

EL INTENTO DE INSTIGACIÓN O PROPOSICIÓN PARA DELINQUIR

The attempt of incitement or proposal to commit a crime

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA*

Recibido: 10.DIC.2024

Aprobado: 09.ENE.2025

SUMARIO: **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. **4.1.** Invitación o inducción a persona(s) determinada(s). **4.2.** Directa: ¿expresa o personal-sin intermediario? **4.3.** Proposición o instigación completa. **4.4.** ¿el proponente ha de co-intervenir? **4.4.1.** Posición restrictiva: el proponente ha de querer ser también autor, no puede intentar ser mero inductor. **4.4.2.** Posición amplia (preferible): el proponente puede intentar ser sólo inductor o también pretender intervenir en la ejecución. **4.5.** Actuación propuesta al instigado: ¿autor, coautor, también partícipe? **4.6.** Ausencia de efecto: no ejecución. Bibliografía.

RESUMEN:

El autor, en el presente artículo, realiza una investigación jurídica en torno a una de las figuras jurídico-penales poco desarrolladas en la doctrina penal; es decir, lo referente a el intento de instigación o proposición para delinquir. De este modo, inicia mencionando el panorama legislativo en el cual se encuentra la mencionada figura jurídico penal; con lo que, toma como principal referencia al Código Penal alemán y al Código Penal español para dar sus presiones en torno a ello. Además, en base al Código Penal español, menciona los requisitos que debe presentar la proposición para delinquir, donde considera ciertos factores como los siguientes: la invitación o proposición para delinquir debe dirigirse a una persona (s) determinada (s); la invitación o proposición debe ser directa; la proposición

* Catedrático de Derecho Penal (emér.), Univ. de Alcalá, Madrid, Dr. h.c. mult. Presidente de honor de la FICP.

debe ser completa. Asimismo, unos de los requisitos donde desarrolla una singular problemática es lo relacionado a si ¿el proponente ha de co-intervenir?, ante ello, menciona dos posiciones: la posición restrictiva y la posición amplia, cada una con su respectivo desarrollo jurídico. Por último, el artículo finaliza con la relación de la actuación propuesta al instigado y la ausencia de efecto de la proposición.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, instigación, proposición para delinquir, inducción, Código Penal español, Código Penal alemán.

ABSTRACT: This article provides legal analysis on a rarely explored criminal figure: the attempt to incite or propose the commission of a crime. It begins by outlining the legislative framework of the figure, primarily referencing the German and Spanish Criminal Codes. Drawing from the Spanish Code, it identifies the requirements for a criminal proposal: it must be addressed to a specific individual(s), be direct, and be complete. A notable issue discussed is whether the proposer must act as a co-participant. Two positions are outlined—restrictive and expansive—each with its legal justification. The article concludes by examining the link between the proposed action and the instigated party, and the legal irrelevance of an unexecuted proposal.

KEYWORDS: Criminal Law, incitement, proposal to commit a crime, inducement, Spanish Criminal Code, German Criminal Code.

1. SISTEMAS LEGISLATIVOS DE PREVISIÓN DEL INTENTO DE INDUCIR A PERSONA CONCRETA

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 según los sistemas lo hacen ya en la Parte General o solo en la Parte Especial y respecto de unos u otros delitos¹. Generalmente se refieren al intento de inducción o persuasión expresa y a las claras. Pero en algunas ocasiones la fórmula legal empleada –como incitar, instigar²– también

- 1 Peculiar el CP italiano, en cuya PG el art. 115.3 dispone que la instigación acogida, pero sin cometerse el delito solo es punible si la ley lo dispone expresamente, pero en la instigación acogida no expresamente 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 previstas 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).
- 2 *Istigare, istigazione* en el art. 115 (y otros) CP italiano. El art. 297 CP portugués se rubrica como “*instigação pública ao crime*” (al delito), que en el texto del art. se define como “*quem ... provocar*”

permite incluir ahí el intento de azuzar, excitar o incitar tácita o indirectamente a otro a cometer un delito: así sucede en diversos códigos penales fuera del español³; y así también la fórmula de la provocación del art. 4, 3.º CP español 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"⁴.

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 castigado según los preceptos de la tentativa del delito grave, pero la pena habrá de ser atenuada⁵. No solo 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

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.

- 3 Pej. art. 124 CP chileno, arts. 124: incitar a tropas, 129, 339: instigar; art. 24.2 CP suizo: intentar instigar; 66, 3.º y 4.º CP belga: provocar a personas al crimen o delito; CP peruano art. 431 A: incitar a la simulación accidentes de tránsito.
- 4 Cfr. para referencias de doctrina y jurisprudencia, Luzón Peña, *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales, ForFICP 2023-2, (27 ss.), 51 s. n. 70.
- 5 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.; Letzger, *Vorstufen 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.

otro⁶ 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 doctrina mayoritaria alemana la cooperación necesaria es coautoría por suponer dominio funcional del hecho⁷ y por tanto esa cooperación sería ya cometer el delito).

Supuestos o formas de manifestación de esa inducción intentada. Según Letz-gus, 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 *omnimodo facturatus*, 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 mal-entende 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

6 Tb.el § 12 StGB austriaco 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 portugués 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 federal mexicano, 45 CP argentino, 61, 1.º CP uruguayo, 24 CP peruano, 22 CP boliviano, 30, 1.º y 2.º CP colombiano, 83 CP venezolano, 47 CP panameño, 46 CP costarricense, 35 CP salvadoreño, y 18.2 c) CP cubano.

7 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*, 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.

básico y no el cualificado al que se le instigaba, de modo que respecto de éste es sólo inducción intentada)⁸. 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 esta 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 inducir⁹.

3. LA PROPOSICIÓN DEL CP ESPAÑOL (Y DE ALGUNOS OTROS CP¹⁰)

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). En el mismo art. 17.2 desde 1995 hasta su cit. reforma en 2015, así como en el 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 chileno o en el 7, 4.º CP uruguayo—, 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 delito¹¹. Como acto solo 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, el sistema del

8 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.

9 Tb. Orts/ González Cussac, *PG*, 9.ª 2022, 283, requieren para las tres modalidades de APP una mínima idoneidad como en la tentativa.

10 Idénticos a los CP español en la proposición el art. 8, 1.º y 3.º CP chileno o el 7, 1.º y 4.º CP uruguayo.

11 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".

actual CP español 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 que el sistema de *numerus apertus*, o sea de punición de la proposición para todos los delitos, más bien minoritario en Derecho comparado¹², 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 (este 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 no es acertado.

4. REQUISITOS, ESPECIALMENTE EN EL CP ESPAÑOL

4.1. 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.

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 (acto preparatorio pluripersonal punible) de proposición eventualmente punible solo 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

12 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*.

a una eventual proposición a un delito, que puede ser punible si encaja en aquellos delitos donde está tipificado tal acto preparatorio pluripersonal¹³.

4.2. 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 español 1944/1973), 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 *a través de un tercero* sirviéndose de él (*proposición mediata*) si la proposición es expresa (directa).

4.3. 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. 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.

13 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.

4.4. ¿El proponente ha de co-intervenir?

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

El CP español 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 doctrina 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 proposición¹⁴ o, dicho en otros términos, para esta interpretación la proposición (del actual art. 17.2 CP 1995, o del art. 4,2.º CP español 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, 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

14 Así (antes y después del CP 1995) Ferrer, *Com. I*, 1946, 93; Quintano, *Curso. I*, 1963, 225; Rodríguez Mourullo, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, *Coment. 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. 20); Rebollo Vargas, *La provocación*, 1997, 51 ss.; Olmedo Cardenete, *La inducción*, 1999, 809, 825 ss.; en Cobo (dir.) *Coment. CP. 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 ejemplos solo de proponente que piensa ser autor); Melendo, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, *Curso PG*, 2.ª 2015, 397 s; también jurisprudencia anterior como STS 8-2-1980, A 455; 21-3-1986, A 1678; 5-2-1993, A 880 (porque la jurisprudencia castigaba la inducción intentada como provocación, lo que cambia desde el nuevo CP 1995 –impidiendo la provocación personal privada– con STS 1994/2002, 29-11, que admite la simple tentativa de inducción). No terminante Díez 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.

que la proposición requiere ofrecimiento como autor en la ejecución por parte del invitador o instigador, la sola inducción o instigación intentada quedará impune¹⁵.

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", entendiendo 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 solo hacen los autores estrictos¹⁶. 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 incluso de la fase de ejecución¹⁷, 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)¹⁸. 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 regulación¹⁹.

15 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.

16 Recalcando explícitamente la importancia de esos argumentos gramaticales p.ej. Rodríguez Mourullo, Cuello Contreras, Gómez Rivero, Olmedo, *cits.* en n. 14.

17 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 político-criminalmente es la interpretación restrictiva, que respeta los principios de ofensividad e intervención mínima (y de accesoriadad) y la libertad de expresión.

18 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. 33; Fuentes Osorio, *La preparación*, 2007, 311.

19 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 insatis-

4.4.2. 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 delito²⁰; y 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 comisión²¹. 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 español (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”²², aquí sí como autor (aunque evidentemente esto último ya no se puede

factorio dejar impunes los casos de tentativa de inducción, lo que consideran una inadmisibles y grave laguna que debe superarse *de lege ferenda*.

- 20 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 sintéticamente 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. 14); 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 Conlledo, 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/Hormazabal, 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.
- 21 P. ej. Díaz y García Conlledo, en Luzón dir. *EPB*, 2002, 305 s.; Barber Burusco, *Los actos preparatorios*, 2004, 206.
- 22 Así p. ej. Mir Puig, Octavio de Toledo/Huerta, Díaz y García Conlledo, Barber Burusco, cits. en

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 pluripersonales²³ (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 física²⁴; 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 incitación a una pluralidad de personas²⁵.

b) A mi juicio, en efecto, esta interpretación amplia no solo es *gramaticalmente perfectamente factible*, sino que *además es la preferible valorativamente*. En cuanto

n. 88; Silva Sánchez, cit., 151 n. 389.

- 23 Explicitamente lo afirman p. ej. Mir Puig: v. *infra* n. 25 y el texto correspond.; 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.
- 24 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.
- 25 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); 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. 19 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*.

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 delito²⁶, que se ejecutará por otro. Ese entendimiento amplio de “cometer” el delito tanto autores como partícipes no solo 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 (actuales arts. 20, 1.º y 2.º, arts. 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 anterior)²⁷.

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:

26 Desde la perspectiva de la accesoriadad 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 accesoriadad 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.

27 En gran parte de los autores y sents. en este sentido cits. *supra* en n. 20 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.

1º) 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 accesoriidad (cuantitativa) de la punición de la participación cuando el autor aún no ha entrado en la tentativa²⁸, 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: 2º) 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). 3º) 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 español, *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*. 4º) 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 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.

5º) 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 proponente²⁹; 6º) y ya hemos visto que, como señala Alastuey, en la praxis los APP más frecuentes son aquellos en que alguien que no va

28 Tb. lo reconoce desde la posición amplia Barber Burusco, *Los actos preparatorios*, 2004, 207.

29 Así, como vimos *supra* n. 23, 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.

a ser autor invita a otro u otros a ejecutar un delito contra la vida o contra la integridad física³⁰. Y además 7º), 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”³¹, 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.

8º) Finalmente, desde la LO 1/2015 ampliando la cualidad de actuaciones posibles de la persona instigada hay que agregar un argumento sistemático con repercusión axiológica-teleológica³²: 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, 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 solo 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

30 V. *supra* n. 24 el argumento y datos de Alastuey.

31 Barber Burusco, *Los actos preparatorios*, 2004, 207 s.

32 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, *RDPCr* 21 2019, 74, extrayéndolo precisamente de esta ampliación en 2015 de los destinatarios en la proposición; 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, cit., 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).

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 sueldo³³ 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. 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 preferible suprimirlo³⁴.

4.5. 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 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 solo la participación en sentido amplio* inclusiva también de la *autoría*,

33 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 Benavent, *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.

34 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.

sino también por supuesto todas las formas de la **participación en sentido estricto**, tanto la **cooperación** como también la **inducción**³⁵ (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 sucede en la conspiración), por un argumento penológico: en el CP español al castigar este (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 absurdo³⁶. 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.

4.6. Ausencia de efecto: no ejecución

Por ser acto solo 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, esta 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 italiano, este no ha acogido o aceptado la instigación, o este sí la acepta, es inducido, pero no llega a la ejecución³⁷, porque el art. 17.2 no excluye

35 Así, ante la nueva redacción del CP 1995, Llabrés Fuster, en González Cussac (dir.), *Coment Ref CP*, 2015, 112 ss.; Molina Fernández, *Memento Penal* (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.

36 Esta exclusión penológica en Derecho español de los futuros meros cómplices (no necesarios) es sostenida correctamente por parte de la doctrina en la conspiración, 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.

37 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),

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 he expuesto en otro lugar 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 a 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 absorción³⁸. Otras opiniones llegan al mismo resultado de calificar de conspiración la invitación aceptada sin concurso de leyes por entender que la proposición requiere que el instigado no acepte la invitación³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R. (2008). La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal. En: GARCÍA, C. (Coord.) et al, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer.
- ARROYO DE LAS HERAS, A. (1986). *Manual de Derecho Penal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BARBER, S. (2004). *Los actos preparatorios del delito*. Editorial Comares.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2010) et al. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Ediciones Experiencia.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (4ª ed.). PPU.
- BUSTOS, J. / HORMAZÁBAL, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta.
- CAMPO MORENO, J. (2000). *Los Actos preparatorios punibles*. Tirant lo Blanch.
- CEREZO MIR, J. (2001). *Curso de Derecho Penal español*. (Tomo III). Tecnos.

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.

38 Así ya Luzón Peña, ForFICP 2023-2, 92 ss.

39 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.

- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. (1999). *Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2009). *El derecho penal español. Parte general*. (Volumen II). Dykinson.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1986). *Provocación para cometer delito en el Derecho español*. Editorial de Derecho Reunidas.
- DEMETRIO, E. / VICENTE, R. / MATELLANES, N. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Teoría del Delito*. (2ª ed.; Tomo II). Iustel.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*. PPU.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2020). *Derecho Penal español. Parte General*. (5ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- FRISTER, H. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (9ª ed.). C.H. Beck.
- FUENTES OSORIO, J. (2007). *La preparación delictiva*. Editorial Comares.
- GIL GIL, A. (2015) et al. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Dykinson.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. (1984). *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*. Civitas.
- GÓMEZ RIVERO, M. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Editorial Tirant Lo Blanch
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Duncker & Humblot.
- JESCHECK, H. / WEIGEND, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (5ª ed.). Duncker & Humblot.
- KOHLRAUSCH, E. / LANGE, R. (1961). *Strafgesetzbuch*. (43ª ed.). De Gruyter.
- KÜHL, K. (2017). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. (8ª ed.). Vahlen.
- LACKNER, K. / KÜHL, K. / HEGER, M. (2023). *Strafgesetzbuch*. (30ª ed.). C.H. Beck.
- LANDECHO, C. / MOLINA, M. (2020). *Derecho Penal español. Parte General*. (11ª ed.). Tecnos.
- LETZGUS, K. (1972). *Vorstufen der Beteiligung*. Duncker & Humblot.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. (1997). *La complicidad en el delito*. Tirant Lo Blanch.

- LUZÓN CUESTA, J. (2021). *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. (26ª ed.). Dykinson.
- LUZÓN DOMINGO, M. (1964). *Derecho penal del Tribunal Supremo*. Hispano Europea.
- LUZÓN PEÑA, D. (2023). *Iter criminis* y actos preparatorios pluripersonales e individuales. *ForFICP*, (2023-2), 27-115. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2024/10/Foro-FICP-2023-2.pdf>
- MAQUEDA ABREU, M. / LAURENZO COPELLO, P. (2016). *El Derecho Penal en casos. Parte general*. (4ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- MAURACH, R. (1954). *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. C.F. Müller.
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H. (1989). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tb 2*. (8ª ed.) C.F. Müller.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. (10ª ed.). BdeF.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2017). *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre.
- MORILLAS, L. (2018). *Sistema de derecho penal. Parte general*. Dykinson.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (1989). Punición o despenalización de la proposición para delinquir. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42(3), 989-1020.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. (2022). *Derecho Penal. Parte general*. (11ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. / HUERTA, S. (1986). *Derecho Penal Parte general*. Editorial Rafael Castellanos.
- OLMEDO CARDENETE, M. (1999). *La inducción como forma de participación accesoria*. Reundidas.
- ORTS, E. / GONZÁLEZ, J. (2022). *Compendio de Derecho Penal. Parte general*. (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- QUINTANO, A. (1963). *Curso de derecho penal*. (Tomo I). Editorial revista de derecho privado.
- REBOLLO VARGAS, R. (1997). *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- RENGIER, R. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (12ª ed.). C.H. Beck.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1988). *Compendio de Derecho Penal Parte General*. (4ª ed.). Trivium.
- ROXIN, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (Volumen II). C.H.Beck.

- ROXIN, C. (2022). *Täterschaft und Tatherrschaft*. (11ª ed.). De Gruyter.
- RUIZ ANTÓN, L. (1982). *El agente provocador en el Derecho Penal*. EDERSA.
- SAINZ CANTERO, J. (1990). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. (3ª ed.). J.M. Bosch.
- SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. (2019). *Strafgesetzbuch*. (30ª ed.). C.H. Beck.
- SEMINARA, S. (2022). Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada. En: VALIENTE, V. (Coord.), *Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1997). *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch.
- STRATENWERTH, G. (2000). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Heymanns.
- STRATENWERTH, G. / KUHLLEN, L. (2011). *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Straftat*. (6ª ed.). Vahlen.
- THALHEIMER, K. (2008). *Die Vorfeldstrafbarkeit*. Peter Lang.
- WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter.
- WESSELS, J. / BEULKE, W. / SATZGER, H. (2021). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeiner Teil*. (51ª ed.). C.F. Müller.