

Diego-M. Luzón Peña

Iter criminis y actos preparatorios pluripersonales
e individuales

Foro FICP

2023-2

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid, España.
Presidente de honor de la FICP.

~*Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales*~

Sumario.- I. El *iter criminis* y sus fases. 1. Ideación. 2. Actuación de lo ideado: expresión, preparación o ejecución. II. Cuestiones generales de la preparación: actos preparatorios individuales y de la intervención pluripersonal en ciertos delitos (o en todos): proposición o instigación, provocación, apología-provocación, conspiración. 1. Actos preparatorios y actos ejecutivos. 2. Preparación individual y preparación pluripersonal. a) Actos preparatorios individuales. b) Actos preparatorios de la intervención plural o pluripersonal. 3. Actos preparatorios pluripersonales: fases previas a la codelinuencia o intervención plural de autoría y participación. a) Fundamento. b) Clases. c) Ámbito: delitos a los que son aplicables; sistemas legales. d) Naturaleza. 4. Punición de los actos preparatorios y de las formas de imperfecta ejecución. III. Proposición o instigación a otro. 1. Sistemas legislativos de previsión del intento de inducir a persona concreta. 2. El intento de inducción en el StGB alemán. 3. La proposición del CP español (y de algunos otros CP). 4. Requisitos, especialmente en el CP español. a) Invitación o inducción a persona(s) determinada(s). b) Directa: ¿expresa o personal-sin intermediario? c) Proposición o instigación completa. d) ¿El proponente ha de co-intervenir? 1) Posición restrictiva: el proponente ha de querer ser también autor, no puede intentar ser mero inductor. 2) Posición amplia (preferible): el proponente puede intentar ser sólo inductor o también pretender intervenir en la ejecución. e) Actuación propuesta al instigado: ¿autor, coautor, también partícipe? f) Ausencia de efecto: no ejecución. IV. Provocación (incitación, instigación) pública. Apología. 1. Provocación pública a delinquir. a) En el CP español. b) En Códigos de otros países. 2. Apología y provocación pública. a) Apología en el CP español. 1) Introducción. 2) Concepto de apología y limitaciones. 3) Figuras distintas, específicas en la PE. b) Apología en Códigos de otros países. V. Conspiración (complot, concertación, concierto, acuerdo o ajuste, conjuración). 1. Introducción: regulación actual del CP español. 2. Características generales. 3. Ámbito: delitos a los que es aplicable. 4. Requisitos de la conspiración. a) Requisitos no polémicos. b) Ámbito de sujetos intervinientes (requisito polémico). 1) Posición restrictiva. 2) Posición amplia (preferible). a') La inclusión entre los conspiradores de futuros meros partícipes junto con autores. b') Argumentos formales y materiales. c') ¿Inclusión también del instigador o inductor? d') ¿Pena igual o diferente según el grado de futura intervención? 3) Posiciones intermedias. 4) Exclusión penológica en el CP español de la mera complicidad o cooperación no necesaria. VI. Otros posibles actos preparatorios pluripersonales. VII. Concurso de diversos actos preparatorios pluripersonales. 1. Concurso en un acto preparatorio pluripersonal (punible) o varios para cometer varios delitos. 2. Concurso entre diversos actos preparatorios punibles (pluripersonales) para el mismo delito. VIII. Desistimiento voluntario en los actos preparatorios pluripersonales.

I. EL *ITER CRIMINIS* Y SUS FASES

Iter criminis, literalmente el camino o itinerario¹ del crimen, del delito, es la expresión que se usa para designar el conjunto de *fases* que atraviesa el *delito doloso* anteriores a su perfección hasta llegar a ésta, a la consumación, y se trata de determinar si antes de producirse la consumación, las leyes amplían o extienden la punibilidad a fases anteriores de la actuación dolosa. Como ello no sucede nunca en la actuación imprudente, ya que en todos los Códigos los delitos imprudentes sólo se castigan si llegan a la consumación (con la excepción de que en algunos campos concretos de actividad la ley

* El presente trabajo es un anticipo del Cap. 32 de mi Tratado de DP, PG, en preparación.

¹ Vocablo que procede directamente de la declinación del nominativo *iter*, en genitivo *itineris*, acusat. *itinerem*, dat. y abl. *itinere*.

castigue la simple actuación imprudente como delitos de peligro, pero son delitos autónomos y especiales, no fases anteriores del propio delito imprudente), no se contempla el *iter criminis* en el delito imprudente, pese a que conceptualmente se podría analizar las mismas etapas que en el doloso. Cronológicamente se enumeran tales fases o etapas así: ideación, preparación, ejecución-tentativa, consumación y agotamiento o terminación. A continuación se va a ir examinándolas.

1. Ideación

La primera fase temporal de un delito es obviamente interna, antes de su puesta en práctica, se produce en la mente del sujeto activo cuando le surge la idea de realizar tal delito y decide cometerlo. Tal idea y decisión pueden ser unas veces prácticamente instantáneas e inmediatamente anteriores a pasar a la acción, mientras que otras veces la fase de ideación puede prolongarse bastante tiempo desde la idea hasta la resolución o decisión de realizarlo, y tras ello la puesta en acción ser inmediata o por el contrario demorarse aún un tiempo; la ideación prolongada puede producirse en estado de calculada y fría reflexión, lo que da lugar a la llamada premeditación (que en algunos códigos constituye una causa de agravación si se efectúan premeditadamente ciertos delitos), sin esa circunstancia o incluso en un estado emocional, que en algunos casos puede dar lugar a atenuación si el hecho así ideado pasa a la práctica. En todo caso, ya desde el Derecho romano rige en los ordenamientos civilizados la máxima *cogitationis poenam nemo patitur* (Ulpiano, recogida en Dig. 48, 19.18), o sea, de (por el) pensamiento nadie padece o sufre pena². Es irrelevante jurídicamente, y desde luego jurídicopenalmente, lo sólo pensado, pero no exteriorizado. De ahí el principio limitador del *ius puniendi*, propio del Derecho penal del hecho, de responsabilidad por el acto, acción o hecho concreto producido, el *nullum crimen, nulla poena sine actu*, recogido como garantía constitucional en el art. 25.1 CE³.

Y ello es así no sólo porque los pensamientos delictivos son difícilmente captables⁴

² El CP de 1822 lo recogía expresamente en el art. 9: “El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, no están sujetos á pena alguna; salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley”.

³ V. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª 2012/4.ª 2023, 2/12. Lo destaca tb. en relación con el “*cogitationis...*” CUERDA RIEZU, LH-Díez Ripollés, 2023, 583 s.

⁴ Así ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 402; QUINTANO, Curso I, 1963, 222; CEREZO, Curso III, 2001, 177; PG, 2008, 899, señalan que los procedimientos de prueba a los que habría que recurrir serían incompatibles con garantías del Estado de Derecho. Ello es cierto, no sólo en torturas físicas o psíquicas, sino en la utilización de modernas técnicas neuroverificadoras de lectura del pensamiento o lectura cerebral (*brain reading*), hasta ayer ciencia ficción, hoy preocupantemente ya en puertas y en fase cada vez más avanzada;

si el sujeto no los confiesa, pero incluso en tal caso porque el pensamiento no exteriorizado no es más que un deseo y no una resolución de voluntad⁵ y no perturba y ataca el orden externo⁶, el ámbito social ni por tanto el orden jurídico y los bienes jurídicos que éste protege. Y desde luego ello es clarísimamente así desde la Ilustración y la concepción liberal del Derecho, regulador y protector de la convivencia interna a diferencia de la moral⁷, que también puede valorar el ámbito interno.

Son por ello totalmente rechazables las excepciones habidas en orientaciones no respetuosas de la libertad en épocas anteriores o actualmente en sistemas políticos y sociales no democráticos, que han considerado querido castigar penalmente orientaciones discrepantes o desviadas ideológica, religiosa o moralmente por el hecho de pensar de modo considerado inadmisibles (enemigo políticamente, herético, desviado o aberrante etc.) sin actuar de manera perturbadora de bienes y derechos y de la convivencia social⁸. Y de ahí el peligro de las concepciones extremadamente subjetivistas del ilícito o injusto penal y de la culpabilidad, que, al propender a considerar el núcleo de esos elementos a la (mala) intención, actitud interna (*Gesinnung*), tendencia o conducción de vida reprobables, etc., corren claramente el riesgo de inclinarse hacia el castigo del pensamiento ilícito.

2. Actuación de lo ideado: expresión, preparación o ejecución

La puesta en práctica o actuación de lo ideado puede consistir en expresión, preparación o ejecución. La expresión (oral o escrita) ya es exteriorización de lo pensado con intención delictiva, aunque no pase a la preparación y podrá ser típica o no. Será típica legítimamente si la expresión es en sí misma delictiva por atacar ya relevantemente bienes jurídicos, como unas amenazas⁹ o unas injurias graves o calumnias, o también si la expresión supone ya una incitación a cometer delitos graves (aunque aquí estamos ya

en 1963 QUINTANO, cit., 222, ya hablaba de “dificultad, que, al parecer, la ciencia moderna ya está en vías de superar”.

⁵ Así RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a, 1995, 778.

⁶ Argumentando así FERRER, I, 1946, 52; QUINTANO, Curso I, 1963, 222; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a, 1995, 778 n. 12.

⁷ Lo señala MIR, PG, 10.^a 2015/16, 13/4.

⁸ Por eso no es totalmente exacto que MIR, PG, 15.^a 2015/16, 13/4 s. hable de que la punición de la herejía ha sido una excepción histórica a la prohibición de castigar el mero pensamiento: ello es así si se castigaba a los condenados como herejes (y aún hoy a los “infiel” en el islamismo radical) sólo por compartir la creencia religiosa herética y no por practicar actos concretos de culto público, proselitismo, etc. heréticos, donde ya se habría pasado a los actos externos, aunque otra cosa es que concurran –que no es así– los restantes requisitos y exigencias de los límites del *ius puniendi* para que fuera legítimo punir tales actos.

⁹ Poniendo este ejemplo RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a, 1995, 778.

ante un acto preparatorio de la inducción a terceros), y en caso contrario la mera expresión será o debería ser atípica. La preparación frecuentemente se producirá antes de pasar al intento, aunque no siempre precederá un acto preparatorio a la ejecución¹⁰, que puede iniciarse inmediatamente tras pensarla, y consiste en ir buscando los medios, lugares u ocasiones para cometer eficazmente el delito; como veremos puede ser preparación individual o pluripersonal, con consecuencias distintas.

En cuanto a la ejecución, aunque se suele identificar ejecución dolosa con tentativa, más exactamente, la ejecución da lugar a tentativa cuando no es perfecta, cuando es imperfecta ejecución, y a consumación si es objetivamente una ejecución perfecta por cumplir todos los elementos requeridos por el tipo delictivo. El agotamiento o terminación, en cambio, supone la perfección subjetiva de la ejecución, es decir, que ésta es perfecta desde la óptica subjetiva del delincuente por lograr sus objetivos. La ejecución podrá ser incompleta: tentativa inacabada o acabada o ejecución completa, con todos los elementos del delito, incluyendo en su caso el resultado típico: consumación. El agotamiento o terminación, la obtención de los objetivos perseguidos por el sujeto, que ya se verá que como regla general es jurídico-penalmente irrelevante, procede tratarlo al final del *iter criminis*.

II. CUESTIONES GENERALES DE LA PREPARACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS INDIVIDUALES Y DE LA INTERVENCIÓN PLURIPERSONAL EN CIERTOS DELITOS (O EN TODOS): PROPOSICIÓN O INSTIGACIÓN, PROVOCACIÓN, APOLOGÍA-PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN

1. Actos preparatorios¹¹ y actos ejecutivos

La preparación, de pre-parar (*prae-parare*), pre-venir o disponer para hacer algo posterior¹², es una fase previa o anterior al comienzo de la realización típica, o sea a la

¹⁰ Así lo advierte MIR, PG, 10.^a 2015/16, 13/5.

¹¹ Es digno de destacar que buena parte de la doc. hispanoamericana no trata o casi no trata en la obras de PG (en el *iter criminis* o en la codelinuencia) las diversas posibles formas de actos preparatorios que pueden ser punibles. Igual ocurre en la doc. italiana, debido a una peculiar mención de dos de ellos, la conspiración o acuerdo y la instigación, en el art. 115, precepto aún en la PG pero totalmente separado de la tentativa y que como regla los considera impunes salvo disposición contraria en la PE: v. *infra* n. 44 s.

¹² Preparación y preparatorio derivan del verbo preparar. Según las primeras acepciones del DRAE, “preparar”: (Del lat. *praeparāre*)./1. tr. Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad./2. tr. Prevenir o disponer a alguien para una acción futura.?. Idéntica connotación tiene el término en italiano, francés, portugués o inglés: *preparare*, *préparer*, *preparar*, *prepare*, y en alemán *vorbereiten*: de *bereiten*, disponer, y *vor*: previamente, antes.

tentativa si la conducta es dolosa, supone ciertamente realizar ya actos, individual o conjuntamente con otras personas, encaminados a un posterior comienzo de ejecución, pero en un estadio previo, sin iniciar aún la fase de ejecución típica, la fase de tentativa. Es por tanto no sólo anterior a la simple tentativa, sino aún más anterior y alejada de la consumación, lo que explica que su punición no sea regla general, sino excepción. Sobre el inicio de la ejecución o actos ejecutivos, que marca el fin de la mera preparación y el comienzo de la tentativa, conviene abordarlo al inicio del examen de la Tentativa

2. Preparación individual y preparación pluripersonal

En los casos en que se declaran punibles, bien en la PG o en la PE, tanto supuestos de preparación pluripersonal como más excepcionalmente de preparación individual, son *causas de ampliación de la tipicidad antes de la tentativa*, es decir, *una segunda ampliación más allá de la extensión de tipicidad que ésta supone* antes de la tipicidad normal de la consumación¹³.

a) *Actos preparatorios individuales*

Como regla en la inmensa mayoría de legislaciones, si los actos preparatorios son individuales, realizados por el propio sujeto sin mezclar a terceros o intentarlo para delinquir después, son impunes: por una parte, como en cualquier acto de mera preparación por la menor peligrosidad y más facilidad de abandono al no haber pasado a la ejecución, y por otra parte, por estar actuando el sujeto solo sin implicar a terceros, que no controla igual que a él mismo, y sin implicarse y comprometerse él ante terceros. La excepción es la tipificación expresa de un acto preparatorio individual como delito autónomo (consumado) en algunos casos en la Parte Especial, v.gr. la tenencia de instrumentos utilizables para el robo, la falsificación o la elaboración de drogas, o el autoadoctrinamiento y autoadiestramiento terrorista. (La tendencia expansiva al aumento de uso de esta técnica¹⁴ implica un preocupante peligro de abuso, una propensión hacia un Derecho penal del riesgo –a tipificar la creación de riesgo aun muy alejada de la lesión– o de contravenciones, o incluso a su uso extendido en un Derecho penal del enemigo). Aisladamente algún Código tipifica en su PG en carácter general la preparación aun

¹³ En este sentido doc. cit. *infra* n. 18.

¹⁴ Destacando críticamente la creciente expansión de estos actos preparatorios individuales tipificados como delitos autónomos en la PE ALONSO RIMO, InDret 2017-4, 67 ss.; El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 57 ss. Aparte de ello remito al amplísimo número de trabajos cit. en Bibliografía, la mayoría en sentido muy crítico, sobre nuevos delitos preparatorios individuales o tb. pluripersonales tipificados en la PE como delitos autónomos por las diversas legislaciones penales.

individual, como el art. 46.1 CP neerl. tras la tentativa la preparación mediante posesión de medios u objetos para el delito o el art. 12.1 CP cub. la preparación de diversos modos de delitos (de cualquier delito en la versión anterior, o en la versión actual sólo de delitos expresamente previstos).

b) Actos preparatorios de la intervención plural o pluripersonal¹⁵

Se trata de actos preparatorios de autoría y participación (codelinuencia). Actos preparatorios pluripersonales punibles (APPP¹⁶) que suponen una **nueva y segunda ampliación o extensión de la tipicidad y consiguiente punibilidad**¹⁷ *más allá, antes de la ampliación o extensión de la tipicidad que ya constituye la tentativa* (dolosa), y por tanto antes de la autoría y participación ya en esa primera fase de ejecución anterior a la tipicidad normal de la fase de consumación, estamos ante una doble ampliación de la tipicidad pues se amplía no sólo antes de la consumación a la ejecución, sino antes de la fase de ejecución a la de preparación¹⁸. Por esa razón no cabe de ningún modo en estos APPP formas de imperfecta realización, es decir tentativa ni preparación de estos actos preparatorios pluripersonales, ni mera participación en ellos: v. *infra* II 3.d). Mientras la doc. de habla hispana los trata generalmente bajo la rúbrica de “actos preparatorios punibles”¹⁹, es otra la terminología en la dogmática penal de Alemania: la doctrina quizás

¹⁵ Destacando su carácter pluripersonal ya QUINTANO, Comentarios I, 1946, 46, 50. Y desde luego la doc. y la regulación alemana, que, como vemos a continuación, los enfoca bajo el prisma de las *Vorstufen der Beteiligung*, fases o etapas previas de la intervención plural o codelinuencia.

¹⁶ Parece más exacto agregar en la abreviatura una tercera P, la de punibles, para los actos preparatorios pluripersonales que además son punibles (APPP), y dejar la fórmula más breve APP para los actos preparatorios pluripersonales tanto punibles como no punibles; pero también puede usarse APP para la terminología más extendida de actos preparatorios punibles, sin especificar si son pluripersonales o individuales.

¹⁷ Así, entre otros, JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2-3; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 420 ss.; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 351; Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 15 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss.; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/1; HILLENKAMP, LK, 11ª 2006-07, antes del § 22/9; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006-07, § 30/1; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.ª 2014, § 30/2; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/2.

¹⁸ Segunda ampliación que por ello en Derecho comparado suele ser excepcional, aplicable no a todos sino sólo a algunos delitos en los mayoritarios sistemas de *numerus clausus* frente al minoritario sistema de *numerus apertus*: v. *infra* II 3.c 1) b' ss.

¹⁹ Así, entre otros, PACHECO, CP coment I, 1856, 101 ss.; FERRER, I, 1946, 75 ss.; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 402 ss.; QUINTANO, Comentarios I, 1946, 46 ss.; Curso I, 1963, 222 ss.; MIR PUIG, ADPCP 1973, 373 s.; PG, 2.ª 1985, 283; 10.ª 2015/16, 13/28 ss.; RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 202; ORTS BERENGUER, CPC 1982, 491 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 421 ss., denominándolos tb. (419 ss.) actos preejecutivos (aun reconociendo en 424 que tb. son pre-coautorías o pre-participaciones); SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990, 775 s.; QUINTERO, PG, 2.ª 1989, 520 ss.; Curso PG, 1.ª 1996, 455 ss.; CAMPO MORENO, CDJ 1994-39, 278 ss.; Los actos preparatorios punibles, 2000; DÍAZ Y GARCÍA

mayoritaria los denomina: fases o etapas previas de (a) la intervención plural o participación en sentido amplio: autoría y participación (*Vor-stufen²⁰ der Beteiligung*)²¹, o sea, como tb. se reconoce en la doc. española, fases o etapas previas a la codelincuencia²². Aunque nada menos que el tratado de ROXIN los considera como

CONLLEDO, EJB 1995, 1520 ss.; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 299 ss.; BACIGALUPO, Principios, 5^a 1998, 336; COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 720 ss.; OLMEDO CARDENETE, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870 s.; CEREZO, Curso III, 2001, 178 ss.; PG, 2008, 900; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 700 ss.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, passim, 86 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, desde 1.^a 2004, 219 ss., a 9.^a 2022, 279 ss.; DEL ROSAL BLASCO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 949 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, RP 21 2008, 267 ss.; LÓPEZ BARJA-Q., Trat PG, 2010, 871; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 1.^a 2011, 318 ss.; 2.^a 2015, 324 ss.; QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 407 ss.; POLAINO, Lecc PG II, 2.^a 2016, 238 ss.; ALONSO RIMO, InDret 2017-4; EPCr XXXVIII, 2018, 461 ss.; El tipo subjetivo de los actos preparatorios, 2023; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 844 ss.; Díez Ripollés, PG, 5.^a 2020, 544 ss.; ARANGO DURLING/MUÑOZ ARANGO, El iter criminis, 2021, 20 ss.; (Algunos como SAINZ CANTERO, RUIZ ANTÓN, OLMEDO destacan además expresamente que se trata de la preparación anterior a la ejecución de la tentativa y no de formas vinculadas a la participación).

Tratándolos dentro del *iter criminis*, pero antes incluso de los actos preparatorios como meras “*resoluciones manifestadas*” (por ser sólo verbales sin actos materiales, que requiere la preparación; lo que es incorrecto), JIMÉNEZ DE ASÚA, Ley y delito, 2.^a 1954, 500; Tratado, VII, 2.^a 1977, 228 ss., 263 ss., 268 (aunque aquí reconoce que tb. pueden considerarse actos preparatorios); LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 31 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.^a, 1995, 778 s.; LANDECHO/MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 5.^a 1996, 430 ss., 11.^a 2020, 506 ss.; y MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.^a 2022, 488 ss.; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.^a 2021, 188; STS 29-11-2002, A 10874. En contra con razón QUINTANO, Curso I, 1963, 223; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 278; ORTS BERENQUER, CPC 1982, 487; MIR PUIG, PG, 2.^a 1985, 283 n. 15; 10.^a 2015/16, 13/28 n. 15; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 209; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a 1990, 775 s.; REBOLLO VARGAS, La provocación, 1997, 17 s.; COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 720 s.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 53 s.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342 n. 363; MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen 2021, 2020; 2023, 2022, 342, nm. 2652 ss.; ALONSO RIMO, El tipo subj. de los actos preparatorios, 2023, 50 ss. Considerándolas tanto actos preparatorios cuanto resoluciones manifestadas como sinónimos muchas STS: 29-9-1980, A 3353; 10-10-1980, A 3683; 14-11-1984, A 5484; 16-11-1987, A 8520; similar aunque entendiendo que los auténticos actos preparatorios requieren actos materiales 29-11-2002, A 10874.

²⁰ Literalmente *Stufe* es peldaño o grado, así que *Vorstufen* son peldaños o grados previos (al tomar parte, a la participación en sentido amplio).

²¹ Consideran predominante el aspecto de fase previa a la intervención plural, codelincuencia o participación en sentido amplio, p.ej. DREHER, GA 1954, 14 ss.; MAURACH, AT, 1.^a 1954-4.^a 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A; JZ 1961, 138; SCHRÖDER, JuS 1967, 289 ss.; LETZGUS, sólo en el título de su monografía *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, aunque acaba prefiriendo (215 ss., 225 s.) la consideración como preparación; SCHMIDHÄUSER, StuB AT, 2.^a 1984, 11/108; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989/Pg 2, 7.^a 1995, § 53/3 ss.; BAUMANN/WEBER, AT, 10.^a § 32 II 1; BLEI, AT, 18.^a 1983, § 81 II, antes de 1; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 (PG, 2002) § 65 I 3 (pero tb. preparación); igual ROXIN, AT II, 2003/Pg II, 2014, § 28/2; STRATENWERTH, AT, 4.^a 2000 (STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2011), § 12/165 ss. (instigación y concertación como tentativa de participación, mientras que 11/1 ss. habla de “preparación” en la individual); KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 20/243. Posición intermedia en KÖHLER, AT, 1997, 545; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 29/1 ss.: tentativa y preparación ante varios intervinientes en el hecho, 29/28 ss.: tentativa de intervención pluripersonal.

²² Así QUINTANO, Comentarios I, 1946, 50: su naturaleza “nada tiene que ver con los grados de perfección de la infracción y sí con la codelincuencia” (pero en 46 ss. los llama actos preparatorios); RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 151, 154 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984, 556 ss.: pre-estadios de la autoría y participación; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, de 1.^a 1993, 398, a 10.^a 2019, 427: formas de participación intentada; GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1624 ss.: formas de participación intentada; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 480 n. 206; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342, actos preparatorios de la participación en sentido amplio (aunque en nm. 342 ss. entiende que conspir. y propos., los únicos que considera tales, son preparatorios sólo de coautoría, cambiando su anterior posición en ADPCP 1976, 536, y La conspiración, 1978, passim, de

“formas de preparación del delito con intervención (al menos pretendida) de varias personas” y concluye que “merece aplauso la ‘teoría de la preparación’, según la cual el § 30 conmina con pena formas de preparación del delito especialmente peligrosas”²³, e igual preferencia por considerarlos preparación muestran otros autores²⁴, con lo que le están dando la razón al enfoque mayoritario de nuestra doctrina. El § 30 StGB utiliza la rúbrica de “tentativa (o intento) de la intervención plural o participación en sentido amplio”: *Versuch der Beteiligung*), en una fórmula, obviamente muy reproducida por la doc., que mezcla los títs. 2.º: tentativa y 3.º: autoría y participación, aunque el precepto se encuadra al final del tí. 3.º.

3. Actos preparatorios pluripersonales: fases previas a la codelincuencia o intervención plural de autoría y participación

Pueden ser punibles, según los sistemas legales que después veremos, declarados como tales ya en la Parte general o solamente en figuras concretas de la Parte especial, diversos actos preparatorios no individuales, sino que implican o intentan implicar a varias personas, y, como vamos a ver, representan fases previas o anticipadas a las formas de codelincuencia: a la autoría y participación típicas y punibles en la fase normal, la de ejecución a partir de la tentativa. Se tipifican, ya se verá con qué alcance y frente a qué

entender la conspiración como tentativa de inducción mutua) DEMETRIO CRESPO, en Demetrio/de Vicente/Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, 196, 250: formas de coautoría y participación intentadas. En un *sentido ecléctico* (similar al de autores alemanes que se cita a continuación): a la vez actos preparatorios o previos a la participación y actos preparatorios del delito, POLITOFF, Los actos preparatorios, 1999, 53; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 86 ss.; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134 s.; MIR, PG, 10.ª 2015/16, 11/28 ss., 31.

²³ ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/2. Ya antes en LK, 11.ª 1994, § 30/2. Pese a eso trata estos actos preparatorios en AT/PG al final de la Sección 8.ª: Autoría y participación (§§ 25 a 28) como § 28 con la rúbrica “Fases previas de la intervención plural o participación en sent. amplio” e inmediatamente antes de la Secc. 9.ª: La teoría de la tentativa (§§ 29 y 30), porque en § 28/3 lo justifica en que muchos de los principios de la inducción y de la coautoría son aplicables a la instigación intentada y a la conspiración, mientras que los de la tentativa no lo son salvo las reglas del desistimiento. Pero ese enfoque se explica porque *Roxin* siguiendo la tradición alemana dedica su Secc. 9.ª a la tentativa, y no al concepto y enfoque más amplio del *iter criminis*.

²⁴ Así STIENEN, JW 1924, 1708 ss.; JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2,3 (aunque tb. anterior a participac.); BUSCH, R., FS-Maurach, 1972, 248; LETZGUS, Vorstufen der Beteiligung, 1972, 215 ss., 225 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, de 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 30/1-2; KÜHL, JuS 1979, 874; WALDER, SchwZStr 99 1982, 225 ss.; FS-Leferenz, 1983, 537 ss.; SCHNARR, NSTz 1990, 257 ss.; BLOY, JR 1992, 494: “criminalidad del campo previo: *Vorfeldkriminalität*”; igual KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 20/243, DESSECKER, Im Vorfeld eines Verbrechens, JA 2005, 549 ss.; y THALHEIMER, Die Vorfeldstrafbarkeit, 2008; GROPP, AT, 1.ª 1997, 289 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3 (aunque tb. anterior a participac.); HILLENKAMP, LK, 11ª 2006-07, antes del § 22/5 ss., 9 s.; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006-07, § 30/1; MITSCH, Jura 2013, 696 ss.; PETZSCHE, en: Sinn ed., Menschenrechte und Strafrecht, 2013, 67 ss.; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/1; RENGIER, AT, 12.ª 2020, § 47/1: acciones preparatorias, aunque lo trate al final del cap. de autoría y participación; igual HEINRICH, AT, 7.ª 2022, nm. 1365, 1362 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 51.ª 2021, nm. 912 ss.: punibilidad de la preparación del delito (instigación, concertación).

delitos, figuras como la instigación intentada o proposición a otro, la provocación o incitación colectiva o pública, la apología pública, la conspiración, concertación, complot o acuerdo de varios, e incluso de modo minoritario también el ofrecimiento a delinquir o la aceptación del ofrecimiento.

a) Fundamento

No puede admitirse un fundamento de su punición puramente subjetivo, es decir, considerar que la voluntad delictiva ya exteriorizada y empezada a preparar según el plan del sujeto, aunque no se haya iniciado el momento decisivo de realizar el tipo, denota suficiente peligrosidad del sujeto y su hecho y sería merecedora de pena; pues no es admisible una fundamentación únicamente subjetiva del ilícito o injusto penal, y además en este campo ello conduciría a no establecer diferencia entre preparación y ejecución²⁵, ni entre preparación individual y pluripersonal.

La fundamentación de la punición de determinados actos preparatorios pluripersonales frente a la mucho mayor impunidad de la preparación individual– ha de ser, pues, *objetiva* (unida, claro está, al mayor desvalor de acción de tener que ser en los distintos CP *preparación dolosa*, tanto la pluripersonal como excepcionalmente la individual, ya que no hay actos preparatorios punibles en el campo de la imprudencia²⁶). En los supuestos en los que la ley los considere punibles –lo que varía mucho de unos sistemas legales a otros, como se verá a continuación–, su fundamento puede verse en que el preparar un delito junto con otros, instigando a otros o proponiéndoles delinquir o concertándose varias personas para delinquir y planificándolo conjuntamente, implica *frente a la preparación individual mayor peligrosidad objetiva de la conducta de cada interviniente* en esta situación al involucrar a terceros²⁷ por la *conjunción de estos*

²⁵ Cfr. ampliamente sobre (y en contra de) una fundamentación subjetiva de los actos preparatorios, sean individuales o pluripersonales, ALONSO RIMO, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 57 ss., 81 ss.

²⁶ Señalándolo asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; muy ampliamente ALONSO RIMO, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 277 ss. (tras dedicar una parte esencial del libro, 119 ss., al tipo subjetivo doloso de los APP), pero analizando críticamente tb. en 283 ss. supuestos de castigo de pre-ejecución delictiva imprudente.

²⁷ Así ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 404; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 154; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 16 ss.; PG II, 2009, XIV/347; MIR PUIG, PG, 2.ª 1985, 284; 10.ª 2015/16, 13/30; GEPPERT, Jura 1997, 547; ROXIN, Anmerkung zu BGHSt 44, 103, NSTz 1998, 616; AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/5; BEULKE, NSTz 1999, 26; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 301; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss., 114 ss.; LÓPEZ BARJA-Q., Trat PG, 2010, 871; KÜHL, AT, 8.ª 2017, § 20/244; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Morillas, 2018, 627 s. (en 608 expone argumentos contrarios a esta fundamentación de RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 292 ss., ORTS, CPC 1982, 491, y MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 152 ss.). Tb. sents. BGHSt 1, 309; BGH NSTz 1998, 347; BGHSt 44, 103.

factores: a) Primero porque, como muchos señalan, el sujeto ya no tiene control o muy difícilmente sobre la actuación de los demás aunque él decidiera parar o echarse atrás (lo que en la preparación individual basta en cualquier momento para detener el *iter* y no pasar a la ejecución), y por tanto ha puesto en marcha un curso causal ya no dominable o controlable²⁸. b) Pero además, como agudamente se ha destacado por algunos, la situación se hace más peligrosa no sólo por esa falta de control sobre la actuación de los terceros involucrados, sino en la situación del propio sujeto que ha querido involucrar a terceros (tanto en la proposición/incitación como más claramente aún en la conspiración ya con todos puestos de acuerdo) por la “vinculación de su voluntad”, por el compromiso que ha adquirido a los ojos de los mismos, que le hará sentirse a él más vinculado y obligado para no echarse atrás²⁹. c) O que incluso podrá llegar a sentir coacción o presión de los terceros que se han visto involucrados.

No obstante, hay opiniones que rechazan que esas fundamentaciones (a y b) sean suficientes para justificar la punición de las fases previas de la intervención plural por indeterminación y castigar la actitud interna o que sólo la admiten con ulteriores restricciones³⁰. Y por otra parte, *Roxin*, que sí defiende esa

²⁸ Así lo señalan BGHSt 1, 309; BGH NSTz 1998, 347; BGHSt 44, 103; GEPPERT, Jura 1997, 547; KRETSCHMER, Anm. zu BGH NSTz 347, en NSTz 1998, 401; ROXIN, Anmerkung zu BGHSt 44, 103, NSTz 1998, 616; AT II, 2003 /PG II, 2014, § 28/1, 5; KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 20/244; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 301; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss., 114 ss.; HILLENKAMP, LK, 11^a 2006-07, antes del § 22/9; SCHÜNEMANN, LK, 11^a 2006-07, § 30/3; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134; ALONSO RIMO, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 73; tb. sents. BGHSt 1, 309; BGH NSTz 1998, 347; BGHSt 44, 103. Críticam. RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 292 ss.: no siempre el sujeto perderá el control por involucrar a terceros.

²⁹ Así lo destaca ROXIN, AT II, 2013 /PG II, 2014, § 28/5: “vinculación de la voluntad” para el que interviene en una conspiración y en la “aceptación de un ofrecimiento” tb. punible en el StGB; en el mismo sentido ya SCHÄFER, NiedStrKomm 2, 1958, 207; la Fundamentación o exposic. de motivos del oficial P 1962 de reforma del StGB: Begründung zum E 1962, BT-Drucks. IV/650; JESCHECK, AT 1.^a 1969 a 4.^a 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.^a 1975, 15/105, 107; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996/Pg, 2002, § 65 I 2; GEPPERT, Jura 1997, 547; HILLENKAMP, LK, 11^a 2006-07, antes del § 22/9; SCHÜNEMANN, LK, 11^a 2006-07, § 30/3; KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 20/245. Aplicando esta argumentación también a la inducción intentada: proposición o incitación/provocación BGHSt 44, 95 ss.; lo que considero correcto, pues también se compromete moralmente ante el instigado, mientras que ROXIN, AT II, 2003 /PG II, 2014, § 28, n. 9 lo considera curioso o extraño: “curiosamente”. Con referencia tb. general a los APPP tb. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 302; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 114 ss.; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134; ALONSO RIMO, El tipo subjet. de los actos preparatorios, 2023, 73.

³⁰ Cfr. la exposición de ROXIN, AT II, 2003/Pg II, 2014, § 28/6 sobre los del rechazo total y § 28/7 sobre los del rechazo parcial. Rechazan su fundamentación y justificación KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 43^a 1961, § 49a/II, III, entendiendo que esas figuras vulneran mandato de determinación y el principio de igualdad y propenden al castigo de la actitud interna; por esta última razón tb. KÖHLER, AT, 1997, 545, y para la conspiración FIEBER, Die Verbrechenverabredung, 2001, 187 s., considerándola inconstitucional; tb. se oponía en un primer momento a todas estas figuras JAKOBS, ZStW 97 (1985), 751 ss., entendiendo que no rebasan la esfera privada y no perturban el orden externo; pero ya mucho más contenido en AT, 2.^a 1991/Pg, 1997, 27/2. Poniendo restricciones para la justificación de estas figuras, BUSCH, FS-Maurach, 1972, 245, 256; LETZGUS, Vorstufen, 1972, passim, 127 ss., 143 ss. Me remito a las convincentes respuestas de ROXIN, cit. En la doc. española tb. críticamente frente al fundamento de los APPP con diversos argumentos en parte coincidentes con los alemanes, RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 292 ss., ORTS,

doble fundamentación, cree que *no concurre* en la peculiar figura del § 30, 2 StGB alemán del “declararse dispuesto” ni puesta en marcha de un curso no controlable ni vinculación de la voluntad al compromiso con tercero, por lo que propone su supresión y sustituirlo por la asunción de un compromiso de delinquir³¹.

Según la situación concreta del respectivo acto preparatorio esa mayor o más grave peligrosidad de la conducta –mayor grado de ilícito o injusto que en la preparación individual– podrá considerarse, en la proposición o provocación cuando los incitados no se hayan convencido, o, como peligro abstracto pero con aptitud/idoneidad para acabar en lesión del bien jurídico, o sea, mayor desvalor objetivo de la acción; o incluso como peligro abstracto/concreto de futura lesión en la conspiración con puesta de acuerdo de todos o en la proposición e incitación/provocación cuando los incitados sí se hayan sentido inducidos pero sin manifestar su acuerdo y por tanto sin llegar a la conspiración, supuestos en que el ilícito o injusto agravado se traduce en mayor desvalor objetivo de la acción sumado a un desvalor de resultado de peligro aunque no se haya entrado aún en la tentativa.

b) Clases

Las figuras más frecuentemente recogidas en las legislaciones que declaran punibles ciertos actos preparatorios pluripersonales son la instigación o incitación, pública o a veces la privada, a cometer delitos, la apología o exaltación de delitos, y la conspiración, concierto o acuerdo criminal o complot de varios. Por tanto, aparecen la proposición y provocación (art. 17.2 y 18 CP español, pero provocac. sólo la pública³², StGB alemán, § 30.1: intentar inducir a cometer o a inducir –seguido por el art. 34 CP parag. en su tentativa de instigación–, § 111, provocación pública o incitación pública a cometer delitos, es decir, instigación privada y provocación pública como en otros muchos CP: *infra* III 1 y IV 1 b); la apología (CP esp., franc., arg., fed. mex., per., bras., ...); y la conspiración o complot, concierto o concertación, acuerdo, ajuste, conjuración o términos similares (casi todos los CP). Aisladamente algunos códigos añaden otras figuras: así el § 30.2 StGB (ya en el antiguo § 49a antes de 1975): además el declararse dispuesto, o aceptar un ofrecimiento (igual en los arts. 123bis, 136septies, 2.º CP belg.:

CPC 1982, 491, MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 152 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Landrove, 2011, 1084 ss.; LH-Morillas, 2018, 613 s.

³¹ ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/8.

³² Igual que en arts. 31, 1.º y 32 CP nicar. –pero provoc. privada o pública–, que en el 31, 2.º tb. es igual al CP esp. en la regulación de la conspiración; similar en las definiciones del art 17 CP guat. de proposición y conspiración, mientras que añade pero sin definir la provocación e instigación, o las de conspiración y proposición en el art. 23 CP salv. y en el art. 17 CP hondur. (mientras que la apología pública de un delito se castiga en la PE art. 349 CP salv., como la incitación pública al genocidio en el 361).

ofrecer o aceptar el ofrecimiento, pero sólo para determinados delitos graves: v. *infra* II 3.c 1) c’). Hay que preguntarse si en esos casos se trata de preparación de una inducción o cooperación en cadena. Aún más actos preparatorios tanto pluripersonales como individuales menciona el art. 12.4 CP cub.: la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito³³.

c) *Ámbito: delitos a los que son aplicables; sistemas legales*

Depende de los modelos seguidos por las legislaciones. Se puede distinguir en primer lugar dos grandes grupos según que el Código mencione y prevea los actos preparatorios ya en la Parte general o únicamente los trate en la Parte especial, y a continuación cabe distinguir nuevas subdivisiones:

1) **Tales actos preparatorios están previstos y regulados ya en la PG**, por tanto, con carácter general (aunque generalmente la ley luego los desarrolle en la PE). La consecuencia suele ser que la doctrina se ocupa también en la PG del análisis de los actos preparatorios sobre todo pluripersonales, como sucede en las docs. alemana, germanoparlante o española. Cabe distinguir a su vez diversos subsistemas:

1) a’) Estar definidos y tipificados los actos preparatorios pluripersonales (APPP) en todos los delitos dolosos (no en las faltas), en un sistema de *numerus apertus*, es decir, punibles en todos los delitos.

Así en algunos CP esp. históricos con castigo de la proposición y conspiración, y a partir de 1928 tb. la provocación, a cualquier delito: en los CP de 1850 (éste aún sin la provocación), 1928, 1944/73. Igualmente, la tentativa de inducir, o sea, proposición o provocación, a un delito en el art. 46a CP neerl.; todos los actos preparatorios en art. 12.1 anterior CP cub. 1978; en el vigente CP federal mex. 1931 en el art. 13. I la conspiración y preparación para todos delitos, y en la PE el art. 208 castiga provocación pública y apología de cualquier delito³⁴. El CP domin. tb. tipifica la en la PG, art. 60 la conspiración

³³ Art. 12.3 CP cub. 1987: “3. Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito”, idéntico a ese mismo precepto en el anterior CP cub. 1978.

³⁴ Tras prever el art. 12 CP mex. fed. la tentativa, el art. 13 formula en su párr. inicial quiénes “Son autores o partícipes del delito”, pero, antes de los aps. II-VII (autores directos, coautores, mediatos, determinadores, auxiliadores), el ap. I considera autores o partícipes a “Los que acuerden o preparen su realización”, fórmula que parece incluir toda conspiración y tb. toda preparación, plural o incluso individual. Por otra parte, el art. 208 castiga la provocación o apología públicas de cualquier delito con

y la provocación (sin distinguir si es privada o pública) o incitación a otro u otros a cualquier delito como forma de complicidad. Y para la provocación o incitación pública el § 111 StGB alem. prevé su castigo para cualquier delito (a diferencia de los restantes APPP, que han de ser sólo a crímenes o delitos graves).

1) b') Mucho más numerosos son los Códigos en que *de los actos preparatorios*, ciertamente en muchos textos legales *definidos en la PG* en delitos (dolosos), *sólo son punibles los expresamente previstos por la ley en la Parte Especial* como actos concretos y para delitos concretos, es decir en un sistema de *numerus clausus*. Dentro de éstos se puede mencionar:

1) b'.1) Algunos sistemas limitan en la PG a los *delitos graves (crímenes)* aquellos en los que pueden ser punibles los APP. Así el § 30 StGB alemán prevé múltiples actos preparatorios pluripersonales (conspiración, provocar o instigar, ofrecerse, aceptar ofrecimiento) pero sólo en delitos graves o crímenes: *Verbrechen*³⁵. O en el art. 24.2 CP suizo: intentar instigar o determinar, es decir proposición y provocación, a cometer un crimen: *crime, Verbrechen, crimine* (sin añadir la conspiración); o el art. 34, 1.º CP parag. en su tentativa de instigación: intentar instigar a cometer un crimen o a instigar a ello.

1) b'.2) Disponer en la PG que se consideran punibles determinados actos prep. pluripersonales *sólo en determinados delitos previstos en la PE*, o sea, un sistema de *numerus clausus*. Así en España el actual CP 1995 (arts.17.3 y 18.2) y anteriores CP más liberales: el de 1822 sólo la conjuración y proposición (arts. 4 y 6), y los de 1848, 1870 y 1932 solamente la conspiración y proposición, mientras que el CP actual añade la provocación pública en el art. 18. Y esos delitos concretos nunca han sido las faltas³⁶(aunque actualmente desde 2015 sí se castiga excepcionalmente, y a buen seguro de modo inconsciente por lamentable técnica legislativa, en los arts. 151 y 269 los APPP a lesiones, estafas o apropiaciones indebidas cualesquiera, incluyendo los nuevos delitos leves, antes faltas, de lesiones o maltratos de obra del 147.2 y 3 y de estafas y apropiaciones indebidas de escasísima cuantía del 249, 2.º), sino algunos delitos muy

pena propia menor si el delito no se comete, y con la misma pena del delito si se comete. (Aparte de ello, como figuras específicas ya en la PE, castigan el art. 123, XV la conspirac. con potencia extranjera en guerra, y el 141 la conspirac. para delitos de todo el Tít. de delitos contra la seguridad [exter. e inter.] de la Nación. y además existen otras figuras especiales de provocación en la PE, v. *infra* n. 118; y en el art. 22 bis: proponer en el cohecho).

³⁵ Pero cuando se trata de la provocación o incitación públicas, no a persona concreta, como se acaba de ver, el § 111 StGB alem. castiga la provocación pública o incitación pública a delitos cualesquiera.

³⁶ Destacándolo POLAINO, Lecc PG II, 2.ª 2016, 239.

graves o de cierta gravedad³⁷.

Sin embargo, como lamentablemente ha ocurrido en España en otros modelos de *numerus clausus*, como en los delitos imprudentes, **los criterios de selección utilizados dejan mucho que desear**³⁸: p. ej. se ha seleccionado las lesiones y los ataques a la libertad ambulatoria, pero no hechos paralelos pero aún más graves, como las torturas o las agresiones violentas a la libertad sexual. (salvo que el algún caso el tribunal pueda recurrir a calificarlos como APP para las lesiones o maltratos o para ataques a la libertad ambulatoria, calificación esta última que sólo es posible en algunas agresiones sexuales) o las amenazas condicionales y el chantaje, o los incendios dolosos o los estragos, etc. Frente a esto y en sentido contrario están tipificados esos APPP en delitos mucho menos preocupantes como p.ej. las estafas y apropiaciones indebidas o algunos delitos menores contra la Admin. pública, y ya acabamos de ver cómo por una deplorable técnica legislativa a partir de la conversión en 2015 de faltas en delitos leves, están ahora también tipificados las citadas proposición, provocación y conspiración para lesiones leves, o estafas y apropiaciones indebidas leves.

También en sistema de *numerus clausus*, contienen una regulación paralela a la española actual en los arts. 31 y 32 CP nicar. para la proposición, conspiración y provocación y apología, pero éstas dos tb. pueden ser privadas; y en el art. 17, 3.º CP guat. para la conspiración y proposición definidas en los párrs. 1.º y 2.º, aunque el 3.º también prevé la sanción con *numerus clausus* para la provocación e instigación, pero sin definir las. Igualmente lo hace el art. 8 CP chil. con la conspiración y proposición (aparte, en la PE el art. 124 castiga la incitación a tropas o ciudadanos a faltar a deberes militares, y los arts. 129 y 339 la instigación a la sublevación o a motín o asonada); y con la proposición y conspiración en el art. 23 CP salv. (además del castigo aislado de la incitación pública al genocidio en el 361, mientras que la apología pública de cualquier delito doloso se castiga en la PE art. 349) y en el art. 17 CP hondur.; y el art. 7 CP urug. con la proposición, conspiración e incluso el acto preparatorio (individual); el art. 12. 1 CP cub. sanciona actos preparatorios, tanto pluri- como unipersonales, sólo en delitos concretos que lo dispongan en la PE: “Los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la Parte Especial de este Código para los cuales se establezca

³⁷ En el CP esp. actual los delitos concretos en los que son punibles en la PE los citados APPP son (entre paréntesis cit. el art. que lo dispone): homicidio y asesinato (141), lesiones (151), detenciones ilegales y secuestros (168), trata de personas (177 bis.8), robo, extorsión, estafa y apropiación indebida (269), delitos contra el mercado y los consumidores (285 quater), blanqueo de capitales (304), tráfico de drogas y delitos contra salud pública (373), contra la administración pública (445), rebelión (477), del. contra la corona (488), 519 (asociación ilícita), hasta 2022 sedición (548; delito inadmisiblemente suprimido en dic. 2022 por pactos con los partidos separatistas), atentados a la autoridad (553), desórdenes públicos (557.4, en lugar de la suprimida sedición), terrorismo (579.1-3), traición (585), del. contra la comunidad internacional (615), delitos de contrabando (art. 3.4 LO repres. del contrabando).

³⁸ Criticando asimismo la selección muchas veces incoherente del actual *numerus clausus* y proponiendo por ello o una selección más cuidadosa o considerar punibles los APPP sólo en delitos graves o que rebasen cierta pena, SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 149 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 302; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 96 s., y muy amplia y detalladamente en 129 ss.; FUENTES OSORIO, RECPC 8 2006, 16 ss.; LLABRÉS FUSTER, Arts 17 y 18, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Morillas, 2018, 607.

específicamente”³⁹; o el art. 16 § 1 CP pol. describe como preparación diversos actos prep. individuales y el acuerdo o concertación con algún otro, y su § 2 añade que “la preparación sólo es punible si la ley así lo dispone”, es decir, en la PE.

1) c’) Un *sistema mixto* entre los dos anteriores es el de algunos Códigos que prevén el sistema de *numerus apertus de delitos para algunos APPP*, o sea, penándolos para cualquier delito, pero estableciendo *para otros un numerus clausus* de delitos en los que son punibles:

Así p. ej. el art. 66, 3.º y 4.º CP belg. equipara al autor y su pena a los que provocan directamente al crimen o al delito personalmente con determinados medios o artificios o públicamente o por medios de difusión, pero otros actos preparatorios pluripers. sólo rigen en algunos delitos: en la PE castiga además el complot y la proposición, el ofrecimiento y su aceptación para determinados crímenes contra altas magistraturas, y contra la seguridad exterior e interior del Estado⁴⁰. O, aunque sea en la PE y no en la PG, el StGB alem. en su § 111 castiga la *öffentliche Aufforderung zu Straftaten*, o sea, provocación pública o incitación pública⁴¹ a delitos, a cualesquiera delitos, pero la punición de la incitación privada y otros APPP está limitada a los delitos graves: v. sobre ambos Códos. *supra* II 3.b). De forma similar el CP bras. en su PE, arts. 286 y 287 castiga la incitación pública a cualquier delito y la apología de cualquier delito o su autor, mientras que en el art 31 (PG) se declara impune el ajuste (conspir.), determinación o instigación (no pública) o el auxilio al delito si éste no llega al menos a ser intentado “salvo disposición expresa en contrario”, o sea, en delitos concretos de la PE; o el art. 415 CP hondur. castiga hacer apología de acciones u omisiones constitutivas de delito, mientras que el art. 17, 1.º dispone que conspirac. y proposic. sólo son punibles en los casos en que la ley lo declare expresamente.

³⁹ En el actual CP cub 1987 el Tít IV Cap. IV reza: El delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios. Y en el mismo el art. 12 dispone: “1. Son sancionables tanto el delito consumado como la tentativa. Los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la Parte Especial de este Código para los cuales se establezca específicamente. 2. Se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito sin llegar a consumarlo. 3. Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito. 4. La tentativa y los actos preparatorios se consideran como tales siempre que no constituyan, de por sí, otro delito más grave. 5. La tentativa y, en su caso, los actos preparatorios, se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos”. Muy similar en el anterior CP cub 1978: Tít IV Cap. IV: Del delito consumado, de la tentativa y de los actos preparatorios. Art.12: “1. Son sancionables, además del delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios. 2. Se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito sin llegar a consumarlo. 3. Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de un delito. 4. La tentativa y los actos preparatorios se consideran como tales siempre que no constituyan, de por sí, otro delito más grave. 5. La tentativa y los actos preparatorios se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el Tribunal puede rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos.”.

⁴⁰ El CP belg., al sancionar las provocaciones públicas a cualquier delito, aclara expresamente en el art. 66, 4.º: “incluso en el caso de que esas provocaciones no hayan sido seguidas de efecto”. Arts. 106-110 CP belg.: complot para atentados contra rey, heredero, familia real o ministros regentes, definido en el 110: “hay complot desde que la resolución de obrar ha sido adoptada entre varias personas” y 111 proposición de esos delitos; art. 115, § 1, 6.º, 123quater: complot para crímenes contra la segur exterior Est. (y 123bis la proposición, ofrecimiento o aceptación para esos crímenes); 124-125, 136: complot para ciertos crímenes contra la seguridad interior del Estado, y 136septies, 2.º: la proposición, ofrecimiento o aceptación para esos crímenes; 235: complot de autoridades con militares contra la seguridad del Estado.

⁴¹ *Aufforderung* puede traducirse de ambas maneras, provocación o incitación; incitación pública es la traducción que elige BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 48 ss.

2) **Prever diversos actos preparatorios**, sobre todo pluripersonales, **en la PE, sin definición ni regulación en la PG**, como hacen muchos Códigos. Ciertamente cabe un sistema intermedio, como el del CP port., que en su PG antes de la tentativa se limita a decir que “los actos preparatorios no son punibles, salvo disposición en contrario” (mencionando por tanto su existencia pero sin indicar siquiera sus nombres, remitiéndolo a las posibles disposiciones de la PE)⁴², o el del CP italiano, que al final de su PG muy separado de la tentativa dispone que el solo hecho de un acuerdo de varios o de una instigación a otro para cometer una infracción penal –delito o contravención–, si ésta no se ha cometido, no es punible salvo que la ley disponga lo contrario (en la PE), aunque en el acuerdo o la instigación para delitos se podrá imponer una medida de seguridad⁴³. En ambos sistemas con la consecuencia de que los manuales de PG no se suelen ocupar de ellos, como destacadamente así sucede en los italianos pese al importante nivel dogmático de su ciencia penal⁴⁴. A su vez cabe distinguir varios subsistemas:

⁴² Así lo dispone inmediatamente antes de la tentativa el art. 21 CP port. Y efectivamente tipifica algunos en la PE: p.ej. art. 240: incitar o provocar odio o violencia racial o religiosa, o el 271: actos preparatorios individuales de falsificación de sellos, cuñas, marcas, pesos o medidas, etc. Como consecuencia de este sistema, p.ej. DE FIGUEIREDO DÍAS, PG I, 2.ª 2007, 682-684, se ocupa algo, muy brevemente, de los actos preparatorios punibles, y en 808-810 de la regla general del art. 26 de impunidad de la inducción sólo intentada y en 839 ss. de la tentativa de complicidad.

⁴³ En el CP ital. el art. 115, totalmente separado de la tentativa del art. 56, reza así: “Acuerdo para cometer un hecho punible [o infracción penal: un *reato*, delito en sentido amplio, que comprende *delitti* y *contravenzioni*]. Instigación. 1. Salvo que la ley disponga de otro modo, en caso de que dos o más personas se pongan de acuerdo con el fin de cometer un hecho punible, y este no sea cometido, ninguna de ellas es punible por el solo hecho del acuerdo. 2. No obstante, en el caso de acuerdo para cometer un delito, el juez puede aplicar una medida de seguridad. 3. Las mismas disposiciones se aplican en el caso de instigación a cometer un hecho punible, si la instigación ha sido acogida (aceptada), mas el hecho no ha sido cometido. 4. En caso de que la instigación no haya sido acogida o aceptada, y se haya tratado de instigación a un delito, el instigador puede ser sometido a medida de seguridad”. Como se ve, a diferencia del CP portugués, aquí no sólo sí se menciona expresamente a dos actos preparatorios pluripersonales, el acuerdo de varios o conspiración y la instigación, sino que se precisa su alcance y en el supuesto de instigación incluso distingue según que haya sido aceptada por el instigado pero éste no haya cometido el hecho o que ni siquiera haya sido aceptada por el instigado.

⁴⁴ El CP ital. se refiere en la PG a la tentativa en el art. 56, pero no a los actos preparatorios, ni siquiera los pluripersonales. CEREZO, Curso III, 2001, 178 s.; PG, 2008, 900 s., sostiene que, al definir el art. 56 del CP italiano, aprobado en 1930 en la época fascista, la tentativa sin exigir actos de ejecución, sino sólo actos idóneos dirigidos inequívocamente a cometer un delito, ahí encajan también los actos preparatorios, porque cumplen esos requisitos, y en n. 6 pp. 178 s. cita en ese sentido a MAGGIORE, Principi DP I, 3.ª 1939, 448, y SCARANO, Il tentativo, 1952, 56 ss., 116 ss., citando tb. a autores en contra, como BATTAGLINI, DE MARSICO, VANNINI o PETROCELLI, que en los años 30-50 ya requerían comienzo de ejecución para esos actos inequívocos. Pero lo cierto es que la moderna doc. mayorit. italiana no incluye los actos preparatorios en el concepto de tentativa –máxime cuando, como hemos visto, el art. 115 trata separadamente el acuerdo de varios (conspiración) y la instigación sin comisión del delito y se remite a su posible castigo en la PE– y por eso no los tratan con carácter general. Cfr., ocupándose en el *iter criminis* de la tentativa o delito intentado y no de actos preparatorios anteriores, MANZINI, Trattato II, 3.ª 1941 (Tratado III, 1949), Cap. XIII, § 2; PISAPIA, Instit, 3.ª 1975, cap. XI; BETTIOL, PG 11.ª 1982, parte 2.ª cap. IV § II; NUVOLONE, Sistema, 2.ª 1982, parte 6.ª cap. IV; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, PG 12.ª 1986, parte 2.ª cap. IV § II; BOSCARRELLI, PG, 8.ª 1994, cap. 5; ANTOLISEI/CONTI, PG, 16.ª 2003, nm. 160-170, pp. 477 ss.; PAGLIARO,

2) a') Preverlos *en la PE, pero con un ámbito amplísimo*, tanto que en algunas leyes se configura como delito la provocación pública o la conspiración para un delito sin más y la apología *de cualquier delito*, es decir, se establece un sistema de *numerus apertus* para esas figuras; por tanto, aunque los APPP no se definan y regulen en la PG, en sus consecuencias este sistema coincide con el descrito *supra* II 3.c 1 a' de *numerus apertus* previsto ya en la PG:

Así se castiga la conspiración con concertación o puesta de acuerdo (*conspiracy, agreement*) para cualquier delito en el sistema angloamericano: en el Tít. 18 (crímenes y proced. criminal), cap. 19 del US Code (USC norteam.) y en la parte I de la británica Criminal Law Act 1977, o o en la secc. 120A y B del Indian Penal Code, que en su seccs 115 ss. tb. castiga múltiples instigaciones no seguidas de efecto. Lo propio sucede en muchos países hispanoamericanos: En el CP colomb. se castiga tanto el concierto o concertación (conspiración) como la instigación (proposición o provocación) a cualquier delito: art. 340 concierto para delinquir, art. 348, instigación pública a otro u otros a delinquir, en ambos casos muy amplio: conspiración o instigación a cualquier delito (agravándose pena si es a ciertos delitos muy graves, además de la figura concreta del 458: instigación a la guerra). En el CP panam. el art. 398 castiga como apología el incitar públicamente a cometer delito y el art. 329 considera asociación ilícita el concertarse tres o más para cometer delitos, sin exigir permanencia (además de figuras concretas: el 312 conspirar para tráfico de drogas, 364: concertación para alterar o fijar precios en contratación pública, y el 330 la concertación habitual –pandilla– para cometer diversos delitos). O en el CP arg. se prevé en el art. 209 la instigación pública a cometer un delito y en el art. 213 la apología del crimen o delito (mientras que la conspiración sólo está prevista para dos grupos de delitos: v. *infra* II 3.c 2 b'2)). De modo similar el CP venez. castiga en el art. 284 s. la instigación pública a cualquier delito determinado (aparte de incitación pública a guerra civil en art. 132.2.º y en el 164, 3.º la excitación pública a traición o a otros delitos contra la Constitución) y en el 286 la apología pública de un delito (mientras que la conspiración, concertación o complot sólo para la traición, para destruir la forma política republicana o para cambiar violentamente la Constitución en el 128, 132, 1º, 144.2 y 164); y en los arts. 130 y 131 CP boliv. se castiga la instigación pública a cualquier delito y la apología pública de cualquier delito o delincuente (mientras que sólo en art. 126 se prevé la conspiración para rebelión o sedición). El art. 244 CP portorr. sanciona –como delito contra el orden público– la conspiración para un delito, sea grave o menos grave⁴⁵. En el CP ecuat. el art. 365 castiga la apología a cualquier delito (además de la apología específica de la sedición en art. 342, 3.º, pero de otros APPP sólo castiga contadas figuras de incitación: arts. 176, 283, 342, 2.º, 348); igualmente en el 283 CP costarr. se sanciona la apología pública a cualquier delito (mientras que la conspiración e instigación sólo a muy contados delitos: v. *infra* II 3.c 2 b'2)), y en el art. 349 CP salv. se castiga la apología pública de cualquier delito doloso (pero para la conspiración y proposición rige el *numerus clausus*: v. *supra* II 3.c 1 b'2), párr. 3.º).

2) b') Prever *en la PE* sin regulación o descripción en la PG diversos actos preparatorios pluripersonales, *únicamente para determinados delitos concretos* donde se sancionan tales APP, es decir para un *numerus clausus* de delitos; en sus consecuencias

PG, 8.ª 2003, Parte III, Cap. III; PADOVANI, DP, 12.ª 2012, cap. VIII.3; MANTOVANI, PG, 9.ª 2015, nm. 131, 132 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.ª 2017, cap 10 A; FIANDACA/MUSCO, PG, 8.ª 2019, parte 2ª, cap. 5; FIORE/FIORE, PG, 6.ª 2020, parte 4ª, secc. 2ª, caps. 1.º-3.º (aunque en cap. 1.º.31.1 se dedica una breve atención a los actos preparatorios y el inicio de la tentat.); PALAZZO, PG, 8.ª 2021, cap. VIII.2; PALAZZO/BARTOLI, PG, 9.ª 2023, cap. VIII.2; DE FRANCESCO, DP, 2.ª 2022, Cap 12/1 ss.; MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, PG, 11.ª 2022, cap 10 A; PETRINI, en GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, PG, 4.ª 2023, cap. XXIII.

⁴⁵ Lo que hace variar la pena, y aparte de ello los arts. 127-C y 284 CP portorr. castigan la conspiración para explotar financieramente a ancianos o contra funcionarios de la justicia. En cambio, la incitación sólo la castiga el CP portorr. para algunos pocos delitos en los arts. 123, b, 134 y 242A: incitar a la corrupción de menores, al delito de bestialismo, a la violencia en delitos contra la propiedad.

este sistema coincide con el descrito *supra* II 3.c 1 b'2) de *numerus clausus* previsto ya en la PG. Ello sucede, según legislaciones, de dos maneras:

2) b'.1) Sancionar diversos APPP *en la PE para múltiples delitos generalmente graves*: Así p.ej. el § 277 StGB austr.: complot para muchos delitos graves⁴⁶; en diversos arts. del CP ital.: en el 302 se castiga la instigación para cualquiera de los numerosos delitos contra la personalidad internacional e interna del Estado, y en los arts. 304, 305, 307 s. la conspiración mediante acuerdo o mediante asociación para dichos delitos; en el CP franc. o en el peruano se penan diversas modalidades de provocación o incitación, privada o pública, de proposición a múltiples delitos o su apología⁴⁷; en la Criminal Law Act 1967 británica se castigaban en diversos preceptos la conspiración o la incitación a múltiples delitos concretos (pero desde 1977 se pena la conspiración a cualquier delito). Aparte de ello cada vez es mayor en las legislaciones la creación de tipos autónomos de actos preparatorios como delitos consumados anticipadamente en relación con el terrorismo (adoctrinamiento, adiestramiento, preparación de la incitación o facilitamiento ...), seguridad, orden público, narcotráfico, incitación a menores a actos sexuales, etc.⁴⁸.

2) b'.2) Tipificarlos *sólo en algún delito muy limitado*:

así respecto de la conspiración algún CP, p. ej. el CP franc únicamente sanciona en su art. 412-2 el complot para cometer atentado del art. 412-1 contra instituciones de la república o su integridad territorial⁴⁹, o el CP argent. respecto de la conspiración solamente arts. 216 s., 233: conspiración para la traición y para

⁴⁶ Complot para asesinato, secuestro con chantaje, suministro a potencia extranjera, trata de esclavos, robo, trata de esclavos, diversos delitos de peligro común o tráfico de estupefacientes; este § 277 no menciona la proposición o provocación para esos delitos porque el StGB austr. en § 12 tiene un sistema unitario de autor en el que el inductor es autor y por tanto la tentativa de inducción es tentativa del delito (con independencia de si es grave o no), como confirma el § 15.2.

⁴⁷ En la PE del CP franc. se castiga la provocación en art. 227-12 a abandonar a un menor, en art. 227-18 y 227-21 a un menor a cometer delitos de tráfico de drogas o a cometer un delito, en art. 411-1 a crímenes de traición o espionaje, en 412-8 a armarse para la insurrección, en 413 a diversos atentados a la defensa nacional, en 421-2-5 al terrorismo y su apología, en 431-6 al tumulto, en 433-10 a la rebelión, en 511-1-2 a manipulaciones genéticas, en R. 625-7 a discriminación, odio o violencia o en art. 211-2 la provocación pública al genocidio, y la proposición a múltiples delitos como en arts. 221-5-1 al asesinato, o en 222-28-3 a delitos sexuales. En el CP per. 1991, asimismo en arts. de la PE: 333: provocación pública a la desobediencia militar y otros deberes milits., 415: provocar a motín, disturbios o agresiones en prisiones; 323: incitar o promover públicamente la discriminación; 380: incitar al abandono del cargo; 431 A: incitar a la simulación accidentes de tránsito; y diversos supuestos de conspiración: 108 D, 1: conspir. para el sicariato; 2: solicitar u ofrecer cometer sicariato; 296: conspir. para tráfico de drogas; 349 conspir. para rebelión, sedición o motín. 316: apología pública de delitos o sus autores o partícipes, de todos.

⁴⁸ Remito al amplísimo número de trabajos citados en Bibliografía, la mayoría en sentido muy crítico, sobre nuevos delitos de actos preparatorios individuales o tb. pluripersonales tipificados en la PE como delitos autónomos por las diversas legislaciones penales.

⁴⁹ Ello en el actual CP franc. de 1994. Ya en la última versión del anterior CP de 1810 el art. 87 castigaba el complot para delitos del art. 86: contra el sistema constitucional, la integridad territorial o autoridades del Estado y para delitos de genocidio del art. 93.

la rebelión y sedición⁵⁰; en el CP venez. la conspiración, concertación o complot sólo para la traición, para destruir la forma política republicana o para cambiar violentamente la Constitución en el 128, 132, 1º, 144.2 y 164; en art. 126 CP boliv.: conspiración para rebelión o sedición (frente al *numerus apertus* para la instigación pública y apología en arts. 130 s.); en art. 280 CP costarr.: instigar a otro a un delito contra la tranquilidad pública aunque no se cometa; 288 y 307: conspiración para traición o rebelión (mientras que la apología en el 283 es a cualquier delito); en el CP ecuat. (dejando aparte la ya vista apología del delito en art. 342, 3.º: v. *supra* II 3.c 2 a' párr. 2.º) no se sancionan formas de conspiración y sólo castiga contadas figuras de incitación: arts. 176, 283, 4.º, 342, 2.º, 348: a la discriminación, a ataques o resistencia a autoridad, a la sedición, a discordia entre ciudadanos.

2) b'.3) Pero hay que advertir que en múltiples CP se castigan como delito autónomo consumado en la PE lo que realmente son actos preparatorios pluripersonales *algo más permanentes y organizados que la conspiración* para delinquir en una única ocasión: así desde siempre ha existido el delito de asociación para delinquir art. 515, 1.º en el CP esp. (con la peculiaridad de que el art. 519 castiga a su vez la provocación, conspiración y proposición para la asociación ilícita) y en otros muchos Códigos. Y en tiempos más recientes proliferan en Códigos y leyes penales ante el aumento de la delincuencia organizada los delitos de organización criminal e incluso de grupo criminal (en el CP esp. arts. 570 bis ss., dentro de los delitos contra el orden público).

3) Por último, conceptualmente es posible el sistema de *no punición de algún acto preparatorio de la codelincuencia en ningún delito* de la PE, aunque al final los códigos acababan tipificando alguno que les parece preocupante.

d) *Naturaleza*

Ya hemos visto (*supra* II 2.b) que, cuando se declaran punibles en los diversos sistemas supuestos de preparación pluripersonal, igual que aún más excepcionalmente de preparación individual, son siempre *causas de ampliación o extensión de la tipicidad de la participación estricta o de la (co)autoría* (según los casos) no sólo antes de la consumación, sino una segunda ampliación incluso *antes de la tipicidad ya ampliada en la tentativa*⁵¹. Por esa razón no cabe de ningún modo en estos APPP formas de imperfecta

⁵⁰ Pero ya hemos visto que en cambio el CP arg. sí castiga en el art. 209 la instigación pública a cometer un delito cualquiera y en el art. 213 la apología del crimen o delito y el CP franc. variados supuestos de provocación o proposición a múltiples delitos (v. respectivamente *supra* II 3.c 2 a' párr. 2.º y II 3.c 2 b' 1 con n. 47).

⁵¹ Así, entre muchos, JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 I 2-3; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.ª 1975, 15/105; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 I 2, 3; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 420 ss.; LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 351, Lecc PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 15 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 31 ss.; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/1; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE, StGB, 29.ª 2014, § 30/2; HILLENKAMP, LK, 11.ª 2006-07, antes del § 22/9; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006-07, § 30/1; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª

realización, es decir tentativa inacabada o acabada de estos actos preparatorios pluripersonales⁵², ni menos aún actos preparatorios de futuros APPP ni mera participación en ellos⁵³, que ya supondría una tercera ampliación o extensión de la tipicidad a una preparación sólo iniciada pero incompleta (o ni siquiera iniciada, sino sólo preparando la futura preparación) de la futura actuación de intervinientes como partícipes o autores en una tentativa, inadmisibles por su total alejamiento de la tipicidad normal de la autoría del delito consumado y consiguiente ausencia de un grado relevante de peligrosidad.

En los casos en que se declaran punibles bien en PG o en PE supuestos de preparación (dolosa) pluripersonal, si se trata de preparar –en la conspiración– una coautoría o una autoría individual junto con partícipes, son causas de ampliación o extensión de la tipicidad antes de la tentativa del (co)autor⁵⁴. Si se trata de preparar la participación del sujeto como inductor o cooperador antes de que un autor pase a la tentativa –lo que puede suceder en la proposición y la provocación, pero también en quienes en una conspiración no acuerdan intervenir luego como autores–, tales actos preparatorios de una ulterior participación en sentido estricto, además de ser también una ampliación de la tipicidad antes de la tentativa, constituyen una *excepción al principio de accesoriedad (limitada) de la participación* que determina que el partícipe inductor o cooperador sólo responde si hay un hecho principal típico-antijurídico del autor y en consecuencia⁵⁵ solamente responde si el autor ha entrado ya en la primera conducta típica,

2019, § 30/2. Y por constituir una segunda ampliación ya de la tipicidad, como he destacado *supra* n. 18, en Derecho comparado suele ser excepcional, aplicable no a todos sino sólo a algunos delitos importantes en los mayoritarios sistemas de *numerus clausus* frente al minoritario sistema de *numerus apertus*.

⁵² Así MIR PUIG, PG, 2.ª 1985, 284, a 10.ª 2015/16, 13/30; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 425 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 704; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188. STS 1-10-1990; 556/2006, 31-5.

⁵³ Así OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 425 (sólo sobre la preparación); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 704.

⁵⁴ Por eso MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 13/31, que considera que la conspiración es una forma previa de coautoría o coautoría anticipada (no incluyendo en ella a meros partícipes futuros), sostiene que está sometida al principio de imputación recíproca de los actos de los coautores respecto del hecho futuro.

⁵⁵ Por la denominada “accesoriedad cuantitativa” desde MAURACH, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 I-II, y otros que aceptan esa denominación, como HERZBERG, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 139 ss.; PEÑARANDA, La participación, 1990, 337 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 4779 ss.; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 979 ss.; ROBLES, La participación en el delito, 2003, 170 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, El contenido de la antijuridicidad, 2013, 90 y n. 146; CUERDA RIEZU, LH-Mir 2, 2017, 497 ss. (y la doc. cit. a continuación para los APPP). Y en relac. con los actos previos a la participación en sentido amplio, JAKOBS, AT, 2.ª 1991/PG, 1997, 27/1 n. 2; OLMEDO CARDENETE, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 33 s., 38).

la tentativa⁵⁶, por lo que como regla general no es punible la inducción o cooperación meramente intentada pero sin éxito, es decir la tentativa de participación.

Pero por lo demás, la preparación de actos de participación estricta (inducción o cooperación) ha de regirse por las reglas de la accesoriedad limitada, sólo que aquí “accesoriedad hipotética”⁵⁷ de la futura participación respecto del futuro hecho principal, o sea, preparar una participación en un hecho típico-antijurídico del autor, sea o no culpable⁵⁸.

4. Punición de los actos preparatorios y de las formas de imperfecta ejecución

Sobre todo cuando se regulan en la PG, la pena puede ser: Igual punición que la tentativa (CP español y algunos otros, sistema criticable como vemos a continuación)⁵⁹. Inferior a la de la tentativa (otros CP, p.ej. § 30 StGB alemán: pena de la tentativa atenuada; diversos CP que las castigan la conspiración, incitación y proposición con pena inferior a la tentativa⁶⁰), sistema este claramente más coherente y por ello preferible. Otros

⁵⁶ Así MAURACH, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A 1-2; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 59 (para la conspirac.); PG II, 2009, XIV/342 (pero esa posición no se compagina con que –como ya hemos visto *supra* n. 23– en nm. 342 ss. entiende que conspir. y propositic, los únicos APPP que considera sólo de coautoría y no de mera participación estricta); JAKOBS, AT, 2.ª 1991/PG, 1997, 27/1 n. 2; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 38.

⁵⁷ Denominación procedente también de MAURACH, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II A2, B2; JZ 1961, 138, y otros que acogen esa denominación: v. p. ej. JESCHECK, AT, 1.ª 1969 a 4.ª 1988 (PG, 1981), § 65 I.3; LETZGUS, Vorstufen, 1972, 219 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 30/2; BAUMANN, AT, 8.ª 1977, 619; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 I.3; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, de 1.ª 1993, 398, a 10.ª 2019, 427; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 480 n. 206; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 34; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, §§ 30/2. Acogiendo la denominación, pero en cambio rechazando operar aquí con una accesoriedad hipotética OLMEDO CARDENETE, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 870 s.

⁵⁸ Lo destacan MAURACH, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 B2 b (en Trat II, p. 388); JESCHECK, AT, de 1.ª 1969 a 4.ª 1988 /Tratado PG, 1981, 981], § 65 I 3 [en Trat PG, 1981, p. 981]; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 174 s., 188, para la provocación (pero para la conspirac. en 156 s. exige culpabilidad de todos los concertados); CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 59 (para la conspirac.); MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, de 1.ª 1993, 398, a 10.ª 2019, 427; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 I 3; MIR, PG, 10.ª 2015-16, 13/32 y n. 21.

⁵⁹ Así, además de en los sucesivos CP españoles, en otros Códigos: p. ej., CP cub., cuyo art. 12.5 establece: “La tentativa y, en su caso, los actos preparatorios, se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos”; CP suiz. que en su art. 24.2 castiga la inducción intentada con la misma pena de la tentativa; StGB austr. para la inducción intentada, o sea, la provocación o proposición, que es tentativa del delito equiparada (§ 15.1) en pena a la consumación, ya que en § 12 tiene un sistema unitario de autor en el que el inductor es autor (pero para el complot el § 277 prevé pena muy inferior a la de los delitos: v. n. sig.); art. 11 Ley guat.s. financiam. del terrorismo, que castiga la conspiración y proposición con la misma pena de la tentativa (mientras que en la PE del CP los supuestos previstos de conspir., propos. e instigación pública tienen penas inferiores a la tentativa.

⁶⁰ Así en el StGB alem., donde el § 30 atenúa siempre en los APPP, mientras que en el § 23.2 la tentativa puede castigarse igual que la consumación o atenuarse la pena; el CP chil. en arts. 111 castiga en crímenes contra la seguridad exterior o de rebelión la conspiración menos que la tentativa y la proposición aún menos; en el CP franc., que en la PG, art. 121-4 y en múltiples supuestos de la PE equipara la tentativa a la

CP, carentes de un claro criterio político-criminal, no guardan criterio uniforme en la gravedad de penas en tentativa y APPP, siendo la pena de algunos de éstos a veces inferior a la de la tentativa, pero a veces no⁶¹. Y la incongruencia llega ya al extremo del absurdo

consumación, castiga con menores penas los diversos supuestos de provocación o proposición a delitos cits. en n. 48; el StGB austr. para el complot criminal para diversos delitos graves –v. *supra* n. 47–, sancionado en el § 277 con prisión de 6 meses a 5 años, muy inferior a la pena de esos delitos, mientras que la tentativa tiene en el § 15.1 la misma pena que el delito consumado (pero en cambio la tentativa de inducción, o sea, la provocación o proposición, es tentativa del delito –v. n. anterior– equiparada en pena a la consumación); el CP urug. castiga menos que la tentativa la conspiración y propos. y el acto preparatorio en arts. 136, 146 o 346 bis (delitos contra la patria, atentados al presidente de la República y rebelión, rapiña frente a tentativa en arts. 132 ss., 140 s., 344 s.); el CP parag. en el art. 34, 1.º atenúa la pena de la tentativa para la instigación intentada; el CP venez., que en el art. 82 rebaja la pena de frustración y tentativa de solamente un tercio hasta dos tercios, castiga en los arts. 283 y 286 la instigación pública a cualquier delito y la apología pública de un delito con penas muy inferiores a la del delito consumado; en el CP neerl. art. 45.2 la pena de tentativa se reduce sólo un tercio, en el 46.2 la de la preparación individual a la mitad, pero en el 46a la de la inducción intentada no puede superar a la de la tentativa; en el CP ecuat., cuyo art. 39,2.º sanciona la tentativa con pena de uno a dos tercios de la del hecho consumado, se castiga la apología del delito en art. 342, 3.º con prisión de 15 a 30 días, muy inferior a la de la tentativa de la mayoría de delitos, y las penas de las contadas figuras de incitación en arts. 176, 283, 4.º, 342, 2.º, 348 (v. *supra* II 3.c 2 b'2) son tb. inferiores a las de la tentativa de esos delitos; en el CP guat. los supuestos previstos en su PE de conspir., propos. e instigación pública tienen penas inferiores a la tentativa; en el CP hondur. el art. 67 baja para la tentativa en un tercio la pena de la consumación, mientras que en los supuestos previstos en la PE de conspir., proposic. o instigación indirecta a algunos delitos graves las penas son inferiores; en el CP domin. art. 60 la conspiración y provocación tienen la pena del cómplice, la inferior a la del autor, mientras que en art. 14 la tentativa de infracciones graves tiene la misma pena que la del autor de delitos consumados; asimismo las penas en la PE del CP nicar. para los supuestos de conspirac., propos. o provocación muchas veces son inferiores a las de los arts. 73 y 74 para frustración y tentativa, pero a veces son iguales a las de la frustración, o sea superiores a las de la simple tentativa o incluso superiores a las de la frustración: v. n. 63.

⁶¹ Así el art. 208 CP fed. mex., en cuyos arts. 12 y 52 la pena de la tentativa se deja al arbitrio judicial según la gravedad del hecho y la culpabilidad, lo que puede significar atenuación o no respecto del delito consumado, castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete, y con la misma pena del delito si se comete, pero en el art. 13. I se considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a “los que acuerden o preparen su realización”, lo que supone para el acuerdo o concierto y para la preparación en general la pena del autor del hecho consumado (sobre otras figuras específicas de APPP v. *supra* n. 35). El CP per., donde la tentativa comporta sólo disminución prudencial de la pena de la consumación (art. 16, 2.º), en art. 108 D castiga la conspiración para el sicariato (prisión de 5 a 8 años) mucho menos que la tentativa del 108 C, prisión no menor de 25 a.), en art. 296, 4.º algo menos la conspiración –pris. 5 a 10 a. – que la tentativa de tráfico de drogas (el consumado pris. de 8 a 15 a. en el 296,1.1), e igual en el 249 la conspiración para la rebelión sedición o motín: pena no superior a la mitad del máximo del delito consumado; en cambio, el 316 CP per., 1.º prevé para la figura básica de apología del delito prisión de 1 a 4 a., lo que es una mala regulación, pues, aunque podrá ser menor que en la tentativa de ciertos delitos graves, en delitos de no mucha gravedad puede ser igual o superior a la tentativa o incluso la consumación e igual de complicada es la situación de las penas de las diversas figuras de provocación o incitación cits. *supra* n. 48. El CP arg. prevé en el art. 209 para la instigación pública a cometer un delito prisión de 2 a 6 años, que ciertamente es menor que la de la tentativa en delitos graves, pero en otros puede igualarla o superarla: v. n. anterior. El CP colomb. en art. 348, 1.º castiga la instigación a cualquier delito con multa (en párr. 2.º pena más grave para la instigación a delitos muy graves), pena inferior a la de la tentativa en la mayoría de delitos, pero al concierto para el delito el art. 340 le impone prisión de 48 a 108 meses (4 a 9 años), pena que según los delitos puede ser inferior, igual o incluso superior a la de la tentativa. El CP pan., en cuyo art. 82 la pena de la tentativa va del mínimo de la pena típica a la mitad de ese mínimo –el equivalente a la inferior en grado en el sistema español–, no hay un criterio único para la punición de APPP, pues p. ej. el art. 312 castiga la conspiración para el tráfico de drogas con prisión de 2 a 4 años, muy inferior a la tentativa: 5 a 10 años pues para los delitos consumados la pris. es de 10 a 15 años, en el art. 398 la incitación pública a cometer cualquier delito se pena con pris. de 1 a 3 años, su equivalente en días-multa o con arresto de fin de semana, que ciertamente es inferior a la de la tentativa de muchos delitos de cierta gravedad, pero puede ser igual o hasta superior a la de la tentativa de delitos poco

cuando algunos Códigos castigan al menos ciertos casos de APPP más que la tentativa⁶². Pues bien, es *claramente preferible el segundo sistema de pena siempre inferior a la de la tentativa para los actos preparatorios punibles*, que lamentablemente nunca han seguido los CP españoles.

En efecto, en un acto preparatorio, aunque sea pluripersonal, de la codelincuencia hay menor gravedad del ilícito o injusto penal, es inferior su desvalor de acción (objetivo y subjetivo), pues, aunque se prepare, aún no se pone en práctica el inicio de ejecución, el empezar o disponerse inmediatamente a realizar ya un primer acto típico, que supone traspasar la frontera de lo inequívocamente delictivo, y por ende la peligrosidad del acto preparatorio –incluso pluripersonal– es más remota, menos concreta y la intención se refiere pues a algo no tan grave. Por tanto, si hay indudable mayor gravedad de ilícito en la ejecución que en la preparación –y prueba de ello es el castigo de la tentativa en todos o casi todos los delitos según los Códigos, mientras que sólo son punibles, y no en todos los Códigos, algunas formas de actos preparatorios pluripersonales y esas formas casi siempre sólo para determinados delitos, a veces muy contados–, debería ser mayor la pena en la tentativa y menor en el acto preparatorio aun pluripersonal, por lo que es criticable la equiparación de penalidad de dichos actos preparatorios con la tentativa que han seguido todos los CP españoles⁶³: No sólo por elemental exigencia, requerida por los

gravesy para colmo en el art. 364.1 la concertación para alterar actos de contratación pública tiene incluso la misma pena que los delitos consumados, es decir superior a la tentativa.

⁶² Singular y rechazable es la regulación de algunos Códos. que en regulaciones erróneas castigan a veces más los APPP que la tentativa: así CP nicar., que en castiga en los arts. 162, 183, 398, 412, 424 los supuestos punibles de conspiración, propos. y provoc. a delitos contra la vida, contra la libertad sexual, terrorismo, rebelión o motín, contra naves y puertos con pena superior a la tentativa: con la misma pena del art. 73, la frustración o tentativa completa, mientras que el art. 74 castiga la tentativa (inacabada) con la pena inferior a la frustración (en cambio, las castiga menos que la tentativa en el 369, 393, 485 en el tráfico de drogas, crimen organizado, genocidio); el CP belg. en art. 52 prevé siempre para la tentativa de crimen la pena inferior a la del crimen (aunque en la PE a veces está equiparada a la pena del crimen consumado), pero el art. 66, 3.º y 4.º equipara al autor y su pena a los que provocan directamente al crimen o al delito personalmente con determinados medios o artificios o públicamente o por medios de difusión; o CP salv., que en art. 68 sanciona la tentativa siempre con pena menor que la consumación, pero en arts. 129-A, 224-C la propos. y conspir. para el homicidio agravado (asesinato), para robo, extorsión y receptación, con la misma pena del delito consumado, (en cambio, la tentativa tiene más pena que la impuesta en 149-A, en 251, 342, 345 o en 361 a esos APPP a detenciones y secuestro, a defraudación al fisco, a rebelión y sedición, a agrupaciones ilícitas o a genocidio). El CP arg. prevé en el art. 209 para la instigación pública a cometer un delito prisión de 2 a 6 años, que ciertamente es menor que la de la tentativa en delitos graves, pero puede igualarla o incluso superarla en delitos no tan graves, y en el 213 para la apología del delito prisión de 1 mes a 1 año, que casi siempre será menor que la de la tentativa; y como hemos visto en la n. anter., de modos similar en el CP panam. en el art. 364.1 la concertación para alterar actos de contratación pública tiene incluso la misma pena que los delitos consumados, es decir superior a la tentativa.

⁶³ Criticando por tal razón dicha equiparación la doc. dom. española: RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 296; Coment II, 1972, 236; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 273 s.; FARRÉ, La tentativa, 1986, 216 s.; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990, 776; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1520; en

principios de constitucionales de justicia e igualdad⁶⁴, de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la de la pena, sino además y muy importante, porque a efectos de prevención general intimidatoria sólo si es más grave la pena de la tentativa los delincuentes sentirán un mayor efecto disuasorio ante la mayor pena para pensarse si abandonar la preparación y traspasar la frontera de la ejecución más castigada, mientras que si las penas son iguales, el delincuente no sólo no tendrá un motivo para dudar si traspasar esa frontera (dado que al pasar a la tentativa los actos preparatorios de la codelinencia quedan absorbidos por la fase más avanzada del *iter* pero sancionada con la misma pena en ese sistema), sino que, al no correr el menor riesgo de agravación de la punición, el delincuente lógicamente querrá pasar (o, si es sólo partícipe, que el autor pase) a la ejecución de aquello que ha preparado con otros.

Parte de la doctrina plantea que además debería haber diferencias de pena entre la conspiración, más grave por estar más avanzada, y los otros actos previos como la proposición, instigación o provocación sin efecto⁶⁵. Sin embargo creo, sin poder profundizar y extenderme más en ello, que no son tan grandes las diferencias de desvalor entre las distintas fases preparatorias todas pluripersonales por intentar –al menos– involucrar a terceros, y que por ello no compensa el esfuerzo de establecer marcos penales típicos distintos entre unos y otros, bastando con la determinación de la pena en función

Luzón (dir.), EPB, 2002, 300; CUERDA ARNAU, LH-Casabó, 1997, 448 s.; REBOLLO, La provocación, 1997, 102 s.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 1999, 809, 825 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 180; PG, 2008, 902; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 267 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/354, 361; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Morillas, 2018, 610 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 547. BARBER, 276 ss., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 611, defendiendo la reducción siempre a la pena inferior en dos grados. Destaca la menor gravedad de esos actos preparatorios, que serían tentativas imperfectas, pero sin criticar expresamente la penalidad, QUINTANO, Comentarios I, 1946, 50, quizás por conceder peso a la consideración de que implican voluntades ajenas, lo que para él justifica que no se les aplique exención por desistimiento (destacando esa posible explicación BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 266 s.).

⁶⁴ Criticando esa vulneración del principio de igualdad si esta preparación se trata igual que la tentativa KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 43ª 1961, § 49a/II, III.

⁶⁵ Así p. ej. QUINTANO, Curso I, 1963, 225; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 295 s.; en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, 236; PUIG PEÑA, DP II, 6.ª 1969, 283; FARRÉ, La tentativa, 1986, 217 n. 333; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 252 s.; VIVES, Coment I, 1996, 105; SILVA SÁNCHEZ, El CP de 1995: cinco cuest., 1997, 149 ss. (aunque DEL ROSAL BLASCO y SILVA plantean que la provocación, aun siendo anterior a la conspiración, podría equipararse en pena por dirigirse a una colectividad). Cfr. sobre ello la exposición más detallada de BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 264 ss. También alguna legislación minoritaria castiga la incitación con menor pena que la conspiración: así, como hemos visto *supra* en n. 62, en el art. 13. I CP fed. mex. considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a “los que acuerden o preparen su realización”, lo que supone para el acuerdo o concierto y para la preparación en general la pena del autor del hecho consumado, mientras que el art. 208 castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete.

de la gravedad mayor o menos del supuesto concreto⁶⁶.

III. PROPOSICIÓN O INSTIGACIÓN A OTRO

1. Sistemas legislativos de previsión del intento de inducir a persona concreta

a) Muchos Códigos prevén con diversas fórmulas el castigo del intento de inducir o instigar dolosamente a una persona concreta a delinquir, cuando el instigado no haya pasado a la ejecución o tentativa; y como hemos visto *supra* II 3.c, según los sistemas lo hacen ya en la PG o sólo en la PE y respecto de unos u otros delitos⁶⁷. Generalmente se refieren al intento de inducción o persuasión expresa y a las claras. Pero en algunas ocasiones la fórmula legal empleada –como incitar, instigar⁶⁸– también permite incluir ahí el intento de azuzar, excitar o incitar tácita o indirectamente a otro a cometer un delito: así sucede en diversos CPs fuera del español⁶⁹; y así tb. la fórmula de la provocación del art. 4, 3.º CP esp 1944/1973 permitía abarcar, junto a la provocación pública, la provocación individual y privada a alguien: “la provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito”⁷⁰.

⁶⁶ Así lo propone con razón BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 266. CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/361, defiende incluso la equiparación penológica de la proposición con la conspiración porque entiende que tan grave es la conducta del proponente, que tuvo la iniciativa, como la del destinatario de la proposición si acepta y se convierte en conspirador.

⁶⁷ Peculiar el CP ital., en cuya PG el art. 115.3 dispone que la instigación acogida pero sin cometerse el delito sólo es punible si la ley lo dispone expresamente, pero en la instigación acogida no expres. tipificada y en la no acogida puede imponerse una medida de seguridad. En la PE se tipifican por una parte instigaciones no públicas en los arts. 322, 322 bis: instigar a la corrupción, 613 instigar a funcionario público a la tortura; por otra parte, se castigan otras instigaciones que pueden ser públicas o no: 266: instigar a militares a desobedecer las leyes o sus deberes, 302: instigar a cometer delitos contra la personalidad exterior e interior del Estado, especialmente en los primeros, crímenes contra la humanidad, o entre los segundos terrorismo. Además están diversas formas de instigación pública, con carácter general al delito en el art. 414, y particulares en los arts. 414 bis: a la pedofilia y pedopornografía, y 415: a desobedecer las leyes: v. para más detalles *infra* IV 1.a 4).

⁶⁸ *Istigare, istigazione* en el art. 115 (y otros) CP italiano. El art. 297 CP port. se rubrica como “*instigação pública ao crime*” (al delito), que en el texto del art. se define como “*quem ... provocar ou incitar*” a la práctica de un delito, y el art. 349 vuelve a hablar de *instigar* a la evasión de presos; de “incitar” hablan, además de 297, los arts. 236: incitación pública a la guerra y al odio a un pueblo, 239.1: al genocidio (pero aquí ha de ser directa además de pública), 239.2: para incitar a la discriminación racial o religiosa, 240: a la discriminación odio o violencia raciales o religiosas, 326: incitar públicam. a la guerra civil o a la alteración violenta del Estado de Derecho, 330: incitar públicamente a la desobediencia colectiva o a la lucha política con violencia; ello aparte de la incitación (privada) al suicidio del art. 135,

⁶⁹ P.ej. art. 124 CP chil., arts. 124: incitar a tropas, 129, 339: instigar; art. 24.2 CP suiz.: intentar instigar; 66, 3.º y 4.º CP belg.: provocar a personas al crimen o delito; CP per. art. 431 A: incitar a la simulación accidentales de tránsito.

⁷⁰ Así reconocían bajo la vigencia del CP anterior que en la provocación cabía también la incitación o instigación personal y no pública FERRER, I, 1946, 88 s.; QUINTANO, Comentarios I, 1946, 49 s.; Curso, I, 1963, 226; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 33 s., considerando la inducción frustrada encajable tanto en la provocación como en la proposición; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, 165 n. 163; Prólogo CP,

b) También depende de la fórmula legislativa usada si ha de ser instigar a otro a ser autor o también cabe instigar a ser partícipe: a inducir o a cooperar⁷¹. E igualmente depende de la fórmula legal si la instigación o propuesta ha de ser completa aunque el instigado no pase a la ejecución, o si basta que el sujeto comience a intentar persuadir o proponer⁷². En todo caso, la inducción o instigación es una forma especialmente grave de participación, porque hace surgir la voluntad delictiva en el inducido, equiparada por eso en todos los códigos en pena a la autoría; por ello es especialmente clara la peligrosidad objetiva/subjetiva de este acto preparatorio pluripersonal al intentar involucrar a un tercero que no pensaba delinquir, incluso aunque no se llegue a un acuerdo firme como en la conspiración.

2. El intento de inducción en el StGB alemán

La fórmula seguramente más amplia es la que emplea el § 30. 1 StGB: “Quien intente determinar a otro a cometer un crimen o delito grave o a inducirle a ello”, será

3.^a, 1997, 18; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 185 s.; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1976, 174 ss.; ADPCP 1976, 540 ss.; CUELLO CALÓN, PG, 18.^a 1981, 661; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 566 ss.; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 120 ss., 275 s.; CPC 1990, 106 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, Compend PG, 4.^a 1988, 235; QUINTERO, PG, 2.^a 1989, 523; BUSTOS, PG, 4.^a 1994, 416 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1524; GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 280 ss., 301 s. Lo reconocen tras el nuevo CP GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1625; REBOLLO, La provocación, 1997, 72 ss.; BARQUÍN/OLMEDO, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 903 ss.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 239: antes se podía recoger en su descripción típica. Tb. lo admitía la jurisprud. durante la vigencia del CP anterior con casos de incitación a personas determinadas, cit. exhaustivamente por BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 239 n. 528, 241: entre otras, STS 5-2-1954, A 215; 24 y 27-12-1954, A 2988 y 2990; 14-5-1977, A 2284; 21-3-1986, A 1678; 16 y 22-11-1987, A 8520 y 6618; 11-5-1994, A 3687; incluso 13-11-1998, A8962, referida a un supuesto anterior al vigente CP 1995. BARBER, cit., 239 n. 528, expone que sólo en tres ocasiones se aplicó bajo el CP anterior la provocación a incitaciones a sujetos indeterminados: STS 17 y 25-3-1969, A 1646 y 1718; 10-10-1980, A 3683.

En cambio, exigiendo provocación colectiva y negando que en el 4, 3.º del anterior CP cupiera la provocación o incitación individual ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 405, argumentando que la proposición sería entonces superflua; PUIG PEÑA, DP II, 6.^a 1969, 295; ORTS BERENGUER, CPC 1982, 507; RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 92 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a 1986, 434; COBO/VIVES, PG, 3.^a 1990, 554, 562; MIR, PG, 3.^a 1990, 362; 10.^a 2015-16, 13/39; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a 1990, 777; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 2.^a 1993, 400; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 17.^a 1994 y 18.^a 1995, 814 s.; VIVES, Coment 1995, I, 1996, 106; CEREZO, Curso III, 2001, 183 y n. 21 (PG, 2008, 905 y n. 21), siguiendo a Antón; MIRA, EPCr, XXII, 2000, 103 ss.; tb. en LH-Valle, 2001, 507 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342-344, 370 ss. (rectificando su posición cit. de La conspiración, 1976): aunque parece hablar no sólo de la provoc. en el CP 1995 sino tb. en el anterior, no es totalmente claro, ya que en XIV/364, dice que la actual tendencia de la jurisprud. a incluir en la proposición la tentativa de inducción amenaza con convertirla en lo que en el CP anterior era la provocación; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 865; Díez Ripollés, PG, 5.^a 2020, 550 (ambos siguiendo a Antón y Cerezo).

⁷¹ El § 30.1 StGB alem. intentar inducir tanto a cometer como a inducir; el art. 34, 1.º CP parag., siguiendo al StGB, en su tentativa de instigación castiga intentar instigar (además de a cometer) a instigar a un crimen. Y desde la reforma de 2015, como veremos después, tb. el art. 17.2 CP esp. tipifica la proposición a otro “a participar” en el delito.

⁷² Como se expone a continuación, en el § 30.1 StGB alem. y en el art. 34, 1.º CP parag. basta con intentar inducir o instigar, mientras que p.ej. en el art. 17.2 CP español el proponente o instigador ha de invitar, no basta que intente invitar a otro.

castigado según los preceptos de la tentativa del delito grave, pero la pena habrá de ser atenuada⁷³. No sólo basta el intento meramente iniciado de persuadir, sino que es punible respecto de cualquier delito grave o crimen (*Verbrechen*) sin distinción, sin limitarse a la instigación a algunos delitos concretos. El término “determinar” (*bestimmen*) es el que se utiliza en el StBG alemán (§§ 26, 30 I) y en otros múltiples Códigos para definir el persuadir, mover, inducir o instigar dolosamente a otro⁷⁴ a realizar libre y voluntariamente un delito. Se está tipificando el intento o tentativa de inducción, que no es aceptada o que, aun siendo aceptada, en todo caso no es puesta en práctica por el destinatario, por lo cual no es preciso que el inductor formule completa toda su argumentación o propuesta, sino que, como en toda tentativa, basta que la inicie inequívocamente; lo que no es posible en todos los Códigos que requieren instigar, proponer, invitar –o acto similar– a otro. Además no sólo es punible el intento de inducir a ser autor, sino expresamente también el intento de inducir a otro a ser a su vez partícipe en forma de inductor; en cambio, más bien no parece que sea punible intentar inducir a ser cooperador, por ser muy dudoso que ayudar o cooperar encaje en “cometer” (*begehen*) ese delito (aunque para la doc. mayor alemana la cooperación necesaria es coautoría por suponer dominio funcional del hecho⁷⁵

⁷³ Cfr. sobre el alcance y límites de esa figura legal alemana, por muchos, DREHER, GA 1954, 11 ss.; KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 43.^a 1961, § 49a/IV ss.; WELZEL, Lehrbuch, 11.^a 1969, 125 ss.; MAURACH, AT, 1.^a 1954-4.^a 1971/Tratado II, 1962, § 53 II. B ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989/PG 2, 7.^a 1995, § 53 II. B ss.; AT 2 8.^a 2014, § 53.II B ss.; JESCHECK, AT, 1.^a 1969 a 4.^a 1988 (PG, 1981), y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 (PG, 2002), § 65 II ss.; LETZGUS, Vostufen der Beteiligung, 1972, 215 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 2.^a 1991/PG, 1995, 27/3 ss.; ROXIN, LK, 11.^a 1994, § 30/1 ss.; AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/1 ss.; STRATENWERTH, AT, 4.^a 2000, § 12/169 ss.; HOYER, SK, 7.^a 2001, 9.^a 2017, §§ 30/1 ss.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 32 ss.; SCHÜNEMANN, LK, 11.^a 2006, §§ 30/1 ss.; THALHEIMER, Die Vorfeldstrafbarkeit, 2008; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2011, § 12/169 ss.; KÜHL, AT 8.^a 2017, § 20/243 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.^a 2019, § 30/17 ss.; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.^a 2019, §§ 30/1 ss.; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 29/28 ss.; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 47/6 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 51.^a 2021, nm. 912 ss.; LACKNER/KÜHL/HEGER, StGB, 30.^a 2023, §§ 30/1 ss.

⁷⁴ Tb. el § 12 StGB austr. y el art. 24 CP suizo en versión alemana e italiana hablan de quien “determina/ha determinado a otro al delito”: en alemán “*einen anderen bestimmt, bestimmt hat*”, en italiano “*determina altri*” (aunque el StGB austr. lo incluye con todos los intervinientes en un concepto unitario de autor; y en el CP suizo la versión francesa del art. 24 dice “*a décidé autrui*”: ha decidido a otro). El art. 26 CP port. asimismo habla de quien “*determinar*” (determinare) a otra persona, como el art. 31 CP bras. considera sinónimos “*determinação ou instigação*”. Entre los CP en lengua española utilizan el término “determinar” como equivalente a inducir o instigar a otro los arts. 13 V CP fed. mex., 45 CP arg., 61, 1.º CP urug., 24 CP per., 22 CP boliv., 30, 1.º y 2.º CP colomb., 83 CP venez., 47 CP panam., 46 CP costarr., 35 CP salv., y 18.2 c) CP cub.

⁷⁵ Cfr. para exposición (y crítica) de esa posición –tanto la que se conforma con la necesidad (esencialidad) de la cooperación y por tanto un mero dominio negativo, como la que siguiendo a Roxin exige además que la cooperación actúe en la fase ejecutiva (o estadio ejecutivo): *im Ausführungsstadium*– DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 596 ss., 651 ss., 664 ss., 672 ss. y citas en 673 n. 444 de quienes exigen actuar en fase ejecutiva y quienes no; LUZÓN /DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2000), FS-Roxin, 2000, III. 2 c, 592 ss.; AFDUA extraord. 2000, 70 ss. = DPCo 2003-2, 108 ss.; inalterado en ForFICP 2023-2, 130 ss.; añadiendo la doc. actualizada hasta hoy cfr. el propio ROXIN, Täterschaft u. Tatherrschaft,

y por tanto esa cooperación sería ya cometer el delito).

Supuestos o formas de manifestación de esa inducción intentada. Según LETZGUS, SCHÜNEMANN o ROXIN cabe distinguir las siguientes: inducción fracasada (la que no convence al instigado), sin éxito (convence, pero no ejecutada), inidónea (o porque el instigado era un *ominimodo facturus*, que ya estaba decidido a actuar, o porque el hecho es de antemano inejecutable), ineficaz (el inicialmente inducido renuncia y toma una nueva decisión independiente), incompleta (el instigado malentende la incitación y ejecuta el hecho pero sin dolo, por lo que la proposición a un hecho doloso es sólo una inducción intentada), con exceso cualitativo del autor (el instigado accede, pero realiza un delito cualitativamente distinto, de modo que sólo hay inducción intentada), parcialmente ejecutada (el instigado realiza un tipo básico y no el cualificado al que se le instigaba, de modo que respecto de éste es sólo inducción intentada)⁷⁶. A mi juicio, y esto rige también para el Derecho español, es aceptable tal calificación en todos los supuestos, pero plantea dudas el de la instigación inidónea, pues sobre ésta no hay regulación legal expresa en el Código alemán (ni en el español, donde en cambio sí hay un apoyo indirecto a la solución en la tentativa al referirse el art. 62 al “peligro inherente al intento”); la solución puede consistir en requerir para que sea punible, como en la tentativa, peligrosidad *ex ante* de la conducta de intento de instigación, es decir que no sea evidente *ex ante* para el espectador medio ideal y cuidadoso la total inidoneidad del intento de inducir⁷⁷.

3. La proposición del CP español (y de algunos otros CP⁷⁸)

El art. 17.2 del vigente CP 1995 desde la reforma de la LO 1/2015 la define así: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”, añadiendo el art. 17.3 que, como la conspiración, la proposición para delinquir sólo se castigará en los casos especialmente previstos en la ley (sistema de *numerus clausus*, eso sí, relativamente abundante: v. *supra* II 3.c 1) b’ ss. y 2) b’ ss.). En el mismo art. 17.2 desde 1995 hasta su cit. reforma en 2015, así como en el

11.ª 2022, 862 ss. sobre dominio funcional en general, y 877 s. para la posición restrictiva que exige aportación en el estadio o fase ejecutiva.

⁷⁶ Cfr. más ampliamente LETZGUS, *Vorstufen*, 1972, 24 ss., con un orden algo distinto; en este orden: SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, §§ 30/13 (que en n. 32 indica los autores que propusieron cada categoría); ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/9.

⁷⁷ Tb. ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, 9.ª 2022, 283, requieren para las tres modalidades de APP una mínima idoneidad como en la tentativa.

⁷⁸ Idénticos a los CP esp. en la proposición el art. 8, 1.º y 3.º CP chil. o el 7, 1.º y 4.º CP urug.

art. 4, 2.º del anterior CP 1944/1973 la definición inicial era la misma, “el que ha resuelto cometer un delito”, pero al final se decía “invita ... a ejecutarlo” en vez de a participar en él, y una definición parecida se usaba en el mismo art. de los CP DE 1848/1850, 1870 y 1932: “propone su ejecución” –e idéntico en el art. 8, 3.º CP chil. o en el 7, 4.º CP urug.–, ampliando el art. 42, 2.º del CP 1928 la solicitud (“solicita de otra u otras personas”) a que lo ejecuten o ayuden a ejecutarlo, mientras que el primer CP, el de 1822 simplemente hablaba de la proposición hecha para cometer delito⁷⁹. Como acto sólo preparatorio se trata siempre de una propuesta o invitación en que el instigado no ha pasado a la ejecución o tentativa. Y por una parte, como ya he anticipado *supra* II 3.c 1) b’2 y 1) a’, el sistema del actual CP esp. de *numerus clausus* de delitos previstos en la PE en los que es punible la proposición es el de orientación más liberal que siguieron los CP históricos de 1822, 1848, 1870 y 1932, mientras el sistema de *numerus apertus*, o sea de punición de la proposición para todos los delitos, más bien minoritario en Derecho comparado⁸⁰, se siguió en nuestros CP 1850, 1928 y 1944/1973, de orientación más dura o autoritaria. Por otra parte, todos los CP españoles, incluyendo el vigente (éste en los correspondientes preceptos de la PE) han castigado la proposición, como los otros actos preparatorios pluripersonales, con la misma pena de la tentativa, la inferior en uno o dos grados a la de la consumación, lo que ya he expuesto que no es acertado: v. *supra* II 4.

4. Requisitos, especialmente en el CP español

a) Invitación o inducción a persona(s) determinada(s)

La invitación o propuesta de delinquir, por supuesto dolosa, ha de ser a alguna persona concreta, a diferencia de la provocación pública a una colectividad indeterminada o por medios de difusión; y por la lógica de tratarse de una propuesta o instigación delictiva generalmente se hará en privado, aunque en algún caso pueda producirse en público ante testigos. Se trata pues de la invitación, propuesta o persuasión idéntica a la inducción, pero anterior a una inducción con el efecto de que el inducido entra en la fase de ejecución.

⁷⁹ En los de 1848/50, 1870 y 1932 la fórmula del art. 4,3.º era “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas”; la del art. 42, 2.º CP 1928 (siempre de sistemática y redacción diferente al resto): “la proposición criminal existe cuando el que ha resuelto cometer un delito, solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o presten su ayuda para ejecutarlo”: Mucho más sencilla era la definición del art. 6 CP 1822: “la proposición hecha y no aceptada para cometer un delito”.

⁸⁰ Minoritario para la instigación a persona o personas concretas, pero no tanto para para la provocación pública y la apología, donde es más frecuente el sistema de *numerus apertus*.

Si la instigación es más que una simple invitación, persuasión o inducción al otro para que decida sin vicio de su voluntad delinquir, sino que en la instigación hay coacción, orden, presión, engaño o algún otro vicio relevante en la voluntad del inducido, es decir, si en principio se estuviera ante un inicio de *autoría mediata* y no de simple inducción, pero no es seguida de ejecución por el instrumento-instigado, la situación será que, dado que en la autoría mediata como forma de autoría sí cabe la tentativa a diferencia de la participación (donde ya hemos visto como regla que no se castiga la tentativa de participación, salvo en estas excepciones tasadas de actos preparatorios pluripersonales punibles), cuando se pueda afirmar que el autor mediato ha comenzado la tentativa, no hará falta recurrir a la calificación como posible APPP de proposición eventualmente punible sólo para algunos delitos. Pero cuando aún no pueda apreciarse comienzo de tentativa en la autoría mediata, entonces subsidiariamente sí cabe recurrir a la calificación como inducción o instigación intentada –ya que en la más grave autoría mediata está contenida siempre una inducción, menos grave–, y recurrir por tanto a una eventual proposición a un delito, que puede ser punible si encaja en aquellos delitos donde está tipificado tal acto preparatorio pluripersonal⁸¹.

b) Directa: ¿expresa o personal-sin intermediario?

Invitar o proponer (o solicitar en el CP 1928) es desde luego la instigación directa en el sentido de *expresa o explícita*, a las claras a una persona a delinquir, exactamente igual que cuando para la inducción el art. 28, 2.º a) CP actual, igual que el 14, 2.º de los CP anteriores, caracteriza a “los que inducen directamente a otro u otros”. No basta por tanto *la instigación implícita o indirecta*: azuzar, irritar, excitar, pero sin invitar expresamente a delinquir al otro; el actual CP la considera equívoca y menos peligrosa y prefiere no restringir libertad de expresión en el trato entre personas concretas. Frente a esto, la incitación indirecta = implícita, aunque fuera de una persona a alguna otra y no pública a una multitud, sí cabía también, junto con la incitación pública, en la “provocación” del anterior CP esp. 1944/1973: v. *infra* IV 1.a 2), y cabe asimismo en múltiples CP de otros países que utilizan fórmulas más amplias como instigar o incitar.

En cambio, invitación o propuesta directa no significa que necesariamente haya de ser personal o de propia mano del sujeto ante el otro, de modo que *sí* se puede proponer

⁸¹ Cfr. en este sentido SEMINARA, Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada, LH-Corcoy, 2022, 1.607 ss., 1612-1617, aunque (1620) él se muestra políticocriminalmente contrario al castigo de la proposición o instigación intentada.

a través de un tercero sirviéndose de él (*proposición mediata*) si la proposición es expresa (directa).

c) *Proposición o instigación completa*

La proposición o invitación a otro u otros ha de ser formulada completa, ya que el tenor legal lo exige: “invita”, “solicita”, “propone”, y aquí, al estar ante un acto preparatorio pluripersonal punible, que ya es una segunda ampliación o extensión de la tipicidad normal del delito consumado antes de la primera ampliación de la tentativa, no cabe aplicar el precepto de la tentativa a tal acto preparatorio, lo que supondría una inadmisibles tercera ampliación o extensión de la tipicidad alejadísima de la tipicidad normal de la autoría de consumación: v. *supra* II 2.b, 3.d e *infra* III 4.d 1). Por ello no basta un inicio de palabras de propuesta, invitación o persuasión si la frase no queda completa o no llega al destinatario, a diferencia de lo que sucede en la tentativa o intento de inducir o determinar a otro del § 30.1 StGB, donde sí es posible ese inicio de intentar convencer.

d) *¿El proponente ha de co-intervenir?*

1) *Posición restrictiva: el proponente ha de querer ser también autor, no puede intentar ser mero inductor*

El CP esp. comienza diciendo (desde el CP 1848, innecesariamente y frente a los restantes modelos legislativos) que el proponente “ha resuelto cometer” un delito. Por ello buena parte de la doc. española considera que esa dicción significa que el proponente ha resuelto realizar, ejecutar el delito como autor y por tanto, si el sujeto solamente induce, invita, instiga directamente a otro(s) pero no quiere ser él mismo autor o coautor, no responderá por proposición⁸² o, dicho en otros términos, para esta interpretación la

⁸² Así (antes y después del CP 1995) FERRER, Com I, 1946, 93; QUINTANO, Curso I, 1963, 225; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Com I, 1972, 171; ORTS BERENGUER, CPC 1982, 503; RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 86; COBO/VIVES, PG, 3.ª 1991, 553, 5.ª 1999, 723 s.; GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 296 s. (que sin embargo con la vigencia del nuevo CP 1995 cambia a la posición amplia: v. *infra* n. 88); REBOLLO VARGAS, La provocación, 1997, 51 ss.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 809, 825 ss.; en Cobo (dir.) Com I, 1999, 879, 882 s.; CAMPO MORENO, Actos preparatorios, 2000, 51 s.; FUENTES OSORIO, La preparación, 2007, 309 ss. dentro del *iter criminis*, 390 s. dentro de la participación; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342 ss., 370 ss., pp. 319 ss., 332 s.; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 392; Díez RIPOLLÉS, PG, 3.ª 2011, 494, 5.ª 2020, 548; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 1.ª 2011, 321; 2.ª 2015, 327 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 4.ª 2014, 267, 9.ª 2022 281 s. (ponen ejs. sólo de proponente que piensa ser autor); MELENDO, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 397 s; tb. jurisprud. anterior como STS 8-2-1980, A 455; 21-3-1986, A 1678; 5-2-1993, A 880 (porque la jurisprud. castigaba la inducción intentada como provocación, lo que cambia desde el nuevo CP 1995 –impidiendo la provocación personal privada– con STS 1994/2002,

proposición (del actual art. 17.2 CP 1995, o del art. 4,2.º CP españ. anterior) no incluye en su seno la mera inducción intentada, sino sólo una tentativa de inducción a tercero de quien manifiesta además su propósito de ser autor. Ello no era tan relevante en el CP anterior de 1944/1973, en el que podía perfectamente interpretarse, aunque algunos la restringían a la provocación con publicidad a una pluralidad o masa, que en la provocación del art. 4,3.º cabía la inducción o incitación personal expresa junto con la incitación personal indirecta y con la incitación con publicidad a una pluralidad: v. *infra* IV 1.a 2), de modo que si la tentativa de instigación o inducción no cupiera en la proposición, podría incluirse como punible en la provocación; pero en el nuevo CP 1995, como es indudable que la provocación del art. 18 no puede ser interpersonal, sino dirigida a una pluralidad, si se sostiene que la proposición requiere ofrecimiento como autor en la ejecución por parte del invitador o instigador, la sola inducción o instigación intentada quedará impune⁸³.

Como *argumentos* de esta posición se manejan estos: En primer lugar todos sus defensores se basan, explícita o implícitamente, en una doble interpretación gramatical del requisito de que el proponente “ha resuelto cometer”, entendiéndose por una parte que ese requisito explícito en el tipo significa que no basta que el sujeto proponga o invite a otro(s) ejecutar, sino que previamente tiene que haber resuelto él mismo cometerlo, y además que “cometer” significa ejecutar, realizar el tipo, cosa que sólo hacen los autores estrictos⁸⁴. Y en segundo lugar, argumentos materiales: uno más genérico, que formulan explícita o al menos implícitamente casi todos los partidarios de esta posición: que esa interpretación restrictiva, que limita el sujeto a la figura más peligrosa, la del instigador que quiere ser autor, es la más conveniente (valorativamente, político-criminalmente) al constituir el acto preparatorio de la proposición ya una ampliación de la punibilidad antes

29-11, que admite la simple tentativa de inducción). No terminante DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1985, 1524, se inclinaba más por esta posición, pero dejaba abierta la posibilidad de la otra interpretación (incluir la mera inducción intentada, que es la que sostiene tras no poderse incluir en la provocación en el nuevo CP 1995: v. n. sig.). Sin pronunciarse RODRÍGUEZ RAMOS, Comp PG, 4.ª 1988, 235, o SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990, 777, se limitan a reproducir la dicción legal el que ha resuelto cometer un delito.

⁸³ Subraya esta trascendencia práctica mucho mayor tras la imposibilidad en el nuevo CP 1995 de cobijar la inducción intentada a persona concreta en la provocación BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 202 s., destacando en 203 n. 450, que ese cambio de regulación de la provocación en el CP actual ha movido tras 1995 a abandonar su anterior exigencia de que el proponente tuviera que ser futuro autor y admitir ahora que basta que intente instigar o inducir sin querer ser autor a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón Peña dir., EPB, 2002, 305 s., y GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1626.

⁸⁴ Recalcando explícitamente la importancia de esos argumentos gramaticales p.ej. RODRÍGUEZ MOURULLO, CUELLO CONTRERAS, GÓMEZ RIVERO, OLMEDO, cits. en n. 82.

incluso de la fase de ejecución⁸⁵, y algunos concretan aún más añadiendo que esta interpretación es la que respeta y se toma en serio el principio de accesoriadad de la participación, que exige un mínimo comienzo de ejecución en el hecho principal para ser típico y por ello rechaza la punición de la tentativa de inducción y de toda la participación (y aún más su preparación)⁸⁶. Una excepción es la posición de algún partidario por la interpretación gramatical de exigir el propósito de ser autor en el proponente, pero considerando equivocada esa regulación⁸⁷.

2) Posición amplia (preferible): el proponente puede intentar ser sólo inductor o también pretender intervenir en la ejecución

a') Sin embargo, otra posición ha interpretado que el proponente/instigador que ha decidido cometer un delito puede tanto pretender ser él también (co)autor como ser simplemente quien induce o incita expresamente a otro u otros a realizar el delito⁸⁸; y

⁸⁵ En este sentido COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 723 n. 51, invocando a MUÑAGORRI LAGUÍA, ADPCP 1989, 1016 ss.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 809, 825 ss.; en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 883: el más peligroso es el acto del que está decidido a ser autor e invita a otro a intervenir; FUENTES OSORIO, La preparación, 2007, 311: la más adecuada políticamente es la interpretación restrictiva, que respeta los principios de ofensividad e intervención mínima (y de accesoriadad) y la libertad de expresión.

⁸⁶ Así OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 809, 825 ss.; en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 883 en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 893; MIRA BENAVENT, LH-Valle, 2001, 535, respondiendo a la crítica de GIMBERNAT a que sea impune la inducción frustrada. v. *infra* n. 101; FUENTES OSORIO, La preparación, 2007, 311.

⁸⁷ Así SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 151, y CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/344, 370, 372 ss. que defienden gramaticalmente la interpretación restrictiva, creen insatisfactorio dejar impunes los casos de tentativa de inducción, lo que consideran una inadmisibles y grave laguna que debe superarse *de lege ferenda*.

⁸⁸ Así ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 405; CUELLO CALÓN, PG I, 16.ª 1961, 622 s., 18.ª 1981, 660; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 33 s.: la inducción fracasada encaja tanto en la proposición como en la provocación; MIR, PG, 1.ª/2.ª 1984/1985, 286 s., 3.ª 1990, 363; de 4.ª 1996 a 10.ª 2015/16, 13/40 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984 564 s., siguiendo a Mir; ARROYO DE LAS HERAS, Manual DP, 1985, 495, 497; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 430 s.; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 175, 180; LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 958 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 1.ª 1993, 400; más sintéticam. en 10.ª 2019, 428, 11.ª 2022, 418; BUSTOS, PG, 4.ª 1994, 416; GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1625 s. (cambiando su posición anterior: v. *supra* n. 82); LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 484 ss.; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 151 (de lege ferenda); BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc PG, 1999, 261 s.; CEREZO MIR, Curso III, 2001, 181 s.; PG, 2008, 903; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 305 s.; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 702 s.; en Zugaldía/Pérez Alonso, Lecc PG, 3.ª 2016, 183; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 205 ss.; ALCÁCER GUIRAO, LH-Gimbernat, 2008, 705 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/344, 370 (de lege ferenda); DEMETRIO CRESPO, en Demetrio/de Vicente/Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, 252 s. (parece inclinarse más bien a esta posición); MAQUEDA ABREU/LAURENZO COPELLO, DP casos, PG, 4.ª 2016, 117; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 861; ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 84 ss.; LUZÓN CUESTA, PG, 26.ª 2021, 188 s.; (de éstos, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, BUSTOS/HORMAZÁBAL, LLABRÉS o MORENO-TORRES rechazando incluso que el proponente pueda querer ser autor). Desde el nuevo CP 1995 impidiendo castigar la inducción privada intentada como provocación, la incluye en la proposición la jurisprud. españ.: STS 1994/2002, 29-11, que destaca expresamente ese cambio en la provocación como razón de su nueva posición; 1113/2003, 25-7; 1376/2005, 17-11; 891/2006, 22-9; 308/2014, 24-3; sobre SAP en el mismo sentido v. ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 84 n. 64.

además algunos sostienen que también es posible que el proponente haya resuelto al menos intervenir como cooperador en la ejecución, porque eso también sería una forma de cometer: intervenir en la comisión⁸⁹. Los defensores de esta posición que admite en la proposición la mera inducción intentada lo han fundamentado en primer lugar con el argumento gramatical de que el precepto regulador habla de que el proponente está resuelto a “cometer”, término más amplio que en la terminología de múltiples preceptos del CP españ. (anterior y actual) no es necesariamente ejecutar como autor, sino que puede incluir otra participación como forma de cometer, mientras que el proponente invita o induce a otro a “ejecutar”⁹⁰, aquí sí como autor (aunque evidentemente esto último ya no se puede sostener tras la reforma del art. 17.2 en 2015, según cuyo nuevo tenor invita a otro/s a participar en el hecho). Y se añade como argumento material valorativo al menos implícito que la instigación o inducción intentada tiene suficiente gravedad para ser un acto preparatorio punible por concurrir en ella plenamente el fundamento de punición de los actos preparatorios pluripersonales⁹¹ (la mayor peligrosidad de involucrar a terceras personas), a lo que se une que la interpretación restrictiva tiene consecuencias político-criminales inadecuadas, puesto que los casos más frecuentes en la práctica son los de invitaciones a delinquir no aceptadas procedentes de alguien que pretende delegar por completo en otra u otras personas la ejecución de un delito contra la vida o contra la integridad física⁹²; y MIR PUIG destaca incluso que esta es la interpretación conveniente para evitar una indeseable laguna de punibilidad si se rechaza incluirla en la proposición, ya que se considera la inducción intentada el acto preparatorio más indudablemente punible, el único que proponía como tal el proyecto Alternativo alemán de 1966, y sin embargo quedaría impune con la interpretación restrictiva de la proposición, dado que la inducción individual frustrada tampoco cabe encajarla en la provocación, que requiere

⁸⁹ P. ej. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 305 s.; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 206.

⁹⁰ Así p. ej. MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, BARBER BURUSCO, cits. en n. 88; SILVA SÁNCHEZ, cit., 151 n. 389.

⁹¹ Explícitamente lo afirman p. ej. MIR PUIG: v. *infra* n. 93; GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1625: evidente la arbitrariedad e incongruencia de sostener su impunidad, resulta tan evidente a la vista de la tipificación del resto de las formas de participación intentada, porque “no se ve razón alguna para excepcionar la incriminación de esta forma de incitación privada cuando su desvalor y peligrosidad no difiere de las del resto de las formas de puesta en común de una voluntad delictiva”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 306: la tentativa de inducción es un acto preparatorio no muy alejado de la ejecución y en el que concurre plenamente el fundamento del castigo de los actos preparatorios por una clara puesta en marcha de una cadena causal hacia el delito sobre la que se pierde el control al menos en parte; siguiendo este último razonamiento BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 207 s. (destacando por ello el peligro que crea), y ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 84 s.

⁹² Así ALASTUEY DOBÓN, RDPCr 21 2019, 84 y n. 68, destacando que sobre esos supuestos han versado todas las STS y SAP desde el año 2000.

incitación a una pluralidad de personas⁹³.

b') A mi juicio, en efecto, esta interpretación amplia no sólo es *gramaticalmente perfectamente factible*, sino que *además es la preferible valorativamente*. En cuanto a la *interpretación literal*, el término “el que ha resuelto cometer un delito” admite perfectamente su entendimiento en el sentido de que basta que el proponente haya resuelto cometer de cualquier modo un delito, que al final se cometa el delito: o cometiéndolo directamente él junto con otros a los que invita a sumarse, o cometiéndolo a través del otro al que propone actuar; es decir, es posible, pero no preciso, que el proponente vaya a intervenir como coautor (co-ejecutor), ni siquiera es preciso que tenga que intervenir cooperando, basta con que intente inducir al ejecutor. Y en esos casos se puede afirmar que con eso ya ha resuelto cometer un delito, en este caso participar en un delito de otro, que es una forma de “cometerlo” sin realizar él mismo el tipo como autor (sin ejecutarlo él mismo), y además ha resuelto simultáneamente cometer un hecho típico propio de inducción a un delito⁹⁴, que se ejecutará por otro. Ese entendimiento amplio de “cometer” el delito tanto autores como partícipes no sólo lo permite el uso normal del lenguaje, sino el uso legal de tal terminología, que tanto en el CP anterior como en el actual habla p. ej. en las eximentes de inimputabilidad por enfermedad o trastorno mental (actual art. 20, 1.º y 2.º, art. 8, 1.º y 3.º anterior CP) en quien “comete” la infracción, lo que abarca tanto a autores como a cualquier partícipe, como ocurre en la menor edad en quien “comete” el hecho (art. 19 CP 1995), mientras que, cuando el texto legal se refiere a los partícipes de los autores, habla de inducir o cooperar, no a cometer, sino a “ejecutar” el hecho o a su “ejecución” como conducta propia del autor (arts. 28, 2.º a) y b) y 29 CP actual, 14, 2.º-3.º y 16 CP anter.)⁹⁵.

⁹³ Cfr. MIR, PG, 1.ª/2.ª 1984/1985, 287, y en 286 s. consideraba ya para el anterior art. 4, 3.º CP 1944/1973 que la provocación debía entenderse dirigida a destinatarios indeterminados y plurales, no a persona concreta (interpretación que creo que no era correcta, porque, a diferencia de la regulación actual, la anterior provocación podía dirigirse tb. a persona concreta: v. *infra* IV 1.a 2); de 4.ª 1996 a 10.ª 2015/16, 13/41 (y en 39 y 41 se ratifica en su interpretación anterior y actual de la provocación). Ya hemos visto *supra* n. 87 que SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 151, y CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/344 y 370, pese a mantener gramaticalmente la interpretación restrictiva, sin embargo igual que MIR consideran que dejar impunes los casos de tentativa de inducción supone una grave, inadmisibles laguna que debe superarse *de lege ferenda*.

⁹⁴ Desde la perspectiva de la accesoriidad o (relativa) autonomía de la participación señala con razón DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 143 s., que si bien la existencia de un injusto del autor es un requisito para el castigo del partícipe (en el concepto restrictivo de autor, con accesoriidad de la participación), “no hay que olvidar que el partícipe realiza un injusto propio y, al menos en parte, independientemente del del autor”; le sigue BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 207.

⁹⁵ En gran parte de los autores y sents. en este sentido cits. *supra* en n. 88 se hace referencia al indicado uso legal de los términos cometer y ejecutar en esos e incluso otros preceptos de los CP españ. actual y anterior.

Y *argumentos materiales valorativos* aconsejan precisamente esta interpretación gramatical amplia del sentido literal posible. Frente a las argumentaciones de la posición restrictiva, la general de que ante una nueva ampliación de la tipicidad más allá de la tentativa procede una interpretación restrictiva de los APP, y la más concreta de que el principio de accesoriadad (cuantitativa) de la participación se opone a castigar la inducción intentada o frustrada, porque la accesoriadad requiere que el partícipe, aquí el inductor, favorezca un hecho principal ya típico, o sea, que el autor haya entrado ya en la ejecución de la tentativa, y aquí aún no se ha entrado en esa fase de ejecución, razones ambas por las que consideran que se debe limitar la ampliación a la preparación de la (co)autoría, hay que responder:

1) Ciertamente que la punición de la inducción intentada o sin seguimiento supone ampliación de la punición antes de la ejecución y una excepción a la accesoriadad (cuantitativa) de la punición de la participación cuando el autor aún no ha entrado en la tentativa⁹⁶, pero esa excepción no se hace aplicando las reglas de la tentativa a un inicio de participación, sino precisamente por la vía excepcional de los actos preparatorios pluripersonales punibles, lo que implica lo siguiente: 2) Que ya por la anticipación y ampliación de la punibilidad antes de la tentativa, en las legislaciones mayoritariamente se considera *una clara excepción* y se elige, como nuestro CP actual, precisamente el sistema de *numerus clausus* y no *apertus* de actos preparatorios pluripersonales, punibles no para todos delitos, sino sólo en algunos especialmente graves (limitación que no sucedería si se aplicara la tentativa a toda participación –o aun solo a la inducción– en un delito). 3) A ello se suma que la ley, para tipificar como APP anteriores al acuerdo entre varios o conspiración en la gran mayoría de Códigos, y así sucede en el españ., *no elige el intento o preparación de cualesquiera formas de participación incluyendo las de cooperación necesaria y no necesaria, sino sólo a la que considera la forma de participación más grave, la instigación*. 4) Aunque no sea totalmente exacto afirmar al menos en todos los casos que la inducción intentada o frustrada es el acto preparatorio de intervención pluripersonal más indudablemente punible, pues aún no se ha involucrado en un concierto a varias personas como en la conspiración, que muchas veces supondrá mayor compromiso, planificación y peligrosidad, sin embargo como comienzo de inducción, persuasión o instigación sí supone una nota de *especial gravedad* desde la perspectiva material teleológica-axiológica como **origen del delito**, y especialmente en

⁹⁶ Tb. lo reconoce desde la posición amplia BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 207.

la *provocación de delitos bastante graves seleccionados* en un *numerus clausus*, pues hace nacer una idea criminal en algún sujeto que no la tenía (circunstancia esta que p. ej. no se va a dar en aquellos conspiradores, incluso futuros autores, que no han tenido la iniciativa), y que por eso ya en la fase de ejecución tiene siempre la misma pena que la autoría en los CP de prácticamente todos los países, a diferencia de la cooperación, que puede equipararse o atenuarse en pena.

5) Por eso mismo también la conducta de quien inicia la inducción supone, como se ha aducido con razón, una importante peligrosidad para el bien jurídico –y, hay que añadir, para el ordenamiento jurídico coimplicado y en delitos contra bienes muy importantes– al poner en marcha un proceso causal hacia el delito que puede escapar al control del proponente⁹⁷; 6) y ya hemos visto que, como señala ALASTUEY, en la praxis los APP más frecuentes son aquellos en que alguien que no va a ser autor invita a otro u otros a ejecutar un delito contra la vida o contra la integridad física⁹⁸. Y además 7), como destaca BARBER BURUSCO, tanto peligro, o tal vez más, puede haber “en la conducta de quien, inexperto en estos temas (o porque no desea implicarse personalmente) y resuelto a que se mate a una persona, invita a un profesional del ramo a que ejecute el hecho, que en la conducta del mismo inexperto que invita a otro a fin de ejecutar conjuntamente el mismo hecho”⁹⁹, lo que significa que la peligrosidad del intento de inducción a un delito grave depende mucho de las circunstancias en que se efectúa y que acompañan al instigado y no tanto de que el instigador quiera intervenir también personalmente o no.

8) Finalmente, desde LO 1/2015 ampliando la cualidad de actuaciones posibles de la persona instigada hay que agregar un argumento sistemático con repercusión axiológica-teleológica¹⁰⁰: con la nueva redacción del art. 17.2 se castiga como proposición la acción de quien invita, intenta inducir a otros simplemente a participar en el hecho que quiere cometer, es decir, el invitarles a intervenir no sólo como (co)autores,

⁹⁷ Así, como vimos *supra* n. 91), DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 306; siguiendo ese razonamiento (aunque sin citar a DÍAZ en esto) BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 207, y ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 85.

⁹⁸ V. *supra* n. 92 el argumento y datos de ALASTUEY.

⁹⁹ BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 207 s.

¹⁰⁰ Argumento que por lo que alcanzo a ver, hasta ahora no se ha señalado en la doc. española (a diferencia del argumento sistemático paralelo que para la conspiración utiliza ALASTUEY extrayéndolo precisamente de esta ampliación en 2015 de los destinatarios en la proposición: v. *infra* V 4.b 2 c' y n. 168; esta autora no usa esta ampliación de los destinatarios a los partícipes como argumento sistemático a favor de la posición amplia que tb. comparte, porque, al revés, cree –ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 84– que esa reforma cambiando de ejecutar a simplemente participar la propuesta al instigado más bien podría reforzar como argumento la posición restrictiva, que pese a todo rechaza).

sino meramente como partícipes estrictos, es decir, responde por proposición quien invita a que cooperen o induzcan a algún otro. Siendo así, dado que se declara expresamente punible como proposición pese a que solamente es un intento de instigar a ser un mero partícipe, o sea un intento de algo menos grave, de participación en cadena, que si se entrara en la ejecución sería una mera cooperación y no inducción (porque esta requiere –en el art. 28, 2.º a– que se induzca directamente a otro a ser autor, a ejecutar el hecho, y no basta que se instigue a participar), y puesto que en la fase anterior lo que pesa es precisamente la instigación (a participar) y no le añade gravedad que el proponente piense ser autor dado que aún no se ha producido el concierto e implicación mutua entre dos sujetos propios de la conspiración, frente a esta punibilidad declarada expresamente por la ley desde 2015 de la instigación intentada sólo a ser partícipe, no puede ser impune el intento de inducir a otro a ser autor, porque esto es más grave por definición, aunque el proponente no quiera ser él mismo autor.

Como conclusión de todos los argumentos expuestos, resulta claramente preferible la interpretación amplia de ese inicial inciso peculiar del art. 17.2 y el rechazo de la interpretación restrictiva que excluye de la proposición (aún) no aceptada la instigación o invitación a otro a delinquir por quien no tiene el propósito de ser además autor, porque esta interpretación provocaría la impunidad de quien, sin tener aún aceptación, ofrece el precio al asesino a sueldo¹⁰¹ o de quien con razones muy persuasivas o incluso con presión sin llegar a la coacción (que lo convertiría en autor mediato) instiga a otro, que dispone de la capacidad adecuada, a secuestrar, violar o cometer un crimen de guerra; lo cual en el art. 4,3.º CP anterior podía ser castigado, si no se admitía como proposición, al menos por provocación, pues era posible la personal interpretando que cabía en forma de incitación individual con un medio de posible eficacia, pero que ahora no cabe ese recurso a encuadrarlo en la provocación tras la reforma del CP 1995 limitando la provocación a la pluripersonal: v *infra* IV 1.a 1)-3). En todo caso el requisito inicial del precepto español, el actual 17.2, exigiendo que el proponente sea alguien “que ha resuelto cometer el delito” es perturbador y creador de dudas y de esta gran discusión y por ello sería claramente

¹⁰¹ GIMBERNAT, crítica en Prólogo de CP, Madrid, Tecnos, 3.ª 1997, 18 s., que con la nueva regulación en el CP 1995 de la provocación limitándola a la pública ya no se pueda castigar la inducción frustrada realizada directamente al provocado y quede impune pagar a unos sicarios para que maten a una anciana (que STS 21-3-1986 castigó como provocación del anterior art. 4,3.º como siempre hacía la jurisprudencia), pero, ignorando la gran discusión doctrinal que ha habido antes y ahora al respecto, no plantea siquiera que esa conducta pudiera antes también y pueda ahora en el nuevo CP ser punible como proposición. Por eso MIRA BENAVENTE, LH-Valle, 2001, 535, le critica con razón que soslaye que el CP 1995 deja la puerta abierta a la discusión ya existente sobre si la inducción frustrada es punible o no como proposición.

preferible suprimirlo¹⁰².

e) Actuación propuesta al instigado: ¿autor, coautor, también partícipe?

Para decidir si ha de proponerse al instigado que actúe como autor o basta que se le proponga actuar como mero partícipe: inductor o cooperador, es decisiva la configuración legal de la figura en cada Código.

En la vigencia de la gran mayoría de los CP esp. históricos (excepto los de 1822 y 1928), los de 1848, 1850, 1870, 1932 y 1944/1973, al exigir que la persona invitada o instigada ejecutara el delito, era una cuestión de interpretación qué se debía entender por ejecutar o ejecución por parte del instigado, si solamente actuar como autor, que podía resultar quizás más plausible¹⁰³, o si incluir también a los cooperadores en la ejecución entre quienes ejecutan el hecho¹⁰⁴. Mayor flexibilidad para la interpretación permitía el art. 6 CP 1822 al hablar sencillamente de “la proposición hecha y no aceptada para cometer un delito”; igual que dejan pleno margen a la interpretación los CP de otros países que hablan simplemente de instigar o incitar a otro(s) a delinquir. v. *supra* n. 69 y 79. Y, como tb. hemos visto, el art. 42, 2.º CP 1928 ampliaba expresamente a la cooperación o ayuda el posible papel del instigado: “solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo” (v. *supra* III 3 y n. 79), así como el § 30.1 StGB añade expresamente el intento de inducir a otro a inducir junto al de inducir a cometer: v. *supra* III 2.

En el actual art. 17, 2.º desde su reforma por LO 1/2015 se ha despejado toda duda con un intencionado cambio de redacción (que incluye expresamente que el destinatario actúe como partícipe, pues se sustituye el anterior invita a ejecutar el delito por “invita a otra u otras personas **a participar en él**”; y aquí es evidente que cabe *no sólo la participación en sentido amplio* inclusiva también de la *autoría*, sino también por supuesto todas las formas de la *participación en sentido estricto*, tanto la *cooperación* como también la *inducción*¹⁰⁵ (que por algunos se considera incluso autoría). Pero la regulación penológica española obliga a *restringir la cooperación a la necesaria*, penada igual que la autoría, y a la *exclusión de la mera complicidad* o cooperación no necesaria (al igual que veremos sucede en la conspiración), por un argumento penológico en CP

¹⁰² Así tb. SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuest., 1997, 151; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/344 y 370. Y esta propuesta va implícita en quienes defienden la interpretación amplia del inciso “el que ha resuelto cometer” y no limitarlo a quien ha resuelto ejecutar como autor para no crear una grave laguna de punición: así, entre otros, MIR, PG, 1.ª/2.ª 1984/1985, 287, de 4.ª 1996 a 10.ª 2015/16, 13/41; GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1625 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 306; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 207, y ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 85 s.

¹⁰³ Esta era la opinión totalmente mayoritaria: cfr. por muchos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 305; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 212 s.; actualmente ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 88, opina incluso que era la única a única opción posible con la redacción anterior del art. 17.2.

¹⁰⁴ Así lo defendían BERDUGO, en Berdugo/Arroyo/et al., Curso PG, 2ª 2010, 392; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2011, 321; STS 353/2007, 7-5. Desde luego resultaba mucho más difícil interpretar que un destinatario que actúe sólo como inductor también ha ejecutado.

¹⁰⁵ Así, ante la nueva redacción del CP 1995, LLABRÉS FUSTER, en González Cussac (dir.), Coment Ref CP, 2015, 112 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen (desde) 2017, 2016, 315 s.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 862; ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 88, pero en 90 ss. excluye la invitación a la inducción; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 10.ª 2019, 428, 11.ª 2022, 418; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5ª 2020, 548; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 9.ª 2022, 281.

español al castigar éste (ahora en la PE) la proposición y demás actos preparatorios punibles igual que la tentativa, o sea, con la pena inferior en uno o dos grados a la consumación, resultaría que como inductor del futuro cómplice, si se comenzara la ejecución o tentativa tendría menor pena (inferior en 2 o 3 grados: 1 o 2 grados por tentativa más otra rebaja de un grado por cómplice, y su inductor la misma pena) que en la proposición (sólo inferior en 1 o 2 grados al delito consumado), lo que es inaceptable por absurdo¹⁰⁶. Solución esta, por cierto, que valorativamente es perfectamente satisfactoria: por el muy escaso desvalor de una inducción intentada sin éxito a un mero futuro cómplice de un delito.

f) Ausencia de efecto: no ejecución

Por ser acto sólo preparatorio, no puede darse como efecto de la proposición que tenga éxito y alguno de los destinatarios pase a la tentativa. Por tanto, la proposición requiere no pasar aún a la fase de ejecución. Ya hemos visto que la proposición es tentativa de inducción en sentido estricto, que, ésta sí, requiere que el autor inicie la fase típica de tentativa. Por tanto, o bien no se convence al destinatario, como dice el art. 115 CP ital., éste no ha acogido o aceptado la instigación, o éste sí la acepta, es inducido, pero no llega a la ejecución¹⁰⁷, porque el art. 17.2 no excluye que el invitado por el proponente acepte la invitación (con tal de que el invitado no pase a la ejecución y el proponente se convierta con ello en auténtico inductor con éxito). No obstante, ya veremos que en este segundo caso la conducta encaja tanto en la proposición, como en la conspiración porque inductor e inducido se han concertado y resuelto cometer el delito, pero que el concurso de leyes o normas debe resolverse a favor de la conspiración en virtud de las reglas de la especialidad, y por progresión delictiva de la subsidiariedad tácita y la consunción o absorción: v. *infra* V 4.b 2 c', párrs. 2.º y 3.º. Otras opiniones llegan al mismo resultado

¹⁰⁶ Esta exclusión penológica en Derecho español de los futuros meros cómplices (no necesarios) es sostenida correctamente por parte de la doctrina en la conspiración: v. *infra* V 4.b 4), pero el argumento debe aplicarse también por idéntica razón a la proposición, excluyendo por tanto de ella la invitación a alguien a ser mero cómplice; lo que no parece ser tenido en cuenta por la doc. cit. en nota anterior.

¹⁰⁷ El art. 6 CP 1822 mencionaba únicamente la primera posibilidad al definir: “la proposición hecha y no aceptada para cometer un delito”. Pero cabe tb. la 2.ª posibilidad, que el invitado acepte, se convenza en principio, pero por la razón que sea no pase a la ejecución. Admiten tb. esta posibilidad de aceptación del invitado además de la posibilidad de negativa, explícitamente STS 15-2-1993, y BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 218 s., con amplia argumentación, optando por la relación de progresión con la conspiración; admite implícitamente que el invitado puede aceptar DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir. EPB, 2002, 306: “aunque éste no llegue finalmente a la fase ejecutiva (por la negativa del que recibe la propuesta o por otra razón), ya se puede castigar esa tentativa de inducción como proposición” (cursiva añadida). Sin embargo, un amplio sector considera que en la proposición no ha de haber aceptación del instigado, pues si acepta, pasa a ser conspiración: v. n. sig.

de calificar de conspiración la invitación aceptada sin concurso de leyes por entender que la proposición requiere que el instigado no acepte la invitación¹⁰⁸.

IV. PROVOCACIÓN (INCITACIÓN, INSTIGACIÓN) PÚBLICA. APOLOGÍA

1. Provocación pública a delinquir

a) *En el CP español*

1) A partir de los CP 1928, art. 43, y 1944/1973, art. 4, 3.º, los Códigos españoles han añadido a los actos preparatorios (pluripersonales) punibles de la conspiración y proposición, previstos desde el primer CP del siglo XIX, otro acto preparatorio, la provocación, previsto hoy en el art. 18 del vigente CP 1995. En el ap. 1, 1.º se define así: “La provocación 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”. Y el ap. 2, tras disponer en el párr. 1.º que “La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea” (*numerus clausus*, igual que sucede en la proposición y en la conspiración, y en la PE exactamente para los mismos delitos), añade en el párr. 2.º, exactamente como yo lo hacía en su inciso final el art. 4, 3.º CP anterior: “Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”, lo que deja claro que la provocación es una preparación o intento sin éxito de una incitación general y pública, que no encajaría en el concepto de inducción (art. 28,2º b CP vigente, 14, 2.º CP anteriores), que requiere inducir directamente a otro concreto¹⁰⁹.

2) Sin embargo, en el art. 43 CP 1928, igual que en el 4, 3.º del anterior CP 1944/1973, la incitación podía ser pública por medios de difusión o a pluralidad de personas, pero *también era posible la provocación a persona individual* –incitar de

¹⁰⁸ Así lo mantienen LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 32 s., LANDECHO/MOLINA, PG, 5.ª 1996, 433, 11.ª 2020, 509; REBOLLO, La provocación, 1997, 52; AGUILAR, en Morillas (dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 57 s.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 861; ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 77 ss.: conspiración para el inductor cuya proposición o instigación es aceptada por algún autor y eventualmente por algún partícipe, en cambio en 92 ss. reserva la figura de la proposición del art. 17.1 para la inducción o instigación no aceptada o aún no aceptada por el instigado. Igual STS 20-10 1972, A 3851; 1994/2002, 29-11; 1113/2003, de 25-7; 891/2006, 22-9; 308/2014, 24-3. Para más detalles v. *infra* n. 171, 2.º párr.

¹⁰⁹ Y aún menos encajaría en el CP 1944/1973 sin esa aclaración la provocación, del art. 4, 3.º cuando surtiera efecto en la inducción del art. 14, 2.º, ya que la inducción ha de ser no sólo a persona concreta, sino directa o expresa, y en ese art. 4,3.º la provocación podía ser tb. pública, a una generalidad de personas, pero además podía ser una incitación directa, pero tb. indirecta o no explícita. Así lo destacaban p. ej. ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 405; STS 26-10-1957; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 182, 180 ss. En cambio, CUELLO CALÓN, PG, 18.ª 1981, 661, consideraba por el inciso final del anterior art. 4,3.º que la provocación era igual que la inducción pero no seguida de efecto.

palabra o por escrito en el CP 1928, incitar de palabra, por escrito o por otro medio de posible eficacia en el CP 1944/1973-. Y mientras que en el CP 1928, que introdujo este acto preparatorio punible, la incitación debía ser “directa” o expresa (“incitare directamente”), igual que en el CP actual, en el art. 4, 3.º anterior CP 1944/73 al suprimir “directamente” y decirse sólo “cuando se incita de palabra ... o por otro medio de posible eficacia”, amplió enormemente el alcance de la provocación, que **admitía la incitación indirecta**¹¹⁰ al delito, o sea, **no expresa** sino sobreentendida o tácita, tanto *pública como en privado*¹¹¹, es decir, excitar¹¹², azuzar, o incitar tácita o indirectamente a otro o a una masa o colectividad a cometer un delito, p. ej. insinuando solamente, contando o resaltando comportamientos horribles, verdaderos o falsos, de alguna persona o grupo para enfurecer al oyente u oyentes y arrastrarlos a agredir a esa persona o personas.

El CP domin. tb. tipifica la provocación (sin distinguir si es privada o pública) o incitación a otro u otros en la PG, art. 60 a cualquier delito como forma de complicidad, y en la PE en el art. 232 a abandonar un menor, o en el art. 390 a tomar las armas contra autoridades o instituciones o una parte de la población; el art. 361 CP salv. castiga la incitación pública al genocidio con pena algo inferior a la conspiración y proposición.

3) En cambio, en el *actual CP 1995 art. 18* sólo se considera provocación la **incitación directa-expresa y además pública**, a pluralidad personas: a través de medios de difusión o que en todo faciliten la publicidad o ante una concurrencia. La fórmula

¹¹⁰ Interpretándolo así CUELLO CALÓN, PG, 18.ª 1981, 661; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 182 ss., 185 ss.; RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 92 s.; COBO/VIVES, PG, 2.ª 1987, 500; 3.ª 1990, 554 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1524; en Luzón Peña dir., EPB, 2002, 308. También parece ser esa la postura de quienes destacaban que bastaba que el medio de provocar fuera cualquiera idóneo o eficaz: FERRER, I, 88 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, Compend, 4.ª 1988, 235.

¹¹¹ Así la doc. mayor. en el CP anterior: FERRER, I, 1946, 88 s.; QUINTANO, Comentarios I, 1946, 49 s.; Curso, I, 1963, 226; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 33 s., considerando la inducción frustrada encajable tanto en la provocación como en la proposición; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, 165 n. 163; Prólogo CP, 3.ª, 1997, 18; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 185 s.; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1976, 174 ss.; ADPCP 1976, 540 ss.; CUELLO CALÓN, PG, 18.ª 1981, 661; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 566 ss.; DEL ROSAL BLASCO, La provocación, 1986, 120 ss., 275 s.; CPC 1990, 106 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, Compend PG, 4.ª 1988, 235; QUINTERO, PG, 2.ª 1989, 523; BUSTOS, PG, 4.ª 1994, 416 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1524; GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 280 ss., 301 s. Lo reconocen tras el nuevo CP GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1625; REBOLLO, La provocación, 1997, 72 ss.; BARQUÍN/OLMEDO, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 903 ss.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 239; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 27.ª 2022, 190; y toda la jurisprud. del TS que así lo entendía: V. *supra* n. 70, con cita tb. de la posición contraria.

El tenor de esos preceptos en ambos CP era: art. 43 CP 1928: “Hay provocación criminal cuando se incitare directamente, de palabra o por escrito, o por medio de la imprenta, el grabado u otro medio de difusión, a la ejecución de una o varias infracciones comprendidas en este Código o en leyes penales especiales, salvo el caso de que la provocación constituyere delito propio. // Su gravedad será mayor o menor, según hubiere seguido o no a la provocación la ejecución de la infracción provocada”; y art. 4,3.º CP 1944/1973: “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impres o, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”.

¹¹² Así lo interpretaba p.ej. CUELLO CALÓN, PG, 18.ª 1981, 661.

“incitación directa” es en definitiva igual que en la proposición: instigar o intentar persuadir expresamente y a las claras, no bastando ahora la insinuación o el azuzar o excitar¹¹³, sólo que en la provocación ha de ser pública, puesto que se enumeran diversos medios de difusión o semejantes “que faciliten la publicidad”, y ya no cabe la privada a alguna persona concreta¹¹⁴. ¿Habría entonces laguna punibilidad hoy en caso de incitación directa-expresa a una sola persona a un delito muy concreto, incluso mediante precio o recompensa, que puede ser más eficaz y peligroso? Como ya he expuesto, eso será así si no se hace la interpretación amplia de “cometer” que permita salvar el obstáculo del inciso inicial de la proposición (art. 17.2) de exigir que el proponente sea quien ha resuelto cometer un delito.

4) En lo demás, valen las mismas consideraciones que hemos visto en la proposición en cuanto a que la incitación o instigación ha de formularse completa y no basta su inicio, que cabe la provocación mediata o a través de otro, que, al bastar que se incite a los provocados simplemente “a perpetrar un delito”, ello lo pueden realizar tanto en calidad de autores como de meros partícipes: inductores o cooperadores (necesarios, no simples cómplices, por lo ya expuesto *supra* III 4.e, párr. 3.º para la proposición), que es precisa la idoneidad de los medios de publicidad, que aquí se exige expresamente (“cualquier

¹¹³ Así COBO/VIVES, PG 5.ª 1999, 724; CEREZO, Curso III, 2001, 182; PG, 2008, 904; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón Peña dir., EPB, 2002, 308; VIVES, Coment 1995, I, 1996, 106; CUELLO CONTRERAS, PG, 2009, p. 341, XIV/377; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 139; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 329; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 864; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 549.

¹¹⁴ Así lo reconoce hoy la doc. dom.: GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1624 s.; LANDECHO/MOLINA, PG, desde 5.ª 1996, 434; QUINTERO, Curso PG, desde 1.ª 1996, 459; QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 411; VIVES, Coment 1995, I, 1996, 106; COBO/VIVES, PG, desde 4.ª 1996, 656; GIMBERNAT, Prólogo CP, 1997, 18; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco, 1997, 151; CEREZO, RDPCr 1 1998, 15; Curso III, 2001, 182 s.; PG, 2008, 904; BARQUÍN/OLMEDO, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 906 s., 911 ss.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 799 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón Peña dir., EPB, 2002, 308; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 703 s.; en Zugaldía/Moreno-Torres, Fund PG, 4.ª 2010, 382; DEL ROSAL BLASCO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 962 s.; CUELLO CONTRERAS, PG, 2009, pp. 341 s., XIV/377; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 139; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 328 s.; MIR, PG 10.ª 2015/16, 13/39; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 190; POLAINO, Lecc PG II, 2.ª 2016, 241; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 864 s.; DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5.ª 2020, 550; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 27.ª 2022, 190; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 492. En contra, siguen defendiendo que en la actual provocación del art. 18 cabe tb. la incitación privada a persona determinada BACIGALUPO, en Conde-Pumpido, CPI, 1997, 559, por creer que se castiga una tentativa de inducción; similar STSJ País Vasco 25/2007, 25-11: intento de determinar a otro u otros a ejecutar un hecho punible; sin argumentación expresa ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, 9.ª 2022, 282; REBOLLO, La provocación, 1997, 85, 91 s., argumentando que junto a medios de comunicación el art. 18 sigue mencionando “cualquier otro medio de eficacia semejante”; siguiéndole CAMPO MORENO, Los actos preparatorios, 2000, 61 s. El argumento no convence porque, como señala con razón BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 241 (240 s.), cuando el nuevo art. 18, 1.º utiliza la fórmula genérica de “o cualquier otro medio de eficacia semejante”, a diferencia del anterior art. 4.3.º ahora añade a continuación “, que facilite la publicidad,” y por tanto también el medio semejante ha de facilitar la publicidad.

otro medio de eficacia semejante”, ya desde el CP anterior), y que debe darse la ausencia de efecto para permanecer en la mera provocación, es decir, que los provocados no han de pasar a la ejecución, pues, como ya se advierte expresamente tanto en el CP actual como en el anterior, si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

b) En Códigos de otros países

En los CP de diversos países se castiga también la provocación o incitación pública a delitos, con alguno de estos sistemas:

En unos sistemas es punible esa *incitación pública a cualquier delito*: así el § 111 StGB alemán castiga la provocación pública o incitación pública a delitos cualesquiera y en la PE diversas incitaciones a otros delitos¹¹⁵; igualmente el CP ital. art. 414: instigación pública a cometer cualquier delito, incluyendo en delito la contravención –y la apología pública del delito– (además de otras instigaciones públicas a diversos delitos en la PE¹¹⁶); en el art. 46a CP neerl. la tentativa de inducir, o sea, proposición o provocación, a un delito; el CP bras. en su PE, arts. 286 y 287 castiga la incitación pública a cualquier delito y la apología de cualquier delito o su autor; el art. 348 CP colomb. la instigación pública a delinquir, los arts. 209 y 213 CP arg. la instigación pública y la apología del delito, los arts. 130 y 131 CP boliv. la instigación pública a cualquier delito y la apología pública de cualquier delito o delincuente, como el art. 208 CP federal mex. la provocación pública y apología de cualquier delito; o el art. 66, 4.º CP belga, que equipara al autor y su pena a los que provocan directamente al crimen o delito públicamente o por medios de difusión¹¹⁷; el CP venez. castiga en el art. 284 s. la instigación pública a cualquier delito determinado, en el CP panam. el art. 398 castiga como apología el incitar públicamente a cometer delito el CP domin. tb. tipifica la en la PG, art. 60 la provocación (sin distinguir si es privada o pública) o incitación a otro u otros a cualquier delito como forma de complicidad; o todos los actos preparatorios en art. 12.1 anterior CP cub. 1978.

En otros sistemas, la *incitación pública solamente a delitos señalados en la PE*: o bien la provocación sólo a los delitos graves en el art. 24.2 CP suizo o en el 34, 1.º CP parag. la instigación o intento de instigar a un crimen; o bien la incitación o provocación pública a diversos delitos concretos, casi siempre graves, pero sólo los que señale la ley en la PE: p. ej. art 32 CP nicar. para la provocación y apología, pero éstas dos tb. pueden ser privadas; y en el art. 17, 3.º CP guat. con *numerus clausus* para la provocación e instigación, pero sin definir las., y en el art. 23 CP salv. (además del castigo aislado de la incitación pública al genocidio en el 361.) y en el art. 17 CP hondur.; en el CP franc. o en el peruano se penan diversas modalidades de provocación o incitación, privada o pública, de proposición a múltiples delitos o su apología¹¹⁸; en la Criminal Law Act 1967 británica se castiga en diversos preceptos la conspiración o la incitación a múltiples delitos concretos; el art 12. 1 CP cub. sanciona actos preparatorios, tanto pluri- como unipersonales, sólo en delitos concretos que lo dispongan en la PE; art. 240 CP port.: incitar o provocar al odio o violencia racial o religiosa; art. 390 CP domin.: provocación (pública o no) o incitar a otros a tomar las armas contra autoridades o instituciones o una parte de la población. Para más detalles y regulaciones v. *supra* II 3.c 1 b'1), c 1 b' 2 párr. 3.º, c 2 b'1 y 2.

¹¹⁵ Así p. ej. en los §§ 130 la provocación pública al odio, discriminación o violencia contra grupos o miembros de grupos, 130a la difusión pública de instrucciones para desorden público sedicioso, 166 ofensas públicas a confesiones religiosas capaces de perturbar la paz pública.

¹¹⁶ En los sigs. arts. CP ital.: 414 bis: instigación pública a la pedofilia y pedo-pornografía, 415: instigación pública a desobedecer las leyes de orden público o al odio entre clases; y otras instigaciones que pueden ser públicas o no: 266: instigar a militares a desobedecer las leyes o sus deberes, 302: instigar a cometer delitos contra la personalidad exterior e interior del Estado.

¹¹⁷ El art. 208 CP fed. mex. castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete, y con la misma pena del delito si se comete. Aparte de ello, como figuras especiales de provocación en la PE el art.142 castiga instigar, incitar o invitar a ejecutar delitos c. la segur. nac.; y el 123, X y XI: solicitar a otros un protectorado o invitar a guerra contra Méx. (en ambos preceptos, aunque no se realice lo solicitado y la incitación o instigación, al no distinguir, puede ser privada o tb. pública). Sobre el art. 66, 3.º y 4º CP belga v. *supra* II 3.c 1 c'.

¹¹⁸ V. *supra* n. 48.

2. Apología y provocación pública

a) Apología en el CP español

1) Introducción

Apología, que según el DRAE es un “discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”, por tanto con el sentido de justificación y los que tenía el término latino y el original griego ἀπολογία¹¹⁹, cuenta sin embargo en el CP español con una definición legal (interpret. auténtica) como apología del delito. La figura de la apología, en el anterior CP prevista como delito autónomo únicamente en algún precepto de la PE, en cambio se trata como forma de provocación pública en el art. 18.1, párr. 2.º del actual CP esp. 1995: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. Si no fuera por esa *vinculación de nuestro actual CP a la provocación directa a delinquir*, sería al menos dudoso que se trate de un acto preparatorio pluripersonal del delito: pues solamente podría verse en ella como efecto colateral o una forma de provocación o incitación indirecta a futuros sujetos indeterminados a cometer el delito enaltecido o en todo caso una forma de apoyo moral tácito a esos posibles futuros delincuentes, en ambos casos no seguida de efecto o donde no se pueda probar que ha tenido efecto sobre la producción de algún posterior delito concreto; desde el primer punto de vista, en la mayoría de los CP, desde luego en el español, ha de ser directa o expresa no solamente la inducción a un hecho ya en fase de ejecución, sino con mayor motivo la tentativa de inducción o instigación como acto preparatorio pluripersonal punible¹²⁰ y la apología por sí misma no supone esa incitación directa; y desde la segunda posible perspectiva, la apología sí supone un apoyo moral, de entrada al delito ya cometido y a su autor, pero ello no es punible tras la consumación (salvo los casos de favorecimiento o encubrimiento), y además apoyo moral y en cuanto tal auxilio psíquico a la futura comisión de cualquier posible delito enaltecido, pero se trata de algo futuro no concreto, sino totalmente indeterminado y en todo caso ese auxilio o cooperación, por ahora no seguido de efecto, desde luego no es una cooperación moral o

¹¹⁹ Y no de disculpa o disculpar(se), pedir disculpas que usualmente tienen en actual inglés *apology* y *apologize*.

¹²⁰ Ya hemos visto *supra* IV 1.a 2) que una excepción ha sido en el anterior CP esp. 1944/1973 tipificar dentro de la provocación tb. la incitación tácita o indirecta a otro con algún “otro medio de posible eficacia”.

psíquica necesaria, por lo que cabe sostener que no reviste suficiente gravedad en sí misma para castigarla como acto preparatorio pluripersonal punible¹²¹.

Y por ello, en ausencia de esta regulación, como ocurre en la mayoría de los Códigos, la apología deberá ser más bien tratada como un delito autónomo en la PE. Pero aunque haya muchas posiciones recelosas de su compatibilidad con la libertad de expresión y en todo caso contrarias políticocriminalmente a su punición (v. *infra* IV 2.a 2, párr. 2.º), ello es más que discutible (y por eso algunos Códigos de otros países castigan la apología pública de cualesquiera o de muchos delitos: v. *infra* IV 2 b), puesto que la apología del delito y/o de sus autores, además de su significado, ya que no de inducción directa, sí de apoyo y cooperación moral aunque ciertamente no necesaria a la futura comisión del delito apoyado, e incluso de incitación indirecta y no expresa, tiene una segunda significación en sí misma que incrementa su desvalor y compensa la falta de instigación directa: ésta ciertamente instiga a la comisión de ese delito concreto, pero sin decir que es en sí mismo bueno y un modelo, mientras que *la apología, incrementado su efecto por ser pública, defiende y justifica ese delito no sólo en concreto sino con carácter general, o incluso lo ensalza y pone de modelo*; en este sentido supone un *enfrentamiento más abierto y frontal con el ordenamiento jurídico*, lo que en los delitos más graves va unido a una ofensa frontal a los sentimientos de dolor, dignidad y rechazo del círculo de las víctimas y de la comunidad. Su tipificación en la PE puede hacerse, o en conexión con algunos delitos graves objeto de apología como genocidio, crímenes contra la humanidad o atentados terroristas, donde tiene un peso muy importante además del apoyo moral a esos crímenes y sus autores la mencionada humillación y ataque a legítimos sentimientos de dolor e indignación de las víctimas y la sociedad, o, si se castigara con alcance más general, como delito contra el orden público, o junto con otros, p. ej. contra sentimientos legítimos de víctimas y allegados junto con otros contra sentimientos respetables de personas o la colectividad, o contra la administración de Justicia de modo paralelo al encubrimiento o favorecimiento de un delito. Sobre regulaciones legales concretas en otros países v. *infra* IV 2.b.

¹²¹ Además, en el CP español ya hemos visto en la proposición y provocación – *supra* III 4.e, párr. 3.º, IV 1.a 4)– y se verá en la conspiración –*infra* V 4.b 4)– que por razones penológicas no puede ser punible la inclusión de una futura simple complicidad o cooperación no necesaria en la proposición ni en la provocación ni en la conspiración.

2) *Concepto de apología y limitaciones*

Como hemos visto, apología es defensa, alabanza o justificación de algo o alguien, o sus sinónimos enaltecimiento, exaltación, glorificación o heroificación, y legalmente apología del delito, exponer ante concurrencia o por medios difusión ideas o doctrinas que ensalcen delito o enaltezcan al autor, pero con los requisitos de la provocación directa. Ensalzar, etimológicamente de exaltar, elevar o llevar a lo alto, y enaltecer –prácticamente sinónimo de ensalzar–, etimológicamente de poner en lo alto, es alabar resaltando mucho las cualidades positivas o méritos de alguien o algo.

-Limitaciones: según el art. 18.1, 2.º CP tal ensalzamiento o enaltecimiento es punible sólo como provocación con incitación directa, es decir, expresa e inequívoca al delito. Esa restricción en el actual CP 1995 seguramente obedece al temor ante la *acusación*, bastante repetida en la doctrina, *de que la punición de la apología puede chocar y vulnerar los derechos fundamentales de libertad de expresión o incluso ideológica e incluso principios constitucionales*¹²², lo que no sucederá si además supone

¹²² Así p. ej. VIVES, Coment, 1996, 107; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 154 ss.; COBO/VIVES, PG 5ª 1999, 725 n.59; CEREZO, Curso PG, III, 2001, 183; PG, 2008, 905; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 78 ss.; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 231, 236; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 140; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, 2.ª 2016, 190; MORILLAS, Sistema, PG, 2018, 866-869. Opinaban lo mismo respecto de la suprimida apología del genocidio del art. 607.2, 2.º si no se restringía interpretando que exigía incitación directa, CARBONELL/VIVES, Art. 607.2, en Vives (coord.), Coment II, 1996, 2161; TAMARIT, Art. 607, en Quintero dir., Coment PE, 2.ª 1999, 1642; CUERDA ARNAU, LH-Valle, 2001, 1164 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 17.ª 2009, 713 s. (aunque en 714 exigía no incitación, sino solamente la “potencialidad de incitación a cometer el delito”). Las acusaciones, que no se suelen fundamentar demasiado, seguramente se basan en que, sin no se exige provocación directa al delito, la apología supone una simple posible incitación indirecta y no explícita y por tanto equivoca a futuros delitos indeterminados o un apoyo moral vago e impreciso a los mismos, y generalmente se repiten sin desarrollar qué principios constitucionales se vulneraría sin esa limitación. En cambio, detallando criterios para afirmar o negar la vulneración de la lib. constitucional de expresión, BACIGALUPO, en Conde-Pumpido, CP I, 1997, 559 s., sostiene que, en vez de exigir la provocación directa al delito, que ciertamente evita la vulneración de la libertad de expresión, debería haberse castigado por una parte, como en el modelo alemán, la propaganda de organizaciones contrarias a la constitución y por otra parte la apología de delitos violentos contra personas como víctimas y así se puede limitar la libertad de expresión sin vulnerar el art. 20 CE, pues por “la importancia de los bienes jurídicos en juego no se afectaría el contenido esencial del derecho fundamental en consonancia con el art. 53.1 de la Constitución”; deja constancia de la discusión sin pronunciarse expresamente GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 330, pero en 331 no se opone a las nuevas apologías introducidas en la PE sin exigir incitación directa. En una posición minoritaria, RODRÍGUEZ MOURULLO, RJCat 1980 extraord. 1, 9, sostiene que, aun sin provocación directa, la alabanza del crimen “acaba siendo inevitablemente una incitación al mismo” y que (9 s.) la punición de la apología, si se articula y compatibiliza necesidades político-criminales y libertad de expresión no es incompatible con el sistema constitucional del Estado social y democrático de Derecho; y SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 155 s., plantea, aun sin defenderla expresamente, que en la nueva regulación general del art. 18 de la apología como forma de provocación también cabe la interpretación de que la apología es una forma circunstancial de provocación, aunque no sea provocación directa al delito. Contra esta interpretación, además de la doc. mayoritaria que entiende lo contrario, expresamente con razón BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 234.

una provocación directa y pública al delito¹²³. Entonces: es una aclaración o recordatorio de que una forma de provocación directa puede ser a través de la apología pública, pero realmente resulta una *figura superflua, pues ya encaja en la provocación*¹²⁴, de modo que esta apología/provocación del 18.1, 2.º ya podría castigarse por la provocación del 18.1, 1.º aunque no existiera este párrafo 2.º. Y por ello, en segundo lugar, la apología del art. 18.1, 2.º está sujeta a otra restricción de punibilidad: la misma del *numerus clausus* establecida en el ar.18.2, 1.º para la provocación: sólo se castigará la apología-provocación directa y pública a los delitos “en que la Ley así lo prevea” en la Parte especial.

Por eso, aunque en principio parece discutible si ha de tratarse de apología de un concreto delito cometido¹²⁵ o si, dada la amplitud de la fórmula “que ensalcen el crimen”, basta que se refiera a ensalzamiento del delito en general¹²⁶, la cuestión cambia en vista de que el art. 18.2, 1.º la vincula a la provocación directa de delitos y ésta sólo es punible en concretos delitos de la PE: por ello no puede bastar la apología de toda forma de crimen si no va unida al ensalzamiento de un tipo de delito concreto de aquellos en los que se castiga su provocación pública: Ahora bien, a mi juicio, basta el elogio de cualesquiera hechos que se hayan cometido o se puedan haber cometido de un determinado tipo delictivo de los seleccionados en la PE, que a su vez implique provocación, incitación directa a realizar algún hecho de esa clase de tipo delictivo: en la medida en que ha de

¹²³ Así tb. GRACIA, CDJ 1996-XXVII, 266 s.; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 154 ss.; CEREZO, Curso PG, III, 2001, 183; PG, 2008, 905; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 78 s.; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 231, 234; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, 2.ª 2016, 190.

¹²⁴ Desde esa regulación destacan su superfluidad p. ej. COBO/VIVES, PG, 4ª 1996, 653; GRACIA, CDJ 1996-XXVII, 266 s.; DEL ROSAL BLASCO, CPC 1996, 87 s.; GÓMEZ RIVERO, LL 1996-1, 1626; VIVES, Coment, 1996, 107; BACIGALUPO, en Conde-Pumpido, CP I, 1997, 559 s.; BATISTA, RFDUC 88 1997, 68; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 154 (aunque en 155 ss. plantea la posibilidad de que la nueva regulación tenga algún significado propio); BARQUÍN/OLMEDO, en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 935 ss., 939 s.; CALDERÓN/CHOCLÁN, PG, 1999, 291 s.; POLAINO NAVARRETE, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 975; Lecc PG II, 2.ª 2016, 242; CEREZO, Curso PG, III, 2001, 183; PG, 2008, 905; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 78 s.; BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 231 s.; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, p. 345 n. 453 (siguiendo a Barquín/Olmedo); LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 140; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 330; MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen 2017, 2016, 318; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, 2.ª 2016, 190; MORILLAS, Sistema, PG, 2018, 867; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 492. Señalando que la motivación del legislador ha sido recordar expresamente (a los tribunales) que la apología puede ser una forma de provocac. directa p. ej. SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 154; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 2022, 493.

¹²⁵ Defienden esta interpretación p. ej. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 78; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 330: que suponga una incitación directa a cometer un delito; POLAINO, Lecc PG II, 2.ª 2016, 242.

¹²⁶ Aunque no lo diga contundentemente, p. ej. LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 139 s., exige “una incitación directa a delinquir, ... una instigación indubitada a delinquir” en vez de decir “a un delito concreto”; igual MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 493.

tratarse de un ensalzamiento público que simultáneamente suponga incitación directa a algún delito de los comprendidos en el *numerus clausus*, ello puede suceder no sólo alabando o ensalzando un concreto delito real cometido en tal tiempo y lugar, sino también –e incluso con más frecuencia– puede haber esa incitación a cometer delitos de esa clase ensalzando la comisión real o posible de esa clase de tipos (p. ej. alabando o elogiando en general los hechos terroristas: “ejecuciones”, secuestros, extorsiones etc. cometidos o que se puedan cometer por tal grupo terrorista –ejs. de carácter general, válidos antes de que el art. 578 CP españ. 1995 desde la LO 7/2000 haya tipificado como delito autónomo la apología del terrorismo, sin los requisitos del art. 18.2), a su vez no sólo si se incita a que alguien cometa un concreto atentado terrorista, sino también incitando a que más adelante alguno o algunos cometan cualquier hecho de esa clase de tipos delictivos (en nuestro ej., de atentados terroristas, el conocido grito impreciso ¡Eta, mátalos!). Y exactamente lo mismo y por la misma razón se puede interpretar en cuanto al enaltecimiento del autor o autores¹²⁷ de esos delitos: no sólo los de algún hecho concreto cometido, sino también los autores de tipos delictivos de esa clase (en nuestros ej., la exaltación de miembros de la banda terrorista Eta, sin mayor precisión, como gloriosos “gudaris”).

El recelo u objeción de que la tipificación penal de la apología, en cuanto exposición de opiniones, valoraciones o ideas, es contraria y choca con la libertad de expresión y opinión, o incluso a la libertad ideológica, garantizadas en la CE en los arts. 18 y 16 ha estado tan extendido que algunos han mantenido que ello sucede incluso con la apología unida a una provocación o incitación directa al delito del actual art. 18.1, 2.º CP esp.¹²⁸, y se sostiene mucho más frente a otras figuras en la PE de apología de contados delitos muy graves que no tienen esa restricción. Hay que decir que *esa acusación de vulnerar las*

¹²⁷ Aquí caben dos interpretaciones: autor en sentido estricto, o autor del delito en sentido amplio, incluyendo tb. la exaltación de partícipes: inductores o cooperadores. En mi opinión, igual que en la provocación o incitación –que tiene que implicar la apología del art. 18.1, 2.º– se puede incitar a ser tanto autor como partícipe inductor o cooperador (necesario por razones de punición), es más adecuada la interpretación amplia de ensalzamiento de “su autor” como autor *lato sensu* incluyendo a cualquier partícipe porque dicho enaltecimiento también de inductores o cooperadores de esos delitos puede ser un medio totalmente idóneo para simultáneamente provocar directamente a tales delitos (y esa idoneidad abarca también al enaltecimiento de cómplices, pues no hay obstáculo de punibilidad si con él se incita como provocación directa, es decir, se incita a cometer uno de esos delitos como autores, inductores o cooperadores necesarios).

¹²⁸ Así REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología, 1997, 121 ss.; MORILLAS, Sistema, PG, 2018, 866 s. por el carácter expansivo de conceptos como exponer o manifestar, aunque en 868 s. más matizadamente coincide con la SAN 14/2015 en que cabe su constitucionalidad si se extrema la cautela caso a caso para no aplicarla de modo extensivo. Considera *posible*, incluso como provocación directa, el conflicto con la libertad de expresión DÍEZ RIPOLLÉS, PG, 5ª 2020, 551.

libertades de expresión e ideas no se le puede hacer a la figura del art. 18.1, 2.º de apología con provocación expresa a cometer el delito ensalzado, ya que tal expresión incita directamente a un ilícito y además muy grave, un ilícito penal, y tales libertades no son irrestrictas o ilimitadas, sino que por supuesto en ningún ordenamiento constitucional incluyen la libertad de incitar expresa e inequívocamente al delito (con independencia de si tal instigación es a su vez un ilícito penal o en otros casos es un ilícito no penal, por ser a delitos poco graves y no haberse entrado aún en la fase ejecutiva); en la CE se menciona en los arts. 20.4 y 16.1 como límites de las libertades de expresión e información y de ideología, religión o creencias, respectivamente, el no respeto a los derechos ajenos y la contrariedad al orden público protegido por la ley, sin necesidad de que lleguen a constituir ilícitos penales¹²⁹, así que mucho más dejará de estar amparada por tales libertades una apología que sea una incitación directa al delito.

Sobre la compatibilidad o no con la libertad de expresión y la ideológica de los tipos especiales de apología de algunos delitos sin necesidad de provocación directa v. *infra* IV 3, párr. 3.º, IV 2.b, párr. 3.º.

3) Figuras distintas, específicas en la PE

Como antecedentes a la regulación del actual CP 1995 hay que indicar que existieron en la Parte especial diversas figuras autónomas donde la apología no figuraba en la PG vinculada a la provocación: Por una parte en el anterior CP 1944/1973, donde ya se castigaba desde el principio la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado, incluyendo la rebelión y sedición, la tenencia ilegal de armas, explosivos y actividades terroristas, en los años ochenta tras el frustrado golpe de Estado del 23-2-1981 se añadió los delitos de apología de la rebelión militar y la sedición militar, y al final de su vigencia las apologías del genocidio y de la discriminación¹³⁰. Y por otra parte lo

¹²⁹ En la CE, para la libertad de expresión y opinión y para la de información el art. 20.4 declara expresamente que “estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (y en el Tít. I de la CE se reconocen derechos fundamentales, otros derechos personales no fundamentales y en el cap. III también derechos individuales o colectivos derivados de “los principios rectores de la política social y económica”); y para la libertad ideológica, religiosa y de conciencia el art. 16.1 las garantiza “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

¹³⁰ Las tres primeras figuras se fueron castigando en diversos preceptos de la PE del CP anterior como delitos autónomos de apología sin dar una definición del concepto y sin exigir que fuera pública ni tampoco supusiera una incitación directa al delito como requiere el actual art. 18.1, 2.º. Desde su inicio en 1944 el art. 268 castigaba la “apología oral, escrita o por ... procedimiento de difusión de delitos comprendidos en este título” [el enorme Tít. II del Libro II, de delitos contra la seguridad interior del Estado] “o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos y de sus culpables”. Tras el fracasado golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, se añadió en mayo de 1981 en el art. 216 bis a).1, 2.º la apología otra vez

mismo sucedía en el anterior CP Militar, el CPM de 1985, que castigaba la apología de los delitos contra la seguridad y defensa nacional, de la rebelión y de la sedición militares en tiempo de guerra y de los delitos contra los deberes de presencia y prestación del servicio militar¹³¹.

En el actual CP 1995 se ha tipificado también, al margen de la apología-provocación del art. 18, por considerarlos especialmente graves, como delitos autónomos (consumados) algunos tipos delictivos específicos de apología sin necesidad de provocación directa: en los arts. 578 (apología del terrorismo, desde la LO 7/2000)¹³², 510.2 b) (introducido por LO 1/2015: enaltecimiento o justificación de delitos contra grupos, integrantes de grupos o personas concretas por motivos de raza, etnia o nación u origen nacional, antisemitas, de ideología, religión, creencias, sexo, orientación o identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad), o el anterior 607.2, 1.º derogado en 2010 por considerarse dudosamente constitucional: difusión de ideas o doctrinas de justificación del genocidio; la otra modalidad, la de ideas o doctrinas que sostengan la negación del genocidio fue declarada antes inconstitucional y nula por STC 235/2007, de 7-11). Además existe un tipo confuso en el art. 170.2, el reclamo público de la comisión

del terrorismo y de la rebelión y como novedad la “apología de la rebelión militar, aunque no llegare a cometerse”; y en 1985 en el art. 221, 1.º a la incitación a la sedición militar se le añadió el hacer “apología de la sedición militar o de los sediciosos”.

Los delitos de apología pública del genocidio y la discriminación fueron introducidos en el CP anterior durante su último año de vigencia por LO 4/1995, de 11-5, en los arts. 137 bis b la del genocidio y 165 ter la de la discriminación, estuvieron en vigor hasta el 24-5-1996, en que entró en vigor el actual CP de nov. de 1995, y, anticipando parcialmente unos meses las características de la apología en éste, por primera vez definieron la apología, pero de modo diferente en cada figura, exigieron publicidad e imponían el requisito similar de “*poder constituer una incitación directa*” (aunque no tan contundente como la posterior fórmula en el art. 18 del nuevo CP de ser una “forma de provocación” y sólo si “constituye una incitación directa”). La tipificación de la apología del genocidio en aquel 137 bis, incluyendo las formas de negación y banalización del genocidio, era: “La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito”. En cuanto a la apología pública de la discriminación por origen racial, étnico o nacional o por su ideología, religión o creencias, castigada en el ap. 1 del art. 165 ter como forma de provocar o incitar a tal discriminación, el ap. 2 la definía así: “La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito”.

¹³¹ En el anterior CPM de 1985 las citadas apologías se castigaban respectivamente en los arts. 86, 81, 2.º, 95 y 129 sin definir la apología, que no tenía que ser pública, y sin exigir para nada incitación directa, mientras que han desaparecido en el actual CPM 2015.

¹³² La tipificación de la conducta del art. 578 es: “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”. Como se ve, a la apología directa –enaltecimiento o justificación– del terrorismo o los terroristas se añaden los ataques morales graves a las víctimas.

de acciones violentas por grupos terroristas, que no es claro si constituye o no apología¹³³. **No requieren incitación directa** al delito; salvan así la limitación del art. 18.2 y son pura apología pública sin necesidad de provocación o instigación.

Respecto la **compatibilidad o no con la libertad de expresión y la ideológica de los tipos especiales de apología de estos delitos** contra grupos odiados o discriminados o de genocidio y de terrorismo **sin necesidad de provocación directa**, a mi juicio sucede lo siguiente: En primer lugar, la posible colisión con la libertad de expresión y de ideas no puede darse *en las formas de enaltecimiento, ensalzamiento, loa o glorificación*, que aunque no induzcan directamente, sí suponen un *apoyo moral inequívoco y muy grave* a esos delitos gravísimos (los cometidos y otros de ese tipo en el futuro) y sus autores, además de *humillación y ataque a sentimientos legítimos de dignidad, dolor indignación y conmoción de víctimas, allegados y otras personas, incluso de la comunidad*, que se sientan afectadas, lo que ya sabemos que **rebasa totalmente los límites de ambas libertades**. *En las modalidades de defensa y justificación del delito o el delincuente*, que no tienen ese significado tan inequívoco, la colisión con las libertades de expresión e ideas podría darse si *en el caso concreto* se trata de alguna expresión de defensa que no tiene

¹³³ En efecto, esa peculiar figura típica del ap. 2 del art. 170 se regula, dentro del delito de amenazas graves con el fin de atemorizar a la población o un grupo, disponiendo: “los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, y no está claro en absoluto su significado; sobre ello cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 82 s., que destaca que la exposic. de motivos de la LO 2/1988, que introdujo ese ap. 2, declara que con él “se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las *amenazas* (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención”.

Y es que a tal efecto parece que *se ha buscado un término de significado equívoco y confuso*, “reclamar” la comisión de acciones violentas. En efecto, reclamar tiene el significado de pedir, llamar o clamar con repetición o mucha instancia o insistencia, pero también el de pedir o exigir con derecho, y en este segundo sentido equivale a reivindicar algo con derecho como propio, que por extensión da lugar al sinónimo de reivindicar, el de identificarse con algo o alguien como propio, de donde proviene uno de los significados de reclamo, el de propaganda de algo; siendo así, reclamar la comisión de acciones violentas de grupos terroristas puede significar tanto pedir insistentemente o exigir a esos grupos que cometan esas acciones como reivindicarlas como propias y hacer propaganda de ellas como algo compartido. Pero esto no es una figura intermedia entre la amenaza y la apología, ya que según la interpretación que se haga, eligiendo uno u otro de dichos significados o los dos, este tipo puede significar una de estas tres cosas: o provocación (incitación insistente) pública a cometer acciones violentas terroristas, que ya encajaría en la provocación del art. 18.1, 1.º (y que ciertamente tb. conlleva en este caso un significado de amenaza), o reclamo como reivindicación como propia y propaganda de tales acciones unido a reclamar o exigir que se cometan, que encajaría ya en la apología con provocación directa del art. 18.1, 2.º, o como tercera posible interpretación reclamo como reivindicación como propia y propaganda de tales acciones pero sin reclamar o exigir que se cometan, lo que sí sería una nueva figura específica de apología en este art. 170.2 sin provocación o incitación directa, pero en ese caso sin connotación de amenaza para la población o el grupo ni de algo intermedio, y que además parece que se superpondría con la apología del terrorismo del art. 578. Sea cual sea la modalidad que pretendía el legislador en 1988, en todo caso debería haberse formulado con claridad y precisión, en vez de utilizar una fórmula equívoca y confusa.

significado de apoyo moral a delitos de terrorismo o contra la humanidad, sino que pueda p. ej. ser la defensa o justificación de que es discutible, equivocada o excesiva la tipificación o de que en algún autor concurría alguna circunstancia especial disculpante o muy atenuante, lo que *sí estaría amparado por libertad de expresión y opinión o de ideas o de cátedra*, y por ello en la aplicación de la ley la sentencia deberá examinar con sumo cuidado caso a caso el significado y diferencias en ese sentido para interpretar restrictivamente los tipos y no aplicarlos en tales casos¹³⁴. Otra forma de evitarlo ya en la propia redacción legal es la del StGB austríaco¹³⁵. Pero en los restantes supuestos en que no suceda así, el castigo de la defensa o justificación de delitos terroristas o contra grupos odiados o de genocidio aun sin incitación directa a cometerlos no vulnerará la libertad de expresión ni de ideas, que no amparan el al menos intento de favorecimiento –apoyo moral o incluso incitación indirecta– de ilícitos gravísimos contra derechos básicos de personas y además una no desdeñable humillación y ofensa a legítimos sentimientos ya indicados del círculo próximo a las víctimas y de la comunidad; al reunir estos componentes de gravedad tales apologías de genocidio o terrorismo no cabe tampoco en mi opinión oponerse a su tipificación por considerarla contraria a los principios de *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho penal y de proporcionalidad, también con base constitucional¹³⁶. En cambio, sí puede al menos plantearse esta última objeción de ser político-criminalmente inconveniente o discutible en virtud de los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad e intervención mínima y de proporcionalidad la tipificación que hacen Códigos de otros países (v. *infra* IV 2.b) de la apología sin instigación o incitación directa de todos los delitos o de muchos delitos no muy graves.

¹³⁴ Si se interpretan esos tipos de apología para excluir supuestos así, se puede compartir la posición (cit. *supra* n. 128) de recelo, pero sin llegar como otros al rechazo de esas apologías, que mantiene MORILLAS, Sistema, PG, 2018, 868 s., en coincidencia con la SAN 14/2015, de que cabe la constitucionalidad de tales preceptos como compatibles con la libertad de expresión si se extrema la cautela caso a caso para no aplicar la apología de modo extensivo.

¹³⁵ El § 282.2 StGB austr. tipifica la aprobación pública de acciones castigadas con prisión superior a un año, pero requiere que se haga tal aprobación “de modo idóneo para indignar el sentimiento jurídico general o para incitar a cometerlas”.

¹³⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 2/14 ss., 24.s. Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en Luzón dir., EPB, 2002, 80, se opone a la punición de la apología del terrorismo del art. 579.2 no sólo por el peligro de excesos en contra de la libertad de expresar el pensamiento o la ideología, sino porque “los principios constitucionales y los principios que limitan el *ius puniendi*” –sin especificar cuáles– “deben mantenerse, aun a costa de cierta pérdida de eficacia, también en delitos que provocan tanta alarma como los relacionados con el terrorismo” (siguiéndole BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2001, 231 ss.); y la figura de la apología del genocidio del art. 607.2, posteriormente derogado, la consideraba igualmente “desde luego discutible desde el punto de vista de los principios constitucionales y de los limitadores del *ius puniendi*, por cuanto puede suponer un adelanto excesivo de las barreras de punición”.

En cuanto a la ***negación de la existencia misma de genocidios o crímenes contra la humanidad probadamente producidos*** fue declarada inconstitucional por el TC español en 2007 (aunque ciertamente el art. 607.2, 2.º castigaba no la negación, sino la difusión de doctrinas o ideas que nieguen el genocidio), pero se mantiene su castigo en varios CP europeos como el alemán, belga, austríaco, suizo o portugués, en algunos más extensivamente incluso añadiendo, igual que hizo el art. 137 bis del anterior CP esp. 1944/1973¹³⁷, la minimización o banalización, generalmente exigiendo que sea burda, de esos crímenes: v. a continuación IV 2.b. En todo caso es una forma de apoyo o auxilio moral menos intensa y abierta de esos delincuentes, porque no los justifica y aprueba sus actos, ni menos aún llega a ensalzarlos o enaltecerlos, solamente de modo más cobarde los encubre al negar la autoría o los hechos y con ello los disculpa indirectamente, es más taimada, pero también sumamente cínica y que puede producir igual dolor e indignación general y especialmente en las personas próximas a las víctimas. Por esos dos componentes, a mi juicio, no se puede considerar que tal negación esté amparada por la libertad de expresión e ideas por las razones expuestas en el nm. anterior, pero en cambio, dada su menor entidad, sí es al menos planteable la compatibilidad de su punición con los principios antes indicados de *ultima ratio*, subsidiariedad o intervención mínima, o en todo caso no es compatible con el principio de proporcionalidad si pese a su menor gravedad la pena no es inferior a la de la exaltación o justificación directa de los delitos.

b) Apología en Códigos de otros países

La apología en otros Códigos se regula de modo muy diverso según legislaciones: Unas castigan la ***apología pública de cualquier delito***: así el CP ital. arts. 414: apología pública de cualquier delito, incluyendo la contravención, 266: apología a militares a actos contra las leyes o sus deberes; art. 208 CP fed. mex.: provocación pública y apología de cualquier delito; art. 213 CP arg. la apología del crimen o delito; el CP bras. en su PE, art. 287 castiga la apología de cualquier delito o su autor; en art. 131 CP boliv. la apología pública de cualquier delito o delincuente; art. 316 CP per. ap. 1 la apología pública del delito o de su autor o partícipe, agravando las penas el aps. 2 si es de delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas, el Estado y la defensa nacional o los Poderes del Estado y el orden constitucional y el ap. 3 para la apología del terrorismo; en el CP venez. art. 286 la apología pública de un delito; en el CP ecuat. el art. 365 castiga la apología a cualquier delito (además de la apología específica de la sedición en art. 342, 3.º); en el 283 CP costarr. se sanciona la apología pública a cualquier delito; el art. 415 CP hondur. castiga con prisión corta (60 a 90 días) y multa hacer apología de acciones u omisiones constitutivas de delito; el CP salv. art. 349 castiga la apología pública de cualquier delito doloso; en el CP panam. el art. 398 castiga como apología el incitar públicamente a cometer delito.

Otras legislaciones castigan ***apologías de determinados delitos***, solamente o además de la apología general de cualquier delito: Así en el StGB alem. los §§ 130. 3 y 4: aprobar, negar, minimizar o banalizar los crímenes nazis contra la humanidad y, respectivamente, aprobar, enaltecer o justificar crímenes nazis, 131.1: enaltecimiento o minimización o banalización de atentados violentos y crueles contra la dignidad humana; 140: recompensar o aprobar públicamente diversos delitos graves; StGB austr. § 282.2 aprobación pública de acciones castigadas con prisión superior a un año de modo idóneo para indignar el sentimiento jurídico general o para incitar a cometerlas, § 283.1: aprobación, negación, minimización o banalización

¹³⁷ V. *supra*. n. 130.

grosera o justificación del genocidio o crímenes contra la humanidad, § 278c I.9a y 282a: aprobación (o incitación) de delitos terroristas; L belga 23-3-1995 para reprimir la negación, minimización, justificación o aprobación del genocidio nazi alemán en la 2ª guerra mundial; art. 261 bis, 2.º a 4.º CP suiz.: propagación y propaganda de ideologías que incitan al odio o discriminación racial, étnica, religiosa o sexual y (4.º) negación o minimización grosera del genocidio o crímenes contra la humanidad; art. 421-2-5 CP franc.: varias modalidades de apología del terrorismo; art. 240.2 b CP port.: negación de crímenes de guerra o contra la paz y la humanidad (como forma de difamar o injuriar a persona o grupo por su raza, color, origen étnico o nacional o religión), y por otra parte la “propaganda” de diversos ilícitos: de productos, objetos o métodos para el suicidio en el art. 139, con incitación a discriminación, odio o violencia raciales o religiosas en el art. 239, o de actividades ilegales de coaligación con el extranjero contra el Estado en el art. 331; el art. 32 CP nicar. castiga la apología, que tb. pueden ser privada, sólo en los casos previstos por la ley. V. para más detalles de las regulaciones y sus similitudes o diferencias con otros APPP *supra supra* II 3.c.

Sobre la compatibilidad o no de estas diversas figuras por una parte con las libertades de expresión y de ideas y por otra con los principios de intervención mínima o subsidiariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad v. *supra* IV 2.a 3). Por último, hay que señalar que, frente a los citados Códigos que castigan la apología, negación o incluso minimización del genocidio o crímenes contra la humanidad, notablemente no lo hace el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en el art. 25.3.e) no se conforma con su justificación o ensalzamiento, sino que solamente declara penalmente responsable a quien “respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa”.

V. CONSPIRACIÓN (COMLOT, CONCERTACIÓN, CONCIERTO, ACUERDO O AJUSTE, CONJURACIÓN)

1. Introducción: regulación actual del CP español

El art. 17. 1 actual CP españ. 1995 dispone (en fórmula idéntica a la del anterior art. 4, 1.º CP 1944/1973 y Códigos anteriores desde el de 1870): “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” (los CP 1848 y 1850 en el art. 4, 2.ª no añadían el inciso “y resuelven ejecutarlo”; y el art. 4 CP 1822 definía la “conjuración para un delito” como “la resolución tomada entre dos ó mas personas para cometerlo”). A continuación, el vigente CP, a diferencia del sistema de *numerus apertus* del anterior CP, establece el sistema de *numerus clausus* de delitos de la PE en los que será punible este acto preparatorio pluripersonal en el art. 17.3: “. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley”, y finalmente las penas previstas en los correspondientes preceptos de la PE para esta figura, igual que para las antes examinadas de proposición y provocación, son siempre las inferiores en uno o dos grados a las del respectivo delito consumado (exactamente igual que en CP anteriores establecía un precepto genérico en las reglas de determinación de la pena de la PG).

2. Características generales

La conspiración es de los actos preparatorios pluripersonales el más acabado y completo antes de pasar a la ejecución y por tanto tentativa, puesto que en él intervienen ya seguro y se comprometen a actuar varias personas, mientras que en proposición y

provocación como formas de instigación intentada sólo actúa una persona, aunque intentando involucrar a otra u otras. Con ese nombre (en Derecho español, angloamericano: *conspiracy*, etc.) u otros nombres, como complot, concierto o concertación (*Verabredung* en el § 30.2 del StGB alemán), acuerdo de varios, ajuste, conjuración ..., se describe y castiga como acto preparatorio pluripersonal en múltiples legislaciones. Siendo un acto más completo entre los preparatorios plurales por haber un acuerdo de varias personas anterior al comienzo de ejecución, sin embargo se caracteriza por su duración sólo temporal y no permanencia y en ello se diferencia de otras figuras delictivas también anteriores y encaminadas a cometer después delitos, pero con la nota de permanencia e incluso de una cierta organización o estructura, como son la asociación para delinquir y la banda u organización criminal, que se tipifican como delitos permanentes autónomos y no como simple acto preparatorio pluripersonal.

En todo caso la conspiración o concertación supone un paso más en la intervención e implicación pluripersonal en la fase preparatoria: aquí, con independencia de quién intentó antes incitar a otro(s), abierta o indirectamente, a delinquir, ya ha habido una pluralidad de personas, dos o más, que acuerdan delinquir y reparten papeles. Ello implica que generalmente es aún mayor que en la proposición, provocación o apología pública el peligro de comenzar la ejecución por cualquiera de ellos y el que el otro no pueda controlarlo aunque cambie de criterio, y también que es mayor el grado de compromiso recíproco entre los conjurados o concertados. Seguramente ello explica que sean más numerosas las legislaciones que consideran punible la conspiración a ciertos delitos que en el caso de las diversas formas de incitación intentada. Y también por esa razón hay voces que defienden que la pena para la conspiración debería ser algo superior a la de las figuras de proposición y provocación¹³⁸, orientación nunca seguida por los CP españoles¹³⁹.

3. **Ámbito: delitos a los que es aplicable**

Ya vimos (*supra* II 3.c) que la conspiración, concertación o complot tiene un ámbito de aplicación –delitos para los que es punible– diferente según los sistemas legales:

¹³⁸ V. *supra* II 4, párr. 3.º y n. 65 s. También alguna legislación minoritaria castiga la conspiración con mayor pena que la incitación: así, como hemos visto *supra* en n. 61 y 65, en el art. 13. I CP fed. mex. considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a “los que acuerden ... su realización”, lo que supone para el acuerdo o concierto la pena del autor del hecho consumado, mientras que el art. 208 castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor

¹³⁹ Ni por la mayoría de legislaciones.

a) En unos sistemas es regulada la conspiración en la PG *para diversos delitos de la PE que la prevean expresamente*, o en la propia PE para diversos delitos concretos, o sea, con un sistema de *numerus clausus*, como prevé en España el art. 17.3 del actual CP 1995, coincidente con los CP históricos más liberales, los de 1822, 1848, 1870 y 1932 (en todos en el art. 4), o en el StGB austr. o en los CP pol., ital., belg., franc., chil, urug., argent., venez., bras., boliv., cub., nicar., guat., salv., hondur. o costarr.¹⁴⁰.

b) En otros ordenamientos la conspiración, complot o concertación es admitida en la PG o en la PE *para todos los delitos*, o sea en sistema de *numerus apertus*: en la PG el sistema de los CP españ. de 1850, 1928, 1944/1973, en los CP federal mex. y domin. y anterior CP cub. 1978; o en la PE el sistema angloamericano, donde, como ya vimos, se castiga la conspiración con concertación o puesta de acuerdo –*conspiracy, agreement*– para cualquier delito en el sistema angloamericano¹⁴¹: en el estadounidense, británico o de la India, o en los CP colomb., fed. mex., panam., dominic. o portorr.¹⁴². c) Como tercera posibilidad se ofrece la de castigarla *para todos los delitos graves o crímenes* (así el § 30 StGB alemán). d) Algún CP como el ecuat. no castiga ninguna modalidad de conspiración o complot.

En los diversos sistemas la pena, que podrá variar, es prácticamente siempre inferior a la del delito consumado para el que se conspira. Para muchos más detalles de las diversas regulaciones v. *supra* II 3.c). Pero a veces se puede en algunos delitos tipificar la conspiración como delito consumado y con la misma pena de éste, constituyendo entonces un acto preparatorio tipificado como consumado con una anticipación enorme de las barreras de protección, castigando antes que en el delito de emprendimiento, que requiere pasar a la fase de tentativa.

¹⁴⁰ Así en el § 277 StGB austr. o en los arts.16 § 1 y 2 CP pol., 8 CP chil, 7 CP urug., 31 CP bras., 12.1 CP cub., 32 CP nicar., 17, 3.º CP guat., 23 CP salv., 17 CP hondur., 106-110, 123quater, 124 s., 115, 304 s, 307 s. CP ital., 106-110, 115 § 1 6.º, 123quater, 124 s., 136 y 235 CP belg. (detalles *supra* n. 35), 412-2 y 1 CP franc., 216 s., 233CP argent., 128, 132, 1º, 144.2 y 164 CP venez., 288, 307 CP costarr. Para la regulación en detalle de estos preceptos v. *supra* II 3.c 1b'2) - 2b'2).

¹⁴¹ Lo destacan tb. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 18.ª 1995, 780 s.; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, 2.ª 2016, 189.

¹⁴² Así art. 13. I del vigente CP federal mex. 1931, art. 12.1 anterior CP cub. 1978, art. 60 CP domin. (conspiración a cualquier delito como forma de complicidad); o en la PE el sistema angloamericano, donde, como ya vimos, se castiga la conspiración con concertación o puesta de acuerdo –*conspiracy, agreement*– para cualquier delito en el sistema angloamericano: en el Tít. 18 (crímenes y proced. criminal), cap. 19 del US Code (USC northeam.) y en la parte I de la británica Criminal Law Act 1977 o en la secc. 120A del Indian Penal Code 1860, versión de 2019); art. 340 CP colomb.: concierto para delinquir, art. 329 CP panam. (la concertación de tres o más para cualquier delito es considerada asociación sin exigir permanencia), art. 244 CP portorr.: conspiración para un delito, sea grave o menos grave

4. Requisitos de la conspiración

a) *Requisitos no polémicos*

Determinado el ámbito de delitos en que es punible, fijado en cada país por la propia ley, la interpretación de la mayoría de los requisitos de la conspiración o concertación no suscita controversias o no grandes discusiones en doc. y jurisprud. Así el CP español como la mayoría de los extranjeros requiere la intervención de dos o más sujetos¹⁴³; y es indiferente quién toma iniciativa de concertarse¹⁴⁴, que implica, tras deliberar y en su caso planificar, ponerse varios de acuerdo, no importando la forma, expresa oral o escrita, o también por hechos concluyentes¹⁴⁵, personal o mediante otro y por tanto sin verse personalmente¹⁴⁶. El concierto o acuerdo ha de ser para un delito concreto y determinado¹⁴⁷, no sólo porque lo exige el tenor legal al requerir la concertación y resolución para un delito (máxime en el mayoritario sistema de conspiración punible sólo para delitos concretos en *numerus clausus*, pero también para el sistema de *numerus apertus*), sino además porque es sobre la pena de ese delito sobre la que opera la pena inferior para la conspiración¹⁴⁸.

El texto legal de los diversos Códigos exige finalmente *resolución* de ejecutarlo, de modos que si varios deliberan sobre cómo cometer un delito, pero no llegan a una decisión

¹⁴³ Excepcionalmente alguna regulación, como art. 329 CP panam. requiere la concertación de tres o más personas sin exigir permanencia, pero la llama asociación.

¹⁴⁴ Así LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 33; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/43.

¹⁴⁵ Cfr. MAURACH, JZ 1961, 139 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 153; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/43; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006, § 30/60; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/25. En cambio, BARBER, Los actos preparatorios, 2004, 183, y MORILLAS, Sistema PG, 2018, 855, exigen manifestación expresa para la certeza probatoria.

¹⁴⁶ Cfr. ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/43; HEINRICH, AT, 6.ª 2019, nm. 1371.

¹⁴⁷ Así p. ej. FERRER, Com I, 1946, 86; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 34 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rgz. Mourullo, Coment I, 1972, 152 ss.; MIR, PG, 2.ª 1985, 285; 10.ª 2015/2016, 13/36; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 427; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 (PG, 1981), y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 III 1; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª 1989, 8.ª 2014 (PG 2, 1995), 53/39; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 303; REBOLLO, La provocación, 1997, 45; CAMPO MORENO, Actos preparatorios, 2000, 35; QUINTERO/MORALES, Manual PG, 2.ª 2000, 579; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 180 s.; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/43; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 855; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/25. En la jurisprud. p.ej. STS 1140/2010, 29-12.

¹⁴⁸ Argumentando así p. ej. MIR, PG, 2.ª 1985, 285; 10.ª 2015/2016, 13/36; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 427; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 303; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 180 s.; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137.

firme y en serio, a una resolución, aún no hay conspiración¹⁴⁹; y se acepta mayoritariamente que puede haber resolución firme si todos convienen en pasar a la ejecución aunque ello se someta a que se dé una *condición*, como que la víctima esté en tal lugar, o que no estén presentes determinados terceros que puedan ser dañados, o (en el caso BGHSt 12, 306 ss.) que los sujetos, que están presos, se puedan evadir de la prisión¹⁵⁰. También mayoritariamente se requiere un mínimo de *viabilidad, idoneidad* o posibilidad de realizarse en la resolución acordada¹⁵¹, exigencia que a mi juicio se desprende del primer requisito para la imputación objetiva (aquí de la propia conducta), la adecuación, idoneidad o creación de peligro relevante, excluyéndose la misma, igual que en la tentativa, si la inidoneidad es *ex ante* obvia, objetivamente evidente para cualquier espectador normal cuidadoso: v. ya para la instigación o proposición *supra* III 2, párr. 2.º. Basta un acuerdo o concierto totalmente transitorio; no precisa acuerdo (y

¹⁴⁹ Lo subrayan entre otros GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984, 560; MIR, PG, 2.ª 1985, 285; 10.ª 2015/2016, 13/36; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 427; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 303; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 18.ª 1995, 780, con citas de autores en n. 29-31; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, desde 1.ª 2004, 220, a 9.ª 2022, 280; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 856; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137; STS 24-10-1989; 440/2006, 7-4 321/2007, 20-4. En la doc. alemana diversos autores (p. ej. ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/47 ss.; HEINRICH, AT, 6.ª 2019, nm. 1371 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/26 ss.) tratan ampliamente los supuestos en que alguno o algunos de los que discuten un plan delictivo no va en serio, en cuyo caso consideran con razón que no es conspirador, y sí en cambio los demás siempre que sean al menos dos, pero advierten que la conducta del que no se lo toma en serio puede sin embargo ser punible por alguna de los otros peculiares APPP existentes en el StGB como el ofrecerse o declararse dispuesto o la aceptación de un ofrecimiento.

¹⁵⁰ Así p. ej. SAN 18-5-1999, A 2161, para una conspiración de terroristas para matar al rey en la inauguración en Bilbao del museo Guggenheim, que condicionaron la ejecución a que no fueran a morir personas particulares, alegando que hubo resolución firme, pero la condición suponía que ante el riesgo de matar a particulares se dejaba la ejecución para más adelante (sent. apoyada por Barber, Los actos preparatorios, 188); en la jurisprud. alemana BGHSt 12, 306 ss., tb apreció resolución en los presos que decidieron efectuar un robo violento con la condición de lograr fugarse. Igualmente DREHER, Grundsätze und Probleme des § 49a StGB, GA 1954, 14; KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 43.ª 1961, § 49a/V.1; MAURACH, JZ 1961, 139; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 (PG, 1981), y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 III 1; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/46; BARBER, cit. 2004, 186 ss. En cambio, CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 146 ss., aplicando el criterio roxiniano del incremento del riesgo y el de la peligrosidad *ex ante*, hace depender la respuesta de si la condición de que se produzca un hecho externo es fácil de cumplirse o al contrario tan difícil que es muy improbable para cualquier espectador objetivo que se realice, apreciando resolución ya en el primer caso y negándola en el segundo. A mi juicio, si la condición que ponen los sujetos para actuar es difícilísimo o casi imposible que se cumpla, no estarán tomando una resolución en serio (además de poder negarse la idoneidad o viabilidad de la resolución, que se expone a continuación); igual, por cierto, que si la condición fuera aplazar la ejecución del hecho hasta dentro de muchos años, en cuyo caso es absolutamente inseguro dónde y cómo estará cada conspirador y qué opinará.

¹⁵¹ Así RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rgz. Mourullo, Coment I, 1972, 154 ss., no admitiendo inidoneidad en la conspiración a diferencia de la tentativa; le sigue REBOLLO, La provocación, 1997, 47 s. Exigiendo viabilidad QUINTERO/MORALES, Manual PG, 2.ª 2000, 579; PG, 5.ª 2015, 409; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 194, 196 s. (en estas últimas aplicando el criterio de Mir para la tentativa inidónea de impunidad si *ex ante* evidentemente inidónea); LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 856; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188. STS 886/2007, 2-11; 1140/2010, 29-12.

organización) con carácter estable o permanente, esa es la diferencia con la asociación para delinquir ¹⁵² e incluso con la organización criminal.

Por último, *no comienzo aún de ejecución* (si comenzara, sería ya tentativa) ¹⁵³. Si se entra en la ejecución, la conspiración como fase anterior menos grave queda desplazada como ley subsidiaria o, si se prefiere, consumida o absorbida (subsidiariedad tácita o consunción) ¹⁵⁴.

b) Ámbito de sujetos intervinientes (requisito polémico)

Es muy controvertida la cuestión de qué papel han de tener en la posterior ejecución los sujetos intervinientes en la deliberación y acuerdo para poder ser conspiradores; se trata de la discusión sobre el entendimiento de la conspiración como preparación únicamente de coautoría o también de participación (cuando se entre en la fase de ejecución, en la tentativa) ¹⁵⁵.

1) Posición restrictiva

Esta posición mantiene que conspiración es preparación de coautoría, de modo que no será conspirador quien intervenga en el acuerdo pero él en la fase de ejecución será

¹⁵² Así lo destacan GARCÍA-PABLOS, Asociaciones ilícitas, 1978, 238; Ruiz Antón, El agente provocador, 1982; CEREZO, RDPCr 1 1998, 14; Curso III, 2001, 181; PG, 2008, 903: mayor o cierta estabilidad en la asociación; igual GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 327; STS 886/2007, 2-11; POLAINO, Lecc PG, II, 2ª 2016, 240; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 859 s., muy ampliamente; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 548 (ambos señalando tb. la diferencia con la organización criminal: estable o indefinida y reparto de funciones y grupo criminal, con alguna de las características de la organización); MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 491.

¹⁵³ Así LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 34 s.; JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 II.1, V; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 II.1, V; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 425; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1995, 1520; en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 300; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 723; CEREZO, Curso III, 2001, 184; PG, 2008, 906; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, desde 1.ª 2004, 220, a 9.ª 2022, 277, 281; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, § 30/53; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 856; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 9.ª 2022, 277. STS 24-10-1990; 16-12-1998, A 10.316; 556/2006, 31-5; SAN 65/2007, 31-10.

¹⁵⁴ Así califican de relac. de subsidiariedad p. ej. JESCHECK, AT 1.ª 1969 a 4ª 1988/Tratado PG, 1981, § 65 V; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.ª 1975, 15/112; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996/PG, 2002, § 65 V; ROXIN, AT, II, 2003/PG II, 2014, § 28/69; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, § 30/53 ss., 79, 81; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/53 ss., 79, 81; BGHSt 14, 378. Incliniéndose por la consunción: LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 34; CEREZO, Curso III, 2001, 184; PG, 2008, 906; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135; llamándola absorción MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 704. Sorprendentemente POLAINO, Lecc PG, II, 2ª 2016, 240, afirma que, si se realiza el delito, hay dos actos punibles: la conspiración y el delito fin.

¹⁵⁵ No obstante, hay que señalar que parte de la doctrina no se pronuncia sobre este debate. Así p. ej. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 18.ª 1995, 780 s. (no plantean la cuestión, y solamente en n. 33 781 mencionan la STS 17-1-1986, que afirma que la conspiración es una autoría anticipada, lo que podría acaso interpretarse como asentimiento a esa postura); POLAINO, Lecc PG, II, 2ª 2016, 240; ALASTUEY, en Romeo/Sola/Boldova, 2.ª 2016, 189, planteaba las dos interpretaciones sin elegir (mientras que sí elige la interpret. amplia en RDPCr 21 2019, 73 ss.: v. *infra* n. 164 ss.).

solamente un partícipe, no autor, o sea un cooperador o inductor. Es algo mayoritaria en la doc. española, y se defiende sobre todo con el argumento de que la redacción del CP, tanto en los anteriores como en el actual, requiere que los sujetos resuelvan “ejecutarlo”, que implica ejecutarlo ellos mismos, o sea, ser coautores, por lo que sólo serán conspiradores quienes reúnan las condiciones típicas del sujeto para ser coautores y se reserven un papel de coautores para la fase ejecutiva, no quienes vayan a tener en dicha fase un papel de meros partícipes: cooperadores o inductores¹⁵⁶. Y es claramente la doc. dom. en Alemania¹⁵⁷, que sin embargo añade a los futuros inductores porque lo añade expresamente el § 30.2 StGB¹⁵⁸: concierta con otro cometer un delito grave o inducir al mismo. En otros países la cuestión dependerá en gran medida de los términos legales de la correspondiente descripción de la conspiración, concertación o complot.

Pero tanto en la doc. española como sobre todo en la alemana hay que advertir que gran parte de quienes sostienen esto defienden, en una posición que no se puede compartir, que los cooperadores necesarios son coautores por tener dominio funcional del hecho, ya que si no realizan su aportación se impide el hecho¹⁵⁹ (o en la versión más

¹⁵⁶ FERRER, Com I, 1946, 82; GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, 164 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rgz. Mourullo, Coment I, 1972, 151 s. (aunque distinto antes en ADPCP 1968: v. *infra* n. 164); RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 75; MIR, PG, 2.ª 1985, 285; 10.ª 2015/2016, 13/33 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 426 s., pero a los coautores añaden los cooperadores ejecutivos del antiguo art. 14, 1.º; RODRÍGUEZ RAMOS, Comp PG, 4.ª 1988, 234; MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 143 ss., 148 ss. (acepta esta interpretación, pero rechaza sus resultados prácticos); VIVES ANTÓN, Coment I, 1996, 104; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 481 ss.; REBOLLO VARGAS, La provocación, 1997, 40 ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc II, 1999, 261; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 825; en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 891 ss.; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 702; en Zugaldía/Pérez Alonso, Lecc PG, 3.ª 2016, 182; DEL ROSAL BLASCO, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 955; CUELLO CONTRERAS, PG, 2009, pp. 319 s., 323, XIV/342, 347 (aunque antes en La conspiración 1978, 39 ss., sostiene lo contrario: v. *infra* n. 164); BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 392; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Landrove, 2011, 1074 ss.; LH-Morillas, 2018, 615 s.: aunque en ambos considera lo esencial la inducción recíproca para ser coautor; DEMETRIO CRESPO, en Demetrio/de Vicente/Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, 251; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 136; Coment práct. I, 2015, 221; MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen 2019/2021, nm. 2677; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 547; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 490 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, PG, 9.ª 2022, 280. Tb. STS 1547/1993, 25-6; 440/2006, 7-4; 596/2014, 23-7.

¹⁵⁷ Así, por todos, LETZGUS, Vorstufen, 1972, 110; BUSCH, LK 9.ª 1970, § 49a/31; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, desde 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 30/18, 24; STRATENWERTH, AT, 2.ª 1976, nm. 921; SAMSON, SK, 2.ª 1977, § 30/19; JESCHECK, AT, 4.ª 1988 (PG, 1981), y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 III 1; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª 1989, 8.ª 2014 (PG 2, 1995), 53/42; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/60 s.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, StGB, de 27.ª 2006 a 29.ª 2014, SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/25; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, § 30/72 s.; HEINRICH, AT, 6.ª 2019, nm. 1371; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 29/35; todos ellos con ulteriores citas de doc. y jurisprud. Pero a partir de la nueva PG del StGB en vigor desde 1975 reconocen todos que el § 30 II añade a la concertación para cometer el delito la encaminada solamente a inducir a otro para que cometa el delito.

¹⁵⁸ Así todos los cits. en la nota anterior desde SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, o sea a partir de la nueva PG de 1975.

¹⁵⁹ Cfr. para exposición (y crítica) de esa posición –tanto la que se conforma con la necesidad (esencialidad) de la cooperación y por tanto un mero dominio negativo, como la que siguiendo a Roxin

restrictiva encabezada por ROXIN los cooperadores necesarios que prestan su aportación durante la ejecución y no antes¹⁶⁰); entendimiento este del dominio funcional del hecho ampliatorio de la coautoría que en una variante u otra es abrumadoramente dominante en la doc. alemana .Y por tanto, aunque digan que sólo encajan en la conspiración quienes en la fase de ejecución van a ser coautores, están incluyendo bajo esa denominación a una parte muy importante de meros partícipes, los cooperadores que sean necesarios, esenciales, y por tanto de los cooperadores solamente están excluyendo a los meros cómplices no necesarios¹⁶¹. Y para el inductor, el que ha instigado a alguno o algunos de los futuros coautores e interviene también en la deliberación, la doctrina alemana entiende que pese a ello no procede incluirlo en la conspiración o concertación del § 30 II, porque su conducta ya está abarcada por el precepto anterior, el § 30 I, que castiga la inducción o instigación intentada¹⁶². Por otra parte, a ello hay que sumar que en la jurisprud. española (y alguna doc., sobre todo en la antigua) se llama autores o coautores no sólo a los autores estrictos (del actual art. 28, 1.º CP), que realizan la acción típica y con dominio positivo del hecho, sino también a todos los equiparados en pena del párr. 2º art. 28 (“se consideran autores”, como ya se decía en el art. 14, 2.º y 3.º de los anteriores CP españ.), o sea a los inductores y los cooperadores necesarios, que realmente son partícipes, con lo que están

exige además que la cooperación actúe en la fase ejecutiva (o estadio ejecutivo): *im Ausführungsstadium*—DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 596 ss., 651 ss., 664 ss., 672 ss. y citas en 673 n. 444 de quienes exigen actuar en fase ejecutiva y quienes no; LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2000), FS-Roxin, 2000, III. 2 c, 592 ss.; AFDUA extraord. 2000, 70 ss. = DPCo 2003-2, 108 ss.; inalterado en ForFICP 2023-2, 130 ss.; añadiendo la doc. actualizada hasta hoy cfr. el propio ROXIN, Täterschaft u. Tatherrschaft, 11.ª 2022, 307 ss., 326 ss. y 862 ss. sobre dominio funcional en general, y 307 ss., 877 s. para la posición restrictiva que exige aportación en el estadio o fase ejecutiva.

¹⁶⁰ Cfr. indicaciones sobre esta posición más restrictiva encabezada por Roxin en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 672 ss. y citas en 673 n. 444.; LUZÓN/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2000), FS-Roxin, 2000, 592 ss. n. 60 y 67; AFDUA extraord. 2000, 70 ss. n. 60 y 67 = DPCo 2003-2, 108 ss. n. 60 y 67; inalterado en ForFICP 2023-2, III. 2 c, n. 60 y 67; añadiendo la doc. actualizada hasta hoy cfr. el propio ROXIN, Täterschaft u. Tatherrschaft, 11.ª 2022, 307 ss., 877 s.

¹⁶¹ Sin embargo, en la concepción correcta restrictiva de la autoría los cooperadores necesarios no van a ser (co-)autores puesto que, por mucho que su ayuda sea necesaria, no realizan estrictamente la acción típica y, en los delitos de resultado, carecen del dominio positivo del hecho que es preciso para ser (co)autor.

¹⁶² Aparte de ello, en la doc. alemana no se discute siquiera la posibilidad o conveniencia de incluir a los partícipes instigadores en la conspiración (cuando otros han aceptado la inducción) para un delito grave, dado que la instigación intentada a un delito grave es indudablemente punible ya autónomamente según el § 30 I StGB aun antes de que el instigado la acepte o no: así lo reconocen expresamente p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 30/25, cuando, al exigir en la conspiración acuerdo para posterior actuación en común de igual rango como coautores (o posteriores inductores), añaden: “Aun cuando varios autores adopten una concertación, el inductor que les instiga a ello sólo puede ser abarcado por la vía del § 30 I”. De modo que por tanto en Derecho alemán está clarísimo de que el inductor que sin reservarse él un papel de futuro autor instiga a otro u otros a ser autor(es), aunque no se lo incluya en el precepto de la conspiración (§ 30 II), va a ser punible en todo caso y con la misma pena por la instigación intentada del § 30 I, sin que en el StGB haya la duda que, como hemos visto *supra* 32/53 ss., introduce la regulación de la proposición en los CP españoles al decir que el proponente/instigador es quien “ha resuelto cometer un delito” e invita o propone intervenir a algún otro.

admitiendo como conspiradores a esos futuros partícipes junto con los autores, posición amplia que vamos a ver que es correcta. Por todo eso he calificado sólo con reservas de doc. mayoritaria en España a la posición restrictiva.

2) Posición amplia (preferible)

a') La inclusión entre los conspiradores de futuros meros partícipes junto con autores

La interpretación, que considero **preferible**, considera que en la conspiración se trata de la preparación y **acuerdo en común tanto de la (co)autoría como de la participación en la ejecución como inductor o cooperador**¹⁶³; con tal de que se acuerde, eso sí, que se pase a la ejecución del hecho, es decir **que al menos alguno de los**

¹⁶³ Así QUINTANO, Comentarios, 1.ª 1946, 48, 2.ª 1966, 58; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 32 s.: acuerdo de pluralidad de sujetos para realizar sin exigir que vayan a ser autores y reconociendo además, que uno puede ser únicamente instigador, o sea proponente o provocador cuando lo acepta algún otro; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, 298-303, incluye la conspiración entre las formas de participación anticipada”; CUELLO CONTRERAS, La conspiración 1978, 16 ss., 39 ss., 125 ss. (sosteniendo que basta una inducción recíproca, aunque alguno de los conspiradores no vaya a intervenir en la ejecución; en cambio v. la posic. posterior de RGUEZ. MOURULLO y CUELLO CONTRERAS limitada a la futura coautoría *supra* en n. 157); GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984, 559: tb. la futura cooperación necesaria por considerarla coautoría por dominio funcional; PEÑARANDA, La participación, 1990, 136 s., similar a Cuello Contreras; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521-1522; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 304 s.; CEREZO, RDPCr 1 1998, 14; Curso III, 2001, 181; PG, 2008, 903; CALDERÓN/CHOCLÁN, DP I, 1999, 288; BARBER BURUSCO, 2004, 171 ss.; FUENTES OSORIO, La preparación delictiva, 2007, 369 ss., 377 ss.: inducción recíproca conjunta, aunque haya alguno ya resuelto inicialmente a delinquir; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 326; ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 73 ss., con muy detenida argumentación; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2021, 418: participación intentada. Pero hay que precisar que parte de estas voces (como GÓMEZ BENÍTEZ, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, CEREZO o BARBER) en su admisión de la futura participación mencionan sólo la cooperación. Dudosa la posición de MORILLAS, Sistema PG, 2018, que en 855 considera más adecuada la posición de la coautoría anticipada “pero no de de manera no absoluta”, reconociendo que puede haber algún concertado que luego no lleve a cabo actos ejecutivos de coautoría, pero añade “con lo que no entraría entre los conspiradores a que se refiere el art. 17”, y en 856 dice que, si se pasara de la conspiración a la iniciación ejecutiva, “supondría la presencia en grado de coautores o copartícipes de un delito intentado o consumado”.

En la jurisprud. españ. admiten a futuros partícipes p. ej. STS 7-5-1975, 353/2007, 7-5. Pero tb. lo hacen, como destaca ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 79 s., muchas sents. que comienzan hablando de la conspiración como coautoría anticipada, pero porque manejan, aquí como tb. en general para las fases de ejecución un concepto amplio de coautoría que incluye no sólo la autoría estricta –directa, mediata, coautoría como co-realización típica–, sino también la inducción y la cooperación necesaria como formas de participación que legalmente “se consideran” como, se equiparan a la autoría: así cita las STS 556/2006, 31-5, 77/2007, 7-2, o 454/2015, 10-7, y la SAN 65/2007, 31-10 (ésta cit. tb. por MORILLAS, cit., 856), en todas las cuales se declara que, si tras la conspiración se iniciara la ejecución, ello “supondría ya la presencia de coautores o partícipes en un delito intentado o consumado”; y hay otras muchas sents. (expuestas detalladamente por ALASTUEY, cit., 80) en que se castiga por conspiración al sujeto que sólo induce sin reservarse papel de cooperador o de autor: STS 149/2017, 9-3, y a quien induce y además acepta realizar luego cooperaciones diversas: STS 791/1998, 13-11, 1574/1998, 16-12, 596/2014, 23-7, y otras que castigan como conspiración la proposición cuando es aceptada, tanto si el inductor va a ser tb. coautor como si se limita a inducir a otro para que sea autor: STS 1113/2003, 25-7, 891/2006, 22-9, y 308/2014, 24-3 (y ALASTUEY, cit., en 80 n. 54 cita otras muchas SAP en el mismo sentido). Sin citar sents. concretas GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 326, dice decantarse por esta posición amplia de incluir a los futuros partícipes “de acuerdo con la jurisprudencia dominante”.

conspiradores lo ejecute y sea autor por tanto, pues el tenor legal exige que “resuelvan ejecutarlo”. Y por tanto en Derecho español no habrá por el contrario conspiración si los concertados únicamente acuerdan inducir a alguien no concertado –lo que en cambio sí es concertación para el § 30 II StGB alemán– o cooperar o ayudar a alguien, que no interviene en ese acuerdo, a que ejecute un delito¹⁶⁴, ya que en ese caso no resuelven aún ejecutar, sino sólo resuelven favorecer, participar ellos para que otra persona ajena al acuerdo ejecute. Pero aquí hay que advertir también de que la regulación penológica en el CP español de la conspiración y la complicidad obliga a excluir al futuro mero cómplice –no necesario– del círculo de sujetos que pueden incurrir en una pena por conspiración: v. *infra* V 4.b 4) y para la proposición y provocación ya *supra* III 4.e, párr. 3.º y IV 1.a 4).

b’) Argumentos formales y materiales

Esta posición amplia sobre el futuro papel de los sujetos conspirantes es preferible, en primer lugar, por un *argumento formal*: resolver ejecutarlo puede perfectamente interpretarse como **resolver que se ejecute, que el delito se ejecute** por uno de ellos, dicho figuradamente, que lo ejecute el conjunto (o sea, uno de los concertados con la ayuda de los demás), no necesariamente cada conspirador¹⁶⁵. Sin embargo, este argumento formal solamente replica a la argumentación de la posición restrictiva que exige futura coautoría basándose en su interpretación del tenor literal legal de que los conspiradores han de acordar ejecutar o cometer (o términos similares) ellos mismos el delito, pero deja abierta la cuestión de si, pese a esa posibilidad de interpretación amplia

¹⁶⁴ Así lo sostienen CAMPO MORENO, *Actos preparatorios*, 2000, 51 s.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, 377 ss., 397 ss; CUELLO CONTRERAS, PG, 2009, 325; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), *Coment*, 2015, 222; ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 73 s., 78. ALASTUEY, en 74-75, considera además con razón que esa impunidad es político-criminalmente acertada por ser menos grave concertarse para actos de participación sin pasar aún a la ejecución, que sería mera preparación de participación, que concertarse para que se pase ya a la fase de ejecución y ayudar en ella (destacando en n. 33 p. 74 que igual que FUENTES OSORIO cit.. cree que esos supuestos son de menor peligrosidad).

Precisando aún más, personalmente opino que planificar solamente ser algunos o alguno partícipe sin incluir en la deliberación a alguno que vaya a actuar como autor es siempre menos peligroso y grave que cuando se delibera junto con algún futuro autor: si se delibera y resuelve sólo inducir a un tercero a ser autor, menos peligroso y grave porque aún está lejana, no es inmediata una futura posible fase de ejecución (empezando por la tentativa de un autor) y además no se ha involucrado en el plan a la figura principal, el autor, que ahora aún no se ve impulsado ni comprometido con ellos; y si se delibera y resuelve solamente cooperar alguno(s) de los concertados con un futuro autor que posiblemente (o incluso seguro) va a realizar la ejecución del delito, ciertamente esta planificación no es lejana, sino justamente la inmediatamente previa a la fase de ejecución, pero –igual que en el supuesto de preparar sólo una inducción–, al no haber contado en la deliberación y planificación con un autor, no se ha involucrado en el plan a la figura principal, el autor, que ahora aún no se ve apoyado, reforzado ni comprometido con ellos.

¹⁶⁵ Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521 s.; en Luzón dir., EPB, 2002, 304 s.; BARBER, *Los actos preparatorios*, 2004, 171 ss.

del tenor legal, habría razones materiales para rechazar con la interpretación restrictiva y no admitir conspiración para los meros partícipes futuros.

Por eso lo decisivo para inclinarse por la interpretación amplia que admite también a los futuros partícipes no autores son **argumentos materiales**, concretamente **teleológico-axiológicos**: 1.º) El *refuerzo de terceros a la decisión* del resto de conjurados *y el que los demás se sientan más comprometidos* ante un tercero, que es la razón de la punición de estos actos preparatorios pluripersonales adelantada antes del comienzo de ejecución, *opera igual y con la misma eficacia* en cuanto otra persona se ofrece a otro sujeto a coadyuvar a la realización del delito, siendo *indiferente* que en el reparto de funciones le corresponda *ser sólo partícipe o autor*, y por tanto la concertación de quien se ofrece como partícipe para que se ejecute el hecho aunque sea por otro u otros no representa un desvalor inferior, es *igual en desvalor* por esa razón a la de quien se ofrece como (co)autor anticipado¹⁶⁶. 2.º) Además, como ha apuntado agudamente Alastuey, en la realidad *será muy frecuente que el reparto de funciones tenga que incluir conductas de participación además de la de estricta ejecución* por algún autor o autores, precisamente porque no es tan imprescindible que haya más de un autor, mientras que sí se suele requerir la ayuda de partícipes, del ideador o de algún cooperador, es decir de otros que no sean autores, por lo que valorativamente carece de sentido que no sean conspiradores esos futuros intervinientes tan necesarios para la planificación y acuerdo del futuro hecho delictivo¹⁶⁷. Por eso no se habla de autores o partícipes de la conspiración, sino de conspiradores.

3.º) Adicionalmente hay un importante **argumento sistemático**, que no es meramente formal, sino **también de carácter axiológico-valorativo** y por ello material: si, como hemos visto, desde la reforma de 2015 del art. 17.2 CP españ. en la proposición (conceptualmente anterior a la conspiración) se amplía intencionadamente el círculo de

¹⁶⁶ Argumento sistemático de ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 75.

¹⁶⁷ Así lo resalta con toda la razón ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 74, quien por este mismo argumento considera (74 s. y n. 34) que también carece de sentido la interpretación mantenida por unos pocos de que, si en la concertación sólo hay un futuro autor que lo ha acordado junto con otros que van a ser sus cooperadores necesarios, ni siquiera habría conspiración para el que se compromete como autor, pues no habría conspiración en absoluto sin al menos dos co-autores: así en efecto MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 143; CUELLO CONTRERAS, PG, 2009, 324. Esta posición aún más restrictiva, que no sólo excluye de la responsabilidad por cooperación a los futuros partícipes, sino incluso a quien acepta ser autor, si va a ser él solo el ejecutor y no hay al menos otro coautor, supone una interpretación aún más literalista del “resuelven ejecutarlo” como “resuelven ejecutarlo todos”, resuelven ser todos ejecutores y co-autores, y es claramente rechazable por todas las indicadas razones axiológicas, teleológicas y de tener en cuenta la realidad de lo que sucede en los acuerdos para delinquir.

destinatarios de la instigación del proponente –un inductor en tentativa, vaya a ser o no después también autor– a todo tipo de participantes en el delito: como futuros autores o también como meros partícipes, sistemática y valorativamente no tiene sentido que en la conspiración, preparación en la que todos aceptan y por ello más próxima a la ejecución que la simple proposición, sólo se acepte la planificación para futuros coautores y no para futuros partícipes que van a ser muy importantes junto al autor¹⁶⁸.

c') ¿Inclusión también del instigador o inductor?

En mi opinión, siempre con tal de que entre los conjurados haya uno que vaya a ejecutar estrictamente como autor, el inductor de ese (que de todos modos ya encajaba en la proposición, antes aún de que el invitado hubiera aceptado o rechazado, pero que pasa al estadio siguiente de conspiración al aceptar el invitado y concertarse dos o más) será conspirador aunque no se (le) reserve ningún nuevo papel activo, ni siquiera de cooperar adicionalmente, en la ejecución¹⁶⁹: porque ya se han puesto de acuerdo al menos dos para ejecutar, que es lo que requiere el tipo del art. 17.2, y porque en la ejecución el inicial inductor sigue siendo el inductor de un (o algún) autor ya de tentativa y luego autor de la consumación, y además sigue siendo el ideador básico del plan, a veces en la planificación ideador incluso de los demás detalles de la fase de ejecución; y por eso y por no retirarse el instigador es *eo ipso* simultáneamente un cooperador moral y funcional del delito y además necesario (pues sin su instigación a quien no iba a delinquir no se habría producido ese delito concreto), con lo cual en él se da siempre la característica de ser un cooperador (necesario) del hecho, que es lo que admiten sin duda los partidarios de esta concepción amplia.

Ahora bien, para la interpretación que aquí se ha compartido de la proposición individual como instigación o intento de inducción directa a otro para que sea autor –y tras la ampliación de 2015 también para que sea partícipe– aunque el proponente no vaya a ser (co)autor él mismo, realmente carece de trascendencia práctica incluir o no entre los sujetos de la conspiración al inductor o instigador del delito (de los incluidos en el

¹⁶⁸ Así ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 74. Por su parte DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521 s.; en Luzón dir., EPB, 2002, 304, sostiene que considerar conspiradores tb. a los futuros partícipes equiparados en pena a la autoría resulta “bastante justo y probablemente menos arbitrario” que la interpret. restrictiva.

¹⁶⁹ En este sentido, además de la doc. cit. *supra* n. 164 que admite a todos los futuros partícipes (salvo la mera complicidad para muchos) insistiendo de modo especial en la admisión del inductor aunque no se reserve un papel en la ejecución ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 77 ss.; igual STS 1994/2002, 29-11 1113/2003, 25-7, 891/2006, 22-9, o 308/2014, 24-3. En contra expresamente de admitir la inducción LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 136 s. (además de exigir futura coautoría).

numerus clausus) cuando otro u otros acepta(n) su proposición y se concertan, pues en todo caso la conducta de ese inductor encajará o en la conspiración o en la proposición: En efecto, manteniendo la concepción amplia de la proposición, aunque no se incluyera entre los futuros partícipes que junto con un autor sí son conspiradores al inductor-instigador en privado que en la ejecución no va a ser coautor ni tampoco cooperador, de todos modos su conducta sería punible como proposición a uno de esos delitos legalmente seleccionados, o sea, como “proponente” ya antes de si el instigado (o instigados) acepta(n) su proposición y aunque no la hubiera(n) aceptado y no se hubieran concertado. Por tanto, si hay aceptación y acuerdo, para la posición que mantengo de que la conducta del inductor-instigador sí encaja entre los futuros partícipes y por tanto en la conspiración pero que ya antes ha encajado en la proposición porque ya vimos que ésta no excluye que el invitado acepte la propuesta con tal de que no ejecute: *supra* III 4.f, la única discusión teórica es si responde por uno u otro acto preparatorio pluripersonal.

O sea, la cuestión es si en el *concurso de leyes* o normas ante dos posibles calificaciones típicas perfectamente aplicables se opta por la proposición-instigación privada en virtud de la regla de la *especialidad*—dado que en la conspiración se contempla la actuación conjunta de autores y cualesquiera partícipes, mientras que la proposición se ciñe más específicamente sólo a una clase de partícipes, los inductores— o por la conspiración en virtud de la regla de la *subsidiariedad tácita* o la de la *consunción* o *absorción* aplicables a los casos de progresión delictiva, de tal modo que el estadio o fase posterior es preferente y desplaza al anterior, lo consume o absorbe, y aquí la proposición-instigación inicial ha sido aceptada y los sujetos se han concertado. Planteada así la alternativa, podría parecer en principio preferible la calificación como proposición/inducción intentada (del art. 17.1 CP o § 30 I StGB, comprensiva tanto de la instigación no aceptada como de la aceptada por el instigado pero aún no ejecutada) como calificación más especial que la también concurrente de conspiración, dado que la proposición se refiere específicamente al instigador o inductor, mientras que la regulación de la conspiración habla de varios sujetos que acuerdan pero no menciona específicamente al instigador, y dado que en el concurso de leyes es preferente la regla de la especialidad, como lo confirma en el CP español el art. 8, donde es la regla 1.^a para resolver un concurso de leyes, antes de las reglas 2.^a y 3.^a de la subsidiariedad y de la consunción y absorción. Pero ello no es así, porque, examinando a fondo el principio o regla de la especialidad, resulta que en este caso *la calificación especial es la de*

conspiración cuando la invitación es aceptada y por tanto hay que elegirla *frente a la de simple proposición*. En efecto, en el concurso de leyes o aparente la regla o principio de especialidad supone que la *lex specialis* o precepto especial contiene en su descripción todos los elementos o presupuestos de la *lex generalis* o precepto general, más algún – como mínimo otro– elemento específico ulterior no contenido en la norma general¹⁷⁰; pues bien, aquí ocurre que el *precepto de la proposición no es ley especial*, aunque se refiera nominalmente al instigador, *porque no contiene todos los elementos de la descripción de la conspiración*, pues le falta el que varios se pongan de acuerdo y resuelvan ejecutar el hecho, mientras que en cambio el precepto de la conspiración sí se puede considerar ley especial porque, al hablar de sujetos que se conciertan y resuelven, ahí está comprendido perfectamente, aunque no mencionado nominalmente, el elemento de la proposición del instigador que quiere la comisión e invita a otro u otros a intervenir en esa comisión, pero además contiene como ulteriores elementos específicos no contenidos en la proposición los de ponerse de acuerdo varios y resolver ejecutarlo. Por ello, no es solamente que se debe considerar *por consunción o subsidiariedad tácita de más peso por la progresión delictiva la conspiración cuando la instigación/proposición ha sido aceptada y otros sujetos se conciertan con el inductor y resuelven* ejecutar, factor que no se tiene en cuenta en la calificación como proposición, sino que *además la norma de la conspiración* opera aquí precisamente por esos elementos como *precepto especial frente al de la proposición*, que no puede ser en ningún caso ley especial, y en consecuencia hay que dar preferencia a la calificación como conspiración¹⁷¹.

¹⁷⁰ Así desde HONIG, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925, 113. Cfr. por todos JESCHECK, AT, 4.^a 1988 (PG, 1981), y JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a 1996 (PG, 2002), § 69 II 1; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 33/177; MIR PUIG, PG, 10.^a 2015/16, 27/71.

¹⁷¹ Apreciando tb. concurso de leyes entre una proposición aceptada y conspiración, que por absorción se resuelve a favor de la conspiración STS 15-2-1993; tb. absorción MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 704 solucionándolo por la vía de la progresión, RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 175 s.; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 194; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 218 s.; SCHÜNEMANN, LK, 11.^a 2006, § 30/53 ss., 79, 81: en esos casos de progresión siempre subsidiariedad; igual SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.^a 2019, § 30/53 ss., 79, 81.

En cambio, sin plantear un concurso de leyes, esta de conspiración es la calificación que asigna al iniciador LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 32 s., reconociendo que uno de los sujetos puede ser únicamente proponente o provocador cuando lo acepta algún otro (en el CP anterior la provocación no tenía que ser pública); tb. sin plantear concurso sostienen que cesa la proposición cuando el invitado acepta y pasa a ser conspiración LANDECHO/MOLINA, PG, 5.^a 1996, 433, 11.^a 2020, 509; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.^a 2022, 491 s.; REBOLLO, La provocación, 1997, 52; AGUILAR, en Morillas (dir.), Estudios sobre el CP reformado, 2015, 57 s.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 861; STS 20-10 1972, A 3851; igualmente prefiere la conspiración para el inductor cuya proposición o instigación es aceptada por algún autor y eventualmente por algún partícipe ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 77 ss., quien en cambio en 92 ss. reserva la figura de la proposición del art. 17.1 para la inducción o instigación no aceptada o aún no aceptada por el instigado.

Pero hay que recordar que esta alternativa de elegir entre proposición o conspiración no rige para todas las interpretaciones de la proposición del CP español: si la inducción es privada y no pública, la figura de la proposición no abarcaría al inductor antes de la tentativa para quienes interpretan –contra lo que aquí se defiende– que el art. 17.2 (como el art. 4, 2.º de los anteriores CP), al decir que el sujeto ha resuelto cometer un delito, requiere que el proponente quiera además intervenir él mismo como autor; y entonces, si se sigue esa interpretación que aquí no se comparte, en todo caso debería limitarse a la proposición no aceptada o aún no aceptada por el instigado, pues en caso de aceptación sí tiene importancia práctica considerar impune la instigación o invitación de quien no va a intervenir en la ejecución si se la calificara como proposición, o por el contrario que se considere conspiración y por ello punible la inducción de quien no se reserva otro papel si es aceptada por un futuro autor; en ese supuesto recobra todo su sentido político-criminal recordar que el mero inductor, cuando no fracasa en su intento de inducción, sino que convence a los demás en el complot con acuerdo y resolución para que ejecuten como autores y en su caso cooperadores pero sin asumir él el futuro papel de autor, sea castigado como conspirador por haberse llegado ahora a un acuerdo e involucrarse todos recíprocamente y concurrir en él plenamente, más incluso que en otros conjurados, la consideración teleológica y valorativa antes expuesta de ser el ideador inicial, muchas veces el principal ideador en la planificación y de que en todo caso su participación supone siempre una cooperación necesaria para la futura ejecución.

d') ¿Pena igual o diferente según el grado de futura intervención?

Otra cosa es que legislativamente se pudiera plantear si es más adecuado diferencias de pena según el grado de participación que se reserve a cada conspirador), en cuyo caso, aparte de dejar legislativamente claro qué clase de futuros intervinientes en la ejecución pueden ser conspiradores, podría ser mayor la pena para conspiradores futuros autores que para los concertados como futuros meros partícipes por entender menor su peso y gravedad de su intervención dentro de la conspiración¹⁷². Pero ello no parece que tenga

Igual consideración como conspiración y no proposición si es aceptada la instigación o invitación, tanto si el proponente va a ser simple inductor como si va a intervenir en la ejecución, adopta la jurisprudencia desde la STS 1994/2002, 29-11: ya he citado *supra* n. 108, 163 y 169 las STS 1113/2003, de 25-7, 891/2006, 22-9, y 308/2014, 24-3 (analizadas por ALASTUEY, cit., 80, que en n. 54 cita otras muchas SAP en igual sentido).

¹⁷² La doctrina que ha discutido sobre las penas que deberían tener los actos preparatorios pluripersonales punibles, generalmente lo que ha planteado con razón es que las penas de ellos deberían ser inferiores a la pena de la tentativa, y excepcionalmente algunos autores que la pena de la conspiración, por ser un estadio posterior en el que ya varios se ponen de acuerdo y por tanto, si ha habido instigación o proposición de alguien, es aceptada, debería ser superior a la pena de la fase anterior de proposición o instigación intentada (v. *supra* II 4 y III 4.f), y alguna legislación minoritaria castiga la incitación con menor pena que la conspiración (así, como vimos *supra* en n. 61, en el art. 13. I CP fed. mex. considera autores o partícipes del delito, sin diferencia de pena a “los que acuerden o preparen su realización”, lo que supone para el acuerdo o concierto y para la preparación en general la pena del autor del hecho consumado, mientras que el art. 208 castiga la provocación o apología públicas con pena propia menor si el delito no se comete).

mucho sentido, dado que para la ejecución –tentativa y consumación– en el sistema español los inductores y cooperadores necesarios, aunque según el actual art. 28 no “son autores”, penológicamente son equiparados a los autores, “se consideran autores”, y precisamente esos serían los futuros partícipes que hemos visto que podrían ser considerados conspiradores. En cambio, como ya he advertido (*supra* V 4.b 2a’), con la regulación penológica del CP actual y anterior, el mero cómplice (no necesario) no puede encajar entre los conspiradores: porque tendría más pena que la del cómplice del hecho en la fase ya de tentativa; por ello, si en una reforma legal se quisiera mencionar expresamente entre los sujetos de la conspiración al cómplice, habría que prever para él una pena no superior, y en buena técnica inferior, a la del cómplice en la tentativa.

3) Posiciones intermedias

Entre la posición restrictiva que sólo admite a futuros (co)autores y la amplia, que comparto, de admitir tanto a autores como a partícipes, hay algunas posiciones intermedias: quienes dicen que cuando la ley dice “resuelven ejecutarlo” usa sólo una imagen, que deja a la interpretación si se reservan el papel de ejecutores o de participantes durante la ejecución¹⁷³, o quienes hablan de futuros autores, pero parecen incluir ahí también a los que la ley (en los Códos. españ. art. 14 CP anteriores, 28, 2.º CP 1995) equipara a los autores estrictos: cooperadores necesarios o inductores, pues solamente excluyen expresamente a los cómplices¹⁷⁴.

4) Exclusión penológica en el CP español de la mera complicidad o cooperación no necesaria

No obstante, como ya he anticipado (*supra* III 4.e, párr. 3.º y IV 1.a 4) para la proposición y provocación, V 4.b 2a’ para la conspiración), con la regulación penológica española tanto en los CP anteriores como en el vigente (no así en la legislación de otros países, salvo que en alguno se dé una regulación penológica paralela) es obligada la *exclusión de la punición por conspiración* (para los delitos del *numerus clausus*) a la *mera complicidad*, la mera cooperación *no necesaria*. En efecto, ello ha de ser así, no por imposibilidad conceptual de subsumir la complicidad no necesaria en la descripción típica de la conspiración, puesto que, si un sujeto que en la ejecución va a ayudar simplemente como cómplice se pone de acuerdo con el futuro autor para cometer el delito, se cumple el tenor legal de que dos personas se han concertado para el delito y resuelven ejecutarlo, sino porque, al igual que vimos en la proposición, por un argumento penológico en CP español el simple cómplice no necesario no puede responder penalmente por

Pero quienes admiten dentro de los conspiradores a futuros partícipes no se plantean diferentes penas según la clase de conspiradores.

¹⁷³ Así ORTS, CPC 1982, 497 ss.; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 722.

¹⁷⁴ P. ej. CAMPO MORENO, Actos preparatorios, 2000, 33, 43: conspirar para ser autores y no meros cómplices, lo que, aunque no lo aclara, sugiere que en los autores incluye a los partícipes asimilados legalmente, inductores y cooperadores neces.

conspiración: el futuro cómplice, si comienza la ejecución o tentativa, absurdamente tendría menor pena, la inferior en dos o tres grados (inferior en 1 o 2 grados por tentativa más otra rebaja de un grado por cómplice) que la pena de la conspiración, sólo inferior en 1 o dos grados a la del autor del delito consumado, así que le convendría abandonar la fase preparatoria y que entraran en la más peligrosa fase de ejecución ¹⁷⁵.

No obstante, si se conciertan para cometer el delito dos sujetos, que en la ejecución serán uno autor, el otro sólo cómplice, en mi opinión sí hay conspiración, ya que, como he dicho, se cumple lo requerido en la descripción típica de la misma en el CP tanto actual como los anteriores: dos o más personas se conciertan para ejecutar un delito y resuelven ejecutarlo entre ambos: el autor como ejecutor directo realizando el hecho típico y el cómplice ayudando a esa ejecución, pero sólo responde por ella el futuro autor, no el futuro cómplice (no necesario) por la razón que se ha expuesto.

VI. OTROS POSIBLES ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

Como ya se anticipó *supra* II 3.b), en el § 30. 2 StGB alem. se prevé además la punición del hecho de declararse dispuesto a delinquir (históricamente se introdujo en 1876 como § 49a, el llamado “parágrafo Duchesne”, por la conmoción periodística y política porque a fines de 1874 en París un calderero belga llamado Duchesne se ofreció sin éxito por carta al arzobispo de París J. H. Guibert a asesinar al canciller alemán

¹⁷⁵ El argumento lo formuló por primera vez GIMBERNAT, Autor y cómplice, 1966, 166, pero incoherentemente aplica este argumento para excluir no sólo al cómplice, sino también al cooperador necesario afirmando: “la única interpretación defendible es la que excluye del art. 4 párrafo 1º [del CP anterior] el concierto para cooperar (necesariamente o no) con actos preparatorios – y lo fundamento así: si el cómplice fuera también conspirador, entonces lo que le interesaría sería que el delito llegase a la esfera de la ejecución, esto es, le interesaría ser calificado de cómplice de un delito intentado y no de reo de conspiración” y lo explica con la comparación de penas expuesta en el texto); ello realmente se debe a que en pp. 164 s. ha defendido que “ejecutar” en la conspiración es ejecución en sentido estricto, la del autor o coautores, y por ello quedan fuera de la definición legal de conspiración los actos no ejecutivos de participación (cooperación necesaria y complicidad) intentados y frustrados. Señala tb. que el argumento penológico de Gimbernat no vale para el futuro cooperador necesario, pues éste tiene prevista la misma pena que el autor, sino sólo para el cómplice BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 164, n. 375. Dentro de quienes mantienen la posición amplia, que incluye en la conspiración también a futuros partícipes, aplican dicho argumento penológico para excluir de la conspiración a quien va a ser mero cómplice no necesario DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521 s.; en Luzón dir., EPB, 2002, 305 s.; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 163 s. y n. 375, 170. Pero tb. dentro de la doc. mayor., que restringe los conspiradores a los coautores, se utiliza este argumento penológico para excluir en todo caso a los meros cómplices no necesarios, así LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, 1997, 482; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, LH-Morillas, 2018, 612. Por el contrario, ALASTUEY, RDPCr 21 2019, 77, rechaza que, dado el deficiente tratamiento del CP español, en penas para los APP en comparación con la tentativa, sea suficiente el argumento penológico para excluir del ámbito de la conspiración a los futuros simples cómplices, ya que le parece harto complejo distinguir en fase aún de conspiración sin esperar a la ejecución quiénes van a ser cooperadores necesarios o meros cómplices no necesarios. Algunas sents. admiten expresamente tb. al futuro mero cómplice: STS 15-12-1978, A 41 61; 2002/1994, 5-11: v. ampliamente sobre ambas BARBER, cit., 2004, 170 s. n. 389.

Bismark a cambio de que se le pagaran 60.000 francos, lo que motivó que el gobierno alemán introdujera esa figura en su Código, además de exigir al gobierno belga que hiciera lo propio); y la aceptación de un ofrecimiento; pero en ambos casos sin llegar a la conspiración. Igual sucede por esa misma razón en el art. 136septies 2.º CP belga, que, como se vio *supra* II 3.c 1) c’), castiga el ofrecimiento o la aceptación del ofrecimiento para ciertos crímenes contra la seguridad interior del Estado.

Como he señalado *supra* II 3.a, párr. 3.º, ROXIN cree que *no concurre* en la peculiar figura del § 30, 2 StGB alemán del “declararse dispuesto” ni puesta en marcha de un curso no controlable ni vinculación de la voluntad al compromiso con tercero, por lo que propone su supresión y sustituirlo por la asunción de un compromiso de delinquir¹⁷⁶. A mi juicio, tales actos preparatorios dirigidos a otra persona, que son un residuo histórico de un caso, el del belga Duchesne, el sujeto que se ofreció a atacar contra el jefe de gobierno de otro país, lo que explica que no hayan sido aceptados en las legislaciones comparadas fuera de los dos países afectados, son anteriores a los APPP que hemos examinado hasta ahora: el ofrecerse a delinquir como tal no es más que el anuncio de una disponibilidad del oferente que no involucra a terceros, salvo que se vea como una instigación a otro u otros sujetos a aceptar el ofrecimiento, pero ello aún no sería instigación a delinquir en fase de ejecución, sino instigar a aceptar una propuesta de futura conspiración; y la aceptación del ofrecimiento sí involucra ya a dos o más sujetos en la preparación, pero para deliberar y resolver cómo cometerlo, es decir para una futura conspiración aún no realizada. Por ello, aunque sí hay en ambos casos un intento de vinculación de voluntad ajena y propia, la peligrosidad de los actos para bienes jurídicos y la futura dificultad de control es aún muy remota, por lo que no parece nada clara la legitimación políticocriminal de emprender su tipificación, que, al revés, parece más que discutible.

VII. CONCURSO DE DIVERSOS ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

1. Concurso en un acto preparatorio pluripersonal (punible) o varios para cometer varios delitos

Si en un único APPP, una proposición o instigación personal o una provocación pública o una conspiración, el acto se dirige a que en la fase de ejecución se cometa no

¹⁷⁶ ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/8.

un solo delito concreto, sino varios delitos diferentes –de tipos distintos, como secuestro, robo violento y homicidio, o del mismo tipo, como robo, pero reiterado en distintos sitios y momentos–, la opinión hoy mayorit. sostiene con razón, frente a la posición que defiende que se responde de un único APPP (una única conspiración o incitación)¹⁷⁷, que con una sola acción habrá un *concurso ideal* de tantas proposiciones, provocaciones o conspiraciones cuantos sean los delitos a los que se encamina el acto preparatorio, dado que las regulaciones legales castigan el acto preparatorio de instigar o de conspirar para cometer un delito concreto, no delitos¹⁷⁸, pues el APP correspondiente no es un delito en sí mismo, sino que es sólo una etapa preparatoria, ni siquiera ejecutiva del delito al que va encaminado y cuya pena va referida a la del concreto delito propuesto¹⁷⁹, máxime en el sistema mayoritario y hoy vigente en el CP españ. de *numerus clausus*, pero también en los sistemas de *numerus apertus*.

Sin embargo, este indudable concurso de delitos no será ideal¹⁸⁰, sino *concurso real o medial*, según que una acción no sea medio para la otra o sí lo sea, cuando haya no unidad de acción, sino diversas acciones pluripersonales separadas tendentes cada una a la comisión de un delito¹⁸¹. Habrá *concurso real* en el caso, que podrá suceder sobre todo en la conspiración, de que cada acto preparatorio pluripersonal de un determinado delito se lleve a cabo dentro de una acción temporalmente separada y claramente distinta de una siguiente acción encaminada a la preparación aunque sea con la misma persona de otro

¹⁷⁷ Así lo han mantenido, sobre todo en el anterior CP con sistema de *numerus apertus*, argumentando que el texto legal equipara en conspiración, proposición y provocación la expresión para cometer o ejecutar un delito a “para delinquir”, RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rgz. Mourullo, Coment I, 1972, 164 ss.; ORTS, CPC 1982, 500; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 430; COBO/VIVES, PG, 5.ª 1999, 722 (hay una única voluntad criminal); CAMPO MORENO, Actos preparatorios, 2000, 42.

¹⁷⁸ Así lo sostienen respecto de la conspiración FERRER, Com I, 1946, 86 s. (concurso ideal si el acuerdo es para cometer un concurso ideal o medial, pero aprecia concurso real aunque haya una única concertación si es para un concurso real de delitos); CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 109; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 303 s., aunque en 304 admite que tendría cierto fundamento apreciar concurso de leyes por consunción del delito(s) menos grave(s) por el más grave; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios, 2004, 199 s., aun considerando no descartable apreciar concurso de leyes si en los delitos concertados no es claramente diferenciable en calidad y cantidad la afectación del mismo bien jurídico; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137. En la doc. alemana SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006-07, § 30/58, y SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/58, plantean diversos supuestos de concurso ideal de una instigación intentada que al tiempo supone un intento de otro delito como coacción o un cohecho activo (aquí más bien sería concurso medial entre el soborno y la instigación intentada a un delito de funcionario) o entre un intento de inducción a alguien concreto simultáneo con provocación general a una masa.

¹⁷⁹ Así lo sostienen DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1521; en Luzón (dir.), EPB, 2002, 303 s.; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 137; SCHÜNEMANN, LK, 12.ª 2006-07, § 30/80; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 30/80.

¹⁸⁰ Sin embargo, plantean solamente el concurso ideal CUELLO CONTRERAS, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO o BARBER, cits en n. 178.

¹⁸¹ Así MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen 2017, 2016, 315; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 857.

delito distinto: p. ej. alguien planifica y resuelve con otro cometer con tal o cual reparto de funciones un robo intimidatorio en una joyería y a continuación, con cierta separación temporal aunque sea pequeña, planifican con alguna variante otro atraco en otro comercio, o alguien intenta convencer a otro de que intervenga en un atraco a un banco y, como el instigado no se decide, a continuación intenta persuadirle para que participe en otro robo menos peligroso en una joyería. Y si ese concurso real de acciones separadas se realizara de ese modo consecutivo por tener por objeto preparar –planificar y acordar– un primer delito –p.ej. una detención ilegal– como medio necesario para planificar y acordar los detalles de un segundo delito que estaría en concurso medial con el primero –v.gr. robar con intimidación o matar al detenido–, entonces el concurso real evidentemente se convertirá en un *concurso medial* o instrumental, de dos conspiraciones distintas en nuestro ejemplo.

2. Concurso entre diversos actos preparatorios punibles (pluripersonales) para el mismo delito

Se trata de decidir si hay concurso de delitos o de leyes cuando un sujeto realiza más de un APP encaminado a realizar el mismo delito, un solo delito concreto. El supuesto más discutido es el de una inicial proposición y, al aceptar el instigado, una posterior conspiración v.gr. para un asesinato. Ya hemos visto ampliamente *supra* V 4.b 2) c' que, aunque un sector niega la proposición si el instigado acepta la invitación y afirma que constituye conspiración, la solución más correcta es entender que el hecho encaja inicialmente tanto en la proposición como en la conspiración, calificación que debe resolverse en un concurso de leyes a favor de la conspiración no sólo por la subsidiariedad tácita y la consunción o absorción por progresión delictiva, sino ya por la regla de la especialidad¹⁸².

Pero también puede plantearse concurso entre proposición individual y provocación pública (a un homicidio); provocación pública y después conspiración con uno de los provocados que se ha convencido.

VIII. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

Los arts. 17 y 18 del vigente CP español no prevén la eficacia eximente de quien

¹⁸² Sobre mi fundamentación v. ampliamente *supra* V 4.b 2c', párr. 3.º. Y para citas de doc. y jurisprud. sobre esta cuestión cfr. *supra* n. 156 s., 163.

desista voluntariamente de estos actos preparatorios pluripersonales punibles (a diferencia de lo que sí hacía el art. 4, párr. 4.º del CP 1850¹⁸³, y de la exención expresa que prevén el § 31 StGB alemán¹⁸⁴ y algunos CP de otros países¹⁸⁵).

Por ello alguna opinión minoritaria en la doc. españ. sostiene que en estos actos no cabe exención por desistimiento voluntario¹⁸⁶. Pero el desistimiento voluntario, como considera la doc. españ. mayoritaria, necesariamente ha de tener la misma eficacia exigente que en la tentativa¹⁸⁷ (en la opinión más correcta, exención por causa personal

¹⁸³ Dicho párr. 4.º del art 4, añadido al CP 1848 en la reforma de 1850, disponía: “Exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la Autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haber comenzado el procedimiento”. La exención exigía por tanto no sólo desistir (por cierto sin requerir que fuera espontánea o voluntariamente), sino tb. confesar a la autoridad antes del inicio del procedimiento; PACHECO, CP coment I, 3.ª 1867, art. 4.º/45-46, hace suyo el informe del Colegio de abogados de Madrid criticando con razón (en n.º 46) que, mientras que en la tentativa basta el desistimiento voluntario, en la fase anterior se requiriera además confesión a la autoridad.

¹⁸⁴ Dicho § 31 dispone: “(1) No será castigado por el § 30 quien espontáneamente [o voluntariamente: *freiwillig*]/ 1. abandone el intento de determinar a otro a cometer un crimen, y contrarresta el peligro eventualmente existente de que el otro cometa el hecho, 2. o después de haberse ya declarado dispuesto a cometer un crimen, abandone su proyecto, o/ 3. después de haberse concertado para la comisión de un crimen o de haber aceptado el ofrecimiento de otro para un crimen, impida el hecho./ (2) Si el hecho finalmente no se produce sin la actividad de quien desiste o si se comete independientemente de su anterior conducta, bastará para su impunidad su esfuerzo espontáneo [voluntario] y serio por impedir el hecho.”

Sobre el desistimiento de estos actos preparat. o previos a la intervención pluripersonal en la regulación alemana cfr. ampliamente, por todos, MAURACH, AT, 1.ª 1954-4.ª 1971/Tratado II, 1962, § 53 II E; JESCHECK, AT, 1.ª 1969 a 4.ª 1988 (PG, 1981), § 65 IV; SAMSON, SK, 1.ª 1975 a 7.ª 2000/03, § 31/1 ss.; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.ª 1975, 15/114; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 18.ª 1975 a 26.ª 2000, § 31/1 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 2.ª 1991/PG, 1995, 27/15 ss.; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.ª 1989/PG 2, 7.ª 1995, § 53 II F; AT 2 8.ª 2014, § 53 II F; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65 IV; KÖHLER, AT, 1997, 542-544; JOECKS, MK, 1.ª 2003, 4.ª 2020, § 31/1 ss.; ROXIN, AT II, 2003/PG II, 2014, § 28/101 ss., 98 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, StGB, de 27.ª 2006 a 29.ª 2014, § 31/1 ss.; SCHÜNEMANN, LK, 11.ª 2006, § 31/1 ss.; HOYER, SK, 9.ª 2017, § 31/1 ss.; KÜHL, AT 8.ª 2017, § 20/255 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.ª 2019, § 31/1 ss.; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.ª 2019, § 31/1 ss.; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 29/41 ss.; RENGIER, AT, 12.ª 2020, 8/40 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 51.ª 2021, nm. 1087 ss. V. además *infra* Bibl. s. Desistimiento en los actos preparatorios punibles.

¹⁸⁵ Así el art. 34, 2.º CP parag.: desistimiento en la tentativa de instigar; tb. el § 16 StGB austr sobre desistim. de tentativa de uno o varios sujetos, que, al tener un sistema unitario de autor, incluye el intento de instigación o de participación.

¹⁸⁶ Así POLAINO, Lecc PG, II, 2016, 240, compartiendo la no previsión legal por alegar que desistir requiere una actuar previo que aquí falta, argumento no convincente porque claro que hay acto (preparatorio para involucrar a otro). Tb. CEREZO MIR, RDPCr 1 1998, 16 s. = Obras completas II, 2006, 390 s.; Curso PG III, 2001, 184; PG, 2008, 905 s., entiende inaplicable la exigente analógica porque cree que en el nuevo CP 1995 la prohíbe en el art. 4.3, pero lo considera un grave error. Una posición peculiar sostienen para la conspiración QUINTERO en QUINTERO/MORALES, PG, 5.ª 2015, 409, y siguiéndole MORILLAS, Sistema PG, 2018, 859 (que tb. se opone a aplicar la exigente por analogía añadiendo que para el legislador habría sido sencillo regular como exigente el desistimiento en estos APPP y no lo ha hecho), afirmando ambos que, como la conspiración tiene permanencia con vocación de pasar a la ejecución, si un interviniente desiste (de forma distinta al art. 16.3) y se aleja, realmente no ha conspirado; este razonamiento no es aceptable, pues si el sujeto ya había aceptado el plan y la resolución es ya conspirador por mucho que se aleje, y sólo no lo sería si el sujeto sólo había deliberado, pero aún no había aceptado la resolución común.

¹⁸⁷ Así ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 406, 440; QUINTANO, Comp I, 1958, 382; CÓRDOBA RODA, Notas a Maurach, Tratado II, 1962, 394; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 166 ss.; en Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, Coment, 1997, 81; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, VII,

de supresión de la punibilidad por rectificación postdelictiva): 1) porque sería injusto que si se pasa a la fase de ejecución, más grave por más peligrosa, quepa la exención por desistimiento voluntario y no fuera posible en la anterior fase menos peligrosa y menos grave¹⁸⁸, o sea, argumento *a maiore ad minus*, de mayor a menor, en este caso: quien puede eximirse por desistir de lo más grave, la tentativa con ejecución ya iniciada, ha de poder beneficiarse de la exención por desistir de los menos grave, la etapa preparatoria anterior sin haber pasado a la ejecución¹⁸⁹; 2) y porque sería absurdo por contraproducente, ya que, si no cupiera desistimiento eximente en esta fase preparatoria, pero sí en la de tentativa, el ordenamiento estaría incitando a los sujetos a pasar a la fase de más grave de tentativa para tener la puerta abierta de decidir un posible desistimiento eximente¹⁹⁰.

Caben estas posibles soluciones: o apreciación de una exención en aplicación del principio *a maiore ad minus*: de lo mayor a lo menor, es decir en este caso, por el argumento de que si el desistimiento voluntario tiene eficacia eximente en lo más grave, haber realizado ya el comienzo de ejecución, a tentativa, tiene con mayor razón que ser eximente en lo menos grave, el acto preparatorio pluripersonal, o exención por analogía con 16.3 CP¹⁹¹ o aplicación directa de este precepto regulador del desistimiento en la

2.ª 1977, 833; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 208 ss.; PG II, 2009, XIII/285, p. 144 n. 299, XIV/357; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984, 560 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, 429, 462; DEL ROSAL BLASCO, en López Barja-Q./Rodríguez Ramos, CP coment, 1990, 19 s.; FARRÉ, ADPCP 1992, 711 ss.; CAMPO MORENO, Actos preparatorios punibles, CDJ 1994-39, 291; MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento, 1994, 162; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1522; en Luzón dir., EPB, 2002, 302 s.; GRACIA MARTÍN, El “iter criminis” en el CP español de 1995, CDJ 1996-XXVII, 267 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG, 18.ª 1995, 781; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones, 1997, 146 s. (de *lege ferenda*); JIMÉNEZ DÍAZ, Art. 16, en Cobo dir., ComCP I, 1999, 806; MORENO-TORRES, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 702; BUSTOS/HORMAZÁBAL, PG, 2.ª 2006, 377; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135 s.; ALASTUEY DOBÓN, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 188; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2022, 418. STS 5-7-1948; 7-12-1996, A 8925; 1570/2000, 16-10; 16-10-2002; 217/2022, 9-3.

¹⁸⁸ Así CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 208 ss.; PG II, 2009, XIV/357; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1522; en Luzón dir., EPB, 2002, 302; JIMÉNEZ DÍAZ, Art. 16, en Cobo dir., ComCP I, 1999, 806; BUSTOS/HORMAZÁBAL, PG, 2.ª 2006, 377; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 136; ALASTUEY DOBÓN, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 188; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, 506; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 491. STS 7-12-1996, A 8925; 1570/2000, 16-10; 16-10-2002; 217/2022, 9-3.

¹⁸⁹ Así BUSTOS/HORMAZÁBAL, PG, 2.ª 2006, 377; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIII/285, p. 144 n. 299; ALASTUEY DOBÓN, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 188; LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, 506; Molina Blázquez, PG, 1.ª 2022, 491; STS 1570/2000, 16-10; 16-10-2002; 217/2022, 9-3.

¹⁹⁰ Así lo destacan LANDECHO/MOLINA, PG, 11.ª 2020, 506; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.ª 2022, 491.

¹⁹¹ La defienden ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 406; CUELLO CONTRERAS, La conspiración, 1978, 208 ss.; PG II, 2009, XIII/285, p. 144 n. 299, XIV/357; FARRÉ, ADPCP 1992, 711 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1522; en Luzón dir., EPB, 2002, 302 s.; GRACIA MARTÍN, El “iter criminis” en el CP español de 1995, CDJ 1996-XXVII, 267 s.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, PG, 2.ª 2006, 377; MOLINA FERNÁNDEZ, MementoPen 2017, 2016, 315; LLABRÉS FUSTER, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 135 s.;

tentativa pluripersonal¹⁹². A mi juicio, **ha de elegirse en el CP español la vía de la analogía con el art. 16.3**, que efectivamente se aplica al supuesto de que haya varios intervinientes, no uno solo, en la fase ya de ejecución iniciada; analogía *in bonam partem* que, como sabemos, es perfectamente aplicable a las eximentes, porque no vulnera el principio de legalidad penal y su significado de seguridad jurídica¹⁹³. Y no es posible la aplicación directa del precepto regulador de la tentativa de varios intervinientes, no ya porque sea discutible si sus requisitos de la fase de tentativa son convenientes o no para conceder la exención en la anterior fase de preparación pluripersonal¹⁹⁴, sino por el sencillo dato de que lo impide la dicción del art. 16 3, que declara exentos de pena a quienes “desistan de la ejecución ya iniciada”, lo que obviamente no puede darse en la conducta de un proponente, provocador o conspirador que por definición aún no han pasado a la fase de ejecución¹⁹⁵. En cuanto a la aplicación de la eximente en virtud del principio *a maiore ad minus*, no es posible mediante aplicación directa del precepto del desistimiento en la tentativa por lo que acabamos de ver, de modo que ha de hacerse por la vía de la analogía con esa eximente como fundamento de la aplicación analógica; pues ese principio es un criterio sistemático-axiológico de interpretación de algo ya regulado o de la aplicación analógica con lo regulado, pero nunca puede ser por sí mismo una regla de aplicación directa a un caso no regulado legalmente ni mediante analogía favorable.

Otra cuestión es si en un delito de consumación anticipada convirtiendo en delito consumado autónomo la preparación (igual que ocurre en los delitos de emprendimiento, de tentativa elevada a delito consumado) cabe eficacia eximente en un desistimiento de la consumación material. Al respecto cabe manejar argumentos a favor pero también en contra de la eficacia eximente de un desistimiento en tales casos en que estamos ya en un

ALASTUEY DOBÓN, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 188; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 11.ª 2022, 418; STS 649/1996, 7-12 (tb. en A 8925); 16-10-2002; 217/2022, 9-3; SAP Lleida (sec. 1.ª) 477/2004, 15-10.

¹⁹² Así STS 1574/1998, 16-12; GILI PASCUAL, Desistimiento y concurso de personas, 2009, 248; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.ª 2021, 188.

¹⁹³ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.ª/4.ª 2012/2023, 5/20 s. Y además no se opone al art. 4.3 CP españ., que habla de que con “la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley” es punible una conducta, como argumentan tb. quienes, porque la analogía es una forma de aplicar la ley favorable al caso concreto, como expongo en loc. cit., 5/21 adhiriéndome a *Mir*.

¹⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB, 1995, 1522; en Luzón dir., EPB, 2002, 302; argumenta así, negando que sean adecuados los requisitos del desistimiento de una tentativa de varios sujetos al producido en un APPP porque ya aquél no es un buen modelo, y exige que el sujeto anule su contribución al hecho.

¹⁹⁵ Y el siguiente inciso “e impidan o intenten impedir...” es una conducta adicional, y no alternativa, a la de desistir de la ejecución iniciada, de modo que no cabe prescindir de la exigencia legal de que se desista de una ejecución ya iniciada para aplicarle a un acto preparatorio pluripersonal directamente la exención del 16.3 porque el sujeto ha impedido o intentado impedir seriamente etc. la consumación.

delito de consumación anticipada, pero consumado. Por ello remito a la discusión sobre la posibilidad o no de desistimiento eximente en los delitos de emprendimiento.

Para más detalles sobre el significado, naturaleza y requisitos del desistimiento voluntario como eximente en estos APPP, dado que ha de operar por analogía con el desistimiento de la tentativa pluripersonal, hay que remitir al desistimiento en la tentativa. En todo caso, sobre la *voluntariedad* han de operar los mismos criterios que deciden cuándo es voluntario o espontáneo y cuándo no el desistimiento en la tentativa. Y en cuanto a la eficacia o no, ya que estos actos preparatorios punibles no son individuales, sino pluripersonales, involucrando o pudiendo (e intentando) involucrar a varios, a mi juicio *la analogía ha de ser*, no con el desistimiento de la tentativa unipersonal, donde se exige su eficacia, es decir, que el echarse atrás impida la consumación, sino *precisamente con el desistimiento de la tentativa pluripersonal*, donde por no depender el curso del hecho sólo de un sujeto, sino de todos los demás, las regulaciones legales se suelen conformar con que el sujeto, aunque no impida, intente seria y esforzadamente impedir la consumación (el art. 16.3 CP españ. requiere para eximir que los sujetos desistan de la ejecución ya iniciada “e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación”).

Bibl. sobre *iter criminis*: ALCÁCER GUIRAO, Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: *Iter criminis* y DP económico, en Silva/Miró(dirs.), La teoría del delito en la práctica penal económica, Madrid, La Ley, 2013, 549 ss.; ARANGO DURLING, El *iter criminis*, Panamá, Eds. Panamá Viejo, 1998, 2001; ARANGO DURLING/MUÑOZ ARANGO, El *iter criminis* en el CP del 2007, Panamá, Asesorías Eds. Gráficas, 2021, 13 ss.; CEREZO MIR, La regulación del “*iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo CP español, RDPCr 1 1998, 13 ss.; Die Regelung des Versuchs und die Auffassung des Unrechts im neuen spanischen Strafgesetzbuch, en: FS-Hirsch, 1999, 127 ss.; CUELLO CALÓN, PG, 18.^a 1981, 641 ss.; CUELLO CONTRERAS, *Iter criminis*, LH-Cerezo, 2002, 617 ss.; CUERDA RIEZU, La garantía constitucional: *cogitationis poenam nemo patitur*, LH-Díez Ripollés, 2023, 579 ss.; GRACIA MARTÍN, El “*iter criminis*” en el CP español de 1995, CDJ 1996-XXVII (El sistema de responsabilidad en el nuevo CP), 257 ss.; ISOTTON, Crimen in itinere, Napoli, Iovane, 2006; JIMÉNEZ DE ASÚA, El “*iter criminis*” y la tentativa, en El Criminalista, IV, Buenos Aires, de Zavalía, 1951; Ley y delito, 2.^a, 1954, 493 ss.; Tratado, VII, 2.^a 1977, 209 ss., n. 1983 ss.; KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1979, 718 ss., 874 ss.; JuS 1980, 120 ss., 273 ss., 506 ss., 650 ss., 811 ss.; JuS 1981, 193 ss.; JuS 1982, 110 ss., 189 ss.; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.^a 2021, 185 ss.; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 30 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, 32/1 ss.; MIR PUIG, Los términos “delito” y “falta” en el CP, ADPCP 1973, 319 ss.; PG, 1.^a 1984, 275 ss.; 10.^a 2015/2016, 13/1 ss.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 844 ss.; POLAINO NAVARRETE, Art. 15, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 721 ss.; POLITOFF LIFSCHITZ, Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración, Santiago Chile, Jurídica de Chile, 1999; RISICATO, Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva, Milano, Giuffrè, 2001; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 18.^a 1995, 773 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La regulación del *iter criminis* (arts. 16-18), en: Silva, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, J.M. Bosch, 1997, 121 ss.; TUCCILLO,

Cogitationis poenam nemo patitur, en Reinoso (dir.), Principios generales del Derecho, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2014, 517 ss.

Bibl. sobre actos preparatorios pluripersonales (instigación o proposición, provocación pública, apología, conspiración) o individuales: AGUILAR CÁRCELES, Cap. 3: Proposición para delinquir. Agravante de..., en Morillas (dir.), Estudios sobre el CP reformado (LO 1/2015 y 2/2015), Madrid, Dykinson, 2015, 53 ss.; AIYAR, Law relating to criminal conspiracies in India and Pakistan, Delhi, Luchnow, 1954; ALASTUEY DOBÓN, Cap. 12: Los grados de realización del delito, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2ª 2016, 185 ss.; Discurso del odio y negacionismo en la reforma del CP de 2015, RECPC 18-14 2016; La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible, RDPCr 21 2019, 59 ss.; El ámbito de aplicación de la proposición para delinquir: una posible interpretación, LH-Lorenzo Salgado, 2021, 59 ss.; ALCÁCER GUIRAO, La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal, LH-Gimbernat, 2008, 693 ss.; Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal, en Silva/ Miró dirs., La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013, 549 ss.; ALONSO RIMO, Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales, RDPCr 4, 2010, 13 ss.; Los nuevos delitos de ¿desórdenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disosición a delinquir (arts. 557.2 y 559CP), EPCr XXXV, 2015, 359 ss.; ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación, InDret 2017-4; ¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva, EPCr XXXVIII, 2018, 461 ss.; La criminalización de la preparación delictiva a través de la PE del CP. Especial referencia a los delitos de terrorismo, en Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández, Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, Valencia, Tirant, 2018, 215 ss.; Is Prevention better than Cure? The Ever-increasing Criminalisation of Acts Preparatory to an Offence in Spain, IJCrJ 10-1 2021, 1 ss.; Actos preparatorios y principio del hecho, en Maraver/Pozuelo (coords.), La crisis del principio del hecho en DP, Madrid/Bs. Aires-Montevideo, Reus/BdeF, 2020, 31 ss.; El tipo subjetivo de los actos preparatorios. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del DP, Valencia, Tirant, 2023; ALONSO RIMO (dir.), DP preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2019; ANTOLISEI/(CONTI), PG, 16.ª 2003, nm. 160-170, pp. 477 ss.; ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 402 ss.; ARANGO DURLING/MUÑOZ ARANGO, El iter criminis en el CP del 2007, Panamá, Asesorías Eds. Gráficas, 2021, 20 ss.; ARROYO DE LAS HERAS, Manual DP, 1985, 490 ss.; ARROYO ZAPATERO, La “conspiracy” norteamericana y los límites de la leal cooperación jurídica internacional. Una cuestión de garantías penales. El ejemplo de Nuremberg, LH-Boix, 2021, 55 ss.; ARTZ, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54 ss.; ASHWORTH, The Unfairness of Risk-Based Possession Offences, CrimLPh 5 2011, 237 ss.; BACIGALUPO, Arts. 17 y 18, en Conde-Pumpido, CP I, 1997, 559 ss.; Principios, 5ª 1998, 335 s.; BALDÓ LAVILLA, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, 1091 ss.; BARBER BURUSCO, Los actos preparatorios del delito, pról. Díaz y García Conlledo, Granada, Comares, 2004; Del delito de “difusión” o “propaganda” terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios, CPC 116 2015, 33 ss.; BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, Art. 18 [provoc., apolog.], en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 895 ss.; BATISTA GONZÁLEZ, Provocación y apología. El art. 18 del nuevo CP, RFDUC 88 1997, 63 ss.; Medios de comunicación social y responsabilidad penal (tesis doct.), pról. E. Bacigalupo, Madrid, Dykinson, 1998; BAUER, Vorbereitung und Mittäterschaft (bei Herrschaftsdelikten, München, VVF, 1996; BAUMANN, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 85 ss.; BECK, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung. Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit, erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1992; BECKER, Der Strafgrund der Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB, Berlin, Duncker & Humblot, 2012; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2ª 2010, 391 s.; BETTIOL, Sul tentativo di partecipazione delittuosa, AnnDPP 1932, 34 ss.; PG 11.ª 1982, parte 2.ª cap. IV § II; BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, PG 12.ª 1986, parte 2.ª cap. IV § II; BEULKE, Anmerkung zu BGH v. 5. 5. 1998 - 1 StR 635/96, NSTZ 1999, 28 ss.; BLEI, Anmerkung zu BGH v. 4. 10. 1957 - 2 StR 366/57, NJW 1958, 30 ss.; AT 18.ª 1983, § 81; BLOY, Grund und Grenzen

der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung, JR 1992, 493 ss.; Anmerkung zu BGH Urteil vom 10.06.1998 - 3StR 113/98. JZ 1999, 156 ss.; BOCK/HARRENDORF, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit tatvorbereitender computervermittelter Kommunikation, ZStW 126 2014, 337 ss.; BOCKELMANN, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, JZ 1954, 468 ss.; Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1955, 193 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a 1987, § 27 VI; BORJA JIMÉNEZ, Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva, RGDP 30 2018; Delitos de posesión: ¿una respuesta dogmática adecuada para un planteamiento político-criminal inadecuado?, LH-Jorge Barreiro, 2019, 361 ss.; BÖRKER, Zur Bedeutung besonderer persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse bei der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen, JR 1956, 286 ss.; BOSCARRELLI, PG, 8.^a 1994, cap. 5; BOTTKKE, Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; BROCKHAUS, Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich. Unter Einbeziehung der aktuellen Entwicklungen zur “Europäisierung” des Strafrechts, Hamburg, Dr. Kovac, 2006; BROSE, Die versuchte Verbrechensbeteiligung (§ 49a StGB): dogmatische Grundlagen und Grenzen ihrer Strafbarkeit, tesis doct. Univ. Hamburg, 1970; BURKHARDT, Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug — OLG Karlsruhe NJW 1982, 59, JuS 1983, 426 ss.; BUSCH, J. D., Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung, NJW 1959, 1119 ss.; Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB, tesis doct., Univ. Marburg, 1964; BUSCH, R., Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Tübingen, Mohr, 1949; LK 9.^a 1970, § 49a/1 ss.; Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB, FS-Maurach, 1972, 245 ss.; BUSTOS, PG, 4.^a 1994, 41?? ss.; BUSTOS/HORMAZÁBAL, Lecc, 2006, 370 ss.; CALDERÓN/CHOCLÁN, DP I, 1999, 288 ss.; CAMARGO: v. Corrêa Camargo; CAMPO MORENO, Actos preparatorios punibles, CDJ 1994-39, 278 ss.; Los actos preparatorios punibles, Valencia, Tirant, 2000; CANCIO MELIÁ, Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP), LH-Jorge Barreiro, 2019, 925 ss.; ¿*Strawberry o Cassandra?* Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 CP en la jurisprudencia del TS, LH-Luzón, 2020, 1497 ss.; CANO PAÑOS, La contaminación preventivo-policial del DP. A propósito de la ley alemana para la Persecución de la Preparación de Delitos Violentos Graves contra la Seguridad del Estado, de 30-7-2009, CPC 102 2010, 145 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado, pról. Queralt, Valencia, Tirant, 2021; ¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión?, LH-Corcoy, 2022, 1.047 ss.; CERESO MIR, Actos preparatorios y tentativa, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, Bilbao, Univ. País Vasco, 1997/98, 43 ss.; La regulación del “iter criminis” y la concepción de lo injusto en el nuevo CP español, RDPCr 1 1998, 13 ss.; Curso III, 2001, 177 ss.; PG, 2008, 300 ss.; CHOU, Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten, Baden-Baden, Nomos, 2011; COBO/VIVES, PG, 5.^a 1999, 714 ss.; COENDERS, Zum neuen Strafgesetz, FG-RG, V, 1929 266 ss.; COESTER, Die Vorbereitungshandlung im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927, Breslau-Neukirch, Kutze, 1933; CORCOY BIDASOLO, Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Valencia, Tirant, 1999; Arts. 17-18, en Corcoy/Mir dirs., Coment, 2.^a 2015; CÓRDOBA RODA, Notas a Maurach, Tratado II, 1962, 385 ss.; Arts. 17 y 18, en Córdoba/García Arán, Coment PG, 2011, 136 ss.; CORRÊA CAMARGO, Der Anstiftungsversuch im Deutschen Strafrecht (A tentativa de instigação no Direito Penal alemão), RFDUSP 110 2015, 733 ss.; CORRECHER MIRA, El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo, RGDP 27 2017; DEL CORSO, Atti preparatori ed atti essecutivi nel pensiero di F. Carrara, RItDPP 1990, 148 ss.; CORTES ROSA, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 1978, 413 ss.; CUELLO CALÓN, PG, 16.^a 1961, 604 ss., 622 ss., 18.^a 1981, 641 ss., 659 ss.; CUELLO CONTRERAS, La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del art. 4.^o del CP: conspiración, proposición y provocación, ADPCP 1976, 535 ss.; La conspiración para cometer el delito. Interpretación del art. 4, I, CP (Los actos preparatorios de la participación), Barcelona, Bosch, 1978; Iter criminis, LH-Cerezo, 2002, 617 ss.; PG II, 2009, XIV/342 ss., pp. 319 ss.; CUELLO/MAPELLI, Curso PG, 3.^a 2015, 178 ss.; CUERDA ARNAU, Aproximación al principio de proporcionalidad en DP, LH-Casabó, 1997, 447 ss.; Actos protopreparatorios, principio del hecho

y ofensividad delictiva, LH-Jorge Barreiro, 2019, 99 ss.; El autoadoctrinamiento y autoadiestramiento terrorista frente a la supuesta vulneración de los principios del hecho y ofensividad delictiva, en Maraver/Pozuelo (coords.), La crisis del principio del hecho en DP, Madrid/Bs. Aires-Montevideo, Reus/BdeF, 2020, 143 ss.; CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2019; CUERDA RIEZU, Límites temporales de la participación delictiva según el CP: la accesoriadad cuantitativa, LH-Mir 2, 2017, 497 ss.; CUERVO PITA, Actos preparatorios del delito, NEJ, II, 1950, 334 ss.; DAUNIS, Arts. 17-18, en Arroyo/Berdugo/et al., Coment CP, 2007; DEHNE-NIEMANN, Die Auswirkung strafschärfender besonderer persönlicher Merkmale (§ 28 Abs. 2 StGB) auf den Verbrechenscharakter der Haupttat bei § 30 StGB, Jura 2009, 695 ss.; DEMETRIO CRESPO, en, en Demetrio/de Vicente/Matellanes, Lecc II, 2.ª 2015, Lecc.10.6, 250 ss.; DESSECKER, Im Vorfeld eines Verbrechens: die Handlungsmodalitäten des § 30 StGB, JA 2005, 549 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Apología del delito, EJB, 1995, 506 ss.; Apología del delito (vers. posterior más amplia), en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 77 ss.; Conspiración, proposición y provocación, EJB 1995, 1520 ss.; Conspiración, proposición y provocación (vers. posterior más amplia), en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 299 ss.; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 544 ss.; DREHER, Anmerkung zu BGH 3 228, NJW 1953, 313 ss. Grundsätze und Probleme des § 49a StGB, GA 1954, 11 ss.; Anmerkung zu BGH 6 308 v. 12. 8. 1954 - 1 StR 148/54, MDR 1955, 119 ss.; en Niederschriften, II, 1958, 211; Anmerkung zu BGH v. 1. 3.1960-5 StR 22/60, NJW 1960, 1163 ss.; en Bemühungen um das Recht: gesammelte Aufsätze, München, Beck, 1972, 193 ss.; Anmerkung zu BGH 24, 38, MDR 1971, 410 ss.; DUTTGE, Vorbereitung eines Computerbetruges: Auf dem Weg zu einem grenzenlosen Strafrecht, FS-U. Weber, 2004, 285 ss.; EISELE, Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten, ZStW 112 2000, 745 ss.; FALCONE, Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido, InDret 2017-3; FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, Barcelona, Libr. Bosch, 1986; Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración, ADPCP 1992, 711 ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, PG II, 2012, 727 ss., 752 ss.; FERRER, I, 1946, Art. 4, 73 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, 8.ª 2019, parte 2ª, cap. 5; FIEBER, Die Verbrechensverabredung, § 30 Abs. 2, 3. Alt. StGB, Frankfurt, Lang, 2001; FIORE/FIORE, PG, 6.ª 2020, parte 4ª, secc. 2ª; FISCHER, StGB, de 55.ª 2008 a 70.ª 2023, § 30/1 ss.; FLEMMIG/REINBACHER, “Die unausgeführte Bande” – Zur Vorfeldstrafbarkeit bei Bandendelikten, NStZ 2013, 136 ss.; FLOEGEL, Duchesne- Paragraph und § 157 Nr. 1 StGB, JR 1930, 138 ss.; DE FRANCESCO, DP, 2.ª 2022, Cap 12/1 ss.; FRISTER, AT, 9.ª 2020, 23/42 ss., 29/1 ss., 28 ss.; FUENTES OSORIO, Formas de anticipación de la tutela penal, RECPC 8 2006; La preparación delictiva, Granada, Comares, 2007; Formas de anticipación de la tutela penal, B. Aires, Ad hoc, 2009; GALÁN MUÑOZ, ¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del CP de la LO 2/2015, RDPCr, 15 2016, 95 ss.; GALLAS, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 1968, 1 ss.; GARCÍA-PABLOS, Asociaciones ilícitas en el CP, 1978, 238 ss.; GEPPERT, Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB), Jura 1997, 546 ss.; Anmerkung zu BGH v. 14.10.1997 -1 StR 635/96, NStZ 1998, 190 ss.; GIL GIL, Iter criminis, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 1.ª 2011, 318 ss.; 2.ª 2015, 324 ss.; GILI PASCUAL, Desistimiento y concurso de personas en el delito, Valencia, Tirant, 2009, espec. 107 ss., 241 ss.; GIMBERNAT, Autor y cómplice en DP, Univ. de Madrid, Fac. Derecho, 1996; Prólogo a CP, Madrid, Tecnos, 3.ª 1997; GLÖCKNER, Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48.19.18). Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren, Frankfurt, Klostermann, 1989; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD PG, 1984, 556 ss.; GÓMEZ MARTÍN, El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995, RECPC 04-16 2002; GÓMEZ RIVERO, La inducción a cometer el delito, pról. Muñoz Conde, Valencia, Tirant, 1995; Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, LL 1996-1, 1624 ss.; La intervención en el delito en fases posteriores y previas a la ejecución, en Gómez Rivero (coord.), Nociones fundamentales de DP: PG, Madrid, Tecnos, 3.ª 2015, 397 ss.; GONZÁLEZ GUTIÁN, Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el CP y en el proyecto de 1980, EPCr

IV, 1981, 282 ss.; La apología en la reforma penal, RFDUCM monogr. 6 1983, 381 ss.; GÓRRIZ ROYO, On-line child grooming en DP español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter.1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30-3), InDret 2016-3; GÖSSEL, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch - Anmerkung zu BGHSt 26, 202, JR 1976, 248 ss.; GRACIA MARTÍN, El “iter criminis” en el CP español de 1995, CDJ 1996-XXVII (El sistema de responsabilidad en el nuevo CP), 257 ss.; GRANDE, Accordo criminoso e *conspiracy*, Padova, Cedam, 1993; GRAUL, Anmerkung zu BGH v. 29. 10. 1997 - 2 StR 239/37, JR 1999, 252 ss.; GRECO, La criminalización en el estado previo. Un balance del debate alemán, trad. Alonso Rimo, en Alonso Rimo dir., DP preventivo, orden público y seguridad ciudadana, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2019, 93 ss.; GREISSINGER, Der Einfluß der besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 auf die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 49a StGB, tesis doct. Univ. Hamburg, Frankfurt a. M., 1960; GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, PG, 2.ª 2017, 4.ª 2023, Cap. XXIII (Petrini); GUNDELACH, Die Strafbarkeit des Sich-Bereit-Erklärens gemäß § 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung gemäß § 129a Abs. 1 StGB, StV 2018, 110 ss.; HAKE, Beteiligtenstrafbarkeit und “besondere persönliche Merkmale”, Berlin, Duncker & Humblot, 1994; HALL, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS 110 1938, 95 ss.; HEFENDEHL (ed.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, Berlin, BWV, 2010; HEINE/WEISER: v. Schönke/Schröder; HEINITZ, Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Recht, FS-Berlin-DJT, 1955, 93 ss.; HEINRICH, B., Die Veranlassung fremder Straftaten über das Medium des Internet, FS-Heinz, 2012, 728 ss.; AT, 6.ª 2019, 7.ª 2022, nm. 1362 ss.; HERZBERG, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, 1 ss.; Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89 ss.; Anstiftung zur unbestimmten Haupttat, JuS 1987, 617 ss.; HERZBERG/PUTZKE, Strafflose Vorbereitung oder strafbarer Versuch?, FS-Szwarck, 2009, 205 ss.; HERZOG, Über Strafbarkeit und Straflosigkeit i. S. des StGB mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme, GS 23 1871, 435 ss., y GS 26 1874, 28 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 2003, 3.ª 2022, § 10/128 ss.; HILLENKAMP, LK, 11ª 2006-07, antes del § 22/1 ss.; HINDERER, Versuch der Beteiligung, § 30 StGB, JuS 2011, 1072 ss.; HOEGEL, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz, ZStW 37 1916, 651 ss.; HOEPFNER, Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe, ZStW 26 1906, 579 ss.; HOYER, SK, 7.ª 2001, 9.ª 2017, §§ 30/1 ss., 31/1 ss.; HÜGEL, Strafbarkeit der Anschlags-Vorbereitung durch terroristische Einzeltäter un deren Unterstützer. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; JAENICHEN, Der Duchesne-Paragraph (§ 49a) des Reichsstrafgesetzbuches, Breslau, Breslauer Genossensch., 1920; Kriminalisierung im Vorfeld der Verabredung, ZStW 97 1985, 751 ss. = Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, trad. Peñaranda/Suárez/Cancio, en Jakobs, Estudios de DP, Madrid, Civitas, 1997, 293 ss.; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2003, 88 ss.; El intento de tentativa, trad. Pantaleón Díaz, InDret 2020-4; JAKOBS/CANCIO MELIÁ, DP del enemigo, Madrid, Civitas, 2003; JESCHECK, AT, 1.ª 1969 a 4.ª 1988 (PG, 1981), § 65; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª 1996 (PG, 2002), § 65; JIMÉNEZ DE ASÚA, El “iter criminis” y la tentativa, en El Criminalista, IV, Buenos Aires, de Zavalía, 1951; Ley y delito, 2.ª, 1954, 500 ss.; Tratado, VII, 2.ª 1977, 228 ss., nm. 1985 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, Art. 16, en Cobo dir., ComCP I, 1999; JOECKS, MK, 1.ª 2003, 4.ª 2020, §§ 30-31; KADEL, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft – versuchte mittelbare Täterschaft, GA 1983, 299 ss.; KATYAL, Conspiracy Theory, Yale Law Journal, 112 2003, 1370 ss.; KAUFMANN, ARM., Anmerkung zu BGH 9, 131, JZ 1956, 606 ss.; KELLER, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, Berlin, Duncker & Humblot, 1989; KERN, Die Äußerungsdelikte, Tübingen, Mohr Siebeck, 1919; KINDHÄUSER, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, FS-Hollerbach, 2001, 627 ss.; StBG, 4.ª 2009, §§ 30-31; KNOBLOCH, Die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen aus deutscher Sicht, en: Sinn/Gropp/Nagy (eds.) Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Univ. Osnabrück, 2011, 197 ss.; KNOBLOCH/SZOMORA, Vorbereitungshandlungen aus deutscher und ungarischer Sicht – Rechtsvergleichende Überlegungen, en Sinn/Gropp/Nagy (eds.) cit., 2011, 235 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 542 ss.; KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 43.ª 1961, § 49a; KREIT, Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton, American Univ. Law Review

57 2008, 585 ss.; KRETSCHMER, Anforderungen an die versuchte Anstiftung. Anm. zu BGH v. 29.10.1997 - 2 StR 239/37, NSTZ 1998, 401 ss.; KROß, Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten, Jura 2003, 250 ss.; KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und 30-31 Beendigung, JuS 1979, 718 ss., 874 ss.; JuS 1980, 120 ss., 273 ss., 506 ss., 650 ss., 811 ss.; JuS 1981, 193 ss.; JuS 1982, 110 ss., 189 ss.; AT 8.^a 2017, § 20/243 ss.; KÜPER, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775 ss.; Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, 361 ss.; Zur Problematik des Rücktritts von der Verabredung, JR 1984, 265 ss.; “Besondere persönliche Merkmale” und “spezielle Schuldmerkmale”, ZStW 104 1992, 557 ss.; KÜTTERER-LANG, Versuch der Anstiftung und Rücktritt (BGH, NJW 2005, 2867), JuS 2006, 206 ss.; LACKNER/KÜHL, StGB, 29.^a, 2018, §§ 30, 31; LACKNER/KÜHL/HEGER, StGB, 30.^a 2023, §§ 30, 31; LAGODNY, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996; LANDA GOROSTIZA, La llamada “mentira de Auschwitz” (art. 607.2º CP) y el “delito de provocación” (art. 510 CP) a la luz del “caso Varela”: una oportunidad perdida para la “cuestión de inconstitucionalidad”. (Coment a la SJP N° 3 de Barcelona de 16-11-1998), APen 1999, 689 ss.; Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 —librería Kalki— y a la STC 235/2007), RDPCr 7 2012, 297 ss.; LANDECHO/MOLINA, PG, 5.^a 1996, 433 ss., 11.^a 2020, 506 ss.; LANGER, Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1972; Zum Begriff der “besonderen persönlichen Merkmale”, FS-Lange, 1976, 241 ss.; Die Sonderstraftat. Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen, 2.^a ed de Das Sonderverbrechen, Berlin, Duncker & Humblot, 2007; LEADER-ELLIOT, Framing preparatory inchoate offences in the Criminal Code: The identity crime debacle, JCrL 35 2011, 80 ss.; LETZGUS, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, Berlin, Duncker & Humblot, 1972; LLABRÉS FUSTER, Arts 17 y 18, en Gómez Tomillo (dir.), Coment, 2010, 134 ss., 2.^a 2015, 217 ss.; Algunas consideraciones sobre el inicio de la punibilidad en la inducción frustrada (A propósito de Extraños en un tren, de Alfred Hitchcock), LH-Orts, 2014, 515 ss.; La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2), en González Cussac (dir.), Coment Ref CP, 2015, 83 ss.; LOHBERGER, Höchststrichterliche Rechtsprechung zu § 4a, 16 I Nr. 7 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen (KWKG), NSTZ 1990, 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE Q., Trat PG, 2010, 871 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito; Valencia, Tirant, 1997, 480 ss.; LUZÓN CUESTA, Comp PG, 26.^a 2021, 27.^a 2022, 187 ss.; LUZÓN DOMINGO, DP TS, II, 1964, 31 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.^a/3.^a 2012/16; 4.^a 2023, 32/1 ss.; MAGGIORE, Principi DPI, 3.^a 1939, 447 ss.; MANJÓN-CABEZA, Apología del terrorismo, LH-Ruiz Antón, 2003, pp. 553 MANZANARES, Coment, 2016, Arts. 16-17; MANZINI, Trattato II, 3.^a 1941 (Tratado III, 1949), Cap. XIII, § 2; MAQUEDA ABREU, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, PJ 9, 1988, 9 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, PG, 6.^a 2017, cap 10 A; MARINUCCI/DOLCINI/GATTA, PG, 11.^a 2022, cap 10 A; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, La expansión de las formas preparatorias y de participación, RP 21 2008, 267 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en DP, Univ. Complutense Madrid, 1994; MATUS ACUÑA, La responsabilidad penal por el hecho colectivo. Aspectos de Derecho chileno y comparado, NFP 88 2017, 39 ss.; MAURACH, Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB), JZ 1961, 137 ss.; AT, 1.^a 1954-4.^a 1971/Tratado II, 1962, § 53 II; MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 7.^a 1989/PG 2, 7.^a 1995, § 53; AT 2 8.^a 2014, § 53; MAYER, H., Teilnahme und Gefangeneneuterei, JZ 1956, 434 ss.; MAYER, M.E., Versuch und Teilnahme, en: Aschrott/v.Liszt eds., Die Probleme des RGStGB, I: AT, 1910, 331 ss.; MCSHERRY, Expanding the Boundaries of Inchoate crimes. The growing Reliance of Preparatory Offences, en McSherry/Norrie/Bronitt eds., Regulating deviance: the redirection of criminalisation and the Futures of Criminal Law, Oxford, Hart, 2009, 141 ss.; MEISTER, Zweifelsfragen zur versuchten Anstiftung, MDR 1956, 16 ss.; MEZGER, Die Teilnahme in der VO vom 29.5.1943, DStR 1943, 116 ss.; MIR PUIG, Los términos delito y falta en el CP, ADPCP 1973, 319 ss.; Comentarios al Cap. primero del Tít. primero del libro primero del nuevo CP, RJCcat 1997, 313 ss. (337 ss.); PG, 1.^a 1984, 279 ss., 2.^a 1985, 283 ss.; 10.^a 2015/16, 13/3 ss.; MIRA BENAVENT, ¿Ha despenalizado el CP de 1995 la inducción frustrada?, EPCr, XXII, 2000, 103 ss.; tb. en LH-Valle, 2001, 507 ss.; MITSCH, Zum Anwendungsbereich des § 31 StGB,

FS-Herzberg, 2008, 443 ss.; Anmerkung zu BGH v. 4.2.2009 – 2 StR 165/08. Sich-Bereiterklären zur Anstiftung, JR 2010, 357 ss.; Vorbereitung und Strafrecht, Jura 2013, 696 ss.; Der untaugliche Straftäter, Jura 2014, 583 ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, PG, 1.^a 2022, 488 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, Formas imperfectas de ejecución del delito, en Molina Fdez. coord., MementoPen 2017, 2016, 314 ss.; MementoPen 2019, 2018, 327 ss., nm. 2650 ss.; MementoPen 2021, 2020; 2023, 2022, nm. 2650 ss.; MORENO-TORRES, Tema 35, en Zugaldía/Pérez Alonso, PG, 2002, 699 ss.; Tema 22, en Zugaldía/Moreno-Torres, Fund PG, 4.^a 2010, 380 ss.; Lecc. 12, en Zugaldía/Moreno-Torres, Lecc PG, 3.^a 2016, 181 ss.; MORILLAS, Sistema PG, 2018, 844 ss.; MUÑAGORRI LAGUÍA, Punición o despenalización de la proposición para delinquir, ADPCP 1989, 989 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 1.^a 1993, 398 ss., 373 ss.; 10.^a 2019, 427 s., 394 ss., 11.^a 2022, 417 s., 384 ss.; MUÑOZ CUESTA, Nueva doctrina sobre la proposición para delinquir. Coment a STS Sala 2.^a de 29-11-2002, RJAr 2 2003, 13 ss.; NEPOMUCK, Anstiftung und Tatinteresse. Berlin, Duncker & Humblot, 2008; NESTLER, Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmitteln, en: Institut f. Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 65 ss. = La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes, trad. Benlloch, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de DP de la Univ. Pompeu Fabra (eds.), La insostenible situación del DP, Granada, Comares, 2000, 63 ss.; NIESE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ 1955, 320 ss.; NUTZINGER/SAUER, JuS 1999, 980 ss.; NUVOLONE, Sistema, 2.^a 1982, parte 6.^a cap. IV; OBREGÓN/GÓMEZ LANZ, PG, 3.^a 2023; OLMEDO CARDENETE, Art. 17 [conspiración, proposic.], en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 865 ss.; La inducción como forma de participación accesorio, pról. Morilla, Madrid, Edersa, 1999; ORTS BERENGUER, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, CPC 1982, 483 ss.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC, Comp PG, 9.^a 2022, 277 ss.; OSWALD, Versuchte Vermittlung von Kriegswaffengeschäften, BayOblG Urt. v. 31. 3. 1989, NStZ 1991, 46 ss.; OTTO, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 1975, 540 ss.; AT, 7.^a 2004, § 22/79 ss.; PACHECO, CP coment I, 1848, 3.^a 1867, art. 4.^o; PADOVANI, DP, 12.^a 2012, cap. VIII.3; PALAZZO, PG, 8.^a 2021, cap. VIII.2; PALAZZO/BARTOLI, PG, 9.^a 2023, cap. VIII.2; PAGLIARO, PG, 8.^a 2003, Parte III, Cap. III; PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriedad (pról. Rodríguez Mourullo), Madrid, Tecnos, 1990; PÉREZ DEL VALLE, Lecc PG, 1.^a 2016, 5.^a 2021, cap. 12 I; PETRINI, Cap. XXIII en Grosso/Pelissero/Petrini/Pisa, PG, 2.^a 2017, 4.^a 2023; PETZSCHE, Punishability of Preparatory Acts in German Criminal Law, en: Sinn ed., Menschenrechte und Strafrecht, Göttingen, Universitätsvlg. Osnabrück, 2013, 67 ss.; La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana, en Maraver/Pozuelo (coords.), La crisis del principio del hecho en DP, Madrid/Bs. Aires-Montevideo, Reus/BdeF, 2020, 1 ss.; PISAPIA, Instit, 3.^a 1975, cap. XI; POLAINO NAVARRETE, Arts. 17-18, Art. 15, Art. 16, en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 953 ss., 721 ss., 813 ss.; Lecc PG II, 2.^a 2016, 238 ss.; POLITOFF LIFSCHITZ, Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1999; PUENTE RODRÍGUEZ, La punición del autoadocinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?, en Pérez Cepeda dir., El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal, Salamanca Ratio legis, 2017, 143 ss. ss.; El nuevo delito de autoadocinamiento terrorista, LL 8967, 25-4-2017; PUIG PEÑA, DP II, 6.^a 1969, 251 ss., 279 ss.; PUPPE, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101 ss.; Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.10.1990 - 4 StR 371/90. NZSt 1991, 123 ss.; AT II, 2006, ¿??? ss.; Anmerkung zu BGH Urteil vom 11.06.2005 – 1 StR 503/01, JR 2006, 74 ss.; Was ist Anstiftung? – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11.10.2005 – 1 StR 250/05, NStZ 2006, 424 ss.; PUSCHKE, Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, trad. Fakhouri, InDret 2010-4; QUINTANO, Comentarios I, 1946, 45 ss.; Comp I, 1958, 381 ss.; Curso I, 1963, 221 ss.; QUINTERO, PG, 2.^a 1989, 520 ss.; Curso PG, desde 1.^a 1996, 455 ss.; QUINTERO/MORALES, PG, 5.^a 2015, 407 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, AFDUCorñ 12 2008, 771 ss.; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo CP. La exteriorización de la voluntad delictiva, Valencia, Tirant, 1997; RENGIER, AT, 12.^a 2020, § 47; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, PG 18.^a 1995, 778 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Las fases de ejecución del delito, RJC79 1980, 3 ss.; La punición de los actos preparatorios, ADPCP 1968,

277 ss.; Art. 4, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 151 ss.; en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, Arts. 51-52, 236 ss.; Las fases de ejecución del delito, RJCat 1980 extraord. 1 (El Proyecto de CP), 5 ss.; Arts. 17-18, en Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, Coment, 1997, 80 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, Comp PG, 4.^a 1988, 233 ss.; ROGALL/SIEBER, Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung, FS-Puppe, 2011, 859 ss.; DEL ROSAL BLASCO, La provocación para cometer delito en el DP español (Exégesis del párr. tercero del art. 4 del CP), Madrid, Edersa, 1986; Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPC 1990, 97 ss.; Art. 14 en López Barja-Q./Rodríguez Ramos, CP coment, Madrid, Akal, 1990; La apología delictiva en el nuevo CP de 1995, CPC 1996, 69 ss.; La regulación legal de los actos preparatorios en el CP 1995, LH-Rodríguez Mourullo, 2005, 949 ss.; ROXIN, Über den Tatenschluß, GdS-Schröder, 1978, 145 ss.; Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB), JA 1979, 169 ss.; LK, 11.^a 1994, § 30/1 ss.; Anmerkung zu BGH v. 10. 6. 1998 - 3 StR 113/98, NStZ 1998, 616 ss.; AT II, 2003/PG II, 2014, § 28; Täterschaft u. Tatherrschaft; Berlin, W. de Gruyter, 11.^a 2022, 307 ss., 278 ss., 862 ss.; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en DP, Madrid, Edersa, 1982; RUIZ DE LANDÁBURU, Provocación y apología: delitos de terrorismo, Madrid, Colex, 2002; SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.^a 1990, 774 ss.; SAMAHA, Criminal Law, Minesotta, West, 4.^a 1993, 207 ss.; SAMSON, SK, 2.^a 1977, § 30/1 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El moderno DP y la anticipación de la tutela penal, Univ. Valladolid, 1999; La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, LH-Valle, 2001, 685 ss.; SAX, Zur Problematik des “Teilnehmerdelikts”, ZStW 90 1978, 927 ss.; SCARANO, Origine e sviluppo storico della nozione di tentativo, ArchPen1946 I, 441 ss.; Il tentativo, Napoli, Treves di L. Lupi, 1952, 2.^a ed. 1960; La tentativa, trad. Romero Soto, Bogotá, Temis, 1960; SCHMIDHÄUSER, AT Lb, 2.^a 1975, 15/105 ss.; SCHMITT, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, 25 ss.; SCHMOLLER, Zur Verabredung eines Verbrechens, JR 1993, 247 ss.; SCHNARR, NStZ 1990, 257 ss.; SCHNEIDER, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, 257 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 18.^a 1975 a 26.^a 2000, § 30-31; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, StGB, de 27.^a 2006 a 29.^a 2014, § 30-31; SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE/WEISSER, StGB, 30.^a 2019, § 30-31; SCHRÖDER, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach §§ 46 und 49a, MDR 1949, 714 ss.; Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81 ss.; Grundprobleme des § 49 a StGB, JuS 1967, 289 ss.; Anmerkung zu BGH 24, 38, JZ 1971, 563 ss.; SCHROEDER, F.-CR., La posesión como hecho punible, RDPCr 14 2004, 155 ss.; SCHULTZ, Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StrGB Art. 260 und deren Abgrenzung vom Versuch, ZStrR 1990, 68 ss.; SCHULZ, Anstiftung oder Beihilfe, JuS 1986, 933 ss.; SCHÜNEMANN, LK, 11.^a 2006, §§ 30-31; SCHÜNEMANN/GRECO, LK, 13.^a 2019, §§ 30-31; SCHWIND, Grundfälle der “Kettenteilnahme”, MDR 1969, 15 ss.; SEMINARA, Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada, LH-Corcoy, 2022, 1.607 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Fundamento y alcance de la responsabilidad por conspiración, LH-Landrove, 2011, 1073 ss.; Fundamento del castigo de las formas de participación preejecutivas, LH-Morillas, 2018, 605 ss.; SIEBER, Risk prevention by means of Criminal law. On the legitimacy of anticipatory offenses in Germany’s recently enacted counter-terrorism law, en Galli/Weyembergh, EU counter-terrorism offences: what impact on national legislation and case-law? Brussels, Univ. Bruxelles, 2012; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, JM Bosch, 1997, IV: La regulación del *iter criminis* (arts. 16-18), 3-4, 148 ss.; SINN/GROPP/NAGY (eds.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts, V&R Unipress, Univ.Osnabrück, 2011; STARK/BOOK, Preparatory Offences, en Univ Cambridge, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper 64/2018; STEINKE, Welche persönlichen Merkmale des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?, MDR 1977, 365 ss.; STIENEN, Die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlung und die Reform des Strafrechts, JW 1924, 1708 ss.; STOCKMANN, Die Aufforderung zur Begehung rechtswidriger Taten, § 111 StGB, tesis doct. Berlin, Freie Univ., 1980; STRATENWERTH, AT, 4.^a 2000, § 11/1 ss., § 12/165 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.^a 2011, § 11/1 ss., § 12/165 ss.; SZOMORA, Die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen aus ungarischer Sicht, en: Sinn/Gropp/Nagy (eds.) Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Univ. Osnabrück, 2011, 223 ss.; THALHEIMER, Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB, Frankfurt, Lang, 2008; VALDÉS OSORIO, La provocación como forma de intervención en el art. 325 del CP

español, Univ. Barcelona, Documents de Treball, Colecció Dret, 2003; VALERIUS, Besondere persönliche Merkmale, Jura 2013, 15 ss.; VIGANÒ, Incriminazione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo, IUS17: ius17@unibo.it 2009-1, 171 ss.; VIVES ANTÓN, Coment I, 1996, Arts. 17-18, 104 ss.; Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión, LH-García Morillo, Valencia, Tirant, 2001, 279 ss.; VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal, LH-Octavio de Toledo, 2016, 365 ss.; tb. en Vives Antón, dir., Pensar la libertad, Valencia, Tirant, 2019; VOGLER, Eine verhängnisvolle Bitte, JuS 1976, 245 ss.; Funktion und Grenzen der Gesetzeinheit, FS-Bockelmann, 1979, 751 ss.; VOGLER/KADEL, Strafrecht: Eine verhängnisvolle Bitte, JuS 1976, 249 ss.; VORMBAUM, Versuchte Beteiligung an der Falschaussage - Zum Verhältnis der §§ 30 und 159 StGB, GA 1986, 353 ss.; WAGNER, Conspiracy in Civil Law Countries, JCLC 1951, 171 ss.; WALDER, Strafloße Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr 99 1982, 225 ss.; Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, dargestellt am Problem “Vorbereitung oder Versuch?”, FS-Leferez, 1983, 537 ss.; WALKER/CANCIO/LLOBET (eds.), Precursor crimes of Terrorism. The Criminalisation of terrorism risk in Comparative Perspective, Cheltenham-Northampton, E. Elgar, 2022; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 51.^a 2021, nm. 912 ss., 1087 ss.; ZACZYK, NK, 1.^a 1995, 4.^a 2017, § 30/1 ss.; ZIPF, Probleme der versuchten Bestimmung zu einer Straftat, ÖRZ 1980, 141 ss.

Bibl. sobre apología de delitos: BARQUÍN SANZ, Apología del genocidio, en Cobo (dir.) ComLP, XVIII, 1997, 375 ss.; BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, Art. 18 [provoc., apolog.], en Cobo (dir.), Coment CP, I, 1999, 895 ss.; BATISTA GONZÁLEZ, Provocación y apología. El art. 18 del nuevo CP, RFDUC 88 1997, 63 ss.; Medios de comunicación social y responsabilidad penal (tesis doct.), pról. E. Bacigalupo, Madrid, Dykinson, 1998; BELLOCH JULBÉ, Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de expresión-terrorismo: la “apología” del terrorismo, LH-Gabaldón, 1990, 17 ss.; CARBONELL MATEU, Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo, en Cobo (dir.), ComLP, II, 1983, 191 ss.; Apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado, en Cobo (dir.), ComLP, II, 1983, 239 ss.; CARBONELL/VIVES, Art. 607.2, en Vives (coord.), Coment II, 1996; CUERDA ARNAU, Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología, BIMJ 1.757 1995, 87 ss.; Aproximación al principio de proporcionalidad en DP, LH-Casabó, 1997, 447 ss.; El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales, PJ 56 1999, 63 ss. = LH-Valle, 2001, 1125 ss.; Nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión, EDJ 128, 2007 (La generalización del DP de excepción: tendencias legislativas), 91 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Apología del delito, EJB, 1995, 506 ss.; Apología del delito (vers. posterior más amplia), en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 77 ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, La apología específica del artículo 268, CPC 1987, 289 ss.; GONZÁLEZ GUITIÁN, Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el CP y en el Proyecto de 1980, EPCr; IV, 1981, 281 ss.; La apología en la reforma penal, RFDUC monogr. 6 1983, 381 ss.; HERNÁNDEZ GIL, La apología delictiva, LL 1981-1, 901 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, Estudio de la LO 4/1980, de 21-5, de reforma del CP en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, Madrid, Minist. Justicia, 1982; La apología delictiva, APen 1997, 755 ss.; MAQUEDA ABREU, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, PJ 9, 1988, 9 ss.; MIRA BENAVENT, El caso del diario ‘Egin’. Comentario a la STC de 12-12-1986, ADPCP 1987, 505 ss.; REBOLLO VARGAS, La provocación y la apología en el nuevo CP. La exteriorización de la voluntad delictiva, Valencia, Tirant, 1997; DEL ROSAL BLASCO, La apología delictiva en el nuevo CP de 1995, CPC 1996, 69 ss.; tb. en EDJ 2 1996 (Estudios sobre el CP de 1995. PG), 187 ss.; SILVA SÁNCHEZ, El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, JM Bosch, 1997, IV: La regulación del *iter criminis* (arts. 16-18), 4: La cuestión de la apología, 153 ss.; TAMARIT, Arts. 510, 607, en Quintero dir. Coment PE, 2.^a 1999; VIVES ANTÓN, Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión, LH-García Morillo, Valencia, Tirant, 2001, 279 ss.

Bibl. sobre distinción preparación/ejecución: BOCKELMANN, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, JZ 1954, 468 ss.; Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1955, 193 ss.; CEREZO MIR, Actos preparatorios

y tentativa, en Asúa Batarrita (ed.), Jornadas sobre el nuevo CP de 1995, Bilbao, Univ. País Vasco, 1997/98, 43 ss.; DEL CORSO, Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di F. Carrara, RItDPP 1990, 148 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, PJ 28-1992, 7 ss.; HALL, Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im Willensstrafrecht, GS 110 1938, 95 ss.; HERZBERG/PUTZKE, Strafloße Vorbereitung oder strafbarer Versuch?, FS-Szwarck, 2009, 205 ss.; KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1979, 718 ss., 874 ss.; JuS 1980, 120 ss., 273 ss., 506 ss., 650 ss., 811 ss.; JuS 1981, 193 ss.; JuS 1982, 110 ss., 189 ss.; H. MAYER, Zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitungshandlung, SJZ 1949, 172 ss.; MEINE, Die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern unter Zuhilfenahme einer falschen Buchführung, GA 1978, 321 ss.; D. MEYER, Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat, BGHSt 26, 201, JuS 1977, 19 ss.; PAPAGEORGIU-GONATAS, Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs, München, H. Utz, 1988; PESSOA, La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, 2ª ed. 1998; POLITOFF LIFSCHITZ, Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1999; PUIG PEÑA, DP II, 6.ª 1969, 251 ss.; REDSLOB, Versuch und Vorbereitung, Breslau, Schletter, 1908; ROXIN, Selbständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion, FS-Küper, 2007, 489 ss.; Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter, FS-Frisch, 2013, 613 ss.; AT II, 2003 [PG II, 2014], § 28/1 ss.; RUDOLPHI, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch – OLG Celle, NJW 1972, 1823, JuS 1973, 20 ss.; SCHMID, “Bedingter Handlungswille” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 1962, 48 ss.; SONNEN, Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl, JA 1979, 334 ss.; SONNEN/HANSEN-SIEDLER, Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung, JA 1988, 17 ss.; VEHLING, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Frankfurt, Lang, 1991; WALDER, Strafloße Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr 99 1982, 225 ss.;

Bibl. s. Punicción: DOVAL PAIS, La penalidad de las tentativas de delito, pról. Boix, Valencia, Tirant, 2001; RODRÍGUEZ MOURULLO, La punición de los actos preparatorios, ADPCP 1968, 277 ss.; en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment II, 1972, Arts. 51-52, 236 ss.

Bibl. s. Desistimiento en los actos preparatorios punibles: ANGERER, Rücktritt im Vorbereitungsstadium, Berlin, Duncker & Humblot, 2004; BLEI, Tätige Reue nach einer Verbrechensverabredung, Anm. zu BGH v. 16. 5. 1973 - 2 StR 269/72, GA 1974, 243, en JA 1974, 675 ss.; BORCHERT/HELLMANN, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 I 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA 1982, 429 ss.; BOTKE, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, Ebelsbach, Gremer, 1979; Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; DREHER, Grundsätze und Probleme des § 49a StGB, GA 1954, 11 ss.; en Bemühungen um das Recht: gesammelte Aufsätze, München, Beck, 1972, 193 ss.; EISELE, Abstandnahme von der Tat vor Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten, ZStW 112 2000, 745 ss.; ENGEL, Der Rücktritt von Vorbereitung und Versuch, tesis doct., Univ. Erlangen, 1934; FAD, Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, Berlin, Duncker & Humblot, 2005; FARRÉ TREPAT, Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración, ADPCP 1992, 711 ss.; FELTES, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, 395 ss.; GILI PASCUAL, Desistimiento y concurso de personas en el delito, Valencia, Tirant, 2009, espec. 107 ss., 241 ss.; La eficacia del desistimiento del partícipe, LH-Vives, 2009, 739 ss.; Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado, InDret 2012-2; GRIESSMAIER, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch, tesis doct. Univ. Erlangen, 1935; GRÜNWARD, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, FS-Welzel, 1974, 701 ss.; HERZBERG, Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr, JZ 1989, 114 ss.; Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 1991, 1633 ss.; HERZFELD, Der Rücktritt des Anstifters, tesis doct. Univ. Frankfurt, 1922; HERZOG, Über Strafbarkeit und Straflosigkeit i. S. des StGB mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der

Teilnahme, GS 23 1871, 435 ss., y GS 26 1874, 28 ss.; HOYER, SK, 7.^a 2001, §§ 30/1 ss., 31/1 ss.; JESCHECK, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat, ZStW 99 1987, 111 ss.; JOECKS, MK, 1.^a 2003, 4.^a 2020, § 31/1 ss.; KLARENAAR, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach geltendem Recht und den sechs Entwürfen, tesis doct. Univ. Erlangen 1927; KROß, Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten, Jura 2003, 250 ss.; KÜHL, Zum strafbefreienden Rücktritt von der Verabredung eines Verbrechens durch Untätigbleiben jedes der Beteiligten, JZ 1984, 292 ss.; KÜPER, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775 ss.; Zur Problematik des Rücktritts von der Verabredung, JR 1984, 265 ss.; KÜTTERER-LANG, Versuch der Anstiftung und Rücktritt (BGH, NJW 2005, 2867), JuS 2006, 206 ss.; LENCKNER, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, FS-Gallas, 1973, 281 ss.; LOOS, Beteiligung und Rücktritt, Jura 1996, 518 ss.; MAURACH, Die Problematik der Verabredung (§ 49 a II StGB), JZ 1961, 137 ss.; MEISTER, Zweifelsfragen zur versuchten Anstiftung, MDR 1956, 16 ss.; MITSCH, Der Rücktritt des angestifteten oder unterstützten Täters, FS Baumann, 1992, 89 ss.; Zum Anwendungsbereich des § 31 StGB, FS-Herzberg, 2008, 443 ss.; MÜLLER, H. H., Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, tesis doct. Univ. Tübingen, 1934; MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona, Bosch, 1972; v. NITSCH, Die heutige Regelung des Rücktritts vom Versuch, insbesondere de Frage der Anwendbarkeit des § 49a IV StGB, tesis doct. univ. München 1957; RANFT, Anm. zu BGH v. 19. 7. 1989 - 2 StR 270/89, JZ 1989, 1128 ss.; Zum Rücktritt vom Versuch des Totschlags, wenn sich die Vorstellung des Täters von der tödlichen Wirkung seiner Messerstiche aufgrund einer Reaktion des Opfers ändert, JZ 1989, 1128 ss.; ROXIN, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, FS-Heinitz, 1972, 251 ss. = Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada (trad. Luzón Peña), en: Problemas bás., 1976, 248 ss.; Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, FS-Lenckner, 1998, 267 ss.; Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter, FS-Frisch, 2013, 613 ss.; SCHMITT, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, 25 ss.; SCHRÖDER, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach §§ 46 und 49a, MDR 1949, 714 ss.; Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81 ss.; ULSENHEIMER, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin, de Gruyter, 1976.

* * * * *