni las conspiraciones, ni las proposiciones de delinquir están sujetas a pena, si pues, algunas, por excepción, se castigan, necesario es que esa excepción recaiga sobre hechos cuya clase, cuya creencia, cuya índole punible, no sea nadie capaz de poner en duda» (11). También nuestro gran tratadista coincidía con el carácter excepcional que debería tener la punición de la proposición, en muy contados casos, que la propia ley determinará y aún en ellos, «por vía de precaución», no dudando en calificar la penalización de la proposición y de la conspiración como el «barómetro que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones (12). Este carácter marcadamente político-criminal parece claro, pero, además, como ha indicado Octavio de Toledo, el examen de lo democrático que sea su Derecho nos permite comprobar la efectiva condición democrática de un Estado (13) y no cabe duda que las modificaciones en las direcciones político-criminales han venido marcadas por las modificaciones políticas, como lo ha puesto de manifiesto Barbero Santos (14) y que a «cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter», en palabras de Arroyo (15).

La presencia de la criminalización general de la proposición en nuestro actual Código penal puede calificarse como una manifestación clara de tutela penal «totalizante» o «totalitaria» y es muestra de una cierta «petrificación» (16) del Código penal de 1944 y de sus

(11) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII, 1979, p. 265.

(12) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Obr. cit.*, p. 268.

(13) E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981, p. 344 (nota 1.005).

(14) M. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho en España*. Madrid, 1977, pp. 17 y 18. «El influjo de los cambios políticos en las leyes punitivas... es particularmente visible en España. El trienio liberal en los tiempos fernandinos trae, como consecuencia de los principios de la Constitución de 1812 el primer Código Penal de España: el de 1822; las tormentas revolucionarias de 1848 dan origen al Código de ese año, obra de un gobierno moderado, consolidador de tímidas conquistas liberales. El conservatismo que termina con el bienio moderado, impone la reforma de 1850; la Constitución de 1869, de índole progresista, hace necesario el Código de 1870; la dictadura de 1923 acarrea el Código de 1928; la República de 1931 tiene su ley penal con la reforma de 1932. El régimen totalitario que se instaura primero en parte del país y luego en su totalidad a partir de 1939, el Código de 1944 y las revisiones posteriores.

(15) L. ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo*, en «C.P.Cr.», n.º 15, 1981, p. 379.

(16) Término utilizado por F. R. BRICOLA para referirse a la permanencia de determinadas técnicas de tutela penal en relación con el Código Penal italiano de 1930, en F. R. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale, ed tecniche alternative di tutela, en Funzioni e limiti del diritto penale*. Badna, 1984.

antecedentes inmediatos en lo que a la proposición se refiere. De ahí que ha sido mayoritario doctrinalmente el rechazo de su incriminación genérica al denunciarse como rasgo de una legislación penal de corte autoritario (17), denuncia que alcanza su mayor vehemencia en la doctrina penal más reciente que la ha calificado de inconstitucional (18) y ha visto en ella una muestra de un «defendismo inconveniente de rancio sabor inquisitorial» (19).

Inicialmente se puede acudir a la configuración en las normas penales de las distintas modalidades delictivas (concepto normativo) que, en definitiva, son las que dictan los elementos que ha de reunir en cada caso la conducta típica, para comprender lo que tiene de absurda, y puede decirse, de extrema, la incriminación genérica de la proposición. Es cierto que la proposición para delinquir no puede confundirse con el tipo injusto del delito con el que se relaciona, como han destacado Octavio de Toledo y Huerta, pero también es cierto, como los mismos autores indican, la íntima relación que hay entre, ellos pues, en todo caso, el tipo de delito es el punto de referencia obligado (20). Calificar de absurda y extrema la criminalización de la proposición para todos los tipos delictivos procede, fundamentalmente, porque lo que en todo caso debería ser una excepción, la criminalización de los actos preparatorios, se convierte en una técnica legal común de adelantamiento generalizado de la intervención punitiva. Absurda porque tal adelantamiento muestra el vacío de relevancia penal, la ausencia de desvalor, entre un remoto y equívoco peligro y el bien jurídico protegido. Extrema porque reconocer penalmente una no necesariamente existente, inexistente, por tanto, en muchos casos (21), conexión entre determinados actos preparatorios y determinados bienes jurídicos supone un reconocimiento beligerante antiga-

(17) M. BARBERO SANTOS, *obr. cit.*, p. 38 (nota 36): «Estimamos que se puede seguir calificando de "autoritaria" la generalización a todos los delitos del castigo de los actos preparatorios ya que la misma extiende aún más la intervención punitiva del Estado.» M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, «Derecho penal», «la incriminación genérica de actos preparatorios ha sido rechazada por quienes conciben el Derecho penal como el más enérgico medio de tutela de libertades, siendo, por el contrario defendida desde posiciones proclives al autoritarismo».

(18) T. S. VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal*, en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo I, Derecho penal y Constitución. Madrid, 1982, p. 26, «la genérica incriminación de determinados actos preparatorios (conspiración, proposición para delinquir) contenida en los artículos 3.4 y 52 del Código Penal, es sencillamente inconstitucional. ¡La historia de tales preceptos muestra de modo inequívoco a que concepción del Derecho responden!»

(19) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 423.

(20) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 419.

(21) E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, p. 493: «En la doctrina española el criterio dominante se muestra en contra del castigo indiscriminado de la conspiración, proposición y provocación reconociendo, sin embargo, que representan una probabilidad de que el hecho se ejecute... al tiempo que constituye en ocasiones un peligro para el bien jurídico.»

rantista. Es por esto que sea preciso contemplar la incriminación genérica de la proposición desde la perspectiva de los actos preparatorios y del bien jurídico protegido.

Hay una opinión coincidente en las dificultades que se plantean en la práctica para poder establecer la distinción entre actos preparatorios y actos que ya suponen inicio de ejecución. El sentido de la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, dice Farre, se encuentra realmente en su fundamentación política, siendo, por tanto, de carácter político-criminal las razones que impulsan a la impunidad de los actos preparatorios (22). Pero, sin embargo, lo que interesa destacar, como así lo ha hecho Rodríguez Mourullo, es que tal distinción cumple una función de garantía que es necesario mantener y a la que no conviene renunciar (23). Ante esto, lo que cabe plantear es si la extensión de la prohibición penal a conductas anteriores a la ejecución para todos los tipos delictivos no supone ya una ruptura de esa necesaria distinción y, por tanto, una renuncia a su función de garantía. El constatar la extensión de la prohibición penal como una decisión de dimensión político-criminal, es inicialmente, constatar un criterio de oportunidad jurídica pero tal criterio no puede ser ajeno, externo e indiferente a unos límites que actúan como garantías. Es por ello que para la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución se acuda no sólo a la materialidad del hecho sino también al contenido del injusto y al conjunto de datos típico-formales que individualizan la ejecución (24), haciendo así inseparables la teoría del bien jurídico y la política criminal como lo ha indicado Gómez Benítez (25), en tanto que relacionar injusto con política-criminal lleva ineludiblemente al bien jurídico pues es lo que va a dar contenido material, lo que va a determinar la sustancia de lo injusto (26).

(22) E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona, 1986, p. 211. M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 494, «Establecer la diferencia conceptual entre ejecución y preparación resulta relativamente sencillo. Las dificultades no surgen a ese nivel del concepto abstracto, sino al de su aplicación concreta. Pues, en primer término, no hay un género común al que pertenezcan las diversas conductas mediante las que puedan materializarse los distintos tipos. Además cada tipo puede ser realizado de mil modos diferentes. De esa suerte, una misma conducta puede ser preparación de un determinado hecho y ejecución de otro e incluso, puede en ocasiones, ser utilizada para preparar y en otras para ejecutar el mismo hecho típico. Por último, el tipo ofrece una doble dimensión, fáctica y valorativa: para realizarlo no basta con ejecutar un hecho natural que se adopte a la imagen externa ofrecida por la Ley, sino que es necesario, a la vez llevar a cabo el desvalor propio del delito de que se trate.»

(23) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña», n.º extraordinario, 1980, p. 14.

(24) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 496.

(25) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del bien jurídico, (aproximación al ilícito penal)*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 69, 1983, p. 109.

(26) J. BUSTOS, *Política criminal e injusto*, en «Control Social y sistema penal». Barcelona, 1987, p. 160.

Si el bien jurídico supone un principio garantizador en términos de comunicación, de conocimiento, de lo materialmente injusto que es descrito singularizada e inmediatamente por el tipo, el establecer una regla genérica, como actualmente hace nuestro Código Penal, que indique *a priori* el carácter delictivo de determinados actos preparatorios como la proposición, supone extender arbitrariamente el injusto de cada tipo en particular, desnaturalizando el bien jurídico de su función garantizadora, burlando la garantía de seguridad jurídica y difuminando u omitiendo la base real necesaria para la posible responsabilidad por el hecho (27). Es por esto que la punición general de la proposición ha sido, también, censurada por lo que contiene de abandono de los principios básicos de un Derecho penal del acto en favor de un Derecho penal de la voluntad o del sentimiento (28) en base a un planteamiento claramente subjetivista, porque cuanto más se adelanta el momento del castigo, más se desplaza el castigo al momento de las meras ideas y reflexiones que, de conformidad con los postulados de un «Derecho penal de hecho», deben quedar al margen de la pena (29).

Lo que, en última instancia está en juego frente a la punición general de la proposición, es la misma garantía de la libertad y de la intimidad que si en general debe ser defendida frente al poder punitivo que del Estado, su defensa exige una mayor firmeza cuando, como en el caso que tratamos, el adelantamiento indiscriminado y arbitrario de las barreras de intervención penal convierte la afectación material al bien jurídico, en este caso mediante una «puesta en peligro», en un criterio vacío de rigor garantista en cuanto expresión del de legalidad y opuesto a la concepción de un Estado de Derecho. La improbable y generalizada «puesta en peligro» de todos y cada uno de los bienes jurídicos que este sistema de incriminación indiscriminada contiene, niega la importancia que al bien jurídico corresponde como límite del *ins puniendi*, importancia que se deriva, como ha puesto de manifiesto Del Rosal Blasco, no de simples exigencias doctrinales sino precisamente de la Constitución (30).

(27) J. BUSTOS, *Castigo e impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema*, en «Control Social y sistema penal», 1987, p. 319.

(28) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun... obr. cit.*, p. 288, «Las graves dificultades para justificar dogmáticamente de un modo adecuado la punición de acciones preparatorias como las descritas en el artículo 4 del Código Penal español... provienen de que, en la medida que dichos preceptos convierten en punibles conductas que no constituyen aún "realización del hecho típico" representa una quiebra fundamental del principio de responsabilidad por el acto. La punición de tales conductas preparatorias que responden más bien a los dictados de un Derecho penal de voluntad constituye una pieza extraña imposible de encapar satisfactoriamente dentro de un cuadro lógico de un sistema penal, como el español, asentado fundamentalmente sobre postulados básicos de un Derecho penal de acto», pp. 291 y 292.

(29) C. L. ROXÍN, G. ARZT, K. L. TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal Procesal*. Barcelona, 1989, p. 40.

(30) B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid, 1986, p. 235.

Con razón que se haya planteado desde una perspectiva constitucional la legitimidad de la punición genérica de la proposición. Cobo del Rosal y Vives Antón, exponen que el «Estado social y democrático de Derecho, al que se refiere el artículo 1 del texto constitucional que propugna como el primer valor superior de su ordenamiento jurídico la libertad no puede conminar con penas conductas carentes por sí mismas de lesividad, sobre todo si, como es el caso, a esa falta material de lesividad se une desde el punto de vista formal, un origen más que discutible» (31). La declaración de la libertad como valor superior del ordenamiento español contenida en el artículo 1 Constitucional, lleva, a estos autores, a plantear la vigencia del principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad, como principio general de Derecho público que debe actuar en el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de libertad (32). Este principio se manifiesta en la exigencia de necesidad concretada como, la menor ingerencia posible o intervención mínima del Derecho penal (33) y tiene como consecuencia el carácter fragmentario o subsidiario que debe revestir. Esto es, tutela penal en cuanto sea necesaria (34), tutela penal que debe ser limitada en su extensión y en su intensidad en los bienes protegidos y en la forma de protección, y en todo caso, comprobación de si las técnicas, las medidas de tutela son proporcionadas a la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción (tipo penal), es decir, ponderación entre derecho fundamental y protección de bien jurídico que viene a limitar su ejercicio, ponderación que debe resolverse en que el ilícito penal solo puede concretarse, exclusivamente, en una significativa lesión de un bien relevante constitucionalmente (35), significación pues de valor constitucional pero, significación también de la lesión. Es necesario llegar a demostrar que el momento de la ofensa, de la lesión o puesta en peligro, adquiere una relevancia propia en relación con la mera verificación del tipo descriptivo. No sólo se requiere conformidad sino también signi-

(31) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 497.

(32) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 63 y 64, Zipf, «Introducción a la política criminal». Madrid, 1979, pp. 92 y 93, «los límites en cuanto al contenido para la creación y configuración de figuras delictivas resultan, en primer término del catálogo de derechos fundamentales, de la Constitución, de la prohibición del exceso y del mandando de tolerancia... la prohibición del exceso auna los principios de proporcionalidad y necesidad».

(33) MARTOS NUÑEZ, *El principio de intervención mínima*, «A.D.C.P.», 1987 p. 101. «El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados fundamentales: de una parte el respeto al carácter fragmentario del Derecho penal; de otra su consideración como *ultima ratio*; y por último, la naturaleza "accesoria" del Derecho penal.»

(34) S. MIR PUIG, F. R. MUÑOZ CONDE, *obr. cit.*, p. 611, «axioma supremo de la política criminal moderna: el Derecho penal sólo debe intervenir en la medida de lo absolutamente «necesario» para la prevención. Conectan con esto los principios de *ultima ratio* o de subsidiariedad y de intervención mínima».

(35) F. R. BRIOLA, *Teoria generale del reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», 1974, pp. 15 y ss.

ficativa lesividad (36), lo cual parece a todas luces imposible cuando el criterio de incriminación consiste en una punición genérica de determinados actos preparatorios.

Desde la perspectiva constitucional que se está realizando cabe, también, hacer una referencia crítica a la penalidad que el artículo 52 del Código Penal atribuye a la proposición para delinquir. La equiparación de la pena entre tentativa y proposición, y también en relación con los otros actos preparatorios, conspiración y provocación, ha sido denunciada por suponer una violación del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 Constitucional, dado que la equiparación de la consecuencia jurídica, de la pena, no se corresponde con una identidad de los supuestos de hecho, actos ejecutivos en la tentativa, actos preparatorios en la proposición (37).

Sin embargo, a pesar del planteamiento constitucional anteriormente expuesto, a pesar de la presencia del artículo 1 de la Constitución del que puede deducirse que el ordenamiento penal ha de asumir igualmente la tutela de bienes y derechos constitucionalmente fundamentales y reducir al máximo los espacios de intervención penal, se ha hablado en nuestra doctrina de una «imposible convergencia» entre Constitución y Ley penal (38). M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón han indicado que la punición en la República Federal Alemana, en el seno de un marco constitucional semejante al español, de actividades similares a las descritas en el artículo 4 del Código Penal, no prueba su legitimidad sino más bien el sesgo defensivo o autoritario de algunas democracias (39). La coexistencia, actualmente, de la incriminación genérica de la proposición y su penalidad, junto con la norma constitucional de 1978, es una muestra bas-

(36) G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*. Milán, 1973, pp. 138 y 214.

(37) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 273; E. FARRE TREPAT, *obr. cit.*, p. 216: «Dicha equiparación de la pluralidad de estos supuestos a la penalidad de la tentativa e incluso a la de la frustración puede considerarse de una parte excesiva, teniendo en cuenta que constituyen actos de preparación lejanos aún de la consumación e incluso de la ejecución de un delito. A esta conclusión conduce por igual una fundamentación objetiva de las normas de imperfecta ejecución, que tendrá en cuenta la mayor o menor proximidad del hecho a la consumación del delito, como una fundamentación subjetiva de las mismas», p. 217: «...la equiparación de la pena en estos casos a la tentativa, sin conceder una atenuación a los mismos es inconsecuente con las valoraciones seguidas por el mismo legislador al establecer la penalidad de la tentativa y de la frustración»; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun... obr. cit.*, p. 296, «el Código que ha reconocido la posibilidad, según acabamos de ver, de que frustración y tentativa se castiguen con penas de distinto grado, establece para lo que no son más que actos preparatorios no materiales exactamente la misma pena que para la tentativa, sin admitir siquiera que los Tribunales puedan facultativamente rebajar esa pena. Desde esta perspectiva, la estimación valorativa de la gravedad de las conductas descritas en el artículo 4 y la correspondiente penalidad señalada para las mismas, representa una ruptura de los criterios valorativos propios de un Derecho penal de acto».

(38) J. TERRADILLOS, *Constitución y Ley Penal. La imposible convergencia*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 11, monográfico. Madrid, 1986.

(39) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 506 (nota 39).

tante clara de las relaciones tensionales, conflictivas, de los desajustes exigentes en el conjunto del ordenamiento jurídico que en todo caso responden a la propia conflictividad social sobre la que se construye y a la que se dirige. También la norma constitucional encierra, en su «forma», conflictos de intereses y de posiciones sociales, de la misma manera que dichos conflictos están presentes en la actuación legislativa, en los momentos de criminalización primaria, y en la actuación de todas las distintas instancias de definición penal, ya sean primarias o secundarias.

La Constitución ha hecho de la idea de la estatalidad de derecho, social y democrática junto con los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político de su artículo 1, el principio jurídico rector de su sistema. En relación con la caracterización del Estado como social y democrático de derecho, De Cabo expone el acuerdo alcanzado, tanto desde la Teoría del Estado, como desde el Derecho constitucional, en torno a dos consideraciones. La primera, la unidad de los tres términos, social, democrático y de derecho, unidad en la que cada uno presenta un momento y unidad entendida como interdependencia de sus tres elementos. La segunda consideración sobre la que existe acuerdo es que la definición del Estado como social y democrático de Derecho supone el principio central en torno al cual se articula el orden político contemporáneo del capitalismo desarrollado que penetra en el sistema constitucional (40).

La unidad de los tres caracteres plantea, para Mir, la necesidad de la libertad tanto «real», oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos, como «formal», cerrando el paso a un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo y para los ciudadanos (41). Lo que se plantea cuando se trata de libertad e igualdad democrática y social es que si el Estado interviene en el orden económico, dirigiendo y ordenando el desarrollo, y en el orden social, prestando servicios, de la misma manera no debe intervenir en las esferas de libertad individual como compromiso hacia una sociedad más libre y plural. Indudablemente entre la intervención en el orden económico y social y la no intervención en las esferas de autodeterminación individual o colectiva, no existe una nítida división sino que se interrelacionan materialmente en cada momento especialmente en base a la segunda de las consideraciones indicadas, y que actualmente puede fácilmente comprobarse ante la llamada «crisis» del carácter «social» del Estado.

El Estado, en una fase de capitalismo mopolista se caracteriza por una autonomía sólo relativa (dependencia relativa) respecto de la estructura económica y actúa en respuesta a los conflictos desple-

(40) C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*. Barcelona, 1986, p. 15 y ss.

(41) S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1979, p. 16.

gados entre y dentro de las clases dominantes y dominadas (42). Pero esta autonomía relativa que se debe a la posición estructural del Estado dentro de las formaciones sociales capitalistas (presencia de diferentes facciones en el seno de clase dominante que exige la existencia de una institución «externa» que representa los intereses políticos comunes; presencia y movilidad de otras fuerzas sociales) hace que el Estado intente jugar y juegue, un papel político decisivo en la centralización política de los sectores dominados y que se constituya de hecho como el poder político inequívoco de la clase dominante, para lo que necesita, efectivamente, esa relativa autonomía (43).

En este contexto, las tendencias a la intervención del Estado en la estructura ideológica y a su interpretación con la economía no se interrumpen, sino que incluso puede decirse que actualmente se acentúan, sin olvidar, como ha indicado Abendroth la necesidad que tienen los titulares del poder económico en influir cada vez más intensamente en el Estado y dominar los medios de formación de la opinión pública (44).

Cabe añadir, que la llamada crisis del Estado social que más que crisis supone nuevas adecuaciones ante los obstáculos a los procesos de acumulación ha repercutido también en el ámbito del Estado de Derecho, tanto en el orden de las decisiones políticas, como en el orden normativo en detrimento de los derechos y libertades fundamentales (45). En el orden penal se han expuesto estas repercusiones por Serrano Piedecasas como confirmación de una ideología de la defensa social y posterior legitimación del sistema represivo tradicional junto a un Derecho penal fuerte y autoritario (46).

Con lo anteriormente dicho quiere indicarse que en última instancia, como ha destacado Capella, el garantismo constitucional no queda asegurado por la instancia constitucional misma; que la consecución práctica de unas libertades políticas y garantías individuales que sean elemento realizador de la «liberación económica» exige y tiene su solución real en la formación de articulaciones sociales tan amplias como sea posible y que, precisamente, den razón definitiva de aquellas. Problema, por tanto, no ya teórico sino práctico (47). Pero, en todo caso, lo que también se muestra es la ya anteriormente indicada

(42) N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. México, 1909, p. 282.

(43) I. GOUGH, *Gastos del Estado en el capitalismo avanzado*, en H. SONNTANG, H. VALECILLOS, *El Estado en el capitalismo avanzado*, 7.ª ed. México, 1986, p. 247 y ss.

(44) N. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*. Barcelona, 1973, p. 277.

(45) C. DE CABO MARTÍN, *obr. cit.*, p. 74.

(46) J. R. SERRANO-DIECASAS, *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcional penal y motivos de su perpetración*. Barcelona, 1988, pp. 90 y 91.

(47) J. R. CAPELLA, *Introducción a Marx. El Derecho y el Estado*. Barcelona, 1969, p. 13.

conflictividad, que también encierra la fórmula constitucional, y que manifiesta, como ha expuesto Octavio de Toledo, la tensión progresiva entre los grupos hegemónicos que sustentan el Estado y los supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre los intereses realizados y por realizar (48) Es una muestra de lo que se ha llamado Constitución «abierta», «abierta en el tiempo», que muestra la historicidad de los valores constitucionales y la historicidad de la participación de las fuerzas sociales que puedan manifestar su voluntad transformadora en el marco de la democracia política. Pero, como dice Bricola, tal consideración «abierta» no está libre de peligros si permite relativizar la tabla de valores constitucionales y plegarla a tácticas políticas en relación con la política criminal (49).

Precisamente como criterio oportunista y arbitrario, además de excesivo y autoritario, ha sido calificada la punición general de la proposición. No puede olvidarse que junto al citado artículo 1 constitucional, el artículo 9 compromete a los poderes públicos, también al legislativo y judicial, a la promoción, a la profundización de la libertad y de la igualdad de los individuos y que la Constitución contiene una rotunda manifestación del principio de legalidad. Al hablar en él del delito, es preciso acudir a su concepción material inseparable de su connotación constitucional y es preciso acudir al bien jurídico como elemento, por tanto, de garantía y de deslegitimación del exceso penal. Desde esta consideración constitucional inequívoca, alimentada y conquistada a través de un largo tiempo de historia del Derecho penal moderno planteado como recurso y límite contra la violencia y la arbitrariedad, leído en lo que contiene de afirmación de los bienes sociales e igualmente necesarios, no parece que revista la menor objeción el afirmar que la actual presencia en el Código Penal de la «proposición para delinquir» (arts. 3.4 y 52) es un cuerpo extraño y contradictorio, hostil, con la fundamentación y el conjunto de la regulación de nuestro Derecho penal.

III. CRITICA DEL SISTEMA DE CRIMINALIZACION «EN LOS CASOS ESPECIALMENTE PREVISTOS EN LA LEY»

Existe una amplia opinión doctrinal que defendiendo la impunidad de los actos preparatorios en general admite, sin embargo, el sistema seguido por nuestros Códigos liberales y por la P.A.N.C.P. de 1983 de castigar supuestos especiales de proposición, en base, principalmente a la necesidad de una especial protección de determinados

(48) E. OCTAVIO DE TOLEDO, *obr. cit.*, pp. 354 y ss.

(49) F. R. BRICOLA, *Tecniche di...*, *obr. cit.*, p. 17.

bienes jurídicos, argumentando que estos actos preparatorios suponen ya una puesta en peligro relevante para ellos (50).

Para comentar este sistema de punición especial no pueden ser ajenos los argumentos que se ha expuesto en el apartado anterior, pero sin embargo sería preciso desarrollarlos y atender, especialmente, al contenido de la proposición para comprobar si tal comportamiento supone realmente y de modo relevante desde el punto de vista de la garantía penal de los bienes jurídicos un peligro cierto e intolerable. El objeto del comentario así lo exige. Si en el capítulo anterior el objeto, la punición general, se presentaba especialmente vulnerable a diversas líneas argumentales jurídico-penales, el objeto ahora de estudio, sistema de punición especial y/o particular, parece ofrecer, inicialmente, una cierta fundamentación que se intentará analizar.

En primer lugar se puede realizar una referencia de carácter general en relación con las técnicas comunes y las técnicas «especiales» de protección penal, entendiendo por técnicas especiales aquellos mecanismos jurídico penales que adelantan o amplían, el ámbito, la frontera de la intervención penal en relación con determinados ilícitos, situando el inicio, la «atención», de la relevancia penal más alejada, más avanzada, más extensa que la sitúan los mecanismos ordinarios de intervención. Al hablar de mecanismos ordinarios y extraordinarios no se pretende hacer una referencia aséptica de las fronteras del Derecho penal. Su función de *extrema ratio* para la tutela fragmentaria de bienes jurídicos esenciales, mecanismo ordinario, se relaciona contradictoriamente con aquellas técnicas de tutela que manifiestan cierta visión o cierta tendencia omnicomprensiva o inflacionista de la tutela penal que puede ser expresada tanto en los bienes sujetos a protección penal como en la forma de protección, esto es, no sólo en los intereses —formas de protección—, protegidas, como en las tipologías de las formas de agresión. Esto tiene una enorme importancia en la medida en que, actualmente, como señala Neppi Modona, las garantías de certeza y libertad de los destinatarios de las normas penales se deben resolver privilegiando determinados criterios de técnica legislativa en la formulación de normas incriminadoras, entre los que puede enunciarse el de la previsión de modelos legales ricos en elementos objetivos, sin dejar espacio al Derecho penal de la voluntad y, en particular, a elementos que se reflejan sólo en el dolo específico del agente (51). Como dice Hassemer, «el hecho de que

(50) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun...*, obr. cit., p. 299: «En atención al relevante peligro que puedan entrañar, a veces, para determinados bienes jurídicos la conspiración, proposición y provocación, y la particular necesidad de protección de aquellos bienes, se justifica, a título de excepción, un adelantamiento de la línea de defensa que convierte a tales conductas en delitos *sui generis*.»

(51) G. NEPPI MODONA, *La riforma de la parte generale del codice penale. Il principio de lesività ed i rapporti con la parte speciale*, en G. VASALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*. Milán, 1982, p. 80.

la comprobación de la punibilidad sólo comience cuando una persona haya actuado, excluye la posibilidad de que el pronóstico de una cesión futura o el diagnóstico de una peligrosidad actual pueda convertirse en único presupuesto de la punibilidad» (52). Habrá que ver, por tanto, la actuación de esa persona pero, teniendo en cuenta, como decía Carrara con una exquisita sensibilidad liberal, que «una cosa es manifestar la voluntad de delinquir y otra es comenzar la ejecución del delito», o que «cuando los actos externos recaen sobre el sujeto activo, primario o secundario, son actos preparatorios... La primera serie no presenta elementos de punibilidad», y que «llamar autor del delito a quien lo ideó, es una ficción, una figura retórica» (53), o como dice Roxin, «no puede ser objeto del Derecho penal aquellas acciones que se realizan con el consentimiento de todas las partes y que lesionen los derechos de nadie, por muy inmorales que sean» (54).

Antes de entrar en el contenido de la «proposición», no debe olvidarse, porque permite una mejor comprensión, la indudable connotación política de esta figura como ha sido destacada por Antón Onega (55). Su vinculación con los delitos políticos se manifiesta en su actual punición especial contenida en los artículos 143 y 216 bis a) de nuestro Código Penal. Otras manifestaciones de esta connotación especial, son por ejemplo, su presencia en la ya citada Ley de Seguridad del Estado de 1941 o su presencia en el Código Penal de 1932. El Código republicano español la contempla para los delitos de traición (art. 126), de homicidio contra el Jefe del Estado (art. 145) y de rebelión. Otra muestra sería su presencia en el artículo 4 de la Ley de explosivos de 1894, presencia que Jiménez de Asúa explica por tratarse de una ley excepcional de represión del anarquismo (56). Desde esta manifiesta vinculación histórica con los delitos políticos, el criterio seguido por la P.A.N.C.P. que extiende la proposición también a otros tipos delictivos, como los delitos contra la vida o la integridad física (art. 153), o los delitos contra la libertad (art. 163), o contra la propiedad con muerte dolosa (art. 234), aún reconociendo que se separa del criterio de punición general, no puede dejar de calificarse de extraordinariamente regresivo. La excepcionalidad que ha

(52) N. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal*. Barcelona, 1984, p. 260.

(53) F. R. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Vol. I. Bogotá, 1956, pp. 249, 269 y 289.

(54) C. L. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Sevilla, 1983, p. 129.

(55) J. ANTÓN ONEGA, «Derecho penal», 2.^a ed. Madrid, 1986, p. 438: «El Código Penal de 1944 —como ya hemos indicado— declara punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (art. 3), siendo la penalidad aplicable la correspondiente a los autores de la tentativa.» Es esta una de las reformas más importantes del Código de 1944 que sigue el ejemplo del Código de 1928. Sólo por la trascendencia que estos hechos tienen en las infracciones políticas y mixtas se explica su punibilidad.

(56) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *obr. cit.*, p. 284.

caracterizado siempre el tratamiento de los delitos políticos desaparece en una expansiva «normalización» del criterio de excepcionalidad, y no deja de llamar la atención incluso provocar alarma, lo que esta expansión contiene de giro histórico pero en retroceso, de regresión, de fortalecimiento y ampliación de formas de tutela penal autoritaria y de reafirmación de criterios de defensa social (57) cuya trascendencia antigarantista es sobradamente conocida (58).

Existe, como ya se ha visto, una mayoritaria coincidencia doctrinal en definir la proposición como acto preparatorio. Se ha visto también que opiniones contrarias a esa definición la consideran como la mera manifestación de una resolución, lo que situaría a la proposición en un estadio anterior. Considerada como acto preparatorio, han sido criticados los argumentos que sitúan su peligrosidad, «mayor» que la de otros actos preparatorios impunes, en que la proposición, al moverse en el área de la codelincuencia, de la «alteridad», como ya indicó Quintano (59), no sólo deja de ser un mero acto interno sino que supone al «proponer», aunque sea un mero proponer, una exteriorización hacia el «invitado» o «invitados» a «ejecutar», esto es la presencia de dos o más personas y que en esa exteriorización que ya supone pluralidad, y que de por sí es intuita como más peligrosa que la unidad, se puede perder el control de la posible decisión de ejecutar el delito, aumentando con esa posible pérdida del control el peligro para el bien jurídico. Rodríguez Mourullo ha criticado, entiendo que acertadamente, este argumento calificándolo de «infundada generalización. Quien conspira, propone o provoca puede, en efecto, perder por medio de esa conducta el dominio del hecho, pero puede también conservarlo plenamente y entonces no se alcanza a comprender cuál es la razón que justifica la punición de estos actos preparatorios morales y la impunidad de los actos preparatorios materiales del autor aislado» (60).

Piénsese que la proposición puede ser mero proponer, mero invitar, sin que sea necesaria la aceptación. Es por ello, que abundando en la crítica expuesta por Rodríguez Mourullo, Orts Berenguer ve en el argumento criticado un peligro para la libertad de expresión: «apurando el argumento hasta las últimas consecuencias, se llega a restringir, si no a negar indirectamente la libertad de expresión, dado que con él se está diciendo que siempre que alguien lanza una idea como

(57) El Tribunal supremo en sentencia de 21 de marzo de 1986 (n.º 42), fundamenta la punición de los actos preparatorios «en razones de política criminal encaminada a la erradicación del delito y en la acentuación de la defensa social frente a quienes, resueltos a la consumación de sus planes criminales, tratan de extender su esfera influenciante para la mejor o más segura efectivización de aquéllos».

(58) Puede verse, A. BARATTA, *Criminología liberales e ideologia della difesa sociale*, en la «Questione Criminale», 1975.

(59) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1966, p. 56.

(60) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun...*, obr. cit., p. 297.

pierda el control sobre ella, corre el riesgo de que alguien la recoja y ponga en práctica, por lo que es mejor guardar un prudente silencio» (61).

Las contradicciones y sus consecuencias, en términos de justicia material, a que lleva privilegiar punitivamente la proposición sobre otros aspectos preparatorios materiales que incluso pueden suponer un peligro mayor, o incluso sobre actos de participación, han sido también expuestos por Rodríguez Mourullo (62) y han llevado a Farre Trepàt a señalar que la punición de estos actos preparatorios, «tampoco se puede fundamentar dogmáticamente si se tiene en cuenta que junto a estos actos preparatorios existen otras muchas conductas preparatorias, cuya peligrosidad, tanto objetiva, es decir, desde el punto de vista del acto, como subjetiva, que hace referencia al sujeto, puede considerarse muy elevada» (63). Es esta punibilidad, contradictoria y privilegiada, «mientras quedan impunes otros actos preparatorios más cercanos a la ejecución que aquéllos y de peligro igual o mayor» la razón, precisamente, para que Antón Oneca (64) vincule estas conductas preparatorias con los delitos políticos y mixtos.

Si bien, las líneas críticas que se acaban de indicar se dirigen, inicialmente, contra el sistema de punición general, lo que en el fondo plantean es la fragilidad de la justificación de la punición, tanto general como especial, de actos preparatorios como la proposición y en todo caso el carácter especial, extraordinario e irregular de esta extensión o ampliación del ámbito punitivo que, por otra parte, parece injustificable para otras conductas, materiales, que se aproximan más al inicio de la ejecución y en las que el peligro puede ser más cercano. Puede interpretarse que esta fragilidad deriva de la misma noción de peligro, aumentada cuanto más lejano e indefendido es, noción difusa y cargada de emotividad (65), utilizable y utilizada en la acentuación del carácter selectivo del control penal como recientemente ha sido puesto de manifiesto (66) y como lo expresa la vinculación histórica de actos preparatorios, como la proposición, con las infracciones políticas, más dirigidas a la autoprotección de institucio-

(61) E. ORTS BERENQUER, *obr. cit.*, p. 491.

(62) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun...*, *obr. cit.*, p. 295: «Quien ha invitado sin éxito a otro a ejecutar un delito (proposición) o le ha incitado sin resultado (provocación) deberá ya, por esto sólo, ser castigado con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente delito. Pero quien, en cambio, pone dolosamente, sin previo concierto, el alcance de otro, el instrumento o medio sin el que éste no podría de ningún modo ejecutar el delito (cooperar necesario del n.º 3 del art. 14), permanece impune si el autor principal no realiza al menos en la forma de tentativa el hecho constitutivo de delito».

(63) E. FARRET TREPÀT, *obr. cit.*, p. 218.

(64) J. ANTÓN ONEGA, *obr. cit.*, p. 438.

(65) T. W. HARDING, *Du danger, de la dangerosité et de l'usage medial des termes affectivemen chargés*, en «Deviance et Société», 1980.

(66) J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal*, Tesis Doctoral. Salamanca. 1989.

nes del Estado que a la protección de su condición democrática. Nos lleva, en todo caso, a un Derecho penal, que actúa en la esfera de la voluntad y la sospecha. También, desde esta perspectiva, es criticable la consideración sistemática que la P.A.N.C.P. realiza de la proposición, al incluirla en el Capítulo II del Libro I, «Del grado de ejecución». No se evitan los problemas de legitimidad penal con un forzado e injustificable cambio de etiquetas, ni se resuelven las contradicciones que presentan determinadas formas jurídicas con una fuga hacia sistematizaciones más contundentemente punitivas, con lo que se consigue una mayor contradicción, una mayor ocultación de los conflictos y un Derecho penal más ambicioso, no tanto de garantías para la coexistencia de libertades, sino de todo lo contrario.

Es por ello que doctrina y jurisprudencia han ido perfilando y exigiendo un contenido a la proposición que la hiciera especialmente relevante y excluyera de su ámbito conductas que no fuesen ni propósitos ni resoluciones firmes de comisión, ni invitaciones concretas y personales realizadas de modo convincente. Esto es, contenidos que excluyeran conductas dudosas en cuanto a la decisión de cometer y ambiguas en cuanto a la propuesta. No hay duda que estas exigencias suponen un destacable esfuerzo garantista para dar un contenido preciso y riguroso a la proposición que permita reducir y a ser posible anular los problemas que plantea su punición. Pero, se tiene la impresión que tal esfuerzo, justificado por la ambigua e inquietante presencia de la proposición en nuestra legislación, lo que indudablemente es preciso acotar, no ha conseguido aclarar su oscuridad en relación con otros actos preparatorios especialmente la provocación, ni permite una pacífica defensa de su presencia penal.

Dada la «falta de unanimidad» en la doctrina, como lo ha puesto de manifiesto Del Rosal Blasco (67), sobre los criterios de delimitación propios de la proposición en relación con otros actos preparatorios, especialmente con la provocación, se intentará agrupar las posiciones doctrinales que para definir la proposición toman como referencia la inducción aunque sitúan la proposición en un momento anterior a esta. Como se verá, tal agrupamiento no supone contenidos homogéneos sobre la proposición, pero puede ser un punto de partida compartido que permita avanzar hacia lo que en este trabajo se plantea, la punición o despenalización de la proposición para delinquir.

Así, Bustos dice de la proposición que se «trata de una preparación de una posible inducción... De ahí que la proposición aceptada y realizada convierte a la proposición en inducción. En el fondo este precepto cubriría lo que en la doctrina comparada se conoce como inducción frustrada (o intentada) y que si se induce a otro a ejecutar un delito, pero este, en definitiva, no lo realiza, se estaría ante una

(67) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 170.

simple proposición» (68). En sentido similar (no se dice que sea sino que puede ser), Mir Puig considera que la proposición «puede cobijar ante todo la inducción frustrada» (69) y Octavio de Toledo y Huerta afirmar que la proposición es una inducción anticipada que cuando va seguida de ejecución transforma al proponente en inductor de un delito intentado, frustrado o consumado. Por ello, también puede decirse que inducción frustrada (es decir, no seguida de inicio de ejecución del delito) y proposición son una misma cosa (70). Antón Oneca, diferenciada la proposición de la inducción señala que mientras la inducción es una proposición el proponente tiene la resolución pero no es preciso que lo transmita al incitado, siendo compatible con que éste rechace la invitación (71), planteamiento que expone también Cuello Contreras para quien lo que se desvalora en la proposición es la tentativa de inducción de la persona a quien se dirige, tentativa punible aunque la persona a quien se dirija no acepte la proposición (72).

Con una formulación también en relación con formas de participación (la tentativa de inducción puede ser una forma de tentativa de participación), pero más amplia, más adelantada que la que tiene como referencia a la inducción y que ofrece contenidos distintos en la conducta del proponente, puede citarse a Rodríguez Mourullo que vé en la proposición una «tentativa de participación», si bien, señalando que la referencia al término «tentativa» no debe confundirse con la «tentativa ejecutiva» porque lo que caracteriza precisamente a la proposición es la actuación «preejecutiva» (73). En todo caso, Rodríguez Mourullo indica que no es posible hablar de inducción en tanto el instigador no ha logrado instalar en la mente del destinatario la resolución de cometer el delito, mientras que la proposición existe por el mero hecho de formular la invitación a participar en la ejecución. En segundo lugar la actividad anímica del proponente se distingue de la del instigador en que aquél, a diferencia de este último, está resuelto a ejecutar él mismo también el delito (74). De distinta manera Ruiz Antón vincula la proposición con una doble coautoría. Este autor destaca como aspecto esencial de la proposición lo que contiene de actuación dirigida a una ejecución conjunta, considerando insuficiente el invitar a realizar actos de participación y exigiendo en la proposición la realización de un comportamiento de autoría (75).

(68) J. BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte General*. Barcelona, 1984, p. 311.

(69) S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985, p. 287.

(70) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 437.

(71) J. ANTONIO ONECA, *obr. cit.*, p. 439.

(72) J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito. (Los actos preparatorios de la participación.)* Barcelona, 1977, p. 175.

(73) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun...*, *obr. cit.*, p. 279.

(74) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1972, p. 176.

(75) L. F. RUIZ DE ANTÓN, *obr. cit.*, p. 86.

Por último debe señalarse especialmente, por su destacable trabajo sobre la provocación, la posición de Del Rosal Blasco que incluye la inducción frustrada «o si se prefiere... la inducción fracasada y la inducción no seguida de realización» en la provocación (76), en cuanto que, para este autor la incitación propia de la provocación en nada se diferencia cuantitativamente con el requerimiento propio de la inducción.

Ambos van encaminados a hacer surgir una voluntad criminal inexistente (77) mientras que el concepto de invitación, propio de la proposición, lo considera más amplio que el de incitación al abarcar aquél los supuestos de éste y además otros menos relevantes que hacen que «la distancia que media entre la proposición y la posible futura lesión del bien jurídico sea mucho mayor que la que media entre esta y la provocación (78).

Me inclino a continuar la exposición de este trabajo a partir de la posición definida por Del Rosal Blasco, considerando inicialmente, por utilizar un razonamiento abreviado, que si la provocación puede ser realizada desde la invitación (proposición), no toda invitación puede ser recogida en la provocación. Esto es, el proponente resuelto a cometer un delito que invita, por ejemplo con la palabra o por escrito, a otra u otras personas a ejecutarlo puede realizar tal invitación de manera que los incite, los estimule o los convenza a ejecutarlo, sin embargo no toda invitación del proponente, por muy resuelto que esté, se traduce necesariamente en incitación.

Como se ve, en esta formulación abreviada no se menciona que mientras que en la proposición el proponente está «resuelto a cometer» el delito, en la provocación no se dá tal resolución. Tampoco se destaca que el proponente realiza su invitación a «otra u otras personas» mientras que en la provocación no hay referencia ninguna al destinatario, ni que en la provocación se hace referencia a medios de posible eficacia y no en la proposición como tampoco se hace referencia en esta a la asimilación con la inducción, cuando se siga la ejecución, asimilación expresa, que si está presente en la provocación. De la formulación expuesta si puede deducirse, sin embargo, que el verbo incitar puede contener la acción de invitar y que la provocación puede realizarse con alguna forma de proposición. Intentaremos ver estas diferencias para, en todo caso, poder llegar a lo que ya se ha planteado, esto es, la posible relevancia penal de determinados actos preparatorios desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos en su consideración constitucional.

Que el proponente esté «resuelto a cometer», resolución que no se manifiesta en la provocación, puede interpretarse en dos sentidos.

(76) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 138.

(77) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 179.

(78) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 268.

Uno, en el sentido de la acción de cometer, no coincidente necesariamente, como con acierto ha indicado Mir Puig, con la acción de ejecutar. El otro, en su posible relevancia penal en cuanto tal resolución es una mera decisión que pertenece al ámbito íntimo del querer pero no supone, todavía, ninguna exteriorización. Mir Puig deduce que la inducción no seguida de ejecución se contempla en la proposición porque la resolución a «cometer», en relación con el artículo 49 del Código Penal, expresa que «cometen» delito «todos los autores con arreglo a la terminología legal, esto es: tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios» reforzando este argumento por el hecho, de que «la expresión “invita a otra u otras personas a ejecutarlo” (más aún en la fórmula del Código Penal de 1932, “propone su ejecución a otra u otras personas”) es que se propone a otro que él ejecute el delito» (79). De ahí que no parezca totalmente correcta la posición que mantiene que el proponente se halla resuelto a «ejecutar» el delito y el provocador no, cabiendo, por tanto, en la proposición el supuesto en que un sujeto proponga a otro que él ejecute el delito, con lo que se rompe el argumento que separaba la proposición de la provocación en razón de que el proponente está decidido a ejecutar y el provocador no. Cabe pensar, sin embargo, que también el proponente puede invitar a coejecutar el delito, y parece que nada impide pensar en el supuesto de que su invitación pueda ir dirigida a una voluntad ya decidida, supuestos estos que especialmente destaca Del Rosal Blasco (80).

La segunda valoración que se puede hacer del hecho de que el proponente esté «resuelto a cometer» es que tal resolución, en sí misma es inaprehensible por el derecho penal. Lo que interesa no es que esté o no decidido a cometer un delito sino que la exteriorización de su conducta, en este caso con la invitación, suponga una lesión o puesta en peligro. El posible desvalor no se encuentra en la resolución de cometer, inalcanzable, como se ha dicho, por el Derecho penal, sino en la especial comunicación, en la invitación, en la propuesta de ejecutar. De ahí que habrá que acudir a la invitación como exteriorización de la resolución, para ver si en ella se puede establecer el desvalor relevante.

Rodríguez Mourullo y Del Rosal Blasco, han criticado la opinión de que existe una mayor intensidad en la provocación que en la proposición, argumentando que la invitación que contiene la proposición puede realizarse con tal intensidad «que provoque una excitación pasional en el invitado», mientras que, por otra parte, «la incitación constitutiva de la provocación puede revestir... la forma de un alega-

(79) S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287, también E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 431.

(80) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 180.

to apoyado en argumentos intelectuales» (81). También Octavio de Toledo y S. Huerta, con argumentación distinta, rechazan una menor intensidad en la invitación propia de la proposición. Para estos autores, el verbo invitar tiene su razón de ser en el destinatario individual y concreto de la proposición. La utilización del verbo invitar destaca «lo que de selectiva tiene la conducta del proponente en orden a la búsqueda de un destinatario (o varios) concreto (s) de su propuesta, pues de ordinario no se “invita” *in genere* (82).

No se quisiera entrar en «sutilezas de muy dudosa eficacia» como ya advirtiera Quintana (83) pero, también este mismo autor atribuía una menor fuerza, una menor intensidad psicológica a la invitación que a la incitación: «Invitar vale tanto como sugerir, manifestar una idea que puede o no ser aceptada por la persona a la que va dirigida. Provocar, a su vez, equivale a incitar o estimular a una voluntad ajena a la que se comunica una vitalidad psicológica antes inesistente. El invitado obra por imperativo de un propio querer, el provocado por una voluntad extraña a la suya (84). No le falta razón al argumento señalado de Rodríguez Mourullo y del que participa Del Rosal Blasco, sin embargo, parece forzado establecer, en todo caso, como sinónimas las acciones de invitar e incitar (85). Es cierto que la invitación puede realizarse con tal vehemencia que llegué a integrar una conducta de instigación, pero también parece defendible que esa vehemencia no es el uso propio del invitar, por ello no parece que se pueda utilizar indistintamente la invitación o proposición y la incitación o provocación para describir la misma conducta (86). Del mismo modo, es cierto que la provocación puede contener una argumentación menos incisiva, menos persuasiva, menos dirigida a imponer una decisión y que puede ofrecer criterios intelectuales, pero tampoco parece que ese sea el uso común del incitar. Puede entenderse que una propuesta ofrecida a la reflexión y a la posible aceptación perdería su naturaleza si se presenta como una provocación. Del mismo modo, una provocación «argumentada», ofrecida también a la reflexión, no se entendería como tal, sino como propuesta. El argumento de Octavio de Toledo y S. Huerta, singularizando la invitación por la directa y selectiva relación entre el proponente y el invitado parece más sugestivo que convincente. Puede entenderse desde la perspectiva de ofre-

(81) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comb...*, *obr. cit.*, p. 179; B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 179.

(82) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 432.

(83) A. QUINTANA RIPOLLÉS, *obr. cit.*, p. 50.

(84) A. QUINTANA RIPOLLÉS, *obr. cit.*, p. 59.

(85) En contra B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 432.

(86) F. C. SAINZ DE ROBLES, *Diccionario español de sinónimos y antónimos*. Madrid, 8.^a ed., 1985: Voz Proponer: ofrecer, prometer, brindar, insinuar, exponer, expresar, opinar, formular, presentar, plantear, sugerir,...; Voz Provocar: irritar, incitar, excitar, exacerbar, estimular, espolear, suscitar, promover, inducir,...; Voz Inducción: invitación, instigación, persuasión, estímulo,...

cer a la invitación un contenido riguroso, en la voluntad de atribuirle una fuerza atractiva, dada la directa relación entre los sujetos, de la que, de otro modo carecería. Sin embargo, cabe pensar que ello no supone necesariamente una mayor intensidad en el mensaje de quien invita. La singular, más cercana o directa, relación que puede mediar entre proponente e invitado, también puede implicar una mayor libertad entre ambos y una mayor dificultad de aceptación de la invitación más propia de un ofrecimiento que de crear en el invitado una decisión. Por otra parte, como más adelante se verá, la invitación a «otra u otras personas» no impide la pluralidad y la indeterminación de los destinatarios, y como se ha dicho anteriormente, puede que el destinatario ya esté decidido. De ahí que se coincida con el criterio de que la invitación supone una menor intensidad o fuerza atractiva que la incitación, criterio expuesto, como ya hemos visto, por Quintano, que también defiende Mir Puig (87) y que Del Rosal Blasco, que no lo comparte, sitúa, en todo caso, en el estímulo o impulso que puede contener la proposición a una voluntad preexistente (88). Cabe mencionar también la menor importancia que el legislador atribuye a la proposición en el artículo 143 del Código Penal al sancionarla con menor pena que la conspiración y la provocación (89).

Se ha mencionado anteriormente, al comentar la argumentación de Octavio de Toledo y S. Huerta, la referencia a los destinatarios, «otra u otras personas», que aparece en la proposición, referencia que está ausente en la provocación. Rodríguez Mourullo niega que de tal expresa presencia en la proposición y ausencia en la provocación se pueda deducir que el destinatario de la proposición es particular y el de la provocación general. La proposición, dice este autor, «puede dirigirse a una pluralidad de destinatarios (invita a otra u otras personas) sin que sea posible, en este sentido, recortar de algún modo el número de los posibles invitados. Por otro lado —y esto resulta decisivo— nada impide, como reconoció ya reiteradamente el Tribunal Supremo que la incitación característica de la provocación incida de modo directo en un destinatario individual» (90). Parece así que la posible pluralidad e indeterminación de los destinatarios es común a ambos actos preparatorios y que en la práctica la influencia de la incitación pueda dirigirse y alcanzar a un destinatario concreto. También en este sentido se ha manifestado Del Rosal Blasco que se refiere a la indiferenciación de los medios para llevar a cabo la incitación «cuyo destinatario puede ser un solo sujeto determinado,

(87) S. MIR PUIG, *Der...*, obr. cit., p. 286.

(88) B. DEL ROSAL BLASCO, obr. cit., p. 176.

(89) E. ORTS BERENGUER, obr. cit., p. 506 lo interpreta en «el sentido que así mismo para el legislador, aquella representa, de alguna forma, un paso más corto en el *iter criminis*, un menor peligro de ejecución en definitiva.

(90) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comb...*, obr. cit., pp. 179 y 180.

varios sujetos determinados o una multitud de sujetos indiferenciados» (91), pluralidad o concreción del destinatario o de los destinatarios de la incitación que razona en base a que el ámbito de la provocación no sólo alcanza aquéllas verificadas por medios públicos o que faciliten su publicidad, sino también aquellas incitaciones llevadas a cabo particular y privadamente» (92) sin que se deba confundir, en todo caso, la «palabra», «escrito», «impreso» y «otros medios de posible eficacia» con la publicidad (93). Enlazando con la distinción que se ha hecho anteriormente entre invitar e incitar, cabría defender, que la referencia a la «palabra», «escrito», «impreso» u «otro medio de posible eficacia» es coherente con el contenido, de mayor intensidad, que se atribuye a la incitación, siendo, por un lado, expresiones descriptivas de la fuerza, de la eficacia posible de la incitación, y por otro expresiones dirigidas a coartar la libertad de expresión (piénsese en el origen de la provocación).

Por último la ausencia de referencia expresa a la inducción en la proposición y la asimilación de la provocación a la inducción «si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito», también ha sido entendida de distinta manera por la doctrina. Rodríguez Mourullo ve en ella la razón de que el proponente esté dispuesto a ejecutar junto con el invitado y que el provocador no esté decidido a cometer el delito, ya que si a la proposición sigue la ejecución, según este razonamiento, el proponente responderá como coautor sin que se necesite ninguna regla complementaria de asimilación, mientras que para el provocador, no resuelto a ejecutar, si es precisa tal asimilación (94). Mir Puig añade el argumento de la indeterminación del destinatario en la provocación, el de la equiparación de la provocación a la inducción cuando se sigue la perpetración, para motivar la tesis de la proposición como inducción frustrada (95), posición que igualmente mantiene Octavio de Toledo, S. Huerta, razonando que «si la provocación fuera una auténtica “inducción anticipada” (como es la proposición) holgaría (como huelga en el párrafo segundo del art. 4 del CP) toda referencia a que cuando resulta eficaz (en el sentido de que logra la captación de voluntad del provocado decidiéndole a la ejecución del delito a la que da comienzo) se castigará “como” inducción, pues ni tal fuera el caso la regla sobre la inducción entraría inmediatamente en juego» (96). Son estos, argumentos que vienen a reforzar la consideración de la proposición, o bien como «tentativa de participación», o bien como «tentativa de inducción» o «inducción

(91) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 178. En contra S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287 y E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 434.

(92) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 123.

(93) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 121.

(94) C. RODRÍGUEZ MOURULLO, *obr. cit.*, p. 180.

(95) S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287.

(96) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 433.

anticipada» (diferenciándose en si el proponente está resuelto a «ejecutar» o a «cometer»), argumentos que no caben si se entiende la invitación con una menor y más lejana fuerza atractiva; que puede hacerse (tanto como la provocación) de manera plural e indeterminada y que puede llevar a varias formas de participación pero que además puede integrar en ella la propuesta realizada a quien ya está decidido, supuesto de difícil integración en la incitación.

Del Rosal Blasco equipara el contenido de la incitación, dirigido inequívocamente a que alguien cometa un delito, que puede o no ejecutarse, con el contenido de la inducción dirigido también directa y eficazmente, justificando la ausencia del «directamente» en la provocación por la no necesidad de que se realice de persona a persona, necesidad de conexión personal que en la inducción se deduce del propio adverbio «directamente» (97). Es de ahí desde donde puede comprenderse el “como” que asimila la provocación seguida de ejecución con la inducción en la no necesaria vinculación personal que se da en la provocación y que sin embargo, se contiene en él «directamente» de la inducción y en la cercanía que existe entre incitar e inducir, mayor que la que pueda existir entre invitar e inducir dado el carácter más amplio y adelantado que goza la proposición.

Considero importante destacar la posición crítica que el autor anteriormente citado mantiene frente a una posible interpretación de la provocación que explique la ausencia del «directamente» en el sentido de rebajar la provocación a comportamientos que inciten de «forma vaga, imprecisa o indefinida» (98). Tal posición parece correcta y exigible pero quizá pueda entenderse como un resultado progresivo de la interpretación que evita así los peligros para la libertad que el legislador de 1944 no consiguió evitar (puede ser, porque no lo pretendiese). No parece que sea sólo un recurso de estilo, para no caer en redundancias, el uso de los verbos invitar, incitar e inducir o el uso de fórmulas, un tanto ambiguas, como «medios de posible eficacia» (idoneidad de los medios, si, pero no dice «medios eficaces»), o inequívocos como «directamente». Aunque el propio Código ofrezca diferencias sistemáticas que permitan perfilar la naturaleza de unos actos preparatorios o de una forma de participación a veces de manera oscura como se ha podido comprobar en el caso de la proposición, queda, de algún modo, un cierto temor de que la letra de la ley contenga rasgos de inseguridad que puede traducirse en resultados antigarantistas..

De lo expuesto hasta ahora sobre la delimitación de la proposición para delinquir, parece que puede derivarse pacíficamente la cosecuencia de la heterogeneidad de posturas doctrinales sobre el contenido de este acto preparatorio, heterogeneidad en la que este trabajo tam-

(97) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 117.

(98) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 116.

bién participa y que explica que su presencia en el Código penal haya sido calificada de «oscura» (99). A pesar de los esfuerzos doctrinales en los que está presente una manifiesta voluntad de aportar criterios de interpretación que sitúen, con precisión sistemática, la proposición y ofrezcan garantías que limiten su posible aplicación, queda la duda, cuando no el convencimiento, de que tal propósito encuentra dificultades y no termina de llegar a una pacífica conclusión. Sin duda, que las dificultades proceden del mismo objeto de análisis que parece ser reacio a la necesaria seguridad de sus fronteras. Su presencia en la norma, se torna beligerante cuando se pretende perfilar sus rasgos, su identidad, su propia definición, y esto, como es obvio, tiene notables consecuencias negativas para un Derecho penal comprometidamente democrático.

Resumiremos, brevemente, lo anteriormente expuesto en relación con el contenido de la proposición, evitando reiterar las referencias doctrinales. En primer lugar se le atribuye a la proposición una menor intensidad, una menor fuerza de atracción que al otro acto preparatorio cercano, cual es la provocación. La «resolución a cometer», propia de la proposición, se entiende que no exige necesariamente que el proponente participe en la ejecución, pudiendo ir dirigida su actuación a otras formas de participación e incluso puede dirigirse a una voluntad preexistente como forma de «complicidad psíquica» en palabras de Del Rosal Blasco (100). No ha parecido relevante la referencia a los destinatarios en la proposición y la ausencia de tal referencia en la provocación como criterio de distinción. La razón de la no asimilación de la proposición a la inducción, si se ejecuta el delito, se piensa que debe encontrarse en la ausencia de conexión personal con él o los destinatarios, ausentes de relación directa, en la lejanía de la proposición con la inducción y en su mayor amplitud así como en la cercanía que media entre provocación e inducción. Por ello, cabe coincidir con Del Rosal Blasco en la falta de justificación penal de la existencia y punición de la proposición, no sólo en su actual regulación en nuestro Código Penal, sino también en la posible regulación para determinados supuestos que la proposición recibe en la P.A.N.C.P., pues en caso de mantenerse se ampliaría excesivamente el ámbito de intervención de la responsabilidad penal (101) ampliación que escapa de los principios de intervención penal de un Estado social y democrático de Derecho y que asienta una dirección político criminal que por ser ajena o autónoma a esos principios debe considerarse inadmisibles. Se coincide pues con la citada enmienda número 28 de las del Grupo Parlamentario Comunista al artículo 23, párrafo 2.º (proposición a cometer delito) del Proyecto

(99) Ver *supra*, nota número 10.

(100) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, pp. 181 y 253.

(101) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 181.

de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, que propone la supresión de dicho párrafo, bastando, como ha sugerido Mir Puig, suprimir la proposición y en todo caso unificarla con la provocación (102) si realmente se quiere sancionar la inducción frustrada o incitación eficaz.

IV. A MODO DE CONCLUSION: DE NUEVO EL BIEN JURIDICO COMO ELEMENTO «CRITICO» DE LA PROTECCIÓN PENAL

Como se ha podido indicar anteriormente, la función de delimitación del ámbito de protección penal y la función constitutiva de la protección no son separables. Sabemos, y así lo expresa Pulitano, que la teoría del bien jurídico nace como instancia crítica o «liberal» frente a un recurso al derecho penal inspirado por meras razones éticas o ideológicas y no por efectivas funciones de tutela de bienes «aferrados» como tales en la y por la convivencia social. La referencia al bien jurídico significa sobre todo, un límite a la intervención penal. El planteamiento de los bienes jurídicos indica la razón principal, el fundamento necesario de la tutela aunque no todavía la necesidad de la tutela penal misma sobre cuya extensión y modo entran en consideración posteriores razones y equilibrios de intereses a partir de la relación libertad/autoridad o de un cálculo de costes y beneficios (103). Esta función crítica, histórica, de los bienes jurídicos tendrá en cuenta las particulares técnicas o niveles de tutela y en el momento jurídico penal presente deberá participar de la tensión entre formas de tutela arcaicas y autoritarias y jerarquía de valores constitucionales o «bienes jurídicos constitucionales» (104).

En relación con la reforma del Derecho penal español, Quintero Olivares y Muñoz Conde, al tratar la reforma del Código de 1983, planteaban «la necesidad de disponer de leyes penales que permitan desarrollar la política criminal que la sensibilidad democrática y social de nuestros días exige de modo ineludible (105). Presencia, pues, de bienes constitucionales y plasmación, sensible, de ellos; tensiones, y sus resoluciones, entre libertad y autoridad, entre el recurso al Estado como legítimo detentador de la fuerza y como garante de la emancipación, en la referencia utópica que realiza Restá (106). La función

(102) S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal*, en «R.F.D.U.C.M.», monográfico 3, 1980, p. 50.

(103) D. PULITANO, *La teoría del bene giuridico fra codice e costituzione*, en la «Questione Criminale», 1981, p. 114.

(104) D. PULITANO, *obr. cit.*, p. 115.

(105) G. QUINTERO OLIVARES, F. R. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Barcelona, 1983, p. 14.

(106) E. RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazioni penale*, en «La Questione Criminale», 1981, p. 144.

de garantía y de límite que el Derecho penal liberal asumió, debe profundizarse actualmente en un Derecho penal de reglas mínimas y fundamentales que lo enmarquen como «simple orden externo de convivencia», en palabras de Cobo Vives para quienes esa es la idea secular del Derecho y «los actos preparatorios quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar el poder punitivo (107). El compromiso en el progreso de la libertad y el pluralismo exigen tal marco fundamental y mínimo del Derecho penal y no parece que en él tengan cabida comportamientos, como la proposición, que pueden o no ser instrumentales respecto a una mera incitación para una comisión delictiva, puesto que supone primar el componente subjetivo en desprecio del principal de lesividad del acto. De ahí que Octavio de Toledo y Huerta hayan insistido en que el Estado social y democrático de Derecho no puede castigar las simples intenciones (delictivas) por más que éstas se hayan manifestado a otras personas, sino que tan sólo debe intervenir allí donde sea preciso conjurar un peligro que se cierne sobre un bien jurídico protegido» (108) y tal como hemos visto, en la proposición la lejanía y la irrelevancia están más presentes que una posible actuación inequívoca y eficazmente peligrosa. De ahí que Del Rosal Blasco plantee «que si el legislador no puede someter a castigo más que aquellos comportamientos en sí mismos lesivos o cuando menos parcialmente lesivos de bienes jurídicos como exigencia de que la libertad, la justicia y la igualdad son propugnados como valores superiores del ordenamiento jurídico, tales circunstancias «dudosamente concurren en un parte importante de los comportamientos incluíbles dentro de la figura de la proposición para cometer delitos» (109).

Debe insistirse, retomando lo ya dicho en el epígrafe segundo en relación con la denominada crisis del Estado social, que también ahora el mantenimiento del Estado de Derecho y en particular de sus funciones sociales positivas de donde obtiene su legitimidad democrática, depende de la capacidad del Estado constitucional de Derecho para adherirse a la complejidad social desarrollando meros modelos de legalidad garantista adecuados para minimizar el nuevo poder subjetivo (extra-legal, escasamente visible, tendencialmente incontrolado) de los aparatos y maximizar el poder objetivo del sistema político inherente a las nuevas funciones y a las nuevas expectativas que genera (110). Y esto se consigue con la multiplicación de garantía de tutela no sólo de los derechos y de las libertades individuales tradicionales, sino también de los derechos sociales. No puede olvidarse, como

(107) M. COBO DEL ROSAL, T. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 494.

(108) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 424.

(109) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 253.

(110) L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, en «Política del Diritto», 1982, p. 51.

se apuntaba al comienzo de este trabajo, la función del Derecho penal como instrumento de control social, pero tampoco puede olvidarse la mayor eficacia que otras instancias de control obtienen. Esta relativa funcionalidad en términos de control no debe llevar hacia la reafirmación del control punitivo sino que, precisamente, debe resolverse, ampliando y fortaleciendo el momento garantista y el proyecto de libertad, o, como dice Mantovani al advertir «que estamos asistiendo con creciente inquietud a una progresiva anticipación del umbral de la punición en “los actos preparatorios”, en la “sospecha”, si “la libertad no es un destino, en último caso cada pueblo puede de mil maneras renunciar a ella, pero renunciando con ella a la propia dignidad”» (111).

BIBLIOGRAFIA

- W. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*. Barcelona, 1973.
- J. ANTÓN ONECA, «Derecho penal», 2.^a ed. Madrid, 1986.
- L. ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la L. O. 2/1981 de 4 de mayo*, en «Cuadernos de Política Criminal», n.º 15, 1981.
- A. BARATTA, *Criminología liberale e ideología della difesa sociale*, en «La Questione Criminale», 1975.
- M. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho en España*. Madrid, 1977.
- F. R. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1974.
- F. R. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale, ed tecniche alternative di tutela*, en «Funzioni e limiti del diritto penale». Padua, 1984.
- J. BUSTOS, *Política criminal e injusto*, en «Control Social y Sistema Penal». Barcelona, 1987.
- J. BUSTOS, *Castigo e impunidad de la tentativa inidónea. Un falso dilema*, en «Control Social y Sistema penal». Barcelona, 1987.
- C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado Social*. Barcelona, 1986.
- J. R. CAPELLA, Marx, *El Derecho y el Estado*. Barcelona, 1969.
- F. R. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Vol. I. Bogotá, 1956.
- M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, «Derecho penal». Parte General. Valencia, 1987.
- J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación)*. Barcelona, 1977.

(111) F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma del Codice penale*, en «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982, p. 71.

- E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, 1986.
- L. FERRAJOLI, *Stato Sociale e Stato di diritto*, en «Política del Diritto», 1982.
- E. GIMBERNAT, *Constitución y Derecho penal*, en «La Constitución española de 1978. Un análisis comparado». Roma, 1982.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 69, 1983.
- I. GOUCH, *Gastos del Estado en el capitalismo avanzado*, en «H. R. SONTANG y H. VALECILLOS, El Estado en el capitalismo avanzado», 7.ª ed. México, 1986.
- T. W. HARDIN, *Du danger, de la dangerousité et de l'usage medial des termes affectivement chargés*, en «Deviance et Société», 1980.
- N. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal*. Barcelona, 1984.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII. Buenos Aires, 1970.
- F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma del Codice penale*, en «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982.
- J. A. MARTOS NÚÑEZ, *El principio de intervención mínima*, en «A.D.P.C.P.», 1987.
- S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1979.
- S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal*, «R.F.D.U.C.M.», monográfico, n.º 3, 1980.
- S. MIR PUIG, y F. R. MUÑOZ CONDE, *Propuesta alternativa de la Parte General del Código penal*, en «C.P.Cr.», 1982.
- S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, en «A.D.P.C.P.», 1983.
- S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985.
- G. NEPPI MODONA, *La riforma de la parte generale del Codice penale. Il principio de lesività ed i rapporti con la parte speciale*, en G. VASALI (a cura di), «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1986.
- E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P. Cr.» núm. 1982.
- N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. México, 1969.
- D. PULITANO, *La teoría del bene giuridico fra codice e costituzione*, en «La Questione Criminale», 1981.
- A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2.ª edic. Madrid, 1966.
- G. QUINTERO OLIVARES, Fr. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Barcelona, 1983.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, en «ADPCP», 1968.

- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña», núm. extraordinario, 1980.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972.
- E. RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, en «La Questione Criminale», 1981.
- B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid, 1986.
- Cl. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Sevilla, 1983.
- Cl. ROXIN y G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal Procesal*, Barcelona, 1989.
- L. F. RUIZ DE ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid, 1982.
- F. C. SAINZ DE ROBLES, *Diccionario español de sinónimos y antónimos*, 8.^a edic. Madrid, 1985.
- J. R. SERRANO-PIEDecasas, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona, 1988.
- J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal. Tesis doctoral*. Salamanca, 1989.
- J. TERRADILLOS, *Constitución y Ley penal. La imposible convergencia*. en «R.F.D.U.C.M.», n.º 11, monográfico. Madrid, 1986.
- T. S. VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal*, en «Comentarios a la legislación penal», Tomo I. Derecho penal y Constitución. Madrid, 1982.
- H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*. Madrid, 1979.