

Así como la participación se concibe como una forma de intervención en hecho ajeno (por lo que exige una cierta dependencia o «accesoriedad limitada»), hay conductas que no llegan a ser participación, no porque sean poco relevantes, sino porque todavía no ha dado comienzo la realización del tipo del autor: falta en ellas la accesoriedad en términos cuantitativos que la participación exige. Las legislaciones de nuestro entorno suelen prever como delito algunas conductas previas, en la medida en que van dirigidas a la puesta en marcha de un delito. Se trata de los «actos preparatorios punibles». Nuestro Derecho prevé tres formas: *conspiración*, *proposición* y *provocación* (y dentro de ésta, la *apología*).

Este es, pues, el fundamento de la sanción de los actos preparatorios: que van dirigidos a la realización de un delito. Esperar a que el delito dé comienzo puede resultar ineficaz para prevenirlo. El legislador adelanta entonces las barreras de la punición y se sitúa antes del comienzo de la tentativa, es decir, antes de que se inicie la realización de un tipo. Se trata por tanto de un motivo de prevención de la peligrosidad evidenciada socialmente con conductas dirigidas a dar inicio a un delito. No se trata de prevenir cualquier conducta previa a un delito, sino sólo aquellas cuya carga de sentido social sea grave e inequívoca. La doctrina ha barajado otras fundamentaciones de la punición de los actos preparatorios: por un lado las tesis subjetivas, que basan el sentido de castigar a los que preparaban un delito en la perversa voluntad del eventual criminal; pero no parece viable adentrarse en estos elementos subjetivos ni tampoco es obvio que todos los casos conducirán a delitos. Por otro lado, las tesis objetivas, que se conformaban con la peligrosidad en sí de estos actos; pero esta posición llevaría a una criminalización excesiva de conductas que podrían desvincularse del delito concreto. Por eso, es preferible exigir cierta peligrosidad evidenciada externamente por la conexión a la comisión de un delito. Y se evidenciará externamente cuando el que prepara el delito pone en comunicación a otras personas para un delito posible. Por tanto, su punición exige *peligrosidad real manifestada*.

Sobre la base de tal fundamento, lo lógico será no castigar todo acto preparatorio, ni preverlos en cualquier delito, sino reducir su previsión a ciertos casos graves. Éste es el modelo de punición seguido por la legislación española: solo se castigan algunos actos preparatorios (conspiración, proposición, provocación: arts. 17 y 18) y solo cuando se refieren a delitos graves (arts. 17.3 y 18.2) y además con pena atenuada. Así, por ejemplo, para el delito de homicidio, art. 141; pero no para los de hurto. Por tal motivo se califica como modelo de *numerus clausus*. Lo cual deja fuera otros actos que pueden ser peligrosos pero no tanto como el legislador ha valorado que merecen sanción: así, por ejemplo, no constituye ninguna de esas tres formas la conducta de ofrecerse públicamente a cometer delitos.

Los actos preparatorios no constituyen formas de participación, porque les falta el comienzo al menos de un tipo de un autor para poder serlo (accesoriedad en sentido cuantitativo). Pero no son delitos cuyo sentido exista por sí solos, sino en función del delito al que vienen a preparar o introducir. No hay actos preparatorios en el vacío, sino para delitos (y además graves). Se habla por tanto de *tipos dependientes*: el sentido de su tipificación es que vienen a ser antesala de otro delito; este delito al que preparan no tiene por qué haberse comenzado, pero sí al menos ideado, para poder dar vida a la conspiración, proposición o provocación. Si el conspirador, además de preparar, se suma en la ejecución, su conducta será de intervención (autoría o participación, según

los casos) en tal delito, y la conducta de preparación quedará desplazada por el tipo del delito (concurso de normas*).

Los actos preparatorios punibles han sido en ocasiones interpretados como específicas formas de «tentativa de participación»: es decir, como inicio de las formas de participación que ya conocemos. De ser así, debería regir la accesoriad limitada de la participación. Pero eso no es posible porque por definición no ha dado comienzo todavía el tipo. Se exige entonces la accesoriad sólo hipotéticamente (JESCHECK). Lo cual no deja de ser una solución poco coherente. Es preferible entender que nos hallamos ante delitos, pero que no son autónomos (MIR), en cuanto dependen del delito al que vienen a preparar; y así la pena del delito al que van dirigidos sirve de punto de referencia para la penalidad de los actos preparatorios. Además, puesto que ya suponen una ampliación de la tipicidad, supondría una doble ampliación injustificada admitir la punición de la tentativa o de la participación en los actos preparatorios: o se dan completas y realizadas por un autor la conspiración, proposición o provocación, o no son típicas.

La *conspiración* (C.139a) se da cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1). Como se acaba de afirmar, si al concierto de voluntades sigue el comienzo de su ejecución, entrará en juego la tipicidad del delito ejecutado. Por eso, parte de la doctrina interpreta esta forma de acto preparatorio como «coautoría anticipada». Ciertamente la expresión aporta poco, y resulta incluso confusa, porque puede dar la idea de que para ser conspirador de un delito se exigen el mutuo acuerdo y los mismos requisitos personales del delito subsiguiente. Y no es así, pues para conspirar basta con ponerse de acuerdo sobre un delito y decidir ejecutarlo.

La *proposición* (C.139b) existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él (art. 17.2). También este acto se ha propuesto interpretar como una tentativa de inducción, cuando no es sólo esa su función. Ciertamente puede entrar en juego cuando el inductor ve fracasado su intento de hacer surgir en otro la decisión de delinquir o ve que el inducido no logra ni iniciar el tipo al que se le indujo. Pero cabe pensar también en otras formas de proposición desvinculadas de la inducción.

La *provocación* (C.139c) existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito (art. 18.1). A diferencia de la proposición, aquí se centra la descripción típica en los medios de influjo: sobre una gran cantidad de público. Dentro de la provocación el legislador ha añadido una modalidad, prevista inicialmente en el contexto de delitos de terrorismo (C.139d), que es la *apología* (aparte, se define el delito de enaltecimiento del terrorismo: art. 578.1). Según dispone el código penal (art. 18.1.II), es apología la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Pero la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Dichos requisitos añadidos acaban por asimilar la apología a una forma de provocación, por lo que no sería preciso definirla expresamente aparte. Además, la legislación española ha previsto una forma específica de provocación –es decir, como un tipo aparte– entre los delitos de terrorismo (art. 579).