

## LA INVITACIÓN INTERPERSONAL A DELINQUIR COMO ACTO PREPARATORIO PUNIBLE<sup>1</sup>

Dra. Carmen Alastuey Dobón

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Fundamento del castigo. **III.** Invitaciones a delinquir subsumibles en la conspiración. 1. Posibles configuraciones de la conspiración y toma de postura. 2. Consecuencias de la interpretación propuesta para las invitaciones a delinquir. Ejemplos extraídos de la jurisprudencia. **IV.** Invitaciones a delinquir subsumibles en la proposición. 1. El papel que se reserva el proponente 2. El objeto de la invitación. 3. Estructura de la proposición y momento de su consumación. **V.** Conclusiones.

**Resumen:** Este trabajo versa sobre la punibilidad de las invitaciones privadas a delinquir como actos preparatorios. Desde hace tiempo se discute acerca de las características que han de reunir dichas invitaciones para considerarlas punibles a través de la conspiración o de la proposición para delinquir (art. 17 CP, apartados 1 y 2, respectivamente). Esta polémica se ha reavivado con el cambio en el concepto legal de proposición en el año 2015. La propuesta de interpretación del mencionado precepto que aquí se formula gira en torno a dos ideas clave. En primer lugar, la necesidad de distinguir entre las invitaciones aceptadas (pactos cerrados para delinquir) y las no aceptadas (pactos intentados). Las primeras son más peligrosas que las segundas y requieren el castigo de todos los miembros del pacto, por lo que han de ser sancionadas a través de la conspiración. Las segundas, punibles mediante la proposición, deben cumplir requisitos más estrictos y castigarse con una pena inferior. En segundo lugar, la exigencia, en todo caso, de que el pacto lo sea para

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón, así como por el programa operativo FEDER Aragón 2014-2020, y cuyo responsable es el profesor Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza).

la ejecución de un delito. Ello implica la impunidad de acuerdos cerrados o intentados en los que no se prevea la ejecución del hecho delictivo por parte de al menos uno de sus miembros.

**Palabras Clave:** Actos preparatorios punibles, invitaciones a delinquir, conspiración para delinquir, proposición para delinquir.

**Abstract:** This paper focuses on the punishability of private invitations to commit offences as preparatory acts. For some time now, it has been discussed about the characteristics of these invitations in terms of their punishability, both as conspiracy and as a proposition to commit an offence (article 17 CP, sections 1 and 2, respectively). The change in the legal concept of proposition, in 2015, has revived this particular controversy. Thereby, the proposed interpretation of the aforementioned precept is formulated around two key ideas. First, the need to distinguish between accepted invitations (closed agreements to commit offences) and those that are not accepted (attempted agreements). The former are more dangerous than the latter and imply to punish the whole group; therefore they must be sanctioned as conspiracy. Second, punishable as a proposition to commit an offence, must meet stricter requirements and be punished with a lower penalty. In the last place, it should be highlighted the requirement that the agreement is made in any case for the commission of a crime. This implies the impunity of closed or attempted agreements in which the execution of the criminal act by at least one of its members is not foreseen.

**Keywords:** punishable acts preparatory to an offence, invitations to commit an offence, conspiracy to commit an offence, proposition to commit an offence.

## I. Introducción

En relación con la relevancia penal de conductas previas al inicio de la ejecución de un delito, se ha discutido intensamente sobre qué invitaciones privadas o interpersonales a delinquir son punibles como actos preparatorios y a través de qué figura, de entre las tres recogidas en la Parte general de nuestra legislación penal (conspiración, proposición y provocación para delinquir). La redacción, ambigua en muchos puntos, de los preceptos que las han regulado, tanto en el derogado como en el vigente Código, ha suscitado variadas interpretaciones. Antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995 el panorama estaba ciertamente enmarañado, debido sobre todo a las dudas sobre la exégesis del art. 4, párrafo tercero, del antiguo texto, donde se regulaba la provocación para delinquir. Recuérdesse al respecto que un importante sector doctrinal y jurisprudencial consideraba que en la provocación cabían tanto las incitaciones públicas, dirigidas a un colectivo de personas, como las privadas, interpretación que permitía subsumir en ella las invitaciones a

delinquir que resultaban de difícil encaje en el tenor literal de la proposición, a saber, aquellas en las que quien formula la invitación no pretende intervenir personalmente en la ejecución de los hechos<sup>2</sup>, supuestos para los que en general se reserva la denominación de «inducción frustrada» o «tentativa de inducción»<sup>3</sup>. Por lo tanto, quienes defendían esta tesis durante la vigencia del Código penal de 1973, consideraban que algunas invitaciones interpersonales a delinquir debían ubicarse en la conspiración, otras en la proposición y, finalmente, otras en la provocación<sup>4</sup>.

El nuevo Código penal, además de la trascendental y acertada novedad de restringir el castigo de estos actos preparatorios a un número determinado de delitos<sup>5</sup>, trajo consigo una nueva redacción de la provocación para delinquir que la circunscribe de forma expresa a las incitaciones públicas, vetando la ubicación en su seno de la tentativa de inducción<sup>6</sup>. De otra parte, el nuevo texto reprodujo sin modificaciones en los dos primeros apartados del art. 17 las definiciones de conspiración y de proposición para delinquir que ofrecían, respectivamente, los

<sup>2</sup> Eran de esta opinión hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal, entre otros, CUELLO CONTRERAS (1978), p. 152, nota 28; DEL ROSAL BLASCO (1986), pp. 139, 180 s.; GIMBERNAT ORDEIG (1966), p. 165, nota 163; GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 295 ss., 301-302; y RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), pp. 186, 856. Véase la exposición de esta opinión en MIRA BENAVENT (1999-2000), pp. 120 ss. y sus acertadas consideraciones críticas (pp. 125 ss.); véase también, con ulteriores referencias, OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 812-816.

<sup>3</sup> Sobre el uso de esta terminología referida a un grupo de supuestos que abarcan diferentes momentos del *iter criminis* de la inducción, véase MIRA BENAVENT (1999-2000), pp. 111 s. Crítica, BARBER BURUSCO (2004), pp. 215-217. En otro orden de cosas, es evidente que cuando se habla de «tentativa de inducción» o de «tentativa de participación» no se utiliza el término «tentativa» en sentido propio (art. 16.1 CP) pues no se da comienzo a la ejecución de ningún tipo penal, sino que, respecto a la realización típica, nos movemos en el ámbito de la preparación (actos preparatorios, en tanto que pre-ejecutivos). Al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO (1968), p. 279; y ROXIN (2003), § 28, n. m. 2.

<sup>4</sup> No analizaré exhaustivamente en estas páginas las opiniones doctrinales previas a la entrada en vigor del nuevo Código. Como autora representativa de la tesis a la que me refiero en el texto cabe citar a GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 299, 302: la conspiración castigaría los ofrecimientos aceptados a la coautoría, la proposición las invitaciones a la coautoría no aceptadas y la provocación la tentativa de inducción, con o sin aceptación del invitado.

<sup>5</sup> Cuestión distinta es el acierto en la selección de delitos en los que resultan punibles y en la concreta técnica legislativa empleada. Críticos, con razón, BARBER BURUSCO (2004), pp. 144 ss.; LLABRÉS FUSTER (2015-2), pp. 219 s.; y OLMEDO CARDENETE (1999-2), p. 867. Sobre este asunto volveré al final.

<sup>6</sup> En el mismo sentido la mayoría de la doctrina, entre la que se incluyen autores que habían defendido la tesis contraria hasta ese momento. Véanse, con argumentos que comparto, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS (2009), p. 336; DEL ROSAL BLASCO (2005), pp. 959, 963; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), pp. 305 s.; GÓMEZ RIVERO (1996), p. 1625; MIRA BENAVENT (1999-2000), pp. 148 ss.; OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 816 ss.; y SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 151. Así también la STS n.º 1994/2002, de 29 de noviembre, F. J. 2. Excepcionalmente, de otra opinión, BACIGALUPO ZAPATER (1997), p. 559; y REBOLLO VARGAS (1997), pp. 85, 91 ss.

párrafos primero y segundo del antiguo art. 4. De manera que desde la vigencia del actual Código queda claro que a través de la provocación ya no puede castigarse ninguna invitación privada a delinquir, pero siguen siendo transitables tanto la vía de la conspiración como la de la proposición. En efecto, aunque a primera vista parece que la proposición es la institución más idónea para dar cobijo a estas conductas —pues consiste precisamente en una invitación a delinquir—, también la conspiración se reconoce apta desde siempre para acoger determinadas invitaciones privadas que desemboquen en un pacto criminal, incurriendo en este caso en responsabilidad tanto quien formula la invitación como quien la recibe y acepta.

La decisión sobre qué concretas invitaciones dirigidas a personas determinadas deben ubicarse en cada una de estas figuras y cuáles, en cambio, deben quedar impunes depende lógicamente de cómo se conciben dichas instituciones, lo que a su vez se ha hecho depender, sobre todo, del papel que se reserven los sujetos en el delito que preparan. En el caso de la conspiración, el grado de acuerdo doctrinal ha sido notable. Como es sabido y luego recordaré, esta figura es interpretada de forma mayoritaria como una coautoría anticipada; es decir, se considera que todos los conspiradores han de acordar intervenir como coautores en el delito cuya ejecución resuelven. Si trasladamos este planteamiento a las invitaciones a delinquir, solo será posible subsumir en ella las invitaciones aceptadas a la autoría por parte de quien desea asimismo ser autor. De todas formas, no faltan interpretaciones más amplias de la conspiración, que la entienden como acuerdo de codelincuencia, permitiendo así que esta pueda abarcar, además de las anteriores, invitaciones procedentes de quien se reserva un papel de partícipe o invitaciones a intervenir como partícipe, siempre que se alcance un acuerdo para la ejecución del delito.

Por el contrario, el ámbito de aplicación de la proposición ha sido muy discutido. Antes de la reforma de la que fue objeto el art. 17.2 CP en el año 2015 la polémica se focalizaba fundamentalmente en el primer inciso de la definición. Dado que el proponente, por expresa disposición legal, ha de ser alguien que *«ha resuelto cometer un delito»*, es ya clásico el debate sobre si esta figura castiga solo invitaciones formuladas por quien se reserva un papel de autor en la ulterior ejecución del delito o si cabe entender comprendidos en la proposición también (o incluso únicamente, según algunas opiniones) los casos anteriormente referidos de tentativa de inducción, esto es, aquellos en los que un sujeto invita a otro u otros a ejecutar un delito sin su intervención. Esta última interpretación posibilita incluir en dicha figura los supuestos prototípicos de incitación a cometer un delito de lesiones o contra la vida ofreciendo una cantidad de dinero y delegando por completo la ejecución en el incitado (en resumen: contratar o intentar contratar a un sicario que en cualquier caso no da comienzo luego a la ejecución del delito). Descartada, como

hemos visto, la provocación, lo que se examina ahora es si la tentativa de inducción está castigada en la proposición o es impune.

En menor medida se discutía sobre el papel que debía asignarse al invitado en el futuro delito para poder castigar al proponente como tal. Sobre este particular, la doctrina mayoritaria venía entendiendo que el proponente debía invitar a la autoría de un delito, al requerir el precepto en su antigua redacción una invitación a la ejecución (*«invita a otra u otras personas a ejecutarlo»*), aunque también se aducían motivos político-criminales para restringir la proposición a los supuestos de invitación a la autoría. Solo aisladamente se consideraba que las invitaciones a realizar una conducta de participación habrían de incluirse en la figura.

La reforma operada en la proposición para delinquir mediante la LO 1/2015 modifica en parte la situación anterior. Permanece inalterado el primer inciso del concepto legal, por lo que la nueva regulación mantiene viva la polémica sobre si la inducción no seguida de ejecución, cuando el proponente no quiere intervenir personalmente en el delito, es punible al amparo de la proposición. Pero se reforma el inciso referido a la intervención del invitado en el delito —curiosamente, el menos controvertido— en el sentido de que hay proposición ahora cuando el que ha resuelto cometer un delito *«invita a otra u otras personas a participar en él»*<sup>7</sup>. Ello impide mantener la referida tesis mayoritaria según la cual la proposición debía consistir en todo caso en una invitación a la autoría, pues parece indiscutible que a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley la proposición abarca la invitación a la participación<sup>8</sup>. Al respecto es necesario aclarar cuanto antes que esta novedad no debe verse como un cambio en el objeto de la incitación, sino como una ampliación del mismo respecto a la interpretación tradicional mayoritaria de la figura<sup>9</sup>. Ya se ha señalado que el término «participar» hay que interpretarlo en sentido amplio, como sinónimo de «intervenir» en el hecho delictivo, de manera que incluya tanto la participación en sentido estricto como la autoría, pues «carecería de toda lógica que pasara a perseguirse la invi-

<sup>7</sup> El cambio fue introducido mediante la enmienda núm. 873 del grupo parlamentario popular al Proyecto de Ley. Véanse las acertadas críticas a la tramitación parlamentaria que formula LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 84 s.

<sup>8</sup> En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS (2016), p. 520; MAQUEDA ABREU / LAURENZO COPELLO (2016), p. 116; MOLINA FERNÁNDEZ (2019), n. m. 2691; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (2015), p. 480; y ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC (2017), p. 295, quienes resaltan la considerable ampliación del ámbito de aplicación del acto preparatorio que supone el cambio de redacción. Véase también LLABRÉS FUSTER (2015), p. 97, quien, además, rechaza con toda la razón una interpretación del término «participar» como equivalente a «ejecutar», de manera que las cosas queden como estaban antes de la reforma.

<sup>9</sup> Así, la justificación de la enmienda que introduce el cambio en la redacción, en cuya virtud, «se parte de un concepto más amplio» de proposición, en el que «es suficiente la participación en el delito que otro ha resuelto cometer, no siendo necesario que la persona ejecute la conducta delictiva».

tación a intervenir en el delito de forma periférica, como partícipe, y en cambio quedara impune la invitación a llevarlo a cabo como autor»<sup>10</sup>. Es decir, la nueva proposición abarca tanto casos de invitación a la autoría como casos en los que se invita a la participación. Pero, clarificado este punto, surgen otras dudas, porque el alcance de la mencionada ampliación puede variar según cómo se interprete el primer inciso del concepto legal de proposición. En particular, si se considera que la proposición castiga los supuestos en que el proponente no desea ser autor del delito, se plantea la pregunta de si esta figura acoge ahora la invitación a participar en el delito que ejecutará un tercero —distinto del proponente y del invitado—, como se ha defendido ya.

Al margen de la controversia sobre los roles que hayan de desempeñar en el futuro delito el proponente y el destinatario de la proposición, existen otras cuestiones polémicas en relación con esta figura. De especial relevancia resulta la referida al momento de la consumación o perfección de sus requisitos típicos, que marcará el inicio de su punibilidad. Nuevamente, el tenor literal del art. 17.2 CP ofrece distintas opciones interpretativas, por lo que las soluciones sugeridas por la doctrina son asimismo variadas: de menos a más, unos estiman que basta con formular o enviar la invitación, otros que la invitación se ha tenido que recibir y comprender y, para los más exigentes, la invitación ha debido aceptarse. Por otra parte, aunque no se exija la aceptación del invitado para considerar consumada la proposición, hay que preguntarse si tiene sentido que esta figura sea la encargada de sancionar invitaciones aceptadas que desembocan en un acuerdo criminal, teniendo en cuenta que en ese caso el destinatario quedará impune. Se trata de un aspecto al que la doctrina ha prestado hasta el momento, según creo, menos atención que la merecida.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, para averiguar qué tratamiento penal debe otorgarse a las invitaciones interpersonales a delinquir es necesario tomar partido sobre estas incógnitas, viejas y nuevas, que plantea la exégesis de la conspiración y de la proposición para delinquir. Desde mi punto de vista, con carácter general la interpretación de estas figuras ha estado lastrada, en primer lugar, por una concepción demasiado estricta de la conspiración y, en segundo lugar, como consecuencia de ello, por una forma de construir la proposición de espaldas a la conspiración que provoca ciertos desajustes sistemáticos y valorativos. Opino, además, que a la hora de determinar el contenido típico y/o el fundamento de las aludidas instituciones se ha prestado más atención a la intervención que proyectan realizar en el futuro delito los conspiradores y el proponente que a las propias conductas de conspiración y proposición, cuando en realidad a los efectos anteriores es mucho más importante lo segundo —lo que hacen— que lo primero —lo que

---

<sup>10</sup> LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 94 s.



planean hacer—<sup>11</sup>. Si, con mejor criterio, atendemos en primera instancia a las conductas típicas, apreciamos que ambas figuras pueden y deben interpretarse de manera interrelacionada, pues no hay que olvidar que las dos tienen el cometido común de evitar que se planifique conjuntamente la ejecución de un delito y, además, en cierto modo comparten el mismo fundamento de punición, aunque su grado de peligrosidad difiera. Personalmente, las concibo como formas de codelincuencia anticipada (no necesariamente de coautoría) que se encuentran en una progresión: la conspiración castiga a quienes han ultimado un pacto para la ejecución de un delito y la proposición a quien, buscando ese pacto, idea un proyecto criminal viable y pretende involucrar a otros en él. En cualquier caso, tanto antes como después de la reforma de 2015, se trata de conductas que preparan la autoría de un delito. Por eso, cuando hablo de «pacto para la ejecución» me refiero a que el acuerdo cerrado o intentado incluye la ejecución del hecho delictivo por parte de alguno de sus miembros.

## II. Fundamento del castigo

Antes de desarrollar estas tesis, es imprescindible pronunciarse sobre la razón por la que se castigan y, en su caso, deben seguir castigándose, las invitaciones interpersonales a delinquir que no derivan en un principio de ejecución. Ello remite directamente a la pregunta sobre el fundamento del castigo de los actos pre-ejecutivos declarados punibles en el precepto que posibilita su sanción, el art. 17 de nuestro Código penal. A este respecto es preciso distinguir entre dos cuestiones: por un lado, las características comunes a dichas conductas que justifican su castigo excepcional, en contra de la regla general de impunidad de los actos preparatorios recogida en los arts. 15 y 16 CP<sup>12</sup>, y, por otro lado, los elementos que configuran el contenido de peligro específico de estas instituciones. En cuanto a la primera cuestión, la doctrina hace notar que los actos previos a la ejecución descritos en el art. 17 CP presentan como característica común que en ellos se comparte con otra u otras personas una resolución delictiva o, de manera más concreta, suponen una implicación efectiva o intentada de varias personas en un proyecto criminal. Ciertamente, al exteriorizarse la voluntad delictiva queda des-

<sup>11</sup> No le falta razón a *Cuello Contreras* cuando afirma: «hay que buscar el fundamento de punición de los sujetos que intervienen en los actos preparatorios con criterios distintos al del hipotético papel que se atribuyan en la futura ejecución del delito» —CUELLO CONTRERAS (1978), p. 15—.

<sup>12</sup> Es sabido que esta regla general de impunidad encuentra también excepciones en la Parte especial del Código penal, donde se contemplan numerosos tipos que elevan actos preparatorios a la categoría de delitos autónomos. Sobre esta problemática, cuyo análisis excede los objetivos de la presente contribución, véanse por ejemplo ALONSO RIMO (2017), el mismo (2018); y PUSCHKE (2010).

pejada la equivocidad propia de los actos preparatorios realizados por un único sujeto<sup>13</sup>, pero, más allá de ese dato, lo relevante desde el punto de vista del fundamento de su punición es que estamos ante actos que preparan una intervención plural en el delito<sup>14</sup>. Esta particularidad es la que los convierte en especialmente peligrosos en comparación con los actos preparatorios individuales, porque cuando en la preparación de un delito interviene una pluralidad de personas hay más posibilidades de que se alcance la ejecución del hecho, lo que equivale a un mayor peligro de lesión del bien jurídico de que se trate<sup>15</sup>.

Pero hasta aquí solo hemos afirmado que cuando el legislador crea las figuras de la conspiración y la proposición, adelantando así las barreras de protección de los bienes jurídicos a un momento anterior al de la tentativa, pretende evitar que se prepare un delito entre varias personas por el peligro que ello representa. Obviamente es preciso dar un paso más y adentrarse en la segunda de las cuestiones indicadas, es decir, hay que indagar sobre el motivo de esa mayor o especial peligrosidad. A este respecto, la doctrina dota de contenido a dicho peligro de forma mayoritaria recurriendo a dos criterios: el refuerzo mutuo de voluntades y/o la puesta en marcha de un curso causal sobre el que se pierde el dominio<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Lo señala con razón MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 155.

<sup>14</sup> Aunque esta afirmación se hace extensiva a todos los actos preparatorios punibles, debe ser matizada en el caso de la provocación, pues el provocador no está preparando una intervención plural (codelinuencia) en el futuro delito. Si el delito cuya realización provoca llega a cometerse, el provocador no será cooperador necesario ni cómplice en dicho delito, ni tampoco inductor técnicamente. De ahí la necesidad de incorporar la previsión del párrafo segundo del art. 18.2, en que se establece su castigo como inductor en ese caso. De no existir dicha previsión, el provocador solo respondería por la provocación para delinquir, aunque la provocación hubiese sido eficaz. Sobre ello, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1986), pp. 433 ss.

<sup>15</sup> En este sentido véanse, entre otros, DEL ROSAL BLASCO (1986), p. 253: «las vinculaciones delictivas colectivas resultan, por regla general, mucho más peligrosas que los planes delictivos individuales»; GRACIA MARTÍN (1997), p. 264: «el desvalor específico que fundamenta la punibilidad de tales actos radica en el peligro especial que supone la implicación de otras personas en el plan delictivo, dado que los mismos “tienen en común su finalidad captadora de voluntades”»; MIR PUIG (2016), pp. 350 s.: «la razón del castigo de los actos preparatorios punibles es la *especial peligrosidad* que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal»; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1986), p. 423: «al suponer todos estos actos intervenciones plurales en la preparación del comportamiento ejecutivo, la práctica de la resolución criminal se ve reforzada por comparación a la preparación puramente individual, lo que aumenta el peligro de que efectivamente el delito en cuestión comience a ejecutarse»; RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 154; y SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 149.

<sup>16</sup> DEL ROSAL BLASCO (2005), p. 953; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), pp. 301 s.; LLABRÉS FUSTER (2015), p. 85; y el mismo (2015-2), p. 218. La doctrina alemana utiliza los mismos criterios, aisladamente o combinados, para justificar la sanción de las figuras recogidas en el § 30 StGB, aunque esta regulación no coincide con la española. En Alemania se castiga la tentativa de inducción, la tentativa de inducción en cadena, el declararse dispuesto a cometer un delito, la aceptación de un ofrecimiento y el concertarse con otros para cometer un delito o para inducir a su comisión. Véase la mención a



Pues bien, para determinar en qué medida la conspiración y la proposición se ajustan a estos fundamentos de punición conviene tener presente la diferencia que existe entre ambas: la conspiración exige una implicación efectiva de varias personas en un proyecto criminal, mientras que la proposición constituye un intento de involucrar a terceros en un plan delictivo. Ello repercute en el grado de peligrosidad implícito a dichas conductas. Cuando varias personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, tal y como requiere el tipo de la conspiración, se crean «vínculos o relaciones fácticas de obligatoriedad en orden a la realización del comportamiento proyectado», esto es, se genera entre los integrantes del acuerdo una influencia psíquica mutua, por lo que resulta evidente la incidencia del primer criterio<sup>17</sup>. Además, este fundamento de punición apenas se ve modificado al introducir la variable del papel que se reserven los conspiradores en el futuro delito: tanto cuando se prepara una coautoría como cuando los conspiradores resuelven ejecutar un delito asignándose alguno o algunos de quienes intervienen en el acuerdo conductas de participación se cierra un pacto criminal que determina el nacimiento del mencionado vínculo entre los futuros codelincuentes. De aquí puede extraerse como relevante consecuencia que el criterio es compatible con varias configuraciones de la conspiración.

En cambio, ya sabemos que el art. 17.2 CP, al describir la proposición, no exige el cierre de ningún acuerdo entre el proponente y el invitado, sino que tipifica una conducta unilateral. El mencionado precepto se conforma con una invitación formulada pero no aceptada, de manera que cuando el destinatario la rechaza no tiene lugar ningún vínculo de voluntades que implique un especial peligro de que el delito llegue a cometerse. Lo que hay es un intento infructuoso del proponente de vincularse criminalmente con otra u otras personas.

A la vista de las dificultades de la proposición para ajustarse al anterior fundamento de punición, la doctrina recurre habitualmente al criterio de la pérdida de dominio sobre la situación creada. De acuerdo con esta idea, la proposición merece ser castigada porque el proponente pone en marcha un curso causal que escapa a su control, con el consi-

---

estos criterios en la doctrina española y alemana, con detalle, en BARBER BURUSCO (2004), pp. 105 ss. En Alemania, por ejemplo, ROXIN (2003), § 28, n. m. 5, con ulteriores referencias; HEINE / WEIßER (2019), § 30, n. m. 1; y HOYER (2017), § 30, n. m. 11. Crítico, no obstante, JAKOBS (1997), p. 306, nota 19, en cuya opinión todas las conductas descritas en el mencionado parágrafo del StGB deberían ser impunes.

<sup>17</sup> Así, GÓMEZ RIVERO (1995-2), p. 203. Véanse también, por ejemplo, BARBER BURUSCO (2004), p. 115; y CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 323 s. En Alemania, para sus modalidades de conspiración, ROXIN (2003), § 28, n. m. 5: «quien de ese modo “da su palabra” y se ha comprometido puede desvincularse mucho más difícilmente que quien actúa solo». Véase también KÜHL (2017), § 20, n. m. 245.

guiente peligro de que ello desemboque en la realización del delito<sup>18</sup>. En cualquier caso, al realizar esa afirmación no se está pensando en los supuestos en que el proponente tiene la intención de intervenir como autor en la realización del hecho delictivo y pretende involucrar a un coautor o a un partícipe en el proyecto criminal, pues será infrecuente que quien tenga pensado ser autor abandone el dominio de los acontecimientos<sup>19</sup>. Por tanto, la mencionada fórmula se utiliza para fundamentar el castigo, a través de la proposición, de los casos en los que se pretende delegar la ejecución del hecho —o incluso la inducción a un tercero— en el destinatario de la invitación<sup>20</sup>.

Sin embargo, volviendo la vista a esta nueva pauta no se consigue sortear el déficit de peligrosidad que presentan los intentos de vincularse con otros en relación con los supuestos de vinculación efectiva. Previamente hay que tener en cuenta que si se le quiere conceder alguna virtualidad en la fundamentación de los actos preparatorios no se puede estar pensando, cuando se apela a ella, en una pérdida absoluta y definitiva del dominio, porque esta puede demorarse hasta el instante en que comienza la ejecución del delito<sup>21</sup>. En efecto, no es descabellado afirmar que en la mayoría de las situaciones planteadas en la práctica el incitador mantiene el control del acontecer hasta el último momento, porque él es quien organiza el plan delictivo, y en sus manos está mantener vigente el acuerdo o romperlo, por ejemplo, retirando el incentivo económico con el que

<sup>18</sup> Así, ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 696, 700, 712 s.; BARBER BURUSCO (2004), p. 115; y LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 89, 113 s., quien utiliza el criterio para fundamentar el castigo de la inducción frustrada y de la inducción en cadena frustrada, punible esta última en su opinión tras la reforma de 2015 (sobre ello véase *infra*). En Alemania, para la tentativa de inducción y para la tentativa de inducción en cadena, KÜHL (2017), § 20, n. m. 244; y ROXIN (2003), § 28, nn. mm. 5, 12.

<sup>19</sup> En palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 153: «no resulta ni mucho menos evidente que un coautor (...) pierda el dominio y la posibilidad de control del curso de los acontecimientos». Por esa razón entiende que este argumento no es válido para explicar la conspiración ni la proposición, si se parte de que el proponente y los conspiradores han de tener en mente la realización de actos ejecutivos —es decir, si se conciben ambas como formas de coautoría anticipada, de acuerdo con la regulación anterior a 2015—. Crítico también con este fundamento de punición, RODRÍGUEZ MOURULLO (1968), pp. 295, 297. Excepcionalmente, defiende este criterio como base del castigo de una proposición configurada como coautoría anticipada, FUENTES OSORIO (2007), pp. 299 ss., 305 ss.

<sup>20</sup> ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 700, entiende que la proposición como coautoría anticipada tiene una gravedad inferior, dado que en ese caso el riesgo de ejecución del delito «permanece, siquiera parcialmente, en manos del proponente». Incluso va más allá, al extender la idea de pérdida del dominio como fundamento del castigo a la conspiración, llegando por las razones expuestas a la conclusión de que «la inducción frustrada posee un mayor merecimiento de pena que la conspiración». Por la misma razón considera Llabrés que la invitación a la coejecución no aceptada debería ser impune —sobre ello véase *infra*—, pero no abandona el efecto sinérgico del concierto de voluntades como fundamento de la punición de los actos preparatorios, y por ello cree, a diferencia de Alcácer, que la conspiración es un acto preparatorio más peligroso que la inducción frustrada —así LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 89-91—.

<sup>21</sup> Así, FUENTES OSORIO (2007), p. 299.

se acompañan generalmente las invitaciones<sup>22</sup>. Ello lo tienen en cuenta, desde luego, los autores que hacen pivotar el castigo de la proposición en torno a esta fórmula, quienes en ningún caso se refieren al momento en que resulta imposible revertir la situación. En definitiva, podríamos decir que no se trata de cuándo se *pierde* el control sino de cuándo se *abandona*<sup>23</sup>.

Aclarado lo anterior, la doctrina discrepa sobre el momento en que ha de entenderse producido dicho abandono, cuestión que suele relacionarse con la estructura de la proposición como tentativa acabada de inducción y esta, a su vez, con el inicio de la punibilidad de la figura. De ello me ocuparé más adelante. Por ahora me interesa destacar que aunque la tentativa de inducción haya acabado —y, añadido, se considere punible— en un momento anterior, porque el instigador haya realizado ya todos los actos necesarios para que el destinatario pueda llevar a cabo el hecho delictivo, parece claro que aquel no abandona el control de los hechos hasta que está en condiciones de desentenderse en cierta medida del plan delictivo diseñado por él y confiar en que este llegará a buen

---

<sup>22</sup> Lo hacen notar GÓMEZ RIVERO (1995), p. 284, nota 737; y MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 154. Véase también LLABRÉS FUSTER (2014), pp. 531 s., y el mismo (2015), p. 103 —aunque en un contexto distinto—, el inductor «mete el dolo en la cabeza del autor» «y puede sacarlo de ella (o mantenerlo) a su antojo hasta la ejecución».

<sup>23</sup> Así LLABRÉS FUSTER (2014), p. 544.

puerto, lo que acontece cuando el destinatario acepta el encargo<sup>24,25</sup>. Ciertamente, desde el momento en que el sujeto formula la invitación, incluso cuando esta ni siquiera ha llegado al conocimiento de su destinatario, el que propone ha hecho ya todo lo necesario para que pueda ponerse en marcha un curso causal que desemboque en la consumación del delito. Por esa razón, como veremos, estructuralmente tiene lugar ya en ese momento una tentativa acabada de inducción —en sentido estricto, si se invita a la autoría—. Pero que la acción de inducir haya terminado no significa que el curso causal esté fuera del control del incitador. En este punto no puede establecerse un paralelismo con la tentativa acabada propiamente dicha: cuando el sujeto ha realizado todos los actos ejecutivos, la producción del resultado solo depende del azar; mientras que cuando se ha realizado por completo la acción de inducir aún depende de la voluntad libre del inducido que la inducción llegue a consumarse.

<sup>24</sup> Así, FUENTES OSORIO (2007), pp. 299, 388, quien distingue con razón entre el momento en que comienza el proceso de pérdida de control (cuando se intenta incorporar a alguien al plan delictivo) y el momento en que se hace efectiva —que no definitiva— dicha pérdida de control (cuando se consigue integrar al sujeto requerido en el plan). A su modo de ver, la proposición solo debe ser punible en el segundo momento. De esta opinión también, apelando al mismo fundamento de punición, MIRA BENAVENT (1999-2000), pp. 138 ss. Llabrés Fuster, por su parte, no exige aceptación del invitado para castigar al proponente, porque considera que la pérdida de control propia de la inducción frustrada tiene lugar cuando el destinatario ha recibido y comprendido la invitación —LLABRÉS FUSTER (2014), pp. 538 ss.— pero reconoce que dicha aceptación «supone un salto cualitativo en ese proceso de pérdida del dominio sobre los hechos» —*ob. cit.*, pp. 532, 544—. ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 711 s., entiende que el abandono del curso causal tiene lugar ya con la formulación de la invitación, aunque el destinatario no la haya recibido, porque ya en ese momento el agente adquiere la «*expectativa racional* de que el invitado realizará la acción delictiva». Hace una excepción si el invitado rechaza la propuesta en el mismo momento en que el proponente se la comunica, pues para que se pueda afirmar la presencia de un abandono del dominio debe «existir un margen temporal de confianza racional en que el inducido llevará a cabo el proyecto delictivo» —*ob. cit.* pp. 713 s.—. Se trataría en su opinión de un supuesto de tentativa inacabada de inducción, impune. No comparto la opinión de que la tentativa de inducción esté acabada cuando se envía por carta una invitación a delinquir, sin necesidad de que esa carta sea recibida, pero que esté aún inacabada cuando la proposición se comunica verbalmente, en persona, pero es rechazada. Creo, por el contrario, que la tentativa de inducción está acabada en ambos casos —y puede ser punible— si bien en ninguno de los dos supuestos ha abandonado todavía el proponente el dominio del acontecer.

<sup>25</sup> Lo dicho es válido para las incitaciones privadas. Diferente sería el caso de la instigación pública (provocación). En efecto, como señala MIRA BENAVENT (1999-2000), pp. 143-145, en la provocación no se implica a ninguna persona en concreto en un proyecto criminal, pero el hecho de que se difunda el mensaje entre un público colectivo determina que existan mayores probabilidades de que alguien lo recoja y lo ponga en práctica. La pérdida de control de los acontecimientos se produce en el momento en que los destinatarios conocen el mensaje incitador; dando lugar entonces a una «implicación (cuantitativa) de terceros en el proceso que puede desembocar en la lesión del bien jurídico». Defienden también que el fundamento del castigo de la provocación reside en la puesta en marcha de un curso causal ya no dominable por el provocador DEL ROSAL BLASCO (1986), p. 246; BARBER BURÚSCO (2004), p. 116; y MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 154.

De las anteriores consideraciones podemos deducir que el castigo de las invitaciones a delinquir aceptadas —dejando al margen, por el momento, cuáles de ellas encuentran cobijo en la conspiración— se ajusta sin fisuras al primer criterio: en estas tiene lugar indudablemente un vínculo, un pacto de injusto que determina un mayor peligro de comisión del delito por el refuerzo mutuo de voluntades. Además, si quien la formula delega la ejecución en el invitado o invitados, la implicación efectiva de otras personas en el plan criminal marca un decisivo punto de inflexión en el proceso de pérdida de control de los acontecimientos que incrementa considerablemente las posibilidades de que se llegue a cometer el delito<sup>26</sup>. Por el contrario, es evidente que las invitaciones no aceptadas —que, de ser punibles, solo pueden serlo mediante la proposición—, al no haber tenido lugar un acuerdo entre varios para delinquir, presentan un contenido de peligro menor si se analizan a la luz de estos criterios, pues al incitador fallido únicamente se le puede imputar el intento de vincularse criminalmente con otros, y —esto solo para el caso en que él no quiera intervenir en los hechos— el intento de endosar a otros la puesta en práctica de un proyecto criminal.

Desde estas premisas podría abogarse por que las invitaciones a delinquir rechazadas quedasen impunes<sup>27</sup>, solución a la que es factible llegar por dos caminos distintos: bien sugiriendo *de lege ferenda* la derogación de la proposición para delinquir<sup>28</sup>, bien considerando *de lege lata* que en ella deben castigarse exclusivamente invitaciones a delinquir aceptadas<sup>29</sup>. Pero no es esta la opinión que voy a defender en estas páginas. A mi modo de ver, resulta político-criminalmente recomendable

<sup>26</sup> GRACIA MARTÍN (1997), p. 264, señala también que ambos efectos son propios de la implicación de varias personas en un plan delictivo.

<sup>27</sup> En Alemania proponen esta solución JESCHECK / WEIGEND (2002), p. 755 y nota 4, para dos conductas castigadas en el § 30 StGB: la invitación no aceptada por parte de quien no quiere ser autor (tentativa de inducción sin aceptación del invitado) y el ofrecimiento no aceptado a cometer un delito como autor (declaración de estar dispuesto a cometer un delito), al considerar que el fundamento de la pena de los actos preparatorios «reside en la especial peligrosidad de vínculos conspiradores que involucrando a otras personas hacen surgir la voluntad delictiva». En este mismo sentido ya LETZGUS (1972), pp. 126 ss., 135 s.

<sup>28</sup> De esta opinión, DEL ROSAL BLASCO (1986), pp. 180 s., 252 s., al entender que la proposición abarca los casos en que una persona invita a otra a que ejecute el delito, haciendo surgir en ella una idea criminal que antes no existía —supuestos que eran entonces a su modo de ver subsumibles en la provocación, por lo que no hacía falta la figura de la proposición para castigarlos—, pero también propuestas de coejecución e incluso casos en los que se estimula una voluntad delictiva ya existente (complicidad psíquica anticipada), lo que considera un «inadmisibles adelantamiento de las barreras defensivas del Derecho penal». Actualmente considera también que la amplitud de la proposición la convierte en una figura «constitucional y político-criminalmente, inaceptable» —el mismo (2005), p. 959—. Comparte este punto de vista, MUÑAGORRI LAGUÍA (1989), p. 1015.

<sup>29</sup> Como hemos visto, es de este parecer, refiriéndose a los casos en que el proponente delega en otro la ejecución, MIRA BENAVENT (1999-2000), p. 142. De la misma opinión,

castigar los intentos de captar voluntades dirigidos a la comisión de delitos graves cuando, además, está en juego la protección de bienes jurídicos de especial entidad. En estos casos, aunque no se haya cerrado todavía un pacto criminal, la búsqueda de ese vínculo con una o varias personas concretas y la puesta en marcha de un curso causal que puede descontrolarse ya son motivos suficientes para castigar a quien formula la invitación. Ahora bien, puesto que el peligro implícito a esas conductas es inferior —porque todavía no se ha producido ni un efectivo refuerzo de voluntades, ni un efectivo abandono del control del suceso—, se les debe exigir la satisfacción de requisitos más estrictos: en primer lugar, la invitación ha de reunir los caracteres de una «tentativa de inducción reforzada»<sup>30</sup> en el sentido que después se expondrá; y, en segundo lugar, el retroceso en el *iter criminis* ha de ser limitado, de manera que solo se castiguen las invitaciones no aceptadas dirigidas a ultimar un acuerdo *para la ejecución* de un delito. Con todo, de lo expuesto se deduce que las invitaciones no aceptadas merecen *de lege ferenda* un tratamiento penológico menos severo que las aceptadas<sup>31</sup>.

A continuación trasladaré estos planteamientos al análisis de los elementos típicos de la conspiración y de la proposición, todo ello con el objetivo de determinar qué invitaciones a delinquir son subsumibles en dichas instituciones.

### III. Invitaciones a delinquir subsumibles en la conspiración

#### 1. Posibles configuraciones de la conspiración y toma de postura

Según el art. 17.1 CP, hay conspiración «*cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo*». La doctrina mayoritaria considera que todos los conspiradores han de acordar intervenir como coautores en el delito para cuya ejecución se conciertan, esto es, concibe la figura como una coautoría anticipada<sup>32</sup>. Teniendo en

---

pero desde una concepción de la proposición como invitación a la coejecución, FUENTES OSORIO (2007), p. 299.

<sup>30</sup> Adopto la terminología de ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 715.

<sup>31</sup> Considera también que el merecimiento de pena es superior cuando el invitado acepta, «porque habrán aumentado notablemente las probabilidades de que el delito llegue a ejecutarse», lo que debe encontrar reflejo en la determinación de la pena, LLABRÉS FUSTER (2014), p. 541, nota 609.

<sup>32</sup> Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2010), p. 392; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE (2006), p. 377; CAMPO MORENO (2000), p. 33; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN (1999), p. 722; CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 319, 323, quien ha cambiado de opinión sobre la forma de concebir la conspiración que defendió



cuenta que se defienden distintos conceptos de autoría y, por tanto, de coautoría, el significado y repercusión práctica de esa afirmación no es siempre coincidente. Excedería de los objetivos de este trabajo estudiar estos conceptos. Baste indicar que quienes identifican «autoría» con «ejecución» del delito, querrán decir con ello que solo conspiran quienes tienen la intención de realizar actos ejecutivos. En cambio quienes, como yo misma, admiten la coautoría también en casos en que alguno de los coautores no realice ningún acto ejecutivo, siempre que tenga el dominio funcional del hecho, considerarán conspiradores igualmente a quienes planeen una intervención de esas características. Ello implica, desde luego, interpretar el término «ejecución» del art. 17.1 CP en sentido amplio, para poder adaptarlo a un concepto más extenso de autoría. En cualquier caso, con la mencionada interpretación de la conspiración no pueden ser castigados como conspiradores quienes no pretendan realizar actos típicos ni se asignen contribuciones consideradas imprescindibles *ex ante*, de acuerdo con el plan delictivo: no serán conspiradores los que hayan asumido un papel de mera cooperación necesaria —es decir, sin ostentar el dominio del hecho—, o de complicidad, o los que se limiten a inducir de manera ineficaz.

Pero esta concepción de la conspiración no solo no viene impuesta por el tenor literal del art. 17.1 CP, sino que, según entiendo, tampoco es la más conveniente desde el punto de vista político-criminal. Además, como veremos, nuestros tribunales no la defienden.

En cuanto al argumento gramatical, estimo que la opción interpretativa escogida por la mayoría de la doctrina no es la única posible. Del tenor literal del precepto se deduce claramente que la conspiración requiere un acuerdo cerrado por dos o más personas en el que deciden ejecutar un delito. Ello supone que nuestro Código penal castiga como conspiración solo los supuestos en que el contenido del acuerdo es ese, la ejecución de un delito, con lo que quedan fuera de la regulación acuerdos que tengan otro contenido como, por ejemplo, los acuerdos para inducir a otro (A y B se ponen de acuerdo en inducir al sicario C para que mate a D), que sí están castigados, por ejemplo, en el StGB (§ 30 II); ni tampoco acuerdos para intervenir como cooperadores necesarios o cómplices en

---

en su obra de 1978 y, en general, sobre los principios que inspiran la regulación de los actos preparatorios en el Código penal español; DEL ROSAL BLASCO (2005), p. 955; DÍEZ RIPOLLÉS (2016), p. 519; GIMBERNAT ORDEIG (1966), pp. 165-166; LLABRÉS FUSTER (2015-2), p. 221; LÓPEZ PEREGRÍN (1997), p. 881; MIR PUIG (2016), p. 351; MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 148, aunque no le convencen los resultados prácticos de mantener esta tesis —véase *infra* en notas al pie—; MOLINA FERNÁNDEZ (2019), n. m. 2677; MORENO-TORRES HERRERA (2016), p. 182; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1986), pp. 426 s.; OLMEDO CARDENETE (1999), p. 825; el mismo (1999-2), pp. 891 ss.; REBOLLO VARGAS (1997), pp. 40 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 151; y RUIZ ANTÓN (1982), p. 75.

un delito<sup>33</sup>. En esos casos no se ha decidido todavía ejecutar un delito, sino que se trata de acuerdos que se encuentran en la antesala de esa decisión. Para cerrar un pacto de ejecución hace falta que al menos uno de los miembros del acuerdo asuma el rol de ejecutor, y todos decidan en ese momento de manera firme y seria la puesta en práctica de la resolución criminal. En cambio, la decisión no está definitivamente tomada, y por tanto no hay conspiración, cuando aquella se condiciona a reclutar a otras personas consideradas imprescindibles para poner en marcha el plan. Partiendo de estas premisas, gramaticalmente no está cerrada la puerta a otras concepciones más amplias de la conspiración, pues el precepto no dice que los conspiradores tengan que decidir ejecutar un delito como coautores.

Por lo que respecta a las razones de Política criminal favorables a una interpretación restrictiva de la figura, conviene indicar que estas no se derivan del fundamento de su punición, pues ya hemos visto que el vínculo de voluntades no concurre solo en los supuestos en que se prepara una coautoría. Más bien se basan en la conveniencia de proceder de esa forma en sede de actos preparatorios, que de por sí suponen una anticipación extraordinaria de la tutela penal. Sin embargo, no me parece que esta sea la vía más adecuada para corregir los excesos del legislador en el castigo de los actos preparatorios. Como con razón han apuntado incluso algunos de los defensores de la tesis mayoritaria, con dicha interpretación quedan fuera de esta figura acuerdos cerrados para delinquir que, analizados a la luz del aludido fundamento de incriminación, no muestran un desvalor inferior a los que presentan los supuestos de coautoría anticipada. En los acuerdos criminales que tienen lugar en la práctica el reparto de roles incluye frecuentemente conductas de participación, por la sencilla razón de que rara vez hacen falta varios ejecutores para cometer el delito, pero sí se requiere la intervención de otras personas que podrán tener o no el dominio del hecho. Carece de sentido que en estos casos no puedan ser considerados conspiradores los futuros partícipes, o que no haya en absoluto conspiración si se reserva la autoría solo uno de quienes intervienen en el acuerdo, al hacer falta, según la citada tesis, al menos dos personas que quieran ser autores<sup>34</sup>. En cambio, desde el pun-

<sup>33</sup> Lo mismo concluye FUENTES OSORIO (2007), pp. 377 ss., 397 ss., aunque no cree que ello se deduzca ya del tenor literal del art. 17.1 CP, sino que entiende que estos acuerdos de voluntades han de ser impunes porque su peligrosidad es menor —lo que también considero cierto—. Niegan también que la conspiración castigue estos acuerdos, CAMPO MORENO (2000), pp. 51 s.; CUELLO CONTRERAS (2009), p. 325; y LLABRÉS FUSTER (2015-2), p. 222.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA (1994), p. 143, lo ilustra con el siguiente ejemplo: «si A, B y C deciden matar a golpes entre todos ellos a la víctima, dicho acuerdo constituirá una conspiración. Sin embargo, si optan por envenenarle, de tal manera que tan sólo es necesario una persona que vierta el veneno, encargándose al segundo el papel de vigilar y al tercero el de conseguir el veneno, no podríamos (...) hablar de conspiración (...). Si por el contrario deciden distribuir la dosis letal de veneno en dos tomas, encargándose A y B

to de vista político-criminal me parece acertado que la conspiración no castigue los pactos para participar en el delito que ejecutará un tercero ajeno al acuerdo. Se trata de acuerdos cuyos miembros no han decidido la ejecución de un delito; es decir, no se conspira para la ejecución sino, por ejemplo, para la inducción. No es lo mismo concertarse con un autor para participar en el delito que él ejecutará, que llegar a un acuerdo con otros futuros partícipes. Si se acepta el símil, en el primer caso estaríamos ante tentativas de participación; en el segundo, ante actos preparatorios de una participación.

A los argumentos anteriores puede añadirse otro de carácter sistemático, que cobra fuerza tras el cambio en el concepto de proposición. Antes de la reforma de 2015 podía discutirse si la proposición incluía algún supuesto de codelincuencia anticipada distinto de la coautoría<sup>35</sup>, pero tras la reforma no cabe duda de que dicha figura contempla al menos una modalidad: la invitación a la participación (cooperación necesaria o complicidad) por parte de quien quiere ser autor<sup>36</sup>. Pues bien, entiendo que si la proposición, que desde mi punto de vista tiene una gravedad inferior a la conspiración al encontrarse en la antesala de esta, ya no puede concebirse solo como una coautoría anticipada, no tiene sentido mantener esta exigencia para la conspiración. Lo contrario supone una incoherencia sistemática que causa, además, desajustes valorativos. En efecto, si se considera que los conspiradores han de querer ser coautores siempre, dichas invitaciones a intervenir como partícipe tendrían que ser absorbidas por la proposición —si se dan sus requisitos—, tanto si el destinatario no acepta como si lo hace. Pero lo cierto es que la proposición no tiene como finalidad sancionar pactos criminales cerrados y, por ello, no es la figura adecuada para acoger invitaciones aceptadas a delinquir. En ella se desvalora el intento de «inocular el veneno» del delito, no una determinación a delinquir adoptada entre varios, lo que explica que solo castigue al proponente. Por lo demás, parece evidente que no puede tratarse igual al destinatario que acepta la invitación que al que la rechaza<sup>37</sup>.

Un sector doctrinal minoritario se muestra favorable a una interpretación más amplia de la conspiración, en la línea de lo aquí defendido, aunque en general no suele extenderla a todas las formas de participa-

---

de suministrar cada uno de ellos una dosis mientras que a C le corresponde la obtención del veneno, A y B responderían por conspiración mientras que C quedaría impune». Véase un ejemplo similar en CUELLO CONTRERAS (1978), p. 39.

<sup>35</sup> Concretamente, ya sabemos que se discutía si la proposición castigaba la tentativa de inducción (de cometerse el delito, el proponente sería inductor y el invitado autor) o si debía interpretarse solo como una coautoría anticipada.

<sup>36</sup> De otra opinión, como veremos, LLABRÉS FUSTER (2015), p. 110, pues parte de que el proponente no ha de querer ser autor.

<sup>37</sup> La situación es diferente en la regulación alemana, donde está previsto de manera expresa el castigo del destinatario que acepta una invitación a delinquir (§ 30 II StGB).

ción anticipadas. Por un lado, este grupo de autores exige generalmente que todos los conspiradores se reserven alguna intervención material en el delito, lo que implica dejar al margen los supuestos de mera inducción<sup>38</sup>. Y, por otro lado, en este caso por razones penológicas, excluyen a quienes solo podrían considerarse cómplices si el delito se ejecutase<sup>39</sup>. En definitiva, visto así, entre las formas de participación la conspiración abarcaría solo la cooperación necesaria anticipada<sup>40</sup>.

Tampoco comparto estas restricciones. A mi modo de ver, la conspiración debe abarcar también la tentativa de inducción con aceptación del inducido, aunque aquella no vaya acompañada de ulteriores compromisos de intervención material en el delito. La doctrina se ha mostrado siempre reacia a admitir esta posibilidad, pero los argumentos que aduce se dirigen más bien a rechazar una configuración de la conspiración entendida *exclusivamente* como tentativa de inducción, en concreto como una suerte de inducción recíproca entre los conspiradores<sup>41</sup>. No creo tampoco que la conspiración deba ser concebida solo como una tentativa de inducción, pues en el origen del acuerdo conspiratorio puede haber invitaciones que no reúnan los requisitos de una inducción. Ni mucho menos debe entenderse como una inducción recíproca (todos deben inducirse mutuamente), porque tal clase de inducción, según entiendo,

<sup>38</sup> Así, BARBER BURUSCO (2004), p. 169; CEREZO MIR (2001), p. 181, nota 15: en su opinión, quien no se reserva papel alguno en la ejecución del delito no puede decirse que se concierte con otros para su ejecución; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), p. 305. Desde la tesis mayoritaria afirma LLABRÉS FUSTER (2015-2), p. 222, que «la inducción resulta incompatible con la estructura de la conspiración».

<sup>39</sup> El argumento es de GIMBERNAT ORDEIG (1966), p. 166: «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. Pues como conspirador le correspondería la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado (...). Mientras que la complicidad en un delito intentado es castigada con la pena inferior en dos o tres grados a la prevista para el delito consumado». Apelan a él tanto defensores de la tesis mayoritaria —por ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN (1997), p. 482— como de la minoritaria, a la que me refiero en el texto —véanse BARBER BURUSCO (2004), p. 170; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), p. 305—.

<sup>40</sup> BARBER BURUSCO (2004), pp. 171 ss., siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), p. 305. Aunque, como la misma autora indica, su concepción de la autoría es muy restringida, por lo que incluyendo la cooperación necesaria anticipada en la conspiración probablemente no abarque más supuestos de los que incluimos quienes partimos de conceptos de autor más amplios. En este sentido, se ha puesto de manifiesto la inseguridad jurídica que genera entender la conspiración como coautoría anticipada, al defenderse distintos conceptos de autor —así FUENTES OSORIO (2007), pp. 380, 400—.

<sup>41</sup> La tesis la defendió, pero la abandonó después, y ahora comparte la opinión mayoritaria CUELLO CONTRERAS (1978), pp. 16, 18. A ella se dirigen las críticas de GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 287 s., nota 743, cuyos argumentos comparto; OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 800 ss.; y ORTS BERENGUER (1982), pp. 495 s. Actualmente, considera que la conspiración es una «inducción recíproca conjunta» FUENTES OSORIO (2007), pp. 369 ss., 384, con diferencias respecto a la tesis de Cuello, porque no excluye la conspiración aunque haya individuos previamente resueltos a cometer el delito.

técnicamente no puede darse: si una persona induce a otra a cometer un delito estando dispuesta a cometerlo si la otra acepta coejecutarlo, ya no puede ser inducida por esta; se trataría de un caso de resolución delictiva condicionada en el que la supuesta inducción del otro constituiría más bien un refuerzo de la resolución propio de la complicidad psíquica<sup>42</sup>.

Hecha esta salvedad, si se estima político-criminalmente conveniente castigar la tentativa de inducción —en mi opinión, así es—, creo que la conspiración es la figura más adecuada para darle cobijo en los casos de aceptación del inducido, partiendo de que no concurre ningún impedimento gramatical para ello. En efecto, resulta indiscutible que en una inducción en la que concurre su primer resultado, esto es, cuando el inducido adopta la resolución delictiva, se cierra el pacto de injusto propio de la conspiración: el inductor y el inducido se conciertan también para la ejecución de un delito. Entre ellos se crea un vínculo, fuente de obligaciones recíprocas, que fundamenta el castigo de ambos por el peligro que implica. Además, el inductor puede desentenderse a partir de ese momento del plan delictivo, con lo que se da un paso decisivo hacia la pérdida del dominio de los acontecimientos por su parte. Como es sabido, y luego recordaré, quienes consideran punible la tentativa de inducción la incluyen en general en la proposición, tanto cuando el inducido acepta como cuando no lo hace<sup>43</sup>. Pero ello supone asumir la indeseable consecuencia de dejar impune a quien aceptando la invitación se compromete a intervenir como autor en el delito. Además, no encuentro ninguna razón de peso para encuadrar en la conspiración las tentativas de inducción aceptadas cuando el instigador se compromete a realizar alguna contribución adicional (además de inducir quiere ser autor o cooperador) y relegarlas a la proposición en caso contrario, con la diferencia de trato que ello supone para el invitado que acepta.

Por otra parte, entiendo que las discordancias punitivas que se derivan de castigar con la misma pena los actos preparatorios y la tentativa —que deberían corregirse— no son motivo suficiente para excluir *a priori* de la conspiración los supuestos de complicidad anticipada que satisfagan sus requisitos. Tampoco es este el lugar adecuado para tratar la compleja cuestión de la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad. Baste señalar que la misma conducta puede calificarse de una forma u otra según las circunstancias del caso concreto, siendo así que en muchas ocasiones habrá que esperar a la ejecución del delito para determinar la importancia de la contribución. Pretender distinguir en fase preparatoria una cooperación necesaria de otra no necesaria se antoja harto complejo.

---

<sup>42</sup> En este sentido GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 420 ss.

<sup>43</sup> Así, expresamente, GÓMEZ TOMILLO / GÓMEZ RIVERO (2015), p. 441.

Por lo expuesto entiendo que el contenido típico de la conspiración se agota en el concierto para la ejecución de un delito<sup>44</sup>, sin que sea relevante el papel que se reserven los sujetos en el delito que planean cometer, quienes pueden asumir tareas de autoría o cooperación, o limitarse a convencer a otros conspiradores a intervenir en el plan<sup>45</sup>. En cualquier caso, aunque los conspiradores no tengan que asignarse necesariamente el rol de autor, no hay que perder de vista que la conspiración prepara la autoría de un hecho delictivo y no otra cosa, porque lo que deciden los conspiradores es la ejecución de un delito, de manera que al menos uno de los involucrados en esa decisión será el autor.

## *2. Consecuencias de la interpretación propuesta para las invitaciones a delinquir. Ejemplos extraídos de la jurisprudencia*

La conspiración, a diferencia de la proposición, no es conceptualmente una invitación a delinquir, sino un acuerdo entre varias personas que culmina en la decisión de ejecutar un delito. Pero en el origen de un acuerdo conspiratorio habrá, con frecuencia, una invitación procedente de alguno de sus miembros (o de varios)<sup>46</sup>, aunque a quien la exprese no se le castigará como conspirador por haberla formulado —ni siquiera hace falta averiguar quién la realizó—, sino, en su caso, por formar parte del acuerdo criminal. Este punto de contacto entre ambas figuras permite a la conspiración mantener una parcela propia de punición de las aludidas conductas, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia.

Una interpretación de la conspiración como acuerdo de codelinuencia anticipada implica que en ella caben todas las invitaciones a delinquir que deriven en un pacto cerrado para la comisión de un delito, siempre que al menos uno de los que se concierten se asigne el papel de ejecutor y que el resto pudieran ser considerados partícipes, en caso de cometerse el delito. Puede ser que el papel de ejecutor se lo reserve quien invita (en cuyo caso podrá solicitar colaboraciones de coautoría o participación en el delito), o que se asigne el papel de autor al invitado y este

<sup>44</sup> Expresamente la STS n.º 353/2007, de 7 de mayo.

<sup>45</sup> Con los matices señalados, me convencían más los argumentos que utilizaba CUELLO CONTRERAS en su monografía de 1978 —pp. 39-41, 125—, y que ya no defiende. Actualmente, defiende la opinión expresada en el texto FUENTES OSORIO (2007), pp. 377 ss. No parece tampoco excluir de la conspiración ninguna forma de participación anticipada, GIL GIL (2016), p. 326.

<sup>46</sup> El germen de una conspiración no siempre será una invitación a delinquir; también puede tratarse de un ofrecimiento a integrarse en un plan delictivo: A, sentado en la mesa de un bar, escucha cómo B y C planean en la mesa de al lado matar a D. A, quien también quiere la muerte de D, se acerca y se ofrece a unirse a su plan. B y C están de acuerdo y entre los tres resuelven matar a D.



lo acepte o manifieste su previa disposición a desempeñarlo. Por otra parte, no es preciso que la invitación reúna los requisitos de la inducción (más concretamente, de la acción de inducir). Piénsese en alguien que invita a quien ya estaba decidido con anterioridad a delinquir (*omni-modo factururus*)<sup>47</sup>; aunque en ese caso haría falta que quien formula la invitación pudiera ser castigado de cometerse el delito, al menos, como cómplice, por entender que con su conducta ha fortalecido la voluntad del invitado.

Por lo demás, en estas invitaciones aceptadas han de concurrir todos los requisitos típicos de la conspiración relativos a las características del pacto criminal que no resultan doctrinalmente controvertidos. Tanto la invitación como la aceptación han de ser firmes y serias, y se han de traducir en un acuerdo dirigido a la ejecución de un determinado delito, con un plan delictivo viable y suficientemente concretado<sup>48</sup>.

La interpretación de la conspiración que sostengo y sus repercusiones respecto a las invitaciones a delinquir que han de considerarse abarcadas por ella son compartidas por nuestros tribunales. Es cierto que en todos los pronunciamientos judiciales sobre la materia se afirma que la conspiración es una «coautoría anticipada» o «una especie de coautoría anticipada», lo que parece dar la razón a la doctrina mayoritaria. Sin embargo, un análisis sosegado de estas sentencias pone de manifiesto que en realidad se castiga por conspiración no solo a quienes asumen en el pacto criminal roles de autoría, sino también a sujetos que se reservan intervenciones de participación, incluyendo supuestos de mera inducción intentada —con aceptación del inducido—. Esta aparente contradicción se explica porque nuestros tribunales no utilizan el concepto de autoría o coautoría en sentido estricto, ni en este ni en otros casos<sup>49</sup>. De hecho, en muchas ocasiones, tras afirmar que la conspiración es una coautoría anticipada, añaden que esta no puede apreciarse cuando se ha iniciado la ejecución del hecho, porque ello «supondría ya la presencia de coautores o *partícipes* de un delito intentado o consumado»<sup>50</sup>. Es evidente, por tanto, que incluyen en la conspiración, además de la coautoría *stricto sensu*, otros supuestos de codeinfluencia anticipada.

<sup>47</sup> Admite ahora la conspiración en estos casos, así como los supuestos de conspiración condicionada, CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 326 s. También FUENTES OSORIO (2007), pp. 373, 378. En contra, DEL ROSAL BLASCO (2005), pp. 955 s.

<sup>48</sup> Sobre todo ello, véanse por ejemplo BARBER BURUSCO (2004), pp. 180 y ss.; CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 326 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), p. 303; FUENTES OSORIO (2007), pp. 382 s.; y LLABRÉS FUSTER (2015-2), p. 222.

<sup>49</sup> Como es sabido, es frecuente que utilicen el concepto como inclusivo de las formas de participación castigadas con la misma pena que la autoría. Ello dejaría fuera de la conspiración toda complicidad anticipada.

<sup>50</sup> Sin cursiva en el original. En este sentido, por ejemplo, SsTS n.º 556/2006, de 31 de mayo; n.º 77/2007, de 7 de febrero; n.º 454/2015, de 10 de julio; y SAN n.º 65/2007, de 31 de octubre.

Así lo demuestran las condenas por conspiración precisamente en casos en los que puede demostrarse que el origen del acuerdo procede de una invitación formulada por alguno de los conspiradores. Como vengo diciendo, se castigan como conspiración dichas invitaciones —si son aceptadas—, aunque el sujeto se limite a inducir, sin comprometerse a llevar a cabo ninguna otra aportación, como sucede por ejemplo en la reciente STS n.º 149/2017 de 9 de marzo, donde se confirma la condena por conspiración de la SAN n.º 16/2016, de 18 de mayo, tanto a dos personas que habían contratado a dos sicarios para matar a otro como a los propios sicarios, quienes fueron detenidos en el hotel en el que se hospedaban. En otras sentencias el Tribunal Supremo condena por conspiración a sujetos que incitan a otros a la ejecución de un delito y, además, pretenden cooperar en él de un modo u otro: planear mandar al esposo al lugar donde le esperan para matarle las tres personas a las que había encargado su muerte ofreciéndoles 50.000 pesetas<sup>51</sup>; asumir la labor de entregar la pistola a los sicarios y de llevar el coche de uno de ellos al lugar donde habían de cometer el delito<sup>52</sup>; o buscar a un ejecutor de la muerte de su mujer comprometiéndose a proporcionarle a tal efecto una inyección de mercurio<sup>53</sup>.

Finalmente, me interesa resaltar que el Tribunal Supremo delimita la conspiración de la proposición mediante el criterio de la aceptación o no aceptación del destinatario de la invitación, por lo que deja claro que no concibe la conspiración como coautoría anticipada, teniendo en cuenta cuál es la configuración de la proposición que adopta. En efecto, como enseguida veremos, desde la Sentencia n.º 1994/2002, de 29 de noviembre, no exige para castigar por proposición que el proponente quiera intervenir como autor en el delito, es decir, admite tanto los casos en los que quiere ser autor como aquellos en los que se limita a buscar un ejecutor. Pues bien, en estas resoluciones el Tribunal Supremo insiste en que la proposición no requiere aceptación por parte del invitado porque, de producirse esta, se trataría de una conspiración<sup>54</sup>. Dicho con otras palabras: todas las proposiciones aceptadas pasan a constituir conspiración, no solo aquellas en las que se prepara una coautoría.

<sup>51</sup> STS n.º 1574/1998, de 16 de diciembre.

<sup>52</sup> STS n.º 791/1998, de 13 de noviembre: el procesado «se concertó con José R. S. y con José B. S. para llevar a efecto la muerte, y los tres decidieron seriamente su ejecución, y P. asumió unas tareas (...) propias de un cooperador necesario».

<sup>53</sup> STS n.º 596/2014, de 23 de julio.

<sup>54</sup> Así, SsTS n.º 1113/2003, de 25 de julio; n.º 891/2006, de 22 de septiembre; y n.º 308/2014, de 24 de marzo. En el mismo sentido se expresan las audiencias provinciales: SAP de Barcelona (sec. 10.<sup>a</sup>) n.º 59/2004, de 3 de diciembre; SAP de Jaén (sec. 1.<sup>a</sup>) n.º 88/2006, de 29 de marzo; SAP de Madrid (sec. 27.<sup>a</sup>) n.º 19/2007, de 24 de julio; SAP de Barcelona (sec. 20.<sup>a</sup>) n.º 521/2011, de 23 de junio; SAP de Barcelona (sec. 21.<sup>a</sup>) n.º 80/2013, de 21 de febrero; y SAP de León (sec. 3.<sup>a</sup>) n.º 534/2015, de 25 de noviembre.

## IV. Invitaciones a delinquir subsumibles en la proposición

### 1. *El papel que se reserva el proponente*

Para determinar cuáles son los elementos del tipo de la proposición para delinquir es necesario tomar partido, en primer lugar, sobre la clásica cuestión del rol que deba reservarse el proponente en el delito. De acuerdo con el concepto legal de proposición, el proponente es alguien que «*ha resuelto cometer un delito*», redacción que ha propiciado distintas interpretaciones sobre el alcance de dicho inciso. La doctrina ha defendido tres posturas al respecto —las tres posibles—, aunque conviene tener presente que en su mayor parte se trata de opiniones vertidas con anterioridad a la reforma de 2015, lo que condiciona algunos de los argumentos.

Para un sector doctrinal el inciso debe interpretarse en el sentido de que el proponente ha de tener la intención de intervenir directa y personalmente en el futuro delito, esto es, debe reservarse el papel de autor. Si a ello se suma que hasta la citada reforma se consideraba mayoritariamente que la proposición debía tener por objeto una invitación a intervenir como autor, el resultado es una concepción de la figura como preparación de una coautoría<sup>55</sup>. Los argumentos utilizados para defender esta tesis son variados. Algunos autores parten de que esta configuración viene exigida por el propio concepto legal de proposición, al interpretar que «resolver cometer» equivale a «resolver ejecutar», y ello aunque les parezca insatisfactorio dejar impunes los casos de tentativa de inducción, lo que consideran una grave laguna que debe superarse de *lege ferenda*<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Han concebido la proposición (de acuerdo con la regulación anterior a la reforma de 2015) como coautoría anticipada, entre otros, CAMPO MORENO (2000), pp. 51 s.; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN (1999), pp. 723 s.; CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 319 ss., 332 s.; Díez RIPOLLÉS (2011), p. 494; FUENTES OSORIO (2007), pp. 309-311 (tentativa de inducción a la coautoría, si se adscribe la proposición a la teoría del *iter criminis*), pp. 390 s. (preparación del hecho propio mediante una invitación a la coautoría, si se adscribe a la teoría de la participación); OLMEDO CARDENETE (1999), p. 809; ORTOS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC (2014), p. 267; REBOLLO VARGAS (1997), pp. 51 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 171; y RUIZ ANTÓN (1982), p. 86. La jurisprudencia anterior a la STS n.º 1994/2002, de 29 de noviembre, exigía también que el proponente tuviera el propósito de intervenir «directa y personalmente» en la ejecución del delito (por ejemplo, STS de 21 de marzo de 1986). A favor también de la tesis según la cual el proponente ha de querer intervenir como autor en el delito, pero sin concebir la proposición solo como coautoría anticipada, ya antes de la reforma de 2015, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2010), p. 392; GIL GIL (2011), p. 321. Considera igualmente impune la tentativa de inducción sin intervención proyectada del proponente, MELENDO PARDOS (2015), p. 397 s.

<sup>56</sup> En este sentido, CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 320-322, 337. El argumento gramatical era decisivo también para Gómez Rivero con el antiguo Código penal, cuando, a su modo de ver, la tentativa de inducción era punible a través de la provocación —véase

Otros autores argumentan de manera contraria, es decir, entienden que el primer inciso de la definición admite una interpretación amplia y otra estricta, pero creen que esta última es la más adecuada desde el punto de vista político-criminal, pues respeta los principios de accesoriedad, ofensividad e intervención mínima, así como la libertad de expresión<sup>57</sup>. Por último, para otros, tanto el argumento gramatical como el político-criminal determinan la restricción de la proposición a los supuestos de invitación a la coejecución<sup>58</sup>.

Otro sector doctrinal ha defendido la postura opuesta a la anterior, en cuya virtud el proponente ha de autoexcluirse de la ejecución del delito, quedando reducida de esta manera la proposición a los supuestos de tentativa de inducción<sup>59</sup>. De acuerdo con esta opinión, el proponente es un sujeto «resuelto a cometer un delito, pero no a ejecutarlo él personalmente», sino que «invita a otro u otros a que ejecuten el delito por él», según la redacción anterior a 2015. La interpretación de los términos anteriores como excluyentes (quien ha resuelto cometer no puede haber resuelto ejecutar) se realiza con una doble finalidad: dar cabida a la inducción frustrada en la proposición y dejar fuera de ella, y en consecuencia impune, la invitación no aceptada a la coejecución. Respecto a esta segunda cuestión, se argumenta que si la proposición incluyese la invitación a la coejecución, se estaría castigando de manera inaceptable una tentativa de conspiración, esto es, una invitación a conspirar no aceptada, teniendo en cuenta que si el destinatario acepta la invitación ya se ha producido el concierto criminal y, por ende, se realiza el tipo de la conspiración<sup>60</sup>. Este punto de vista parte de una concepción estricta

---

GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 296 s.—. Después, y con el fin de no dejar impunes esos casos, ha admitido su inclusión en la proposición —GÓMEZ RIVERO (1996), p. 1626—.

<sup>57</sup> Así, FUENTES OSORIO (2007), p. 311.

<sup>58</sup> OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 809, 825 ss.; y el mismo (1999-2), p. 883, en cuya opinión «sin duda el acto preparatorio más peligroso es el de quien, habiéndose decidido a intervenir como autor en el delito, invita a otro a que intervenga con él en la realización del mismo».

<sup>59</sup> En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE (2006), p. 378; LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 91, 115; MORENO-TORRES HERRERA (2016), p. 183; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1986), pp. 430 s. Próximo, ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 695 ss., 700, quien no llega a afirmar expresamente que la coautoría anticipada no deba considerarse proposición de *lege lata*, aunque se deduce de su argumentación, al menos, que debería ser impune de *lege ferenda*.

<sup>60</sup> Sobre ello, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1986), pp. 430 s.; y LLABRÉS FUSTER (2015), p. 91: a su modo de ver, una invitación a la coejecución no aceptada no supera «el umbral de peligrosidad necesario para considerarla merecedora de relevancia penal (...), pues constituye un supuesto en el que la realización del delito por parte del incitador, que se ha reservado un papel de coejecutor en el mismo, queda condicionada a la consecución de un coautor, de modo que sin esta última lo único que sigue en pie es (...) la disposición al delito de un autor individual». Y, en definitiva, considera que «no se puede equiparar la búsqueda infructuosa de un coautor para la realización de un hecho sobre el que en ningún caso se pierde el dominio con el intento de endosar a un tercero el proyecto criminal».

de la conspiración —la mayoritaria—, como coautoría anticipada, y deja en la proposición exclusivamente invitaciones a delinquir, aceptadas o no, que no podrían ser punibles como conspiración de acuerdo con esa concepción. Quedan separadas así por completo la conspiración —que es siempre una coautoría anticipada— y la proposición —que nunca lo es—.

Finalmente, se defiende también la opinión favorable a dar cabida en la proposición tanto a los casos en que el proponente desea intervenir personalmente en el delito como a aquellos en los que no tiene intención de hacerlo<sup>61</sup>. En general, quienes así opinan admiten que la proposición castiga sin duda los primeros supuestos, pero además consideran político-criminalmente deseable que se castiguen también los segundos<sup>62</sup>, y entienden que es posible realizar una interpretación amplia del primer inciso del art. 17.2 CP que permita abarcarlos<sup>63</sup>. La jurisprudencia reciente, a partir de la STS n.º 1994/2002, de 29 de noviembre<sup>64</sup>, comparte esta última interpretación, al considerar indiferente para castigar como proposición si el proponente está o no resuelto a ejecutar personalmente el delito, con argumentos que coinciden con los utilizados por la doctrina, esencialmente: que no es lo mismo estar dispuesto «a cometer» un delito que estar resuelto «a ejecutarlo» (también cometen el delito los partícipes equiparados a autores); que muchas veces la participación ejecutiva del proponente no es precisa e incluso resulta superflua, porque el invitado puede consumir el delito por sí solo, y sería absurdo excluir de la proposición estos supuestos; y que al no tener cabida la inducción

<sup>61</sup> De este parecer, BARBER BURUSCO (2004), pp. 206 ss.; CEREZO MIR (2001), pp. 181 s.: «no es preciso (que el proponente) invite a otra u otras personas a ejecutar el delito conjuntamente con él. El concepto de proposición comprende también el supuesto en que el proponente (...) invita a otra u otras personas a que lo ejecuten sin su cooperación»; DEL ROSAL BLASCO (2005), pp. 958 s.; DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), pp. 305 s.; GÓMEZ RIVERO (1996), p. 1626; LÓPEZ PEREGRÍN (1997), pp. 484 ss.; MAQUEDA ABREU / LAURENZO COPELLO (2016), p. 117; aparentemente también MIR PUIG (2016), p. 354; y SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 151.

<sup>62</sup> A modo de ejemplo, en palabras de GÓMEZ RIVERO (1996), p. 1625, «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 que su rechazo apenas requiere mayor comentario. 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». Por su parte, MIR PUIG (2016), p. 354 entiende que «se evita así una importante laguna legal, pues de otro modo aquélla debería quedar impune, pese a constituir el acto preparatorio más indudablemente punible».

<sup>63</sup> En contra de que exista inconveniente gramatical alguno que impida incluir estos supuestos en la proposición ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 705 ss.

<sup>64</sup> Con posterioridad, véanse también SsTS n.º 1113/2003, de 25 de julio; n.º 1376/2005, de 17 de noviembre; n.º 891/2006, de 22 de septiembre; n.º 1145/2006, de 23 de noviembre; y n.º 308/2014, de 24 de marzo. En cuanto a las AAPP, entre otras, SAP de Lleida (sec. 1.ª) n.º 477/2004, de 15 de octubre; SAP de Barcelona (sec. 10.ª) n.º 59/2004, de 3 de diciembre; SAP de Alicante (sec. 3.ª) n.º 28/2005, de 27 de enero; y SAP de Jaén (sec. 1.ª) n.º 88/2006, de 29 de marzo.

frustrada en la provocación en el nuevo Código penal, lo adecuado es enmarcarla en la proposición, dado que su tenor literal lo permite, evitando así una laguna legal.

Vistas las distintas opciones, expondré cuál de ellas considero correcta y en qué términos. Para empezar, no puede pasarse por alto que el supuesto que encaja sin lugar a dudas en el tenor literal de la definición de proposición, de acuerdo con una interpretación estricta del mismo, es aquel en el que el proponente está dispuesto a intervenir personalmente en el hecho delictivo proyectado. Es más, la reforma de 2015, al modificar el segundo inciso de la definición legal, refuerza incluso la tesis de que la proposición incluye solo estos supuestos. Como es sabido, antes de la reforma, uno de los argumentos utilizados para considerar abarcados por el precepto los casos denominados de inducción frustrada era que el art. 17.2 CP no excluía esta posibilidad, pues lo que sugería la expresión «invita a otra u otras personas a *ejecutarlo*» era «que se propone a otro que él ejecute el delito», siendo así que el legislador hubiera podido fácilmente dejar fuera esos supuestos «requiriendo que el proponente invite a “*tomar parte* en la ejecución”»<sup>65</sup>. Pero al ser este precisamente el cambio operado en la redacción, tras una lectura integrada de los dos incisos puede entenderse excluida la denominada inducción frustrada del concepto de proposición. Es decir, resulta ahora gramaticalmente más fácil que nunca defender que solo constituyen proposición los casos en que el proponente está decidido a intervenir personalmente en el hecho delictivo propuesto, e invita a otro u otros a participar en ese delito conjuntamente con él<sup>66</sup>.

Por lo tanto, no cabe duda de que la primera de las opiniones expuestas *supra* está sólidamente avalada por el tenor literal del precepto<sup>67</sup>. No obstante, comparto el parecer de que dicha interpretación restrictiva da lugar a consecuencias político-criminales inadecuadas. Un análisis de la jurisprudencia sobre proposición de las dos últimas décadas pone de manifiesto 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 física<sup>68</sup>. No veo razón para dar la

<sup>65</sup> MIR PUIG (2011), p. 351. También el TS utiliza este argumento en su Sentencia n.º 1994/2002, de 29 de noviembre, F. J. 2.º.

<sup>66</sup> Lo reconoce LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 95 s.

<sup>67</sup> Quienes antes de la reforma entendían la proposición como coautoría anticipada mantienen tras la reforma la exigencia de que el proponente se reserve un papel de autor en el delito, incluyendo ahora los supuestos en que el objeto de la invitación es una conducta de participación. Así, DíEZ RIPOLLÉS (2016), p. 520; y ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC (2017), p. 295.

<sup>68</sup> Así, salvo error por mi parte, desde el año 2000 todas las sentencias del TS y de las AAPP. Existe la excepción de la SAP de Lleida (sec. 1.ª) n.º 477/2004, de 15 de octubre, pero en realidad se trataba de un caso de conspiración, aunque se castigó como



espalda a la realidad y excluir de la proposición estas invitaciones para cometer delitos especialmente graves por el hecho de que el proponente no desee involucrarse en la ejecución. Considero, en este sentido, que el papel que se reserve el proponente en el futuro delito no es el elemento que debe marcar la diferencia entre una proposición punible y otra impune, sino que lo relevante es el acto de proposición en sí mismo, esto es, el intento de captar una voluntad delictiva. También cuando no se quiere intervenir en la ejecución se busca cerrar un acuerdo, un pacto criminal. A ello hay que añadir que en ese momento el proponente pone en marcha un curso causal que podría quedar fuera de su control.

Por otra parte, en mi opinión, pese a las dificultades gramaticales apuntadas, sigue siendo posible tras la reforma de 2015 realizar una interpretación amplia del primer inciso del concepto legal de proposición que no identifique «cometer» con la intervención personal en la ejecución del hecho (autoría en sentido estricto). El propio legislador sigue distinguiendo entre resolver «ejecutar» (en la conspiración) y resolver «cometer» (en la proposición), por lo que es posible atribuir a estos términos significados parcialmente distintos. En cualquier caso, la proposición no es una invitación a delinquir sin más, sino una invitación que procede de quien ha resuelto cometer un delito, por lo que es necesario dotar de contenido a dicho inciso. No podemos obviar que existe. A mi modo de ver, el que ha resuelto cometer un delito, en un sentido amplio, es todo aquel que ha organizado la comisión de un delito y comparte con otra u otras personas esa resolución delictiva, invitándoles a intervenir (a participar) en *su* proyecto criminal. El proponente pretende involucrar a terceros en un proyecto criminal propio, pero el proyecto delictivo pertenece al proponente no solo cuando quiere ejecutarlo de propia mano sino también cuando lo gesta y se lo transfiere a otra persona para que lo ejecute en su lugar.

La relevancia del mencionado inciso, interpretado así, no se vincula con las intenciones del proponente respecto a su intervención en el futuro delito, sino con la gestación *ex novo* por su parte de un proyecto criminal y la intención de involucrar en él a otra u otras personas que hasta ese momento no presentaban tendencia criminal alguna. Esta interpretación también permite restringir el ámbito de aplicación de la proposición. En efecto, a la proposición se le exigen requisitos más estrictos que a la acción de inducir, y ello en un doble sentido. Primero, porque solo será proponente quien haya ideado el plan criminal, mientras que induc-

---

proposición. En los hechos probados se relata cómo el procesado le pide a otra persona que le ayude a matar a su expareja. El invitado acepta, pero más adelante se echa atrás. Razona la Audiencia que el invitado incurrió en una conspiración para delinquir, que ha de quedar impune por desistimiento (aplicando por analogía la figura del desistimiento en la tentativa). Pero, entonces, dado que hubo un concierto de voluntades, también quien invita realizó el tipo de la conspiración para delinquir, por lo que debió castigarse como tal.

tor puede serlo alguien a quien el proyecto delictivo le ha sido transferido<sup>69</sup>. Ello impide calificar como proponente al inductor anticipado en los casos denominados de «inducción en cadena»: supongamos que A convence a B para que induzca a C a delinquir; si se inicia la ejecución del delito B será inductor, pero si no se inicia B no podrá responder por proposición para delinquir, porque no es él quien «ha resuelto cometer el delito»<sup>70</sup>. Y, segundo, porque se excluyen de la proposición no solo los casos en que el invitado estuviese ya previamente resuelto a cometer el delito (es un *omnimodo facturus*)<sup>71,72</sup>, sino también los supuestos en que el invitado, sin estar todavía decidido a realizar el hecho, presenta cierta inclinación a llevarlo a cabo, casos —estos últimos— en los que sí suele admitirse la inducción<sup>73,74</sup>. La proposición se configura así como una suerte de «inducción reforzada»<sup>75</sup>, de manera que no toda inducción ineficaz es punible automáticamente como proposición para delinquir<sup>76</sup>.

<sup>69</sup> Respecto a lo innecesario de que sea el inductor quien haya ideado el plan delictivo, GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 66 s.

<sup>70</sup> Por otra parte, en mi opinión, en este ejemplo A tampoco podrá ser castigado por proposición por las razones que veremos *infra*.

<sup>71</sup> Como es de sobra conocido, teniendo en cuenta que el objetivo de la acción de inducir es hacer nacer en otra persona la intención de ejecutar un delito, esto es «crear el dolo del autor» —así SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2012), p. 4—, no puede haber inducción en estos casos. Al respecto, por todos, CUELLO CONTRERAS (2009), p. 295; GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 402 ss.; MIR PUIG (2016), p. 418; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (2015), p. 474; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES (2012), p. 19. Entre la doctrina alemana, por ejemplo, ROXIN, § 26, n. m. 65.

<sup>72</sup> En contra de que quepa la proposición a un *omnimodo facturus* ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 717; y RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), pp. 173 s. También la jurisprudencia considera que el destinatario de la propuesta ha de ser una persona que «hasta ese momento no hubiera decidido ya, por sí misma, la ejecución del hecho ilícito» —así entre otras SAP de Madrid (sec. 5ª) n.º 49/2005, de 30 de marzo—. A favor, CUELLO CONTRERAS (2009), p. 334; GÓMEZ RIVERO (1995), p. 315; de acuerdo con la opinión defendida entonces por esta autora, esta modalidad de tentativa inidónea de inducción sería punible como provocación (ahora proposición). Considera que si el *omnimodo facturus* comete el delito y existe un reforzamiento de la resolución delictiva la complicidad psíquica cedería ante la provocación por especialidad. Cfr. LÓPEZ PEREGRÍN (1997), p. 461. En Alemania, a favor del castigo también ROXIN (2003), § 28, n. m. 22 (tentativa inidónea de inducción, punible).

<sup>73</sup> No es posible reproducir aquí la intensa discusión existente sobre los grupos de supuestos en los que es dudosa la existencia de una resolución a delinquir por parte del inducido. Para una ampliación sobre el particular, pueden verse, además de los autores citados en la nota anterior, BALDÓ LAVILLA (1989), pp. 1103 ss.; GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 402 ss.; y OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 652 ss.

<sup>74</sup> Debe aclararse, no obstante, que esas valoraciones deben realizarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto formula la invitación. Por ello, si este desconoce que dirige la invitación a un *omnimodo facturus* o a una persona con cierta inclinación a la ejecución del hecho, seguirá siendo autor de una proposición para delinquir. Véase al respecto ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 717.

<sup>75</sup> En este sentido, ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 715 ss.

<sup>76</sup> Cerezo Mir no llega a explicar cómo interpreta el inciso «el que ha resuelto cometer un delito», pero ve claro que el inductor no siempre habrá resuelto cometerlo y que, por

Por otra parte, la tesis según la cual la proposición castiga solo los casos en que el proponente no tiene intención de intervenir personalmente en el delito, según entiendo, no puede defenderse de *lege lata* tras la reforma. La opinión ya encontraba difícil acomodo en la redacción anterior del art. 17.2 CP. El refrendo gramatical se buscaba entonces en la contraposición de los verbos utilizados por el legislador en la definición de la proposición («cometer» y «ejecutar»). Sin embargo, aunque se trata de verbos a los que no es necesario atribuir idéntico significado, no creo que puedan considerarse excluyentes desde el punto de vista jurídico-penal, sino que el primero es más amplio que el segundo y lo incluye. Es decir, una cosa es que sea posible realizar una interpretación amplia del tenor literal y otra distinta que ello implique dejar fuera los supuestos que se corresponden con una interpretación estricta del mismo. Más dificultades encontramos si pretendemos trasladar dicha argumentación a la definición que ofrece el precepto actualmente, en la que se utilizan los verbos «cometer» y «participar». Porque si «participar» ha de interpretarse necesariamente en sentido amplio, como hemos visto, de manera que incluya la ejecución del hecho (la autoría), ¿cómo puede afirmarse que «cometer» no se refiere también a ejecutar el delito?

Cuestión distinta es que parezca conveniente de *lege ferenda* excluir de la proposición las invitaciones no aceptadas a la coejecución. No lo creo así. Aunque se trate de supuestos menos frecuentes en la práctica, la conducta es idéntica —el que ha ideado un proyecto criminal invita a otro u otros a sumarse al mismo— y su desvalor, según entiendo, similar al de una invitación a la ejecución no aceptada. Es cierto que la probabilidad de que el proponente pierda el control de los acontecimientos es prácticamente inexistente en este caso, pero también se intenta aquí establecer un vínculo con el invitado. Además, si quien ha resuelto cometer un delito como autor busca la cooperación de otros y no la encuentra, existe el riesgo de que ponga en práctica el plan delictivo por su cuenta. En cambio, si lo que quiere es encontrar a alguien que ejecute el hecho por él y no tiene éxito, tendrá que seguir buscando un autor<sup>77</sup>.

## 2. El objeto de la invitación

De acuerdo con lo expuesto, el proponente puede invitar, en primer lugar, a la autoría única o a la coautoría de un delito —entre la que se encuentra el supuesto en que uno de los coautores previstos es el propo-

---

tanto, no pueden incluirse en la proposición *todos* los casos de inducción ineficaz. Véase CEREZO MIR (2001), pp. 182 s., en especial nota 22 de la última página.

<sup>77</sup> Argumenta en sentido contrario, como hemos visto, LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 91 s. Considera que si alguien busca un coautor y no lo encuentra, en ese momento «lo único que sigue en pie es como máximo la disposición al delito de un autor individual», lo que le parece insuficiente para fundamentar su castigo por proposición.

nente—. Según entiendo, y conforme a la opinión mayoritaria, esta era la única opción posible con la redacción anterior del art. 17.2 CP. Algunos autores defendían en minoría entonces que la propuesta podía tener también por objeto, además de lo anterior, una intervención a título de participación<sup>78</sup>, y en el mismo sentido se pronunció la jurisprudencia en algunas ocasiones<sup>79</sup>. La reforma de 2015 ha acogido sin duda este parecer minoritario. Ahora bien, conviene puntualizar que desde estos planteamientos solo se consideraba subsumible en la proposición la invitación a participar en el propio delito (en el delito del proponente), porque se partía de que el proponente debía en todo caso estar dispuesto a intervenir como autor<sup>80</sup>. De acuerdo con el Derecho vigente estos supuestos están abarcados por la proposición<sup>81</sup>. Concretamente, se trata de invitaciones a participar a título de cooperador necesario o cómplice: el que ha resuelto cometer un delito (en sentido estricto, como autor) invita a otra persona a que coopere (necesariamente o no) con él, es decir, trata de involucrarla como partícipe en su proyecto criminal<sup>82</sup>.

No cabe, en cambio, una invitación a la inducción en el propio delito. Esto debe ser aclarado, porque algunos autores estiman que el ofrecerse a alguien a cometer un delito puede considerarse como tal —el proponente invita a otro a que le induzca a cometer un delito que él está dispuesto a ejecutar—, y lo consideran un supuesto particular de inducción en cadena (los que la admiten), en el que coinciden en la misma persona

<sup>78</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2010), p. 392; y GIL GIL (2011), p. 321.

<sup>79</sup> Véase la STS n.º 353/2007, de 7 de mayo, de la que fue ponente *Bacigalupo Zapater*: «el autor de la proposición manifiesta a otros su resolución de cometer un delito para incorporarlo como partícipe a la ejecución del propio plan. Se trata, por tanto, de una especie de tentativa de inducción, no dirigida a generar el dolo del autor, sino el dolo del partícipe (coautor, cooperador o cómplice)». En consecuencia, aunque parece decirse lo contrario inicialmente, en esta sentencia el TS considera que la proposición incluye no solo la invitación a la participación sino también a la coautoría. Véanse también SAP de Madrid (sec. 27.ª) n.º 30/2011, de 2 de diciembre: la proposición requiere la pretensión por parte del proponente «de captar la voluntad de otra u otras personas en orden a que sean ellas quienes ejecuten el delito o al menos que cooperen con el proponente en la ejecución del hecho» —siguen esta última sentencia la SAP de Ourense (sec. 2.ª) n.º 298/2013, de 12 de julio; y la SAP de León (sec. 3.ª) n.º 534/2015, de 25 de noviembre—.

<sup>80</sup> Esto es evidente en el caso de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (2010), p. 392; GIL Y GIL (2011), p. 321; y en la citada STS n.º 353/2007. En esos tres lugares se defiende que el proponente tiene que ser en todo caso alguien que esté dispuesto a intervenir en el futuro delito como autor y, a partir de ahí, puede invitar a terceros a la coautoría, o a la participación (cooperación necesaria o complicidad). En las sentencias de las audiencias provinciales citadas en la nota anterior se admite la proposición también en los casos en que el proponente no está dispuesto a intervenir como autor si invita a la autoría —como he defendido yo misma en el epígrafe anterior—, pero no si invita a la participación; en este último caso el proponente invita a participar en el delito que él planea cometer como autor.

<sup>81</sup> De otra opinión, LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 99 ss., 108, 115.

<sup>82</sup> Véanse los ejemplos propuestos por MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (2015), p. 480; y ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC (2017), p. 295.

el primer inductor —quien formula la invitación— y el destinatario de la segunda inducción<sup>83</sup>. Pero lo cierto es que quien está dispuesto a ejecutar un delito, ofreciéndose a otro con esa finalidad, por ejemplo, a cambio de recibir una compensación económica, ha dejado de ser un sujeto idóneo para ser inducido. Estoy de acuerdo, por tanto, con quienes estiman que en estos casos en los que existe resolución criminal, pero su puesta en práctica se supedita al cumplimiento de una condición, quien la satisface no será inductor si el delito llega a cometerse, sino cooperador necesario<sup>84</sup>. En cualquier caso, que el ofrecerse a cometer un delito no sea un supuesto de invitación a la inducción no significa que dicha conducta tenga que quedar necesariamente impune. En efecto, el supuesto planteado es un caso de invitación a la cooperación necesaria por parte de quien tiene la intención de ser autor, que será punible como proposición si el que formula la invitación ha resuelto cometer el delito y no se acepta el ofrecimiento. En caso de aceptarse, ambos serán conspiradores<sup>85</sup>.

Pero además, si se parte, como aquí se hace, de que la proposición permite absorber también los casos en los que el proponente no quiere ser autor, se plantea la cuestión de si es posible castigar a través de esta figura asimismo la invitación a participar en el delito del que será autor un tercero, distinto del proponente y del invitado. En relación con este supuesto los casos más relevantes son los de invitación a la inducción, es decir, la denominada inducción en cadena (invitar a alguien a que convenga a un tercero para cometer el delito), frustrada en este caso. Estas invitaciones tienen lugar en la práctica con cierta frecuencia, pero no podían castigarse como proposición de acuerdo con la regulación anterior a 2015 porque, aunque se considerase innecesario que el proponente estuviera dispuesto a intervenir como autor en el delito, se trataba de invitaciones a la participación, y no a la autoría<sup>86</sup>. No obstante, los tribunales, erróneamente, habían aplicado la proposición en estos casos. Así lo hizo la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 20.<sup>a</sup>), en su sentencia

---

<sup>83</sup> En este sentido, LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 99, 110, 114, quien, cuando es intentada, la considera punible como proposición con la nueva regulación, pero solo cuando el ofrecimiento es aceptado. Véanse también CUELLO CONTRERAS (2009), p. 320; y ROXIN (2003), § 28, n. m. 78.

<sup>84</sup> Así, GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 427 ss. Sobre la cuestión, LÓPEZ PEREGRÍN (1997), pp. 467 ss., quien hace depender la existencia de resolución delictiva en esos supuestos, que impediría la inducción, de la tendencia predominante en el sujeto.

<sup>85</sup> En el ejemplo del texto el ofrecimiento constituye, a la vez, una invitación a delinquir, lo que permite su castigo como proposición. Pero es evidente que no en todos los ofrecimientos se da esa circunstancia: si alguien se ofrece a integrarse en un plan criminal sin condicionar su intervención a la realización de ninguna aportación, podrá ser castigado como conspirador si es integrado en dicho plan, pero no como proponente si no lo es.

<sup>86</sup> En la doctrina, nadie consideraba punibles estas invitaciones a través de la proposición. Ni siquiera lo entendían así quienes consideraban subsumibles en ella las invitaciones a la participación pues, como hemos visto, requerían siempre que el proponente quisiera ser autor.

n.º 521/2011, de 23 de junio, que condena como proponente a un delito de asesinato a un sujeto que encomienda por carta a su primo, interno en la prisión de la Roca del Vallès, buscar a una persona para matar a su ex pareja, proporcionando datos concretos para su localización y ofreciéndole un incentivo económico. La carta le fue interceptada al preso durante un traslado de centro penitenciario, sin que este llegase a contactar con ningún sicario ni constara que hubiera aceptado el encargo. Y en el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5.ª) en sentencia n.º 49/2005, de 30 de marzo, confirmada luego por el Tribunal Supremo (sentencia n.º 891/2006, de 22 de septiembre). En este caso, un recluso de la cárcel de Soto del Real contacta con un condenado que disfrutaba de un permiso penitenciario utilizando como intermediario a otro preso, pidiéndole que contrate a una persona para matar al fiscal de la Audiencia Nacional Javier Zaragoza. En este supuesto, a diferencia del anterior, quien recibe la propuesta la acepta y llega a contactar con el supuesto sicario, pero este acude a la policía a denunciar los hechos. Se condena aquí por proposición al asesinato tanto al que formula la primera invitación como al que intenta convencer al sicario<sup>87</sup>. Aunque los dos son supuestos de invitación a la inducción, se aprecia entre ambos una diferencia: en el primero, quien formula la invitación no consigue su propósito de que el invitado acepte y busque a un autor; en el segundo consigue ambas cosas, aunque el hipotético autor no acepta luego<sup>88</sup>.

Pues bien, la cuestión que se plantea es si la nueva regulación de la proposición modifica el tratamiento jurídico-penal de estos supuestos. A mi modo de ver, aunque es cierto que el tenor literal el art. 17.2 CP—desde una interpretación amplia del primer inciso— permitiría castigarlos como proposición, los casos de invitación a la inducción deben seguir siendo impunes<sup>89</sup>. Como cuestión previa me interesa indicar que, desde la posición que defiendo, el denominado inductor en cadena no es en realidad un auténtico inductor, pues no concurren en su conducta las características específicas de la inducción. Quien hace surgir en otra persona el dolo de inducir, si llega a cometerse el hecho podrá ser castigado como cooperador necesario, en tanto que dicha acción favorece la comisión del delito<sup>90</sup>. Por esa razón, conceptualmente, una invitación

<sup>87</sup> Sorprende que se condene también como proponente, además de a los anteriores, al intermediario, a pesar de que realmente no invita a nadie a delinquir y debió ser absuelto de la proposición ya por ese motivo, entre otros. Así también LLABRÉS FUSTER (2015), p. 109.

<sup>88</sup> Sobre estos casos, véase LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 108 y ss., (los llama, respectivamente, inducción en cadena frustrada e inducción a la inducción frustrada)

<sup>89</sup> En sentido contrario, LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 112 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ (2019), n. m. 2691.

<sup>90</sup> Así, con argumentos convincentes, un importante sector doctrinal. Por ejemplo, CUELLO CONTRERAS (2009), p. 295; GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 118 ss.; MELENDO PARDOS (2015), p. 397; MIR PUIG (2016), p. 419; OLMEDO CARDENETE (1999), pp.



a la inducción que no desemboca en la ejecución no es una inducción frustrada, sino una cooperación necesaria intentada. Pero no es este el motivo que me lleva a rechazar el castigo de esos supuestos a través de la proposición, porque entiendo que la cooperación necesaria intentada no ha de ser por fuerza impune: de hecho será punible cuando se integre en la conspiración, lo que sucederá cuando dicho cooperador necesario anticipado cierre un pacto criminal con quien tiene previsto ejecutar el delito<sup>91</sup>. Considero, más bien, que existen fundadas razones sistemáticas y político-criminales para llegar a esta conclusión.

Como vimos en las páginas dedicadas a la conspiración, esta figura no sanciona los pactos para la inducción, por lo que en el caso del fiscal Javier Zaragoza no podrían castigarse como conspiradores al que invita a la inducción y al destinatario que acepta inducir a otro<sup>92</sup>. Ya expuse en su momento que esa solución me parecía acertada, porque se trata de un pacto entre inductores anticipados que, al no incluir ningún autor en él, no va destinado todavía a la ejecución inmediata de un delito y no alcanza por ello, según creo, la entidad suficiente para ser jurídico-penalmente relevante<sup>93</sup>. El acuerdo que se cierra no es en modo alguno equiparable a un pacto entre autores o a un pacto que incluya al menos un autor: por un lado, el vínculo que se crea no lo es para la ejecución, y, por otro lado, para que se prenda una mecha que pueda desembocar en la realización del delito aún hace falta encontrar un ejecutor y que este acepte<sup>94</sup>. En consecuencia, la proposición no debe castigar estos acuerdos tampoco —ya sabemos que, de considerarlo posible, solo podría castigarse a través de ella a quien invita—, ni mucho menos el intento de

---

448 ss.; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2009), pp. 67 y ss., en particular, 89 y ss. En cambio, la jurisprudencia admite la inducción en cadena. Así, SsTS n.º 212/2007, de 22 de febrero; n.º 393/2007, de 27 de abril; y n.º 400/2017, de 1 de junio.

<sup>91</sup> Cfr. LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 106 ss.

<sup>92</sup> Para ello haría falta que el aceptante indujese a un autor, que aceptase a su vez, y se concertaran los tres para la ejecución.

<sup>93</sup> Diferente sería el caso si A invita a la ejecución de un delito, pero el invitado (B), tras hacerle ver que acepta, decide por su cuenta buscar a otra persona para que lo ejecute ella. A ha formulado una invitación a la autoría que debería castigarse como proposición. En efecto, la aceptación de B a intervenir como autor no es real, por lo que no se ha cerrado objetivamente un pacto para la ejecución (por eso no cabe castigar por conspiración); pero A quería cerrar ese pacto y cree que lo ha hecho (por eso es proposición). En el mismo sentido, sobre estos supuestos, GÓMEZ RIVERO (1995), p. 127, considerándolos en aquel momento provocación; ahora, por tanto, proposición.

<sup>94</sup> Llabrés no desconoce las peculiaridades de este pacto, que lo distingue de los pactos para la ejecución. Ello debería traducirse, en su opinión, en un trato diferenciado a quien acepta la invitación: considera que cuando se invita a la ejecución, el invitado que acepta debería ser castigado —aunque él entiende, al igual que otros autores, que esos casos son punibles mediante la proposición, y por tanto, no podría castigarse al invitado de *lege lata*—; pero entiende que si se invita a la inducción, quien acepta el encargo pero no lo pone en práctica debería quedar impune («la aceptación de la inducción para ejecutar un delito como autor debe merecer un tratamiento distinto que la mera aceptación de una inducción para inducir al autor del delito»). Véase LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 113, 116.

llegar a un acuerdo de estas características<sup>95</sup> (como sucede en el caso del recluso de la Roca del Vallès visto anteriormente: se invita a la inducción y el invitado no acepta)<sup>96</sup>. Por las mismas razones, tampoco deben ser punibles las invitaciones, aceptadas o no, a intervenir como cooperador necesario o cómplice en el delito que cometerá un tercero (A convence o intenta convencer a B para que le preste un arma a C, quien la necesita para cometer un homicidio —si el plan ya no avanza más—).

En relación con el caso del fiscal Javier Zaragoza, recordaré aquí el tratamiento penal que ha de recibir, desde mi punto de vista, el destinatario de la primera invitación que acepta e instiga, a su vez, a quien habría de ser autor. Aunque se trata de un caso de invitación a la autoría que derivaría en una inducción de iniciarse la ejecución del hecho, no se cumplen según entiendo los requisitos de la proposición, porque quien invita no es quien *ha resuelto cometer el delito* —en los términos en los que, según hemos visto *supra*, debe interpretarse dicho inciso—. Esta es la consecuencia más importante de exigir a la proposición requisitos más estrictos que a la inducción: al inductor no se le exige que haya resuelto cometer el delito, pero al proponente sí, de manera que no toda inducción ineficaz se convierte automáticamente en proposición. Por otra parte, de acuerdo con lo que vengo defendiendo, en un ejemplo de estas características si el ejecutor acepta ambos serán conspiradores.

### 3. Estructura de la proposición y momento de su consumación

De acuerdo con lo defendido hasta ahora, la proposición castiga invitaciones no aceptadas a delinquir que constituyen intentos de implicar a otra u otras personas en un proyecto criminal ideado por el proponente, siendo hasta ese momento el invitado o invitados personas ajenas al citado plan delictivo. Si el objeto de la invitación es la autoría de un delito, cabe que el proponente no tenga intención de intervenir materialmente en modo alguno en la ejecución del hecho, pero cabe también que se reserve alguna intervención como cooperador necesario o cómplice, o que quiera coejecutar el hecho. Por otro lado, si el objeto de la invitación es la participación en el delito proyectado, el proponente ha de reservarse el papel de autor en el mismo. Configurada así la proposición para delinquir, queda por determinar cuál es su estructura.

<sup>95</sup> El StGB castiga expresamente la inducción en cadena frustrada. Ello es coherente con su regulación de la conspiración, donde se prevé la punición de acuerdos para inducir a otro. En este sentido, tiene razón CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 320 s., cuando afirma que el Derecho español, a diferencia del alemán, «se inspira en el elemento ejecución, y no en el elemento inducción».

<sup>96</sup> LLABRÉS FUSTER (2015), p. 114, considera punibles estos intentos, aunque reconoce que su merecimiento de pena es inferior al de las invitaciones frustradas a la autoría.

En los casos de invitación a la autoría, la doctrina ha planteado dos posibles opciones: o bien se considera que la proposición adopta la estructura de una coautoría anticipada, o bien se entiende que su estructura es la de una tentativa de inducción. Lógicamente, ello se entiende así desde la perspectiva del papel que se reserve el proponente y de la responsabilidad en la que incurriría de iniciarse la ejecución del delito. Como hemos visto, se reserva la denominación de «tentativa de inducción» para los casos en que el proponente no tiene intención de intervenir como autor en el delito que proyecta, pues si el *iter criminis* avanza de acuerdo con lo planeado (el invitado acepta la invitación y da comienzo a la ejecución del delito), aquel habría de responder como inductor. En cambio, si el proponente quiere ser coautor del delito —junto con el invitado o invitados—, dado que la realización material de ese proyecto delictivo derivaría en una responsabilidad para él a título de autor, estaríamos ante una coautoría anticipada. Por tanto, desde este punto de vista, si se interpreta en sentido amplio el primer inciso del concepto legal de proposición, habría que concluir que la proposición acoge dos estructuras distintas.

Sin embargo, tanto cuando se invita a la coautoría (entre proponente y destinatario) como cuando se invita a la autoría única, la acción de proponer es idéntica y coincidente con la acción de inducir, pues se realiza una conducta dirigida a hacer surgir en otra persona, mediante un influjo psíquico, una resolución delictiva<sup>97</sup>. Por esa razón, la proposición adopta en ambos casos la estructura de una tentativa de inducción. A ello podría oponerse que dicha estructura no puede predicarse de una conducta que no desembocaría en una responsabilidad a título de inducción en caso de avance del *iter criminis*. Pero esta última afirmación da por supuesto que es un requisito del tipo de la inducción que el inductor no tenga pensado intervenir como coautor en el delito a cuya ejecución determina, idea que no se comparte aquí. Las intenciones del inductor respecto a su propia intervención en el delito al que induce no forman parte del tipo de la inducción: puede ser que el instigador tuviera pensado originariamente intervenir como coautor, pero si finalmente el delito lo ejecuta solo el instigado aquel responderá como inductor. Es más, si de acuerdo con lo proyectado intervienen como coautores el que invita y el invitado, no por ello faltarán los requisitos de la inducción en la conducta del primero, sino que la situación será la propia de un concurso de leyes<sup>98</sup>. En el ámbito de la proposición podemos llegar a las mismas

<sup>97</sup> Completamente de acuerdo con Alcácer cuando afirma: «la acción típica de proposición no consiste sino en inducir a otro a la realización de un delito» —véase ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 698—.

<sup>98</sup> Así, GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 93-95, aunque plantea dudas al afirmar en otro lugar: «inherente a la calificación del inductor es que no sea, a su vez, autor» (p. 298) y la misma (1996), p. 1626: «por definición, el inductor no quiere realizar materialmente el delito». QUINTERO OLIVARES (2002), p. 921, define la inducción como «determinar

conclusiones: es cierto que si el proponente quiere intervenir como autor en el delito que proyecta está preparando una coautoría, pero la prepara dando comienzo a una inducción, por lo que no queda descartada una hipotética responsabilidad como inductor si el invitado da comienzo a los actos ejecutivos.

Que la acción de inducir y la de proponer sean plenamente coincidentes significa que deben trasladarse a la proposición las características objetivas y subjetivas que se predicán de la conducta de inducción<sup>99</sup>. Excedería los objetivos de este trabajo realizar un análisis detallado de todos los elementos que configuran la acción de inducir, de acuerdo con la elaboración doctrinal y jurisprudencial que se ha llevado a cabo al respecto. Me limitaré a citar las características esenciales de dicha conducta —sobre las que, por lo demás, existe un amplio acuerdo doctrinal— que debe compartir la acción de proponer. Desde el punto de vista de las características objetivas de la acción, la proposición ha de consistir también en una incitación<sup>100</sup> seria, formulada de modo «convinciente, preciso y persuasivo»<sup>101</sup>. No bastan meros consejos o sugerencias<sup>102</sup>, y la propuesta ha de ser explícita<sup>103</sup>. Además, ha de estar dirigida a un sujeto o sujetos determinados (incitación privada), para que cometan un delito igualmente concreto<sup>104</sup>. Por lo que respecta a las características subjeti-

---

*consciente e intencionadamente a otra persona a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución».*

<sup>99</sup> Al respecto, también ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 714 y ss. Véase en el mismo sentido BARBER BURUSCO (2004), p. 214, quien entiende que no parece adecuado exigir en la proposición «menos requisitos que los que se exigen en el ámbito de la inducción punible».

<sup>100</sup> A estos efectos, rechazo la diferencia que ha querido verse entre los verbos “incitar” e “invitar”. Al respecto se ha dicho que “la invitación supone una menor intensidad o fuerza atractiva que la incitación” —MUÑAGORRI LAGUÍA (1989), p. 1012— o que “el concepto de *invitación* es más amplio que el de *incitación*” —DEL ROSAL BLASCO (1986), pp. 180 s.—. Tradicionalmente, la discusión ha girado en torno a la delimitación entre la provocación y la proposición, si bien el objetivo último de esta polémica ha sido determinar si en una invitación concurren las características de la inducción, de manera que la proposición pueda dar cobijo a la inducción frustrada. Sobre el problema, véase también FUENTES OSORIO (2007), pp. 293 ss., 297, quien considera, a mi modo de ver con razón, que ambos términos, en un sentido penal, son sinónimos de inducción.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 172. En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 715 s.; y BARBER BURUSCO (2004), p. 213.

<sup>102</sup> Así, respecto de la inducción, GÓMEZ RIVERO (1995), p. 179; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN (2015), p. 474; OLMEDO CARDENETE (1999), pp. 542 ss. Respecto a la proposición, ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 717; y BARBER BURUSCO (2004), p. 214.

<sup>103</sup> ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 717. Sobre las incitaciones implícitas como medio de hacer surgir una resolución delictiva en la inducción, véase GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 178 ss. Excluye de la inducción las incitaciones no exteriorizadas de forma explícita OLMEDO CARDENETE (1999), p. 507.

<sup>104</sup> Consideran que deben concurrir estos requisitos en la inducción, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS (2009), p. 294; MIR PUIG (2016), p. 419; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2012), p. 15. En relación con la proposición, véanse ALCÁCER GUIRAO (2008), p. 716; y BARBER BURUSCO (2004), p. 213. FUENTES OSORIO (2007)

vas de la acción, el sujeto ha de actuar con dolo de crear la resolución delictiva en el autor para que este cometa un delito determinado<sup>105</sup>.

Por otra parte, como hemos visto, del inciso «el que ha resuelto cometer un delito» se deduce la necesidad de requerir exigencias adicionales en la proposición que tienen que ver tanto con la ideación *ex novo* del proyecto criminal por parte del proponente como con la ausencia de predisposición por parte del invitado a la comisión del delito. Estas exigencias forman también parte del tipo de la proposición, aunque son ajenas a la acción de proponer, pues se refieren a características que han de reunir los sujetos implicados en la proposición.

Cuando el objeto de la invitación es la autoría de un delito, la proposición es una tentativa de inducción en sentido estricto, porque se trata de una conducta que puede desembocar en una inducción consumada si concurren todos los elementos de esta última. En cambio, cuando la invitación que realiza el proponente tiene como objeto una intervención a título de participación en el delito que el proponente quiere cometer como autor, dicha conducta no puede desembocar en una responsabilidad a título de inducción, por lo que no puede hablarse aquí de tentativa de inducción en sentido estricto<sup>106</sup>. Es cierto que la acción de proponer sigue reuniendo los requisitos materiales de la acción de inducir, pero con la diferencia de que dicha conducta no va dirigida a crear el dolo del autor, sino el dolo del partícipe. Se puede hablar aquí solo de una tentativa de inducción en sentido amplio<sup>107</sup> o *sui generis*<sup>108</sup>.

Si afirmamos que la proposición es, con los matices indicados, una tentativa de inducción, es porque en ella no concurren todas las fases del

---

también considera que la incitación propia de la proposición ha de serlo a la comisión de un delito concreto (p. 293), pero, por lo que respecta a los destinatarios de la invitación, entiende que la definición legal de proposición abarca tanto la invitación a personas determinadas como indeterminadas. Estima que en el caso de una incitación a personas indeterminadas habrá un concurso de leyes entre proposición y provocación a resolver a favor de la última por el principio de especialidad (pp. 303-305). Por otra parte, por lo que respecta al grado de concreción del delito a cuya ejecución se invita, como dice BALDÓ LAVILLA (1989) para la inducción, no es necesario que esté definido en todos sus detalles, pero sí que «posea un grado mínimo de concreción que permita individualizarlo» (p. 1094).

<sup>105</sup> Sobre estas características del dolo de la inducción y, por tanto, de la tentativa de inducción, véase CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 300 ss., 339.

<sup>106</sup> Por las razones expuestas *supra*, no admito la proposición en supuestos en los que se invita a participar en el delito que cometerá un tercero, pero, de admitirse esta posibilidad, tampoco podría en mi opinión dicha conducta derivar en una inducción consumada sino en una cooperación necesaria.

<sup>107</sup> Utiliza el término «tentativa de inducción» en este sentido amplio, incluyendo en la denominación también la invitación a la participación, FUENTES OSORIO (2007), pp. 298 ss.

<sup>108</sup> La STS n.º 353/2007, de 7 de mayo, se refiere en este caso a «una especie de tentativa de inducción».

*iter criminis* de esta última; solo será posible castigar por proposición cuando la inducción no se haya consumado. La inducción se consuma cuando puede exigirse responsabilidad por ella, esto es, cuando el inducido da principio a la ejecución del delito<sup>109</sup>, momento en el que concurre el denominado segundo resultado de la inducción<sup>110</sup>. Partiendo de ello, lo que interesa a nuestros efectos es determinar en qué fase previa del *iter criminis* de la inducción se consuma la proposición para delinquir, es decir, a partir de qué momento puede considerarse punible.

Para que la proposición sea punible hace falta que el proponente haya realizado todos los actos necesarios para que el destinatario de la invitación adopte la resolución delictiva y lleve a cabo el delito, lo que equivale a afirmar que la tentativa de inducción ha de estar acabada. En ello coincide la doctrina que resalta dicha estructura de la proposición: las tentativas inacabadas de inducción, es decir, los casos en que la acción de invitar aún no ha concluido, son proposiciones intentadas y deben permanecer impunes<sup>111</sup>. No obstante, se discute sobre cuándo deba entenderse acabada la tentativa de inducción. Para algunos, basta con que el proponente haya formulado la invitación, aunque el destinatario no haya tenido conocimiento de ella<sup>112</sup>; para otros, es preciso que el destinatario la haya recibido y comprendido<sup>113</sup>.

Me convence la primera de estas tesis. Según entiendo, los efectos de la invitación que ya no dependen de la actuación del proponente exceden de la tentativa acabada de inducción. Por eso, aunque es cierto que el peligro para el bien jurídico de referencia es mayor cuanto más avanzado se encuentre el *iter criminis* de la inducción, si se quiere ser coherente con dicha estructura hay que concluir que la proposición se consuma en un momento anterior. La repercusión práctica de este asunto se aprecia básicamente en las invitaciones a distancia: una vez enviada la carta o el correo electrónico con la invitación, o dejado el mensaje de voz en el contestador, el proponente ya ha realizado todos los actos necesarios —todos los que dependen de él— para que el destinatario lleve a cabo la acción delictiva. En ese momento está completo el desvalor de acción

<sup>109</sup> CUELLO CONTRERAS (2009), p. 339: «tentativa de inducción es la inducción allí donde el autor aún no ha comenzado la ejecución del delito principal al que ha sido inducido».

<sup>110</sup> Sobre el doble resultado de la inducción, véase GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 170 s.

<sup>111</sup> Así, GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 305-307, con argumentos formales y materiales (como ya sabemos, para ella en ese momento la tentativa acabada de inducción era punible como provocación). Véanse también ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 712-714; y LLABRÉS FUSTER (2014), p. 541.

<sup>112</sup> En este sentido, ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 712-714; y GÓMEZ RIVERO (1995), pp. 309-311. En Alemania, sobre todo, ROXIN (2003), § 28, n. m. 12.

<sup>113</sup> Así, LLABRÉS FUSTER (2014), pp. 538 ss., en particular, 541 ss. De este parecer también, aunque sin deducirlo de la mencionada estructura de la proposición, BARBER BURUSCO (2004), p. 217; y DEL ROSAL BLASCO (2005), p. 960. Desde la consideración de la inducción frustrada como provocación, RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), pp. 185 s.



propio de la inducción, cuya concurrencia he considerado suficiente para fundamentar el castigo de estos supuestos como proposición. Que la carta llegue a manos del invitado y sea leída, que el destinatario abra el correo electrónico y conozca su contenido, o que escuche el mensaje son circunstancias ajenas a la actuación del proponente y no han de exigirse para la punición de la proposición<sup>114</sup>. En aquellas incitaciones en las que estén presentes tanto quien formula la invitación como quien la recibe coincidirán generalmente el momento de emisión y el de recepción del mensaje, pero en los supuestos excepcionales en los que no sea así también ha de bastar con la formulación de la propuesta<sup>115</sup>. Cuando la invitación no se haya completado estaremos ante una tentativa inacabada de inducción, impune<sup>116</sup>.

Por otra parte, y como puede deducirse de lo que vengo exponiendo, no puedo compartir la tesis minoritaria que requiere para el castigo de la proposición la aceptación de la propuesta por parte del destinatario, esto es, que concurra el primer resultado de la inducción<sup>117</sup>, pues desde la tesis que sostengo ello conduce a un pleno solapamiento de la proposición con la conspiración. Por supuesto, dicho solapamiento solo tiene lugar cuando se trata de aceptaciones que desembocan en una decisión conjunta de ejecutar un delito, porque únicamente en ese caso se produce el acuerdo propio de la conspiración. Si se trata de aceptaciones «débiles» que no alcanzan el grado de seriedad necesario, o que son fingidas —el invitado hace creer al proponente que acepta—, o no conocidas —pensemos en una invitación recibida por carta o correo electrónico, cuya aceptación aún no ha sido comunicada al remitente—, o no atendidas por quien formula la invitación, nos mantenemos en el ámbito de la proposición<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Como argumento adicional en favor de esta tesis, aunque desde luego no decisivo, puede mencionarse el problema que para el castigo del proponente podría ocasionar la prueba de si realmente el destinatario conoció o no el contenido del mensaje.

<sup>115</sup> GÓMEZ RIVERO (1995), p. 331, pone como ejemplo casos en los que el destinatario no oye la invitación porque es sordo o lleva tapados los oídos, circunstancias que desconoce el proponente.

<sup>116</sup> Por ejemplo, se empieza a transmitir oralmente una invitación, pero no se termina porque alguien interrumpe o se corta la comunicación telefónica; o se escribe la carta que contiene la invitación, pero quien la escribe decide finalmente no enviarla.

<sup>117</sup> De esta opinión FUENTES OSORIO (2007), pp. 299 s., 311,—para la tentativa de inducción que prepara una coautoría, única punible como proposición, a su modo de ver—; y antes MIRA BENAVENT (1999-2000), p. 142 —con respecto a la tentativa de inducción sin intervención proyectada del instigador—, por entender ambos que solo en ese caso existe un peligro relevante para el bien jurídico fundamentado en la pérdida de control del curso causal por parte del proponente. Crítico, LLABRÉS FUSTER (2014), pp. 530 ss.

<sup>118</sup> Solo entendiendo así la aceptación se puede decir que existen invitaciones aceptadas que no llegan a representar una conspiración. Al respecto, BARBER BURUSCO (2004), pp. 218 s. *Fuentes Osorio* exige aceptación del invitado en la proposición —concebida por él como coautoría anticipada— pero se le plantean problemas de delimitación de esta figura con la conspiración. Intenta salvarlos considerando que la proposición castiga

La mayoría de la doctrina tampoco considera necesario que el invitado acepte para castigar al proponente, partiendo del dato incontestable de que la descripción típica de esta figura no lo exige<sup>119</sup>. Ahora bien, dentro del sector mayoritario al que me refiero, un considerable grupo de autores considera punibles en virtud de la proposición no solo invitaciones no atendidas por su destinatario, sino también otras aceptadas. Quedan fuera de este grupo quienes hasta la reforma de 2015 han concebido la proposición exclusivamente como coautoría anticipada —puesto que para ellos la aceptación determinaría siempre el salto a la conspiración<sup>120</sup>—, pero se incluyen en él quienes la entienden como tentativa de inducción sin intervención prevista del proponente y, a la vez, conciben la conspiración como preparación de una coautoría<sup>121</sup> y también los que, manteniendo la tradicional concepción de la conspiración como coautoría anticipada, entienden que hay proposición tanto cuando el proponente desea intervenir como autor como cuando no tiene esa intención. En efecto, según estos últimos, aunque en el primer caso la proposición acogería solo invitaciones no aceptadas —las aceptadas constituirían conspiración— en el segundo caso la proposición sí castiga invitaciones aceptadas y no aceptadas<sup>122</sup>. Tampoco comparto esta tesis. Es cierto que el concepto legal de proposición no exige que el destinatario adopte la resolución delictiva, pero tampoco lo impide, de manera que las invitaciones aceptadas darían lugar a situaciones de «proposición agotada», subsumible en dicha figura. Pero en todos esos casos, en la medida en que se cierre con ellas un acuerdo para delinquir, se realizan a mi entender asimismo los elementos del tipo de la conspiración, que debe ser de aplicación preferente. En definitiva, la proposición no solo no requiere aceptación del destinatario, sino que no ha de ocuparse de castigar ninguna invitación aceptada que desemboque en un pacto criminal.

---

las situaciones en las que el invitado acepte pero el proponente no lo sepa, o que cuando lo sepa no confirme su intención al invitado, o que no llegue a haber un proceso de deliberación que finalice en un plan acabado y viable —FUENTES OSORIO (2007), pp. 299 ss., 311—. Pero no creo que estas aceptaciones otorguen a la invitación el *plus* de peligrosidad que le lleva a este autor a exigir las.

<sup>119</sup> Véase la argumentación —el término «invitar» no denota los efectos de la invitación— y conclusión de ALCÁCER GUIRAO (2008), pp. 710 s.: «la descripción legal de la proposición no incluye el *resultado* de lograr la resolución, sino sólo el intento: no el resultado propio de la inducción, sino solo la tentativa». Lo comparte, LLABRÉS FUSTER (2014), pp. 533 ss. Ello es reconocido por FUENTES OSORIO (2007), p. 387, aunque luego exija la aceptación por razones político-criminales en el sentido expuesto.

<sup>120</sup> Así, CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 328, 332 s.; DÍEZ RIPOLLÉS (2016), p. 520; OLMEDO CARDENETE (1999-2), pp. 882-883; RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), p. 172; y RUIZ ANTÓN (1982), pp. 85-87.

<sup>121</sup> Así, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO (1989), p. 431; y LLABRÉS FUSTER (2015), p. 115.

<sup>122</sup> A estas conclusiones tienen que llegar, aunque no todos lo manifiesten expresamente, BARBER BURUSCO (2004), pp. 201 ss., 218 s.; CEREZO MIR (2001), pp. 181-183; DEL ROSAL BLASCO (2005), pp. 958 s.; GÓMEZ RIVERO (1995), p. 302; GÓMEZ TOMILLO / GÓMEZ RIVERO (2015), p. 441; y LÓPEZ PEREGRÍN (1997), p. 484.

## V. Conclusiones

La finalidad de la conspiración es castigar a quienes cierran un acuerdo en el que se decide la ejecución de un delito. Dicho objetivo queda satisfecho aunque algunos de sus miembros se asignen roles de partícipes. Por su parte, la proposición aspira a castigar a quien idea un plan criminal y pretende involucrar a terceros en él sin conseguirlo. Por tanto, opino que no deben castigarse mediante la proposición pactos cerrados para delinquir que desde una interpretación demasiado restringida de la conspiración se consideran o habrían de considerarse sancionados por aquella, a saber: acuerdos en los que el emisor de la invitación no quiere intervenir como autor en el delito —como afirman quienes consideran que el primer inciso del concepto legal de proposición permite abarcar estos casos—, y acuerdos en los que quien formula la invitación quiere ser autor de un delito e invita a otro u otros a participar en él —como tendrán que defender quienes mantienen dicha interpretación estricta de la conspiración después de la reforma de 2015—.

En la conspiración caben todas las invitaciones a delinquir que culminen en una decisión de ejecutar un delito, siempre que tanto el emisor como el destinatario o los destinatarios de la invitación puedan considerarse codefincuentes anticipados y al menos uno de ellos se asigne el papel de autor; en caso contrario no podríamos afirmar que se «resuelve ejecutar un delito». Las invitaciones que se castigan en la proposición, que no consiguen cerrar un pacto criminal, han de reunir requisitos más estrictos. No toda invitación a delinquir no aceptada es proposición. Ello se deduce ya de su concepto legal, al exigir que el proponente haya resuelto cometer el delito. Por otra parte, a mi modo de ver, debe considerarse que el proponente tiene la pretensión de cerrar un pacto para la ejecución de un delito, esto es, el pacto propio de la conspiración. Por tanto, aunque no hace falta que el proponente quiera ser autor si invita a otro a la autoría, sí debe querer serlo si invita a la participación. De todo ello se deduce que las invitaciones a delinquir que cumplan los requisitos de la proposición, cuando sean aceptadas y desemboquen en un acuerdo para la ejecución de un delito han de castigarse a través de la conspiración. La consecuencia lógica de defender estas tesis es abogar por que la proposición sea castigada de *lege ferenda* con una pena inferior a la prevista para la conspiración<sup>123</sup>. La primera se ubica en una fase anterior del *iter*

---

<sup>123</sup> En este sentido VIVES ANTÓN (1996), p. 105, desde una concepción de ambas figuras como formas de coautoría anticipadas. En cambio, CUELLO CONTRERAS (2009), pp. 332 s., quien defiende la misma configuración de estas instituciones, estima correcto que se establezca idéntica pena en la proposición y en la conspiración, partiendo del fundamento del castigo basado en el vínculo de voluntades, porque «con la norma de la proposición el legislador quiere motivar al ciudadano para que no haga nada encaminado a la preparación de un delito junto con otros». Estiman también que la conspiración es

*criminis* y su contenido de peligro es menor, puesto que las invitaciones no aceptadas son menos peligrosas que las aceptadas.

He realizado una interpretación de la conspiración más amplia que la efectuada por la doctrina mayoritaria. En cambio, he intentado aplicar criterios de corrección a la proposición, aunque sin defender la exégesis más restrictiva posible. Mi pretensión ha sido mantener la esencia de dichas instituciones. En cualquier caso, los actos preparatorios deberían castigarse de manera muy excepcional y con una pena correspondiente a su grado de peligrosidad. En este sentido, urge corregir algunos aspectos de su incriminación. En primer lugar, hay que seguir insistiendo en que no se debería establecer para dichos actos la misma pena que la tentativa<sup>124</sup>. Y, en segundo lugar, conviene revisar los criterios de selección de los delitos cuya preparación se declara punible. En numerosas ocasiones está previsto el castigo de actos preparatorios en relación con la comisión de delitos menos graves, lo que de por sí es muy discutible<sup>125</sup>, pero resulta injustificable su punición respecto a delitos leves, como sucede ahora en las lesiones de los apartados 2 y 3 del art. 147. Para evitar estos problemas, sería preferible quizás escoger un sistema de punición que atendiese a la gravedad del delito preparado<sup>126</sup>.

## Bibliografía citada

- ALCÁCER GUIRAO, R.: “La proposición como inducción frustrada. Actualidad dogmática y político-criminal”, en García Valdés y otros (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 693 ss.
- ALONSO RIMO, A.: “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, InDret 4/2017.
- “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, EPC, vol. XXXVIII, 2018, pp. 461 ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Artículos 17 y 18”, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.): *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997, pp. 559 ss.

más grave que la proposición, LLABRÉS FUSTER (2015), pp. 89 s.; y SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 153.

<sup>124</sup> Se trata de una reclamación clásica. Por ejemplo, CEREZO MIR (2001), p. 180; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2002), p. 302; FARRÉ TREPAT (1986), pp. 216 s.; y SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 153.

<sup>125</sup> Así, entre otros, en las lesiones del art. 147.1 y en delitos contra el patrimonio (robos, estafa, extorsión y apropiación indebida).

<sup>126</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ (1997), p. 153.

- BALDÓ LAVILLA, F.: “Algunos aspectos conceptuales de la inducción. (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)”, ADPCP, 1989, pp. 1091 ss.
- BARBER BURUSCO, S.: *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (y otros): *Curso de Derecho penal, Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006.
- CAMPO MORENO, J. C.: *Los actos preparatorios punibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *La conspiración para cometer el delito. (Los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978.
- *El Derecho penal español. Parte general. Volumen II. Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: *La provocación para cometer delito en el Derecho español. (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, EDESA, Madrid, 1986.
- “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 949 ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Conspiración, proposición y provocación”, en Luzón Peña (dir.): *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 299 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho penal español. Parte general. En esquemas*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 (y 4.<sup>a</sup> ed. de 2016).
- FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.
- FUENTES OSORIO, J. L.: *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.
- GIL GIL, A., en VV. AA.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011 (y 2.<sup>a</sup> ed. de 2015).
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.
- GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, La Ley, 1996-1, pp. 1624 ss.
- GÓMEZ TOMILLO, M. / GÓMEZ RIVERO, M. C.: “Artículo 28”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 421 ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: “El *iter criminis* en el Código penal de 1995”, en Díez Ripollés (dir.): *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 257 ss.
- HEINE, C. / WEISSER, B.: § 30, en Schönke / Schröder: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Auflage, C. H. Beck, München, 2019.
- HOYER, A.: § 30, en *SK-StGB*, Band I, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, München, 2017.
- JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 ss.
- JESCHECK, H. H. / WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Comares, 2002.
- KÜHL, K.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Vahlen, München, 2017.
- LETZGUS, K.: *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.
- LLABRÉS FUSTER, A.: “Algunas consideraciones sobre el inicio de la punibilidad en la inducción frustrada. (A propósito de *Extraños en un tren*, de Alfred Hitchcock)”, en VV. AA. (dir.): *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 515 ss.
- “La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)”, en González Cussac (dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 83 ss.
- “Artículo 17”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 217 ss. (cit. 2015-2).
- LÓPEZ PEREGRÍN, M.ª C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense / Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- MAQUEDA ABREU, M. L. / LAURENZO COPELLO, P.: *El Derecho penal en casos. Parte General, Teoría y Práctica*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.



- MELENDO PARDOS, M., en VV. AA.: *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011 (y 2.<sup>a</sup> ed. de 2015).
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2011 (y 10.<sup>a</sup> ed. reimp. de 2016).
- MIRA BENAVENT, J.: “¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?”, EPC, vol. XXII, 1999-2000, pp. 104 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Formas imperfectas de ejecución del delito”, en *Memento penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, nn. mm. 2650 ss.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., en Zugaldía Espinar (dir.): *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: “Punición o despenalización de la proposición para delinquir”, ADPCP, 1989, pp. 989 ss.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- OLMEDO CARDENETE, M. D.: *La inducción como forma de participación accesoria*, EDESA, Madrid, 1999.
- “Artículo 17”, en Cobo del Rosal (dir.): *Comentarios al Código penal*, Tomo I, EDESA, Madrid, 1999, pp. 865 ss. (cit. 1999-2).
- ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, CPC, n.º 18, 1982, pp. 483 ss.
- ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC J. L.: *Compendio de Derecho penal, Parte general*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 (y 7.<sup>a</sup> ed. de 2017).
- PUSCHKE, J.: “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito”, InDret 4/2010.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral”, en VV. AA. (ed.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 919 ss.
- REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “La punición de los actos preparatorios”, ADPCP, Tomo XXI, fasc. 2, 1968, pp. 277 ss.
- “Art. 4” y “Art. 14, n.º 2”, en Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 151 ss., 843 ss.

- ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. H. Beck, München, 2003 (traducción y notas de Luzón Peña (dir.) / Paredes Castañón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2014).
- RUIZ ANTÓN, L. F.: *El agente provocador en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1982.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “En los límites de la inducción”, *Indret* 2/2012.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO J. L.: “El encargo de contratar un ejecutor, ¿participación en la inducción o participación en el hecho principal?”, *CPC*, n.º 99, 2009, pp. 67 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Arts. 17-18”, en Vives Antón (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.