

# EL CASTIGO DE LAS FORMAS PREPARATORIAS DEL DELITO

CARLOS KÜNSEMÜLLER\*

Universidad de Chile

RESUMEN: El artículo nos presenta el tránsito –al parecer insalvable– desde el “bueno, viejo y decente” derecho penal clásico o liberal al derecho penal moderno o del riesgo. La transición de un derecho penal asentado en la limitación constitucional y legal del *ius puniendi* estatal y de estrictas garantías procedimentales ha dado paso a un sistema de derecho penal expansivo, cuyas intervención punitiva en la sociedad es cada vez más intensa, flexibilizando reglas de imputación y relativizando las políticas criminales garantistas de modo que pueda responder de forma *eficaz* a los desafíos que presenta un mundo globalizado y postindustrial. Y son precisamente los dilemas y las consecuencias normativas de dichos cambios, los que este artículo intenta develar.

**Palabras clave:** *sociedad del riesgo, imputación, derecho penal liberal, derecho penal del riesgo.*

ABSTRACT: This article presents us the transit –apparently unsurmountable– between the ‘good, old and decent’ classic or liberal criminal law and the modern criminal law of the risk. The transition from a criminal law settled on the constitutional limitation and the legal one of the *ius puniendi* of the State and due process law has given way to an expansive criminal law system, whose punitive interventions in the society is increasingly intense, easing the imputation rules and relativizing the garantist criminal policies, so that it can respond efficiently the challenges that a globalized and post-industrial world presents. And there are precisely those dilemmas and the normative consequences of such changes, what this article intends to unveil.

**Key words:** *Society of the risk, imputation, liberal criminal law, criminal law of the risk.*

## 1. INTRODUCCIÓN

1.1. La Asociación Internacional de Derecho Penal realizó en La Coruña (España), entre el cinco y el ocho de septiembre de 2007, un Coloquio Preparatorio del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, que abordó el tema “Derecho Penal. Parte General. La expansión de las formas preparatorias y de participación”.

El Relator General fue el Profesor Lorenzo Picotti, catedrático de la Universidad de Verona, quien estudió los catorce informes nacionales recibidos con anterioridad al 31 de julio de 2007, provenientes de Alemania, Austria, España, Francia, Holanda, Italia, Bosnia Herzegovina, Croacia, Polonia, Rumania, Hungría, Finlandia, Brasil y Japón. Con posterioridad, se agregaron cinco informes: Turquía, Guinea, Bélgica, Suecia, Taiwán, los que solo pudieron ser tenidos en cuenta parcialmente<sup>1</sup>.

1.2. Esta nota acerca de ese importante evento científico es propicia para recordar que la AIDP fue creada en París, en 1924, con el fin de restablecer la Unión Internacional de Derecho Penal y constituye una asociación de especialistas en ciencias penales cuyo

\* Ministro de la Excmá Corte Suprema de Justicia. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director del Instituto de Ciencias Penales y miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Ex becario del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

<sup>1</sup> *Revue Internationale de Droit Penal*, 78 année, nouvelle série; 3<sup>o</sup>/ 4<sup>o</sup> trimestres, 2007, pp. 453 y s.s.

propósito es establecer una estrecha colaboración entre quienes, en diferentes países, se dedican al estudio del Derecho Penal o participan en su aplicación, a estudiar la criminalidad, sus causas y soluciones, y fomentan el progreso teórico y práctico del Derecho Penal internacional. La Asociación mantiene excelentes relaciones de cooperación y hermandad con otras asociaciones que desde su propia perspectiva, son muy activas en el campo de las ciencias penales y criminológicas, a saber: la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Mundial de Victimología.

La historia de la AIDP está marcada por una intensa actividad y su contribución (y la de sus grupos nacionales) continúa siendo fundamental para la modernización de la legislación penal y la justicia criminal de diferentes países y, en particular, para el desarrollo del Derecho Penal Internacional.

En la vida y tareas de la AIDP desempeñan un rol particularmente relevante la preparación y celebración de los Congresos Internacionales de Derecho Penal. Con ocasión de cada congreso, se realiza la Asamblea General de la Asociación y se eligen los diferentes comités de la Asociación. Es a través de los congresos –celebrados cada cinco años– que se da a conocer la posición oficial de la Asociación sobre temas fundamentales concernientes al desarrollo teórico y práctico de los diferentes ámbitos del Derecho Penal y la Política Criminal.

Cada congreso internacional tiene cuatro secciones: Derecho Penal, Parte General; Parte Especial; Procedimiento Penal; Derecho Penal Internacional y en su seno son discutidas las propuestas surgidas de los Coloquios Preparatorios realizados con anterioridad en distintos países.

La Sección Chilena de la AIDP fue comisionada para organizar en el año 2003, un Coloquio Preparatorio, cuyo tema fue “Los principios del derecho penal y su aplicación a los procesos disciplinarios”<sup>2</sup>.

Entre los años 1926 y 2004 se han celebrado diecisiete Congresos Internacionales, cuyas resoluciones han sido publicadas en un volumen especial y representan el legado de los esfuerzos e ideas compartidos durante largo tiempo por una mayoría de penalistas, comprometidos lealmente con el desarrollo de una justicia penal “más humana y eficiente”<sup>3</sup>.

## 2. SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO PENAL AD HOC<sup>4</sup>

El ordenamiento jurídico que Lüderssen denominó “bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal”<sup>5</sup> experimenta desde hace varias décadas una *crisis*, se encuentra en una situación dificultosa o complicada, por cuanto se duda de su continuación, modificación o cese.

<sup>2</sup> *Revue Internationale de Droit Pénal*, 74 année, nouvelle série 3° / 4° trimestres, 2003.

<sup>3</sup> *Nouvelle Études Pénales. Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926-2004) International Association of Penal Law*, Nro. 21, 2009, Editions éres, 2009.

<sup>4</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Sociedad del riesgo y derecho penal ad-hoc”, en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, Facultad de Derecho, Instituto de Criminología, Universidad San Sebastián, Nro 4, 2002, pp. 109 y s.s.

<sup>5</sup> Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María. *La expansión del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1999, p. 117.

Gössel señala que a primera vista el Derecho Penal se presenta como un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado. Fundado a comienzos del siglo veinte por Beling, actualmente, gracias a la contribución de extraordinarios arquitectos del Derecho parece estar cerca de su culminación. No obstante, la apariencia de perfección da una imagen falsa. A pesar de que nos hemos sentido más o menos cómodos en este edificio dogmático, su estructura permite advertir notorias fisuras, representadas por un gran número de problemas que requieren ser solucionados y en relación a ellos han fracasado los esfuerzos de la dogmática. Entre estos tópicos aún no resueltos en forma satisfactoria, figuran la culpabilidad, los delitos de omisión, el error de derecho, la anticipación de la tutela penal, los delitos de peligro abstracto<sup>6</sup>.

En la actualidad somos testigos de una disputa creciente entre el Derecho penal *clásico* o *liberal* y el *nuevo Derecho Penal*, requerido en la moderna sociedad postindustrial, denominado por algunos autores como *Derecho Penal de la sociedad del riesgo* o *Derecho Penal de la seguridad*, denominaciones que lo vinculan a las acuciantes necesidades de seguridad generadas por las complejas relaciones individuo-Estado que caracterizan al colectivo social de nuestro tiempo y cuya satisfacción solo pareciera poder alcanzarse mediante una intervención penal cada vez más expansiva.

El *Derecho Penal moderno* en cuanto sistema punitivo distinto –y cada vez más alejado– del *clásico*, aparece como un triunfo generado por la tensión entre dos demandas contrapuestas, la de utilizar, por una parte, al Derecho Penal como principal instrumento *eficaz* para evitar el mayor número posible de comportamientos socialmente indeseables y, por otro lado, la de atribuirle el carácter de ordenamiento *fragmentario* y *subsidiario*, confrontación que no solo es incapaz de encontrar un punto de equilibrio aceptable, sino que se intensifica y gana fuerza, de manera que resulta cada vez más lejana una conciliación en el seno de las tendencias político-criminales que caracterizan la actual evolución del Derecho Penal<sup>7</sup>. Un principio limitativo cardinal como el de *intervención penal mínima* se enfrenta a insistentes demandas de *reinterpretación*, vinculadas al modelo contrapuesto, *intervención penal máxima*.

Beck utiliza el concepto de *Risikogesellschaft* (*sociedad del riesgo*) para caracterizar el modelo social postindustrial en el cual se desenvuelve actualmente la vida del hombre, que surge cuando los peligros decididos y producidos socialmente exceden los límites de la seguridad. Junto a ello, la demanda de control de los riesgos no se plantea aisladamente sino de forma masiva. En la sociedad actual se producen dos importantes efectos entrelazados: por un lado, el aumento y dispersión de las opciones y, por otro, el crecimiento y la propagación de los riesgos<sup>8</sup>. Silva Sánchez distingue dos características especialmente relevantes de la sociedad actual: por un lado, la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad, teniendo este extraordinario avance de la técnica diversas repercusiones en un incremento del bienestar individual; por otro, están las consecuencias negativas de este inmenso desarrollo, entre las que interesa resaltar la configura-

<sup>6</sup> *La obtención del Derecho Penal* (“*Strafrechtsgewinnung*”), traducción de José Domínguez, cit. por KÜNSEMÜLLER, Carlos, p. 110.

<sup>7</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, Introducción, p. 21.

<sup>8</sup> BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne*, Frankfurt: 1986.

ción del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. En otras palabras, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.<sup>9</sup>. Esta configuración sociológica de la vida en común origina el fenómeno de la expansión del Derecho Penal, cuyas principales connotaciones son: una tendencia legislativa claramente dominante de introducir nuevos tipos penales, así como de agravar los existentes; “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal penal; creación de “nuevos bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>10</sup>.

Para un sector de penalistas, la recepción del modelo teórico de la sociedad del riesgo como escenario de actuación del control social estatal, impone la tarea de dilucidar el modo en que el ordenamiento penal podría abordar las transformaciones y nuevos problemas que tal modelo social implicaría, en cuanto requerimientos presentados al Estado. La idea que ha de ser analizada es la de si el Derecho Penal puede ser un instrumento adecuado y, antes que eso, necesario para contrarrestar –en el carácter de un Derecho Penal distinto del *clásico* o *liberal*– los riesgos de nuevo cuño. Resulta atendible preguntarse antes que nada si es posible hablar propiamente de un Derecho Penal de la sociedad del riesgo, interrogante que algunos autores se apresuran a contestar afirmativamente<sup>11</sup>.

Sobre la base de considerar que la sociedad actual, dominada por el temor a los peligros, tiene una necesidad elemental de minimizar la inseguridad y esta necesidad se traduce en la tendencia a contener, mediante el empleo del Derecho Penal, la aparición de peligros no consentidos en una etapa muy precoz de su desarrollo, excluyendo ya en fases anticipadas determinadas clases de comportamientos que podrían ser fuente de peligros, el concepto de sociedad del riesgo podría servir como clave para el entendimiento de un Derecho Penal encargado del tratamiento de peligros e inseguridades subjetivas. El Derecho Penal del riesgo surge como una creación conceptual *crítica*, con la que se designaría una forma de desarrollo y un conjunto de modificaciones estructurales a través de las cuales el Derecho Penal se ha adaptado al fenómeno de la sociedad del riesgo<sup>12</sup>. En otras palabras, se trata de un nuevo orden jurídico creado específicamente por las exigencias del nuevo modelo social, que le imponen apartarse de los principios limitativos clásicos –cardinales– y relativizar las garantías derivadas de los mismos. Al decir de Herzog, los riesgos del Derecho Penal del riesgo para la función de garantía del Derecho Penal son inmensos<sup>13</sup>.

En verdad, el punto crucial no es tanto el por qué surge este Derecho Penal *nuevo* (del riesgo), sino, más bien, cuáles son las consecuencias que para el propio Derecho Penal

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María, *op. cit.* (n. 5), pp. 17 y s.s.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> HILGENDORF, NSTZ, 1993, p. 12, cit. por KÜNSEMÜLLER, Carlos, *op. cit.* (n. 4), 113.

<sup>12</sup> FREHSEE, StV, 1991, p. 227, cit. por KÜNSEMÜLLER, Carlos, *op. cit.* (n. 4), p. 114.

<sup>13</sup> HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo”, en *Revista Penal*, Ed. Praxis en colaboración con la Universidad de Huelva, Salamanca y Castilla - La Mancha, Barcelona, Nro. 4, 1999, pp. 54 y s.s.

*clásico* conlleva una tal orientación desde y hacia los riesgos y hasta qué punto estas pueden implicar una auténtica crisis para el Derecho Penal y la Política Criminal<sup>14</sup>.

La pretensión de atribuirle al Derecho Penal un nuevo rol como medio prominente del control global (*Grossteuerung*) contribuye eficazmente a la situación de crisis, ya que la dimensión de los riesgos a controlar enfatiza el recurso a la ley penal y encubre dudas sobre la efectividad y legitimidad del empleo de la misma<sup>15</sup>.

La *expansión* del Derecho Penal, propuesta como recurso político-criminal para la sociedad del riesgo, se presenta –sin perjuicio de lo dicho anteriormente– muy ligada a la globalización y a la integración supranacional, en cuanto caracteres propios de las sociedades postindustriales, los cuales, al incidir en la exigencia de una respuesta penal *dura* frente a una delincuencia nueva, distinta de la criminalidad cotidiana, impulsan con fuerza la tendencia hacia una “demolición del edificio conceptual de la teoría del delito” así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal<sup>16</sup>. El Derecho Penal de la globalización, de la integración supranacional, será –diagnostica Silva Sánchez– desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en que se flexibilizarán las reglas de imputación y en él se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y adjetivas. Por tanto, el Derecho Penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción. Las demandas que el Derecho Penal recibe desde la globalización son fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad y este modo de intervención supone un alejamiento más o menos intenso de los postulados limitativos clásicos, confortantes del Derecho Penal liberal que ha regido en Occidente por más de dos siglos<sup>17</sup>. Incluso entre respetables penalistas –advierte Guzmán Dalbora– se oyen voces que elevan la objeción de que las transformaciones de todo orden propias de la época que gusta en llamarse a sí misma como la del fin de todas las épocas, harían utópico e infructuoso un regreso a ese cercano pretérito del que por tantos conceptos somos hijos y deudores: en suma, que ya habría expirado la hora del viejo edificio del Derecho penal liberal<sup>18</sup>.

Se escucha repetidamente la proclama de que en la sociedad del siglo XXI no es posible funcionar con un Derecho Penal anclado en el estado liberal y la sociedad industrial, invocando, para su defensa, el hecho de que sin duda la sociedad postmoderna es distinta de la que le antecedió y no es más la sociedad del coche o de la radio; el Derecho Penal del futuro es el derecho de la sociedad actual, no del pasado, los instrumentos a utilizar, por consiguiente, han de ser y son diferentes. Este Derecho Penal debe poseer

<sup>14</sup> PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993. pp. 28 y s.s.; MENDOZA BUERGO, Blanca, *op. cit.* (n. 7), p. 35.

<sup>15</sup> PRITTWITZ, Cornelius, *op. cit.* (n. 14), pp. 28 y s.s.

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María, *op. cit.* (n. 5), p. 63.

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús - María, *op. cit.* (n. 5), p. 64.

<sup>18</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis. “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana”, en *Gaceta Jurídica*, Legal Publishing, Santiago, Nro. 265, 2002, pp. 7 y s.s.

“una mayor fuerza social” y encontrarse allí donde la nueva sociedad lo exige y con la flexibilidad suficiente para adaptarse y ser eficaz<sup>19</sup>.

### 3. LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL

La anticipación de la tutela penal destaca como uno de los rasgos definitorios del Derecho Penal moderno. Este se caracteriza por su tendencia a anticipar lo más posible la intervención del Estado, haciendo retroceder la imputación a etapas anteriores al principio de ejecución, creando tipos legales de carácter puramente preparatorio y, a través del paradigma del *desvalor del acto*, escudriñar en el ánimo de las personas, reduciendo a un lugar generalmente secundario la significación del resultado del hecho punible. Este criterio motiva el esfuerzo por destacar la función de garantía de los criterios objetivos en materia de actos preparatorios y tentativa punible, “subyacentes en nuestro viejo Código y en otros del mismo origen liberal”<sup>20</sup>.

En la actualidad las legislaciones penales muestran, en general, una inclinación marcada hacia una expansión punitiva mediante, entre otras vías, el adelantamiento de la misma con respecto a lo que tradicionalmente se ha considerado el núcleo del Derecho Penal clásico, esto es, la lesión de un bien jurídico protegido. Este proceso arrastra en su decidido curso previsibles conflictos con principios básicos del Derecho Penal, como los de ofensividad o lesividad, intervención mínima, subsidiariedad, culpabilidad<sup>21</sup>. La atención sobre los problemas de legitimación de esta nueva línea político-criminal surge en la literatura penal alemana, a través de varias monografías aparecidas recientemente, cuyos autores han acuñado el término *criminalización en el ámbito previo* (*Vorfeldkriminalisierung*) para referirse a esta tendencia. La determinación de lo que se entiende por *anticipación de la tutela penal* resulta –como hace ver Sánchez García de Paz– altamente problemática, pues, como *prius* lógico, requiere clarificar previamente el objeto de referencia del concepto. En otras palabras, cuál debe ser el núcleo de la intervención penal que cabe identificar como *ámbito previo*. Esta cuestión enlaza con el fundamento y límite del *ius puniendi*, que es, en definitiva, la pregunta fundamental de nuestra disciplina<sup>22</sup>.

Está en lo cierto Beck, cuando señala que la noción *criminalización en el ámbito previo* solo resulta comprensible cuando se ha dado un punto de referencia: primero ha de saberse que es *ámbito (Feld)*, como objeto de criminalización, para luego designar cuál es el *ámbito previo (Vorfeld)*<sup>23</sup>.

El fin último del Derecho Penal es para la doctrina aún dominante –al menos en nuestro país– la protección de bienes jurídicos fundamentales, declaración general que, en

<sup>19</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, en *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Nro. 48, 1997, p.p. 294 y s.s.

<sup>20</sup> POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho Penal comparado*. Santiago, Editorial Jurídica, 1999, p. 11.

<sup>21</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos, *op. cit.*(n. 4), p. 124.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e intercambio estudiantil, 1999, pp. 15 y s.s.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich. *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*. Berlín: 1992, p. 21.

lo específico, ha de ser complementada con la concreción del tipo de conductas frente a las cuales deben necesariamente ser amparados los bienes jurídicos mediante las penas. El *núcleo básico* del Derecho Penal ha estado tradicionalmente constituido por lo que se califica como *el injusto originario*, esto es, los comportamientos a cuyo castigo se dirige de modo prioritario el instrumento sancionador; el “ámbito previo”, en cambio, se configura con las acciones que se desarrollan en un estadio más distante de la concreta lesión del objeto jurídico de protección y cuya criminalización solo podría ser afirmada de modo excepcional, sobre la base de una “justificación ad hoc”<sup>24</sup>.

El *injusto originario* ha estado constituido, en la tradición penal clásica o liberal, por las conductas que lesionan o ponen en peligro concreto bienes jurídicos, de modo que toda otra alternativa de aproximación –menos cercana, más alejada– al bien jurídico tutelado (v.gr., creaciones de peligro abstracto, actos preparatorios) conformará el *ámbito previo*, el *Vorfeld*. Las tendencias demandantes de una anticipación de la intervención penal entran en colisión con las bases legitimantes “clásicas”, que circunscriben el rol del *ius puniendi* al amparo de bienes jurídicos frente a las conductas que los lesionan o ponen en peligro de menoscabo y no se conforman con el mero desvalor de acción, sino requieren, como elemento esencial, el desvalor de resultado, representado por algo más que una incierta –y equívoca– posibilidad de afectación de un estado social deseable. La caracterización de una conducta humana como delito requiere la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos<sup>25</sup>.

#### 4. TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO

4.1. Los tipos delictivos que componen la Parte Especial se describen como hechos consumados. De acuerdo al artículo 50 del Código Penal, “Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”. Los artículos siguientes establecen reducciones de las penas en los casos de ejecución imperfecta del ilícito.

La etapa que alcance el *iter criminis* (camino o vía del delito) en su avance es uno de los factores que incide en la determinación legal de la sanción. El legislador regula este elemento conjuntamente con el grado de participación criminal en el hecho: al autor del delito consumado se le impondrá la pena que para este señale la ley.

Un delito alcanza la consumación cuando el hecho concreto responde exacta y enteramente al tipo abstracto, delineado por la ley en una norma incriminatoria especial<sup>26</sup>. Por lo tanto, solo puede decirse que un delito está *consumado* con arreglo al tipo legal de que se trate, cuando se realizan todos los actos que son esenciales para la ejecución del delito<sup>27</sup>. La no obtención de los eventuales propósitos perseguidos por el autor que ha realizado todos los supuestos de la descripción típica no impide afirmar que el delito está *perfecto* en todos sus ingredientes, esto es, consumado.

<sup>24</sup> KÜNSEMÜLLER, Carlos, *op. cit.* (n. 4), p. 125.

<sup>25</sup> HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, pp. 36 y s.s.

<sup>26</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, I, p. 378.

<sup>27</sup> POLITOFF, Sergio. *op. cit.* (n. 20), p. 13.

En todo caso, para la consumación del delito, este no requiere estar agotado o acabado, lo que significa que, para que ella se haya verificado, la conducta del agente no requiere proseguir más allá del cumplimiento de todas las exigencias objetivas del respectivo tipo legal<sup>28</sup>. El agotamiento del delito se verifica cuando se intensifica o aumenta el hecho ilícito ya perfeccionado, situación que carece de incidencia en la magnitud de la pena aplicable al delito ya consumado. El delito de hurto se consuma –se realiza plena y totalmente– con la apropiación de la cosa mueble ajena, esto es, la sustracción de la misma con ánimo de señor y dueño; de acuerdo a la teoría de la *ablatio* –seguida en general por la doctrina y jurisprudencia nacionales– esa apropiación se consuma mediante la extracción completa de la cosa mueble ajena de la esfera de custodia del propietario, resultando indiferente que el hechor haya obtenido o no el provecho que buscaba obtener con la venta de la cosa sustraída. Si bien el acabamiento del delito no constituye una fase del proceso ejecutivo del delito, reviste importancia en algunos casos de participación criminal y concurso de delitos<sup>29</sup>. Por otra parte, no es infrecuente que, con el fin de prevenir un daño efectivo, la ley extinga la responsabilidad penal, aunque el delito esté consumado, siempre que no esté agotado y que ello se deba a la voluntad libre del hechor (tal acontece con el *arrepentimiento eficaz*, arts. 129, 153, 192, 295 del Código Penal)<sup>30</sup>. En el ámbito de la responsabilidad civil el agotamiento del delito reviste importancia para la determinación de la extensión del perjuicio y del monto de la indemnización.

La ley prevé que el hechor, aunque se lo proponga, no logre consumir el delito, esto es, no provocar el resultado lesivo que integra el tipo penal respectivo. Este fracaso de la acción emprendida y dirigida a producir una lesión del bien jurídico tutelado, que no se verifica, está considerado por el legislador como una fase punible del *iter criminis*.

La tentativa de delito está expresamente descrita y penada en el artículo 7° de nuestro Código y su configuración determina una rebaja obligatoria de la sanción (art. 52). En el acta de la sesión 4ª de la Comisión Redactora, hay constancia de que se puso en discusión el artículo 5° tomando por base el 3° del Código español, en contra de la opinión de Altamirano, quien no aceptó la división del delito en tres partes que hace el Código español, “por creerla de mui difícil aplicación practica”. El comisionado Reyes propuso que se tomara la definición de delito frustrado del Código napolitano. Por su parte, Abalos pidió que quedara en los mismos términos del Código español, indicación que fue desechada. Se aprobó enseguida la indicación del señor Reyes: Art. 5° “Son punibles, no solo el delito consumado sino el frustrado i la tentativa “Hay delito frustrado cuando a la voluntad de cometerlo se reúnen tales actos de ejecución que nada quede por hacer para llegar a su complemento, i este comportamiento no verifica por causas fortuitas o independientes de la voluntad del culpable”.

Después de una “corta discusión”, quedó también aprobado el proyecto de redacción para el inciso 3° de este artículo propuesto por Renjifo: “Hai tentativa cuando el

<sup>28</sup> POLITOFF, Sergio. *op. cit.* (n. 20), pp. 14-15.

<sup>29</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 566.

<sup>30</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General* T. II, Santiago: Editorial Jurídica, 1998, p. 69.

culpable da principio a la ejecución del delito por hechos directos: pero faltando uno o muchos para su complemento”<sup>31</sup>.

El precepto citado contiene una regulación general, aplicable a todos los supuestos en que el agente dio inicio a la ejecución del hecho prohibido, pero no logró consumarlo, evitando así –por razones de economía legal– añadir, como lo hicieran algunos arcaicos textos, las palabras “o trate de hacerlo” (“el que mate a otro o trate de hacerlo”)<sup>32</sup>. Por ende, este concepto es aplicable a toda infracción prevista en la Parte Especial, salvo las faltas, ya que estas solo se castigan cuando están consumadas, de acuerdo al artículo 9° del Código, disposición adoptada sin discusión alguna en la sesión 5ª de la Comisión Redactora. Probablemente fueron razones prácticas, como las expuesta por Fernández (“para castigar la tentativa i la falta frustrada habría sido necesario inventar otras penas que la prisión i la multa fijadas para las consumadas”) <sup>33</sup> las que llevaron al legislador a aprobar el precepto. En todo caso “esta disposición recoge un sano criterio de política criminal –compartido por la mayor parte de las legislaciones de nuestra órbita cultural– al no exacerbar la punición más allá de los hechos que causan verdadero daño a la sociedad”<sup>34</sup>. El injusto de las contravenciones es tan tenue, incluso si se encuentran consumadas, que al legislador le ha parecido inútil amenazar con una pena su ejecución incompleta<sup>35</sup>. La ley Nro. 20.140 introdujo una objetable excepción a este sano criterio, al castigar el hurto falta frustrado (art. 494 bis).

Tratándose de los delitos culposos, su concepto y estructura excluyen la idea de tentativa.

4.2. El artículo 7° requiere que el actor haya dado principio a la ejecución del crimen o simple delito, de modo que no basta la voluntad que apunta a la realización del tipo legalmente descrito, sino que ella debe haberse exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos.

En cuanto al fundamento de la punibilidad de la tentativa, la doctrina distingue entre el modelo objetivo y el modelo subjetivo, lo que reviste importancia para decidir sobre la punibilidad o impunidad de la tentativa inidónea (delito imposible).

La teoría objetiva sustenta la impunidad como principio fundamental, partiendo de la base que toda tentativa exige un peligro de realización del tipo legal, lo que significa, a su vez, un peligro para el interés jurídicamente protegido, requisito que está ausente en actos inidóneos para realizar el tipo. En la dogmática chilena predomina el rechazo a la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea<sup>36</sup>. La teoría subjetiva, que sustenta la

<sup>31</sup> *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*, Edición Crítica con motivo de su centenario. Preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del Profesor DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel. Valparaíso: Edeval, 1974, pp. 249-251.

<sup>32</sup> POLITOFF, Sergio, *op. cit.* (n. 20), p. 21.

<sup>33</sup> POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. “Texto y Comentario del Código Penal Chileno, arts. 5° a 9°”. En: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Dirección); MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. T. I. Santiago: Editorial Jurídica, 2002, p.92.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> CURY, Enrique. *Tentativa y Delito Frustrado*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997, p. 198.

<sup>36</sup> LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*, T. I. -9ª ed.- Santiago: Editorial Jurídica, 2005, pp. 189-190; ETCHEBERRY, Alfredo, *op.cit.* (n. 30), pp. 67-68; NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, T. II, 3ª ed., Santiago: Editorial, Jurídica, 2005, pp. 134-135; POLITOFF, Sergio. *op. cit.* (n. 20), pp. 133-138; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean

punibilidad en el ánimo o voluntad dañina del autor, es seguida únicamente por Cury, quien reconoce el carácter minoritario de su posición<sup>37</sup>.

4.3. El artículo 7° mantiene la distinción entre tentativa y delito frustrado, clasificación que la mayoría de las legislaciones modernas han suprimido, englobando en el concepto amplio de tentativa los casos de simple tentativa y de delito frustrado.

En la sesión 117, de la etapa de Revisión, el comisionado Gandarillas hizo ver que le parecía poco clara la definición del delito frustrado, “en el cual no se comprende tampoco el delito de omisión, sino solo el de acción, pues se habla de actos que faltan para que se consumen”. Después de una ligera discusión, se aprobó el inciso modificado de esta manera: “Hai delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consume, i este no se verifica por causas independientes de su voluntad”<sup>38</sup>.

En cuanto etapa del iter criminis, el delito frustrado está más cercano de la consumación que la tentativa, “más perfecto en el camino hacia la consumación”<sup>39</sup>, ya que el resultado no se verifica solo por causas independientes de la voluntad del sujeto. Esta situación determina una pena mayor que la de la tentativa, a la que le faltan uno o más hechos para completar la ejecución. Lo que caracteriza principalmente al delito frustrado, en su faz objetiva es que “ya al delincuente no le queda nada por hacer”<sup>40</sup>, en razón de que ha realizado todas las acciones que abandonadas a su curso natural generarían la consumación del delito. Como explica Bustos, “en el delito frustrado no solo han de darse todos los actos que contravienen el contenido de la prohibición que materializa el tipo legal, sino, además, todos aquellos que conforme al ámbito situacional que este describe son necesarios para la consumación del hecho delictivo”<sup>41</sup>.

4.4. En determinados casos, el legislador anticipa excesivamente la intervención penal, sancionando como consumados delitos que solo alcanzaron la etapa de tentativa, p.ej., en el art. 450 inciso 1° del Código Penal, apartándose notoriamente del principio general consagrado en los artículos 51 y 52 de nuestro código.

Esta decisión político-criminal es objeto de fundadas críticas por parte de la doctrina, en atención a que se vulneran claros principios limitativos del *ius puniendi*, entre otros, el de proporcionalidad, que deben orientar la determinación legal de las penas.

La jurisprudencia emanada de las Cortes de Apelaciones da cuenta de interpretaciones discrepantes en torno a la compatibilidad de esta norma con la Carta Fundamental y los principios limitadores<sup>42</sup>.

En reiterados fallos, la Corte Suprema ha sostenido que esta norma no infringe garantías constitucionales, no se encuentra derogada por la Constitución Política de la

Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica, 2004, pp. 373-374; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Nociones Fundamentales de la Teoría del delito, Parte General*, T. II. Santiago: Editorial Jurídica, 1997, pp. 289-294.

<sup>37</sup> CURY, Enrique. *Derecho Penal...*, *op. cit.* (n. 29), p. 576.

<sup>38</sup> *Código penal de la República de Chile*, *cit.*, p. 460.

<sup>39</sup> POLITOFF, Sergio. *op. cit.* (n. 20), p. 243.

<sup>40</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *op. cit.* (n. 30), p. 65.

<sup>41</sup> BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: 1980, p. 276.

<sup>42</sup> Gaceta Jurídica, año 2005, enero, Nro. 295, pp 186 y s.s.; Gaceta Jurídica, año 2007, enero, Nro. 319, pp. 245 y s.s.; Gaceta Jurídica, año 2006, enero, Nro. 309, pp. 156 y s.s.

República, no transgrede los tratados internacionales y su aplicación por lo demás no constituye un error de derecho. Haciéndose cargo de la tendencia a aminorar por la vía judicial las posibles consecuencias prácticas exageradas a que puede conducir la aplicación del artículo 450 del Código Penal, la Corte ha respondido que ese es, en verdad, un cometido que solo compete al legislador. “Los tribunales no pueden asumirlo, desconociendo el tenor literal del precepto en cuestión sin arriesgarse a crear un espacio de inseguridad jurídica que, como es sabido, atenta también contra la justicia entendida en su sentido integral”<sup>43</sup>. Sin perjuicio de reconocer que la disposición de que se trata, aún morigerada por la modificación introducida por la Ley N° 17.727 de 1972, “es muy defectuosa y, en ocasiones, conduce a resultados inaceptables”, concluye que un criterio político criminal solo puede ser invocado por el juez cuando le sirve para elegir una de varias interpretaciones admitidas por el tenor literal de la norma. “Ese aquí no es el caso y, por consiguiente, la corrección de la inconveniencia político-criminal que subyace a la disposición del artículo 450 inciso 1° del Código Penal solo puede ser efectuada por el legislador. Si los jueces caen en la tentación de reemplazarlo y asumir esta tarea mediante soluciones que sobrepasan el tenor literal del precepto, abrirán las puertas al arbitrio judicial; con ello a la inseguridad jurídica y, de esa manera, pondrán en peligro los fundamentos sobre los cuales descansa el ordenamiento punitivo del estado democrático de derecho”<sup>44</sup>.

El Tribunal Constitucional, a través de las sentencias pronunciadas en los autos 787-2007, 797-2007, 825-2007 y 829-2007, desestimó los requerimientos de inconstitucionalidad, declarando que la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal no resulta contraria a la Constitución Política<sup>45</sup>.

4.5. En cuanto a la faz subjetiva de la tentativa, parte de la doctrina chilena la circunscribe al dolo directo, excluyendo al dolo eventual, sobre la base de que el sujeto no quiere únicamente el principio de ejecución, sino que su voluntad apunta al logro del resultado exigido por la figura penal. El problema es inexistente en aquellos casos en que el delito consumado no se colma con el dolo eventual y requiere dolo directo, ya que en estas situaciones vale la misma exigencia para la tentativa. Labatut,<sup>46</sup> Etcheberry<sup>47</sup> y Cury<sup>48</sup> requieren dolo directo; en cambio, Novoa<sup>49</sup>, Garrido<sup>50</sup> y Náquira<sup>51</sup> aceptan la posibilidad de la tentativa con dolo eventual. Algunos comentaristas se limitan a constatar que la posibilidad de admitir tentativa con dolo eventual “es discutida en la doctrina nacional”, aunque citan algunos casos concretos en que parece difícil no admitirla, evitando un juicio categórico al respecto<sup>52</sup>.

<sup>43</sup> Gaceta Jurídica, año 2005, enero, Nro. 295, pp. 195 y s.s.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> CAMPOS, Pablo. “Estado actual del tratamiento jurisprudencial del artículo 450 inciso primero del Código Penal”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, 2008, ISSN: 0718-6479; pp. 11 y s.s.

<sup>46</sup> LABATUT, Gustavo, *op. cit.* (n. 36), p. 185.

<sup>47</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *op. cit.* (n. 30), p. 64

<sup>48</sup> CURY, ENRIQUE. *Tentativa y Delito Frustrado...*, *op. cit.* (n. 35), pp. 95 y s.s.; *Derecho Penal...*, *op. cit.* (n. 29), p. 562.

<sup>49</sup> NOVOA, Eduardo, *op. cit.* (n. 36), pp. 126-127.

<sup>50</sup> GARRIDO, Mario, *op. cit.* (n. 36), p. 269.

<sup>51</sup> NÁQUIRA, Jaime. “¿Tentativa con dolo eventual?”. En: *Delito, Pena y Proceso, Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Editorial Jurídica, 2008, pp. 269 y s.s.

<sup>52</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.* (n. 36), p. 376.

Según la opinión dominante en la dogmática española, la tentativa es compatible con el dolo eventual<sup>53</sup>. En relación al Código Penal alemán, Stratenwerth señala que el tipo subjetivo de la tentativa no puede ser otro que el del delito consumado, esto es, una voluntad de realización que tienda a una situación de hecho típica<sup>54</sup>. Fiandaca y Musco, representantes de la doctrina italiana más reciente, dan cuenta que la tesis según la cual la tentativa y el dolo eventual son incompatibles, además de ser sostenida por la doctrina mayoritaria, ha ido afirmándose cada vez más en la jurisprudencia del último tiempo<sup>55</sup>. Entre los penalistas argentinos, Fontán Balestra y Frías Caballero rechazan el dolo eventual en la tentativa, estimando que el fin de cometer un delito determinado constituye un elemento subjetivo ineludible y citan jurisprudencia que apoya su interpretación<sup>56</sup>.

Respecto al dolo exigible en el delito frustrado, la doctrina coincide en que no hay nada de peculiar en lo que concierne al elemento subjetivo de esta fase, que lo diferencie sustancialmente de la tentativa propiamente tal<sup>57</sup>.

La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones por la exigencia de dolo directo en la tentativa y delito frustrado. En la sentencia de 24 de septiembre de 2007, que acoge un recurso de casación en la forma y absuelve el sentenciado, el Tribunal Supremo reitera esta interpretación, con abundante cita de doctrina nacional y extranjera, concluyendo “Que, en la imposibilidad de dar por establecido el dolo directo indispensable para la configuración del conato punible, este último ha de ser desechado como basamento de la imputación dirigida en esta causa al recurrente y resulta inconducente examinar los demás elementos configurativos requeridos por el artículo 7° del Código Penal”<sup>58</sup>.

## 5. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Desde la perspectiva del principio de ejecución, requisito esencial de la tentativa, actos preparatorios son aquellos “mediante los cuales el delincuente dispone los medios o las circunstancias apropiados para cometer su delito, pero que jurídicamente no alcanzan a constituir actos de ejecución”<sup>59</sup>.

El castigo de esta clase de actos es calificado por la doctrina como una forma extrema de anticipación de la tutela penal, desde que en ellos no se ha dado inicio a la

<sup>53</sup> CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, T. III, Teoría jurídica del delito / 2. -5ª reimpresión-, Madrid: Tecnos, 2005, p. 186 (con cita de varios otros autores); *muy discutible*, en opinión de MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. -2ª edición-, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 433.

<sup>54</sup> STRATENWERTH, Gunther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. -4ª. Edición- totalmente reelaborada, traducida por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires. Hammurabi, 2005.

<sup>55</sup> FIANDACA, GIOVANNI Y MUSCO, Enzo. *Derecho Penal. Parte general*, edición en español, Bogotá: Temis, 2006, p. 470.

<sup>56</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, actualizada por Guillermo A.C.Ledesma, -16ª ed.- Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.387; FRÍAS CABALLERO, Jorge, CODINO, Diego y CODINO, Rodrigo. *Teoría del Delito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993, pp. 454-455.

<sup>57</sup> POLITOFF, Sergio. *op. cit.* (n. 20), p. 247.

<sup>58</sup> Gaceta Jurídica 2007, septiembre, Nro. 327, pp. 187 y s.s.

<sup>59</sup> NOVOA, Eduardo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, en *Revista de Ciencias Penales*, Nro. 1, T. XX, enero-julio 1961, pp. 3-32.

inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que representaría ya una conducta propia de tentativa<sup>60</sup>.

En atención a que la tentativa, como etapa punible del *iter criminis*, requiere un “principio de ejecución por hechos directos”, los actos anteriores son preparatorios, que, por regla general, son impunes y solo en casos excepcionales reciben sanción penal. Los casos más destacados son la *proposición* y *conspiración* para delinquir, conductas que, de acuerdo al artículo 8º, no son punibles, salvo texto legal en contrario, lo que ocurre, p.ej., en los artículos 111 y 125, relativos a delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, respectivamente, y en el artículo 23 de la Ley 12.927<sup>61</sup>.

Diferentes razones político-criminales, como la especial importancia del bien mediatamente amenazado o la especial peligrosidad del comportamiento, son indicadas como motivaciones de la tradicional determinación legislativa de mantener algunos actos preparatorios dentro de la órbita del Derecho Penal<sup>62</sup>.

En concepto de algunos autores, la proposición y la conspiración no son propiamente fases o grados de desarrollo del delito sino formas de participación criminal<sup>63</sup>. Esta interpretación es considerada incompatible no solo con la doctrina chilena tradicional, sino también con la decisión sistemática del legislador, de incluir estos actos inmediatamente después de la tentativa y el delito frustrado, es decir, como etapa previa al comienzo de ejecución y no en las normas relativas a la autoría y participación, como ocurre p. ej., en el Código alemán<sup>64</sup>.

Además de la resolución interior, la proposición y la conspiración requieren una manifestación externa, constituida por actos de *comunicación* de esa resolución delictiva<sup>65</sup>. La conspiración se ha visto notablemente ampliada en su ámbito de punibilidad, al ser introducida en la legislación que reprime el tráfico ilegal de estupefacientes, con el fin de desalentar y sancionar cualquier acto preparatorio. La razón fundamental para establecer la punibilidad de la conspiración en esta legislación especial reside, sobre todo, en consideraciones de cooperación internacional con aquellos ordenamientos jurídicos en que la cooperación (*conspiracy*) está penada respecto de cualquier delito<sup>66</sup>.

No obstante la regla general establecida en el Código Penal, este adelanta considerablemente la penalidad en ciertos casos, castigando como delitos consumados actos preparatorios (arts. 445 y 481).

<sup>60</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *op. cit.* (n. 22), p. 57.

<sup>61</sup> CURY, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.* (n. 29), p. 561.

<sup>62</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *op. cit.* (n. 22), p. 58.

<sup>63</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *op. cit.* (n. 53), p. 398; GARRIDO, Mario, *op. cit.* (n. 36), p. 315.

<sup>64</sup> POLITOFF, Sergio, *op. cit.* (n. 20), p. 53.

<sup>65</sup> CURY, Enrique, *Derecho Penal...*, *op. cit.* (n. 29), p. 561; POLITOFF, Sergio, *op. cit.* (n. 20), p. 52.

<sup>66</sup> POLITOFF, Sergio, *op. cit.* (n. 20), p. 78.

## 6. LA EXPANSIÓN DE LAS FORMAS PREPARATORIAS Y DE PARTICIPACIÓN (COLOQUIO PREPARATORIO DEL XVIII CONGRESO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, AIDP, LA CORUÑA, ESPAÑA, SECCIÓN I-DERECHO PENAL, PARTE GENERAL)<sup>67</sup>

### 6.1. INTRODUCCIÓN

“Las nuevas formas muy graves de criminalidad, que se han desarrollado explotando las oportunidades y las contradicciones de la actual sociedad “globalizada”, han suscitado durante los últimos años la necesidad de prever respuestas más eficaces que las tradicionales, que se demuestran inadaptadas a la dimensión organizada, y a menudo transnacional, que caracteriza a los fenómenos en cuestión. Por una parte, el desarrollo de la economía, de los intercambios de la “libre” circulación de personas, mercancías, servicios, capitales, superando las fronteras nacionales han creado las bases de un mercado mundial que abre nuevas oportunidades para la acción y la proliferación de estructuras criminales ramificadas, capaces de explotar las diferentes condiciones económicas, sociales, políticas y jurídicas de los distintos ámbitos territoriales, con el fin de consolidar inversiones y tráfico ilegales de toda suerte (de la droga a las armas, de las mujeres y niños a los inmigrantes, de órganos para trasplantes o experimentación, etc.), concretamente realizables gracias a la extensión y modernización de los medios de transporte y comunicación disponibles a costes cada vez más reducidos, como lo pone de manifiesto de manera emblemática la difusión capilar de Internet. Por otra parte, las fuertes desigualdades que nacen precisamente de este contacto inmediato entre las más diversas áreas y poblaciones del planeta, desde las más desarrolladas hasta las más pobres, anteriormente alejadas y profundamente diferentes desde el punto de vista cultural, de las tradiciones, ideologías, religiones, valores, modos de vida individuales y colectivos, crean condiciones para una ruda confrontación y abiertos conflictos, como lo muestran de manera dramática las graves dificultades, o incluso la imposibilidad, de integración social, frente a los fenómenos de las masas de la migración y, en ocasiones, de la trata, que llevan a situaciones de marginalización y a comportamientos discriminatorios que pueden abocar en la práctica hasta la violencia real”<sup>68</sup>.

6.2. El sistema empleado por la AIDP para conocer la realidad de los países miembros frente a determinado problema penal que genera interés universal, consiste en remitir a cada uno de los Grupos Nacionales un cuestionario sobre determinados puntos, cuya respuesta se materializa en un informe nacional sobre la materia. La Relación General se hace cargo de todos esos informes y presenta un resumen acabado de los mismos, finalizando con “Consideraciones finales”, que apuntan, esencialmente, a la contribución que a través del conocimiento y confrontación crítica de los diferentes sistemas jurídicos, puede ofrecer la Asociación, gracias a esos trabajos.

En esta ocasión exponemos de manera resumida, las características de la legislación imperante en los países que respondieron el cuestionario –únicamente en lo concerniente

<sup>67</sup> *Revue Internationale de Droit Penal*, op. cit. (n. 1).

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 453-454.

a las fases de desarrollo del delito— siguiendo, en lo esencial, la Relación General del profesor Picotti.

6.3. El fenómeno de las asociaciones terroristas y otras manifestaciones de la criminalidad organizada generaron el interés de la AIDP por conocer la reacción de cada sistema jurídico en la esfera del derecho penal sustantivo y organizar para estos efectos, el Coloquio Preparatorio de La Coruña, al término del cual se elaboró, como es habitual, una Propuesta de Resolución, cuyo análisis y discusión es materia del XVIII Congreso Internacional (Estambul, Turquía, 20-27.09. 2009).

6.4. Un primer capítulo de la Relación aborda las grandes líneas del régimen jurídico general de los actos preparatorios<sup>69</sup>:

A. En cuanto a la noción de acto preparatorio, se le define como “*noción relativa* que solo puede determinarse en relación con el objeto a que se refiere”, que en el ámbito penal es la comisión de un delito legalmente determinado. “Pero en la medida que los actos preparatorios constituyen por definición solo un primer estadio de acción, que no es posible identificar de manera unívoca en cuanto a su desarrollo siguiente, la noción puede referirse de un modo más general a una infracción (más) grave o a una pluralidad no precisada de delitos que se quieren prevenir”.

B. La regla general es que los actos preparatorios son punibles de manera excepcional, previéndose su castigo a título de infracciones autónomas o tentativas solo en relación a ciertos delitos contemplados en la parte especial del Código penal o en leyes especiales.

C. Las penas aplicables a estos actos son inferiores a las impuestas a los delitos consumados y son absorbidas por la sanción prevista para el delito principal que se ha cometido.

D. Tratándose de la delimitación de los actos preparatorios respecto de la tentativa, la investigación da cuenta de que en la mayoría de los países tales hechos no son en principio punibles, dado que por su carácter “equivoco” y su excesiva lejanía del peligro de comisión efectiva de un delito determinado, no merecen sanción penal; en el plano objetivo, no suponen lesión alguna ni peligro concreto alguno de lesión de un bien jurídico específico (Italia), no pueden provocar alarma social alguna (Alemania).

Sin perjuicio de lo anterior, tales actos representan el límite que precede a los actos configurativos de la tentativa punible, límite que en algunos casos –Austria, Alemania, España, Francia, Italia, Brasil– puede deducirse de la definición legal de tentativa.

Este límite, no siempre fijado en términos explícitos por la ley, coincide en la mayoría de los casos con el comienzo de la ejecución del delito, elemento objetivo al que los códigos de Francia, Alemania, Hungría y Holanda añaden la intención de cometerlo; en algunos casos, integran el concepto de acto preparatorio otros elementos fijados en el texto legal respectivo o introducidos por la interpretación, como la proximidad o no equivocidad de los actos y su idoneidad: Código italiano, español, finlandés.

El castigo de una acción inidónea, que objetivamente no puede dar lugar a la comisión de un delito –delito imposible– está explícitamente excluido en algunos códigos,

<sup>69</sup> *Ibid.*, pp. 456-466.

como el italiano y el brasileño. Por el contrario, en otros cuerpos legales, como el código alemán, la tentativa inidónea está expresamente penalizada.

El concepto de acto preparatorio se integra también con un elemento negativo, constituido por la incompleta realización de la acción delictiva o la falta de causación del hecho del que depende su consumación. La mayoría de las legislaciones consultadas sancionan como tentativa punible los actos que preceden inmediatamente a los “actos típicos”, ligados a ellos por una alta probabilidad de que se realice la acción sin otra intervención por parte del autor (códigos alemán, español, italiano).

De lo anterior resulta que actos preparatorios “son aquellos que no son ejecutivos de un delito determinado y que requieren de otros actos realizados por el autor o un tercero para constituir tentativa punible y *a fortiori* para la consumación del delito”<sup>70</sup>.

## 6.5. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

A. La punibilidad excepcional de algunos actos preparatorios específicos como delitos autónomos está prevista en varias legislaciones (Austria, Finlandia, Croacia, Japón, Brasil); en la de Polonia, como tentativa de ciertos delitos.

En el Código Penal italiano se prevé la impunidad de la mera incitación a la comisión de un delito y del simple acuerdo (conspiración), en la medida que no siga a continuación la comisión de un delito, salvo que la ley establezca lo contrario.

La legislación española define tres clases de actos preparatorios susceptibles de sanción penal: la conspiración, la proposición y la provocación (comprensiva de la apología).

En Francia, la casuística jurisprudencial ha fijado ciertos límites al principio de que la resolución criminal, como los actos preparatorios, deben quedar impunes, determinando que actos preparatorios como el señalamiento y visita de lugares se asimilan a un comienzo de ejecución. Por el contrario, el parágrafo 22 del Código Alemán califica estos actos como formas de actos preparatorios no punibles a título de tentativa. La simple preparación de una guerra de agresión y el mero emprendimiento de actos de agresión son castigados en la parte especial como delitos autónomos.

Al Código penal húngaro se introdujo una reforma (1994) destinada a penalizar la preparación de crímenes graves (cuya pena es superior a 8 años de prisión), cometidos principalmente en materia de delincuencia organizada, lo que implica una excepción a la regla general que exige para el castigo de la tentativa el comienzo de ejecución del delito. Las acciones consistentes en obtener, fabricar, importar, hacer transitar, exportar o tener “a disposición” objetos, sustancias, informaciones, espacios, medios de transporte destinados a la perpetración de un delito son también punibles.

B. En cuanto a delitos concretos cuya preparación está sancionada expresamente en forma autónoma, pueden mencionarse por vía ejemplar:

Los crímenes contra la humanidad o de otro modo previstos en el derecho penal internacional (genocidio-Polonia); tráfico de personas (Hungría); delitos contra la vida y la integridad física (España, Hungría, Japón); delitos de robo y extorsión por secuestro (Brasil); criminalidad informática y delitos atentatorios de la propiedad intelectual.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 459.

La incitación a la comisión de ciertos ilícitos está prevista como punible tratándose de bienes jurídicos como la seguridad del Estado o el orden público (Italia).

El Relator menciona en forma separada los “delitos asociativos” o “de organización”, que lesionan o ponen en peligro diferentes objetos jurídicos y quedan excluidos del ámbito de los meros actos preparatorios de los delitos cuya comisión puede representar uno de los fines de la asociación u organización criminal (terrorismo, tráfico de estupefacientes, explotación de la prostitución, tráfico de seres humanos).

C. Las penas aplicables a los actos preparatorios son, de acuerdo a todos los informes, menos graves que las establecidas para los delitos consumados. En ciertos casos la ley contempla limitaciones al quantum, como p.ej., el señalamiento de una fracción de la sanción prevista para el delito consumado, que no puede sobrepasarse.

Tratándose de los delitos representativos de actos preparatorios de otros ilícitos, las penas asignadas a tales actos están excluidas, en el evento de haberse cometido el delito principal, en razón del principio de absorción, siendo aplicable únicamente la pena prevista para este delito (Italia, Holanda, Finlandia, Bosnia, Suecia).

## 7. PROYECTO DE RESOLUCIÓN APROBADO POR LOS PARTICIPANTES EN EL COLOQUIO (SE TRANSCRIBE LITERALMENTE)

### A. SOBRE LA EXPANSIÓN DE LAS FORMAS PREPARATORIAS

I. De conformidad con los principios generales del derecho penal, solo excepcionalmente debe la ley penal rever el castigo de actos preparatorios específicos por la vía de su asimilación al régimen de la tentativa de delito (derecho penal, parte general) o como formas delictivas autónomas (derecho penal, parte especial), adelantando la intervención para prevenir la comisión de hechos muy graves.

II. El castigo de los actos preparatorios puede, por tanto, considerarse legítimo siempre que se reúnan las condiciones siguientes:

1. Se trata de prevenir la comisión de una infracción muy grave, lesiva de bienes jurídicos de gran importancia;

2. La ley define con precisión los actos preparatorios incriminados, evitando el recurso a cláusulas generales (como: “cualquier otro acto preparatorio”, etc.);

3. Los actos castigados se encuentran estrechamente ligados, según la experiencia, a la comisión de la infracción principal (v. punto siguiente);

4. La pena es inferior a la de la infracción principal y, en todo caso, resulta proporcional también en relación con la pena de la tentativa, viéndose reducida o, en su caso, absorbida por la pena de la infracción principal en caso de su comisión por el mismo individuo.

III. Se deben distinguir, en concreto, tres categorías fundamentales de actos preparatorios con vistas a otorgarles un tratamiento proporcional:

1. Algunos actos preparatorios se castigan porque suponen un primer estadio de acción respecto de la infracción principal más grave, cuya comisión absorbe la relevancia

penal del acto preparatorio, asimilándose su régimen al de la tentativa (incitación, conspiración).

La pena debe, en este caso, reducirse proporcionalmente teniendo a la vista de la pena de la tentativa de la infracción principal y *a fortiori* de la infracción consumada, y los actos preparatorios no deben castigarse cuando el delito principal se castigue en grado de tentativa o de consumación.

2. La ley describe actos preparatorios como delitos autónomos porque son –o pueden ser– efectivamente “antecedentes” de la comisión de una o más infracciones más graves, realizables a distancia temporal o de lugar (como en el caso de adquisición y tenencia ilegal de armas, reclutamiento y entrenamiento de individuos, procuración de documentación falsa, tenencia de instrumentos para fabricarlos y, en general, procuración de medios determinados para la realización del delito, predisposición de un plan y eliminación de obstáculos para su ejecución, etc.).

El legislador debe en tal caso respetar igualmente el criterio de proporcionalidad de la pena con la de las infracciones principales más graves que se quieren prevenir y, en caso de que el mismo individuo cometa también una o varias infracciones más graves, la pena puede ser absorbida por la pena de aquellos o reducida respecto de la que resultaría de su acumulación material.

3. Por razones de técnica legislativa, los actos preparatorios se asimilan en ocasiones a otras conductas de ejecución de un delito con los que existe una estrecha progresión criminal.

La exigencia de proporcionalidad obligará en estos casos a imponer un nivel de sanción inferior a la aplicable a conductas más graves.

Este proyecto de resolución será debatido en una de las secciones en que se divide el XVIII Congreso Internacional.