

RECENSIÓN DE LIBRO

RECENSIÓN A ALONSO RIMO, Alberto (2023).
El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal.
Valencia, Tirant lo Blanch, 343 páginas

Alicia Gil Gil

Catedrática de Derecho penal (UNED)

Tras numerosos trabajos dedicados a los actos preparatorios y su difícil acomodo a los principios de un Derecho penal propio del Estado democrático de Derecho, se adentra Alberto Alonso Rimo en esta obra, como cierre a una amplia investigación sobre el tema, en el complejo análisis de los elementos subjetivos de esta clase de delitos, y, en particular, en la cuestión de la intensidad que requieren los mismos, tanto en caso de autor único, como en aquellos otros en que la conducta es preparatoria del acto delictivo ulterior de un tercero. Esta última vertiente le obliga, además, a revisar y aplicar las normas de la participación delictiva.

Parte Alonso Rimo para realizar su estudio del análisis del tipo subjetivo y la función de los elementos subjetivos trascendentes, incluyendo no solo los actos formalmente preparatorios, sino también aquellos que lo son materialmente, aunque estén tipificados como delitos autónomos en la Parte especial del Código.

Concibe el autor los actos preparatorios como delitos de peligro abstracto, en los que, además del dolo, se exige un elemento subjetivo trascendente, referido a la ejecución de actos posteriores por el mismo sujeto o por un tercero, constituyendo, por tanto, tipos de consumación anticipada, opinión que comparto. Más dudas me genera su ulterior exigencia de la peligrosidad *ex ante* de dichos actos preparatorios, a modo de delitos de peligro abstracto-concreto¹, en el entendimiento de que esta supone el fundamento «objetivo» de la punición excepcional.

¹ En el sentido en que los define Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 293 y ss.

La tesis sustentada por Alberto Alonso parte de una concepción mixta (basada tanto en elementos objetivos como subjetivos) de la antijuridicidad. Sobre tal concepción, que no me ofrece ningún reparo, construye la idea de que el fundamento del castigo de los actos preparatorios debe basarse tanto en la intención delictiva manifestada por el autor como en el peligro objetivo para el bien jurídico, en términos de incremento relevante de las probabilidades de comisión del delito fin. Rechaza, con ello, acertadamente, un posible fundamento en la «conmoción social», y también las teorías que fundamentan la anticipación del castigo en el quebranto de la vigencia de la norma, la prevención general positiva y las normas de flanqueo —criticando con acierto los ejemplos propuestos por Jakobs—², que personalmente también considero equivocadas. Y añade, siendo esta la idea principal sobre la que argumentará con posterioridad el grado de intensidad del elemento subjetivo trascendente en cada caso, que la lejanía a la lesión el bien jurídico, es decir, ese déficit en la fundamentación objetiva (que en todo caso debe existir) exige una compensación mediante un refuerzo del elemento subjetivo.

La propuesta de Alonso Rimo es sugerente, resulta atractiva y en principio parece coherente. Sin embargo, no deja de suscitarme algunas dudas y reflexiones que a continuación pasaré a exponer: En mi opinión, como ya señalé en otro lugar, no es de la parte «objetiva» del hecho realizado de la que habría que analizar la peligrosidad *ex ante*, sino del plan de autor cuando da comienzo al mismo mediante aquellos actos todavía preparatorios³. Pero el análisis de la idoneidad del plan no nos dirá nada acerca de en qué momento de realización del mismo situar la tipicidad. En cambio, analizar la peligrosidad del acto en sí, sin tener en cuenta los planes del autor, en el sentido propuesto, por ejemplo, en cierto momento, por Jakobs⁴, según el cual solo se podrían castigar actos que favorecieran en abstracto el aprovechamiento o la imprudencia de cualquiera, no justificaría exigir un tipo subjetivo intensificado en quien realiza dicho acto. Examinar la peligrosidad del plan, por el contrario, ya tiene necesariamente en cuenta el tipo subjetivo. Así lo reconoce el autor cuando afirma que «en gran parte de los comportamientos preparatorios cabe entender que esa peligrosidad objetiva mínima vendrá determinada igualmente por los elementos subjetivos del tipo»⁵. Y rechaza, con razón

² Jakobs, G., «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico» en *Fundamentos de Derecho penal*, Trad. Cancio Meliá y Peñaranda Ramos, AD-HOC, Buenos Aires, 1996, pp. 208 y ss., 224.

³ No me refiero, por supuesto a la introducción en el juicio de peligrosidad de los datos de la realidad conocidos por el autor, sino a que la peligrosidad *ex ante* de un acto preparatorio o de una tentativa inacabada solo puede determinarse atendiendo a la voluntad de actuar del sujeto -Gil Gil, A., «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 15, 2005, pp. 100 y ss.

⁴ Jakobs, en «Criminalización en el estado previo... op. cit., pp. 208 y ss.

⁵ P. 96, nota 173.

que tal proceder suponga una intromisión en el fuero interno o el castigo por la mera intención⁶. Pero, en mi opinión, debe repararse en que, más allá de la necesaria voluntad incondicionada de actuar que delimita la conducta a enjuiciar, el grado o intensidad del elemento subjetivo transcendente nada aporta a la idoneidad *ex ante* del mismo⁷. Por ello, lo que no me parece ya tan convincente es su afirmación de que «la concurrencia de elementos subjetivos más estrictos comportará (...) un incremento del desvalor objetivo de la acción»⁸. Así, concluye que en «en los casos

⁶ En el mismo sentido me pronuncié en Gil Gil, A., «Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 24, 2002-2003, pp. 378 y ss.

⁷ Con detalle sobre los distintos elementos que podemos distinguir en la parte subjetiva de un tipo de resultado cortado o mutilado de varios actos Gil Gil, A., «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención» en 2000, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2005, pp. 116 y ss.

⁸ *Idem.* Contra la idea de que el dolo aumente la peligrosidad de la conducta Rueda Martín, M. A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Bosch, Barcelona, 2001. pp. 169 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 40 y ss.; Jakobs, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Cuello Contreras/ Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995p. 312, marg. 5, Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, pp. 244 y ss. Molina Fernández, F., «El razonable «regreso» del dolo a la culpabilidad» en VV AA, *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 735-751 ha intentado excluir todos los elementos subjetivos paralelos al dolo de la antijuridicidad (lesividad) y trasladarlos a la culpabilidad, contestando al argumento de la tentativa, que califica como «absurdo». Para ello pretende que el elemento «voluntad de actuar» presente en toda clase de dolo, no sea tratado como un elemento subjetivo a la hora de predecir la peligrosidad de la conducta sino como «programa mental» que nos da igual si el sujeto conoce o no (solo esta última parte sería dolo), como si el ser humano estuviera programado previamente para realizar una conducta y hubiera que conocer a la hora de poner en marcha el mecanismo cual es el código que va a ejecutar. Concluye así que el dolo en ningún caso es preciso para el pronóstico de peligrosidad. Confunde en mi opinión Molina el concepto de dolo, y además no resuelve el problema cambiándole el nombre y la naturaleza a una parte del mismo. Afirma que quien se imagina un curso casual no peligroso (tentativa irreal) actúa con dolo, pero sin peligrosidad. Este es el primer error; imaginar un curso casual atípico no es dolo. Por otro lado, ¿de dónde sale ese «programa», «conjunto de instrucciones objetivas que van a dar lugar a los movimientos corporales», sino de la mente del sujeto? Conocer qué va a hacer el cuerpo de ese sujeto guiado por su mente no es otra cosa que conocer su voluntad de actuar. Y la voluntad de actuar, hasta donde llegan nuestros conocimientos, no puede conocerse analizando la «programación» de un ser humano como si fuera un robot. No podemos acceder objetivamente a un código preescrito que el sujeto ni siquiera tiene por qué conocer. La voluntad de actuar del ser humano no es, por tanto, una característica «objetiva», como pueda serlo en un sistema programado. Pretender que quien apunta a otro con una pistola, con el dedo puesto en el gatillo, cometerá una tentativa de asesinato, de lesiones, o un simple delito de amenazas, según el «dato objetivo» de su «programa» incluya o no las «instrucciones objetivas» de disparar y hacia dónde, no hace sino tergiversar la realidad, pues las «instrucciones» no existen todavía en el mundo exterior -como sucede en los datos objetivos seleccionados en el juicio de peligrosidad objetiva, o en la programación de un robot no autónomo (Gil Gil, 2005, 98 y ss.)-, sino solo en la mente del sujeto. El ser humano no es un robot preprogramado; al menos mientras sigamos funcionando basados en el libre albedrío esta explicación no es convincente. Sobre el elemento del dolo «voluntad de actuar» Gil

en que el comportamiento prohibido sea neutro desde el punto de vista objetivo, el elemento subjetivo trascendente del agente resultara siempre clave en la fundamentación del castigo»⁹. En cambio, cuando la «acción neutral típica no aporte en sí misma, y aunque valorada juntamente con el elemento subjetivo que la acompaña, un incremento relevante del riesgo de comisión del delito fin (...) deba concluirse que aquella no es más que una cortada para castigar la mera intención». Y lo mismo podrá decirse, en su opinión, si la conducta no es neutra, pero carece de lesividad suficiente o su castigo es desproporcionado.

Al entrar en el contenido del elemento subjetivo específico de los actos preparatorios, categorizados, como estimo correcto, como delitos mutilados de varios actos, Alonso Rimo matiza sus afirmaciones anteriores, reconociendo que los elementos subjetivos no aumentan necesariamente la peligrosidad objetiva de la acción, a pesar de lo cual constituirán siempre un mayor desvalor *subjetivo* de la conducta.

Coincido también con Alonso Rimo en la idea de que la resolución incondicionada de realizar el delito-fin es un elemento esencial de todos los «tipos de preparación», y en la distinción del elemento «voluntad de llevar a cabo la acción capaz de integrar el tipo» (voluntad de actuar), por un lado y la referida a que este produzca el resultado, por otro. La primera debe ser en todo caso incondicionada. Las discrepancias entre el autor recensionado y mi postura, o la de autores como Jakobs¹⁰, surgen, en cambio, cuando nos enfrentamos a actos preparatorios de la conducta posterior de un tercero, es decir, a conductas que son simultáneamente de participación. En estos casos Alonso exige también que el primero quiera firmemente la comisión de la segunda acción por el siguiente su-

Gil, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pp. 125 y ss., 133y ss. Queda pendiente, además, en la concepción de Molina, solucionar los supuestos de «voluntad de actuar eventual» (cuando el sujeto aún duda sobre lo que hará, previendo como una posibilidad realizar la segunda conducta), y como compatibilizar su exigencia de firmeza de la resolución delictiva -en «Formas imperfectas de ejecución del delito», VVAA, *Memento práctico Francis Lefebvre: Penal 2021*, p. 342-, con la idea de un programa de instrucciones objetivas. Sobre este problema en la dogmática tradicional Gehrig, K., *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Dunker & Humblot, Berlin, 1986.

⁹ Entiendo que se aparta así de las concepciones que defienden que un riesgo muy bajo realizado con intención de lesionar no puede ser calificado como delito doloso. En este sentido Molina Fernández, «Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia» en VVAA, *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* Vol. 1, 2022, pp. 737 y ss., Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 108 y ss., o desde una concepción que no se basa meramente en el grado de peligro Puppe, *Vorsatz...* p. 45, NK, § 15, margs. 91 y 111, entre otros muchos. Personalmente discrepo también de estas posiciones, pero con argumentos distintos a los del autor recensionado, véase Gil Gil, 2005, pp. 112 y ss.

¹⁰ Jakobs, *Strafrecht*, pp. 280 y ss.

jeto. En mi opinión, en cambio, siendo cierto que no basta con que el primero fabrique y ponga a disposición del segundo un medio delictivo con las sospechas de que el segundo lo utilizará con tal fin, no se exige tampoco (ninguna relevancia tendría) que lo quiera con un grado de voluntad directa, o representándose como seguro.

El equivalente a la voluntad de actuar incondicionada en los casos de división del trabajo es el acuerdo de voluntades. Mediante tal acuerdo (dolo conjunto) los intervinientes se reparten las tareas conociendo cada uno (porque lo han acordado así) la voluntad incondicionada de actuar de sus codeincentes respecto de su respectiva parte del plan. Y con eso basta, con independencia de que luego el primer actuante confíe más o menos en la firmeza o habilidad o tenacidad del segundo para cumplir con su palabra. Es decir, una vez dividido el plan, el grado de voluntad del primero respecto del éxito de los siguientes en la puesta en práctica de su tarea no cambia en nada aquel. Porque la relevancia de la voluntad de actuar radica precisamente en el diseño de la conducta a enjuiciar. Diseñada esta de forma conjunta a través de las voluntades incondicionadas de varios, basta con que todos ellos las tengan y conozcan las de sus socios¹¹. Es, por tanto, el acuerdo de voluntades, es decir, la voluntad de actuar conjunta (construida mediante la voluntad incondicionada de actuar propia más el conocimiento de la voluntad incondicionada de actuar de los socios), lo que permite la imputación a todos del hecho conjunto, o la consideración de su parte como una participación en el mismo que merezca en su caso un castigo autónomo (como acto preparatorio). No lo es, entonces, el grado de peligrosidad basado en la seguridad del primero sobre la actuación del siguiente. Quizás el matiz es muy sutil, pero puede tener repercusiones importantes en su aplicación a un caso concreto.

No me parece cierto que con esta postura esté yo renunciando al elemento «voluntad de actuar» en toda clase de dolo, como me critica Alonso, pues parto de que necesariamente el primer actuante conoce la «voluntad de actuar incondicionada del segundo». Así se construye la voluntad de actuar conjunta. Pero la voluntad de actuar es personal, yo no puedo con mi mente mover el cuerpo de otro, solo puedo acordar con él que lo mueva, y con esto ya hemos construido la voluntad de actuar conjunta que permitirá la imputación recíproca de las diversas aportaciones en la codeincentencia, o constatar el dolo total del primero si hablamos de un acto preparatorio, con independencia de la fe del primero en el segundo.

¹¹ Gil Gil, «Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator»; en *International Criminal Law Review* 14, 2014, pp. 88 y ss.

Añade como argumento contra la postura que defiende el autor, que, además, el conocimiento de la voluntad de actuar incondicionada del segundo no sería exigible en actos preparatorios como la proposición o la provocación. Quizás lo erróneo sea, sin embargo, equiparar conductas que no son de participación, puesto que, al contrario que la inducción, se consuman antes de que el segundo tome la resolución de voluntad, es decir, sin todavía resolución conjunta.

Con consideraciones principalmente de «signo material» y un amplio repaso de la doctrina, rechaza Alonso Rimo, con razón, que con carácter general la intención trascendente en los tipos preparatorios exija un grado similar al dolo directo en relación con el resultado (o resto de elementos típicos) del delito-fin, rechazando los distintos argumentos esgrimidos contra el dolo eventual (peligro de criminalizar acciones neutras, argumentos gramaticales, etc.).

El capítulo IV de la obra se dedica al delito-fin como objeto de referencia del tipo preparatorio, y en él aborda Alonso Rimo cuestiones como la necesidad de la tipicidad y antijuridicidad del delito-fin, adhiriéndose a la doctrina de la accesoriedad limitada, aquí no compartida¹². A continuación, se detiene especialmente en el grado de concreción y determinación en relación con el delito-fin que debe estar presente en el elemento subjetivo trascendente. Tras las consideraciones generales nos ilustra el autor con un examen de distintos delitos de la parte especial que presentan especiales dificultades en este tema, advirtiendo de los peligros de ciertas interpretaciones y recomendando soluciones concursales.

El último capítulo está dedicado a los actos preparatorios y la imprudencia. Además de la inviabilidad conceptual de los actos preparatorios imprudentes, se extiende el autor en el tema más interesante y polémico del castigo en nuestro código penal de conductas meramente facilitadoras, de manera imprudente, de un futuro delito. Se adhiere el autor a la idea aquí también compartida de la no punición de la incorrectamente llamada «participación imprudente»¹³ para rechazar, con mayor motivo, la «participación imprudente intentada o anticipada». Ello le da pie para criticar algunos supuestos regulados en nuestro código penal que parecen tener tal naturaleza, y, por lo tanto, carecerían de legitimidad, como por ejemplo las conductas imprudentes relacionadas con el favorecimiento o la financiación del terrorismo, pero también otros supuestos «encubiertos» como el enaltecimiento, las falsedades, etc.

¹² Véase Gil Gil, Lacruz López, Melendo Pardos, Núñez Fernández, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2015, pp. 386 y ss.

¹³ *Ibidem*, pp. 269 y ss.

El libro que aquí se recensiona resulta, por todo lo dicho, una lectura obligada para todo interesado en el tipo subjetivo y en la dogmática en general. Aborda un estudio muy completo, de lectura ágil, argumentos claros e inteligentes y mueve sin duda a la reflexión y el replanteamiento de las propias posturas suponiendo, como debe ser, un avance en la discusión científica.

En Madrid, a 2 de enero de 2024

